ARREST VAN HET HOF (Achtste kamer)

4 oktober 2007 *

In zaak C-144/06 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 17 maart 2006,

Henkel KGaA, gevestigd te Düsseldorf (Duitsland), vertegenwoordigd door C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

rekwirante,

andere partij in de procedure:

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

verweerder in eerste aanleg,

* Procestaal: Duits.

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Achtste kamer),

samengesteld als volgt: E. Juhász (rapporteur), kamerpresident, J. Malenovský en T. von Danwitz, rechters,

advocaat-generaal: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
griffier: B. Fülöp, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 24 mei 2007,

gelet op de beslissing, de advocaat-generaal gehoord, om de zaak zonder conclusie te berechten,

het navolgende

Arrest

1 Henkel KGaA (hierna: „Henkel") verzoekt het Hof om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 17 januari 2006, Henkel/BHIM (T-398/04, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie; hierna: „bestreden arrest"), waarbij het Gerecht heeft verworpen haar beroep tot vernietiging van de weigering van de tweede kamer van beroep van het Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen) (BHIM) van 4 augustus 2004 (hierna: „litigieuze beslissing") om een merk in te schrijven.

Rechtskader

2 Artikel 7, lid 1, sub b, van verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1) bepaalt:

„1. Geweigerd wordt inschrijving van:

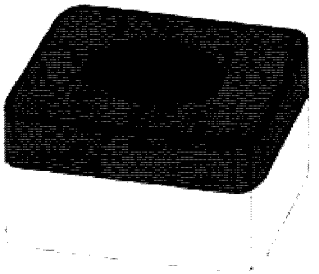
[...]

b) merken die elk onderscheidend vermogen missen."

Voorgeschiedenis van het geding

3 Op 28 september 1998 heeft Henkel bij het BHIM een gemeenschapsmerkaanvraag ingediend krachtens verordening nr. 40/94.

4 De gemeenschapsmerkaanvraag betreft het hierna weergegeven beeldteken (hierna: „aangevraagd merk"):



5 De waren waarvoor de merkaanvraag werd ingediend, behoren tot de klassen 1, 3 en 21 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. Met name de waren van klasse 3 zijn omschreven als volgt: „Afwasmiddelen en wasmiddelen".

6 Henkel heeft een beroep gedaan op de voorrang van een op 18 juni 1998 in Duitsland ingeschreven merkaanvraag voor een merk dat gelijk is aan het aangevraagde merk.

7 Tegen de beslissing van 1 oktober 1999, waarbij de onderzoeker de aanvraag tot inschrijving heeft afgewezen op grond van artikel 7, lid 1, sub b en d, van verordening nr. 40/94, heeft Henkel op 19 november 1999 bij het BHIM beroep ingesteld krachtens de artikelen 57 tot en met 59 van verordening nr. 40/94.

8 De tweede kamer van beroep van het BHIM heeft bij de litigieuze beslissing dat beroep verworpen. Zij heeft in wezen geoordeeld dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 voor alle in de inschrijvingsaanvraag opgegeven waren.

Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

9 Op 8 oktober 2004 heeft Henkel bij het Gerecht beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld. Ter ondersteuning van haar beroep heeft Henkel twee middelen aangevoerd. Het Gerecht heeft deze middelen afgewezen en het beroep dus verworpen.

10 Volgens het eerste middel — schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 — had het BHIM de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen onjuist toegepast.

11 Henkel verweet het BHIM allereerst dat het had nagelaten, het bestaan van het onderscheidend vermogen te onderzoeken op de datum van indiening van de inschrijvingsaanvraag en dat het niet had vastgesteld in welke vorm de waren op die datum gewoonlijk op de markt werden gebracht. Vervolgens kon het BHIM volgens Henkel niet verklaren dat met de verschillende kleuren van het teken een ander actief bestanddeel overeenstemt, aangezien Henkel zelf vrij beslist over de keuze van de kleuren en over de kleurencombinatie.

12 Voorts heeft Henkel opgemerkt dat geen rekening werd gehouden met de beschikking van het Bundespatentgericht (federale octrooirechter), waarbij het heeft geoordeeld dat het bij het Deutsche Patent- und Markenamt (Duits merken- en octrooibureau) aangevraagde teken niet elk onderscheidend vermogen miste voor de waren afwasmiddelen en wasmiddelen.

13 Ten slotte heeft Henkel erop gewezen dat het BHIM de inschrijving van verschillende, met het aangevraagde merk vergelijkbare tekens had aanvaard.

14 Voor het Gerecht heeft het BHIM daarentegen verklaard dat de consument het betrokken teken niet waarneemt als een aanduiding van de commerciële herkomst van de waar, doch louter als de weergave van de waar. Met de beslissing van het Bundespatentgericht is naar behoren rekening gehouden, maar deze beslissing bindt het BHIM niet. Wat de vroegere beslissingspraktijk betreft, herinnert het BHIM eraan dat de gemeenschapsrechter autonoom moet beslissen over de bij hem ingediende vordering zonder dat hij daarbij op welke wijze ook gebonden is door vroegere onrechtmatige beslissingen. Bovendien zijn de door Henkel aangevoerde gevallen niet vergelijkbaar met het onderhavige.

15 Het Gerecht heeft vastgesteld dat Henkel haar middel had beperkt tot de „afwasmiddelen en wasmiddelen" en dat deze waren producten voor courant gebruik zijn, waarvoor het aandachtsniveau van de consument bij de aankoop niet hoog is. Wat het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk betreft, heeft het Gerecht opgemerkt, na een herhaling van de in de rechtspraak ter zake gevestigde rechtsbeginselen, dat de beoordeling van het onderscheidend vermogen in het geval van een driedimensionaal merk bestaande in de aanbiedingsvorm van de waar zelf, geen ander resultaat kan opleveren dan in het geval van een beeldmerk bestaande in de waarheidsgetrouwe weergave van de waar zelf.

16 Na te hebben gepreciseerd dat de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk moet berusten op de totaalindruk die deze weergave oproept, hetgeen niet onverenigbaar is met een achtereenvolgend onderzoek van de verschillende afzonderlijke bestanddelen ervan (arresten van 11 november 1997, SABEL, C-251/95, Jurispr. blz. I-6191, punt 23, en 16 september 2004, SAT.1/BHIM, C-329/02 P, Jurispr. blz. I-8317, punt 35), heeft het Gerecht de bestanddelen van het merk onderzocht en daarna de totaalindruk beoordeeld. Op basis daarvan heeft het Gerecht geoordeeld dat het aangevraagde merk het niet mogelijk maakt, de betrokken waar te onderscheiden van die van andere ondernemingen.

17 Bovendien kon volgens het Gerecht aan dat oordeel niet worden afgedaan door het feit dat ten tijde van de indiening van de merkaanvraag Henkel als enige onderneming waren in de door het aangevraagde teken weergegeven vorm op de markt bracht, noch door vroegere inschrijvingen. Het Gerecht heeft benadrukt dat met de nationale inschrijving rekening kan worden gehouden, maar dat deze het BHIM niet bindt, aangezien het communautaire merkensysteem een autonoom systeem is dat uit een samenstel van eigen voorschriften bestaat en eigen doelstellingen nastreeft, en waarvan de toepassing losstaat van welk nationaal systeem ook, en dat de vraag of een teken als gemeenschapsmerk kan worden ingeschreven, alleen op basis van de relevante communautaire regeling dient te worden beantwoord.

18 Wat de inschrijvingsbeslissingen van het BHIM betreft, heeft het Gerecht eraan herinnerd dat feitelijke of juridische overwegingen uit een vroegere beslissing weliswaar kunnen worden aangevoerd ter ondersteuning van een middel inzake schending van een bepaling van verordening nr. 40/94, maar de rechtmatigheid van de beslissingen van de kamers van beroep moet uitsluitend op basis van deze verordening zoals uitgelegd door de gemeenschapsrechter, worden beoordeeld en niet op basis van een eerdere beslissingspraktijk van de kamers van beroep. Bovendien waren de door Henkel aangevoerde merken volgens het Gerecht niet volledig vergelijkbaar met het in geding zijnde merk, hetzij omdat de bedoelde waren niet dezelfde waren, hetzij omdat de betrokken tekens andere bestanddelen dan geometrische basisvormen bevatten.

19 Het tweede middel betrof misbruik van de discretionaire bevoegdheid en schending van het gelijkheidsbeginsel. In feite meende Henkel dat het BHIM door inschrijving van het aangevraagde merk te weigeren hoewel inschrijving van vergelijkbare merken wel was aanvaard, zijn discretionaire bevoegdheid had misbruikt en het gelijkheidsbeginsel had geschonden. Bovendien heeft Henkel opgemerkt dat zij zou worden gediscrimineerd mocht zij deze situatie gedogen zonder ter compensatie inschrijving van haar merk te verkrijgen, hetgeen in strijd zou zijn met het in artikel 28 EG neergelegde beginsel van vrij verkeer van goederen. Bovendien kan de door verordening nr. 40/94 nagestreefde doelstelling van harmonisatie slechts worden bereikt mits het eengemaakte materiële recht eenvormig wordt uitgelegd.

20 Het BHIM stelde dat, aangezien de beslissing inzake inschrijving op een gebonden bevoegdheid berust, de rechtmatigheid van een beslissing niet kan worden aangevochten op basis van een eerdere — al dan niet rechtmatige — beslissingspraktijk van het BHIM.

21 Het Gerecht herinnerde eraan dat de beslissingen die de kamers van beroep krachtens verordening nr. 40/94 ter zake van de inschrijving van een teken als gemeenschapsmerk dienen te nemen, op een gebonden en niet op een discretionaire bevoegdheid berusten (arrest van 15 september 2005, BioID/BHIM, C-37/03 P, Jurispr. blz. I-7975, punt 47). Volgens het Gerecht betrof het tweede middel van Henkel in werkelijkheid niet misbruik van een eventuele discretionaire bevoegdheid van het BHIM, doch het feit dat het BHIM de inschrijving van vergelijkbare tekens als merk had aanvaard, terwijl het de aanvraag tot inschrijving van het betrokken merk had afgewezen. Dat middel viel dus samen met een aantal argumenten die Henkel ter onderbouwing van haar eerste middel had aangevoerd, zodat het geen doel trof.

Conclusies van partijen

22 Met haar hogere voorziening verzoekt Henkel het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— de litigieuze beslissing te vernietigen;

— het BHIM te verwijzen in de kosten.

23 Het BHIM verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— Henkel te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

Argumenten van partijen

24 Ter ondersteuning van haar hogere voorziening voert Henkel een enkel middel aan, te weten schending van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, wegens een onjuiste beoordeling in feite en in rechte van de vereisten betreffende het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk. Henkel is van mening dat het Hof de rechtsvragen die de feiten in deze zaak oproepen, juridisch juist dient te beoordelen, aangezien het Gerecht het rechtsbegrip „merken die elk onderscheidend vermogen missen" niet juist heeft toegepast.

25 Volgens Henkel heeft het Gerecht ten onrechte geoordeeld dat het aangevraagde merk niet voldoende onderscheidend vermogen bezit in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94. Volgens deze bepaling kan evenwel slechts een minimum aan onderscheidend vermogen worden geëist (arrest van 20 september 2001, Procter & Gamble/BHIM, C-383/99 P, Jurispr. blz. I-6251, punt 40). Er hoeft bijgevolg alleen te worden onderzocht of het aangevraagde merk zich leent om de waar waarvoor de inschrijving is aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus om deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arrest van 4 mei 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 en C-109/97, Jurispr. blz. I-2779, punt 46).

26 Henkel stelt dat elke producent op de relevante markt verschillende kleuren gebruikt om zijn waren van die van zijn concurrenten te onderscheiden. Daarom staat de waar altijd op een opvallende manier afgebeeld op de voorkant van de verpakking en neemt het publiek deze wel degelijk waar zoals concreet afgebeeld waar als een aanduiding van de producent ervan.

27 Volgens Henkel vergist het Gerecht zich wanneer het uitgaat van de premisse dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument voor de verschijningsvorm van de waar niet hoog is wanneer deze waar gewoonlijk wordt verkocht in een verpakking waarop ook een tekst staat met aanwijzingen over de samenstelling en het gebruik van de betrokken waar. Voorts is het niet correct te stellen dat het gaat om goedkope producten voor dagelijks gebruik die de consumenten aankopen zonder bijzondere oplettendheid en zonder grondig onderzoek van de waar. Het publiek haalt uit het betrokken beeldteken veel informatie die meer biedt dan wat normaliter volstaat om de herkomst van de waar te bepalen.

28 Henkel stelt in repliek bovendien dat het Gerecht de feiten onjuist heeft beoordeeld wanneer het verklaart dat het gaat om een variant van de als natuurlijk ervaren aanbiedingsvorm van de waar. In feite heeft het betrokken teken niet de vorm die moet doorgaan voor de „vermoedelijke vorm", aangezien de tussengevoegde lagen onderling duidelijk verschillen door de kleuren ervan, die volledig vrij werden geschikt, en de aanwezigheid van een donkere kleur en van een ovale vorm voor detergenten ongebruikelijk is.

29 Het BHIM is van mening dat de hogere voorziening niet-ontvankelijk is. Henkel preciseert niet van welke onjuiste rechtsopvatting het Gerecht blijk heeft gegeven, en de grieven betreffen het resultaat van een onderzoek van de perceptie door de consument. Volgens het BHIM is dit proces een onderdeel van de feitelijke vaststelling en niet van de juridische kwalificering. De vaststelling van de feiten en de beoordeling van de bewijselementen leveren echter, behoudens het geval van een onjuiste opvatting of een wijziging daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in hogere voorziening.

30 Het BHIM voert aan dat de verschillende problemen die aan de orde zijn (namelijk de vraag of het op de markt een gangbare praktijk is geworden dat de vorm en de kleur van tabletten een aanduiding van herkomst inhouden, de vraag of het publiek uit de rechtstreekse afbeelding van een waar informatie over de commerciële herkomst afleidt, of de vraag of de ervaring kan leren dat het aandachtsniveau van de gemiddelde consument voor de verschijningsvorm van een waar niet hoog is wanneer de betrokken waar wordt verkocht in een verpakking waarop ook tekst staat met aanwijzingen over de samenstelling en het gebruik van deze waar), de feiten betreffen. Bovendien is het BHIM van mening dat het Gerecht de feiten niet onjuist heeft opgevat en niet is voorbijgegaan aan individuele eigenschappen van het teken (met name de derde kleur van de waar).

31 Ten slotte betoogt het BHIM dat een aantal grieven die Henkel in repliek heeft geformuleerd, niet kunnen worden onderzocht overeenkomstig artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, aangezien ze niet tijdig zijn aangevoerd. In geen geval kunnen deze grieven ten gronde slagen.

Beoordeling door het Hof

32 In de eerste plaats verwijt Henkel het Gerecht een onjuiste juridische beoordeling van de vereisten betreffende het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk.

33 Volgens artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 wordt inschrijving geweigerd van merken die elk onderscheidend vermogen missen.

34 Volgens vaste rechtspraak houdt het onderscheidend vermogen van een merk in de zin van dat artikel in dat het merk zich ertoe leent, de waar waarvoor de inschrijving is aangevraagd, als afkomstig van een bepaalde onderneming te identificeren en dus deze waar van die van andere ondernemingen te onderscheiden (arresten van 29 april 2004, Procter & Gamble/BHIM, C-473/01 P en C-474/01 P, Jurispr. blz. I-5173, punt 32, en 21 oktober 2004, BHIM/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Jurispr. blz. I-10031, punt 42).

35 Dat onderscheidend vermogen moet enerzijds worden beoordeeld met betrekking tot de waren of diensten waarvoor de inschrijving is aangevraagd, en anderzijds met betrekking tot de perceptie ervan door het relevante publiek (zie arresten van 29 april 2004, Procter & Gamble/BHIM, reeds aangehaald, punt 33, en 22 juni 2006, Storck/BHIM, C-25/05 P, Jurispr. blz. I-5719, punt 25).

36 Voorts is het vaste rechtspraak dat de criteria ter beoordeling van het onderscheidend vermogen van driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet verschillen van die welke voor andere categorieën van merken gelden. Bij de toepassing van deze criteria dient er evenwel rekening mee te worden gehouden dat de perceptie door de gemiddelde consument in het geval van een driedimensionaal merk bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, niet noodzakelijk dezelfde is als bij een woord- of beeldmerk dat bestaat in een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken. De gemiddelde consument is immers niet gewend om de herkomst van de waar bij gebreke van enig grafisch of tekstueel element af te leiden uit de vorm ervan of uit die van de verpakking, en in het geval van een dergelijk driedimensionaal merk zou het dus moeilijker kunnen zijn om het onderscheidend vermogen vast te stellen dan in het geval van een woord- of beeldmerk (arrest van 7 oktober 2004, Mag Instrument/BHIM, C-136/02 P, Jurispr. blz. I-9165, punt 30, en arrest Storck/BHIM, reeds aangehaald, punten 26 en 27).

37 Alleen een merk dat op significante wijze afwijkt van de norm of van wat in de betrokken sector gangbaar is, en derhalve de wezenlijke functie van herkomstaanduiding kan vervullen, bezit dus onderscheidend vermogen in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 (arrest van 12 januari 2006, Deutsche SiSi-Werke/BHIM, C-173/04 P, Jurispr. blz. I-551, punt 31, en arrest Storck/BHIM, reeds aangehaald, punt 28).

38 Deze rechtspraak, die is ontwikkeld met betrekking tot driedimensionale merken bestaande in de verschijningsvorm van de waar zelf, geldt ook wanneer — zoals in casu — het aangevraagde merk een beeldmerk is dat bestaat in de tweedimensionale afbeelding van de waar. In een dergelijk geval bestaat het merk immers ook niet in een van het uiterlijk van de erdoor aangeduide waar onafhankelijk teken (arrest Storck/BHIM, reeds aangehaald, punt 29).

39 Om te beoordelen of een merk onderscheidend vermogen heeft, dient de door dit merk opgeroepen totaalindruk te worden onderzocht. Dit impliceert echter niet dat in eerste instantie geen achtereenvolgend onderzoek van de verschillende voor dit merk gebruikte elementen van de aanbiedingsvorm nodig is. Het kan immers nuttig zijn om tijdens de globale beoordeling elk bestanddeel van het betrokken merk te onderzoeken (zie in die zin arrest van 30 juni 2005, Eurocermex/BHIM, C-286/04 P, Jurispr. blz. I-5797, punten 22 en 23, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

40 Uit het bestreden arrest blijkt dat het Gerecht de in de rechtspraak vastgelegde criteria juist heeft omschreven en toegepast op het onderhavige geval.

41 Het Gerecht heeft bij de beoordeling of het aangevraagde merk de herkomstfunctie vervult, terecht eerst de verschillende bestanddelen van de uiterlijke verschijningsvorm ervan, zoals vorm en kleuren van de tablet, en daarna de totaalindruk onderzocht.

42 Na in de punten 32 tot en met 35 van het bestreden arrest achtereenvolgens de rechthoekige vorm van het aangevraagde merk, de twee gekleurde lagen en de blauwe ovale kern in het midden van het rode bovenvlak van de tablet te hebben onderzocht, heeft het Gerecht dus geoordeeld dat deze bestanddelen niet voldoende waren om het aangevraagde merk onderscheidend vermogen te verlenen.

43 Wat de globale beoordeling van deze bestanddelen betreft, heeft het Gerecht in punt 39 van het bestreden arrest geconcludeerd dat „de door het betrokken teken opgeroepen totaalindruk louter bestaat in de afbeelding van een afwasmiddel of wasmiddel in de vorm van een tablet waarin verschillende actieve chemische stoffen op decoratieve en aantrekkelijke wijze zijn samengebracht in twee gekleurde lagen (rood en wit), met een blauwe ovale kern in de rode laag. Aangezien de consument het niet gewend is om in de vorm en de kleuren van een waar een aanduiding van de commerciële herkomst ervan te herkennen [...], de aanwezigheid van twee lagen en de toevoeging van een ovale kern in een andere kleur een als natuurlijk ervaren oplossing vormen voor de aanbiedingsvorm van een afwasmiddel of wasmiddel in de

vorm van een tablet [...] en aangezien, wat de in de betrokken sector gewoonlijk gebruikte basiskleuren betreft, de gekozen kleuren de aandacht van de consument niet kunnen trekken [...], leidt het doelpubliek uit de door het teken opgeroepen totaalindruk niet af dat de concrete aanbiedingsvorm van de waar duidt op de commerciële herkomst ervan. Bijgevolg maakt het aangevraagde merk het de normaal geïnformeerde, redelijk omzichtige en oplettende, gemiddelde consument van die waren niet mogelijk om zonder analytisch of vergelijkend onderzoek en zonder bijzondere oplettendheid de betrokken waar te onderscheiden van die van andere ondernemingen [...]"

44 Derhalve blijkt dat het Gerecht zijn beoordeling van het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk heeft gebaseerd op de totaalindruk die door de vorm en de schikking van de kleuren van dit merk wordt opgeroepen, en dat het heeft vastgesteld dat dit merk het niet mogelijk maakt, de waar te onderscheiden van die van de concurrenten in de betrokken sector.

45 Bijgevolg heeft het Gerecht, door te oordelen dat het aangevraagde merk elk onderscheidend vermogen miste in de zin van artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94, geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot deze bepaling en de relevante rechtspraak van het Hof.

46 Deze grief moet dus ongegrond worden verklaard.

47 In de tweede plaats zij, aangaande de grief inzake de concrete toepassing door het Gerecht van de criteria die voortvloeien uit artikel 7, lid 1, sub b, van verordening nr. 40/94 en uit de aangehaalde rechtspraak, opgemerkt dat deze toepassing feitelijke beoordelingen inhoudt.

48 Met name de vaststelling of een significante afwijking bestaat in de zin van punt 37 van het onderhavige arrest, is een feitelijke beoordeling.

49 Het Gerecht is echter bij uitsluiting bevoegd enerzijds om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van hetgeen het heeft vastgesteld voortvloeit uit de hem overgelegde processtukken, en anderzijds om die feiten te beoordelen. De beoordeling van de feiten levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting van de hem overgelegde bewijselementen, geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof in hogere voorziening (zie in die zin arresten van 19 september 2002, DKV/BHIM, C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561, punt 22, en 29 april 2004, Henkel/BHIM, C-456/01 P en C-457/01 P, Jurispr. blz. I-5089, punt 41).

50 Henkel heeft echter pas voor het eerst in repliek aangevoerd dat het Gerecht de feiten of de bewijsmiddelen onjuist heeft opgevat. Gelet op artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dat reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, kan het middel inzake onjuiste opvatting van de feiten in casu niet ontvankelijk zijn.

51 Bovendien zijn ook de vaststellingen betreffende de kenmerken van het relevante publiek, het aandachtsniveau, de perceptie of de houding van de consumenten, in het bestreden arrest, feitelijke beoordelingen.

52 De grief dat het Gerecht de vereisten betreffende het onderscheidend vermogen van het aangevraagde merk feitelijk onjuist heeft beoordeeld, moet daarom niet-ontvankelijk worden verklaard.

53 Ten slotte verwijt Henkel het Gerecht dat het zich niet heeft uitgesproken over de vraag of de beoordeling van het onderscheidend vermogen moet worden gerelateerd aan de datum van indiening van het verzoek tot inschrijving van het merk of aan de datum van de gerechtelijke beslissing. Henkel heeft voortdurend de aandacht gevestigd op het feit dat zij als eerste wasmiddelen in de betrokken tabletvorm heeft aangeboden en op de markt gebracht. Op de datum van de inschrijvingsaanvraag was het publiek probleemloos in staat, de concrete waar „afwasmiddel en wasmiddel in tabletvorm" te associëren met Henkel als de producent ervan.

54 Het Gerecht heeft in de punten 41 en 42 van het bestreden arrest op deze grief geantwoord dat aan de ongeschiktheid van het aangevraagde merk om — a priori en onafhankelijk van het gebruik ervan in de zin van artikel 7, lid 3, van verordening nr. 40/94 — de herkomst van de waar aan te duiden, niet wordt afgedaan door het feit dat er reeds een min of meer groot aantal soortgelijke tabletten op de markt wordt verkocht, en dat het daarom overbodig was te antwoorden op de vraag welk tijdstip relevant is voor de beoordeling van het onderscheidend vermogen van het betrokken merk.

55 Er dient te worden vastgesteld dat Henkel haar grief niet onderbouwt met omstandige argumenten waaruit blijkt dat het antwoord van het Gerecht op deze vraag onjuist is. Bijgevolg moet deze grief worden afgewezen.

56 Aangezien het middel van Henkel ten dele ongegrond is en ten dele niet-ontvankelijk, dient de hogere voorziening derhalve te worden afgewezen.

Kosten

57 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien Henkel in het ongelijk is gesteld, moet zij overeenkomstig de vordering van het BHIM worden verwezen in de kosten.

Het Hof van Justitie (Achtste kamer) verklaart:

1) De hogere voorziening wordt afgewezen.

2) Henkel KGaA wordt verwezen in de kosten.

ondertekeningen