DOMSTOLENS DOM (Ottende Afdeling)

4. oktober 2007 *

I sag C-144/06 P,

angående appel i henhold til artikel 56 i Domstolens statut, iværksat den 17. marts 2006,

Henkel KGaA, Düsseldorf (Tyskland), ved Rechtsanwalt C. Osterrieth,

appellant,

den anden part i appelsagen:

Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (KHIM) ved G. Schneider, som befuldmægtiget,

sagsøgt i første instans,

* Processprog: tysk.

har

DOMSTOLEN (Ottende Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, E. Juhász (refererende dommer), og dommerne J. Malenovský og T. von Danwitz,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer
justitssekretær: fuldmægtig B. Fülöp,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 24. maj 2007,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 I appelskriftet har Henkel KGaA (herefter »Henkel«) nedlagt påstand om ophævelse af den dom, der blev afsagt af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans den 17. januar 2006, Henkel mod KHIM (sag T-398/04, ikke trykt i Samling af Afgørelser, herefter »den appellerede dom«), hvorved appellanten ikke fik medhold i sin påstand om annullation af den afgørelse, der var blevet truffet af Andet Appelkammer ved Kontoret for Harmonisering i det Indre Marked (Varemærker og Design) (herefter »Harmoniseringskontoret«) den 4. august 2004 (herefter »den anfægtede afgørelse«), hvorved dette afslog at registrere et varemærke.

Retsforskrifter

2 Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) bestemmer i artikel 7, stk. 1, litra b), følgende:

»1. Udelukket fra registrering er:

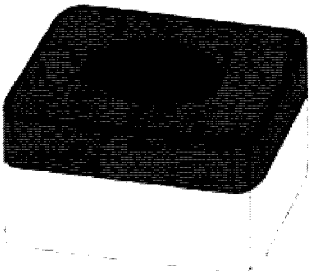
[...]

b) varemærker, som mangler fornødent særpræg.«

Tvistens baggrund

3 Den 28. september 1998 indgav Henkel i medfør af forordning nr. 40/94 en EF-varemærkeansøgning til Harmoniseringskontoret.

4 Det ansøgte EF-varemærke er det tegn, som er vist nedenfor (herefter »det ansøgte varemærke«):



5 De varer, som registreringsansøgningen vedrører, henhører under klasse 1, 3 og 21 i Nice-arrangementet af 15. juni 1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret, og er bl.a. hvad angår varerne i klasse 3 blevet beskrevet på følgende måde: »skyllemidler til opvask og tøjvask«.

6 Henkel har gjort krav på prioritet på grundlag af en i Tyskland indgivet registreringsansøgning af 18. juni 1998, der vedrørte et varemærke, som er identisk med det ansøgte varemærke.

7 Som følge af afgørelse af 1. oktober 1999, hvorved undersøgeren afslog registreringsansøgningen i medfør af artikel 7, stk. 1, litra b) og d), i forordning nr. 40/94, påklagede Henkel den 19. november 1999 denne afgørelse til Harmoniseringskontoret i medfør af artikel 57-59 i forordning nr. 40/94.

8 Ved den anfægtede afgørelse afslog Harmoniseringskontorets Andet Appelkammer klagen. Appelkammeret mente i det væsentlige, at det ansøgte varemærke i forhold til de af registreringsansøgningen omfattede varer savnede fornødent særpræg i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94.

Retsforhandlingerne ved Retten og den appellerede dom

9 Den 8. oktober 2004 anlagde Henkel sag ved Retten med henblik på annullation af den anfægtede afgørelse. Henkel fremførte to anbringender til støtte for sit søgsmål. Retten tog ikke disse anbringender til følge og frifandt dermed Harmoniseringskontoret.

10 Ifølge det første anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 havde Harmoniseringskontoret anvendt kriterierne for bedømmelsen af fornødent særpræg fejlagtigt.

11 Henkel kritiserede for det første Harmoniseringskontoret for ikke at have undersøgt, om der forelå fornødent særpræg på tidspunktet for registreringsansøgningens indlevering, og for ikke at have fastslået, hvad der på dette tidspunkt var den sædvanlige form på de markedsførte varer. Ifølge Henkel kunne Harmoniseringskontoret desuden ikke hævde, at tegnets forskellige farver svarede til forskellige aktive stoffer, eftersom alene Henkel kunne bestemme dette valg af farver og deres sammensætning.

12 Endvidere påpegede Henkel, at der ikke var taget hensyn til en kendelse afsagt af Bundespatentgericht (den tyske forbundspatentdomstol), hvorved denne fastslog, at det ved Deutsches Patent- und Markenamt (det tyske patent- og varemærkekontor) ansøgte tegn ikke manglede fornødent særpræg i forhold til skyllemidler til opvask og tøjvask.

13 Endelig påpegede Henkel, at Harmoniseringskontoret havde tilladt registreringen af mange tegn, der var sammenlignelige med det ansøgte varemærke.

14 Heroverfor anførte Harmoniseringskontoret for Retten, at forbrugeren ikke opfatter det pågældende tegn som en angivelse af varens handelsmæssige oprindelse, men alene som en gengivelse af varen. Hvad angår Bundespatentgerichts afgørelse var der blevet taget behørigt hensyn til denne, men den havde ikke været bindende for Harmoniseringskontoret. Hvad angår tidligere afgørelsespraksis henledte Harmoniseringskontoret opmærksomheden på, at Fællesskabets retsinstanser træffer uafhængige afgørelser i spørgsmål, der forelægges for dem, og navnlig at de på ingen måde er bundet af tidligere ulovlige afgørelser. Desuden mente Harmoniseringskontoret ikke, at de sager, Henkel havde henvist til, var sammenlignelige med den foreliggende sag.

15 Retten fastslog, at Henkel havde begrænset sit anbringende til »skyllemidler til opvask og tøjvask«, og at disse varer var dagligvarer, i forhold til hvilke forbrugeren ikke udviser nogen høj grad af opmærksomhed ved købet. Hvad angår det fornødne særpræg af det ansøgte varemærke bemærkede Retten efter at have henledt opmærksomheden på de på dette område gennem retspraksis opstillede retlige principper, at bedømmelsen af et sådant særpræg ikke kan føre til et andet resultat ved et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens fremtræden, og ved et figurmærke, der består af en virkelighedstro gengivelse af den samme vare.

16 Efter at Retten havde præciseret, at en forudsætning for at bedømme det fornødne særpræg af det ansøgte varemærke er, at det helhedsindtryk, som denne gengivelse giver, skal analyseres, hvilket ikke er uforeneligt med en undersøgelse af de forskellige ydre træk, det består af, hver for sig (dom af 11.11.1997, sag C-251/95, SABEL, Sml. I, s. 6191, præmis 23, og af 16.9.2004, sag C-329/02 P, SAT.1 mod KHIM, Sml. I, s. 8317, præmis 35), analyserede den varemærkets bestanddele og foretog dernæst en helhedsvurdering. Herefter fastslog Retten, at det ansøgte varemærke ikke gjorde det muligt at skelne den pågældende vare fra varerne fra andre virksomheder.

17 Retten tilføjede, at denne vurdering hverken kunne drages i tvivl af den omstændighed, at Henkel på tidspunktet for indgivelsen af varemærkeansøgningen var ene om at markedsføre varer i den form, som det ansøgte tegn var en gengivelse af, eller af de ældre registreringer. Hvad angik den nationale registrering påpegede Retten, at der kunne tages hensyn til denne, men at den ikke var bindende for Hamoniseringskontoret, eftersom EF-varemærkesystemet er et selvstændigt system, der består af en helhed af regler, og idet det forfølger formål, der er særlige for det, er dets anvendelse uafhængig af alle nationale systemer, og spørgsmålet, om et tegn kan registreres som EF-varemærke, skal kun bedømmes på grundlag af den relevante fællesskabslovgivning.

18 Hvad angår Harmoniseringskontorets afgørelser vedrørende registrering påpegede Retten, at selv om den faktiske eller retlige begrundelse for en tidligere afgørelse kan udgøre argumenter til støtte for et anbringende om, at der foreligger tilsidesættelse af en bestemmelse i forordning nr. 40/94, forholder det sig ikke desto mindre således, at lovligheden af appelkamrenes afgørelser udelukkende skal bedømmes på grundlag af denne forordning, således som den er fortolket af Fællesskabets retsinstanser, og ikke på grundlag af appelkamrenes tidligere afgørelsespraksis. Desuden mente Retten ikke, at de af Henkel påberåbte varemærker fuldt ud kunne sammenlignes med det i sagen omhandlede, dels fordi det ikke vedrørte varer af samme art, dels fordi de pågældende tegn indeholdt andre bestanddele end geometriske grundformer.

19 Det andet anbringende vedrørte misbrug af skønsmæssige beføjelser og ligebehandlingsprincippet. Henkel mente nemlig, at Harmoniseringskontoret — ved at afslå registreringen af det ansøgte varemærke og samtidig at have registreret sammenlignelige varemærker — havde misbrugt sin skønsmæssige beføjelse og tilsidesat ligebehandlingsprincippet. Henkel bemærkede desuden, at hvis det skulle acceptere en sådan situation uden at opnå kompensation i form af registreringen af dets eget varemærke, ville det udsættes for en forskelsbehandling i strid med princippet om varernes fri bevægelighed i artikel 28 EF. Henkel anførte videre, at formålet med den i forordning nr. 40/94 forfulgte harmonisering, sådan som det fremgår af første og tredje betragtning heri, kun ville kunne opnås, hvis den ensartede materielle lovgivning fortolkes på samme måde.

20 Harmoniseringskontoret gjorde gældende, at lovligheden af en afgørelse ikke kunne drages i tvivl af en praksis, som var ældre end Harmoniseringskontoret, uanset om den var lovlig eller ej, eftersom afgørelsen om registrering henhører under en bunden kompetence.

21 Retten påpegede, at de afgørelser, som appelkamrene skal træffe i henhold til forordning nr. 40/94 vedrørende registrering af et tegn som EF-varemærke, træffes under udøvelse af en bunden kompetence og ikke på grundlag af en skønsmæssig beføjelse (dom af 15.9.2005, sag C-37/03 P, BioID mod KHIM, Sml. I, s. 7975, præmis 47). Retten fastslog, at Henkels andet anbringende reelt ikke vedrørte misbrug af en eventuel skønsmæssig beføjelse, som var overdraget Harmoniseringskontoret, men vedrørte den omstændighed, at Harmoniseringskontoret havde tilladt, at sammenlignelige tegn var blevet registreret som EF-varemærker, mens der var givet afslag på registreringsansøgningen for det omhandlede varemærke. Ifølge Retten havde dette anbringende dermed samme indhold som en del af de argumenter, Henkel havde fremført til støtte for sit første anbringende, og det var følgelig uden relevans.

Parternes påstande

22 Henkel har i appelskriftet nedlagt følgende påstande:

— Den appellerede dom ophæves.

— Den anfægtede afgørelse annulleres.

— Harmoniseringskontoret tilpligtes at betale sagens omkostninger.

23 Harmoniseringskontoret har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Henkel tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Appellen

Parternes argumenter

24 Henkel har til støtte for sin appel påberåbt sig et enkelt anbringende vedrørende en tilsidesættelse af artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, fordi der er foretaget en urigtig bedømmelse — både i retlig og faktisk henseende — af kravene til det ansøgte varemærkes fornødne særpræg. Henkel mener, at Domstolen bør foretage en korrekt juridisk bedømmelse af de retlige spørgsmål, som denne sags faktiske omstændigheder rejser, eftersom Rettens anvendelse af det juridiske begreb »varemærke, som mangler fornødent særpræg« ikke var den rette.

25 Ifølge Henkel var det med urette, at Retten fastslog, at det ansøgte varemærke ikke i tilstrækkelig grad udviste fornødent særpræg som omhandlet i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94. I medfør af denne bestemmelse kan der nemlig kun kræves et minimum af særpræg (dom af 20.9.2001, sag C-383/99 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 6251, præmis 40). Derfor mener Henkel, at det kun var nødvendigt at efterprøve, hvorvidt det ansøgte varemærke er egnet til at identificere den vare, for hvilken der ansøges om registrering, som hidrørende fra en bestemt virksomhed, og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (dom af 4.5.1999, forenede sager C-108/97 og C-109/97, Windsurfing Chiemsee, Sml. I, s. 2779, præmis 46).

26 Henkel har gjort gældende, at hver producent på det i sagen relevante marked anvender forskellige farver med henblik på at adskille deres varer fra konkurrenternes. Af denne grund er der altid en iøjnefaldende gengivelse af varen på emballagens forside, og kundekredsen opfatter nemt varen, sådan som den konkret præsenteres, som en henvisning til producenten.

27 Henkel mener, at Retten har opstillet en urigtig antagelse om, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau i forhold til varens udseende ikke er højt, når varen sædvanligvis sælges i en emballage, hvorpå der også skriftligt angives den pågældende vares sammensætning og formål. Henkel mener heller ikke, at det er rigtigt, at der er tale om billige dagligvarer, som forbrugerne køber uden noget højt opmærksomhedsniveau og uden at have foretaget en tilbundsgående undersøgelse af varen. Ifølge Henkel henter kundekredsen en række oplysninger i det omtvistede figurmærke, som væsentligt overgår det, der normalt er tilstrækkeligt for at fastslå varens oprindelse.

28 Henkel har desuden i sin replik gjort gældende, at Retten har forvansket de faktiske omstændigheder, når den har fastslået, at det drejer sig om en gengivelse af varen, som er den mest naturlige. Ifølge Henkel har det omhandlede tegn nemlig ikke den form, som skal anses for den »sandsynlige form«, eftersom de indskudte lag ved deres frit valgte farvearrangement tydeligt adskiller sig fra hinanden, og idet den mørke farve og forekomsten af en oval form er usædvanlig for vaskemidler.

29 Harmoniseringskontoret mener ikke, at appellen kan antages til realitetsbehandling. Det har påpeget, at Henkel ikke har præciseret, hvilken retlig fejl Retten har begået, og at dets kritikpunkter vedrører resultatet af en undersøgelse af forbrugernes opfattelse. Denne proces skal ifølge Harmoniseringskontoret anses for henhørende under fastsættelsen af de faktiske omstændigheder, og den falder ikke inden for rammerne af den retlige kvalificering. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder og bevismaterialet er nemlig ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre disse omstændigheder og beviser er blevet gengivet forkert eller forvansket.

30 Harmoniseringskontoret har gjort gældende, at de forskellige problemer, der er rejst (navnlig spørgsmålene om, hvorvidt det på markedet er gængs praksis, at tabletters form og farve er en angivelse af oprindelse, hvorvidt kundekredsen henter oplysning om varens erhvervsmæssige oprindelse fra den direkte gengivelse af varen, eller hvorvidt det er muligt at udlede, at gennemsnitsforbrugerens opmærksomhedsniveau i forhold til varens udseende ikke er højt, når den pågældende vare sælges i en emballage, hvorpå der også skriftligt angives den pågældende vares sammensætning og formål), er spørgsmål om de faktiske omstændigheder. Harmoniseringskontoret mener desuden hverken, at Retten har forvansket de faktiske omstændigheder eller udeladt tegnets individuelle kendetegn (navnlig varens tredje farve).

31 I henhold til artikel 42 i Domstolens procesreglement mener Harmoniseringskontoret endelig ikke, at visse af de i Henkels replik formulerede kritikpunkter kan gøres til genstand for en efterprøvelse, eftersom de ikke er blevet fremsat rettidigt. Harmoniseringskontoret mener under alle omstændigheder, at disse kritikpunkter er uden betydning for sagens afgørelse.

Domstolens bemærkninger

32 Henkel har for det første kritiseret Retten for at have anlagt en urigtig retlig vurdering af kravene til det ansøgte varemærkes fornødne særpræg.

33 Ifølge artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 er det udelukket at registrere varemærker, som mangler fornødent særpræg.

34 Det følger af fast retspraksis, at den omstændighed, at et varemærke har fornødent særpræg i henhold til denne artikel, betyder, at varemærket er egnet til at identificere den vare, for hvilken det er søgt registreret, som hidrørende fra en bestemt virksomhed og dermed til at adskille denne vare fra andre virksomheders (dom af 29.4.2004, forenede sager C-473/01 P og C-474/01 P, Procter & Gamble mod KHIM, Sml. I, s. 5173, præmis 32, og af 21.10.2004, sag C-64/02 P, KHIM mod Erpo Möbelwerk, Sml. I, s. 10031, præmis 42).

35 Hvorvidt et varemærke har fornødent særpræg skal dels bedømmes i forhold til de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det søges registreret, dels i forhold til den opfattelse, som den relevante kundekreds har af varemærket (dommen af 29.4.2004 i sagen Procter & Gamble mod KHIM, præmis 33, og dom af 22.6.2006, sag C-25/05 P, Storck mod KHIM, Sml. I, s. 5719, præmis 25).

36 Det fremgår også af fast retspraksis, at kriterierne for bedømmelsen af, om tredimensionale varemærker, der består af selve varens udseende, har fornødent særpræg, ikke er forskellige fra dem, der finder anvendelse på andre typer varemærker. Ved anvendelsen af disse kriterier skal der imidlertid tages hensyn til, at gennemsnitsforbrugerens opfattelse ikke nødvendigvis er den samme, når der er tale om et tredimensionalt varemærke, der består af selve varens udseende, som når der er tale om et ord- eller figurmærke, der består af et tegn, som er uafhængigt af udseendet af de varer, det betegner. Gennemsnitsforbrugerne er nemlig ikke vant til at udlede varers oprindelse af deres form eller emballage uden nogen grafisk eller tekstmæssig bestanddel, og det kan derfor vise sig vanskeligere at bevise, at et sådant tredimensionalt varemærke har særpræg, end at et ord- eller figurmærke har det (dom af 7.10.2004, sag C-136/02 P, Mag Instrument mod KHIM, Sml. I, s. 9165, præmis 30, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 26 og 27).

37 Under disse omstændigheder er det kun et varemærke, der afviger betydeligt fra normen eller branchesædvanen og derfor kan opfylde sin grundlæggende oprindelsesfunktion, som ikke mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 (dom af 12.1.2006, sag C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mod KHIM, Sml. I, s. 551, præmis 31, og dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 28).

38 Denne retspraksis, der er udviklet i forbindelse med tredimensionale varemærker, som består af selve varens udseende, finder tilsvarende anvendelse, når det ansøgte varemærke — som i det konkrete tilfælde — er et figurmærke, der består af den todimensionale gengivelse af den pågældende vare. I et sådant tilfælde består varemærket nemlig heller ikke af et tegn, som er uafhængigt af fremtrædelsesformen for de varer, det betegner (dommen i sagen Storck mod KHIM, præmis 29).

39 I denne forbindelse bemærkes, at der ved bedømmelsen af, hvorvidt et varemærke mangler fornødent særpræg, skal tages hensyn til det helhedsindtryk, som det giver. Dette betyder imidlertid ikke, at der ikke er grund til at foretage en undersøgelse hver for sig af de forskellige bestanddele, der er anvendt ved udformningen af det omhandlede varemærke. Det kan faktisk være nyttigt, at der i forbindelse med den samlede vurdering foretages en undersøgelse af hver enkelt af de bestanddele, som det pågældende varemærke består af (jf. i denne retning dom af 30.6.2005, sag C-286/04 P, Eurocermex mod KHIM, Sml. I, s. 5797, præmis 22 og 23 og den deri nævnte retspraksis).

40 Det fremgår af den appellerede dom, at Retten i den foreliggende sag har foretaget en korrekt identificering og anvendelse af de i retspraksis opstillede kriterier.

41 Retten har med rette først set på de forskellige bestanddele, som det ansøgte varemærkes fremtrædelsesform er sammensat af, såsom tablettens form og farver, for dernæst at efterprøve helhedsindtrykket med henblik på at vurdere, om dette varemærke opfylder oprindelsesfunktionen.

42 Efter således i den appellerede doms præmis 32-35 at have foretaget en undersøgelse hver for sig af det ansøgte varemærkes rektangulære form, dets to farvede lag og dets ovale, blå kerne, fastslog Retten, at disse bestanddele ikke var tilstrækkelige til at give det fornødent særpræg.

43 Hvad angår helhedsvurderingen af disse bestanddele fastslog Retten i den appellerede doms præmis 39, at »det helhedsindtryk, som det pågældende tegn skaber, begrænser sig til en gengivelse af et skyllemiddel til opvask eller tøjvask i form af en tablet, hvori flere aktive kemiske virkemidler på en dekorativ og tiltrækkende måde er blevet samlet i to farvede lag — et rødt og et hvidt — hvoraf det røde lag har en oval blå kerne; [d]a forbrugeren ikke er vant til i varens form og farver at se angivelsen af en vares handelsmæssige oprindelse [...], da det med forekomsten af to farver samt tilføjelsen af en oval kerne i en anden farve drejer sig

om en gengivelse af varen, som er den mest naturlige i forbindelse med gengivelsen af et skyllemiddel til opvask eller tøjvask i form af en tablet [...], og da de valgte farver, som er grundfarver, der ofte anvendes i den pågældende branche, ikke påkalder sig forbrugernes opmærksomhed [...], signalerer det helhedsindtryk, som tegnet skaber, ikke over for den relevante kundekreds, at den konkrete gengivelse af varen angiver dens handelsmæssige oprindelse; [d]et ansøgte varemærke gør det således ikke muligt for den almindeligt oplyste, rimeligt opmærksomme og velunderrettede gennemsnitsforbruger af de nævnte varer at adskille den omhandlede vare fra andre virksomheders varer uden at foretage undersøgelser eller sammenligninger og uden at udvise særlig opmærksomhed [...]«.

44 Heraf følger dels, at Retten har støttet sin bedømmelse af det ansøgte varemærkes fornødne særpræg på det helhedsindtryk, der kommer til udtryk igennem dette varemærkes form og farvesammensætning, dels at den har fastslået, at dette varemærke ikke gør det muligt at adskille den omhandlede vare fra konkurrenternes varer i den pågældende branche.

45 Ved at fastslå, at varemærket, der er søgt registreret, mangler fornødent særpræg i henhold til artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94, har Retten således ikke begået en retlig fejl i forhold til denne bestemmelse eller i forhold til Domstolens relevante praksis.

46 Dette kritikpunkt skal således forkastes som ugrundet.

47 Hvad angår kritikpunktet vedrørende Rettens konkrete anvendelse af de opstillede kriterier i artikel 7, stk. 1, litra b), i forordning nr. 40/94 og den nævnte retspraksis bemærkes for det andet, at dette indebærer en bedømmelse af faktisk karakter.

48 Navnlig afgørelsen af, om der foreligger en betydelig afvigelse som omhandlet i denne doms præmis 37, henhører under en bedømmelse af faktisk karakter.

49 Alene Retten er nemlig kompetent til dels at fastlægge de faktiske omstændigheder i sagen, når bortses fra tilfælde, hvor den indholdsmæssige urigtighed af dens konstateringer følger af akterne i den sag, den har behandlet, dels at tage stilling til disse faktiske omstændigheder. Bedømmelsen af de faktiske omstændigheder er således ikke et retsspørgsmål, der som sådan kan efterprøves af Domstolen under en appelsag, medmindre de forhold, der er blevet fremlagt for Retten, er blevet gengivet urigtigt (jf. i denne retning dom af 19.9.2002, sag C-104/00 P, DKV mod KHIM, Sml. I, s. 7561, præmis 22, og af 29.4.2004, forenede sager C-456/01 P og C-457/01 P, Henkel mod KHIM, Sml. I, s. 5089, præmis 41).

50 I denne forbindelse skal det fastslås, at Henkel først i sin replik gjorde gældende, at Retten har gengivet de faktiske omstændigheder og beviser forkert. Henset til procesreglementets artikel 42, stk. 2, som i medfør af samme reglements artikel 118 finder anvendelse i en appelsag, kan anbringendet vedrørende forkert gengivelse af de faktiske omstændigheder og beviser ikke i den foreliggende sag antages til realitetsbehandling.

51 Det skal tilføjes, at den appellerede doms konklusioner vedrørende kendetegnene ved den relevante kundekreds, samt forbrugernes opmærksomhed, opfattelse eller indstilling, ligeledes henhører under en bedømmelse af faktisk karakter.

52 Under disse omstændigheder skal kritikpunktet, hvorefter Retten skulle have anlagt en urigtig faktisk vurdering af kravene til det ansøgte varemærkes fornødne særpræg, ikke antages til realitetsbehandling.

53 Endelig har Henkel kritiseret Retten for ikke at have taget stilling til spørgsmålet om, hvorvidt det fornødne særpræg skal bedømmes på tidspunktet for indgivelsen af varemærkeansøgningen eller på tidspunktet, hvor der træffes en retsafgørelse. Henkel mener gentagne gange at have henledt opmærksomheden på den omstændighed, at selskabet var først til at præsentere og markedsføre skyllemiddelstabletter i den omtvistede form. På tidspunktet for registreringsansøgningen mener Henkel ikke, at kundekredsen havde den mindste vanskelighed med at forbinde den konkrete vare, »skyllemiddelstablet til opvask eller tøjvask«, med Henkel som producent.

54 Det bemærkes, at Retten besvarede dette kritikpunkt i den appellerede doms præmis 41 og 42, da den anførte, at konstateringen af det ansøgte varemærkes manglende evne til umiddelbart og uafhængigt af brugen af mærket — i den forstand, udtrykket anvendes i artikel 7, stk. 3, i forordning nr. 40/94 — at betegne varens oprindelse, ikke modsiges af det større eller mindre antal tilsvarende tabletter, der allerede findes på markedet, og at det under disse omstændigheder ikke er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om det relevante tidspunkt for bedømmelsen af det omhandlede varemærkes fornødne særpræg.

55 Det skal fastslås, at Henkel ikke støtter sit klagepunkt på nogen begrundede omstændigheder, som godtgør, at Retten har bedømt dette spørgsmål forkert. Klagepunktet må derfor forkastes.

56 Eftersom Henkels anbringende delvis er ugrundet og delvis ikke kan antages til realitetsbehandling, skal appellen forkastes.

Sagens omkostninger

57 I henhold til procesreglementets artikel 69, stk. 2, som i medfør af samme reglements artikel 118 finder anvendelse i en appelsag, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Harmoniseringskontoret har nedlagt påstand om, at Henkel tilpligtes at betale sagens omkostninger, og selskabet har tabt sagen, bør det pålægges det at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer Domstolen (Ottende Afdeling):

1) Appellen forkastes.

2) Henkel KGaA betaler sagens omkostninger.

Underskrifter