ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)

14 mei 2013 *

„Gemeenschapsmerk — Aanvraag voor gemeenschapswoordmerk fluege.de — Absolute weigeringsgronden — Beschrijvend karakter — Ontbreken van onderscheidend vermogen — Onderscheidend vermogen verkregen door gebruik — Artikel 7, leden 1, sub b en c, 2 en 3, van verordening (EG) nr. 207/2009”

In zaak T-244/12,

Unister GmbH, gevestigd te Leipzig (Duitsland), vertegenwoordigd door H. Hug en A. Kessler-Jensch, advocaten,

verzoekster,

tegen

Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM), vertegenwoordigd door D. Walicka als gemachtigde,

verweerder,

betreffende een beroep tegen de beslissing van de eerste kamer van beroep van het BHIM van 14 maart 2012 (zaak R 2149/2011-1) inzake een aanvraag tot inschrijving als gemeenschapsmerk van het woordteken fluege.de,

wijst HET GERECHT (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: N. J. Forwood, president, F. Dehousse (rapporteur) en J. Schwarcz, rechters,

griffier: E. Coulon,

gezien het op 30 mei 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschrift,

gezien de op 6 september 2012 ter griffie van het Gerecht neergelegde memorie van antwoord,

gelet op de omstandigheid dat geen van de partijen om vaststelling van een terechtzitting heeft verzocht binnen een maand na de betekening van de sluiting van de schriftelijke behandeling, en dus op rapport van de rechter-rapporteur overeenkomstig artikel 135 bis van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht is besloten om zonder mondelinge behandeling uitspraak te doen,

het navolgende

* Procestaal: Duits.

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

1 Op 27 januari 2011 heeft verzoekster, Unister GmbH, bij het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) op grond van verordening (EG) nr. 207/2009 van de Raad van 26 februari 2009 inzake het gemeenschapsmerk (PB L 78, blz. 1) een aanvraag voor een gemeenschapsmerk ingediend.

2 Het merk waarvan inschrijving is aangevraagd, betreft het woordteken fluege.de.

3 De waren en diensten waarvoor de inschrijving werd aangevraagd, behoren tot de klassen 25, 28, 35, 39, 41 en 43 in de zin van de Overeenkomst van Nice van 15 juni 1957 betreffende de internationale classificatie van de waren en diensten ten behoeve van de inschrijving van merken, zoals herzien en gewijzigd.

4 Van deze waren en diensten zijn in het onderhavige beroep enkel de hierna omschreven diensten van de klassen 35, 39 en 43 aan de orde (hierna: „litigieuze diensten”):

— Klasse 35: „Reclame; beheer van commerciële zaken; zakelijke administratie; administratieve diensten”;

— Klasse 39: „Transport; verpakking en opslag van goederen; organisatie van reizen”;

— Klasse 43: „Restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken); huisvesting”.

5 Bij beslissing van 22 augustus 2011 heeft de onderzoeker op grond van artikel 7, leden 1, sub b en c, en 2, van verordening nr. 207/2009 de merkaanvraag voor de litigieuze diensten afgewezen, op grond dat het aangevraagde merk beschrijvend was en onderscheidend vermogen miste.

6 Op 17 oktober 2011 heeft verzoekster krachtens de artikelen 58 tot en met 64 van verordening nr. 207/2009 beroep ingesteld tegen de beslissing van de onderzoeker.

7 Bij beslissing van 14 maart 2012 (hierna: „bestreden beslissing”) heeft de eerste kamer van beroep van het BHIM het beroep verworpen, stellende dat het aangevraagde merk beschrijvend was en onderscheidend vermogen miste.

Conclusies van partijen

8 Verzoekster verzoekt het Gerecht:

— de bestreden beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

9 Het BHIM verzoekt het Gerecht:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster te verwijzen in de kosten.

In rechte

10 Tot staving van haar beroep voert verzoekster in wezen drie middelen tot nietigverklaring aan: 1) schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009; 2) schending van artikel 7, lid 1, sub b, van deze verordening en 3) het door het gebruik van het aangevraagde merk verkregen onderscheidend vermogen.

Eerste middel: schending van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009

11 Verzoekster betwist de conclusie van de kamer van beroep dat het aangevraagde merk beschrijvend is. Volgens haar is de term „fluege" geen woord in de Duitse taal, die enkel de term „Flüge" met de letter „ü" kent, waardoor de gemiddelde consument ingevolge de ongebruikelijke schrijfwijze van de term „fluege" het aangevraagde merk als een aanduiding van commerciële herkomst beschouwt.

12 Volgens haar is de gemiddelde consument gewend om een door een enkele commerciële dienstverlener geëxploiteerd internetportaal te vinden, ook wanneer de domeinnaam op het tweede niveau uit een generieke term bestaat. In het onderhavige geval is de term „fluege", gelet op de ongebruikelijke schrijfwijze ervan, zelfs niet generiek. Het BHIM heeft geen rekening gehouden met het feit dat sinds 2004 domeinnamen met speciale karakters zoals de letter „ü" kunnen worden geregistreerd.

13 Gesteld al dat het relevante publiek het aangevraagde merk zou opvatten als een domeinnaam die verwijst naar een Duits internetadres waarop vluchten worden aangeboden, houden de litigieuze diensten geen of onvoldoende verband met een aanbieding van vluchten. In casu is geen sprake van een dwingend vereiste van beschikbaarheid in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009.

14 Het BHIM betwist verzoeksters standpunt.

15 In dit verband zij eraan herinnerd dat volgens artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 inschrijving wordt geweigerd van „merken die uitsluitend bestaan uit tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van soort, kwaliteit, hoeveelheid, bestemming, waarde, plaats van herkomst, tijdstip van vervaardiging van de waren of verrichting van de dienst of andere kenmerken van de waren of diensten". Voorts bepaalt artikel 7, lid 2, van verordening nr. 207/2009 dat „[l]id 1 [...] ook van toepassing [is] indien de weigeringsgronden slechts in een deel van de Gemeenschap bestaan".

16 Volgens de rechtspraak belet artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 dat de daarin bedoelde tekens of aanduidingen op grond van de inschrijving ervan als merk worden voorbehouden aan een enkele onderneming. Deze bepaling streeft dus een doel van algemeen belang na, te weten dat dergelijke tekens of aanduidingen door eenieder vrij moeten kunnen worden gebruikt [arrest Hof van 23 oktober 2003, BHIM/Wrigley, C-191/01 P, Jurispr. blz. I-12447, punt 31; arresten Gerecht van 27 februari 2002, Ellos/BHIM (ELLOS), T-219/00, Jurispr. blz. II-753, punt 27, en 7 juli 2011, Cree/BHIM (TRUEWHITE), T-208/10, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 12].

17 Daarenboven worden tekens of aanduidingen die in de handel kunnen dienen tot aanduiding van de kenmerken van de waar of dienst waarvoor om inschrijving is verzocht, krachtens artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 ongeschikt geacht voor het vervullen van de wezenlijke functie van het merk, te weten de commerciële herkomst van de waar of dienst aan te geven, zodat de consument die de door dit merk aangeduide waar verkrijgt of aan wie de door dit merk aangeduide dienst wordt verleend, bij een latere aankoop, in geval van een positieve ervaring, dezelfde keuze kan maken of, in geval van een negatieve ervaring, een andere keuze kan maken (zie de arresten BHIM/Wrigley, punt 16 supra, punt 30 en TRUEWHITE, punt 16 supra, punt 13).

18 Hieruit volgt dat een teken onder het in deze bepaling vervatte verbod valt wanneer het een voldoende rechtstreeks en concreet verband met de betrokken waren of diensten vertoont, dat het betrokken publiek in staat stelt hierin onmiddellijk en zonder verder nadenken een beschrijving van de betrokken waren en diensten, of van één van de kenmerken ervan, te zien (zie arrest TRUEWHITE, punt 16 supra, punt 14 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

19 Tevens dient eraan te worden herinnerd dat het beschrijvende karakter van een teken alleen kan worden beoordeeld op basis van de wijze waarop het door het betrokken publiek wordt opgevat en met betrekking tot de betrokken waren of diensten [arrest Gerecht van 27 februari 2002, Eurocool Logistik/BHIM (EUROCOOL), T-34/00, Jurispr. blz. II-683, punt 38, en arrest TRUEWHITE, punt 16 supra, punt 17].

20 Wat het relevante publiek betreft, zijn de litigieuze diensten – zoals in wezen in de punten 12 en 13 van de bestreden beslissing terecht is geconstateerd – zowel voor de gemiddelde consument als voor een professioneel publiek bestemd en wordt het beschrijvende karakter van dat merk, gelet op de elementen van het aangevraagde merk, het meest relevant beoordeeld ten aanzien van het Duitstalige publiek. Zoals verzoekster overigens niet betwist, moet het beschrijvende karakter van het aangevraagde merk dus worden beoordeeld uit het oogpunt van de gemiddelde Duitstalige consument van de Europese Unie.

21 Zoals de kamer van beroep heeft opgemerkt, bestaat het aangevraagde merk uit de samengevoegde elementen „fluege” en „.de”, waarvan het eerste element een met kleine letters en met de lettergroep „ue” in plaats van de letter „ü” geschreven variant is van de Duitse term „Flüge” (vluchten) en het tweede element een topniveaudomein is dat verband houdt met een land of een onafhankelijk gebied [country code Top-Level Domain (ccTLD)], in casu Duitsland.

22 De kamer van beroep was van oordeel dat bij de analyse van het element „fluege” rekening moest worden gehouden met het feit dat het relevante publiek gewend is aan bepaalde bijzonderheden van de schrijfwijze van internetadressen. Deze bijzonderheden bestaan er volgens de kamer onder meer in dat deze internetadressen normaal met kleine letters werden geschreven, dat de speciale karakters zoals de letters „ä”, „ü”, „ö” en „β” vaak door de lettergroepen „ae”, „ue”, „oe” en „ss” werden vervangen en dat het om technische redenen onmogelijk was geweest of was om deze speciale karakters te gebruiken. Zij heeft zich dan ook op het standpunt gesteld dat het relevante publiek, dat kennis had van deze bijzonderheden, deze niet opvatte als afwijkingen ten aanzien van het normale taalgebruik.

23 Verzoekster slaagt er niet in deze beoordeling ernstig te weerleggen. Met name doet haar argument dat de kamer van beroep geen rekening heeft gehouden met de sinds 2004 bestaande mogelijkheid om in internetadressen karakters met een accent (zoals de letter „ü”) te gebruiken, niet af aan de door de kamer van beroep genoemde omstandigheid dat de karakters met een accent vaak worden vervangen door lettergroepen en aan de beoordeling van deze kamer dat het relevante publiek de term „fluege” in wezen spontaan waarneemt als een loutere, op het internet niet ongebruikelijke spelvariant van de term „Flüge”.

24 Anders dan verzoekster suggereert, houdt de omstandigheid dat de term „fluege” in het aangevraagde merk onmiddellijk wordt gevolgd door het topniveaudomein „.de”, niet in dat het relevante publiek meer aandacht besteedt aan deze term.

25 Dat het aangevraagde teken, gelet op het feit dat het eindigt op „.de”, door dit publiek meteen als een domeinnaam wordt opgevat en dus als een verwijzing naar een internetadres, pleit er integendeel veeleer voor dat dit publiek minder aandacht zal besteden aan het feit dat de term „fluege” bestaat uit een kleine beginletter en de lettergroep „ue”.

26 Voorts heeft het feit dat aan een beschrijvende term zonder onderscheidend vermogen een met een topniveaudomein (bijvoorbeeld het topniveaudomein „.de") overeenstemmend element wordt toegevoegd, niet tot gevolg dat het eruit voortvloeiende teken – dat het relevante publiek dan spontaan zal herkennen als een domeinnaam en dus als een verwijzing naar een internetadres – onderscheidend vermogen verkrijgt. Het onderscheidende deel van een dergelijke domeinnaam is immers niet het topniveaudomein, dat in voorkomend geval bestaat uit een punt en een lettergroep die met de nationale extensie overeenkomt, maar hooguit de domeinnaam op het tweede niveau die onmiddellijk wordt gevolgd door het topniveaudomein.

27 Verzoekster voert in wezen aan dat een uit een domeinnaam bestaand merk voor bescherming in aanmerking moet komen zelfs wanneer sprake is van een beschrijvende term, op grond dat iedere internetgebruiker weet dat zelfs achter een op een beschrijvende term gebaseerde domeinnaam de portaalsite van een enkele commerciële dienstverlener schuilgaat. Dit argument moet worden afgewezen.

28 Opgemerkt moet immers worden dat een domeinnaam als dusdanig hooguit verwijst naar een internetadres en niet naar een commerciële herkomst van waren of diensten van een bepaalde producent of leverancier. De praktijk inzake de toekenning van domeinnamen en het gebruik van domeinnamen bepalen niet of een domeinnaam, gelet op de absolute weigeringsgronden van verordening nr. 207/2009, in aanmerking komt om als gemeenschapsmerk te worden ingeschreven.

29 In dit verband zij eraan herinnerd dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, de rechten die worden ontleend aan inschrijving van een domeinnaam en, anderzijds, de rechten die worden ontleend aan inschrijving van een teken als een gemeenschapsmerk. Dat een partij een domeinnaam zoals „fluege.de" bezit, impliceert dus niet dat deze domeinnaam om die reden als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven. Hiertoe moet immers zijn voldaan aan alle voorwaarden die verordening nr. 207/2009 ter zake stelt [arrest Gerecht van 12 december 2007, DeTeMedien/OHMI (suchen.de), T-117/06, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 44].

30 Bijgevolg faalt elk argument dat kan worden gerelateerd aan het ontbreken van een dwingend vereiste van beschikbaarheid wegens een exclusief recht dat op de betrokken domeinnaam zou zijn verkregen (zie in die zin arrest suchen.de, punt 29 supra, punt 44).

31 Gelet op een en ander heeft de kamer van beroep dan ook geen blijk gegeven van een onjuiste opvatting door in wezen te oordelen dat het relevante publiek het aangevraagde merk spontaan kon opvatten als een domeinnaam die verwijst naar het adres van een internetpagina op het vlak van luchtvaart en vluchten.

32 Verzoekster betoogt dat de litigieuze diensten geen of onvoldoende verband met de aanbieding van vluchten vertonen, ook al zou het relevante publiek het aangevraagde merk opvatten als een domeinnaam die verwijst naar een Duits internetadres waarop vluchten worden aangeboden.

33 Verzoekster voert aan dat het aangevraagde merk niet beschrijvend kan worden geacht voor de volgens haar voor elke handelsactiviteit relevante diensten inzake „reclame", „zakelijke administratie" en „administratieve diensten" (die tot klasse 35 behoren), noch voor de diensten inzake „restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken)" en „huisvesting" (die tot klasse 43 behoren), en evenmin, gelet op haar activiteit als loutere tussenpersoon voor de verkoop van vluchten, voor diensten inzake „transport", „verpakking en opslag van goederen" en „organisatie van reizen" (die tot klasse 39 behoren).

34 In de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep geoordeeld dat het aangevraagde merk voor alle litigieuze diensten beschrijvend was.

35 In punt 21 van de bestreden beslissing heeft de kamer van beroep met name opgemerkt dat „reclame” ook reclame voor vluchten en luchtvaartondernemingen omvatte, dat „zakelijke administratie” en „administratieve diensten” een specifiek, op de bijzondere eisen van luchtvaartondernemingen gericht karakter konden hebben, dat „transport” het vervoer per vliegtuig omvatte, dat „verpakking en opslag van goederen” betrekking konden hebben op het bijkomstige doel van het goederenvervoer per vliegtuig, dat „organisatie van reizen” en „restauratie (het verstrekken van voedsel en dranken)” de organisatie van vliegreizen en het verstrekken van voedsel en dranken aan vliegtuigpassagiers omvatten, en tot slot dat bij „huisvesting” – zoals bij luchthavenhotels – rekening kon worden gehouden met de bijzondere eisen van vliegtuigpassagiers.

36 Volgens de kamer van beroep gaf het aangevraagde merk het relevante publiek dus duidelijke en directe informatie over de aard van de litigieuze diensten (punten 22 en 23 van de bestreden beslissing) en was dit merk hierdoor voor deze diensten beschrijvend in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009.

37 Anders dan verzoekster betoogt, is deze beoordeling door de kamer van beroep niet onjuist.

38 Allereerst moet erop worden gewezen dat het aangevraagde merk, aangezien het door het relevante publiek spontaan kan worden opgevat als een domeinnaam die verwijst naar het adres van een internetpagina op het vlak van luchtvaart en vluchten, beschrijvend is in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 voor onder klasse 39 vallende diensten inzake „transport” en met name, binnen deze diensten, voor luchtvervoersdiensten.

39 In dit verband is de door verzoekster aangevoerde omstandigheid dat zij in concreto niet actief is als luchtvervoerder, maar als tussenpersoon voor de verkoop van vluchten, volkomen irrelevant. De beoordeling van de vraag of een merk, gelet op de absolute weigeringsgrond van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009, kan worden ingeschreven, hangt immers geenszins af van de concrete activiteit van de merkaanvrager, maar enkel van de vraag of dit merk beschrijvend is voor de waren of diensten zoals die voorkomen in de merkaanvraag.

40 Hieraan moet worden toegevoegd dat de omstandigheid dat een woordteken slechts beschrijvend is voor een deel van de waren of diensten die behoren tot een als zodanig in de inschrijvingsaanvraag vermelde categorie, niet belet dat de inschrijving van dit teken wordt geweigerd. Indien het betrokken teken in een dergelijk geval als gemeenschapsmerk voor de betrokken categorie was ingeschreven, zou immers niets de houder ervan beletten om dit teken ook te gebruiken voor de waren of diensten van deze categorie waarvoor het beschrijvend is [zie arrest Gerecht van 9 juli 2008, Reber/BHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Jurispr. blz. II-1927, punt 92 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest TRUEWHITE, punt 16 supra, punt 27].

41 Wat vervolgens de vraag betreft of het aangevraagde merk niet alleen beschrijvend is voor „transport”-diensten, maar ook voor de andere litigieuze diensten waarop de merkaanvraag betrekking had, moet in navolging van de kamer van beroep en om de in punt 35 supra in herinnering gebrachte redenen worden geconstateerd dat al deze andere diensten, die in de merkaanvraag heel ruim zijn omschreven, in het kader van en in nauwe samenhang met luchtvervoer en vluchten kunnen worden verleend.

42 Aangezien verzoekster haar merkaanvraag op geen enkele wijze heeft beperkt om deze andere litigieuze diensten van deze aanvraag uit te sluiten voor zover zij op het gebied van luchtvervoer en vluchten zouden worden verleend, heeft de kamer van beroep om de met name in de punten 20 tot en met 22 van de bestreden beslissing uiteengezette redenen terecht geconcludeerd dat het aangevraagde merk beschrijvend was in de zin van artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 voor deze andere litigieuze diensten waarop de merkaanvraag betrekking had [arrest Gerecht van 8 juni 2005,

Wilfer/BHIM (ROCKBASS), T-315/03, Jurispr. blz. II-1981, punt 70; zie, naar analogie, arrest Gerecht van 11 februari 2010, Deutsche BKK/BHIM (Deutsche BKK), T-289/08, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 49].

43 Uit de voorgaande overwegingen volgt dat het onderhavige middel, waarmee wordt aangevoerd dat artikel 7, lid 1, sub c, van verordening nr. 207/2009 is geschonden, moet worden afgewezen.

Tweede middel: schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009

44 Verzoekster betoogt dat het aangevraagde merk over het voor inschrijving vereiste minimum aan onderscheidend vermogen beschikt, gelet op het feit dat de term „fluege" in het Duits ongebruikelijk is en het relevante publiek daaraan bijzondere aandacht zal besteden wegens het unieke karakter van de inschrijving van een internetdomein.

45 Het BHIM betwist verzoeksters standpunt.

46 In herinnering moet worden gebracht dat de overlapping tussen de absolute weigeringsgronden in het bijzonder impliceert dat een woordmerk dat eigenschappen van waren of diensten beschrijft, om die reden onderscheidend vermogen voor diezelfde waren of diensten kan missen, onverminderd andere redenen waarom het onderscheidend vermogen kan missen (zie beschikking Hof van 18 maart 2010, CFCMCEE/BHIM, C-282/09 P, Jurispr. blz. I-2395, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47 In het onderhavige geval is geconstateerd dat de kamer van beroep geen blijk heeft gegeven van een onjuiste opvatting door te concluderen dat het aangevraagde merk beschrijvend is voor de litigieuze diensten. In dit verband is met name opgemerkt dat het feit dat aan een beschrijvende term zonder onderscheidend vermogen een punt en een met een topniveaudomein overeenstemmende lettergroep wordt toegevoegd, niet tot gevolg heeft dat het eruit voortvloeiende teken – dat het relevante publiek dan spontaan zal herkennen als een domeinnaam die naar een internetadres verwijst – beschrijvend wordt.

48 Bijgevolg moet het onderhavige middel, waarmee wordt aangevoerd dat artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 207/2009 is geschonden, worden afgewezen.

Derde middel: door het gebruik van het aangevraagde merk verkregen onderscheidend vermogen

49 Verzoekster voert aan dat het aangevraagde merk onderscheidend vermogen heeft verkregen door het gebruik dat ervan is gemaakt in Duitsland alsook in de andere Duitstalige gebieden van de Unie. Zij legt daartoe stukken over en leidt hieruit af dat het aangevraagde merk moet worden ingeschreven en de bestreden beslissing moet worden vernietigd.

50 Het BHIM voert aan dat het door het gebruik verkregen onderscheidend vermogen te laat voor het Gerecht is aangevoerd en hoe dan ook niet is bewezen.

51 In herinnering moet worden gebracht dat het beroep bij het Gerecht erop is gericht te toetsen of de beslissingen van de kamers van beroep van het BHIM rechtmatig zijn in de zin van artikel 65 van verordening nr. 207/2009. Voorts bepaalt artikel 135, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht dat de memories van de partijen geen wijziging kunnen brengen in het voorwerp van het geschil voor de kamer van beroep.

52 In casu blijkt uit het dossier dat verzoekster in het kader van de procedure voor het BHIM niet heeft aangevoerd dat het aangevraagde merk door het gebruik ervan onderscheidend vermogen had verkregen in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 207/2009. De vraag, of het betrokken woordteken onderscheidend vermogen had verkregen door het gebruik dat ervan is gemaakt, is niet aan bod gekomen voor het BHIM.

53 In dit verband moet worden opgemerkt dat het aanvoeren – zowel in een procedure ex parte als in een procedure inter partes – van het door het gebruik verkregen onderscheidend vermogen, een rechtsvraag vormt die losstaat van de rechtsvraag, of het betrokken merk intrinsiek onderscheidend vermogen heeft. Bijgevolg is het BHIM, gelet op het feit dat de partij voor het BHIM het door haar merk verkregen onderscheidend vermogen niet heeft aangevoerd, niet gehouden om ambtshalve te onderzoeken of sprake is van dit onderscheidend vermogen [zie arrest Gerecht van 10 maart 2010, Baid/BHIM (LE GOMMAGE DES FACADES), T-31/09, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

54 Bijgevolg is het Gerecht niet bevoegd om uitspraak te doen over deze kwestie, die geen deel uitmaakte van het voorwerp van het geschil voor de kamer van beroep.

55 Het derde middel moet dus worden afgewezen.

56 Gelet op een en ander moet het beroep worden verworpen.

Kosten

57 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij overeenkomstig de vordering van het BHIM te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Tweede kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

2) Unister GmbH zal haar eigen kosten alsook die van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) dragen.

Forwood Dehousse Schwarcz

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 14 mei 2013.

ondertekeningen