DOMSTOLENS DOM (åttonde avdelningen)

den 4 oktober 2007 *

I mål C-144/06 P,

angående ett överklagande enligt artikel 56 i domstolens stadga, som ingavs den 17 mars 2006,

**Henkel KGaA**, Düsseldorf (Tyskland), företrätt av C. Osterrieth, Rechtsanwalt,

klagande,

i vilket den andra parten är:

**Byrån för harmonisering inom den inre marknaden (varumärken, mönster och modeller) (harmoniseringsbyrån)**, företrädd av G. Schneider, i egenskap av ombud,

svarande i första instans,

* Rättegångsspråk: tyska.

meddelar

DOMSTOLEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden E. Juhász (referent) samt domarna J. Malenovský och T. von Danwitz,

generaladvokat: D. Ruiz-Jarabo Colomer,

justitiesekreterare: handläggaren B. Fülöp,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 24 maj 2007,

med hänsyn till beslutet, efter att ha hört generaladvokaten, att avgöra målet utan förslag till avgörande,

följande

## Dom

1 Henkel KGaA (nedan kallat Henkel) har yrkat att domstolen skall upphäva den dom som meddelades av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt den 17 januari 2006 i mål T-398/04, Henkel mot harmoniseringsbyrån (ej publicerad i rättsfallssamlingen) (nedan kallad den överklagade domen). Genom denna dom ogillade förstainstansrätten Henkels talan om ogiltigförklaring av det beslut som fattats av harmoniseringsbyråns andra överklagandenämnd den 4 augusti 2004 (nedan kallat det angripna beslutet) om avslag på Henkels registreringsansökan.

## Tillämpliga bestämmelser

2 I artikel 7.1 b i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EGT L 11, 1994, s. 1; svensk specialutgåva, område 17, volym 2, s. 3) föreskrivs följande:

"Följande får inte registreras:

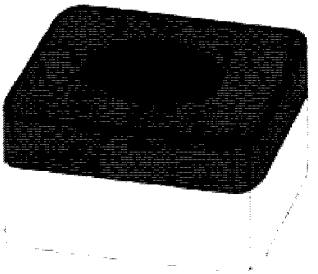
...

b) Varumärken som saknar särskiljningsförmåga."

## Bakgrund till tvisten

3 Henkel ingav den 28 september 1998 en ansökan om registrering av gemenskapsvarumärke till harmoniseringsbyrån i enlighet med förordning nr 40/94.

4 Det sökta gemenskapsvarumärket utgörs av det nedan återgivna figurkännetecknet (nedan kallat det sökta varumärket):



5 De varor som registreringsansökan avsåg omfattas av klasserna 1, 3 och 21 i Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering av den 15 juni 1957, med ändringar och tillägg, och motsvarar (beträffande varorna i klass 3) följande beskrivning: "diskmedel och tvättmedel".

6 Henkel åberopade prioritet från en registreringsansökan som getts in i Tyskland den 18 juni 1998. Det varumärke som var föremål för den tyska registreringsansökan är identiskt med det sökta gemenskapsvarumärket.

7 Granskaren beslutade den 1 oktober 1999 att avslå registreringsansökan i enlighet med artikel 7.1 b och d i förordning nr 40/94. Den 19 november 1999 överklagade Henkel med stöd av artiklarna 57–59 i förordning nr 40/94 granskarens beslut till harmoniseringsbyrån.

8 Harmoniseringsbyråns andra överklagandenämnd avslog överklagandet genom det angripna beslutet. Som skäl för beslutet angav överklagandenämnden att det sökta varumärket saknade särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 för samtliga varor som registreringsansökan avsåg.

## Talan vid förstainstansrätten och den överklagade domen

9 Den 8 oktober 2004 väckte Henkel talan vid förstainstansrätten och yrkade att det angripna beslutet skulle ogiltigförklaras. Henkel åberopade två grunder till stöd för sin talan. Förstainstansrätten fann att talan inte kunde bifallas på någon av grunderna.

10 Som första grund gjorde Henkel gällande att harmoniseringsbyrån hade åsidosatt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Henkel anförde därvid att harmoniseringsbyrån hade tillämpat bedömningskriterierna avseende särskiljningsförmågan på ett felaktigt sätt.

11 Enligt Henkel hade harmoniseringsbyrån underlåtit att pröva om det sökta varumärket hade särskiljningsförmåga den dag då registreringsansökan gavs in. Vidare hade harmoniseringsbyrån inte visat vilken form som var den sedvanliga formen på de varor som vid denna tidpunkt saluförde på marknaden. Vidare gjorde Henkel gällande att det inte var möjligt för harmoniseringsbyrån att försäkra sig om att kännetecknets olika färger motsvarade olika aktiva substanser, eftersom det bara var Henkel som kunde bestämma vilka färger som skulle användas och vad som skulle ingå i de färglagda partierna.

12 Henkel gjorde dessutom gällande att harmoniseringsbyrån hade underlåtit att beakta avgörandet från Bundespatentgericht (federal patentdomstol), där Bundespatentgericht slog fast att det kännetecken som var föremål för ansökan till Deutsches Patent- und Markenamt (tyska motsvarigheten till patent- och registreringsverket) inte saknade särskiljningsförmåga för diskmedel och tvättmedel.

13 Henkel erinrade vidare om att harmoniseringsbyrån registrerat flera kännetecken som kunde jämföras med det sökta varumärket.

14 Harmoniseringsbyrån anförde däremot vid förstainstansrätten att konsumenten inte uppfattar det sökta varumärket som en angivelse av varans kommersiella ursprung, utan bara som en återgivning av själva varan. Harmoniseringsbyrån hade vidare beaktat Bundespatentgerichts avgörande i vederbörlig ordning, men detta avgörande var inte bindande för harmoniseringsbyrån. När det gäller harmoniseringsbyråns beslutspraxis i tidigare ärenden erinrade harmoniseringsbyrån om att gemenskapsdomstolen skall avgöra mål på ett oberoende sätt utifrån de yrkanden som framställts och att gemenskapsdomstolen ingalunda är bunden av felaktiga beslut som fattats i tidigare ärenden. De ärenden som Henkel åberopat kan inte heller jämföras med detta mål.

15 Förstainstansrätten konstaterade i sin dom att Henkels grund endast avsåg "diskmedel och tvättmedel" och att det därvid var fråga om gängse konsumentvaror. När konsumenten köper sådana varor är han eller hon inte särskilt uppmärksam. Förstainstansrätten erinrade vidare om de rättsprinciper som lagts fast i rättspraxis angående varumärkens särskiljningsförmåga och slog fast att bedömningen av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga inte får leda till ett resultat när det är fråga om ett tredimensionellt varumärke som utgörs av framställningen av själva varan och till ett annat resultat när det är fråga om ett figurmärke som utgörs av en naturtrogen återgivning av själva varan.

16 Förstainstansrätten angav att bedömningen av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga skall grunda sig på det helhetsintryck som återgivningen åstadkommer, vilket inte är oförenligt med en successiv prövning av varumärkets beståndsdelar (dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95, SABEL, REG 1997, s. I-6191, punkt 23, och av den 16 september 2004 i mål C-392/02 P, SAT.1 mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-8317, punkt 35). Förstainstansrätten prövade sedan det sökta varumärkets beståndsdelar och gjorde därefter en helhetsbedömning. Rätten kom därvid fram till att det sökta varumärket inte gör det möjligt att särskilja den berörda varan från varor från andra företag.

17 Förstainstansrätten angav vidare att det inte fanns någon anledning att göra någon annan bedömning på den grunden att Henkel, då registreringsansökan gavs in, var det enda företag som saluförde varor med den form som det sökta kännetecknet utgör en återgivning av. Det fanns inte heller anledning att göra någon annan bedömning på grundval av registreringar i tidigare ärenden. Förstainstansrätten betonade att nationella registreringar får beaktas, men de är inte bindande för harmoniseringsbyrån. Gemenskapsordningen för varumärken är nämligen ett självständigt system, som består av en samling regler och som syftar till att uppnå de mål som är specifika för detta system, eftersom denna ordning skall tillämpas utan hänsyn till de nationella systemen. Vidare skall frågan huruvida ett kännetecken kan registreras som gemenskapsvarumärke endast bedömas utifrån tillämpliga gemenskapsrättsliga bestämmelser.

18 Vad gällde harmoniseringsbyråns registreringsbeslut erinrade förstainstansrätten om att faktiska och rättsliga omständigheter i ett tidigare beslut visserligen kan åberopas till stöd för att en bestämmelse i förordning nr 40/94 åsidosatts. Det är dock så att lagenligheten av överklagandenämndernas beslut enbart skall bedömas på grundval av förordningen, såsom den tolkas av gemenskapsdomstolen, och inte mot bakgrund av harmoniseringsbyråns tidigare beslutspraxis. Förstainstansrätten kom dessutom fram till att de varumärken som Henkel hade åberopat inte till fullo kunde jämföras med det sökta varumärket dels eftersom de inte avsåg varor av samma slag, dels eftersom de innehöll andra beståndsdelar än geometriska grundformer.

19 Som andra grund gjorde Henkel gällande att harmoniseringsbyrån hade överskridit sitt utrymme för skönsmässig bedömning och åsidosatt likabehandlingsprincipen, detta eftersom harmoniseringsbyrån hade avslagit den aktuella registreringsansökan samtidigt som den hade registrerat jämförbara varumärken. Henkel gjorde vidare gällande att om bolaget var tvunget att finna sig i detta utan kompensation i form av registrering av det sökta varumärket, så skulle det bli föremål för diskriminering i strid med principen om fri rörlighet för varor i artikel 28 EG. Henkel anförde vidare att det endast är möjligt att uppnå den harmonisering som förordning nr 40/94 strävar efter och som anges i första och tredje skälen om den tillnärmade materiella rätten tolkas på ett enhetligt sätt.

20 Harmoniseringsbyrån anförde att eftersom överklagandenämnderna skall fatta beslut inom ramen för en normbunden behörighet, kan harmoniseringsbyråns beslutspraxis i tidigare ärenden, oavsett om den är riktig eller ej, inte utgöra grund för att ifrågasätta ett besluts lagenlighet.

21 Förstainstansrätten erinrade om att överklagandenämnderna skall fatta beslut enligt förordning nr 40/94 beträffande registrering av ett kännetecken som gemenskapsvarumärke inom ramen för en normbunden behörighet och de har således inte någon befogenhet att företa skönsmässiga bedömningar (dom av den 15 september 2005 i mål C-37/03 P, BioID mot harmoniseringsbyrån, REG 2005, s. I-7975, punkt 47). Rätten kom fram till att Henkels andra grund i själva verket inte avsåg att harmoniseringsbyrån hade överskridit sitt eventuella utrymme för skönsmässiga bedömningar, utan att harmoniseringsbyrån hade registrerat jämförbara kännetecken som gemenskapsvarumärken, trots att den avslagit ansökan om registrering av det sökta varumärket. Förstainstansrätten fann således att den andra grunden egentligen skulle anses ingå som en del i vissa andra argument som Henkel åberopat inom ramen för den första grunden. Den andra grunden saknade således enligt rätten verkan med avseende på utgången i målet.

**Parternas yrkanden**

22 Henkel har i överklagandet yrkat att domstolen skall

— upphäva den överklagade domen,

— ogiltigförklara det angripna beslutet, och

— förplikta harmoniseringsbyrån att ersätta rättegångskostnaderna.

23 Harmoniseringsbyrån har yrkat att domstolen skall

— ogilla överklagandet, och

— förplikta Henkel att ersätta rättegångskostnaderna.

## Överklagandet

*Parternas argument*

24 Henkel har åberopat en grund, nämligen att harmoniseringsbyrån åsidosatte artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Henkel har därvid gjort gällande att harmoniseringsbyrån gjorde en felaktig bedömning såväl i rättsligt som i faktiskt hänseende av vad som krävs för att det sökta varumärket skall anses ha särskiljningsförmåga. Domstolen bör göra en riktig rättslig bedömning av de rättsfrågor som uppkommit med anledning av de faktiska omständigheterna i förevarande mål. Förstainstansrätten tillämpade nämligen inte rekvisitet "[v]arumärken som saknar särskiljningsförmåga" på ett riktigt sätt.

25 Henkel anser att förstainstansrätten gjorde fel då den kom fram till att det sökta varumärket inte har tillräcklig särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94. Enligt denna bestämmelse kan det emellertid endast ställas krav på minimal särskiljningsförmåga (dom av den 20 september 2001 i mål C-383/99 P, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån, REG 2001, s. I-6251, punkt 40). Det skall därför endast prövas om det sökta varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för att fastställa att den vara som är föremål för registreringsansökan kommer från ett visst företag och således att denna vara kan särskiljas från andra företags varor (dom av den 4 maj 1999 i de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Windsurfing Chiemsee, REG 1999, s. I-2779, punkt 46).

26 Enligt Henkel använder varje tillverkare på den relevanta marknaden olika färgtoner för att särskilja sina varor från andra företags varor. På framsidan av förpackningen återfinns därför alltid en återgivning av varan och denna återgivning presenteras på ett sätt som gör att den blir dominerande. Allmänheten kan således mycket väl uppfatta varan, såsom den konkret presenteras, som en angivelse av vem som tillverkat varan.

27 Henkel anser att förstainstansrätten utgick från en felaktig utgångspunkt då den kom fram till att genomsnittskonsumenten inte är särskilt uppmärksam på varans utseende, när varan vanligtvis säljs i en förpackning på vilken det även skriftligen anges vad som ingår i varan och vilket som är dess avsedda ändamål. Vidare är det inte riktigt att det här är fråga om dagligvaror som säljs till ett lågt pris och som konsumenterna köper utan att vara särskilt uppmärksamma och utan att göra en noggrann undersökning. Det omtvistade figurkännetecknet förmedlar till allmänheten en mängd upplysningar som mer än väl motsvarar det som normalt sett krävs för att ange varans ursprung.

28 I repliken har Henkel vidare gjort gällande att förstainstansrätten missuppfattade de faktiska omständigheterna, då den angav att det rör sig om en variant av den framställning av varan som är den mest naturliga. Kännetecknet har nämligen enligt Henkel inte den form som skulle kunna anses vara "trolig", eftersom färgsättningen medför att de parallella skikten skiljer sig åt i tydlig utsträckning. Färgernas sammansättning har valts på ett helt arbiträrt sätt. Det är även ovanligt att en färg i mörk ton och en oval form används för rengöringsmedel.

29 Harmoniseringsbyrån har yrkat att överklagandet skall avvisas. Henkel har nämligen inte närmare angett på vilket sätt förstainstansrätten skulle ha tillämpat gällande rätt på ett felaktigt sätt. Den kritik som Henkel framfört riktas vidare mot resultatet av en undersökning av hur konsumenterna uppfattar det sökta varumärket. Detta skall enligt harmoniseringsbyrån anses röra bedömningen av de faktiska omständigheterna och har ingenting att göra med den rättsliga kvalificeringen. Bedömningen av de faktiska omständigheterna och av bevisningen är inte – utom i det fall då uppgifter som underställts rätten har missuppfattats – en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande.

30 Harmoniseringsbyrån har gjort gällande att de olika frågeställningar som har uppkommit i målet (bland annat om det är vanligt på marknaden att tabletternas form och färg anger varans ursprung, om allmänheten uppfattar en direkt återgivning av en vara som en uppgift om varans kommersiella ursprung eller om det är möjligt att göra en empirisk slutledning att genomsnittskonsumenten inte är särskilt uppmärksam på varans utseende när den säljs i en förpackning på vilken det även skriftligen anges vad som ingår i varan och vilket som är dess avsedda ändamål) utgör sak- och bevisfrågor. Förstainstansrätten missuppfattade inte de faktiska omständigheterna, och den underlät inte att beakta det som kan anses vara kännetecknande för just det sökta varumärket (bland annat den tredje färgen som används på tabletten).

31 Harmoniseringsbyrån anser vidare att några av de anmärkningar som Henkel har åberopat i repliken inte kan ligga till grund för prövning enligt artikel 42 i domstolens rättegångsregler. Dessa har nämligen åberopats för sent. I vart fall saknar dessa anmärkningar verkan med avseende på utgången i målet.

*Domstolens bedömning*

32 Henkel har för det första gjort gällande att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättslig bedömning av vad som krävs för att det sökta varumärket skall anses ha särskiljningsförmåga.

33 Enligt artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 får varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte registreras.

34 Ett varumärkes särskiljningsförmåga i den mening som avses i denna artikel innebär enligt fast rättspraxis att detta varumärke gör det möjligt att säkerställa att den vara som är föremål för registreringsansökan härrör från ett visst företag, och således att särskilja denna vara från andra företags varor (dom av den 29 april 2004 i de förenade målen C-473/01 P och C-474/01 P, Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-5173, punkt 32, och av den 21 oktober 2004 i mål C-64/02 P, harmoniseringsbyrån mot Erpo Möbelwerk, REG 2004, s. I-10031, punkt 42).

35 Ett varumärkes särskiljningsförmåga skall bedömas dels utifrån de varor eller tjänster som registreringsansökan avser, dels utifrån hur omsättningskretsen uppfattar varumärket (domen av den 29 april 2004 i de ovannämnda förenade målen Procter & Gamble mot harmoniseringsbyrån, punkt 33, och dom av den 22 juni 2006 i mål C-25/05 P, Storck mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-5719, punkt 25).

36 Kriterierna för bedömning av särskiljningsförmågan hos tredimensionella varumärken som utgörs av utseendet på själva varan skiljer sig enligt fast rättspraxis inte från dem som är tillämpliga på andra kategorier av varumärken. Vid tillämpningen av dessa kriterier måste emellertid beaktas att omsättningskretsen inte nödvändigtvis uppfattar ett tredimensionellt varumärke som utgörs av utseendet på själva varan på samma sätt som ett ord- eller figurmärke, som utgörs av ett kännetecken som är oberoende av utseendet på de varor som det avser. Genomsnittskonsumenten är nämligen inte van vid att göra antaganden om en varas ursprung på grundval av varans eller varuförpackningens form utan grafik eller text, och det kan således vara svårare att visa att ett sådant tredimensionellt varumärke har särskiljningsförmåga än vad som är fallet beträffande ett ord- eller figurmärke (dom av den 7 oktober 2004 i mål C-136/02 P, Mag Instrument mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-9165, punkt 30, och domen i det ovannämnda målet Storck mot harmoniseringsbyrån, punkterna 26 och 27).

37 Det är mot denna bakgrund endast varumärken som i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen, och som således uppfyller sin grundläggande funktion att ange varans ursprung, som inte skall anses sakna särskiljningsförmåga i den mening som avses i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 (dom av den 12 januari 2006 i mål C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke mot harmoniseringsbyrån, REG 2006, s. I-551, punkt 31, och domen i det ovannämnda målet Storck mot harmoniseringsbyrån, punkt 28).

38 Denna rättspraxis avseende tredimensionella varumärken som utgörs av utseendet på själva varan är även relevant när, såsom i förevarande fall, det sökta varumärket är ett figurmärke bestående av den tvådimensionella återgivningen av nämnda vara. I sådana fall utgörs varumärket nämligen inte heller av ett kännetecken som är oberoende av utformningen av de varor som det avser (domen i det ovannämnda målet Storck mot harmoniseringsbyrån, punkt 29).

39 Vid bedömningen av huruvida ett varumärke saknar särskiljningsförmåga skall dess helhetsintryck beaktas. Detta kan dock inte innebära att det inte först kan göras en successiv genomgång av de olika beståndsdelarna i framställningen av varumärket. Det kan nämligen vara lämpligt att i samband med den helhetsbedömning som görs undersöka var och en av det berörda varumärkets beståndsdelar (se, för ett liknande resonemang, dom av den 30 juni 2005 i mål C-286/04 P, Eurocermex mot harmoniseringsbyrån, REG 2005, s. I-5797, punkterna 22 och 23 och där angiven rättspraxis).

40 Av den överklagade domen framgår att förstainstansrätten på ett riktigt sätt identifierade och tillämpade de kriterier som lagts fast i rättspraxis.

41 Förstainstansrätten gjorde rätt då den först bedömde de olika beståndsdelar som utgör utformningen av det sökta varumärket, såsom tablettens form och färger, och sedan det helhetsintryck som varumärket åstadkommer, för att på så sätt avgöra om varumärket kan anses ha ursprungsangivelsefunktion.

42 I punkterna 32–35 i den överklagade domen undersökte således förstainstansrätten först successivt det sökta varumärkets rektangulära form, de två färgade skikten och den blå ovala kärnan i mitten av tablettens övre röda del. Mot bakgrund av detta fann förstainstansrätten sedan att dessa beståndsdelar inte var tillfyllest för att det sökta varumärket skulle anses ha särskiljningsförmåga.

43 Vad därefter gäller helhetsbedömningen slog förstainstansrätten fast följande i punkt 39 i den överklagade domen: "Det helhetsintryck som kännetecknet åstadkommer utgörs endast av en återgivning av ett diskmedel eller ett tvättmedel i form av en tablett som innehåller flera aktiva kemiska substanser som på ett dekorativt och tilldragande sätt samlas i två färgade skikt, ett skikt som är rött och ett som är vitt, och i det röda skiktet finns en blå oval kärna. Eftersom konsumenten inte är van vid att betrakta varans form och färger som en angivelse av varans kommersiella ursprung ..., eftersom valet med de två skikten med den ovala kärnan i

en annan färg är en av de lösningar som är mest naturlig när det gäller diskmedel eller tvättmedel som säljs i tablettform, och eftersom de färger som valts (nämligen grundfärger som är sedvanliga i branschen) inte påkallar konsumenternas uppmärksamhet ..., finner förstainstansrätten att det helhetsintryck som kännetecknet åstadkommer inte signalerar för omsättningskretsen att den konkreta framställningen av själva varan anger varans kommersiella ursprung. Det sökta varumärket gör det således inte möjligt för en normalt informerad och skäligen uppmärksam och medveten genomsnittskonsument att utan att anta ett analyserande och jämförande betraktelsesätt och utan att vara extra uppmärksam särskilja den ifrågavarande varan från andra företags varor ..."

44 Förstainstansrättens bedömning av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga grundar sig således på det helhetsintryck som det sökta varumärkets form och färgsättning åstadkommer. Vidare slog förstainstansrätten fast att det sökta varumärket inte gör det möjligt att särskilja varan från de varor som saluförs av konkurrenterna i branschen.

45 Domstolen finner således att förstainstansrätten inte tillämpade artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 och domstolens rättspraxis på ett felaktigt sätt, då förstainstansrätten slog fast att det sökta varumärket saknar särskiljningsförmåga i den mening som avses i nämnda bestämmelse.

46 Henkel kan således inte vinna framgång med överklagandet i denna del.

47 Henkel har för det andra framfört kritik mot förstainstansrättens konkreta tillämpning av rekvisiten i artikel 7.1 b i förordning nr 40/94 och ovannämnda rättspraxis. Vad gäller överklagandet i denna del finner domstolen att det riktar sig mot bedömningen av de faktiska omständigheterna.

48 Vad särskilt gäller frågeställningen huruvida det sökta varumärket i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i den mening som avses i punkt 37 i denna dom, finner domstolen att det därvid är fråga om en bedömning av de faktiska omständigheterna.

49 Förstainstansrätten är emellertid dels ensam behörig att fastställa de faktiska omständigheterna, utom då det av handlingarna i målet framgår att de fastställda omständigheterna är materiellt oriktiga, dels ensam behörig att bedöma dessa faktiska omständigheter. Bedömningen av de faktiska omständigheterna är därför inte – utom i det fall då uppgifter som underställts rätten har missuppfattats – en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett mål om överklagande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 19 september 2002 i mål C-104/00 P, DKV mot harmoniseringsbyrån, REG 2002, s. I-7561, punkt 22, och av den 29 april 2004 i de förenade målen C-456/01 P och C-457/01 P, Henkel mot harmoniseringsbyrån, REG 2004, s. I-5089, punkt 41).

50 Det var först i repliken som Henkel gjorde gällande att förstainstansrätten hade missuppfattat de faktiska omständigheterna och bevisningen. Enligt artikel 42.2 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 är tillämplig i mål om överklagande, avvisar domstolen därför överklagandet såvitt avser grunden att förstainstansrätten missuppfattade de faktiska omständigheterna.

51 Vad sedan gäller förstainstansrättens bedömning i den överklagade domen av hur omsättningskretsen är sammansatt, i vilken grad konsumenterna är uppmärksamma, hur konsumenterna uppfattar det sökta varumärket och deras inställning till detsamma, finner domstolen även här att det är fråga om en bedömning av de faktiska omständigheterna.

52 Domstolen avvisar därför överklagandet såvitt avser Henkels påstående att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av vad som krävs för att det sökta varumärket skall anses ha särskiljningsförmåga.

53 Slutligen har Henkel gjort gällande att förstainstansrätten gjorde fel då den underlät att pröva huruvida särskiljningsförmågan skall bedömas utifrån förhållandena den dag då registreringsansökan gavs in eller då det rättsliga avgörandet meddelades. Henkel har påstått sig ha påpekat vid upprepade tillfällen att Henkel var det första bolag som presenterade och saluförde tvättmedelstabletter i den form som är föremål för prövning i detta mål. När registreringsansökan gavs in hade allmänheten inte den minsta svårighet att associera den konkreta varan "diskmedelstablett och tvättmedelstablett" med Henkel såsom tillverkare.

54 Vad beträffar överklagandet i denna del gör domstolen följande bedömning. I punkterna 41 och 42 i den överklagade domen tog förstainstansrätten ställning till dessa argument. Förstainstansrätten angav därvid att den omständigheten att det på marknaden redan förekom ett större eller mindre antal liknande tabletter inte kunde föranleda förstainstansrätten att göra någon annan bedömning än att det sökta varumärket – a priori och oberoende av användningen av varumärket i den mening som avses i artikel 7.3 i förordning nr 40/94 – inte angav varans ursprung. Mot denna bakgrund kom förstainstansrätten fram till att det inte fanns någon anledning att pröva vilken tidpunkt som skulle anses vara relevant för bedömningen av det sökta varumärkets särskiljningsförmåga.

55 Domstolen finner att Henkel inte åberopat några detaljerade omständigheter till stöd för sitt påstående som skulle kunna visa att förstainstansrätten gjorde en felaktig bedömning av denna frågeställning. Överklagandet kan därför inte bifallas i denna del.

56 Såvitt avser denna grund kan överklagandet i vissa delar inte upptas till prövning och är i övriga delar ogrundat. Överklagandet skall därmed ogillas.

## Rättegångskostnader

57 Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna, som är tillämplig på mål om överklagande enligt artikel 118, skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Harmoniseringsbyrån har yrkat att Henkel skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Henkel har tappat målet, skall harmoniseringsbyråns yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar domstolen (åttonde avdelningen) följande:

**1) Överklagandet ogillas.**

**2) Henkel KGaA skall ersätta rättegångskostnaderna.**

Underskrifter