# ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΗΣ ΓΕΝΙΚΗΣ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ
# JULIANE KOKOTT
# της 26ης Οκτωβρίου 2006 [1]

## I — Εισαγωγή

1. Αντικείμενο της υπό κρίση διαφοράς είναι το αν μπορεί να προκληθεί σύγχυση μεταξύ δύο σημάτων για φάρμακα τα οποία χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, ήτοι μεταξύ του λεκτικού σήματος TRAVATAN και του προγενέστερου ιταλικού λεκτικού σήματος TRIVASTAN, πράγμα το οποίο θα είχε ως συνέπεια να μην επιτραπεί η καταχώριση του TRAVATAN ως κοινοτικού σήματος. Όλα τα δικαιοδοτικά όργανα που επιλήφθηκαν μέχρι τούδε της διαφοράς, ήτοι το τμήμα ανακοπών και το τμήμα προσφυγών του Γραφείου Εναρμονίσεως στο πλαίσιο της Εσωτερικής Αγοράς (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα) (στο εξής: ΓΕΕΑ ή Γραφείο) καθώς και το Πρωτοδικείο, διαπίστωσαν ότι υφίσταται αυτός ο κίνδυνος συγχύσεως.

2. Στο πλαίσιο της αναιρετικής διαδικασίας πρέπει να εξεταστεί, αφενός, αν το Πρωτοδικείο ορθώς απέρριψε τους ισχυρισμούς της αναιρεσείουσας ως εκπρόθεσμους και, αφετέρου, αν το Πρωτοδικείο ορθώς εκτίμησε τον κίνδυνο συγχύσεως ιδίως σε σχέση με το οικείο κοινό.

## II — Νομικό πλαίσιο

3. Το άρθρο 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1993, για το κοινοτικό σήμα [2], ρυθμίζει αυτόν τον λόγο απαραδέκτου ο οποίος συνδέεται με τον κίνδυνο συγχύσεως:

«Κατόπιν ανακοπής του δικαιούχου προγενέστερου σήματος, το αιτούμενο σήμα δεν γίνεται δεκτό για καταχώρηση,

α) […]

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η γερμανική.

2 — ΕΕ 1994, L 11, σ. 1.

β) εάν, λόγω του ταυτοσήμου του ή της ομοιότητας με το προγενέστερο σήμα και του ταυτοσήμου ή της ομοιότητας των προϊόντων ή υπηρεσιών που προσδιορίζουν τα δύο σήματα, υπάρχει κίνδυνος σύγχυσης του κοινού της εδαφικής περιοχής στην οποία απολαύει προστασίας το προγενέστερο σήμα. Ο κίνδυνος σύγχυσης περιλαμβάνει και τον κίνδυνο συσχέτισης με το προγενέστερο σήμα.»

4. Η έβδομη αιτιολογική σκέψη διευκρινίζει την έννοια του κινδύνου συγχύσεως σε περίπτωση ομοιότητας σημάτων και προϊόντων ή υπηρεσιών:

«[...] ο κίνδυνος συγχύσεως, η εκτίμηση του οποίου εξαρτάται από πολλούς παράγοντες και ιδίως από το πόσο γνωστό είναι το σήμα στην αγορά, από τη σύνδεση που μπορεί να γίνει με το χρησιμοποιηθέν ή καταχωρηθέν σημείο, από τον βαθμό της ομοιότητας μεταξύ του σήματος και του σημείου και μεταξύ των σημαινομένων προϊόντων ή υπηρεσιών, αποτελεί την ειδική προϋπόθεση της προστασίας.»

5. Εντούτοις, προγενέστερο σήμα μπορεί να εμποδίσει την καταχώριση ενός νέου σήματος μόνο στην περίπτωση που εξακολουθεί να γίνεται ουσιαστική χρήση του προγενέστερου σήματος. Ως εκ τούτου, το άρθρο 43, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 40/94 προβλέπει:

«2. Μετά από αίτηση του καταθέτη, ο ανακόπτων δικαιούχος προγενέστερου κοινοτικού σήματος οφείλει να αποδείξει ότι, κατά τη διάρκεια των πέντε ετών που προηγήθηκαν της δημοσίευσης της αίτησης κοινοτικού σήματος, είχε γίνει ουσιαστική χρήση του προγενέστερου κοινοτικού σήματος στην Κοινότητα για τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες για τα οποία καταχωρήθηκε και επί των οποίων βασίζεται η ανακοπή του ή ότι υπάρχει εύλογη αιτία για τη μη χρήση, εφόσον, κατά την ημερομηνία αυτή, το προγενέστερο σήμα ήταν από πενταετίας τουλάχιστον καταχωρημένο. Αν δεν αποδειχθούν τα ανωτέρω, η ανακοπή απορρίπτεται. Αν το προγενέστερο κοινοτικό σήμα χρησιμοποιήθηκε για μέρος μόνον των προϊόντων ή υπηρεσιών για τα οποία καταχωρήθηκε, τότε, για τους σκοπούς της εξέτασης της ανακοπής, θεωρείται καταχωρημένο μόνο για το μέρος αυτό των προϊόντων ή υπηρεσιών.

3. Η παράγραφος 2 εφαρμόζεται στα προγενέστερα εθνικά σήματα στα οποία αναφέρεται το άρθρο 8, παράγραφος 2, στοιχείο α΄, υπό τον όρο ότι η χρήση στην Κοινότητα αντικαθίσταται από τη χρήση στο κράτος μέλος στο οποίο προστατεύεται το προγενέστερο εθνικό σήμα.»

## III — Η προηγηθείσα της ένδικης διαφοράς διοικητική διαδικασία και η απόφαση του Πρωτοδικείου

6. Το Πρωτοδικείο περιγράφει την προηγηθείσα της ένδικης διαφοράς διοικητική διαδικασία στις σκέψεις 1 έως 11 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεώς του της 22ας Σεπτεμβρίου 2005 επί της υποθέσεως Τ-130/03 [3] ως εξής:

«1 Στις 11 Ιουνίου 1998, η Alcon Inc. υπέβαλε αίτηση καταχωρίσεως κοινοτικού σήματος στο Γραφείο Εναρμονίσεως στο πλαίσιο της Εσωτερικής Αγοράς (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα) (ΓΕΕΑ), βάσει του κανονισμού (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1993, για το κοινοτικό σήμα (ΕΕ 1994, L 11, σ. 1), όπως τροποποιήθηκε.

2 Το σήμα του οποίου ζητήθηκε η καταχώριση είναι το λεκτικό σημείο TRAVATAN.

3 Τα προϊόντα για τα οποία ζητήθηκε η καταχώριση εμπίπτουν στην κλάση 5 κατά την έννοια του Διακανονισμού της Νίκαιας για τη διεθνή ταξινόμηση των προϊόντων και των υπηρεσιών ενόψει καταχωρίσεως των σημάτων, της 15ης Ιουνίου 1957, όπως αναθεωρήθηκε και τροποποιήθηκε, και αντιστοιχούν στην ακόλουθη περιγραφή: «Οφθαλμικά φαρμακευτικά παρασκευάσματα».

4 Η αίτηση αυτή δημοσιεύτηκε στο *[Δελτίο κοινοτικών σημάτων]* τεύχος 23/99, της 22ας Μαρτίου 1999.

5 Στις 22 Ιουνίου 1999, η Biofarma SA άσκησε ανακοπή, βάσει του άρθρου 42 του κανονισμού 40/94, κατά της καταχωρίσεως του εν λόγω κοινοτικού σήματος. Ο προβαλλόμενος προς στήριξη της ανακοπής λόγος ήταν αυτός του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού 40/94. Η ανακοπή βασιζόταν στην ύπαρξη του εθνικού λεκτικού σήματος TRIVASTAN, που καταχωρίστηκε στην Ιταλία στις 27 Ιανουαρίου 1986 με αριθμό 394980.

6 Η ανακοπή ασκήθηκε κατά του συνόλου των προϊόντων που αφορά η αίτηση καταχωρίσεως σήματος. Η αίτηση βασιζόταν στο σύνολο των καλυπτομένων από το προγενέστερο σήμα προϊόντων, δηλαδή στα "παρασκευάσματα φαρμακευτικά και κτηνιατρικά· παρασκευάσματα υγιεινής για ιατρικές χρήσεις· διαιτητικές ουσίες για ιατρικές χρήσεις, παιδικές τροφές· έμπλαστρα, υλικά επιδέσμων· υλικά σφραγίσεως

3 — Alcon κατά ΓΕΕΑ — Biofarma (TRAVATAN) (Συλλογή 2005, σ. II-3859, στο εξής: αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση).

δοντιών και οδοντιατρικό κερί· απολυμαντικά· παρασκευάσματα για την καταπολέμηση επιβλαβών ζώων και ζωυφίων· μυκητοκτόνα, παρασιτοκτόνα", που εμπίπτουν στην κλάση 5.

7 Με επιστολή της 5ης Μαΐου 2000, η προσφεύγουσα ζήτησε όπως η παρεμβαίνουσα αποδείξει, σύμφωνα με το άρθρο 43, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 40/94, ότι, κατά τη διάρκεια των πέντε ετών που προηγήθηκαν της δημοσιεύσεως της αιτήσεως καταχωρίσεως κοινοτικού σήματος, είχε γίνει ουσιαστική χρήση του προγενέστερου κοινοτικού σήματος, για όλα τα προϊόντα επί των οποίων βασιζόταν η ανακοπή, στο κράτος εντός του οποίου αυτό προστατεύεται. Με ανακοίνωση της 29ης Μαΐου 2000, το τμήμα ανακοπών κάλεσε την παρεμβαίνουσα να προσκομίσει την απόδειξη αυτή εντός προθεσμίας δύο μηνών.

8 Στις 28 Ιουλίου 2000, η παρεμβαίνουσα κοινοποίησε στο ΓΕΕΑ έγγραφα, προκειμένου να αποδειχθεί η ουσιαστική χρήση στην Ιταλία του προγενεστέρου σήματος. Ανάμεσα στα έγγραφα αυτά υπήρχαν, μεταξύ άλλων, τιμολόγια, η επεξηγηματική σημείωση για το φάρμακο της παρεμβαίνουσας, ένα απόσπασμα του ιταλικού ευρετηρίου *L'Informatore Farmaceutico* και ένα απόσπασμα του *Pharmaceutical Trade Mark Directory*.

9 Με απόφαση της 26ης Σεπτεμβρίου 2001, το τμήμα ανακοπών έκρινε ότι η χρήση του προγενεστέρου σήματος είχε αποδειχθεί ως προς ένα ειδικό φαρμακευτικό προϊόν, δηλαδή ένα "περιφερειακό αγγειοδιασταλτικό για τη θεραπεία των περιφερειακών αγγειακών διαταραχών και των εγκεφαλικών διαταραχών καθώς και των αγγειακών διαταραχών του οφθαλμού και του αυτιού", και δέχθηκε την ανακοπή ως προς όλα τα διεκδικούμενα προϊόντα. Συνεπώς, αρνήθηκε την αιτηθείσα καταχώριση του σήματος για τον λόγο ότι υπήρχε κίνδυνος συγχύσεως, περιλαμβανομένου του κινδύνου συσχετισμού, στην Ιταλία, λαμβάνοντας υπόψη το γεγονός ότι τα σήματα ήταν παρόμοια οπτικώς και φωνητικώς και ότι υπήρχε κάποια ομοιότητα των προϊόντων.

10 Στις 13 Νοεμβρίου 2001, η προσφεύγουσα άσκησε προσφυγή κατά του ΓΕΕΑ, βάσει των άρθρων 57 έως 62 του κανονισμού 40/94, κατά της αποφάσεως του τμήματος ανακοπών.

11 Με απόφαση της 30ής Ιανουαρίου 2003 (στο εξής: προσβαλλομένη απόφαση), το τρίτο τμήμα προσφυγών απέρριψε την προσφυγή. Έκρινε, κατ' ουσίαν, ότι, δεδομένου ότι τα δηλούμενα με τα οικεία σήματα προϊόντα εμφάνιζαν υψηλό βαθμό ομοιότητας και ότι τα εν λόγω σήματα εμφάνιζαν πολύ μεγάλες ομοιότητες οπτικώς και φωνητικώς, υπήρχε κίνδυνος συγχύσεως, περιλαμβανομένου του κινδύνου συσχετισμού μεταξύ των εν λόγω σημάτων.»

7. Το Πρωτοδικείο απέρριψε την προσφυγή της Alcon κατά της αποφάσεως του τμήματος προσφυγών.

8. Ο ισχυρισμός ότι δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις περί ουσιαστικής χρήσεως που τάσσει η απόφαση MFE Marienfelde κατά ΓΕΕΑ (HIPOVITON) [4] απορρίφθηκε ως απαράδεκτος καθότι εκπρόθεσμος και, πέραν αυτού, διότι ουδέποτε προβλήθηκε ενώπιον του τμήματος προσφυγών (σκέψεις 19 επ.).

9. Το Πρωτοδικείο έκρινε ότι η Alcon δεν αντέκρουσε ούτε τη διαπίστωση του τμήματος προσφυγών ότι τα αποδεικτικά στοιχεία που προσκόμισε η προσθέτως παρεμβαίνουσα αποδεικνύουν την ουσιαστική χρήση του προγενέστερου σήματος για ένα «περιφερειακό αγγειοδιασταλτικό για τη θεραπεία περιφερειακών αγγειακών και εγκεφαλικών διαταραχών και των αγγειακών διαταραχών του οφθαλμού και του ωτός» (σκέψεις 29 επ.).

10. Τέλος, το Πρωτοδικείο έκρινε ότι ορθώς το τμήμα προσφυγών διαπίστωσε την ύπαρξη κινδύνου συγχύσεως μεταξύ των δύο σημάτων. Το Πρωτοδικείο έκρινε επίσης ότι υπάρχει πολύ μεγάλη ομοιότητα τόσο μεταξύ των προϊόντων (σκέψεις 55 επ.) όσο και μεταξύ των συγκρινόμενων σημάτων (σκέψεις 65 επ.). Κατά το Πρωτοδικείο, ο κίνδυνος συγχύσεως μεταξύ των σημάτων υφίσταται ιδίως για τους Ιταλούς καταναλωτές (σκέψεις 72 επ.).

4 — Απόφαση του Πρωτοδικείου της 8ης Ιουλίου 2004, Τ-334/01 (Συλλογή 2004, σ. II-2787).

## IV — Η αίτηση αναιρέσεως

11. Η Alcon βάλλει κατά της παραδοχής του Πρωτοδικείου ότι ήταν απαράδεκτος ο ισχυρισμός της σχετικά με τις προϋποθέσεις ουσιαστικής χρήσεως και υποστηρίζει ότι είναι εσφαλμένη η εκτίμηση του Πρωτοδικείου σε σχέση με τον κίνδυνο συγχύσεως, δεδομένου ότι δεν ελήφθη επαρκώς υπόψη ο ρόλος των ιατρών.

12. Ως εκ τούτου, η Alcon ζητεί:

— την εξαφάνιση της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως,

— την αναπομπή της υποθέσεως στο Πρωτοδικείο, στον βαθμό που τούτο είναι αναγκαίο,

— την καταδίκη του Γραφείου Εναρμονίσεως στο πλαίσιο της Εσωτερικής Αγοράς (εμπορικά σήματα, σχέδια και υποδείγματα) και/ή της προσθέτως παρεμβαίνουσας στα δικαστικά έξοδα.

## V — Εκτίμηση

### Α — *Επί του πρώτου λόγου αναιρέσεως — Παραδεκτό του ισχυρισμού περί ουσιαστικής χρήσεως του προγενέστερου σήματος*

13. Το ΓΕΕΑ φρονεί ότι η αίτηση αναιρέσεως είναι κατ' ουσίαν αβάσιμη, ότι ορισμένα αιτήματά της είναι απαράδεκτα και, ως εκ τούτου, ζητεί:

— να απορριφθεί η αίτηση αναιρέσεως εν μέρει ως απαράδεκτη και εν μέρει ως αβάσιμη, και

— να καταδικαστεί η αναιρεσείουσα στα δικαστικά έξοδα.

15. Το Πρωτοδικείο διαπίστωσε με τη σκέψη 20 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως «ότι η προσφεύγουσα δεν προσήψε στο τμήμα προσφυγών ότι παρέβη το άρθρο 43, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 40/94, καθόσον δεν συνέτρεχαν οι προϋποθέσεις ουσιαστικής χρήσεως του προγενεστέρου σήματος, αλλά μόνον καθόσον με την απόδειξη περί της ουσιαστικής χρήσεως που προσκόμισε η παρεμβαίνουσα δεν αποδείχθηκε ότι το προγενέστερο σήμα είχε πράγματι χρησιμοποιηθεί για τα οφθαλμικά προϊόντα». Το Πρωτοδικείο συνήγαγε εξ αυτού ότι ο ισχυρισμός της Alcon που προβλήθηκε στο πλαίσιο της επ' ακροατηρίου συζητήσεως σε σχέση με τις προϋποθέσεις της ουσιαστικής χρήσεως αποτελεί νέο ισχυρισμό και, ως εκ τούτου, είναι απαράδεκτος.

14. Η Biofarma SA (στο εξής: Biofarma) μετέσχε στη διαδικασία το πρώτον κατά την επ' ακροατηρίου συζήτηση, συντάσσεται δε με τα αιτήματα του ΓΕΕΑ.

16. Η Alcon αντιτάσσει ότι ο ισχυρισμός της σχετικά με τις προϋποθέσεις της ουσιαστικής χρήσεως αποτελεί απλώς ένα νέο επιχείρημα για τη θεμελίωση του καθαυτό ισχυρισμού περί παραβιάσεως του άρθρου 43, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 40/94.

17. Κατά το άρθρο 48, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου, απαγορεύεται κατά τη διάρκεια της δίκης η προβολή νέων ισχυρισμών, εκτός αν στηρίζονται σε νομικά και πραγματικά στοιχεία που προέκυψαν κατά τη διαδικασία. Εντούτοις, ο ισχυρισμός που αποτελεί ανάπτυξη λόγου που προβλήθηκε προηγουμένως, άμεσα ή έμμεσα, με το εισαγωγικό της δίκης δικόγραφο πρέπει επίσης να θεωρείται παραδεκτός [5].

18. Η εφαρμογή αυτής της δικονομικής διατάξεως καθίσταται σαφέστερη με την αναδρομή σε υποθέσεις που αφορούν τομείς δικαίου διαφορετικούς από το δίκαιο των σημάτων. Έτσι, το Δικαστήριο έκρινε, στο πλαίσιο προβληθείσας σε προγενέστερο στάδιο αιτιάσεως που αφορούσε την παραβίαση πλειόνων προϋποθέσεων του άρθρου 87, παράγραφος 1, ΕΚ, ότι αποτελεί παραδεκτή ανάπτυξη λόγου προσφυγής η προβολή για πρώτη φορά του ισχυρισμού ότι το επίμαχο μέτρο δεν ευνοεί μόνον επιχειρήσεις κατά την έννοια του δικαίου των ενισχύσεων, αλλά και άλλα πρόσωπα [6]. Ομοίως, το Δικαστήριο έκρινε ότι η αιτίαση περί ανεπαρκούς εξετάσεως από την Επιτροπή του επηρεασμού του εμπορίου αποτελεί ανάπτυξη του ισχυρισμού ότι πράγματι δεν υφίσταται επηρεασμός του εμπορίου [7]. Το Δικαστήριο έκρινε επίσης ότι αποτελεί παραδεκτή ανάπτυξη λόγου προσφυγής και ο ισχυρισμός περί διαδικαστικής πλημμέλειας, ήτοι περί παραλείψεως ακροάσεως, ενώ ο ισχυρισμός που είχε προβληθεί αρχικώς αφορούσε το γεγονός ότι δεν διευκρινίζονταν επαρκώς οι ουσιαστικές προϋποθέσεις για τη λήψη των επίμαχων μέτρων διασφαλίσεως [8]. Τέλος, το Δικαστήριο έκρινε ότι και το προβληθέν για πρώτη φορά επιχείρημα ότι στο πλαίσιο υπηρεσιακής διαδικασίας επιλογής θα έπρεπε να έχει γνωστοποιηθεί το όριο ηλικίας αποτελεί ανάπτυξη του προβληθέντος με το δικόγραφο της προσφυγής λόγου ότι ελλείπει η νομική βάση για την εφαρμογή του ορίου ηλικίας [9].

19. Παρεμφερής είναι και η υπό κρίση υπόθεση. Η Alcon στράφηκε με την προσφυγή της κατά των διαπιστώσεων περί ουσιαστικής χρήσεως κατά την έννοια του άρθρου 43, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 40/94. Κατά την Alcon, η Biofarma δεν απέδειξε την ύπαρξη χρήσεως η οποία θα μπορούσε να προσπορίσει στο σήμα αρκούντως μεγάλη φήμη μεταξύ των ενδιαφερόμενων Ιταλών αγοραστών. Επιπλέον, δεν αποδείχθηκε η χρήση του φαρμάκου για οφθαλμολογικούς σκοπούς. Βάσει των στοιχείων που παραθέτει το Πρωτοδικείο στη σκέψη 17 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως, η Alcon είχε παραπέμψει στο πλαίσιο της επ' ακροατηρίου συζητήσεως «στην απόφαση του Πρωτοδικείου της 8ης Ιουλίου 2004, Τ-334/01, MFE Marienfelde κατά ΓΕΕΑ — Vétoquinol (HIPOVITON) (Συλλογή 2004, σ. II-2787) προκειμένου να στηρίξει το επιχείρημα ότι οι προϋποθέσεις της ουσιαστικής χρήσεως δεν συνέτρεχαν, ιδίως λόγω του χαμηλού εμπορικού μεγέθους του προγενέστερου σήματος».

5 — Βλ., σε σχέση με τον Κανονισμό Διαδικασίας του Δικαστηρίου που έχει πανομοιότυπη διατύπωση, τις αποφάσεις της 19ης Μαΐου 1983, 306/81, Βέρρος κατά Κοινοβουλίου (Συλλογή 1983, σ. 1755, σκέψη 9), της 22ας Νοεμβρίου 2001, C-301/97, Κάτω Χώρες κατά Συμβουλίου (Συλλογή 2001, σ. I-8853, σκέψεις 166 και 169) και της 15ης Δεκεμβρίου 2005, C-66/02, Ιταλία κατά Επιτροπής (Συλλογή 2005, σ. I-10901, σκέψεις 85 επ.).

6 — Απόφαση Ιταλία κατά Επιτροπής (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 87 επ.).

7 — Όπ.π. (σκέψεις 103 και 108).

8 — Απόφαση Κάτω Χώρες κατά Συμβουλίου (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 157 επ. και 169).

9 — Απόφαση Βέρρος κατά Κοινοβουλίου (προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 5, σκέψεις 7 και 10).

20. Η επιχειρηματολογία αυτή συμπληρώνει προδήλως τη θεμελίωση του προβληθέντος λόγου της προσφυγής ότι υπάρχει παραβίαση του άρθρου 43, παράγραφοι 2 και 3, του κανονισμού 40/94. Ως εκ τούτου, δεν πρόκειται για απαράδεκτο νέο ισχυρισμό, αλλά για παραδεκτή ανάπτυξη ενός εμπροθέσμως προβληθέντος λόγου προσφυγής. Ως εκ τούτου, είναι εσφαλμένη η διαπίστωση ότι η επιχειρηματολογία αυτή προβλήθηκε εκπρόθεσμα ενώπιον του Πρωτοδικείου.

21. Ωστόσο, το Πρωτοδικείο στη σκέψη 23 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως στήριξε την απόρριψη της επιχειρηματολογίας αυτής συμπληρωματικά και σε μια δεύτερη αιτιολογική βάση. Σύμφωνα με όσα διαλαμβάνει η ανωτέρω σκέψη, ο ασκούμενος από το Πρωτοδικείο έλεγχος δεν μπορεί να υπερβεί το πραγματικό και νομικό πλαίσιο της διαφοράς όπως αυτή ήχθη ενώπιον του τμήματος προσφυγών. Περαιτέρω, το Πρωτοδικείο διαπίστωσε ορθώς ότι, βάσει των στοιχείων της δικογραφίας, η Alcon δεν αμφισβήτησε στην πράξη ούτε ενώπιον του τμήματος ανακοπών ούτε ενώπιον του τμήματος προσφυγών την ουσιαστική χρήση του προγενέστερου σήματος, αντιθέτως μάλιστα δήλωσε ρητώς ότι δεν είχε την πρόθεση να αμφισβητήσει τα αποδεικτικά στοιχεία που αφορούσαν την ύπαρξη ουσιαστικής χρήσεως [10]. Οι αντιρρήσεις της Alcon αφορούσαν μόνον τη χρήση του σήματος για ένα παρεμφερές προϊόν [11]. Ως εκ τούτου, το Πρωτοδικείο κατέληξε ότι οι αντιρρήσεις κατά της υπάρξεως ουσιαστικής χρήσεως του προγενέστερου σήματος ήσαν απαράδεκτες και για τον λόγο ότι δεν είχαν αποτελέσει αντικείμενο της διαδικασίας ενώπιον του τμήματος προσφυγών.

22. Αυτή η εναλλακτική αιτιολογική βάση της απορρίψεως των αντιρρήσεων σχετικά με την ύπαρξη ουσιαστικής χρήσεως είναι σύμφωνη προς το άρθρο 135, παράγραφος 4, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου. Κατά την ανωτέρω διάταξη, οι διάδικοι δεν μπορούν να τροποποιήσουν το αντικείμενο της αχθείσας ενώπιον του τμήματος προσφυγών διαφοράς. Δεδομένου ότι η Alcon δεν αμφισβήτησε τα αποδεικτικά στοιχεία σχετικά με την ύπαρξη ουσιαστικής χρήσεως, το ζήτημα αυτό δεν αποτέλεσε αντικείμενο της διαφοράς ενώπιον του τμήματος προσφυγών. Κατά συνέπεια, το Πρωτοδικείο ορθώς απέρριψε αυτόν τον λόγο προσφυγής ως απαράδεκτο.

23. Η Alcon υποστηρίζει μεν την άποψη ότι ο ούτω εννοούμενος περιορισμός του επιτρεπτού αντικειμένου της διαφοράς ενώπιον του Πρωτοδικείου στο αντικείμενο της προσφυγής ενώπιον του τμήματος προσφυγών θα είχε ως συνέπεια να μην προσβάλλονται αποφάσεις οι οποίες είναι προδήλως παράνομες υπό το πρίσμα της μεταγενέστερης νομολογίας. Εντούτοις, η άποψη αυτή είναι εσφαλμένη. Όταν ένας διάδικος βάλλει εν γένει κατά ενός συγκεκριμένου τρόπου εφαρμογής του δικαίου από το Γραφείο, τότε ο διάδικος αυτός μπορεί, όπως είναι αυτονόητο, να στραφεί με επιτυχία κατά αυτού του τρόπου εφαρμογής του δικαίου στην περίπτωση που το Πρωτοδικείο αποφανθεί εν τω μεταξύ επ' αυτού του νομικού ζητήματος κατά τρόπο που είναι προς όφελός του. Ωστόσο, αν ένας διάδικος εκδηλώσει την πρόθεση —όπως εν προκειμένω η Alcon — να μην προβάλλει αντιρρήσεις σε σχέση μ' ένα συγκεκριμένο ζήτημα, στην περίπτωση αυτή ακόμη και νεότερες αποφάσεις δεν μπορούν να του δώσουν τη δυνατότητα να προβάλλει το πρώτον ενώπιον του Πρωτοδικείου ένα λόγο προσφυγής που στηρίζεται σε αυτές.

24. Επομένως, ο πρώτος λόγος της αιτήσεως αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

10 — Βλ. τις δεύτερες παρατηρήσεις που υποβλήθηκαν ενώπιον του τμήματος ανακοπών, συνημμένο 7 της ασκηθείσας ενώπιον του Πρωτοδικείου προσφυγής, φύλλο 70.

11 — Βλ. τη θεμελίωση των λόγων της προσφυγής, συνημμένο 3 της ασκηθείσας ενώπιον του Πρωτοδικείου προσφυγής, φύλλο 34.

Β — *Επί του δεύτερου λόγου αναιρέσεως — Η παραβίαση του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού 40/94*

25. Με τον δεύτερο λόγο αναιρέσεως, η Alcon προβάλλει ορισμένες ενστάσεις κατά της εφαρμογής του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού 40/94 οι οποίες υποδιαιρούνται σε έξι σκέλη.

1. Επί του έκτου σκέλους — Ο περιορισμός του καταλόγου των προϊόντων

26. Με το έκτο σκέλος, το οποίο θα πρέπει να εξεταστεί πρώτο, η Alcon αμφισβητεί την ορθότητα της εκτιμήσεως του τμήματος προσφυγών και του Πρωτοδικείου σε σχέση με τα προϊόντα που αποτέλεσαν αντικείμενο συγκρίσεως. Έναντι του τμήματος προσφυγών η Alcon περιόρισε ρητώς τον προσδιορισμό του προϊόντος της στα «φαρμακευτικά, οφθαλμικά προϊόντα για τη θεραπεία του γλαυκώματος», ελαττώνοντας έτι περαιτέρω οποιαδήποτε ομοιότητα των προϊόντων.

27. Το Πρωτοδικείο εξέθεσε στις σκέψεις 51 έως 55 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως ότι ο περιορισμός αυτός δεν πραγματοποιήθηκε κατά τρόπο σύμφωνο προς τις απαιτήσεις του άρθρου 44 του κανονισμού 40/94 και του κανόνα 13 του κανονισμού (ΕΚ) 2868/95 της Επιτροπής, της 13ης Δεκεμβρίου 1995, περί της εφαρμογής του κανονισμού (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου για το κοινοτικό σήμα [12]. Κατά το Πρωτοδικείο, ο περιορισμός του καταλόγου προϊόντων που περιλαμβάνεται σε αίτηση για την καταχώριση ενός σημείου ως κοινοτικού σήματος πρέπει να είναι ρητή και χωρίς όρους. Η Alcon δεν υπέβαλε αίτημα για τον περιορισμό των προϊόντων, αλλά απλώς επιβεβαίωσε την ετοιμότητά της να προβεί στον περιορισμό αυτόν. Ως εκ τούτου, βάσει της αιτήσεως καταχωρίσεως θα πρέπει να ληφθούν υπόψη όλα τα οφθαλμικά-φαρμακευτικά σκευάσματα.

28. Η Alcon είχε κατ' αρχήν το δικαίωμα να περιορίσει ενώπιον του τμήματος προσφυγών τον προσδιορισμό του προϊόντος, δεδομένου ότι το άρθρο 44, παράγραφος 1, του κανονισμού 40/94 επιτρέπει να περιοριστεί ανά πάσα στιγμή ο κατάλογος των προϊόντων και υπηρεσιών που περιλαμβάνεται στην αίτηση καταχωρίσεως ενός σήματος. Μόνο στο πλαίσιο της ένδικης διαδικασίας τυχόν περιορισμός αντιβαίνει στο άρθρο 135, παράγραφος 4, του Κανονισμού Διαδικασίας του Πρωτοδικείου, δεδομένου ότι ο περιορισμός αυτός θα μετέβαλε το αντικείμενο της διαφοράς [13].

29. Εντούτοις, ορθώς το Πρωτοδικείο απαιτεί με πάγια νομολογία του ο περιορισμός

12 — ΕΕ L 303,σ. 1.

13 — Απόφαση της 21ης Οκτωβρίου 2004, C-447/02 P, KWS Saat κατά ΓΕΕΑ (Συλλογή 2004, σ. I-10107, σκέψη 58).

του καταλόγου προϊόντων που περιλαμβάνεται σε αίτηση καταχωρίσεως σήματος να είναι ρητός και χωρίς όρους [14]. Πράγματι, ο περιορισμός του καταλόγου των προϊόντων μπορεί να έχει ιδιαίτερα μεγάλη σημασία για την έκταση του δικαιώματος προστασίας που συνδέεται με το σήμα καθώς και — όπως είναι πρόδηλο εν προκειμένω— για τη δυνατότητα καταχωρίσεως του σήματος.

30. Δεδομένου ότι η Alcon δεν δήλωσε τον περιορισμό, αλλά μόνον την ετοιμότητά της να προβεί στον περιορισμό, το Πρωτοδικείο ορθώς κατέληξε, χωρίς να αλλοιώσει τη δήλωση της Alcon, ότι ο κατάλογος δεν περιορίστηκε.

31. Κατά τα λοιπά, δεν μπορεί ούτε να θεωρηθεί ότι το τμήμα προσφυγών υπέπεσε σε διαδικαστική πλημμέλεια παραλείποντας να καλέσει την Alcon να διευκρινίσει τη δήλωσή της. Μια τέτοια διευκρίνιση θα ήταν μεν από απόψεως οικονομίας της δίκης σκόπιμη ενδεχομένως, εντούτοις δεν υπάρχει διάταξη η οποία να υποχρεώνει το τμήμα προσφυγών να ζητήσει μια τέτοιου είδους διευκρίνιση. Αντιθέτως, ο κανόνας 13, παράγραφος 3, του κανονισμού 2868/95 αφορά ορισμένες άλλες (τυπικές) ελλείψεις για τις οποίες υποχρεούται το Γραφείο να ενημερώσει τον καταθέτη καθώς επίσης και για την προθεσμία που διαθέτει για τη θεραπεία τους στην περίπτωση που δεν πληρούνται οι προϋποθέσεις για την τροποποίηση της αιτήσεως. Εντούτοις, η υποχρέωση αυτή υφίσταται το πρώτον αφού ο καταθέτης υποβάλλει μια τέτοια αίτηση.

14 — Βλ. τις παραπομπές στη σκέψη 51 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως.

32. Εν προκειμένω, ουδείς λόγος συντρέχει να επιβληθούν στο ΓΕΕΑ περαιτέρω, μη ρητώς ρυθμιζόμενες υποχρεώσεις ενημερώσεως. Η Alcon, όπως και οι πλείστοι των μετεχόντων στις διαδικασίες ενώπιον του ΓΕΕΑ, αποτελεί μια μεγάλη επιχείρηση δραστηριοποιούμενη σε διεθνές επίπεδο η οποία πρέπει να διαθέτει επαρκές εξειδικευμένο προσωπικό προκειμένου να μετέχει με δική της ευθύνη σε διαδικασίες καταχωρίσεως σημάτων ή να χρησιμοποιεί —όπως εν προκειμένω— εξειδικευμένους αντιπροσώπους. Ως εκ τούτου, η Alcon θα έπρεπε να είχε αντιληφθεί ότι η δήλωσή της ότι είναι έτοιμη να προβεί στον περιορισμό του καταλόγου των προϊόντων δεν ισοδυναμεί με περιορισμό του καταλόγου αυτού.

33. Επομένως, το Πρωτοδικείο δεν υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο λαμβάνοντας υπόψη του, όπως και το τμήμα προσφυγών, για τη σύγκριση των προϊόντων τον κατάλογο προϊόντων της αιτήσεως καταχωρίσεως σήματος, ήτοι τα οφθαλμικά-φαρμακευτικά σκευάσματα. Επομένως, αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως είναι αβάσιμο.

2. Επί του δευτέρου σκέλους — Σύγκριση των προϊόντων

34. Από τις διαπιστώσεις επί του έκτου λόγου αναιρέσεως συνάγεται επίσης ότι και το δεύτερο σκέλος —καθ' ό μέτρο δεν είναι απαράδεκτο— είναι εν πάση περιπτώσει αβάσιμο.

35. Με αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως η Alcon υποστηρίζει ότι το Πρωτοδικείο δεν απαίτησε από τη Biofarma να αποδείξει τη ομοιότητα αμφότερων των προϊόντων. Κατά την Alcon, το TRAVATAN χορηγείται υπό τη μορφή κολλυρίου, το δε TRIVASTAN χορηγείται αντιθέτως υπό τη μορφή ταμπλέτας. Επομένως, και για τον λόγο αυτόν τα προϊόντα δεν ομοιάζουν μεταξύ τους.

36. Αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως, στον βαθμό που έχει εξωτερικά τη μορφή αιτιάσεως σχετικά με το πραγματικό γεγονός της συγκρίσεως των προϊόντων, προβάλλεται απαραδέκτως. Όπως προκύπτει από τα άρθρα 225 ΕΚ και 58, παράγραφος 1, του Οργανισμού του Δικαστηρίου, η αίτηση αναιρέσεως περιορίζεται σε νομικά ζητήματα. Για τη διαπίστωση και εκτίμηση των κρίσιμων πραγματικών περιστατικών καθώς και για την εκτίμηση του αποδεικτικού υλικού αρμόδιο είναι αποκλειστικά το Πρωτοδικείο. Ως εκ τούτου, η εκτίμηση των πραγματικών περιστατικών και αποδεικτικών στοιχείων δεν συνιστά, υπό την επιφύλαξη ενδεχόμενης αλλοιώσεως τους, νομικό ζήτημα υποκείμενο, αυτό καθαυτό, στον αναιρετικό έλεγχο του Δικαστηρίου [15]. Από κανένα αποδεικτικό στοιχείο δεν συνάγεται εν προκειμένω ότι υπάρχει αλλοίωση των αποδεικτικών στοιχείων ούτε προβάλλεται τέτοιος ισχυρισμός από την Alcon.

37. Εντούτοις, η Alcon βάλλει με αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως και κατά του καθορισμού των προϊόντων τα οποία αποτελούν αντικείμενο συγκρίσεως. Το αν η σύγκριση πρέπει να περιοριστεί σε δύο συγκεκριμένα φάρμακα σε σχέση με τον αντίστοιχο τρόπο χορηγήσεώς τους αποτελεί νομικό ζήτημα το οποίο μπορεί να εξετασθεί στο πλαίσιο της αναιρετικής διαδικασίας.

38. Ωστόσο, είναι εσφαλμένος ο ισχυρισμός της Alcon ότι αποφασιστικό κριτήριο είναι το γεγονός ότι το φάρμακο TRAVATAN χορηγείται υπό τη μορφή κολλυρίου. Όπως προέλεχθη, πρέπει να ληφθεί εν προκειμένω υπόψη σε σχέση με το δηλωθέν σήμα η κατηγορία προϊόντων που περιλαμβάνει τα οφθαλμικά-φαρμακευτικά σκευάσματα. Η κατηγορία αυτή περιλαμβάνει φάρμακα τα οποία διατίθενται στην αγορά υπό διάφορες μορφές χορηγήσεως, ήτοι και φάρμακα τα οποία, όπως και το φάρμακο που αποτελεί αντικείμενο συγκρίσεως, χορηγούνται υπό τη μορφή ταμπλέτας.

39. Συνεπώς και αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως πρέπει να απορριφθεί.

3. Επί του πρώτου σκέλους — Το οικείο κοινό

40. Με το πρώτο σκέλος του λόγου αναιρέσεως, η Alcon υποστηρίζει ότι το ΓΕΕΑ καθόρισε εσφαλμένως το οικείο κοινό.

15 — Ειδικώς για το δίκαιο των σημάτων, βλ. τις αποφάσεις της 7ης Οκτωβρίου 2004, C-136/02 P, Mag Instrument κατά ΓΕΕΑ (Συλλογή 2004, σ. I-9165, σκέψη 39) και της 15ης Σεπτεμβρίου 2005, C-37/03 P, BioID κατά ΓΕΕΑ (Συλλογή 2005, σ. I-7975, σκέψη 43), στο ίδιο πνεύμα και η απόφαση της 19ης Σεπτεμβρίου 2002, C-104/00 P, DKV κατά ΓΕΕΑ (Συλλογή 2002, σ. I-7561, σκέψη 22) καθώς και γενικότερα τις αποφάσεις της 11ης Φεβρουαρίου 1999, C-390/95 P, Antillean Rice Mills κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 1999, σ. I-769, σκέψη 29), της 15ης Ιουνίου 2000, C-237/98 P, Dorsch Consult (Συλλογή 2000, σ. I-4549, σκέψεις 35 επ.) και της 7ης Ιανουαρίου 2004, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P και C-219/00 P, Aalborg Portland κ.λπ. κατά Επιτροπής (Συλλογή 2004, σ. I-123, σκέψη 49).

41. Στη σκέψη 49 της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως το Πρωτοδικείο διαπίστωσε ότι:

«Δεν αμφισβητείται ότι τα οικεία προϊόντα είναι φάρμακα για τα οποία χρειάζεται ιατρική συνταγή πριν από την πώλησή τους στους τελικούς καταναλωτές εντός των φαρμακείων. Επομένως, το οικείο κοινό δεν αποτελείται μόνον από τους τελικούς καταναλωτές, αλλά επίσης από επαγγελματίες, δηλαδή τους ιατρούς που γράφουν στη συνταγή το φάρμακο καθώς και τους φαρμακοποιούς που πωλούν το καθορισθέν με τη συνταγή φάρμακο.» [16]

42. Με τις αναπτύξεις του επί του κινδύνου συγχύσεως που εκτίθενται στις σκέψεις 68 επ. και 72 επ., το Πρωτοδικείο επικυρώνει, στηριζόμενο στην εντύπωση που σχηματίζουν οι καταναλωτές, τις εκτιμήσεις του τμήματος προσφυγών. Μόνο στη σκέψη 73 μνημονεύονται οι επαγγελματίες ως πιθανό τμήμα του οικείου κοινού, οι δε διαπιστώσεις στηρίζονται και πάλι στην εντύπωση που σχηματίζουν οι καταναλωτές.

43. Η Alcon αντιτάσσει ότι στο οικείο κοινό περιλαμβάνονται και οι τελικοί καταναλωτές. Δεδομένου ότι τα προϊόντα χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, η απόφαση για την αγορά τους λαμβάνεται μόνον από τον ιατρό. Ως εκ τούτου, κρίσιμη είναι μόνον η εντύπωση των ειδικών ιατρών. Κατά την Alcon, αυτό έκρινε ένα άλλο τμήμα προσφυγών του ΓΕΕΑ [17], το Πρωτοδικείο [18] καθώς και το Δικαστήριο [19].

44. Το Γραφείο και η Biofarma φρονούν αντιθέτως ότι κρίσιμη είναι και η εντύπωση που σχηματίζουν οι ασθενείς. Το Γραφείο τονίζει ότι ο ασθενής, όταν βλέπει το σήμα, δεν πρέπει να πλανάται ως προς την προέλευση του προϊόντος που φέρει αυτό το σήμα. Το ποια εντύπωση σχηματίζει για το γεγονός αυτό δεν έχει σημασία μόνο στην περίπτωση που αποκλείεται τυχόν επαφή με το σήμα [20]. Η Biofarma συμπληρώνει τα ανωτέρω επικαλούμενη το πρακτικό παράδειγμα της συγχύσεως μεταξύ δύο φαρμάκων τα οποία βρίσκονται στο φαρμακείο μιας οικογενείας.

45. Αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως αφορά, αφενός, ένα πραγματικό στοιχείο,

16 — Παρεμφερής είναι η απόφαση του πρώτου τμήματος του Πρωτοδικείου της 17ης Νοεμβρίου 2005, T-154/03, Biofarma κατά ΓΕΕΑ — Bausch & Lomb Pharmaceuticals [ALREX] (Συλλογή 2005, σ. II-4743, σκέψη 45), από δε την αίτηση αναιρέσεως που ασκήθηκε στην υπόθεση αυτή με αριθμό C-95/06 P παραιτήθηκαν οι ασκήσαντες αυτήν διάδικοι.

17 — Η Alcon επικαλείται την απόφαση του πρώτου τμήματος προσφυγών του ΓΕΕΑ της 12ης Μαΐου 2004, R 304/2003-1, Pierre Fabre Medicament, SA κατά Fujisawa Deutschland GmbH [RIBOMUSTIN/RIBOMUNYL].

18 — Η Alcon επικαλείται την απόφαση του Πρωτοδικείου της 5ης Μαρτίου 2003, T-237/01, Alcon κατά ΓΕΕΑ — Dr. Robert Winzer Pharma [BSS] (Συλλογή 2003, σ. II-411, σκέψη 42).

19 — Η Alcon επικαλείται τη διάταξη του Δικαστηρίου της 5ης Οκτωβρίου 2004, C-192/03 P, Alcon κατά ΓΕΕΑ (Συλλογή 2004, σ. I-8993, σκέψη 30).

20 — Αυτό φαίνεται ότι συνέβαινε στην περίπτωση του σήματος BSS το οποίο υποδηλώνει προϊόν χρησιμοποιούμενο στη χειρουργική οφθαλμολογία του οποίου ο διακριτικός χαρακτήρας καθορίζεται από την αντίληψη που σχηματίζουν οι ειδικοί σε ιατρικά θέματα (βλ. τη διάταξη BSS, προπαρατεθείσα στην υποσημείωση 19, σκέψη 30).

ήτοι τη διαπίστωση σχετικά με το κοινό στο οποίο απευθύνονται τα επίμαχα προϊόντα και, στον βαθμό αυτόν, προβάλλεται απαραδέκτως [21].

46. Αφετέρου, στρέφεται ταυτόχρονα και κατά της ερμηνείας του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94 σε σχέση με την οριοθέτηση του οικείου κοινού. Πέραν αυτού, λαμβάνει ως δεδομένο ότι είναι ανεπαρκείς οι σκέψεις που θεμελιώνουν τις διαπιστώσεις του Πρωτοδικείου, διότι δεν αιτιολογείται το γεγονός ότι στο οικείο κοινό περιλαμβάνονται και οι τελικοί καταναλωτές παρά τους προβληθέντες ισχυρισμούς περί του αντιθέτου. Αμφότερα τα σημεία αυτά αφορούν νομικά ζητήματα και, ως εκ τούτου, αυτό το σκέλος του λόγου αναιρέσεως προβάλλεται παραδεκτώς.

47. Το Δικαστήριο λαμβάνει υπόψη του τον τρόπο με τον οποίον ο μέσος καταναλωτής προσλαμβάνει αυτό το είδος προϊόντων ή υπηρεσιών [22]. Εν γένει, η εντύπωση που σχηματίζει ο καταναλωτής ή ο τελικός αγοραστής έχει ιδιαίτερη σημασία, διότι ολόκληρη η διαδικασία της εμπορίας έχει ως σκοπό την αγορά του προϊόντος από πρόσωπα του κύκλου αυτού [23]. Ωστόσο, τούτο ισχύει μόνο στην περίπτωση που για την αγορά αποφασίζει ο τελικός χρήστης.

48. Στην περίπτωση των φαρμάκων που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, η επιλογή μεταξύ διαφόρων προϊόντων γίνεται όχι κατά την αγορά, αλλά ήδη κατά την επίσκεψη στον ιατρό. Λόγω των κινδύνων που ενέχει η λήψη φαρμάκων που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, τα φάρμακα αυτά υπόκεινται σε ιδιαίτερο έλεγχο από τον ιατρό, αλλά και από τον φαρμακοποιό. Τούτο δικαιολογεί ακόμη και περιορισμούς στο διασυνοριακό εμπόριο [24] τους οποίους προβλέπει το συναφές παράγωγο δίκαιο. Πράγματι, κατά το άρθρο 88, παράγραφος 1, πρώτη περίπτωση, της οδηγίας 2001/83/ΕΚ του Ευρωπαϊκού Κοινοβουλίου και του Συμβουλίου, της 6ης Νοεμβρίου 2001, περί κοινοτικού κώδικος για τα φάρμακα που προορίζονται για ανθρώπινη χρήση [25], τα κράτη μέλη απαγορεύουν την απευθυνόμενη στο κοινό διαφήμιση φαρμάκων που μπορούν να χορηγηθούν μόνο με ιατρική συνταγή. Ως εκ τούτου, στον τομέα των φαρμάκων που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής η απόφαση για την αγορά τους λαμβάνεται κατ' αρχήν από τους ειδικούς ιατρούς και όχι από τον τελικό χρήστη.

49. Έστω και αν λαμβάνεται κατ' αρχήν υπόψη και η άποψη του ασθενούς, διότι,

21 — Βλ. ανωτέρω σημείο 36.

22 — Αποφάσεις της 11ης Νοεμβρίου 1997, C-251/95, Sabèl (Συλλογή 1997, σ. I-6191, σκέψη 23) και της 22ας Ιουνίου 1999, C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer (Συλλογή 1999, σ. I-3819, σκέψη 25) επί του άρθρου 4, παράγραφος 1, στοιχείο β', της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων (ΕΕ L 40, σ. 1) το οποίο έχει πανομοιότυπο περιεχόμενο με το άρθρο 8, παράγραφος 1, στοιχείο β', του κανονισμού 40/94.

23 — Απόφαση της 29ης Απριλίου 2004, C-371/02, Björnekulla Fruktindustrier (Συλλογή 2004, σ. I-5791, σκέψη 24).

24 — Απόφαση της 11ης Δεκεμβρίου 2003, C-322/01, Deutscher Apothekerverband (Συλλογή 2003, σ. I-14887, σκέψη 119).

25 — ΕΕ L 311, σ. 67.

όπως τόνισε το Γραφείο στο πλαίσιο της επ' ακροατηρίου συζητήσεως, μπορεί να επηρεάσει την επιλογή του φαρμάκου που συνταγογραφεί ο ιατρός, η επιρροή του ως προς τα φάρμακα που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής είναι ελάχιστη σε σχέση με την ευθύνη του ιατρού που λαμβάνει τη σχετική απόφαση [26].

50. Ειδικότερα, η τυχόν επιρροή του ασθενούς δεν μπορεί να έχει ως συνέπεια να θεωρείται *αυτός* ως ο κατά μέσον όρο ενημερωμένος, προσεκτικός και συνετός καταναλωτής των προϊόντων αυτών. Αντιθέτως, ο μέσος καταναλωτής πρέπει να διαπιστώνεται κυρίως βάσει της ομάδας η οποία καθορίζει την αγορά των φαρμάκων που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, ήτοι βάσει των συνταγογραφούντων ιατρών.

51. Και ο προβαλλόμενος από το ΓΕΕΑ και τη Biofarma κίνδυνος συγχύσεως του ασθενούς, ο οποίος έρχεται σε επαφή με το σήμα ανεξαρτήτως ιατρικής συνταγής, είναι, τουλάχιστον από απόψεως δικαίου περί σημάτων, άνευ ιδιαίτερης σημασίας. Πράγματι, το Δικαστήριο έκρινε με την απόφασή του Ruiz-Picasso κ.λπ. κατά ΓΕΕΑ ότι για την εκτίμηση του κινδύνου συγχύσεως κρίσιμος είναι ο χρόνος της επιλογής μεταξύ των προϊόντων και των σημάτων [27]. Αντιθέτως, το Δικαστήριο έκρινε ότι είναι δευτερεύουσας σημασίας άλλα χρονικά σημεία κατά τα οποία ο καταναλωτής είναι περισσότερο εκτεθειμένος στον κίνδυνο συγχύσεων λόγω της μικρότερης προσοχής που επιδεικνύει [28].

52. Ως εκ τούτου, ευσταθεί η άποψη της Alcon ότι στο οικείο κοινό, σε σχέση με φάρμακα που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, πρέπει να λαμβάνονται υπόψη οι επαγγελματίες ιατροί, όχι όμως οι ασθενείς. Μολονότι προβλήθηκε ο ισχυρισμός αυτός, το Πρωτοδικείο δεν εξέτασε ούτε το νομικό ζήτημα του τρόπου καθορισμού του κοινού βάσει του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού 40/94 ούτε αιτιολόγησε τον λόγο για τον οποίον περιέλαβε στο κοινό αυτό τους τελικούς καταναλωτές παρά τον περί του αντιθέτου ισχυρισμό της Alcon.

53. Επομένως, τουλάχιστον η αιτιολογία της αναιρεσιβαλλόμενης αποφάσεως είναι ανεπαρκής τόσο σε σχέση με την ερμηνεία του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού 40/94 όσο και σε σχέση με το γεγονός ότι στο οικείο κοινό συμπεριελήφθησαν στην πράξη οι τελικοί καταναλωτές. Στην περίπτωση που το Πρωτοδικείο θεώρησε ότι στην πραγματικότητα ο μέσος τελικός καταναλωτής έχει πάντοτε σημασία,

26 — Βλ. τις αποφάσεις του γερμανικού Bundesgerichtshof της 15ης Οκτωβρίου 1992, I ZR 259/90 (CORVATON/CORVASAL, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1993, 118, 119), της 2ας Φεβρουαρίου 1989, I ZR 150/86 (Herzsymbol, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1989, 425 , 428) και της 25ης Ιανουαρίου 1990, I ZR 83/88 (L-THYROXIN, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1990, 453, 455). Προς την ίδια κατεύθυνση βλ. την απόφαση του Hearings Officer S. J. Probert του UK Patent Office της 29ης Ιανουαρίου 1998 [υπ' αριθ. 1582474 αίτηση που υπέβαλε η Dallas Burston Ashbourne Limited και υπ' αριθ. 42375 ανακοπή της Warner-Lambert Company (DICLOTARD), http://www.patent.gov.uk/tm/legal/decisions/inter1998/o01198.pdf, σ. 13, σειρές 12 επ.].

27 — Απόφαση της 12ης Ιανουαρίου 2006, C-361/04 P, Ruiz-Picasso κ.λπ. κατά ΓΕΕΑ (Συλλογή 2006, σ. I-643, σκέψη 40).

28 — Όπ.π. (σκέψεις 41επ.).

ανεξάρτητα από το εκάστοτε προϊόν, τότε πέρα από την ανεπαρκή αιτιολογία υπάρχει και εσφαλμένη ερμηνεία του άρθρου 8, παράγραφος 1, στοιχείο β΄, του κανονισμού 40/94.

54. Εντούτοις, η εκτίμηση ότι στο οικείο κοινό περιλαμβάνονται και οι τελικοί καταναλωτές μπορεί να είναι βάσιμη στη συγκεκριμένη περίπτωση τουλάχιστον με άλλη αιτιολογία. Πράγματι, εν προκειμένω αντικείμενο συγκρίσεως δεν είναι δύο φάρμακα τα οποία χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, αλλά, αφενός, η αναφερόμενη στην αίτηση καταχωρίσεως ομάδα προϊόντων που περιλαμβάνει οφθαλμικά-φαρμακευτικά σκευάσματα και, αφετέρου, το χρήζον ιατρικής συνταγής φάρμακο το οποίο διατίθεται με το σήμα TRIVASTAN. Ωστόσο, όπως συνομολόγησε η Alcon με την απάντησή της σε ερώτημα που της απευθύνθηκε στο πλαίσιο της προφορικής διαδικασίας, στην ιταλική αγορά δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής όλα τα οφθαλμικά-φαρμακευτικά σκευάσματα.

55. Σε σχέση με σήματα φαρμάκων τα οποία δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής η εντύπωση που σχηματίζει ο τελικός καταναλωτής έχει πολύ μεγαλύτερη σημασία. Τα φάρμακα αυτά μπορούν μεν να αγοραστούν και με προτροπή των ιατρών, εντούτοις σε πλειάδα περιπτώσεων αποφασίζουν μονοί τους οι τελικοί καταναλωτές σχετικά με την αγορά τους. Ως εκ τούτου, η διαφήμιση για τα φάρμακα αυτά απευθύνεται και στους τελικούς καταναλωτές [29].

29 — Βλ. άρθρο 88, παράγραφος 2, της οδηγίας 2001/83.

56. Η εντύπωση που σχηματίζει ο τελικός καταναλωτής έχει όλως ιδιαίτερη σημασία στο πλαίσιο της εξετάσεως του κινδύνου συγχύσεως, ο οποίος πρέπει να διενεργηθεί εν προκειμένω, μεταξύ, αφενός, μιας κατηγορίας προϊόντων που περιλαμβάνει τόσο φάρμακα που χρήζουν όσο και φάρμακα τα οποία δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής και, αφετέρου, ενός φαρμάκου το οποίο χορηγείται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής. Στην περίπτωση που ο τελικός καταναλωτής προτίθεται να αγοράσει το φάρμακο που δεν χρήζει ιατρικής συνταγής πλην λόγω συγχύσεως ζητά το φάρμακο το οποίο χορηγείται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, ο φαρμακοποιός θα αρνηθεί να του το πουλήσει. Αντιθέτως, στην περίπτωση που ζητήσει, λόγω της συγχύσεως στην οποία έχει περιέλθει, το φάρμακο το οποίο δεν χρήζει ιατρικής συνταγής, μολονότι λόγω της παθήσεώς του η πραγματική πρόθεσή του ήταν να αγοράσει το φάρμακο που χορηγείται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής, τότε ενδέχεται να αγοράσει ένα φάρμακο το οποίο είναι άχρηστο γι' αυτόν.

57. Το υποβληθέν από την Alcon αίτημα περί περιορισμού του οικείου κοινού στους ιατρούς θα ήταν εν προκειμένω παραδεκτό μόνο στην περίπτωση που ο κίνδυνος συγχύσεως σε σχέση με τα οφθαλμικά-φαρμακευτικά σκευάσματα που χορηγούνται μόνον κατόπιν ιατρικής συνταγής μπορούσε να εξεταστεί χωριστά. Τούτο θα προϋπέθετε ότι ο κατάλογος των προϊόντων μπορεί να διακριθεί σε επιμέρους στοιχεία.

58. Κατ' αρχήν, είναι δυνατόν η αίτηση για την καταχώριση ενός σήματος να γίνει δεκτή ή να απορριφθεί μόνο για συγκεκριμένα στοιχεία του καταλόγου των προϊόντων. Πράγματι, κατά το άρθρο 43, παράγραφος

5, πρώτο εδάφιο, του κανονισμού 40/94, η αίτηση για την καταχώριση ενός σήματος απορρίπτεται μόνο για τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες για τα οποία αποκλείεται η καταχώριση λόγω της ασκήσεως ανακοπής.

59. Εντούτοις, τούτο δεν ασκεί εν προκειμένω καμιά επιρροή, δεδομένου ότι η Alcon δεν διέκρινε σε περαιτέρω κατηγορίες την ευρεία έννοια γένους των οφθαλμικών-φαρμακευτικών σκευασμάτων και δεδομένου ότι ούτε το Γραφείο ούτε τα δικαιοδοτικά όργανα μπορούσαν με δική τους πρωτοβουλία να προβούν σε διορθώσεις του καταλόγου προϊόντων. Θα ήταν μεν δυνατό να μην γίνει δεκτή η καταχώριση για επιμέρους, ρητώς κατονομαζόμενα προϊόντα ή κατηγορίες προϊόντων, εντούτοις η περαιτέρω διάκριση των κατηγοριών των προϊόντων θα συνιστούσε επέμβαση στην εξουσία διαθέσεως του αιτούντος. Επιπλέον, θα καταστρατηγούνταν οι τυπικές προϋποθέσεις που πρέπει να πληροί τυχόν περιορισμός του καταλόγου προϊόντων και θα μεταβάλλονταν —στην περίπτωση διακρίσεως σε περαιτέρω κατηγορίες στο πλαίσιο της ένδικης διαδικασίας— τα πραγματικά περιστατικά επί των οποίων αποφάνθηκε το Γραφείο [30].

60. Επομένως, ορθώς το Πρωτοδικείο προέβη στη διαπίστωση περί της υπάρξεως κινδύνου συγχύσεως αποκλειστικά βάσει της εντυπώσεως που σχηματίζει ο τελικός καταναλωτής. Ως εκ τούτου, το πρώτο σκέλος του δεύτερου λόγου αναιρέσεως προβάλλεται αλυσιτελώς μολονότι η αναιρεσιβαλλόμενη απόφαση υπέπεσε σε πλάνη περί το δίκαιο.

4. Επί του τρίτου και τέταρτου σκέλους — Σύγκριση των σημείων

61. Με το τρίτο και τέταρτο σκέλος, η Alcon αμφισβητεί την ορθότητα της οπτικής και φωνητικής συγκρίσεως των σημείων. Εντούτοις, οι αιτιάσεις της Alcon αφορούν αποκλειστικά τις διαπιστώσεις πραγματικών περιστατικών από το Πρωτοδικείο. Ως εκ τούτου, η αίτηση αναιρέσεως είναι απαράδεκτη ως προς το σημείο αυτό [31].

5. Επί του πέμπτου σκέλους — Ο κίνδυνος συγχύσεως

62. Καθ' ό μέτρο η Alcon αμφισβητεί την ορθότητα της εκτιμήσεως περί του κινδύνου συγχύσεως, στηρίζεται κατ' ουσίαν στο γεγονός ότι δεν ελήφθησαν επαρκώς υπόψη οι ιατροί και οι φαρμακοποιοί. Εντούτοις, όπως προελέχθη, αρκεί να υφίσταται ο κίνδυνος συγχύσεως σε σχέση με τους τελικούς καταναλωτές, δεδομένου ότι ο κατάλογος προϊόντων για το σήμα TRAVATAN περιελάμβανε και φάρμακα που δεν χρήζουν ιατρικής συνταγής [32]. Επομένως, ως προς το σημείο αυτό η αίτηση αναιρέσεως είναι αβάσιμη.

30 — Στο ίδιο συμπέρασμα καταλήγουν κατ' αποτέλεσμα οι αποφάσεις του γερμανικού Bundespatentgericht της 20ής Νοεμβρίου 1997, 30 W (pat) 123/97, Plantapret [Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998, 725 (727)] και του γερμανικού Bundesgerichtshof της 12ης Φεβρουαρίου 1998, I ZB 32/95, salvent/Salventerol BGH [Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1998, σ. 924 (925)].

31 — Βλ. ανωτέρω σημείο 36.

32 — Βλ. ανωτέρω σημείο 54.

## VI — Επί των δικαστικών εξόδων

63. Κατά το άρθρο 122 σε συνδυασμό με το άρθρο 118 και το άρθρο 69, παράγραφος 2, του Κανονισμού Διαδικασίας του Δικαστηρίου, ο ηττηθείς διάδικος καταδικάζεται στα δικαστικά έξοδα εφόσον υπήρξε σχετικό αίτημα του νικήσαντος διαδίκου. Δεδομένου ότι η αίτηση αναιρέσεως που άσκησε η Alcon πρέπει να απορριφθεί, η Alcon πρέπει να καταδικαστεί στα δικαστικά έξοδα.

## VII — Πρόταση

64. Ως εκ τούτου, προτείνω στο Δικαστήριο να αποφανθεί ως εξής:

1) Να απορρίψει την αίτηση αναιρέσεως.

2) Να καταδικάσει την Alcon Inc. στα δικαστικά έξοδα.