

ΑΠΟΦΑΣΗ ΤΟΥ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟΥ (πρώτο τμήμα)  
της 22ας Ιουνίου 2006 \*

Στην υπόθεση C-24/05 P,

με αντικείμενο αίτηση αναιρέσεως βάσει του άρθρου 56 του Οργανισμού του Δικαστηρίου, ασκηθείσα στις 24 Ιανουαρίου 2005,

**August Storck KG**, με έδρα το Βερολίνο (Γερμανία), εκπροσωπούμενη από τους I. Rohr, H. Wrage-Molkenthin και T. Reher, Rechtsanwälte,

αναιρεσείουσα,

όπου ο έτερος διάδικος είναι:

το Γραφείο Εναρμόνισης στο πλαίσιο της Εσωτερικής Αγοράς (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα) (ΓΕΕΑ), εκπροσωπούμενο από τον G. Schneider,

καθού πρωτοδίκως,

\* Γλώσσα διαδικασίας: η γερμανική.

ΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ (πρώτο τμήμα),

συγκείμενο από τους P. Jann, πρόεδρο τμήματος, N. Colneric, J. N. Cunha Rodrigues, M. Pešič (εισηγητή) και E. Levits, δικαστές,

γενικός εισαγγελέας: D. Ruiz-Jarabo Colomer,  
γραμματέας: B. Fülöp, υπάλληλος διοικήσεως,

έχοντας υπόψη την έγγραφη διαδικασία και κατόπιν της προφορικής διαδικασίας της 16ης Φεβρουαρίου 2006,

αφού άκουσε τον γενικό εισαγγελέα που ανέπτυξε τις προτάσεις του κατά τη συνεδρίαση της 23ης Μαρτίου 2006,

εκδίδει την ακόλουθη

### Απόφαση

- 1 Με την αίτηση της αναιρέσεως, η August Storck KG ζητεί να αναιρεθεί η απόφαση του Πρωτοδικείου των Ευρωπαϊκών Κοινοτήτων (τέταρτο τμήμα) της 10ης Νοεμβρίου 2004, T-396/02, Storck κατά ΓΕΕΑ (σχήμα ενός ζαχαρωτού) (μη δημοσιευθείσα ακόμη στη Συλλογή, στο εξής: αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση), με την οποία το Πρωτοδικείο απέρριψε την προσφυγή της με την οποία ζητούσε την

εξαφάνιση της αποφάσεως του τέταρτου τμήματος προσφυγών του Γραφείου Εναρμονίσεως στο πλαίσιο της Εσωτερικής Αγοράς (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα) (ΓΕΕΑ) της 14ης Οκτωβρίου 2002 (υπόθεση R 187/2001-4) (στο εξής: επίδικη απόφαση), με την οποία απορρίφθηκε η καταχώριση ενός τρισδιάστατου σήματος αποτελούμενου από το σχήμα ζαχαρωτού χρώματος ανοικτού καφέ.

## Το νομικό πλαίσιο

- 2 Ο κανονισμός (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1993, για το κοινοτικό σήμα (ΕΕ 1994, L 11, σ. 1), ορίζει, στο άρθρο 7 αυτού, που τιτλοφορείται «Απόλυτοι λόγοι απαραδέκτου»:

«1. Δεν γίνονται δεκτά για καταχώριση:

[...]

β) τα σήματα που στερούνται διακριτικού χαρακτήρα:

[...]

3. Η παράγραφος 1 στοιχεία β', γ' και δ', δεν εφαρμόζεται αν το σήμα έχει αποκτήσει για τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες για τις οποίες ζητείται η καταχώριση διακριτικό χαρακτήρα λόγω της χρήσης που του έχει γίνει.»

- 3 Το άρθρο 73 του κανονισμού 40/94, που τιτλοφορείται «Αιτιολόγηση των αποφάσεων», ορίζει:

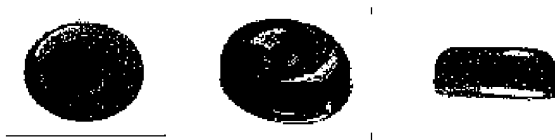
«Οι αποφάσεις του Γραφείου αιτιολογούνται. Δεν μπορούν να στηρίζονται παρά μόνο στους λόγους επί των οποίων οι διάδικοι είχαν τη δυνατότητα να λάβουν θέση.»

- 4 Το άρθρο 74 του κανονισμού 40/94, που τιτλοφορείται «Αυτεπάγγελτη εξέταση των πραγματικών περιστατικών», διευκρινίζει, στην παράγραφο 1 αυτού:

«Κατά την ενώπιόν του διαδικασία, το Γραφείο εξετάζει τα πραγματικά περιστατικά. Εντούτοις, σε διαδικασία που αφορά τους σχετικούς λόγους απαραδέκτου της καταχώρησης, η εξέταση περιορίζεται στα επιχειρήματα που προβάλλουν οι διάδικοι καθώς και τα υποβληθέντα από αυτούς αιτήματα.»

### Ιστορικό της διαφοράς

- 5 Στις 30 Μαρτίου 1998, η αναιρεσείουσα υπέβαλε στο ΓΕΕΑ, δυνάμει του κανονισμού 40/94, αίτηση καταχώρισεως ως κοινοτικού σήματος ενός τρισδιάστατου σήματος το οποίο αντιστοιχούσε στη μορφή ενός ζαχαρωτού χρώματος ανοικτού καφέ, που απεικονίζεται κατωτέρω:



- 6 Τα προϊόντα για τα οποία ζητήθηκε η καταχώριση είναι τα «είδη ζαχαροπλαστικής» και εμπίπτουν στην κλάση 30 κατά την έννοια του Διακανονισμού της Νίκαιας σχετικά με τη διεθνή κατάταξη των προϊόντων και των υπηρεσιών για την καταχώριση σημάτων, της 15ης Ιουνίου 1957, όπως έχει αναθεωρηθεί και τροποποιηθεί.
- 7 Με απόφαση της 25ης Ιανουαρίου 2001, ο εξεταστής απέρριψε την αίτηση με το σκεπτικό ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση εστερείτο διακριτικού χαρακτήρα υπό την έννοια του άρθρου 7, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94 και δεν είχε αποκτήσει διακριτικό χαρακτήρα λόγω της χρήσεως κατά την έννοια της παραγράφου 3 του ίδιου άρθρου.
- 8 Με την επίδικη απόφαση, το τέταρτο τμήμα προσφυγών του ΓΕΕΑ επιβεβαίωσε την απόφαση του εξεταστή. Το τμήμα έκρινε, κατ' ουσίαν, ότι ο συνδυασμός σχήματος και χρώματος του σήματος του οποίου ζητείται η καταχώριση δεν παρείχε καμία συμφυή ένδειξη ως προς την προέλευση των οικείων προϊόντων, δηλαδή των ζαχαρωτών. Επί πλέον, έκρινε ότι τα στοιχεία που προέβαλε η αναιρεσείουσα δεν αποδείκνυαν ότι το σήμα αυτό είχε αποκτήσει διακριτικό χαρακτήρα όσον αφορά, ειδικότερα, τα ζαχαρωτά με γεύση καραμέλας λόγω της χρήσεως που του είχε γίνει.

### **Η διαδικασία ενώπιον του Πρωτοδικείου και η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση**

- 9 Η αναιρεσείουσα άσκησε ενώπιον του Πρωτοδικείου προσφυγή στηριζόμενη σε δύο λόγους για την εξαφάνιση της επίδικης αποφάσεως.
- 10 Επί του πρώτου λόγου, που αντλείται από την παράβαση του άρθρου 7, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94, το Πρωτοδικείο έκρινε, με τις

σκέψεις 39 έως 45 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι το τμήμα προσφυγών του Γραφείου ορθώς κατέληξε στο ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση εστερείτο διακριτικού χαρακτήρα, κατά την έννοια της διατάξεως αυτής, για τους εξής λόγους:

«39 Εν προκειμένω, το τμήμα προσφυγών έκρινε ορθώς ότι, προκειμένου για καταναλωτικά προϊόντα ευρέως διαδεδομένα, όπως αυτά για τα οποία πρόκειται στην παρούσα υπόθεση, “ο καταναλωτής δεν αποδίδει πολλή προσοχή στο σχήμα και το χρώμα των ειδών ζαχαροπλαστικής” και ότι, επομένως, “είναι απίθανο η επιλογή του μέσου καταναλωτή να υπαγορεύεται από το σχήμα του ζαχαρωτού” (σκέψη 12 της [επίδικης] αποφάσεως).

40 Επιπλέον, το τμήμα προσφυγών απέδειξε επαρκώς ότι κανένα από τα χαρακτηριστικά του σχήματος του εν λόγω σήματος, μεμονωμένα ή συνδυασμένα τα μεν με τα δε, δεν έχουν διακριτικό χαρακτήρα. Έκρινε συναφώς, κατ’ αρχάς, ότι «σχεδόν στρογγυλό, το εν λόγω σχήμα, θυμίζοντας κύκλο [...], αποτελεί βασικό γεωμετρικό σχήμα» και ότι ο μέσος καταναλωτής έχει «τη συνήθεια να απαντά είδη ζαχαροπλαστικής, περιλαμβανομένων των ζαχαρωτών, στρογγυλού σχήματος (κυκλικού, οβάλ, ελλειπτικού ή κυλινδρικού)». Όσον αφορά τα υψηλότερα φουσκωμένα άκρα του ζαχαρωτού, έκρινε ότι «τα ζαχαρωτά έχουν φουσκωτά άκρα, όποια κι αν είναι η μορφολογία τους» αυτό δε για λειτουργικούς λόγους. Τέλος, όσον αφορά το κυκλικό βαθούλωμα στο κέντρο του ζαχαρωτού και την επίπεδη εσωτερική όψη του, το τμήμα προσφυγών συνήγαγε ότι «τα στοιχεία αυτά δεν αλλοιώνουν ουσιαστικά τη συνολική εντύπωση την οποία προκαλεί το σχήμα» και ότι, επομένως, «είναι απίθανο ότι ο ενδιαφερόμενος καταναλωτής θα προσέξει τα δύο αυτά χαρακτηριστικά σε σημείο που να τα αντιληφθεί ως στοιχεία που του υποδεικνύουν ορισμένη εμπορική προέλευση» (σκέψη 13 της [επίδικης] αποφάσεως).

41 Ως προς το χρώμα του οικείου προϊόντος, δηλαδή το καφέ ή τις διάφορες αποχρώσεις αυτού, το τμήμα προσφυγών παρατήρησε επίσης ότι πρόκειται για «σύνηθες χρώμα για τα ζαχαρωτά» (σκέψη 13 της [επίδικης] αποφάσεως). Πράγματι, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το ενδιαφερόμενο κοινό είναι συνηθισμένο στην εμφάνιση του χρώματος αυτού στα είδη ζαχαροπλαστικής.

- 42 Επομένως, το τρισδιάστατο σχήμα του οποίου ζητήθηκε η καταχώριση αποτελεί βασικό γεωμετρικό σχήμα περιλαμβανόμενο στα σχήματα που συνήθως έρχονται στη σκέψη του καταναλωτή ως προς τα προϊόντα συνήθους καταναλώσεως, όπως είναι τα ζαχαρωτά.
- 43 Υπό τις συνθήκες αυτές, το επιχείρημα της προσφεύγουσας που αντλείται από την ύπαρξη δήθεν σημαντικών διαφορών μεταξύ του σχήματος και του χρώματος του σήματος, του οποίου ζητείται η καταχώριση, και αυτών των λοιπών ζαχαροπλαστικών ειδών δεν πρέπει να γίνει δεκτό.
- 44 Εν όψει των προεκτεθέντων, επιβάλλεται η διαπίστωση ότι το τρισδιάστατο σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση αποτελείται από ένα συνδυασμό στοιχείων παρουσιάσεως που έρχονται συνήθως στη σκέψη και τα οποία είναι τυπικά για τα συγκεκριμένα προϊόντα. Πράγματι, το οικείο σχήμα δεν διαφέρει ουσιαστικά από ορισμένα βασικά σχήματα των συγκεκριμένων προϊόντων, τα οποία συνήθως χρησιμοποιούνται στο εμπόριο, αλλά εμφανίζεται μάλλον ως μια παραλλαγή αυτών. Επειδή οι προβαλλόμενες διαφορές δεν γίνονται εύκολα αντιληπτές, έπεται ότι το οικείο σχήμα δεν διακρίνεται επαρκώς από άλλα σχήματα που συνήθως χρησιμοποιούνται για τα ζαχαρωτά και ότι δεν θα καθιστά δυνατό στο ενδιαφερόμενο κοινό να διακρίνει αμέσως και με βεβαιότητα τα ζαχαρωτά της προσφεύγουσας από αυτά που έχουν άλλη εμπορική προέλευση.
- 45 Επομένως, το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση δεν μπορεί, όπως αυτό γίνεται αντιληπτό από τον μέσο καταναλωτή που έχει τη συνήθη πληροφόρηση και είναι σε λογικό βαθμό προσεκτικός και ενήμερος, να καταστήσει δυνατό το να εξατομικεύονται τα οικεία προϊόντα και να διακρίνονται από αυτά που προέρχονται από άλλη επιχείρηση. Επομένως, στερείται διακριτικού χαρακτήρα έναντι των προϊόντων αυτών.»
- 11 Επί του δευτέρου λόγου, που αντλείται από την παράβαση του άρθρου 7, παράγραφος 3, του κανονισμού 40/94, το Πρωτοδικείο έκρινε, με τις σκέψεις 61 έως

67 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι το τμήμα προσφυγών του Γραφείου δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο κρίνοντας ότι η αναιρεσείουσα δεν είχε αποδείξει ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση είχε αποκτήσει διακριτικό χαρακτήρα που προέκυπτε από τη χρήση που του είχε γίνει, για τους εξής λόγους:

«61 Πρώτον, τα επιχειρήματα της προσφεύγουσας που στηρίζονται στους αριθμούς πωλήσεων και στα υψηλά διαφημιστικά έξοδα που ανελήφθησαν για την προώθηση του ζαχαρωτού με γεύση καραμέλας “Werther’s Original” (“Werther’s Echte”) δεν μπορούν να αποδείξουν ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση απέκτησε διακριτικό χαρακτήρα λόγω της χρήσεως που του έγινε.

62 Πράγματι, το τμήμα προσφυγών αναγνώρισε μεν ότι οι κύκλοι εργασιών και τα σχετικά με τα διαφημιστικά έξοδα στοιχεία πιστοποιούν ότι το είδος του οικείου ζαχαρωτού ήταν ευρέως διαδεδομένο στην αγορά, όμως έκρινε ότι οι πληροφορίες αυτές δεν αποτελούσαν την απόδειξη, εντούτοις ουσιώδη, του γεγονότος ότι το σημείο, του οποίου ζητείται η καταχώριση, χρησιμοποιούταν ως τρισδιάστατο σήμα για να δηλώνει τα ζαχαρωτά της προσφεύγουσας (σκέψη 16 της προσβαλλομένης αποφάσεως).

63 Με τις σκέψεις 17 έως 21 της [επίδικης] αποφάσεως, το τμήμα προσφυγών αιτιολόγησε την εκτίμηση αυτή ως εξής:

«17. Η προσφεύγουσα προσκόμισε δείγματα από τα πλαστικά σακουλάκια της, που χρησιμεύουν ως συσκευασία των ζαχαρωτών της, υποστηρίζοντας ότι το σχήμα που αναπαράγεται με αυτά συνιστά “βασική αναφορά και σημείο αναφοράς” για τον καταναλωτή. Κατ’ αυτήν, η χρήση αυτή αποτελεί την απόδειξη για το ότι το σχήμα αποτελεί αντικείμενο διαφημίσεως ως σήμα του προϊόντος και ότι υπό την έννοια αυτή θα γίνει αντιληπτό από τον καταναλωτή. Το τμήμα προσφυγών θεωρεί ότι υποχρεούται να απορρίψει την άποψη αυτή. Πράγματι, υφίσταται ασυμφωνία μεταξύ των δηλώσεων της προσφεύγουσας και του τρόπου που παρουσιάζονται συνολικά τα ζαχαρωτά μέσα στο σακουλάκι.



18. Είναι μεν ακριβές ότι τα ζαχαρωτά καφέ σχήματος, όπως τα παρουσίασε η προσφεύγουσα, απεικονίζονται στη συσκευασία, όμως πρέπει να εξετασθεί ο στόχος της απεικόνισης αυτής. Δεν μπορεί η εξέταση να είναι γενική και αόριστη. Αντιθέτως, πρέπει να προβλέπει τον πιθανό τρόπο με τον οποίο ο μέσος καταναλωτής αντιλαμβάνεται την απεικόνιση των ζαχαρωτών, όπως αυτή είναι πάνω στη συσκευασία.
19. Όμως, έχοντας μπροστά του ένα σακουλάκι ζαχαρωτών της προσφεύγουσας, ο εν λόγω καταναλωτής παρατηρεί κατ' αρχάς το όνομα "Werther's Original" το οποίο, γραμμένο με μεγάλους χαρακτήρες, καταλαμβάνει σχεδόν το ήμισυ από το σακουλάκι και περιβάλλεται με πρόσθετα στοιχεία, όπως ένα μικρό οβάλ σημείο που φέρει το όνομα "Storck" και το στυλιζαρισμένο σχέδιο ενός μικρού χωριού, κάτω από το οποίο μπορεί να διαβάσει κανείς "Traditional Werther's Quality" [η ποιότητα του παραδοσιακού Werther]. Το κάτω ήμισυ από το σακουλάκι δείχνει μία έγχρωμη φωτογραφία που παρουσιάζει περίπου δεκαπέντε ανακατεμένα ζαχαρωτά και τη λεζάντα τους: "The classic candy made with real butter and fresh cream" [το κλασικό ζαχαρωτό με βούτυρο και κρέμα γάλακτος].
20. Σύμφωνα με τις δηλώσεις της προσφεύγουσας, η απεικόνιση αυτή αντιστοιχεί στο τρισδιάστατο σήμα του οποίου ζήτησε την καταχώριση. Όμως, το τμήμα προσφυγών αμφισβητεί το βάσιμο της θέσεως αυτής. Ο τρόπος με τον οποίον απεικονίζονται τα ζαχαρωτά στο σακουλάκι δεν είναι σύμφωνος με τον παραδοσιακό τρόπο παραστάσεως σήματος επί ενός προϊόντος. Θεωρεί ότι ο σκοπός της απεικόνισης αυτής είναι (μάλλον) να δώσει σαφή εικόνα του τι περιέχει το σακουλάκι. Πράγματι, αντίθετα προς τους ισχυρισμούς της προσφεύγουσας, το σακουλάκι δεν δείχνει ένα σχήμα, αλλά μια πραγματική εικόνα ενός σωρού μη συσκευασμένων ζαχαρωτών. Πρέπει να σημειωθεί ότι η απεικόνιση αυτή δεν αποσκοπεί να βάλει προμετωπίδα τα χαρακτηριστικά για τα οποία η προσφεύγουσα θεωρεί ότι αποδίδουν στο σήμα διακριτικό χαρακτήρα (το κεντρικό βαθύλωμα, την εσωτερική επίπεδη όψη και τα φουσκωμένα άκρα). Για τον λόγο αυτό, το τμήμα προσφυγών κρίνει ότι υπάρχει ασυμφωνία μεταξύ του τρόπου με τον οποίο εμφανίζονται τα ζαχαρωτά πάνω στη συσκευασία και του ισχυρισμού σύμφωνα με τον οποίο η απεικόνιση αυτή αποτελεί τρισδιάστατο σήμα και γίνεται αντιληπτή ως τοιούτο από τον μέσο καταναλωτή. Βάσει της εκτιμήσεώς του, το τμήμα προσφυγών μάλλον κρίνει πιθανόν ότι ο καταναλωτής θα δει την εικόνα των ζαχαρωτών μόνον ως εικονογράφηση αυτού που περιέχει το σακουλάκι. Η ελκυστική εικονογράφηση των συσκευασιών για να παρουσιασθούν η όψη του προϊόντος ή οι δυνατότητες

σερβιρίσματός του αποτελεί ευρέως διαδεδομένη μέθοδο στη βιομηχανία των τροφίμων, περιλαμβανομένης της βιομηχανίας των ειδών ζαχαροπλαστικής, και υπαγορεύεται περισσότερο από την εμπορική σκοπιά των προϊόντων παρά από τη φροντίδα για την αναγνώριση των προϊόντων με τη βοήθεια σημάτων. Το τμήμα προσφυγών κρίνει, επομένως, ότι η εικόνα δεν λειτουργεί ως σήμα, αλλ' ότι χρησιμεύει μόνο για την περιγραφή του προϊόντος. Η φράση που συνοδεύει την εικόνα, δηλαδή "The classic candy made with real butter and fresh cream", επιβεβαιώνει ακόμη ότι πιθανώς έτσι θα την αντιληφθεί ένας ευλόγως προσεκτικός αγοραστής ζαχαρωτών. Πράγματι, η φράση και η εικόνα αλληλοσυμπληρώνονται: η φράση περιγράφει τη φύση των ζαχαρωτών και η εικόνα τα δείχνει. Το τμήμα προσφυγών παραδέχεται ότι ένα προϊόν μπορεί να φέρει ταυτόχρονα πολλά σήματα. Εντούτοις, κατά τη γνώμη του, που στηρίζεται στην όψη που έχουν τα σακουλάκια που χρησιμεύουν για συσκευασία των ζαχαρωτών της προσφεύγουσας, η απεικόνιση των ζαχαρωτών επ' αυτών των τελευταίων δεν είναι σύμφωνη με την απεικόνιση ενός σήματος.

21. Από τα προεκτεθέντα επιβάλλεται το συμπέρασμα ότι οι κύκλοι εργασιών και τα αριθμητικά στοιχεία σχετικά με τα διαφημιστικά έξοδα, που προσκομίστηκαν ως απόδειξη, αποδεικνύουν ασφαλώς ότι τα ζαχαρωτά "Werther's" διατίθενται προς πώληση στην αγορά, αλλά δεν αποδεικνύουν ότι το σχήμα τους χρησιμοποιήθηκε ως σήμα [...]

64 Δεν υπάρχει λόγος να τεθούν υπό αμφισβήτηση οι προηγηθείσες εκτιμήσεις. Το διαφημιστικό υλικό που προσκόμισε η προσφεύγουσα δεν περιέχει καμία απόδειξη περί της χρήσεως του σήματος έτσι όπως ζητήθηκε να καταχωρισθεί. Πράγματι, σε όλες τις εικόνες που προσκομίστηκαν, η παράσταση του σχήματος και του χρώματος που διεκδικούνται συνοδεύεται από λεκτικά και εικονιστικά σημεία. Επομένως, το υλικό αυτό δεν μπορεί να αποτελεί την απόδειξη για το ότι το ενδιαφερόμενο κοινό αντιλαμβάνεται το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση καθεαυτό και ανεξάρτητα από τα λεκτικά και εικονιστικά σήματα από τα οποία συνοδεύεται στο πλαίσιο της διαφημίσεως και κατά την πώληση των προϊόντων, ως δηλούν την εμπορική προέλευση των οικείων προϊόντων και υπηρεσιών (βλ., υπό την έννοια αυτή, προπαρατεθείσα απόφαση Σχήμα φιάλης ζύθου, σκέψη 51).

65 Εξάλλου, πρέπει να παρατηρηθεί ότι η ίδια η προσφεύγουσα αναφέρει στο δικόγραφο της ότι το εν λόγω ζαχαρωτό δεν πωλείται χύμα αλλά μέσα σε σακουλάκι συσκευασίας, όπου καθένα ζαχαρωτό είναι, εξάλλου, χωριστά συσκευασμένο. Επομένως, όταν αποφασίζει τι θα αγοράσει, ο μέσος

καταναλωτής δεν είναι δυνατόν να έχει ενώπιόν του, απευθείας, το σχήμα του οικείου ζαχαρωτού που να του επιτρέπει να το εκλαμβάνει ως δείκτη προελεύσεως.

66 Το ίδιο συμπέρασμα επιβάλλεται, δεύτερον, ως προς τις σφυγμομετρήσεις που η προσφεύγουσα υπέβαλε προς εκτίμηση ενώπιον του τμήματος προσφυγών, προκειμένου να αποδείξει τον αποκτηθέντα λόγω χρήσεως διακριτικό χαρακτήρα του σήματος του οποίου ζητείται η καταχώριση. Πράγματι, από τη σκέψη 21, *in fine*, της [επίδικης] αποφάσεως προκύπτει σαφώς ότι η γνώση περί του ζαχαρωτού που εμπορεύεται η προσφεύγουσα, ως σήματος, δεν αποδείχθηκε βάσει του οικείου σχήματος, αλλά βάσει της ονομασίας του “Werther’s”.»

12 Επομένως, το Πρωτοδικείο απέρριψε την προσφυγή και καταδίκασε την προσφεύγουσα στα δικαστικά έξοδα.

### **Η αίτηση αναιρέσεως**

13 Με την αίτηση αναιρέσεως, προς στήριξη της οποίας προβάλλει τέσσερις λόγους, η αναιρεσείουσα ζητεί από το Δικαστήριο:

- να αναιρέσει την αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση,
- κυρίως, να κρίνει οριστικά την υπόθεση δεχόμενο τα αιτήματα που διατυπώθηκαν πρωτοδίκως,
- επικουρικώς, να αναπέμψει την υπόθεση ενώπιον του Πρωτοδικείου,
- να καταδικάσει το ΓΕΕΑ στα δικαστικά έξοδα.

- 14 Το ΓΕΕΑ ζητεί από το Δικαστήριο να απορρίψει την αίτηση αναίρεσως και να καταδικάσει την ανααιρεσίουσα στα δικαστικά έξοδα.

*Επί του πρώτου λόγου*

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 15 Με τον πρώτο λόγο, ο οποίος διαιρείται σε δύο σκέλη, η ανααιρεσίουσα προβάλλει ότι το Πρωτοδικείο παρέβη το άρθρο 7, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94.
- 16 Πρώτον, στη σκέψη 44 της ανααιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο κακώς εξαρτά τη διαπίστωση του διακριτικού χαρακτήρα του σήματος του οποίου ζητείται η καταχώριση από την προϋπόθεση ότι αυτό διακρίνεται ουσιωδώς από τις παρουσιάσεις ζαχαρωτών που χρησιμοποιούνται συνήθως στο εμπόριο και, επομένως, επιβάλλει αυστηρότερες απαιτήσεις για τα τρισδιάστατα σήματα απ' ό,τι για τα λεκτικά ή εικονιστικά σήματα.
- 17 Το Πρωτοδικείο κακώς επίσης απαιτεί όπως το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση διακρίνεται ουσιωδώς από παρόμοια σήματα τα οποία ενδεχομένως υπάρχουν στον τομέα των ζαχαρωτών.
- 18 Κατά την ανααιρεσίουσα, το γεγονός ότι είναι δυνατό να δημιουργηθεί σύγχυση με προϊόντα άλλης προελεύσεως δεν ασκεί επιρροή παρά μόνο στο πλαίσιο ανακοπής που στηρίζεται στον κίνδυνο συγχύσεως του σήματος του οποίου ζητείται η καταχώριση με προγενέστερο σήμα.

- 19 Δεύτερον, το τμήμα προσφυγών του Γραφείου και το Δικαστήριο παρέλειψαν να διερευνήσουν αν το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση έχει αφ' εαυτού, ανεξάρτητα από τις παρουσιάσεις παρόμοιων ζαχαρωτών που υπάρχουν στην αγορά, έναν ελάχιστο διακριτικό χαρακτήρα. Κατά την αναιρεσείουσα, αν το Πρωτοδικείο είχε προβεί στη διερεύνηση αυτή, θα κατέληγε στο ότι το εν λόγω σήμα δεν στερείται διακριτικού χαρακτήρα.
- 20 Συναφώς, η αναιρεσείουσα αμφισβητεί τη διαπίστωση του Πρωτοδικείου, στη σκέψη 39 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, ότι είναι απίθανο η επιλογή του μέσου καταναλωτή να υπαγορευείται από το σχήμα του ζαχαρωτού. Αμφισβητεί επίσης τη διαπίστωση του Πρωτοδικείου, στη σκέψη 42 της ίδιας αποφάσεως, ότι το σχήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση ως σήματος αποτελεί βασικό γεωμετρικό σχήμα.
- 21 Το ΓΕΕΑ αντιτάσσει, πρώτον, ότι το Πρωτοδικείο ουδόλως εξάρτησε το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση από κριτήρια αυστηρότερα από αυτά που έχουν εφαρμογή στα λεκτικά ή εικονιστικά σήματα, αλλά εφάρμοσε την πάγια νομολογία κατά την οποία είναι αναγκαίο το σχήμα του προϊόντος του οποίου ζητείται η καταχώριση να διακρίνεται σημαντικά από τα γενικώς ή συνήθως ισχύοντα στον σχετικό τομέα.
- 22 Δεύτερον, η αιτίαση ότι το Πρωτοδικείο όφειλε να καταλήξει στο ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση εμφανίζει διακριτικό χαρακτήρα αποβλέπει στην αμφισβήτηση της εκ μέρους του εκτιμήσεως των πραγματικών περιστατικών και, επομένως, είναι απαράδεκτη κατ' αναίρεση.

### Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 23 Όσον αφορά το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου, από πάγια νομολογία προκύπτει ότι ο διακριτικός χαρακτήρας ενός σήματος, κατά την έννοια του άρθρου 7, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94, πρέπει να εκτιμάται σε σχέση αφενός με τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες ως προς τα οποία ζητείται η καταχώριση του σήματος και αφετέρου με την αντίληψη του ενδιαφερόμενου κοινού, το οποίο

αποτελείται από τον μέσο καταναλωτή των προϊόντων ή των υπηρεσιών αυτών, ο οποίος έχει τη συνήθη πληροφόρηση και είναι ευλόγως προσεκτικός και ενημερωμένος (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 29ης Απριλίου 2004, C-456/01 P και C-457/01 P, Henkel κατά ΓΕΕΑ, Συλλογή 2004, σ. I-5089, σκέψη 35, και της 12ης Ιανουαρίου 2006, C-173/04 P, Deutsche SiSi-Werke κατά ΓΕΕΑ, μη δημοσιευθείσα ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 25).

- 24 Κατά επίσης πάγια νομολογία, τα κριτήρια βάσει των οποίων εκτιμάται ο διακριτικός χαρακτήρας των τρισδιάστατων σημάτων που αποτελούνται από τη μορφή του ίδιου του προϊόντος δεν διαφέρουν από τα κριτήρια που ισχύουν για άλλες κατηγορίες σημάτων (αποφάσεις Henkel κατά ΓΕΕΑ, προπαρατεθείσα, σκέψη 38· της 7ης Οκτωβρίου 2004, C-136/02 P, Mag Instrument κατά ΓΕΕΑ, Συλλογή 2004, σ. I-9165, σκέψη 30, και Deutsche SiSi-Werke κατά ΓΕΕΑ, προπαρατεθείσα, σκέψη 27).
- 25 Πάντως, στο πλαίσιο της εφαρμογής των κριτηρίων αυτών, ο τρόπος με τον οποίο το ενδιαφερόμενο κοινό αντιλαμβάνεται το σήμα δεν είναι απαραίτητα ο ίδιος στην περίπτωση ενός τρισδιάστατου σήματος, αποτελούμενου από τη μορφή του ίδιου του προϊόντος, όπως στην περίπτωση ενός λεκτικού ή εικονιστικού σήματος, αποτελούμενου από σημείο άσχετο με τη μορφή των προϊόντων που προσδιορίζει. Πράγματι, ο μέσος καταναλωτής δεν έχει τη συνήθεια να αναγνωρίζει την προέλευση των προϊόντων βάσει του σχήματος του προϊόντος ή της συσκευασίας του, χωρίς να υπάρχει κάποιο εικονιστικό ή λεκτικό στοιχείο και, κατά συνέπεια, ενδέχεται να καταστεί δυσχερέστερη η απόδειξη του διακριτικού χαρακτήρα ενός τέτοιου τρισδιάστατου σήματος, σε σχέση με κάποιο λεκτικό ή εικονιστικό σήμα (βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσες αποφάσεις Henkel κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 38· Mag Instrument κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 30, και Deutsche SiSi-Werke κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 28).
- 26 Υπό τις συνθήκες αυτές, μόνον το σήμα το οποίο αποκλίνει σημαντικά από τα γενικώς ή συνήθως ισχύοντα στον κλάδο και, λόγω αυτού του γεγονότος, μπορεί να επιτελεί τη βασική του λειτουργία προσδιορισμού της προελεύσεως δεν στερείται διακριτικού χαρακτήρα κατά την έννοια του άρθρου 7, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94 (βλ., μεταξύ άλλων, προπαρατεθείσες αποφάσεις Henkel κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 39· Mag Instrument κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 31, και Deutsche SiSi-Werke κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 31).

- 27 Επομένως, το Πρωτοδικείο καλώς έλαβε υπόψη τα σχήματα και τα χρώματα των ζαχαρωτών που χρησιμοποιούνται συνήθως στο εμπόριο προκειμένου να εκτιμήσει το αν το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση στερείται ή όχι διακριτικού χαρακτήρα.
- 28 Με τη σκέψη 44 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο διαπίστωσε ότι το σχήμα του ζαχαρωτού για το οποίο γίνεται λόγος «δεν διαφέρει ουσιαστικά από ορισμένα βασικά σχήματα των συγκεκριμένων προϊόντων, τα οποία συνήθως χρησιμοποιούνται στο εμπόριο». Στο μέτρο που η επιταγή της ουσιώδους διαφοράς βαίνει πέραν της απλής σημαντικής αποκλίσεως η οποία απαιτείται βάσει της νομολογίας που παρατίθεται στη σκέψη 26 της παρούσας αποφάσεως, το Πρωτοδικείο θα υπέπιπτε σε πλάνη περί το δίκαιο αν είχε εξαρτήσει την αναγνώριση του διακριτικού χαρακτήρα του αιτηθέντος σήματος από την τήρηση μιας τέτοιας επιταγής.
- 29 Δεν συμβαίνει ωστόσο κάτι τέτοιο. Συγκεκριμένα, από την ίδια σκέψη της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως προκύπτει ότι το Πρωτοδικείο στηρίχθηκε στη διαπίστωση ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση αποτελείται από συνδυασμό στοιχείων παρουσιάσεως τα οποία έρχονται φυσιολογικά στη σκέψη και τα οποία είναι τυπικά χαρακτηριστικά των συγκεκριμένων προϊόντων, φαίνεται ως παραλλαγή ορισμένων βασικών σχημάτων που χρησιμοποιούνται συνήθως στον τομέα της ζαχαροπλαστικής, αφού οι προβαλλόμενες διαφορές δεν γίνονται ευχερώς αντιληπτές, δεν διακρίνεται επαρκώς από άλλα σχήματα τα οποία χρησιμοποιούνται συνήθως για τα ζαχαρωτά και δεν επιτρέπει στο ενδιαφερόμενο κοινό να διακρίνει αμέσως και με βεβαιότητα τα ζαχαρωτά της αναιρεσεύουσας από εκείνα που έχουν άλλη εμπορική προέλευση.
- 30 Με τις διαπιστώσεις αυτές, το Πρωτοδικείο κατέδειξε επαρκώς κατά νόμον ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση δεν αποκλίνει σημαντικά από τα γενικώς ή συνήθως ισχύοντα στον κλάδο της ζαχαροπλαστικής. Επομένως, δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο καταλήγοντας στο ότι το εν λόγω σήμα στερείται διακριτικού χαρακτήρα.
- 31 Ως προς την αιτίαση της αναιρεσεύουσας ότι το Πρωτοδικείο απαίτησε όπως το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση διακρίνεται ουσιαστικά των παρομοίων σημάτων τα οποία ενδεχομένως υπάρχουν στον τομέα της ζαχαροπλαστικής, αυτή στηρίζεται σε εσφαλμένη εκτίμηση της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, αφού το Πρωτοδικείο ουδόλως διερεύνησε το ζήτημα αν άλλα σήματα χρησιμοποιούμενα γι' αυτό το είδος των προϊόντων ήσαν πανομοιότυπα ή παρόμοια με το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση.

- 32 Το πρώτο σκέλος του πρώτου λόγου πρέπει επομένως να απορριφθεί ως αβάσιμο.
- 33 Όσον αφορά το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου, αφενός, όπως προκύπτει από τη σκέψη 27 της παρούσας αποφάσεως, το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο λαμβάνοντας υπόψη τα σχήματα των ζαχαρωτών που συνήθως χρησιμοποιούνται στο εμπόριο προκειμένου να εκτιμήσει αν το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση στερείται ή όχι διακριτικού χαρακτήρα.
- 34 Αφετέρου, καθόσον προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι κατέληξε στο ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση στερείται διακριτικού χαρακτήρα, μ' αυτό το σκέλος του πρώτου λόγου ζητείται στην πραγματικότητα από το Δικαστήριο να υποκαταστήσει το Πρωτοδικείο στην εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών.
- 35 Συγκεκριμένα, οι διαπιστώσεις στις οποίες προέβη το Πρωτοδικείο με τις σκέψεις 39 έως 42 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, κατά τις οποίες, αφενός, το επίπεδο προσοχής του μέσου καταναλωτή ως προς το σχήμα και το χρώμα των ζαχαρωτών δεν είναι υψηλό και, αφετέρου, το τρισδιάστατο σχήμα αποτελεί βασικό γεωμετρικό σχήμα, συνιστούν εκτιμήσεις πραγματικών περιστατικών (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, αντιστοίχως, προπαρατεθείσες αποφάσεις Henkel κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 56, και Deutsche SiSi-Werke κατά ΓΕΕΑ, σκέψη 47).
- 36 Όμως, σύμφωνα με τα άρθρα 225, παράγραφος 1, ΕΚ και 58, πρώτο εδάφιο, του Οργανισμού του Δικαστηρίου, η αίτηση αναιρέσεως περιορίζεται σε νομικά ζητήματα. Το Πρωτοδικείο είναι συνεπώς το μόνο αρμόδιο να προβαίνει στη διαπίστωση και εκτίμηση των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών, καθώς και να εκτιμά τα αποδεικτικά στοιχεία. Η εκτίμηση αυτών των πραγματικών περιστατικών και αποδεικτικών στοιχείων δεν συνιστά συνεπώς, υπό την επιφύλαξη της ενδεχόμενης αλλοιώσεώς τους, νομικό ζήτημα υποκείμενο, αυτό καθ' εαυτό, στον αναιρετικό έλεγχο του Δικαστηρίου (βλ., μεταξύ άλλων, αποφάσεις της 19ης Σεπτεμβρίου 2002, C-104/00 P, DKV κατά ΓΕΕΑ, Συλλογή 2002, σ. I-7561, σκέψη 22, και Deutsche Sisi-Werke κατά ΓΕΕΑ, προπαρατεθείσα, σκέψη 35).



- 37 Δεδομένου ότι δεν προβλήθηκε καμιά αλλοίωση των πραγματικών περιστατικών και των αποδεικτικών στοιχείων που υποβλήθηκαν στο Πρωτοδικείο στην προκειμένη περίπτωση, το δεύτερο σκέλος του πρώτου λόγου πρέπει να απορριφθεί ως εν μέρει αβάσιμο και εν μέρει απαράδεκτο και, επομένως, ο λόγος αυτός να απορριφθεί στο σύνολό του.

*Επί του δεύτερου και τρίτου λόγου*

Επιχειρήματα των διαδίκων

- 38 Με τον δεύτερο και τρίτο λόγο, η αναιρεσείουσα προβάλλει ότι το Πρωτοδικείο παρέβη, αντιστοίχως, το άρθρο 74, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94, βάσει του οποίου το ΓΕΕΑ προβαίνει αυτεπαγγέλτως στην εξέταση των πραγματικών περιστατικών, και το άρθρο 73 του ίδιου κανονισμού, βάσει του οποίου οι αποφάσεις του ΓΕΕΑ δεν μπορούν να στηρίζονται παρά μόνο στους λόγους επί των οποίων οι διάδικοι είχαν τη δυνατότητα να λάβουν θέση.
- 39 Αφενός, το άρθρο 74, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94 υποχρεώνει το ΓΕΕΑ να εξετάζει το ίδιο τα πραγματικά περιστατικά επί των οποίων θέλει να θεμελιώσει την απόφασή του. Έτσι, μη παρουσιάζοντας, όπως όφειλε να πράξει, τα συγκεκριμένα παραδείγματα ζαχαρωτών με εμφάνιση που φέρεται ως πανομοιότυπη με το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση των οποίων υποστήριζε την ύπαρξη για να καταλήξει στον «συνήθη» χαρακτήρα του εν λόγω σήματος, το τμήμα προσφυγών του Γραφείου στέρησε την αναιρεσείουσα από τη δυνατότητα να αμφισβητήσει ότι τα παραδείγματα αυτά ασκούσαν επιρροή.
- 40 Συμμεριζόμενο αυτούς τους αστήρικτους ισχυρισμούς του τμήματος προσφυγών του Γραφείου στη σκέψη 40 της αναιρεσιβαλλομένης απόφασεως και αναπτύσσοντας αυτό το ίδιο παρόμοιους ισχυρισμούς χωρίς να τους στηρίζει σε πραγματικά περιστατικά που μπορούν να εξακριβωθούν, στις σκέψεις 41 και 42 της ίδιας απόφασεως, το Πρωτοδικείο παρέβη το άρθρο 74, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94.

- 41 Αφετέρου, εφόσον το τμήμα προσφυγών του Γραφείου δεν παρουσίασε τα φερόμενα ως παρόμοια ζαχαρωτά προς το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση, η αναιρεσείουσα δεν είχε τη δυνατότητα, σε κανένα στάδιο της διαδικασίας, να λάβει θέση επί του θέματος αυτού και στερήθηκε έτσι, ειδικότερα, της δυνατότητας να αποδείξει ότι τα ζαχαρωτά αυτά εμφάνιζαν στην πραγματικότητα αποφασιστικές διαφορές σε σχέση με το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση. Έτσι, προσβλήθηκε το δικαίωμά της ακροάσεως.
- 42 Συμμεριζόμενο του ισχυρισμούς του τμήματος προσφυγών του Γραφείου επί των οποίων η αναιρεσείουσα δεν είχε τη δυνατότητα να λάβει θέση και στηρίζοντας τη δική του απόφαση επί των ισχυρισμών αυτών, το Πρωτοδικείο παρέβη το άρθρο 73 του κανονισμού 40/94.
- 43 Το ΓΕΕΑ προβάλλει ότι, εφόσον η αναιρεσείουσα προέβαλε για πρώτη φορά ενώπιον του Δικαστηρίου την παράβαση των άρθρων 73 και 74, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94, ο δεύτερος και τρίτος λόγος πρέπει να κριθούν απαράδεκτοι.
- 44 Προσθέτει ότι, εφόσον η αναιρεσείουσα, με τον τρίτο λόγο, προσάπτει στο Πρωτοδικείο ότι προσέβαλε τα δικαιώματά της άμυνας, η αιτίαση αυτή είναι αβάσιμη, διότι οι διαπιστώσεις του τμήματος προσφυγών του Γραφείου, τις οποίες αμφισβητεί η αναιρεσείουσα, αποτέλεσαν το κέντρο της συζητήσεως ενώπιον του εν λόγω τμήματος και αμφισβητήθηκαν εκ νέου εκ μέρους της αναιρεσείουσας ενώπιον του Πρωτοδικείου.

#### Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 45 Κατά πάγια νομολογία, το να επιτραπεί σε διάδικο να προβάλει για πρώτη φορά ενώπιον του Δικαστηρίου ισχυρισμό που δεν είχε προβάλει ενώπιον του Πρωτοδικείου θα σήμαινε ότι ο διάδικος αυτός θα είχε τη δυνατότητα να υποβάλει στην κρίση του Δικαστηρίου, του οποίου η αναιρετική αρμοδιότητα είναι περιορισμένη, διαφορά με ευρύτερο περιεχόμενο από τη διαφορά που εκδίκασε το Πρωτοδικείο. Όταν έχει ασκηθεί αναίρεση, η αρμοδιότητα του Δικαστηρίου

περιορίζεται συνεπώς στον έλεγχο της νομικής λύσεως που δόθηκε ενόψει των ισχυρισμών που προβλήθηκαν και εξετάστηκαν ενώπιον του Πρωτοδικείου (βλ., μεταξύ άλλων, απόφαση της 11ης Νοεμβρίου 2004, C-186/02 P και C-188/02 P, Ramondín κ.λπ. κατά Επιτροπής, Συλλογή 2004, σ. I-10653, σκέψη 60).

- 46 Στην προκειμένη περίπτωση, η αναιρεσείουσα δεν υποστήριξε ενώπιον του Πρωτοδικείου ότι το τμήμα προσφυγών του Γραφείου παρέβη τα άρθρα 73 και 74, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94 επειδή δεν παρέθεσε παραδείγματα ζαχαρωτών πανομοιότυπων ή παρόμοιων με εκείνα που εμπορεύεται η αναιρεσείουσα.
- 47 Επομένως, εφόσον με τους λόγους αυτούς προσάπτεται στο Πρωτοδικείο ότι δεν ακύρωσε την επίδικη απόφαση για τους λόγους αυτούς, ο δεύτερος και τρίτος λόγος αναίρεσεως αναλύονται ως λόγοι προβαλλόμενοι για πρώτη φορά κατ' αναίρεση και, επομένως, πρέπει να κριθούν απαράδεκτοι.
- 48 Εφόσον με τους λόγους αυτούς προσάπτεται στο Πρωτοδικείο ότι, με τους μη θεμελιωμένους δικούς του ισχυρισμούς, παρέβη επίσης τα άρθρα 73 και 74, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94, οι λόγοι αυτοί είναι αβάσιμοι. Συγκεκριμένα, η τήρηση των διατάξεων αυτών επιβάλλεται στο πλαίσιο της εξετάσεως των αιτήσεων καταχωρίσεως εκ μέρους των οργάνων του ΓΕΕΑ, όχι όμως στο πλαίσιο της διαδικασίας ενώπιον του Πρωτοδικείου, η οποία διέπεται από τον Οργανισμό του Δικαστηρίου και τον Κανονισμό Διαδικασίας του Πρωτοδικείου.
- 49 Άλλωστε, η αναιρεσείουσα ήταν σε θέση να αμφισβητήσει ενώπιον του Πρωτοδικείου τον ισχυρισμό του τμήματος προσφυγών του Γραφείου κατά τον οποίο το σχήμα του εν λόγω ζαχαρωτού δεν διακρίνεται σημαντικά από πολλά άλλα σχήματα τα οποία συνήθως χρησιμοποιούνται στην αγορά ειδών ζαχαροπλαστικής, οπότε τα δικαιώματα του αμυνομένου και ειδικότερα το δικαίωμα ακροάσεως δεν προσβλήθηκαν ενώπιον του Δικαστηρίου αυτού.
- 50 Επομένως, ο δεύτερος και ο τρίτος λόγος αναίρεσεως πρέπει να απορριφθούν ως εν μέρει απαράδεκτοι και εν μέρει αβάσιμοι.

*Επί του τέταρτου λόγου*

## Επιχειρήματα των διαδίκων

- 51 Με τον τέταρτο λόγο, ο οποίος διαιρείται σε τρία σκέλη, η αναιρεσείουσα υποστηρίζει ότι το Πρωτοδικείο παρέβη το άρθρο 7, παράγραφος 3, του κανονισμού 40/94 εξαρτώντας από εσφαλμένες απαιτήσεις την απόδειξη ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση απέκτησε διακριτικό χαρακτήρα λόγω της χρήσεως.
- 52 Πρώτον, με τη σκέψη 64 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο έκρινε ότι η απόδειξη της χρήσεως ενός τρισδιάστατου σήματος δεν μπορεί να γίνει με έγγραφα όπως είναι οι συσκευασίες των προϊόντων για τα οποία ζητήθηκε η καταχώριση του σήματος αυτού ή το διαφημιστικό υλικό σχετικά με τα προϊόντα αυτά, όταν εμφανίζονται στα έγγραφα αυτά, εκτός του σήματος, άλλα λεκτικά ή εικονιστικά σήματα. Έκρινε έτσι ότι σήμα αποτελούμενο από το τρισδιάστατο σχήμα του οικείου προϊόντος δεν μπορεί να αποκτήσει διακριτικό χαρακτήρα αν συνοδεύεται από άλλο λεκτικό ή εικονιστικό σήμα.
- 53 Η ανάλυση αυτή δεν αντιστοιχεί στον τρόπο με τον οποίο ο μέσος καταναλωτής αντιλαμβάνεται τα σήματα. Το γεγονός ότι περισσότερα σήματα εμφανίζονται συγχρόνως επί του προϊόντος δεν εμποδίζει τον καταναλωτή αυτό να αντιλαμβάνεται έκαστο μεμονωμένα ως ένδειξη προελεύσεως, δεδομένου ότι τα διάφορα αυτά σήματα μπορούν ακόμη να ενισχύονται αμοιβαίως, αφού η γνώση του ενός συμβάλλει στη γνώση του άλλου. Επί πλέον, στο μέτρο που η ίδια η φύση του τρισδιάστατου σήματος επιβάλλει να χρησιμοποιείται σωρευτικά με άλλα λεκτικά ή εικονιστικά σήματα, η ανάλυση του Πρωτοδικείου θα κατέληγε στο ότι η χρήση ενός τρισδιάστατου σήματος ουδέποτε μπορεί να αποδειχθεί, πράγμα που είναι αντίθετο προς τη βούληση του κοινοτικού νομοθέτη.

- 54 Δεύτερον, κακώς το Πρωτοδικείο, αφενός, επιβεβαίωσε, με τη σκέψη 64 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, την εκτίμηση του τμήματος προσφυγών του Γραφείου κατά την οποία η παράσταση του αιτηθέντος σήματος στο σακουλάκι εντός του οποίου πωλούνται τα εν λόγω ζαχαρωτά έχει αποκλειστικά ως σκοπό να απεικονίζει το περιεχόμενό του και, αφετέρου, έκρινε, με τη σκέψη 65 της ίδιας αποφάσεως, ότι, δεδομένου ότι τα εν λόγω ζαχαρωτά πωλούνται σε σακουλάκια, ο καταναλωτής δεν έχει ενώπιόν του απευθείας το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση κατά τη στιγμή της αποφάσεως αγοράς. Συγκεκριμένα, το εν λόγω σήμα αναπαριστάνεται στα σακουλάκια συσκευασίας και, εφόσον αποτελεί συγχρόνως το ίδιο το προϊόν, η αναπαράστασή του είναι όχι μόνο μια πληροφορία επί του περιεχομένου που υπάρχει στο σακουλάκι, αλλά και μια ένδειξη ως προς την προέλευση του προϊόντος.
- 55 Τρίτον, το Πρωτοδικείο κακώς έλαβε αποκλειστικά υπόψη, με τη σκέψη 65 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, την αντίληψη του μέσου καταναλωτή κατά τη στιγμή της αποφάσεως αγοράς. Συγκεκριμένα, για να προσδιορίσει σε ποιο μέτρο ο καταναλωτής αυτός αναγνωρίζει το σήμα, θα πρέπει να ληφθεί υπόψη ο τρόπος με τον οποίο αντιμετωπίζει το σήμα όχι μόνον κατά τη στιγμή της αποφάσεως αγοράς, αλλά και πριν τη στιγμή αυτή, για παράδειγμα μέσω της διαφημίσεως, και τη στιγμή κατά την οποία καταναλώνεται το προϊόν.
- 56 Κατά το ΓΕΕΑ, το τμήμα προσφυγών του Γραφείου και το Πρωτοδικείο ουδόλως απαίτησαν όπως τα αποδεικτικά στοιχεία για τη χρήση ενός τρισδιάστατου σήματος αφορούν αυτό και μόνον το σήμα, αλλά ορθώς παρατήρησαν ότι το προσκομισθέν διαφημιστικό υλικό δεν περιείχε καμιά απόδειξη της χρήσεως του σήματος όπως αυτό ζητήθηκε να καταχωρισθεί. Ειδικότερα, όπως αναφέρεται στη σκέψη 63 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το τμήμα προσφυγών του Γραφείου διαπίστωσε ότι δεν μπορούσε να διακρίνει στο διαφημιστικό υλικό τα ειδικά χαρακτηριστικά του σχήματος του ζαχαρωτού και ότι η παράσταση των ζαχαρωτών στο σακουλάκι συσκευασίας που προσκομίσθηκε ως αποδεικτικό στοιχείο δεν ήταν σύμφωνη με την παράσταση του σήματος. Ομοίως, με τη σκέψη 64 της αποφάσεως αυτής, το Πρωτοδικείο ανέφερε ότι το χαρακτηριστικό της παραστάσεως του σχήματος του ζαχαρωτού στη συσκευασία είναι τόσο λίγο σαφές και καλύπτεται από διάφορα άλλα σημεία, ώστε ο καταναλωτής δεν μπορεί να την αντιλαμβάνεται ως παράσταση του σήματος του οποίου ζητείται η καταχώριση.

## Εκτίμηση του Δικαστηρίου

- 57 Όσον αφορά το πρώτο και δεύτερο σκέλος του τέταρτου λόγου, το Δικαστήριο έκρινε, με την απόφαση της 7ης Ιουλίου 2005, C-353/03, Nestlé (Συλλογή 2005, σ. I-6135), ότι ο διακριτικός χαρακτήρας ενός σήματος στο οποίο αναφέρεται το άρθρο 3, παράγραφος 3, της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων (ΕΕ 1989, L 40, σ. 1), μπορεί να αποκτηθεί ως συνέπεια της χρήσεως του σήματος αυτού σε συνδυασμό με καταχωρισμένο σήμα.
- 58 Το ίδιο συμβαίνει όσον αφορά τον διακριτικό χαρακτήρα που αποκτήθηκε διά της χρήσεως κατά την έννοια του άρθρου 7, παράγραφος 3, του κανονισμού 40/94, αφού η διάταξη αυτή και το άρθρο 3, παράγραφος 3, της οδηγίας 89/104 ταυτίζονται κατ' ουσίαν.
- 59 Επομένως, ένα τρισδιάστατο σήμα μπορεί να αποκτήσει, ενδεχομένως, διακριτικό χαρακτήρα διά της χρήσεως, έστω και αν χρησιμοποιείται μαζί με λεκτικό σήμα ή εικονιστικό σήμα. Τούτο συμβαίνει όταν το σήμα αποτελείται από το σχήμα του προϊόντος ή τη συσκευασία του, η δε συσκευασία και το προϊόν φέρουν συστηματικά ένα λεκτικό σήμα με το οποίο διατίθενται στο εμπόριο.
- 60 Ωστόσο, επιβάλλεται να υπογραμμιστεί ότι, κατ' ουσίαν, ένα τρισδιάστατο σήμα δεν συγχέεται με τη δισδιάστατη γραφική του απεικόνιση. Επομένως, όταν, όπως στην προκειμένη περίπτωση, η εικόνα του προϊόντος υπάρχει στη συσκευασία, οι καταναλωτές δεν βρίσκονται ενώπιον του ίδιου του σήματος, ως σήματος αποτελούμενου από το τρισδιάστατο σχήμα του προϊόντος. Δεν μπορεί πάντως να αποκλεισθεί ότι η δισδιάστατη παράσταση ενός τέτοιου σήματος μπορεί, ενδεχομένως, να διευκολύνει τη γνώση του σήματος εκ μέρους του ενδιαφερόμενου κοινού όταν επιτρέπει να γίνονται αντιληπτά τα ουσιώδη στοιχεία του τρισδιάστατου σχήματος του προϊόντος.

- 61 Εξάλλου, επιβάλλεται η υπόμνηση ότι, όσον αφορά τη κτήση του διακριτικού χαρακτήρα διά της χρήσεως, η εξακρίβωση εκ μέρους των ενδιαφερομένων κύκλων του προϊόντος ή της υπηρεσίας ως προερχομένων από συγκεκριμένη επιχείρηση πρέπει να σχηματίζεται χάρη στη χρήση του σήματος ως σήματος (αποφάσεις της 18ης Ιουνίου 2002, C-299/99, Philips, Συλλογή 2002, σ. I-5475, σκέψη 64, και Nestlé, προπαρατεθείσα, σκέψη 26). Η φράση «χρήση του σήματος ως σήματος» πρέπει να κατανοηθεί ως αναφερόμενη στη χρήση του σήματος για την εξακρίβωση εκ μέρους των ενδιαφερόμενων κύκλων του προϊόντος ή της υπηρεσίας ως προερχομένων από συγκεκριμένη επιχείρηση (απόφαση Nestlé, προπαρατεθείσα, σκέψη 29).
- 62 Έτσι, κάθε χρήση του σήματος, κατά μείζονα λόγο η χρήση μιας δισδιάστατης απεικονίσεως ενός τρισδιάστατου σήματος, δεν συνιστά κατ' ανάγκη χρήση ως σήματος.
- 63 Στην προκειμένη περίπτωση, το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε καμιά πλάνη περί το δίκαιο.
- 64 Πρώτον, με τις σκέψεις 63 και 64 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, δεχόμενο τις εκτιμήσεις του τμήματος προσφυγών του Γραφείου, το Πρωτοδικείο διαπίστωσε ότι ο τρόπος με τον οποίο εμφανίζονται τα ζαχαρωτά —μια εικόνα ενός σωρού δεκαπέντε περίπου ζαχαρωτών— στις συσκευασίες μέσα στις οποίες η αναιρεσείουσα τα εμπορεύεται δεν είναι σύμφωνη με την αναπαραγωγή του σήματος, διότι, ειδικότερα, η παράσταση αυτή δεν δείχνει το σχήμα του ζαχαρωτού του οποίου ζητήθηκε η καταχώριση ως σήματος, αλλά μια πραγματική εικόνα ενός σωρού ζαχαρωτών, και δεν έχει ως σκοπό να τονίσει τα χαρακτηριστικά που η προσφεύγουσα θεωρεί ότι παρέχουν στο σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση τον διακριτικό χαρακτήρα (η κοιλότητα στο κέντρο, η κάτω επίπεδη επιφάνεια και τα κυρτά άκρα), οπότε υπάρχει ασυμφωνία μεταξύ της παραστάσεως των ζαχαρωτών στις συσκευασίες και το τρισδιάστατο σήμα του οποίου ζητήθηκε η καταχώριση.
- 65 Πρόκειται για πραγματική εκτίμηση η οποία, εκτός παραμορφώσεως των πραγματικών περιστατικών που δεν προβλήθηκε εν προκειμένω, δεν είναι δεκτική αναιρετικού ελέγχου.

- 66 Δεύτερον, ουδόλως προκύπτει από τις ίδιες σκέψεις της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ότι το Πρωτοδικείο απέκλεισε κατ' αρχήν ότι ένα τρισδιάστατο σήμα αποτελούμενο από το σχήμα του οικείου προϊόντος μπορεί να αποκτήσει διακριτικό χαρακτήρα διά της χρήσεως όταν χρησιμοποιείται σε συνδυασμό με λεκτικό σήμα ή εικονιστικό σήμα.
- 67 Συγκεκριμένα, το Πρωτοδικείο δέχθηκε τις διαπιστώσεις στις οποίες προέβη το τμήμα προσφυγών του Γραφείου με τις σκέψεις 17 έως 21 της επίδικης αποφάσεως. Όμως, με τη σκέψη 20 της αποφάσεως αυτής, το τμήμα προσφυγών του Γραφείου δέχθηκε ότι ένα προϊόν μπορεί να φέρει ταυτόχρονα πολλά σήματα.
- 68 Με τη σκέψη 64 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο περιορίστηκε να κρίνει ότι, λαμβάνοντας υπόψη τα χαρακτηριστικά τους, τα χρησιμοποιούμενα σακουλάκια για την εμπορία των προϊόντων της προσφεύγουσας δεν μπορούν να αποτελέσουν την απόδειξη ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση γίνεται αντιληπτό ως ένδειξη προελεύσεως των εν λόγω προϊόντων. Πρόκειται επίσης για πραγματική εκτίμηση η οποία, εκτός της περιπτώσεως παραμορφώσεως των πραγματικών περιστατικών, δεν μπορεί να αποτελέσει αντικείμενο αναιρετικού ελέγχου.
- 69 Το πρώτο και δεύτερο σκέλος του τέταρτου λόγου είναι επομένως αβάσιμα.
- 70 Όσον αφορά το τρίτο σκέλος του λόγου αυτού, επιβάλλεται η υπόμνηση ότι, αν ένα σήμα δεν έχει εξ' υπαρχής διακριτικό χαρακτήρα υπό την έννοια του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94, μπορεί να τον αποκτήσει, σε σχέση με τα διεκδικούμενα προϊόντα ή τις υπηρεσίες, κατόπιν της χρήσεώς του σύμφωνα με την παράγραφο 3 του ίδιου άρθρου. Τέτοιος διακριτικός χαρακτήρας δύναται να αποκτηθεί μετά από μια φυσιολογική διαδικασία εξοικειώσεως του ενδιαφερόμενου κοινού (αποφάσεις της 6ης Μαΐου 2003, C-104/01, Libertel, Συλλογή 2003, σ. I-3793, σκέψη 67, και Mag Instrument κατά ΓΕΕΑ, προπαρατεθείσα, σκέψη 47).



- 71 Επομένως, προκειμένου να εκτιμηθεί αν ένα σήμα απέκτησε διακριτικό χαρακτήρα διά της χρήσεως, πρέπει να ληφθούν υπόψη όλες οι περιστάσεις υπό τις οποίες το ενδιαφερόμενο κοινό βρίσκεται ενώπιον του σήματος αυτού. Τούτο συμβαίνει όχι μόνον κατά τη στιγμή της αποφάσεως αγοράς, αλλά και πριν από τη στιγμή αυτή, για παράδειγμα μέσω της διαφημίσεως, και κατά τη στιγμή που καταναλώνεται το προϊόν.
- 72 Ωστόσο, ο μέσος καταναλωτής επιδεικνύει το ιδιαίτερα υψηλό επίπεδο προσοχής όταν προετοιμάζει και πραγματοποιεί την επιλογή του μεταξύ διαφόρων προϊόντων της οικείας κατηγορίας (βλ., υπό το πνεύμα αυτό, απόφαση της 12ης Ιανουαρίου 2006, C-361/04 P, Ruiz-Picasso κ.λπ. κατά Γραφείου, μη δημοσιευθείσα ακόμη στη Συλλογή, σκέψη 41), οπότε το ζήτημα αν ο μέσος καταναλωτής βρίσκεται ή όχι ενώπιον του σήματος κατά τη στιγμή της αγοράς έχει ιδιαίτερη σημασία προκειμένου να προσδιορισθεί αν το σήμα αυτό απέκτησε διακριτικό χαρακτήρα διά της χρήσεως.
- 73 Στην προκειμένη περίπτωση, ουδόλως προκύπτει από τη σκέψη 65 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως ότι το Πρωτοδικείο έλαβε αποκλειστικά υπόψη τη στιγμή της αποφάσεως αγοράς προκειμένου να εκτιμήσει αν το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση απέκτησε διακριτικό χαρακτήρα λόγω της χρήσεως που του έχει γίνει.
- 74 Στο πλαίσιο του δεύτερου λόγου που προέβαλε πρωτοδίκως, η αναιρεσείουσα υποστήριξε κατ' ουσίαν ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση προβάλλεται σε όλες τις συσκευασίες των ζαχαρωτών της και αμφισβήτησε την αντίθετη εκτίμηση του τμήματος προσφυγών του Γραφείου. Με τη σκέψη 63 έως 65 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο επιδίωξε να αντικρούσει την επιχειρηματολογία αυτή διαπιστώνοντας ότι, όταν ο μέσος καταναλωτής βλέπει μια από τις συσκευασίες αυτές, δεν βρίσκεται ευθέως ενώπιον του σχήματος του ζαχαρωτού του οποίου ζητήθηκε η καταχώριση ως τρισδιάστατου σήματος. Ενεργώντας κατ' αυτόν τον τρόπο, το Πρωτοδικείο λογικά τοποθετήθηκε στην ίδια τη στιγμή της αγοράς.
- 75 Πρέπει ωστόσο να παρατηρηθεί ότι, με τη σκέψη 66 της αναιρεσιβαλλομένης αποφάσεως, το Πρωτοδικείο ανέλυσε τις σφυγμομετρήσεις που προσκόμισε η αναιρεσείουσα προκειμένου να αποδείξει τον βαθμό φήμης του σήματος. Όμως, τέτοιες σφυγμομετρήσεις δεν διακρίνουν ανάλογα με τις περιστάσεις υπό τις οποίες

οι καταναλωτές βρίσκονται ενώπιον του σήματος. Το Πρωτοδικείο διαπίστωσε ότι οι προσκομισθείσες σφυγμομετρήσεις δεν μπορούσαν να αποδείξουν ότι το σήμα του οποίου ζητείται η καταχώριση ήταν γνωστό.

- 76 Υπό τις προϋποθέσεις αυτές, προκύπτει ότι το τρίτο σκέλος του τέταρτου λόγου είναι επίσης αβάσιμο και, επομένως, ο λόγος αυτός πρέπει να απορριφθεί στο σύνολό του.
- 77 Δεδομένου ότι η αναιρεσείουσα ηττήθηκε ως προς όλους του προβληθέντες λόγους, η αίτηση αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

### **Επί των δικαστικών εξόδων**

- 78 Κατά το άρθρο 69, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας, το οποίο έχει εφαρμογή στην αναιρετική διαδικασία δυνάμει του άρθρου 118 του ίδιου κανονισμού, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα έξοδα εφόσον υπήρχε σχετικό αίτημα. Δεδομένου ότι το ΓΕΕΑ ζήτησε να καταδικαστεί η αναιρεσείουσα και η τελευταία ηττήθηκε, αυτή πρέπει να καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα.

Για τους λόγους αυτούς, το Δικαστήριο (πρώτο τμήμα) αποφασίζει:

- 1) Απορρίπτει την αίτηση αναιρέσεως.**
- 2) Καταδικάζει την August Storck KG στα δικαστικά έξοδα.**

(υπογραφές)