Sbírka soudních rozhodnutí

ROZSUDEK TRIBUNÁLU (druhého senátu)

14. května 2013 *

„Ochranná známka Společenství — Přihláška slovní ochranné známky Společenství fluege.de — Absolutní důvody pro zamítnutí — Popisný charakter — Nedostatek rozlišovací způsobilosti — Rozlišovací způsobilost získaná užíváním — Článek 7 odst. 1 písm. b) a c), odst. 2 a 3 nařízení (ES) č. 207/2009“

Ve věci T-244/12,

Unister GmbH, se sídlem v Lipsku (Německo), zastoupená H. Hugem a A. Kesslerem-Jenschem, advokáty,

žalobkyně,

proti

Úřadu pro harmonizaci na vnitřním trhu (ochranné známky a vzory) (OHIM), zastoupenému D. Walicka, jako zmocněnkyní,

žalovanému,

jejímž předmětem je žaloba podaná proti rozhodnutí prvního odvolacího senátu OHIM ze dne 14. března 2012 (věc R 2149/2011-1) týkajícímu se přihlášky slovního označení fluege.de jako ochranné známky Společenství,

TRIBUNÁL (druhý senát),

ve složení N. J. Forwood, předseda, F. Dehousse (zpravodaj) a J. Schwarcz, soudci,

vedoucí soudní kanceláře: E. Coulon,

s přihlédnutím k žalobě došlé kanceláři Tribunálu dne 30. května 2012,

s přihlédnutím k vyjádření k žalobě došlému kanceláři Tribunálu dne 6. září 2012,

s ohledem na to, že účastníci řízení ve lhůtě jednoho měsíce od doručení oznámení o ukončení písemné části řízení nepředložili žádost o nařízení jednání, a poté, co za těchto okolností na základě zprávy soudce zpravodaje a podle článku 135a jednacího řádu Tribunálu rozhodl, že žalobu projedná bez ústní části řízení,

vydává tento

* Jednací jazyk: němčina.

Rozsudek

Skutečnosti předcházející sporu

1 Dne 27. ledna 2011 žalobkyně, společnost Unister GmbH, podala u Úřadu pro harmonizaci na vnitřním trhu (ochranné známky a vzory) (OHIM) přihlášku ochranné známky Společenství na základě nařízení Rady (ES) č. 207/2009 ze dne 26. února 2009 o ochranné známce Společenství (Úř. věst. L 78, s. 1).

2 Ochrannou známkou, jejíž zápis byl požadován, je slovní označení fluege.de.

3 Výrobky a služby, pro které byl zápis požadován, spadají do tříd 25, 28, 35, 39, 41 a 43 ve smyslu Niceské dohody o mezinárodním třídění výrobků a služeb pro účely zápisu známek ze dne 15. června 1957, ve znění změn a doplňků.

4 V rámci těchto výrobků a služeb jsou předmětem projednávané žaloby pouze služby spadající do tříd 35, 39 a 43, odpovídající následujícímu popisu (dále jen „sporné služby“):

— třída 35: „Reklama; vedení obchodní činnosti; komerční správa; kancelářské práce“;

— třída 39: „Doprava; balení a skladování zboží; organizování zájezdů“;

— třída 43: „Restaurační služby (stravování); ubytovací služby“.

5 Rozhodnutím ze dne 22. srpna 2011 průzkumový referent přihlášku ochranné známky pro sporné služby zamítl na základě čl. 7 odst. 1 písm. b) a c) a odst. 2 nařízení č. 207/2009 z důvodu, že je přihlášená ochranná známka popisná a postrádá rozlišovací způsobilost.

6 Dne 17. října 2011 podala žalobkyně proti rozhodnutí průzkumového referenta odvolání na základě článků 58 až 64 nařízení č. 207/2009.

7 Rozhodnutím ze dne 14. března 2012 (dále jen „napadené rozhodnutí“) první odvolací senát OHIM odvolání zamítl z důvodu, že je přihlášená ochranná známka popisná a postrádá rozlišovací způsobilost.

Návrhová žádání účastníků řízení

8 Žalobkyně navrhuje, aby Tribunál:

— zrušil napadené rozhodnutí;

— uložil OHIM náhradu nákladů řízení.

9 OHIM navrhuje, aby Tribunál:

— zamítl žalobu;

— uložil žalobkyni náhradu nákladů řízení.

Právní otázky

10 Na podporu své žaloby žalobkyně uplatňuje v podstatě tři důvody směřující ke zrušení, vycházející zaprvé z porušení čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009, zadruhé z porušení čl. 7 odst. 1 písm. b) téhož nařízení a zatřetí z rozlišovací způsobilosti přihlášené ochranné známky získané užíváním.

K prvnímu žalobnímu důvodu vycházejícímu z porušení čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009

11 Žalobkyně zpochybňuje závěr odvolacího senátu, podle něhož je přihlášená ochranná známka popisná. Výraz „fluege“ je slovní složeninou, která je cizí německému jazyku, který obsahuje pouze výraz „Flüge“ obsahující písmeno „ü“, což má za následek, že z důvodu neobvyklého pravopisu výrazu „fluege“ průměrný spotřebitel bude přihlášenou ochrannou známku vnímat jako obchodní označení původu.

12 Žalobkyně se domnívá, že průměrný spotřebitel je zvyklý nacházet – i pod doménou druhé úrovně tvořenou na základě druhového výrazu – internetový portál provozovaný jediným obchodním poskytovatelem. V projednávané věci výraz „fluege“ dokonce není ani druhový, a to s ohledem na jeho neobvyklý pravopis. OHIM nezohlednil skutečnost, že je od roku 2004 možné zapisovat názvy domény se zvláštními znaky, jako je například písmeno „ü“.

13 I když relevantní veřejnost pochopí přihlášenou ochrannou známku ve smyslu názvu domény, která odkazuje na německou internetovou adresu obsahující nabídky letů, sporné služby s nabídkou letů nemají žádnou spojitost, či s nimi mají nedostatečnou spojitost. V projednávané věci neexistuje požadavek na disponibilitu ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009.

14 OHIM stanovisko žalobkyně zpochybňuje.

15 Je třeba připomenout, že podle čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 se do rejstříku nezapíšou „ochranné známky, které jsou tvořeny výlučně označeními nebo údaji, které mohou sloužit v oblasti obchodu k označení druhu, jakosti, množství, účelu, hodnoty, zeměpisného původu nebo doby výroby výrobků nebo poskytnutí služby nebo jiných jejich vlastností“. Kromě toho čl. 7 odst. 2 nařízení č. 207/2009 stanoví, že „[o]dstavec 1 se použije, i když důvody k zamítnutí existují jen v části Společenství“.

16 Podle judikatury brání čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 tomu, aby označení nebo údaje, kterých se týká, byly vyhrazeny jedinému podniku z důvodu jejich zápisu jako ochranné známky. Toto ustanovení tak sleduje cíl obecného zájmu, který vyžaduje, aby taková označení nebo údaje mohly být volně užívány všemi [rozsudek Soudního dvora ze dne 23. října 2003, OHIM v. Wrigley, C-191/01 P, Recueil, s. I-12447, bod 31; rozsudky Tribunálu ze dne 27. února 2002, Ellos v. OHIM (ELLOS), T-219/00, Recueil, s. II-753, bod 27 a ze dne 7. července 2011, Cree v. OHIM (TRUEWHITE), T-208/10, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 12].

17 Kromě toho se má za to, že označení nebo údaje, které mohou sloužit v oblasti obchodu k označení vlastností výrobku nebo služby, pro které je zápis požadován, jsou na základě čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 nezpůsobilé vykonávat základní funkci ochranné známky, tedy identifikovat obchodní původ výrobku nebo služby tak, aby spotřebitel, který získá výrobek nebo službu označené ochrannou známkou, mohl při dalším nabytí učinit stejnou volbu, pokud byla jeho zkušenost pozitivní, nebo jinou volbu, pokud byla tato zkušenost negativní (rozsudky OHIM v. Wrigley, bod 16 výše, bod 30 a TRUEWHITE, bod 16 výše, bod 13).

18 Z toho vyplývá, že k tomu, aby se na označení uplatnil zákaz upravený v tomto ustanovení, musí mít dostatečně přímou a konkrétní spojitost s dotčenými výrobky nebo službami, která dotyčné veřejnosti umožní vnímat bezprostředně a bez dalšího přemýšlení popis dotčených výrobků a služeb nebo některé z jejich vlastností (viz rozsudek TRUEWHITE, bod 16 výše, bod 14 a citovaná judikatura).

19 Je třeba rovněž připomenout, že posouzení popisného charakteru označení lze provést pouze ve vztahu k jeho vnímání dotčenou veřejností a k dotčeným výrobkům nebo službám [rozsudky Tribunálu ze dne 27. února 2002, Eurocool Logistik v. OHIM (EUROCOOL), T-34/00, Recueil, s. II-683, bod 38, a TRUEWHITE, bod 16 výše, bod 17].

20 Pokud jde o relevantní veřejnost, jsou sporné služby určeny jak průměrným spotřebitelům, tak odborníkům a posouzení popisného charakteru přihlášené ochranné známky je s ohledem na prvky této ochranné známky nejrelevantnější ve vztahu k německy hovořící veřejnosti, jak bylo v podstatě správně konstatováno v bodech 12 a 13 napadeného rozhodnutí. Posouzení popisného charakteru přihlášené ochranné známky je tedy třeba provést – což ostatně žalobkyně nezpochybňuje – s ohledem na průměrného německy hovořícího spotřebitele Evropské unie.

21 Jak uvedl odvolací senát, přihlášená ochranná známka se skládá ze spojených prvků „fluege“ a „.de“, přičemž první z těchto prvků je variantou německého výrazu „Flüge“ (lety), napsanou malými písmeny se skupinou hlásek „ue“ namísto písmene „ü“, a druhý z těchto prvků je doménou první úrovně spojenou se zemí nebo s nezávislým územím [country code Top-Level Domain (ccTLD)], v projednávané věci s Německem.

22 Odvolací senát měl za to, že je třeba při analýze prvku „fluege“ zohlednit skutečnost, že relevantní veřejnost je zvyklá na určité zvláštnosti způsobu psaní internetových adres. Uvedl, že k těmto zvláštnostem patří to, že jsou tyto internetové adresy obvykle napsány malými písmeny, že speciální znaky jako písmena „ä“, „ü“, „ö“ a „β“ jsou často nahrazovány skupinami písmen „ae“, „ue“, „oe“ a „ss“ a že z technických důvodů nebylo nebo není možné tyto zvláštní znaky užívat. Odvolací senát měl za to, že jelikož relevantní veřejnost tyto zvláštnosti zná, nevnímá je jako odlišnosti ve vztahu k jazykovým zvyklostem.

23 Žalobkyni se nepodařilo tuto úvahu vážně zpochybnit. Konkrétně její tvrzení, podle něhož odvolací senát nezohlednil skutečnost, že se od roku 2004 v internetových adresách mohou používat znaky označené přízvukem (jako je například písmeno „ü“), nezpochybňuje okolnost uváděnou odvolacím senátem, že jsou znaky označené přízvukem často nahrazovány skupinami písmen a posouzení tohoto senátu, podle něhož relevantní veřejnost může výraz „fluege“ v podstatě spontánně vnímat jako prostou pravopisnou variantu německého výrazu „Flüge“, která není v rámci internetu neobvyklá.

24 Okolnost, že v přihlášené ochranné známce za výrazem „fluege“ následuje doména prvního stupně „.de“, neznamená – na rozdíl od toho, co tvrdí žalobkyně –, že by tomuto výrazu relevantní veřejnost věnovala zvýšenou úroveň pozornosti.

25 Naopak okolnost, že tato veřejnost může přihlášené označení s ohledem na jeho ukončení „.de“ bez dalšího vnímat jako název domény, a tedy jako odkaz na internetovou adresu, může naznačovat spíše to, že uvedená veřejnost bude věnovat menší pozornost skutečnosti, že výraz „fluege“ tvoří malé počáteční písmeno a skupina písmen „ue“.

26 Je třeba dodat, že účinkem skutečnosti, že se k popisnému výrazu, který postrádá rozlišovací způsobilost, připojí prvek odpovídající doméně první úrovně (například doméně první úrovně „.de“), není to, že se označení z toho vyplývajícímu – které tak relevantní veřejnost může spontánně identifikovat jako název domény, a tedy jako odkaz na internetovou adresu – přizná rozlišovací způsobilost. Částí takového názvu domény s rozlišovací způsobilostí totiž není doména prvního stupně, tvořená případně tečkou a skupinou písmen odpovídající národní koncovce, ale nanejvýš doména druhé úrovně, ke které je doména první úrovně připojena.

27 Pokud jde o tvrzení, že musí být možné, aby ochranná známka tvořená názvem domény byla i v případě výskytu popisného výrazu chráněna z důvodu, že jakýkoli internetový uživatel podle žalobkyně ví, že i za názvem domény tvořené na základě popisného výrazu nalezne portál jediného obchodního poskytovatele, jak v podstatě uvádí žalobkyně, takový argument je třeba odmítnout.

28 Je totiž třeba uvést, že název domény jako takový odkazuje nanejvýš na internetovou adresu, a nikoli na obchodní původ výrobků nebo služeb určitého výrobce nebo poskytovatele. Praxe v oblasti přidělování názvů domény a používání názvů domény neurčují způsobilost názvu domény k zápisu jako ochranné známky Společenství s ohledem na absolutní důvody pro zamítnutí definované v nařízení č. 207/2009.

29 V tomto ohledu je třeba připomenout nezbytnost rozlišení mezi právy vyplývajícími ze zápisu názvu domény a právy vyplývajícími ze zápisu označení jako ochranné známky Společenství. Skutečnost, že určitý účastník je majitelem takového názvu domény, jako je název domény „fluege.de“, tedy neznamená, že by uvedený název domény mohl být v důsledku toho zapsán jako ochranná známka Společenství. K takovému zápisu je totiž třeba, aby takový název splňoval všechny podmínky stanovené nařízením č. 207/2009 v tomto ohledu [rozsudek Tribunálu ze dne 12. prosince 2007, DeTeMedien v. OHIM (suchen.de), T-117/06, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 44].

30 Jakýkoli argument, který by mohl souviset s neexistencí požadavku na disponibilitu z důvodu údajného výlučného práva k dotčenému názvu domény, je tedy irelevantní (v tomto smyslu viz rozsudek suchen.de, bod 29 výše, bod 44).

31 Ze všech předcházejících úvah vyplývá, že odvolací senát mohl mít, aniž by pochybil, v podstatě za to, že relevantní veřejnost může přihlášenou ochrannou známku spontánně vnímat jako název domény, která odkazuje na adresu internetové stránky v oblasti letecké dopravy a letů.

32 Žalobkyně tvrdí, že i kdyby relevantní veřejnost pochopila přihlášenou ochrannou známku ve smyslu názvu domény, která odkazuje na německou internetovou adresu nabízející lety, sporné služby s nabídkou letů nemají žádnou spojitost, či s nimi mají nedostatečnou spojitost.

33 Žalobkyně uvádí, že u přihlášené ochranné známky nelze vnímat žádnou popisnost označení, pokud jde o „reklamní“ služby, služby „komerční správy“ a „kancelářské práce“ (spadající do třídy 35), které jsou relevantní pro jakoukoli obchodní činnost, ani pokud jde o „restaurační služby (stravování)“ a „ubytovací služby“ (spadající do třídy 43) a ani – s ohledem na její činnosti pouhého zprostředkovatele v případě prodeje letů – pokud jde o „dopravní“ služby, služby „balení a skladování zboží“ a „organizování zájezdů“ (spadající do třídy 39).

34 V napadeném rozhodnutí měl odvolací senát za to, že přihlášená ochranná známka je s ohledem na všechny sporné služby popisná.

35 V bodě 21 napadeného rozhodnutí odvolací senát konkrétně uvedl, že „reklama“ zahrnuje rovněž reklamu pro lety a podniky v oblasti letecké dopravy, že „komerční správa“ a „kancelářské práce“ mohou vykazovat zvláštní charakter, zaměřený na zvláštní požadavky podniků v oblasti letecké dopravy, že „doprava“ zahrnuje dopravu letadlem, že „balení a skladování zboží“ se může týkat vedlejšího cíle spočívajícího v dopravě zboží letadlem, že „organizování zájezdů“ a „restaurační služby (stravování)“ zahrnují organizování leteckých zájezdů a stravování cestujících v letecké dopravě a konečně že „ubytovací služby“ mohou zohledňovat zvláštní požadavky cestujících v letecké dopravě, jako například v případě letištích hotelů.

36 Odvolací senát měl za to, že přihlášená ochranná známka tedy relevantní veřejnosti předává zjevné a přímé informace týkající se povahy sporných služeb (body 22 a 23 napadeného rozhodnutí), a že uvedená ochranná známka v důsledku toho tyto služby popisuje ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009.

37 Na rozdíl od toho, co tvrdí žalobkyně, toto posouzení odvolacího senátu chybné není.

38 Nejprve je třeba uvést, že přihlášená ochranná známka v rozsahu, v němž ji relevantní veřejnost může spontánně vnímat jako název domény odkazující na adresu internetové stránky v oblasti letecké dopravy a letů, popisuje ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 „dopravní“ služby spadající do třídy 39, a konkrétně v rámci těchto služeb služby letecké dopravy.

39 V tomto ohledu okolnost uváděná žalobkyní, že její konkrétní činností není činnost v oblasti letecké dopravy, ale zprostředkovatelská činnost při prodeji letů, zcela postrádá relevanci. Posouzení zápisné způsobilosti ochranné známky s ohledem na absolutní důvod pro zamítnutí vycházející z čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 totiž nikterak nezávisí na konkrétní činnosti přihlašovatele ochranné známky, ale závisí pouze na tom, zda tato ochranná známka popisuje takové výrobky a služby, jako jsou uvedeny v přihlášce ochranné známky.

40 Je třeba dodat, že skutečnost, že slovní označení je popisné pouze ve vztahu k části výrobků nebo služeb spadajících do kategorie uvedené jako takové v přihlášce k zápisu, nebrání tomu, aby byl zápis tohoto označení zamítnut. Kdyby v takovém případě bylo předmětné označení pro dotčenou kategorii zapsáno jako ochranná známka Společenství, nic by nebránilo jeho majiteli, aby jej užíval rovněž pro výrobky nebo služby této kategorie, pro které je popisné [viz rozsudek Tribunálu ze dne 9. července 2008, Reber v. OHIM – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart), T-304/06, Sb. rozh. s. II-1927, bod 92 a citovaná judikatura a rozsudek TRUEWHITE, bod 16 výše, bod 27).

41 Pokud jde dále o otázku, zda přihlášená ochranná známka kromě „dopravních“ služeb popisuje rovněž ostatní sporné služby uvedené v přihlášce ochranné známky, je třeba konstatovat podobně jako odvolací senát a z důvodů připomenutých v bodě 35 výše, že všechny tyto ostatní služby, které jsou v přihlášce ochranné známky definovány velmi široce, mohou být poskytovány v oblasti letecké dopravy a letů a v úzké spojitosti s ní.

42 Vzhledem k tomu, že žalobkyně neprovedla žádné omezení své přihlášky ochranné známky k tomu, aby z působnosti této přihlášky vyloučila tyto ostatní sporné služby v rozsahu, v němž jsou poskytovány v oblasti letecké dopravy a letů, odvolací senát z důvodů uvedených zejména v bodech 20 až 22 napadeného rozhodnutí dospěl správně k závěru, že přihlášená ochranná známka ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 popisuje tyto ostatní sporné služby uvedené v přihlášce ochranné známky [rozsudek Tribunálu ze dne 8. června 2005, Wilfer v. OHIM (ROCKBASS), T-315/03, Sb. rozh. s. II-1981, bod 70; viz obdobně rozsudek Tribunálu ze dne 11. února 2010, Deutsche BKK v. OHIM (Deutsche BKK), T-289/08, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 49].

43 Ze všech předcházejících úvah vyplývá, že projednávaný žalobní důvod vycházející z porušení čl. 7 odst. 1 písm. c) nařízení č. 207/2009 musí být zamítnut jako neopodstatněný.

Ke druhému žalobnímu důvodu vycházejícímu z porušení čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 207/2009

44 Žalobkyně tvrdí, že s ohledem na neobvyklý charakter výrazu „fluege“ v němčině a na zvláštní pozornost relevantní veřejnosti vyplývající z jedinečnosti zápisu internetové domény vykazuje přihlášená ochranná známka k odůvodnění svého zápisu požadovanou minimální rozlišovací způsobilost.

45 OHIM stanovisko žalobkyně zpochybňuje.

46 Je třeba připomenout, že překrývání mezi absolutními důvody pro zamítnutí zejména znamená, že slovní ochranná známka, která je popisem vlastností výrobků nebo služeb, může z tohoto důvodu postrádat rozlišovací způsobilost ve vztahu k týmž výrobkům nebo službám, aniž jsou dotčeny ostatní skutečnosti, které by mohly odůvodňovat tento nedostatek rozlišovací způsobilosti (viz usnesení Soudního dvora ze dne 18. března 2010, CFCMCEE v. OHIM, C-282/09 P, Sb. rozh. s. I-2395, bod 52 a citovaná judikatura).

47 V projednávané věci bylo konstatováno, že odvolací senát nepochybil, když dospěl k závěru, že přihlášená ochranná známka má popisný charakter ve vztahu ke sporným službám. V tomto rámci bylo zejména uvedeno, že účinkem skutečnosti, že se k popisnému výrazu, který postrádá rozlišovací způsobilost, připojí tečka a skupina písmen odpovídající doméně první úrovně, není to, že se označení z toho vyplývajícímu – které tak relevantní veřejnost může spontánně identifikovat jako název domény odkazující na internetovou adresu – přizná rozlišovací způsobilost.

48 Z toho vyplývá, že projednávaný žalobní důvod, vycházející z porušení čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 207/2009, musí být zamítnut jako neopodstatněný.

Ke třetímu žalobnímu důvodu vycházejícímu z rozlišovací způsobilosti získané užíváním přihlášené ochranné známky

49 Žalobkyně uvádí, že přihlášená ochranná známka získala rozlišovací způsobilost užíváním v Německu, jakož i na jiných německy hovořících územích Unie. V tomto ohledu předkládá písemnosti a vyvozuje z toho, že přihlášená ochranná známka musí být zapsána a napadené rozhodnutí zrušeno.

50 OHIM uvádí, že rozlišovací způsobilost získaná užíváním je u Tribunálu uplatněna opožděně a každopádně není prokázána.

51 Je třeba připomenout, že cílem žaloby podané k Tribunálu je přezkum legality rozhodnutí odvolacích senátů OHIM ve smyslu článku 65 nařízení č. 207/2009. Kromě toho čl. 135 odst. 4 jednacího řádu Tribunálu stanoví, že spisy účastníků řízení nesmí změnit předmět řízení před odvolacím senátem.

52 V projednávané věci ze spisu vyplývá, že žalobkyně v rámci řízení před OHIM neuplatnila skutečnost, že přihlášená ochranná známka podle ní získala rozlišovací způsobilost užíváním ve smyslu čl. 7 odst. 3 nařízení č. 207/2009. Otázka rozlišovací způsobilosti dotčeného slovního označení získané užíváním tudíž nebyla před OHIM projednána.

53 V tomto ohledu je třeba uvést, že uplatnění rozlišovací způsobilosti získané užíváním jak v řízení *ex parte*, tak v řízení *inter partes* představuje právní otázku, která je autonomní ve vztahu k otázce inherentní rozlišovací způsobilosti dotčené ochranné známky. V případě, že účastník řízení před OHIM získanou rozlišovací způsobilost své ochranné známky neuplatní, OHIM tedy nemusí z úřední povinnosti existenci této způsobilosti přezkoumávat [viz rozsudek Tribunálu ze dne 10. března 2010, Baid v. OHIM (LE GOMMAGE DES FACADES), T-31/09, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, bod 41 a citovaná judikatura].

54 Tribunálu tedy nepřísluší, aby rozhodoval o této otázce, která nebyla předmětem řízení před odvolacím senátem.

55 Třetí žalobní důvod musí být tedy zamítnut.

56 Ze všech předcházejících úvah vyplývá, že žaloba musí být zamítnuta.

K nákladům řízení

57 Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že OHIM požadoval náhradu nákladů řízení a žalobkyně neměla ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (druhý senát)

rozhodl takto:

1) Žaloba se zamítá.

2) Společnost Unister GmbH ponese vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení Úřadu pro harmonizaci na vnitřním trhu (ochranné známky a vzory) (OHIM).

Forwood Dehousse Schwarcz

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 14. května 2013.

Podpisy.