ROZSUDEK SOUDNÍHO DVORA (osmého senátu)

4. října 2007 *

Ve věci C-144/06 P,

jejímž předmětem je kasační opravný prostředek na základě článku 56 Statutu Soudního dvora, podaný dne 17. března 2006,

Henkel KgaA, se sídlem v Düsseldorfu (Německo), zastoupená C. Osterriethem, Rechtsanwalt,

účastnice řízení podávající kasační opravný prostředek (navrhovatelka),

přičemž dalším účastníkem řízení je:

Úřad pro harmonizaci na vnitřním trhu (ochranné známky a vzory) (OHIM), zastoupený G. Schneiderem, jako zmocněncem,

žalovaný v prvním stupni,

* Jednací jazyk: němčina.

SOUDNÍ DVŮR (osmý senát),

ve složení E. Juhász (zpravodaj), předseda senátu, J. Malenovský a T. von Danwitz, soudci,

generální advokát: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
vedoucí soudní kanceláře: B. Fülöp, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 24. května 2007,

s přihlédnutím k rozhodnutí, přijatému po vyslechnutí generálního advokáta, rozhodnout věc bez stanoviska,

vydává tento

Rozsudek

1 Svým kasačním opravným prostředkem se Henkel KGaA (dále jen „Henkel") domáhá zrušení rozsudku Soudu prvního stupně Evropských společenství ze dne 17. ledna 2006, Henkel v. OHIM (T-398/04, nezveřejněný ve Sbírce rozhodnutí, dále jen „napadený rozsudek"), kterým Soud zamítl její žalobu směřující ke zrušení rozhodnutí druhého odvolacího senátu Úřadu pro harmonizaci na vnitřním trhu (ochranné známky a vzory) (OHIM) ze dne 4. srpna 2004 (dále jen „sporné rozhodnutí") zamítajícího zápis ochranné známky.

Právní rámec

2 Článek 7 odst. 1 písm. b) nařízení Rady (ES) č. 40/94 ze dne 20. prosince 1993 o ochranné známce Společenství (Úř. věst. 1994, L 11, s. 1; Zvl. vyd. 17/01, s. 146), stanoví:

„1. Do rejstříku se nezapíšou:

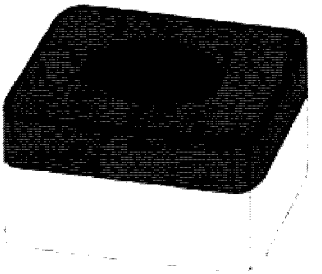
[...]

b) ochranné známky, které postrádají rozlišovací způsobilost".

Skutečnosti předcházející sporu

3 Dne 28. září 1998 Henkel podala k OHIM přihlášku k zápisu ochranné známky Společenství na základě nařízení č. 40/94.

4 Přihlašovanou ochrannou známkou Společenství je obrazové označení vyobrazené níže (dále jen „přihlašovaná ochranná známka"):



5 Výrobky, pro které byl požadován zápis, spadají do tříd 1, 3 a 21 podle Niceské dohody o mezinárodním třídění výrobků a služeb pro účely zápisu známek ze dne 15. června 1957, ve znění změn a doplňků, a odpovídají, zejména pokud jde o výrobky spadající do třídy 3, následujícímu popisu: „Výrobky pro mytí nádobí a praní prádla".

6 Henkel uplatnila právo přednosti na základě přihlášky k zápisu podané v Německu dne 18. června 1998, která se týkala ochranné známky totožné s přihlašovanou ochrannou známkou.

7 Po rozhodnutí ze dne 1. října 1999, kterým průzkumový referent zamítl přihlášku k zápisu na základě čl. 7 odst. 1 písm. b) a d) nařízení č. 40/94, Henkel podala dne 19. listopadu 1999 na základě článků 57 až 59 nařízení č. 40/94 odvolání proti tomuto rozhodnutí.

8 Sporným rozhodnutím druhý odvolací senát OHIM zamítl toto odvolání. V podstatě usoudil, že přihlašovaná ochranná známka postrádala rozlišovací způsobilost ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 ve vztahu ke všem výrobkům, na které se vztahuje přihláška k zápisu.

Žaloba k Soudu a napadený rozsudek

9 Dne 8. října 2004 Henkel podala žalobu k Soudu za účelem zrušení sporného rozhodnutí. Na podporu své žaloby Henkel vznesla dva žalobní důvody. Tyto žalobní důvody, a tudíž i žaloba, byly Soudem zamítnuty.

10 Podle prvního žalobního důvodu vycházejícího z porušení čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 OHIM nesprávně použil kritéria pro posouzení rozlišovací způsobilosti.

11 Nejprve Henkel vytýkala OHIM, že opomněl přezkoumat existenci rozlišovací způsobilosti ke dni předložení přihlášky k zápisu a že neurčil, jaký byl běžný tvar výrobků uváděných na trh k tomuto dni. Dále podle Henkel OHIM nebyl oprávněn tvrdit, že jednotlivé barvy označení odpovídaly jednotlivým aktivním složkám, neboť tato volba barev a jejich kombinace jsou na jejím volném uvážení.

12 Dále Henkel uvedla, že nebylo zohledněno usnesení Bundespatentgericht (spolkový patentový soud), ve kterém tento soud rozhodl, že označení přihlašované u Deutsches Patent- und Markenamt (Německý úřad pro patenty a ochranné známky) nepostrádá rozlišovací způsobilost ve vztahu k výrobkům pro pračky a myčky.

13 Konečně Henkel připomněla, že OHIM připustil zápis několika označení srovnatelných s přihlašovanou ochrannou známkou.

14 Naproti tomu OHIM před Soudem tvrdil, že spotřebitel vnímá dotčené označení nikoliv jako údaj o obchodním původu výrobku, ale výlučně jako ztvárnění tohoto výrobku. Pokud jde o rozhodnutí Bundespatentgericht, toto bylo údajně řádně zohledněno, ale nebylo pro OHIM závazné. Pokud jde o dřívější rozhodovací praxi, OHIM připomněl, že soud Společenství je povinen rozhodnout nezávisle o přihlášce, která je mu předložena, a není zejména nijak vázán dřívějšími protiprávními rozhodnutími. Krom toho případy uvedené Henkel nebyly srovnatelné s projednávaným případem.

15 Soud konstatoval, že Henkel omezila svůj žalobní důvod na „výrobky pro mytí nádobí a praní prádla" a že tyto výrobky patří k výrobkům běžné spotřeby, ve vztahu k nimž není stupeň pozornosti spotřebitele při jejich nákupu vysoký. Pokud jde o rozlišovací způsobilost přihlašované ochranné známky, uvedl, poté, co připomněl právní zásady zakotvené judikaturou v této oblasti, že posouzení této způsobilosti nemůže vést k jinému výsledku v případě trojrozměrné ochranné známky tvořené vzhledem výrobku samého a v případě obrazové ochranné známky představované věrným ztvárněním téhož výrobku.

16 Soud poté, co upřesnil, že za účelem posouzení rozlišovací způsobilosti přihlašované ochranné známky je namístě analyzovat celkový dojem vyvolaný tímto ztvárněním, což není neslučitelné s postupným přezkoumáním jednotlivých prvků, které jej tvoří (rozsudky ze dne 11. listopadu 1997, SABEL, C-251/95, Recueil, s. I-6191, bod 23, a ze dne 16. září 2004, SAT.1 v. OHIM, C-329/02 P, Sb. rozh. s. I-8317, bod 35), přistoupil k analýze prvků ochranné známky následované celkovým posouzením. Po tomto posouzení Soud rozhodl, že přihlašovaná ochranná známka neumožňuje odlišit dotyčný výrobek od výrobků jiných podniků.

17 Soud doplnil, že toto posouzení nelze zpochybnit ani tím, že v okamžiku podání přihlášky ochranné známky byla společnost Henkel jediná, kdo uváděl na trh výrobky ve tvaru, jehož je přihlašované označení ztvárněním, ani dřívějšími zápisy. Pokud jde o národní zápis, Soud zdůraznil, že tento může být zohledněn, ale OHIM jím není vázán, jelikož režim ochranných známek Společenství je samostatným systémem tvořeným souborem pravidel a sledujícím cíle, které jsou mu vlastní, přičemž jeho použití je nezávislé na jakémkoli vnitrostátním systému, a že způsobilost označení k zápisu jako ochranné známky Společenství musí být posuzována pouze na základě relevantní právní úpravy Společenství.

18 Pokud jde o rozhodnutí o zápisu OHIM, Soud připomněl, že ačkoliv skutková nebo právní odůvodnění nacházející se v dřívějším rozhodnutí mohou představovat argumenty na podporu žalobního důvodu vycházejícího z porušení ustanovení nařízení č. 40/94, nic to nemění na tom, že legalita rozhodnutí odvolacích senátů musí být posuzována výlučně na základě tohoto nařízení, jak je vykládáno soudem Společenství, a nikoli na základě dřívější rozhodovací praxe. Krom toho podle názoru Soudu nebyly ochranné známky dovolávané Henkel zcela srovnatelné s dotčenou ochrannou známkou, buď z toho důvodu, že výrobky, na které se vztahovaly, nebyly tytéž, anebo protože dotčená označení obsahovala jiné prvky než základní geometrické tvary.

19 Druhý žalobní důvod vycházel ze zneužití diskreční pravomoci a porušení zásady rovného zacházení. Henkel totiž usoudila, že OHIM tím, že zamítl zápis její přihlašované ochranné známky, zatímco zapsal srovnatelné ochranné známky, zneužil svou diskreční pravomoc a porušil zásadu rovného zacházení. Krom toho Henkel podotkla, že pokud by tolerovala takovou situaci, aniž by získala náhradu prostřednictvím zápisu vlastní ochranné známky, došlo by k diskriminaci, která je v rozporu se zásadou volného pohybu zboží stanovenou v článku 28 ES. Henkel ještě doplnila, že cíle harmonizace sledovaného nařízením č. 40/94, jak vyplývá z jeho prvního a třetího bodu odůvodnění, lze dosáhnout pouze za podmínky, že sjednocené hmotné právo bude předmětem jednotného výkladu.

20 OHIM tvrdil, že jelikož rozhodnutí o zápisu spadá do vázané pravomoci, legalitu rozhodnutí nelze zpochybnit dřívější praxí OHIM, ať je legální, či nikoliv.

21 Soud připomněl, že rozhodnutí o zápisu označení jako ochranné známky Společenství, která odvolací senáty přijímají na základě nařízení č. 40/94, jsou přijímána v rámci vázané pravomoci, a nikoli v rámci diskreční pravomoci (rozsudek ze dne 15. září 2005, BioID v. OHIM, C-37/03 P, Sb. rozh. s. I-7975, bod 47). Rozhodl, že druhý žalobní důvod společnosti Henkel se ve skutečnosti netýkal zneužití případné diskreční pravomoci přiznané OHIM, ale toho, že OHIM připustil zápis srovnatelných označení jako ochranné známky, zatímco zamítl přihlášku k zápisu dotčené ochranné známky. Podle Soudu tento žalobní důvod splýval s částí argumentů, které Henkel vznesla na podporu prvního žalobního důvodu, a tudíž byl nerelevantní.

Návrhová žádání účastníků řízení

22 Svým kasačním opravným prostředkem Henkel navrhuje, aby Soudní dvůr:

— zrušil napadený rozsudek;

— zrušil sporné rozhodnutí;

— uložil OHIM náhradu nákladů řízení.

23 OHIM navrhuje, aby Soudní dvůr:

— zamítl kasační opravný prostředek;

— uložil Henkel náhradu nákladů řízení.

Ke kasačnímu opravnému prostředku

Argumentace účastníků řízení

24 Na podporu svého kasačního opravného prostředku Henkel vznáší jediný důvod kasačního opravného prostředku vycházející z porušení čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 projevujícího se nesprávným právním a skutkovým posouzením požadavků týkajících se rozlišovací způsobilosti přihlašované ochranné známky. Henkel má za to, že Soudní dvůr by měl poskytnout správné právní posouzení právních otázek, které vznáší skutečnosti v této věci, neboť Soud nepoužil správně právní pojem „ochranná známka postrádající rozlišovací způsobilost".

25 Podle Henkel Soud nesprávně rozhodl, že přihlašovaná ochranná známka nevykazuje dostatečnou rozlišovací způsobilost ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94. Na základě tohoto ustanovení přitom lze vyžadovat pouze minimální stupeň rozlišovací způsobilosti (rozsudek ze dne 20. září 2001, Procter & Gamble v. OHIM, C-383/99 P, Recueil, s. I-6251, bod 40). Je v důsledku toho pouze třeba přezkoumat, zda je přihlašovaná ochranná známka způsobilá identifikovat výrobek, pro který je požadován zápis, jako pocházející od určitého podniku, a tedy odlišit tento výrobek od výrobků jiných podniků (rozsudek ze dne 4. května 1999, Windsurfing Chiemsee, C-108/97 a C-109/97, Recueil, s. I-2779, bod 46).

26 Henkel tvrdí, že na trhu relevantním v projednávaném případě užívá každý výrobce různých barev za účelem odlišení svých výrobků od výrobků svých konkurentů. Z tohoto důvodu se ztvárnění výrobku převažujícím způsobem nachází vždy na přední části obalu a veřejnost vnímá takto konkrétně vyobrazený výrobek skutečně jako údaj o jeho výrobci.

27 Henkel má za to, že Soud vycházel z nesprávného předpokladu, podle něhož úroveň pozornosti průměrného spotřebitele vůči vzhledu výrobku není vysoká, když je tento výrobek běžně prodáván v obalu, na němž se objevují také slovní označení týkající se složení a určení dotčeného výrobku. Podle Henkel je rovněž nesprávné tvrdit, že jde o výrobky nízké ceny pro každodenní použití, které spotřebitelé nakupují, aniž by vykazovali vysoký stupeň pozornosti a aniž by provedli důkladný přezkum výrobku. Podle Henkel veřejnost vyvozuje ze sporného obrazového označení velký počet informací, které jdou daleko nad rámec toho, co běžně stačí k určení původu výrobku.

28 Krom toho Henkel ve své replice tvrdí, že Soud zkreslil skutečnosti, když uvedl, že se jednalo o variantu vzhledu výrobku přicházející nejpřirozeněji na mysl. Dotčené označení nemá totiž tvar, který je třeba považovat za „pravděpodobný tvar", vzhledem k tomu, že vložené vrstvy se jasně odlišují jedna od druhé svými barvami, jejichž uspořádání bylo zvoleno zcela volně, jakož i pro čisticí prostředky nezvyklou přítomností tmavé barvy a oválného tvaru.

29 OHIM považuje kasační opravný prostředek za nepřípustný. Uvádí, že Henkel neupřesňuje, jakého nesprávného právního posouzení se Soud dopustil, a že se výtky týkají výsledku přezkumu vnímání spotřebitelů. Podle OHIM je třeba nahlížet na tento postup tak, že spadá do oblasti skutkových zjištění, a nikoliv tak, že patří do rámce právní kvalifikace. Posouzení skutečností a důkazů, s výhradou případu jejich zkreslení nebo změny, přitom nepředstavuje právní otázku, která by jako taková podléhala přezkumu Soudního dvora v rámci kasačního opravného prostředku.

30 OHIM uplatňuje, že jednotlivé vznesené problémy (zejména otázky, zda se stalo běžnou praxí na trhu, že tvar a barva tablet nesou údaj o původu, zda veřejnost vyvozuje z přímého ztvárnění výrobku informaci týkající se obchodního původu nebo zda je možné vyvodit ze zkušenosti, že úroveň pozornosti průměrného spotřebitele vůči vzhledu výrobku není vysoká, když je dotčený výrobek prodáván v obalu, na němž se objevují rovněž slovní údaje týkající se složení a určení uvedeného výrobku) jsou skutkovými otázkami. OHIM má krom toho za to, že Soud ani nezkreslil skutečnosti, ani neopomněl individuální vlastnosti označení (zejména třetí barvu výrobku).

31 OHIM má konečně za to, že některé výtky společnosti Henkel formulované v její replice nemohou být předmětem přezkumu v souladu s článkem 42 jednacího řádu Soudního dvora, jelikož nebyly předloženy včas. V každém případě jsou tyto výtky neopodstatněné.

Závěry Soudního dvora

32 Zaprvé Henkel Soudu vytýká, že nesprávně právně posoudil požadavky týkající se rozlišovací způsobilosti přihlašované ochranné známky.

33 Podle čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 se do rejstříku nezapíšou ochranné známky, které postrádají rozlišovací způsobilost.

34 Z ustálené judikatury vyplývá, že rozlišovací způsobilost ochranné známky ve smyslu tohoto článku znamená, že tato ochranná známka umožní identifikovat výrobek, pro který je zápis požadován, jako pocházející od určitého podniku, a tedy odlišit tento výrobek od výrobků jiných podniků (rozsudky ze dne 29. dubna 2004, Procter & Gamble v. OHIM, C-473/01 P a C-474/01 P, Recueil, s. I-5173, bod 32, a ze dne 21. října 2004, OHIM v. Erpo Möbelwerk, C-64/02 P, Sb. rozh. s. I-10031, bod 42).

35 Tato rozlišovací způsobilost musí být posuzována jednak vzhledem k výrobkům nebo službám, pro které je zápis požadován, a jednak vzhledem k vnímání relevantní veřejnosti (rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Procter & Gamble, bod 33, a rozsudek ze dne 22. června 2006, Storck v. OHIM, C-25/05 P, Sb. rozh. s. I-5719, bod 25).

36 Podle rovněž ustálené judikatury nejsou kritéria posouzení rozlišovací způsobilosti trojrozměrných ochranných známek tvořených vzhledem samotného výrobku odlišná od kritérií použitelných na ostatní druhy ochranných známek. V rámci použití těchto kritérií je nicméně třeba zohlednit, že vnímání průměrného spotřebitele není nutně stejné v případě trojrozměrné ochranné známky tvořené vzhledem samotného výrobku jako v případě slovní nebo obrazové ochranné známky spočívající v označení nezávislém na vzhledu výrobků, které označuje. Průměrní spotřebitelé totiž obvykle nevyvozují původ výrobků z jejich tvaru nebo tvaru jejich obalu v případě, že neexistuje jakýkoli grafický nebo textový prvek, a může se tedy jevit obtížnější prokázat rozlišovací způsobilost takové trojrozměrné ochranné známky, než v případě slovní nebo obrazové ochranné známky (rozsudek ze dne 7. října 2004, Mag Instrument v. OHIM, C-136/02 P, Sb. rozh. s. I-9165, bod 30, jakož i výše uvedený rozsudek Storck v. OHIM, body 26 a 27).

37 Za těchto podmínek pouze ochranná známka, která se značným způsobem odlišuje od normy nebo od zvyklostí odvětví, a v důsledku toho je způsobilá plnit svou základní funkci označení původu, nepostrádá rozlišovací způsobilost ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 (rozsudek ze dne 12. ledna 2006, Deutsche SiSi-Werke v. OHIM, C-173/04 P, Sb. rozh. s. I-551, bod 31, a výše uvedený rozsudek Storck v. OHIM, bod 28).

38 Tato judikatura, rozvinutá pro trojrozměrné ochranné známky tvořené vzhledem samotného výrobku, je rovněž platná tehdy, pokud jako v projednávaném případě přihlašovanou ochrannou známkou je obrazová ochranná známka tvořená dvojrozměrným ztvárněním uvedeného výrobku. V takovém případě totiž ochranná známka také nesestává z označení nezávislého na vzhledu výrobků, které označuje (výše uvedený rozsudek Storck v. OHIM, bod 29).

39 Je namístě připomenout, že k posouzení, zda ochranná známka postrádá, nebo nepostrádá rozlišovací způsobilost, je třeba vzít v úvahu celkový dojem, který vyvolává. Toto však neznamená, že by nebylo třeba nejprve provést postupný přezkum jednotlivých prezentačních prvků použitých pro tuto ochrannou známku. V průběhu celkového posouzení může být totiž užitečné zkoumat každý prvek, z něhož se skládá dotyčná ochranná známka (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 30. června 2005, Eurocermex v. OHIM, C-286/04 P, Sb. rozh. s. I-5797, body 22 a 23, jakož i uvedená judikatura).

40 Z napadeného rozsudku vyplývá, že Soud správně identifikoval a použil na projednávanou věc kritéria stanovená judikaturou.

41 Soud tedy právem nejprve prostudoval jednotlivé prvky tvořící vzhled, jehož je přihlašovaná ochranná známka ztvárněním, jako jsou tvar a barvy tablety, aby poté provedl analýzu jejího celkového dojmu za účelem posouzení, zda tato ochranná známka splňuje nebo nesplňuje funkci označení původu.

42 Poté, co v bodech 32 až 35 napadeného rozsudku postupně přezkoumal obdélníkový tvar tvořící přihlašovanou ochrannou známku, její dvě barevné vrstvy a oválné jádro modré barvy nacházející se ve středu červené horní vrstvy tablety, Soud usoudil, že tyto prvky nestačí k tomu, aby této ochranné známce propůjčily rozlišovací způsobilost.

43 Pokud jde o celkové posouzení těchto prvků, Soud dospěl v bodě 39 napadeného rozsudku k závěru, že „celkový dojem vyvolaný dotčeným označením se omezuje na ztvárnění výrobku pro myčky nebo pračky ve tvaru tablety, ve které je několik aktivních chemických složek dekorativním a atraktivním způsobem složeno do dvou barevných vrstev, červené a bílé, přičemž na červené vrstvě se vyskytuje modré oválné jádro. Vzhledem k tomu, že spotřebitel není zvyklý na to, aby rozpoznal ve tvaru a barvách výrobku údaj o obchodním původu výrobku [...], že přítomnost dvou vrstev, jakož i doplnění oválného jádra v jiné barvě jsou součástí řešení

přicházejících nejpřirozeněji na mysl, když se jedná o znázornění výrobku pro myčku nebo pračku ve tvaru tablety [...] a že pokud jde o základní barvy běžně užívané v dotyčném odvětví, zvolené barvy nejsou takové povahy, aby přitáhly pozornost spotřebitelů [...], celkový dojem vyvolaný označením nebude cílové veřejnosti signalizovat, že konkrétní znázornění výrobku nese informaci o jeho obchodním původu. Přihlašovaná ochranná známka tudíž neumožňuje průměrnému spotřebiteli uvedených výrobků, běžně informovanému a přiměřeně pozornému a obezřetnému, odlišit dotyčný výrobek od výrobků jiných podniků, aniž by provedl analýzu nebo srovnání a aniž by vykazoval zvláštní pozornost [...]".

44 Jeví se tudíž, že Soud jednak založil své posouzení rozlišovací způsobilosti přihlašované ochranné známky na celkovém dojmu, který vyvolává tvar a uspořádání barev této ochranné známky, a že jednak zjistil, že posledně uvedená ochranná známka neumožňuje odlišit výrobek od výrobků konkurentů dotčeného odvětví.

45 V důsledku toho se Soud nedopustil nesprávného právního posouzení ve vztahu k tomuto ustanovení a relevantní judikatuře Soudního dvora tím, že rozhodl, že přihlašovaná ochranná známka postrádá rozlišovací způsobilost ve smyslu čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94.

46 Je tudíž namístě odmítnout tuto výtku jako neopodstatněnou.

47 Zadruhé, pokud jde o výtku týkající se konkrétního použití kritérií vyplývajících z čl. 7 odst. 1 písm. b) nařízení č. 40/94 a uvedené judikatury Soudem, je třeba uvést, že obsahuje posouzení skutkové povahy.

48 Zejména zjištění existence nebo neexistence značné odlišnosti ve smyslu bodu 37 tohoto rozsudku spadá do skutkového posouzení.

49 Přitom jedině Soud je příslušný jednak zjistit skutkový stav, kromě případů, kdy věcná nesprávnost těchto zjištění vyplývá z písemností ve spise, které mu byly předloženy, a jednak tento skutkový stav posoudit. Posouzení skutkového stavu, s výhradou případu zkreslování důkazů předložených Soudu, nepředstavuje tedy právní otázku, která by jako taková podléhala přezkumu Soudního dvora v rámci kasačního opravného prostředku (viz v tomto smyslu rozsudek ze dne 19. září 2002, DKV v. OHIM, C-104/00 P, Recueil, s. I-7561, bod 22, jakož i rozsudek ze dne 29. dubna 2004, Henkel v. OHIM, C-456/01 P a C-457/01 P, Recueil, s. I-5089, bod 41).

50 V tomto ohledu je namístě uvést, že Henkel se dovolávala zkreslení skutečností nebo důkazů Soudem poprvé až ve stádiu repliky. V důsledku toho, s ohledem na čl. 42 odst. 2 jednacího řádu použitelný na řízení o kasačním opravném prostředku na základě článku 118 téhož jednacího řádu, zkreslování skutečností nemůže v projednávané věci představovat přípustný důvod kasačního opravného prostředku.

51 Je třeba doplnit, že zjištění v napadeném rozsudku týkající se charakteristických znaků relevantní veřejnosti a pozornosti, vnímání nebo postoje spotřebitelů rovněž spadají do oblasti skutkových posouzení.

52 Za těchto podmínek musí být výtka, že Soud provedl nesprávné skutkové posouzení požadavků týkajících se rozlišovací způsobilosti přihlašované ochranné známky, považována za nepřípustnou.

53 Konečně Henkel Soudu vytýká, že se nevyjádřil k otázce, zda je třeba při posouzení rozlišovací způsobilosti vycházet ze situace ke dni podání přihlášky ochranné známky k zápisu nebo ke dni soudního rozhodnutí. Henkel neustále upozorňovala na skutečnost, že byla první, kdo prezentoval a uvedl na trh čistící prostředky ve formě tablet sporného tvaru. Ke dni podání přihlášky k zápisu veřejnosti údajně nečinilo sebemenší problém spojit si konkrétní výrobek „čisticí prostředek na nádobí a prádlo ve formě tablet" se společností Henkel jako výrobcem.

54 Je namístě uvést, že Soud odpověděl na tuto výtku v bodech 41 a 42 napadeného rozsudku tím, že uvedl, že nezpůsobilost přihlašované ochranné známky uvést, *a priori* a nezávisle na jejím užívání ve smyslu čl. 7 odst. 3 nařízení č. 40/94, původ výrobku není zpochybněna větším či menším počtem podobných tablet již uvedených na trh a že za takových okolností není třeba se vyjadřovat k otázce relevantního okamžiku pro posouzení rozlišovací způsobilosti dotčené ochranné známky.

55 Je třeba konstatovat, že Henkel nedokládá svoji výtku žádnou podrobnou argumentací, která by prokázala, že Soud rozhodl o této otázce nesprávně. V důsledku toho musí být tato výtka odmítnuta.

56 Jelikož je důvod kasačního opravného prostředku společnosti Henkel zčásti neopodstatněný a zčásti nepřípustný, je tudíž namístě kasační opravný prostředek zamítnout.

K nákladům řízení

57 Podle čl. 69 odst. 2 jednacího řádu, jenž se na řízení o kasačním opravném prostředku použije na základě článku 118 téhož jednacího řádu, se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že OHIM požadoval náhradu nákladů řízení a Henkel neměla ve věci úspěch, je namístě posledně uvedené uložit náhradu nákladů řízení.

Z těchto důvodů Soudní dvůr (osmý senát) rozhodl takto:

1) Kasační opravný prostředek se zamítá.

2) Henkel KGaA se ukládá náhrada nákladů řízení.

Podpisy.