SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava)

de 4 de octubre de 2007 *

En el asunto C-144/06 P,

que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto, con arreglo al artículo 56 del Estatuto del Tribunal de Justicia, el 17 de marzo de 2006,

Henkel KGaA, con domicilio social en Düsseldorf (Alemania), representada por el Sr. C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

parte demandante,

y en el que la otra parte en el procedimiento es:

Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), representada por el Sr. G. Schneider, en calidad de agente,

parte demandada en primera instancia,

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Octava),

integrado por el Sr. E. Juhász (Ponente), Presidente de Sala, y los Sres. J. Malenovský y T. von Danwitz, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretario: Sr. B. Fülöp, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 24 de mayo de 2007;

vista la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia, oído el Abogado General, de que el asunto sea juzgado sin conclusiones;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Mediante su recurso de casación, Henkel KGaA (en lo sucesivo, «Henkel») solicita la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 17 de enero de 2006, Henkel/OAMI (T-398/04, no publicada en la Recopilación; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que éste desestimó su recurso dirigido a obtener la anulación de la resolución de la Segunda Sala de Recurso de la Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) (OAMI), de 4 de agosto de 2004, (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), por la que se deniega el registro de una marca.

Marco jurídico

2 El artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) nº 40/94 del Consejo, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria (DO 1994, L 11, p. 1), dispone:

«1. Se denegará el registro de:

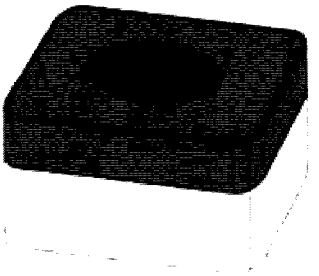
[...]

b) las marcas que carezcan de carácter distintivo».

Antecedentes del litigio

3 El 28 de septiembre de 1998, Henkel presentó una solicitud de marca comunitaria ante la OAMI, en virtud del Reglamento nº 40/94.

4 La marca comunitaria solicitada es el signo figurativo que se representa a continuación (en lo sucesivo, «marca solicitada»):



5 Los productos para los que se solicitó el registro se hallan comprendidos en las clases 1, 3 y 21 del Arreglo de Niza relativo a la Clasificación Internacional de Productos y Servicios para el Registro de las Marcas, de 15 de junio de 1957, en su versión revisada y modificada, y corresponden, en particular, por lo que a los productos incluidos en la clase 3 se refiere, a la siguiente descripción: «productos para lavar la vajilla y la colada».

6 Henkel reivindicó un derecho de prioridad basándose en una solicitud de registro presentada en Alemania el 18 de junio de 1998, que tenía por objeto una marca idéntica a la marca solicitada.

7 A raíz de la resolución de 1 de octubre de 1999, por la que el examinador desestimó la solicitud de registro sobre la base del artículo 7, apartado 1, letras b) y d), del Reglamento nº 40/94, el 19 de noviembre de 1999, Henkel interpuso un recurso ante la OAMI, con arreglo a los artículos 57 a 59 del Reglamento nº 40/94, contra dicha resolución.

8 Mediante la resolución impugnada, la Segunda Sala de Recurso de la OAMI desestimó dicho recurso, por considerar, en esencia, que la marca solicitada carecía de carácter distintivo, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, en relación con todos los productos a que se refería la solicitud de registro.

Recurso ante el Tribunal de Primera Instancia y sentencia recurrida

9 El 8 de octubre de 2004, Henkel interpuso ante el Tribunal de Primera Instancia un recurso en el que solicitaba la anulación de la resolución impugnada. En apoyo de su recurso, Henkel, invocaba dos motivos. Estos motivos, y por ende el recurso, fueron desestimados por el Tribunal de Primera Instancia.

10 Según el primer motivo, basado en una infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, la OAMI incurrió en errores en la aplicación de los criterios de apreciación del carácter distintivo.

11 En primer lugar, Henkel reprochó a la OAMI que no examinara la existencia del carácter distintivo en la fecha de presentación de la solicitud de registro y no demostrara cuál era la forma habitual de los productos comercializados en el mercado en esa fecha. Así, según Henkel, la OAMI no podía afirmar que los diferentes colores del signo correspondían a diferentes agentes activos, dado que esa elección de colores y su combinación quedaban a su discreción.

12 A continuación, Henkel señaló que no se había tenido en cuenta la resolución del Bundespatentgericht (Tribunal federal de patentes de Alemania) por la que éste había declarado que el signo solicitado ante el Deutsches Patent- und Markenamt (Oficina alemana de patentes y marcas) no carecía de carácter distintivo con respecto a los productos para lavar la colada y la vajilla.

13 Por último, Henkel recordó que la OAMI había admitido el registro de varios signos comparables a la marca solicitada.

14 Ante el Tribunal de Primera Instancia, la OAMI consideró, en cambio, que el consumidor percibe el signo controvertido no como una indicación del origen comercial del producto, sino únicamente como una representación de éste. Por lo que se refiere a la resolución del Bundespatentgericht, ésta fue tenida en cuenta debidamente, pero no era vinculante para la OAMI. En cuanto a la práctica decisoria anterior, la OAMI recordó que el juez comunitario está obligado a pronunciarse de manera independiente sobre el recurso de que conoce y no está, en particular, vinculado por las resoluciones anteriores ilegales. Además, los casos señalados por Henkel no resultaban comparables al presente asunto.

15 El Tribunal de Primera Instancia declaró que Henkel había limitado su motivo a los «productos para lavar la vajilla y la colada» y que, con respecto a estos productos, que forman parte del consumo corriente, no se da un elevado grado de atención del consumidor en el momento de efectuar su compra. Por lo que se refiere al carácter distintivo de la marca solicitada, señaló, tras haber recordado los principios jurídicos establecidos por la jurisprudencia en ese ámbito, que la apreciación de tal carácter no puede conducir a resultados diferentes en el caso de una marca tridimensional constituida por el aspecto del propio producto y en el de una marca figurativa constituida por la representación, fiel a la realidad, del mismo producto.

16 El Tribunal de Primera Instancia, tras haber precisado que para apreciar el carácter distintivo de la marca solicitada procede analizar la impresión de conjunto producida por esa representación, lo que no es incompatible con un examen sucesivo de los diferentes elementos que la componen (sentencias de 11 de noviembre de 1997, SABEL, C-251/95, Rec. p. I-6191, apartado 23, y de 16 de septiembre de 2004, SAT.1/OAMI, C-329/02 P, Rec. p. I-8317, apartado 35), procedió a un análisis de los elementos de la marca, seguido de una apreciación de conjunto. Tras concluir ésta, el Tribunal de Primera Instancia declaró que la marca solicitada no permite distinguir el producto de que se trata de los de otras empresas.

17 El Tribunal de Primera Instancia añadió que esta apreciación no puede ser cuestionada por el hecho de que, en el momento de presentar la solicitud de marca, Henkel fuera la única que comercializaba productos con la forma que constituye la representación del signo solicitada ni por los registros anteriores. Por lo que se refiere al registro nacional, el Tribunal de Primera Instancia subrayó que éste puede ser tomado en consideración, pero no es vinculante para la OAMI, puesto que el régimen comunitario de marcas es un sistema autónomo, constituido por un conjunto de normas y dotado de objetivos que le son específicos, y su aplicación es independiente de todo sistema nacional y que el carácter registrable de un signo como marca comunitaria sólo puede apreciarse sobre la base de la normativa comunitaria pertinente.

18 En lo que atañe a las decisiones de registro de la OAMI, el Tribunal de Primera Instancia recordó que, incluso si se admite que los motivos de hecho o de Derecho que figuren en una resolución anterior pueden constituir argumentos en apoyo del motivo basado en la infracción de una disposición del Reglamento nº 40/94, no es menos cierto que la legalidad de las resoluciones de las Salas de Recurso debe apreciarse únicamente sobre la base de dicho Reglamento, tal y como lo interpreta el juez comunitario y no sobre la base de una práctica decisoria anterior de dichas Salas. Además, según el Tribunal de Primera Instancia, las marcas invocadas por Henkel no eran completamente comparables a la marca controvertida, bien porque los productos a los que se refieren no eran los mismos o bien porque los signos de que se trataba incluían algunos elementos distintos de las formas geométricas de base.

19 El segundo motivo se basa en un abuso de la facultad discrecional y del principio de igualdad de trato. En efecto, Henkel consideró que, al denegar el registro de la marca solicitada mientras que registraba otras marcas comparables, la OAMI había abusado de su facultad discrecional y vulnerado el principio de igualdad de trato. Además, Henkel señaló que, si toleraba tal situación sin obtener una compensación derivada del registro de su propia marca, sufriría una discriminación contraria al principio de la libre circulación de las mercancías consagrado en el artículo 28 CE. Henkel añadió asimismo que el objetivo de armonización perseguido por el Reglamento nº 40/94, como se desprende de sus considerandos primero y tercero, sólo puede alcanzarse si el Derecho material unificado es objeto de una interpretación uniforme.

20 La OAMI sostuvo que, dado que la decisión sobre el registro obedece a una competencia reglada, la legalidad de una resolución no puede ser puesta en entredicho por una práctica anterior de la OAMI, con independencia de que ésta sea legal o no.

21 El Tribunal de Primera Instancia recordó que las resoluciones que adoptan las Salas de Recurso en virtud del Reglamento nº 40/94, relativas al registro de un signo como marca comunitaria, dimanan de una competencia reglada y no de una facultad discrecional (sentencia de 15 de septiembre de 2005, BioID/OAMI, C-37/03 P, Rec. p. I-7975, apartado 47). Asimismo, consideró que el segundo motivo invocado por Henkel no se refería, en realidad, al abuso de una eventual facultad discrecional conferida a la OAMI, sino al hecho de que ésta hubiera admitido el registro como marcas comunitarias de signos comparables, mientras que había denegado el registro de la marca controvertida. Así pues, según el Tribunal de Primera Instancia este motivo se confundía con una parte de las alegaciones formuladas por Henkel en apoyo de su primer motivo y, por lo tanto, no era operativo.

Pretensiones de las partes

22 En su recurso de casación, Henkel solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida.

— Anule la resolución impugnada.

— Condene en costas a la OAMI.

23 La OAMI solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de casación.

— Condene en costas a Henkel.

Sobre el recurso de casación

Alegaciones de las partes

24 En apoyo de su recurso de casación, Henkel invoca el motivo único basado en una infracción del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, consistente en una apreciación indebida, desde el punto de vista jurídico y fáctico, de los requisitos relativos al carácter distintivo de la marca solicitada. Henkel considera que el Tribunal de Justicia debe realizar una apreciación jurídica correcta de las cuestiones de Derecho que plantean los hechos de este asunto, ya que el Tribunal de Primera Instancia no ha aplicado exactamente el concepto jurídico de «marca que carece de carácter distintivo».

25 Según Henkel, el Tribunal de Primera Instancia declaró equivocadamente que la marca solicitada no presentaba suficiente carácter distintivo, en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94. Pues bien, en virtud de esta disposición, sólo puede exigirse un grado mínimo de carácter distintivo (sentencia de 20 de septiembre de 2001, Procter & Gamble/OAMI, C-383/99 P, Rec. p. I-6251, apartado 40). Por lo tanto, sólo debe examinarse si la marca solicitada es apta para identificar el producto para el que se solicita el registro, atribuyéndole una procedencia empresarial determinada, y, por consiguiente, para diferenciar este producto de los de otras empresas (sentencia de 4 de mayo de 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 y C-109/97, Rec. p. I-2779, apartado 46).

26 Henkel sostiene que, en el mercado de referencia en el presente asunto, cada productor utiliza un colorido diferente para distinguir sus productos de aquellos de los competidores. Por ello, en su opinión, en la parte anterior del envase figura siempre una reproducción del producto de manera predominante y el público percibe efectivamente el producto, tal y como se presenta, como una indicación de su fabricante.

27 Henkel considera inexacta la premisa del Tribunal de Primera Instancia según la cual el grado de atención del consumidor medio respecto de la apariencia del producto no es elevado cuando ese producto se vende normalmente dentro de un envase en el que figuran también indicaciones verbales relativas a su composición y destino. Resulta también inexacto que se trate de productos a bajo precio de uso cotidiano, que los consumidores compran sin prestar un elevado grado de atención y sin realizar un examen pormenorizado del producto. Según Henkel, el público extrae del signo figurativo controvertido gran cantidad de información, que va más allá de la estrictamente necesaria para determinar el origen del producto.

28 Además, Henkel sostiene, en su escrito de réplica, que el Tribunal de Primera Instancia ha desnaturalizado los hechos al afirmar que se trataba de la variante del aspecto del producto que acude con mayor facilidad a la mente. De hecho, el signo controvertido no reviste la forma que debe considerarse «forma probable», habida cuenta de que las capas intercaladas se distinguen claramente unas de otras por su colorido, cuya combinación ha sido elegida libremente, y de la presencia poco habitual de un color oscuro y de una forma oval para los detergentes.

29 La OAMI considera que el recurso de casación es inadmisible. Señala que Henkel no precisa en qué error de Derecho incurrió el Tribunal de Primera Instancia y que las imputaciones se refieren al resultado de un examen de la percepción de los consumidores. Según la OAMI, este proceso debe verse como una parte de la comprobación de los hechos y no ser encuadrado en el marco la calificación jurídica. Ahora bien, la apreciación de los hechos y de los elementos de prueba no constituye, salvo en el caso de su desnaturalización o de su alteración, un cuestión de Derecho sujeta como tal al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

30 La OAMI alega que los diferentes problemas planteados (en particular la cuestión de si se ha convertido en práctica corriente en el mercado que la forma y el color de las pastillas impliquen una indicación de origen, si el público extrae de la representación directa de un producto una información relativa al origen comercial, o si es posible deducir de la experiencia que el grado de atención del consumidor medio respecto de la apariencia de un producto no es elevado cuando ese producto se vende normalmente dentro de un envase en el que figuran también indicaciones verbales relativas a la composición y al destino del producto de que se trata) son cuestiones fácticas. Además, la OAMI considera que el Tribunal de Primera Instancia no ha desnaturalizado los hechos, ni ha omitido características individuales del signo (en particular el tercer color del producto).

31 Por último, la OAMI considera que algunas imputaciones de Henkel, formuladas en su escrito de réplica, no pueden ser objeto de examen, conforme al artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, ya que no se formularon en tiempo útil. En cualquier caso, esas imputaciones resultan inoperantes en el fondo.

Apreciación del Tribunal de Justicia

32 En primer lugar, Henkel alega que el Tribunal de Primera Instancia apreció indebidamente, desde el punto vista jurídico, las exigencias relativas al carácter distintivo de la marca solicitada.

33 A tenor del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, se denegará el registro de las marcas que carezcan de carácter distintivo.

34 Según jurisprudencia reiterada, el carácter distintivo de una marca en el sentido de este artículo significa que dicha marca sirve para identificar el producto para el que se solicita el registro atribuyéndole una procedencia empresarial determinada y, por consiguiente, distinguir este producto de los de otras empresas (sentencias del Tribunal de Justicia de 29 de abril de 2004, Procter & Gamble/OAMI, C-473/01 P y C-474/01 P, Rec. p. I-5173, apartado 32, y de 21 de octubre de 2004, OAMI/Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Rec. p. I-10031, apartado 42).

35 Este carácter distintivo debe apreciarse, por una parte, en relación con los productos o servicios para los que se solicita el registro y, por otra, con la percepción que de ellos tiene el público relevante (sentencias de 29 de abril de 2004, Procter & Gamble / OAMI, antes citada, apartado 33, y de 22 de junio de 2006, Storck/OAMI, C-25/05 P, Rec. p. I-5719, apartado 25).

36 Según jurisprudencia asimismo reiterada, los criterios de apreciación del carácter distintivo de las marcas tridimensionales constituidas por la forma del propio producto no difieren de los aplicables a otros tipos de marcas. No obstante, hay que tener en cuenta, en el marco de la aplicación de dichos criterios, que la percepción del consumidor medio no es necesariamente la misma en el caso de una marca tridimensional, constituida por la apariencia del propio producto, que en el caso de una marca denominativa o figurativa, que consiste en un signo independiente del aspecto de los productos que designa. En efecto, los consumidores medios no tienen la costumbre de presumir el origen de los productos basándose en su forma o en la de su envase, al margen de todo elemento gráfico o textual y, por consiguiente, puede resultar más difícil de acreditar el carácter distintivo cuando se trate de una marca tridimensional que cuando se trate de una marca denominativa o figurativa (sentencias de 7 de octubre de 2004, Mag Instrument/OAMI, C-136/02 P, Rec. p. I-9165, apartado 30, y Storck/OAMI, antes citada, apartados 26 y 27).

37 En tales circunstancias, sólo una marca que, de una manera significativa, difiera de la norma o de los usos de ese ramo y que, por este motivo, cumpla su función esencial de origen no está desprovista de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 (sentencias de 12 de enero de 2006, Deutsche SiSi-Werke/OAMI, C-173/04 P, Rec. p. I-551, apartado 31, y Storck/OAMI, antes citada, apartado 28).

38 Esta jurisprudencia, desarrollada en relación con las marcas tridimensionales constituidas por el aspecto del propio producto, también es válida cuando, como ocurre en el presente asunto, la marca solicitada es una marca figurativa constituida por la representación bidimensional de dicho producto. En efecto, en ese caso, la marca tampoco consiste en un signo independiente del aspecto de los productos que designa (sentencia Storck/OAMI, antes citada, apartado 29).

39 Procede recordar que, para apreciar si la marca solicitada carece o no de carácter distintivo, procede tomar en consideración la impresión de conjunto que produce, lo que no implica, sin embargo, que no haya que proceder, en una primera fase, a un examen sucesivo de los distintos elementos de presentación utilizados en dicha marca. En efecto, puede ser útil, durante la apreciación global, examinar cada uno de los elementos constitutivos de la marca de que se trata (véanse, en este sentido, las sentencias de 30 de junio de 2005, Eurocernex/OAMI, C-286/04 P, Rec. p. I-5797, apartados 22 y 23 y la jurisprudencia citada).

40 De la sentencia recurrida se desprende que el Tribunal de Primera Instancia ha identificado y aplicado correctamente al presente caso los criterios establecidos por la jurisprudencia.

41 El Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al estudiar, en primer lugar, los diferentes elementos que componen el aspecto representado por la marca solicitada, como son la forma y los colores de la pastilla, analizando seguidamente su impresión de conjunto, para apreciar si esta marca cumple o no su función de origen.

42 Así, después de haber examinado sucesivamente, en los apartados 32 a 35 de la sentencia recurrida, la forma rectangular que constituye una parte de la marca solicitada, sus dos capas coloreadas y su núcleo oval de color azul que figura en medio de la superficie superior roja de la pastilla, el Tribunal de Primera Instancia consideró que tales elementos no bastaban para conferirle carácter distintivo.

43 En cuanto a la apreciación de conjunto de esos elementos, el Tribunal de Primera Instancia concluyó, en el apartado 39 de la sentencia recurrida, que «la impresión de conjunto producida por el signo controvertido se limita a una representación de un producto para lavar la vajilla o la colada en forma de pastilla en la que diversos agentes químicos activos se reagrupan de forma decorativa y atractiva en dos capas coloreadas, roja y blanca, de las cuales, la roja tiene un núcleo oval azul. Dado que el consumidor no está acostumbrado a reconocer en la forma y los colores del producto una indicación del origen comercial del producto [...], que la presencia de

las dos capas y que el añadido de un núcleo oval de color diferente forman parte de de las soluciones que acuden con más facilidad a la mente cuando se trata del aspecto de un producto para lavar la vajilla o la colada en forma de pastilla [...] y que, al tratarse de colores básicos normalmente utilizados en el ramo de que se trata, los colores elegidos no son capaces de atraer la atención de los consumidores [...], ya que la impresión de conjunto producida por el signo no indicará al público destinatario que el aspecto concreto del producto sea revelador de su origen comercial. Por consiguiente, la marca solicitada no permite al consumidor medio de dichos productos, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, distinguir el producto en cuestión de los de otras empresas, sin efectuar un análisis o una comparación y sin prestar una atención especial».

44 De lo anterior se deduce que, por una parte, el Tribunal de Primera Instancia basó correctamente su apreciación del carácter distintivo de la marca solicitada en la impresión global que se desprende de la forma y de la combinación de los colores de dicha marca y que, por otra, demostró que ésta no permite distinguir el producto de aquellos de los competidores del ramo de que se trata.

45 Por consiguiente, al declarar que la marca solicitada carece de carácter distintivo en el sentido del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94, el Tribunal de Primera Instancia no incurrió en error de Derecho alguno a la vista de dicha disposición y de la jurisprudencia pertinente del Tribunal de Justicia.

46 Por lo tanto, procede desestimar este motivo por infundado.

47 En segundo lugar, en cuanto al motivo relativo a la aplicación concreta por el Tribunal de Primera Instancia de los criterios derivados del artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 40/94 y de la jurisprudencia citada, procede señalar que implica apreciaciones de naturaleza fáctica.

48 En particular, la demostración de la existencia o de la ausencia de una divergencia significativa, en el sentido del apartado 37 de la presente sentencia, supone una apreciación fáctica.

49 Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia es el único competente, por una parte, para determinar los hechos, salvo en caso de que una inexactitud material de sus observaciones resulte de los documentos obrantes en autos que se le hayan sometido y, por otra parte, para apreciar dichos hechos. Por consiguiente, salvo en el supuesto de desnaturalización de los datos que le fueron presentados, la apreciación de los hechos no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación. (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 2002, DKV/OAMI, C-104/00 P, Rec. p. I-7561, apartado 22, y de 29 de abril de 2004, Henkel OAMI, C-456/01 P y C-457/01 P, Rec. p. I-5089, apartado 41).

50 A este respecto, procede señalar que Henkel no alegó, por primera vez, hasta la fase de la réplica que el Tribunal de Primera Instancia hubiera desnaturalizado los hechos o los elementos de prueba. Por consiguiente, a la vista del artículo 42, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118 del mismo Reglamento, la desnaturalización de los hechos no puede constituir, en el presente asunto, un motivo admisible.

51 Es importante añadir que las observaciones de la sentencia recurrida relativas a las características del público pertinente y a la atención, a la percepción o a la actitud de los consumidores están comprendidas en el ámbito de las apreciaciones fácticas.

52 En estas circunstancias, no puede acogerse la imputación según la cual el Tribunal de Primera Instancia apreció erróneamente, desde el punto de vista fáctico, los requisitos relativos al carácter distintivo de la marca solicitada.

53 Por último, Henkel reprocha al Tribunal de Primera Instancia que no se pronunciara sobre si, para apreciar el carácter distintivo, es necesario situarse en la fecha de presentación de la solicitud de marca o en la de la resolución judicial. Henkel ha llamado la atención de forma reiterada sobre el hecho de que fue la primera en presentar y comercializar pastillas de producto para lavar con la forma controvertida. Afirma que, en la fecha de la solicitud de registro, el público no habría tenido la menor dificultad en asociar el producto concreto «pastilla de producto para lavar la vajilla y la colada» a Henkel en su condición de productor.

54 Procede señalar que el Tribunal de Primera Instancia respondió a esta imputación en los apartados 41 y 42 de la sentencia recurrida al señalar que la incapacidad de la marca solicitada para indicar, *a priori* y con independencia de su uso en el sentido del artículo 7, apartado 3, del Reglamento nº 40/94, el origen del producto no queda en entredicho por el número mayor o menor de pastillas similares ya comercializadas en el mercado y que, en tales circunstancias, no procede pronunciarse sobre la cuestión del momento pertinente para apreciar el carácter distintivo de la marca solicitada.

55 Procede declarar que Henkel no ha apoyado su imputación en ninguna alegación circunstanciada que pudiera demostrar que el Tribunal de Primera Instancia juzgó erróneamente esta cuestión. Por consiguiente, este motivo debe desestimarse.

56 Por lo tanto, dado que el motivo de Henkel es en parte infundado y en parte inadmisible, procede desestimar el recurso de casación.

Costas

57 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, aplicable al procedimiento de casación en virtud del artículo 118 del mismo Reglamento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber solicitado la OAMI que se condene en costas a Henkel y haber sido desestimados los motivos formulados por esta última, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Octava) decide:

1) Desestimar el recurso de casación.

2) Condenar en costas a Henkel KGaA.

Firmas