ΠΡΟΤΑΣΕΙΣ ΤΟΥ ΓΕΝΙΚΟΥ ΕΙΣΑΓΓΕΛΕΑ DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

της 6ης Νοεμβρίου 2001 [1]

1. Η αίτηση του Bundespatentgericht (Γερμανία) για την έκδοση προδικαστικής αποφάσεως έχει ως αντικείμενο την ερμηνεία του άρθρου 2 της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων [2] (στο εξής: πρώτη οδηγία).

2. Το Bundespatentgericht ζητεί από το Δικαστήριο να ερμηνεύσει την έννοια «σημεία επιδεχόμενα γραφικής παράστασης (γραφική παράσταση)», η οποία περιλαμβάνεται στο άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας.

Ειδικότερα, το Bundespatentgericht ερωτά εάν σημεία όπως οι οσμές, τα οποία δεν είναι επιδεκτικά άμεσης γραφικής παραστάσεως και, κατά συνέπεια, δεν γίνονται αντιληπτά διά της οράσεως, αλλά είναι δυνατό να αποδοθούν με άλλα μέσα, μπορούν να αποτελούν σήματα. Σε περίπτωση καταφατικής απαντήσεως, το γερμανικό δικαστήριο ερωτά το Δικαστήριο αναφορικά με τα κριτήρια της απαιτούμενης για τα οσφρητικά σημεία γραφικής παραστάσεως.

I — Το νομικό πλαίσιο

1. *Το κοινοτικό δίκαιο: η πρώτη οδηγία*

3. Η πρώτη οδηγία σκοπεί στην προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων, ώστε να εξαλειφθούν οι διαφορές που είναι ικανές να δημιουργήσουν προσκόμματα στην ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων και στην ελεύθερη παροχή υπηρεσιών ή να νοθεύσουν τους όρους του ανταγωνισμού εντός της κοινής αγοράς. Η σκοπούμενη εναρμόνιση είναι πάντως μερική και επομένως η παρέμβαση του κοινοτικού νομοθέτη περιορίζεται σε ορισμένα ζητήματα αναφερόμενα στα σήματα τα οποία κατοχυρώνονται διά της καταχωρίσεως [3].

4. Το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας προβλέπει τα εξής:

«Το σήμα μπορεί να συνίσταται από οποιαδήποτε σημεία επιδεχόμενα γραφικής

1 — Γλώσσα του πρωτοτύπου: η ισπανική.

2 — ΕΕ 1989, L 40, σ. 1.

3 — Βλ. την πρώτη, την τρίτη, την τέταρτη και την πέμπτη αιτιολογική σκέψη της πρώτης οδηγίας.

παράστασης, ιδίως δε από λέξεις, συμπεριλαμβανομένου του ονόματος προσώπων, από εικόνες, γράμματα, αριθμούς, το σχήμα του προϊόντος ή της συσκευασίας του, εφόσον τα σημεία αυτά μπορούν από τη φύση τους να διακρίνουν τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μιας επιχείρησης από τα αντίστοιχα άλλων επιχειρήσεων.»

5. Το άρθρο 3 προβλέπει τα ακόλουθα:

«Δεν καταχωρούνται ή, εάν έχουν καταχωρισθεί, είναι δυνατόν να κηρυχθούν άκυρα:

α) τα σημεία από τα οποία δεν δύναται να συνίσταται ένα σήμα,

[...]»

2. *Η γερμανική νομοθεσία*

6. Με σκοπό την προσαρμογή της εσωτερικής έννομης τάξεως προς την πρώτη οδηγία, ο γερμανός νομοθέτης εξέδωσε τον Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichnungen (νόμο περί της προστασίας των σημάτων και λοιπών σημείων), της 25ης Οκτωβρίου 1994 [4].

7. Το άρθρο 3, παράγραφος 1, του εν λόγω νόμου ορίζει ως εξής τα σημεία που μπορούν να αποτελούν σήμα:

«Είναι δυνατόν να κατακυρωθούν ως σήματα όλα τα σημεία, ιδίως οι λέξεις, συμπεριλαμβανομένων των ονομάτων προσώπων, τα σχέδια, τα γράμματα, οι αριθμοί, τα ακουστικά σημεία, οι τρισδιάστατες παραστάσεις, συμπεριλαμβανομένου του σχήματος εμπορεύματος ή της συσκευασίας του προϊόντος, καθώς και οι λοιπές παραστάσεις, συμπεριλαμβανομένων των χρωμάτων και των χρωματικών συνδυασμών, εφόσον τα σημεία αυτά μπορούν από τη φύση τους να διακρίνουν τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μιας επιχειρήσεως από τα αντίστοιχα άλλων επιχειρήσεων.»

8. Το άρθρο 8, παράγραφος 1, του ιδίου νόμου προβλέπει τα εξής:

«Δεν καταχωρίζονται ως κατοχυρωμένα σήματα, κατά την έννοια του άρθρου 3, τα σημεία τα οποία δεν είναι επιδεκτικά γραφικής παραστάσεως.»

4 — BGBl. 1994 I, σ. 3082.

II — Τα πραγματικά περιστατικά της διαφοράς στην κύρια δίκη και τα προδικαστικά ερωτήματα

9. Ο R. Sieckmann κατέθεσε προς καταχώριση, ενώπιον της Deutsches Patent- und Markenamt (γερμανικής υπηρεσίας διπλωμάτων ευρεσιτεχνίας και σημάτων), ως διακριτικό σημείο των υπηρεσιών στις οποίες αναφέρονται οι κλάσεις 35, 41 και 42 [5] του διακανονισμού της Νίκαιας, ένα «σήμα οσμής» της:

«χημικής ουσίας μεθυλοδιαιθυλαμίνη (οξαλικό κινναμωμικό οξύ), ή (μεθυλικός εστέρας [6] κιναμμωμικού οξέος), ο χημικός τύπος της οποίας παρατίθεται κατωτέρω. Δείγματα αυτού του σήματος οσμής διατίθενται επίσης στα αναγραφόμενα στις κίτρινες σελίδες του τηλεφωνικού καταλόγου τοπικά εργαστήρια ή π.χ. στην εταιρία E. Merck στο Darmstadt.

$C_6H_5\text{-}CH = CHCOOCH_3$»

10. Επικουρικώς, στην περίπτωση κατά την οποία η περιγραφή δεν θα ήταν επαρκής για την καταχώριση σύμφωνα με το άρθρο 32 του γερμανικού νόμου περί σημάτων, ο αιτών δήλωσε ότι είναι σύμφωνος να μπορεί το κοινό να λαμβάνει γνώση του κατατεθέντος σήματος σύμφωνα με το άρθρο 62, παράγραφος 1, του εν λόγω νόμου και με το άρθρο 48, παράγραφος 2, του εκτελεστικού κανονισμού του [7].

11. Ο αιτών κατέθεσε επιπλέον εντός αγγείου δείγμα της ουσίας και προσέθεσε ότι το άρωμα έχει συνήθως την οσμή βαλσαμίνης με ελαφρά οσμή κανέλας.

12. Η αρμόδια υπηρεσία του Γραφείου Σημάτων για την κλάση 35 του διακανονισμού της Νίκαιας αρνήθηκε να προβεί στην καταχώριση για δύο λόγους. Κατ' αρχάς, διότι πρόκειται για σημείο που δεν μπορεί να αποτελεί σήμα ούτε επιδέχεται γραφική παράσταση (άρθρα 3, παράγραφος 1, και 8, παράγραφος 1, του γερμανικού νόμου περί σημάτων). Κατόπιν δε λόγω της απουσίας διακριτικού χαρακτήρα (άρθρο 8, παράγραφος 2, σημείο 1, του ιδίου νόμου).

13. Αμφισβητώντας την απόφαση αυτή, ο R. Sieckmann προσέφυγε ενώπιον του Bundespatentgericht. Το δικαστήριο αυτό εκτιμά ότι οι οσμές μπορούν, από αφηρημένη άποψη, να αποτελούν πρόσφορο μέσο για να διακρίνουν τα προϊόντα μιας επιχειρήσεως από τα προϊόντα άλλης επιχειρήσεως, αλλά εκφράζει αμφιβολίες επί του κατά πόσο ένα σήμα οσμής πληροί την προϋπόθεση της

5 — Κλάση 35: διαφήμιση, διαχείριση εμπορικών υποθέσεων, διοίκηση εμπορικών επιχειρήσεων, εργασίες γραφείου.
Κλάση 41: εκπαίδευση, επιμόρφωση, ψυχαγωγία, αθλητικές και πολιτιστικές δραστηριότητες.
Κλάση 42: εστίαση (διατροφή), προσωρινή κατάλυση, ιατρικές φροντίδες, υγιεινή και ομορφιά, κτηνιατρικές και αγροτικές υπηρεσίες, νομικές υπηρεσίες, επιστημονική και βιομηχανική έρευνα, προγραμματισμός για ηλεκτρονικούς υπολογιστές και υπηρεσίες μη κατατασσόμενες σε άλλες κλάσεις.

6 — Ο εστέρας είναι χημική σύνθεση η οποία λαμβάνεται αν αντικατασταθεί οποιοδήποτε άτομο υδρογόνου οποιουδήποτε οξέος, οργανικού ή μη με αλκοολική ρίζα.

7 — BIPMZ Sonderheft, 1994, σ. 156 επ.

γραφικής παραστάσεως την οποία θέτει το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας. Δεδομένου ότι η επίλυση της διαφοράς στην κύρια δίκη εξαρτάται από την ερμηνεία της προϋποθέσεως αυτής, το Bundespatentgericht υποβάλλει στο Δικαστήριο τα ακόλουθα προδικαστικά ερωτήματα:

«1) Το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων, πρέπει να ερμηνευθεί υπό την έννοια ότι "σημεία επιδεχόμενα γραφικής παράστασης [γραφική παράσταση]" περιλαμβάνουν εννοιολογικά απλώς και μόνο σημεία τα οποία μπορούν να αποδοθούν άμεσα στη διά της οράσεως γινόμενη αντιληπτή μορφή τους ή περιλαμβάνουν επίσης σημεία τα οποία καθεαυτά — όπως π.χ. οσμές ή θόρυβοι — δεν μπορούν μεν να γίνουν αντιληπτά διά της οράσεως, αλλά η απόδοσή τους είναι έμμεσα δυνατή με βοηθητικά μέσα;

2) Σε περίπτωση απαντήσεως στο πρώτο ερώτημα υπό την έννοια ευρείας ερμηνείας: πληρούται η προϋπόθεση της δυνατότητας γραφικής παραστάσεως, κατά την έννοια του άρθρου 2 της οδηγίας, αν μια οσμή αποδίδεται:

α) με χημικό τύπο·

β) με περιγραφή (που πρέπει να δημοσιευθεί)·

γ) διά καταθέσεως ή

δ) με τον συνδυασμό των ανωτέρω στοιχείων υποκαταστάσεως της γραφικής παραστάσεως;»

III — Ανάλυση των προδικαστικών ερωτημάτων

14. Το Δικαστήριο επιλαμβάνεται ζητήματος συγχρόνως προτρεπτικού και σημαντικού. Πρόκειται για το κατά πόσο μια οσμή μπορεί να καταχωρισθεί ως σήμα και υπό ποιες προϋποθέσεις.

15. Η μελέτη στην οποία προτίθεμαι να προβώ, ώστε να προτείνω απάντηση στα προδικαστικά ερωτήματα, θα έχει ως αφετηρία την έννοια του σήματος μέσω της αναλύσεως των λειτουργιών του. Θα είμαι αναγκασμένος στη συνέχεια να εγκαταλείψω το αυστηρά νομικό πεδίο για να διεισδύσω σε τομέα ξένο προς το δίκαιο, θα επανέλθω δε στη συνέχεια στον τομέα του δικαίου με τα μέσα τα οποία θα μου επιτρέψουν να απαντήσω στο ερώτημα αν μια οσμή μπορεί να αποτελεί αντικείμενο καταχωρίσεως ως σήμα και, κατά συνέπεια, να απολαύει του καθεστώτος που η κοινοτική έννομη τάξη

παρέχει σε αυτήν την κατηγορία αποκλειστικών περιουσιακών δικαιωμάτων.

1. *Οι λειτουργίες του σήματος — Τα σήματα ως μέσον επικοινωνίας*

16. Το σήμα είναι ένα σημείο [8] σκοπός του οποίου είναι να διακρίνει τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μιας επιχειρήσεως από εκείνα μιας άλλης επιχειρήσεως. Αυτό προβλέπει, κατά τρόπο σαφέστατο, το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας [9].

17. Πρέπει να γίνεται διάκριση ώστε ο τελικός καταναλωτής ή χρήστης να μπορεί να επιλέξει εντελώς ελεύθερα μεταξύ των διαφόρων επιλογών όπου τίθενται στη διάθεσή του [10] και, επομένως, να ευνοείται ο ελεύθερος ανταγωνισμός στην αγορά. Παρόμοια ιδέα εκφράζεται στην πρώτη αιτιολογική σκέψη του προοιμίου της πρώτης οδηγίας, όπου αναφέρεται ότι η επιδιωκόμενη με την οδηγία εναρμόνιση σκοπό έχει να εξαλείψει τις διαφορές που υπάρχουν στις νομοθεσίες των διαφόρων κρατών μελών, οι οποίες δημιουργούν προσκόμματα στην ελεύθερη κυκλοφορία των προϊόντων, στην ελεύθερη παροχή των υπηρεσιών και, σε τελική ανάλυση, στον ελεύθερο ανταγωνισμό. Το δικαίωμα επί του σήματος «αποτελεί ουσιώδες στοιχείο του συστήματος ανόθευτου ανταγωνισμού, στη δημιουργία και διατήρηση του οποίου αποβλέπει η Συνθήκη» [11], ο δε κοινοτικός νομοθέτης θέλησε να συμβάλλει στην επίτευξη του στόχου αυτού, προβαίνοντας στην εναρμόνιση των νομοθεσιών των κρατών μελών. Κατά συνέπεια, το διακριτικό σημείο αποτελεί το μέσον και ο ελεύθερος ανταγωνισμός τον σκοπό [12].

18. Για να επιτευχθεί ο στόχος αυτός πρέπει να διανυθεί ορισμένη απόσταση, το δε χρησιμοποιούμενο μέσον δεν είναι άλλο από την αναγνώριση, «στον δικαιούχο του σήματος, ενός συνόλου δικαιωμάτων και δυνατοτήτων [13] που έχουν ως αντικείμενο να του εξασφαλίσουν την αποκλειστική χρήση του δια-

8 — Με τις παρούσες προτάσεις θα καταβληθεί προσπάθεια να προσδιοριστεί ποιο είδος σημείου.

9 — Αυτό προκύπτει επίσης από το άρθρο 4 του κανονισμού (ΕΚ) 40/94 του Συμβουλίου, της 20ής Δεκεμβρίου 1993, για το κοινοτικό σήμα (ΕΕ 1994, L 11, σ. 1, στο εξής: κανονισμός). Το ίδιο ισχύει για τις νομοθεσίες των κρατών μελών. Είναι δυνατό να μνημονευθούν, παραδείγματος χάριν: α) στη Γερμανία: το άρθρο 3, παράγραφος 1, του προμνημονευθέντος νόμου περί σημάτων· β) στο Βέλγιο, στο Λουξεμβούργο και στις Κάτω Χώρες: το άρθρο 1 του ενιαίου νόμου της Benelux περί σημάτων, της 19ης Μαρτίου 1962· γ) στην Ισπανία: το άρθρο 1 του νόμου 32/1988, της 10ης Νοεμβρίου 1988, περί σημάτων· δ) στη Γαλλία: το άρθρο 711-1 του κώδικα πνευματικής ιδιοκτησίας· ε) στην Ιταλία: το άρθρο 16 του νομοθετικού διατάγματος της 4ης Δεκεμβρίου 1992· στ) στην Πορτογαλία: το άρθρο 165, παράγραφος 1, του κώδικα βιομηχανικής ιδιοκτησίας, εγκριθέν με το νομοθετικό διάταγμα 16/1995, της 24ης Ιανουαρίου 1995· ζ) στο Ηνωμένο Βασίλειο: το άρθρο 1, παράγραφος 1, του Trade Marks Act 1994. Εκτός των συνόρων της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, ο Lanham Act, ο οποίος, από το 1946, αποτελεί το βασικό νομικό κείμενο της ομοσπονδιακής νομοθεσίας στις Ηνωμένες Πολιτείες της Αμερικής σχετικά με αυτή την κατηγορία διακριτικών σημείων, ορίζει τα σήματα αποδίδοντάς τους την ίδια λειτουργία. Στην Αυστραλία, ο Trade Marks Act 1995 προβλέπει επίσης ότι τα σήματα έχουν ως αντικείμενο να διακρίνουν τα προϊόντα και τις υπηρεσίες μιας επιχειρήσεως από εκείνα μιας άλλης επιχειρήσεως (άρθρο 17, παράγραφος 3).

10 — Με την απόφαση της 17ης Οκτωβρίου 1990, C-10/89, HAG GF (Συλλογή 1990, σ. I-3711), το Δικαστήριο υπέδειξε ότι πρόκειται για την «εγγύηση που παρέχει στον καταναλωτή ή στον τελικό χρήστη σε σχέση με την προέλευση του πραϊόντος επί του οποίου έχει τεθεί το σήμα, αφού του δίνει τη δυνατότητα να διακρίνει, χωρίς κίνδυνο συγχύσεως, το προϊόν αυτό από τα προϊόντα που έχουν άλλη προέλευση» (σκέψη 14). Το Δικαστήριο έκρινε κατά τον ίδιο τρόπο με την απόφαση της 4ης Οκτωβρίου 2001, C-517/99, Merz and Krell (Συλλογή 2001, σ. I-6959, σκέψη 22).

11 — Προαναφερθείσες αποφάσεις HAG GF, σκέψη 13, και Merz and Krell, σκέψη 21.

12 — Παραδόξως, για την εξασφάλιση του ελεύθερου ανταγωνισμού στην αγορά, δημιουργείται δικαίωμα το οποίο αποτελεί εξαίρεση από τη γενική αρχή του ανταγωνισμού, με την παροχή στον κάτοχο του δικαιώματος της δυνατότητας να χρησιμοποιεί κατά τρόπο αποκλειστικό ορισμένα σημεία και ενδείξεις. Για τον λόγο αυτό, το άρθρο 36 της Συνθήκης ΕΚ (νυν, κατόπιν τροποποιήσεως, άρθρο 30 ΕΚ) δεν αντιτίθεται στις απαγορεύσεις ή στους περιορισμούς εισαγωγών, εξαγωγών ή διαμετακομίσεων στο κοινοτικό έδαφος, που δικαιολογούνται από λόγους προστασίας της βιομηχανικής και εμπορικής ιδιοκτησίας.

13 — Που η πρώτη οδηγία αναγνωρίζει στο άρθρο 5.

κριτικού σήματος και να τον προστατέψουν έναντι των ανταγωνιστών οι οποίοι θα επιθυμούσαν να εκμεταλλευθούν τη θέση του και τη φήμη του» [14]. Είναι αυτό που στη νομολογία του Δικαστηρίου αποκαλείται «το ειδικό αντικείμενο του δικαιώματος επί του σήματος» [15].

19. Σκόπος του σήματος είναι να παράσχει τη δυνατότητα στον καταναλωτή να προσδιορίσει τα προϊόντα και τις υπηρεσίες από άποψη προελεύσεως [16] και από άποψη ποιότητας [17]. Αμφότερα τα στοιχεία αυτά συμβάλλουν στο να αντιπροσωπεύει το οικείο σημείο μια εικόνα και μια φήμη: πρόκειται για τη φήμη του σήματος [18]. Συντελούν επίσης στο να υπάρξει διάλογος μεταξύ του παραγωγού και του καταναλωτή. Για να έχει ο τελευταίος γνώση των προϊόντων, ο κατασκευαστής τον ενημερώνει και, μερικές φορές, τον πείθει [19]. Στην πραγματικότητα, το σήμα αποτελεί μορφή επικοινωνίας [20].

20. Επικοινωνία σημαίνει να παρέχεται η δυνατότητα σε κάποιον να μετέχει σε κάτι που ανήκει σε άλλον [21]. Επομένως, κάθε πράξη επικοινωνίας καθιστά αναγκαία την ύπαρξη ενός πομπού, ενός μηνύματος, ενός μέσου ή ενός διαύλου διά του οποίου διαβιβάζεται το μήνυμα αυτό και ενός δέκτη ικανού να το αποκρυπτογραφήσει ή να το αποκωδικοποιήσει. Ο κώδικας σύμφωνα με τον οποίο μπορεί να συντάσσεται το μήνυμα εξαρτάται από τη φύση του αποκωδικοποιητή με τον οποίο ο αποδέκτης δέχεται το μήνυμα, το αντιλαμβάνεται και το αφομοιώνει. Ο homo sapiens είναι συνεπώς ένας δέκτης με πολλούς αποκωδικοποιητές [22].

14 — Βλ. τις παραγράφους 31 και 32 των προτάσεών μου της 18ης Ιανουαρίου 2001 στο πλαίσιο της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση Merz and Krell. Κατά συνέπεια, ο δικαιούχος καταχωρισμένου σήματος προστατεύεται όταν υφίσταται ταυτότητα ή κίνδυνος συγχύσεως μεταξύ του διακριτικού σημείου του και εκείνου που χρησιμοποιείται από τρίτον, που περιλαμβάνει τον κίνδυνο συνδέσεως μεταξύ του σημείου αυτού και του σήματός του [βλ. τα άρθρα 4, παράγραφος 1, και 5, παράγραφος 1, της πρώτης οδηγίας· βλ. επίσης τις αποφάσεις της 29ης Σεπτεμβρίου 1998, C-39/97, Canon (Συλλογή 1998, σ. I-5507, σκέψη 18), και της 22ας Ιουνίου 2000, C-425/98, Marca Mode, Συλλογή 2000, σ. I-4861, σκέψη 34].

15 — Βλ., μεταξύ άλλων, την προπαρατεθείσα απόφαση HAG GF, σκέψη 14, και την απόφαση της 23ης Φεβρουαρίου 1999, C-63/97, BMW (Συλλογή 1999, σ. I-905, σκέψη 52). Η σχέση μεταξύ «ειδικού αντικειμένου» του δικαιώματος επί του σήματος και «βασικής λειτουργίας» αυτού του είδους βιομηχανικής ιδιοκτησίας στη νομολογία του Δικαστηρίου αναλύθηκε από τον Medrano Caballero, I., στο έργο «El derecho comunitario de marcas: la noción de riesgo de confusión», *Revista de Derecho Mercantil*, αριθ. 234, Οκτώβριος-Δεκέμβριος 1999, σ. 1522 έως 1524.

16 — Αυτό αποκαλείται βασική λειτουργία του σήματος (προπαρατεθείσες αποφάσεις Canon, σκέψη 28, και Merz and Krell, σκέψη 22). Ο γενικός εισαγγελέας Γ. Κοσμάς, στις προτάσεις του στο πλαίσιο της υποθέσεως επί της οποίας εκδόθηκε η απόφαση της 4ης Μαΐου 1999, C-108/97 και C-109/97, Windsurfing Chiemsee (Συλλογή 1999, σ. I-2779), υποστήριξε ότι η ουσιώδης λειτουργία του σήματος «[...] συνίσταται αφενός μεν στην εξατομίκευση των προϊόντων μιας επιχείρησης και τη διάκρισή τους από άλλα ομοειδή (διακριτική λειτουργία του σήματος) αφετέρου δε στη σύνδεσή τους με ορισμένη επιχείρηση (εγγύηση προελεύσεως)» (σκέψη 27). Δεν πρόκειται για τον προσδιορισμό ειδικότερα ενός προϊόντος μιας επιχειρήσεως, αλλά για τον προσδιορισμό του ως ενός από τα προϊόντα που χαρακτηρίζονται από το ίδιο σήμα αν και η προέλευσή του δεν είναι γνωστή. Στόχος είναι να υπάρξει η εγγύηση ότι τα όλα τα φέροντα το ίδιο σήμα προϊόντα προέρχονται από τον ίδιο κατασκευαστή, όποιος και αν είναι αυτός. Βλ. συναφώς C. Fernández Novoa, *Fundamentos de derecho de marcas*, editorial Montecorvo, Μαδρίτη, 1984, σ. 46 έως 49, και H. Baylos Corroza, *Tratado de derecho industrial*, editorial Civitas, δεύτερη έκδοση, Μαδρίτη, 1993, σ. 817.

17 — Η υποδεικνύουσα την ποιότητα λειτουργία προτρέπει τις επιχειρήσεις να επενδύουν για τη βελτίωση των προϊόντων και των υπηρεσιών τους. Είναι ευκταίο οι επιχειρήσεις «[...] να είναι σε θέση να προσελκύουν την πελατεία με την ποιότητα των προϊόντων τους ή των υπηρεσιών τους [...]» (προπαρατεθείσα απόφαση HAG GF, σκέψη 13). Το Δικαστήριο αποφάνθηκε υπό την ίδια έννοια στις σκέψη 21 της αποφάσεως Merz and Krell.

18 — Λειτουργία υποδηλώνουσα τη φήμη ή την εικόνα.

19 — Διαφημιστική λειτουργία του σήματος που είναι και η πλέον αμφιλεγόμενη. Όσον αφορά τις λειτουργίες του σήματος σε σχέση με τις νέες κατηγορίες αυτού του είδους βιομηχανικής ιδιοκτησίας, βλ. τη μελέτη του M. L. Llobregat «Caracterización jurídica de las marcas olfativas como problema abierto», *Revista de Derecho Mercantil*, αριθ. 227, Μαδρίτη, Ιανουάριος-Μάρτιος 1998, σ. 54 έως 56, καθώς και τη μελέτη του M. D. Rivero González, «Los problemas que presentan en el mercado las nuevas marcas cromáticas y olfativas», *Revista de Derecho Mercantil*, αριθ. 238, Μαδρίτη, Οκτώβριος-Δεκέμβριος 2000, σ. 1657 έως 1664.

20 — C H. Fezer, *¿Cuándo se convierte un signo en marca?*, εισήγηση παρουσιασθείσα κατά το συμπόσιο επί του κοινοτικού σήματος, Alicante, Νοέμβριος 1999. Ο συντάκτης της εισηγήσεως υποστηρίζει ότι το σήμα αποτελεί σημείο επικοινωνίας στην αγορά και ότι ενεργεί ως κώδικας σημείων που φέρει σε επαφή τις επιχειρήσεις και τους καταναλωτές στην αγορά (στην εν λόγω εισήγηση παραπέμπει ο M. D. Rivero González, στο έργο στο οποίο αναφέρθηκα ήδη).

21 — Όσον αφορά τα σήματα ως οχήματα της πληροφορίας, βλ. Σ. Μανιάτης «Scents as Trademarks: Propertisation of Scents and Olfactory Property», *Law and The Senses (Sensational Jurisprudence)*, Εκδόσεις L. Bently και L. Flynn, Pluto-Press, Λονδίνο-Σικάγο, 1996, σ. 217 έως 235.

22 — Βλ. A. Polasso, «La Comunicación inteligente», *Humaniora*, ιστοσελίδα της Σχολής Καλών Τεχνών του Πανεπιστημίου του Göteborg (www.hum.gu.se), σ. 61 επ.

21. Όλο το ανθρώπινο σώμα αποτελεί δέκτη ερεθισμάτων διά των αισθήσεων και, κατά συνέπεια, η αναγνώριση ενός σημείου από τον καταναλωτή μπορεί να είναι τόσο διαφορετική όσο και ο αριθμός των αισθήσεων που διαθέτει [23].

2. Τα πρόσφορα προς διάκριση σημεία, ειδικότερα τα οσφρητικά σημεία

22. Αν στόχος του σήματος είναι να παρέχει τη δυνατότητα στον καταναλωτή να διακρίνει, βάσει της προελεύσεως, τα προϊόντα και τις υπηρεσίες που του προσφέρονται, η λειτουργία αυτή μπορεί να επιτυγχάνεται μέσω ενός οποιουδήποτε από τα όργανα με τα οποία επικοινωνεί με τον εξωτερικό κόσμο. Το διακριτικό σημείο μπορεί να γίνεται αισθητό διά της οράσεως, διά της ακοής, διά της αφής, διά της οσφρήσεως ή, ακόμη, διά της γεύσεως [24]. A priori, κάθε μήνυμα αντιληπτό διά των αισθήσεων μπορεί να αποτελεί ένδειξη για τον καταναλωτή και, κατά συνέπεια, μπορεί να αποτελεί σημείο ικανό να εκπληρώσει τη λειτουργία διαφοροποιήσεως του σήματος [25].

23. Κατά συνέπεια, τίποτε δεν αντιτίθεται καταρχήν στο να αποτελούνται τα σήματα από μηνύματα διαφορετικά εκείνων τα οποία είναι αισθητά διά της οράσεως [26].

24. Ωστόσο αν και κάθε μήνυμα που μπορεί να γίνει αντιληπτό μέσω οποιασδήποτε αισθήσεως αποτελεί σημείο ικανό να καθιστά δυνατό τον προσδιορισμό των προϊόντων

23 — Βλ. Marcas sonoras y olfativas, τεύχος εκπονηθέν από Henson & Co. Patentes y Marcas (http://publicaciones.derecho.org/henson/5.-_Noviembre_de_1999/2). Σε αυτό το συλλογικό πόνημα εκτίθεται η διαπίστωση ότι «σε πολλές περιπτώσεις της καθημερινής ζωής, τυχαίνει να έχουμε στραμμένα τα νώτα μας προς την τηλεόραση και, χωρίς να πρέπει να στρέψουμε την κεφαλή είμαστε σε θέση να προσδιορίσουμε το προϊόν που αποτελεί το αντικείμενο της διαφημίσεως μέσω της μουσικής ή του ηχητικού σήματος που το συνοδεύει».

24 — Η ιδέα αυτή εκφράστηκε κατά τρόπο αξιοσημείωτο από τον J.W. von Goethe, στην εισαγωγή του έργου του *Μελέτη περί των χρωμάτων*: «Τα χρώματα μαρτυρούν πώς το φως ενεργεί, πώς πάσχει [...]. Είναι αλήθεια ότι τα χρώματα και το φως βρίσκονται μεταξύ τους σε πολύ συγκεκριμένη σχέση, αλλά ανήκουν και τα δύο στην ολότητα της φύσης· διότι μέσω των χρωμάτων η φύση ζητεί να αποκαλυφθεί ειδικότερα στην αίσθηση της οράσεως. Επίσης, η φύση ολόκληρη αποκαλύπτεται και σε άλλες αισθήσεις. Κλείνουμε τα μάτια, ενεργοποιούμε και οξύνουμε την ακοή μας, και από τον ασθενέστερο ψίθυρο μέχρι τον εντονότερο θόρυβο, από τον απλούστερο ήχο μέχρι τη θαυμασιότερη αρμονία, από την πιο άγρια παθιασμένη κραυγή μέχρι τον γλυκύτερο συνετό λόγο, είναι η φύση αυτή που μιλάει αποκαλύπτοντας την ύπαρξή της, τη δύναμή της, τη ζωή της, τις δομές της, έτσι ώστε ένας τυφλός στον οποίο είναι απαγορευμένο το ορατό άπειρο να μπορεί να αισθανθεί με την ακοή του μια απέραντη ζωή. Έτσι η φύση μιλάει και σε άλλες αισθήσεις, σε αισθήσεις γνωστές, παραγνωρισμένες, άγνωστες· έτσι μιλάει στον εαυτό της, καθώς και σε μας μέσα από χίλια φαινόμενα.»

25 — M. A. Perot-Morel, «Les difficultés relatives aux marques de forme et à quelques types particuliers de marques dans le cadre communautaire», *Rivista di diritto industriale*, αΐιο XLV (1996), πρώτο μέρος, σ. 247 έως 261, ειδικότερα σ. 257. Ο συγγραφέας αυτός μετριάζει ωστόσο την αξιολόγησή του όσον αφορά τις αισθήσεις της γεύσεως και της αφής διότι τα σημεία γεύσεως και αφής δεν μπορούν να γίνονται αντιληπτά από το κοινό ανεξάρτητα από τα αντικείμενα τα οποία αντιπροσωπεύουν: η γεύση ενός προϊόντος γίνεται γνωστή μόνον διά της δοκιμής και η απαλλότητα ενός υφάσματος γίνεται αντιληπτή μόνον διά της αφής (σ. 260). Επιπλέον, στις ανωτέρω περιπτώσεις το σημείο δεν θα μπορούσε κατά κανένα τρόπο να αποτελεί σήμα, λόγω της απουσίας ικανότητας διαφοροποιήσεως: η γεύση ενός μήλου περιγράφει τον καρπό αυτό. Μια γεύση θα μπορούσε να αποτελεί σήμα μόνον αν δεν είχε καμία σχέση με τη γεύση ενός συγκεκριμένου προϊόντος· παραδείγματος χάριν, η γεύση μήλου για τη διαφοροποίηση μιας σειράς προϊόντων αισθητικής. Σε τέτοια περίπτωση πάντως, θα ήταν σκόπιμο ή αναγκαίο να δοκιμάσει κανένας ένα μήλο για να αντιληφθεί το διακριτικό σημείο, οπότε το σημείο θα ήταν ο καρπός, ή να δοκιμάσει ένα προϊόν αισθητικής με γεύση μήλου οπότε το διακριτικό σημείο δεν θα ήταν η γεύση, αλλά το προϊόν καθ' εαυτό. Το ίδιο ισχύει όσον αφορά την αίσθηση της αφής, πράγμα που μας επιτρέπει να διαπιστώσουμε ότι θα μπορούσαν να αποτελούν σήμα μόνον τα σημεία τα οποία, όπως τα οπτικά, ηχητικά και οσφρητικά σημεία, μετακινούνται στον χώρο και μπορούν να γίνουν αντιληπτά ανεξαρτήτως του αντικειμένου του οποίου αποτελούν ιδιότητα. Σχετικά με τις δυσχέρειες προσδιορισμού ενός προϊόντος διά της οσμής του πριν από την απόκτησή του, βλ. το προμνημονευθέν έργο του Σ. Μανιάτη, σ. 222 και 223.

26 — Ο Rivero González επισημαίνει στο προμνημονευθέν άρθρο του (σ. 1646) ότι οι μελέτες marketing αποδεικνύουν ότι η εκ μέρους του καταναλωτή αντίληψη ερεθισμάτων μέσω άλλων αισθήσεων πλην της οράσεως, κατά τη διαδικασία διαφοροποιήσεως των προϊόντων, μπορεί να παρουσιάζει μεγάλη χρησιμότητα για την επικοινωνία στην επίτευξη της οποίας αποσκοπεί το σήμα.

μιας επιχειρήσεως, η έμφυτη αυτή ικανότητα δεν είναι πάντοτε η ίδια. Ο λόγος είναι πολύ απλός: η αντίληψη του εξωτερικού κόσμου που έχει το ανθρώπινο ον διαφέρει αναλόγως της αισθήσεως, του παραθύρου, διά του οποίου σχηματίζει την αντίληψη αυτή [27].

25. Η νευροφυσική διακρίνει γενικώς μεταξύ των «μηχανικών» και των «χημικών» αισθήσεων. Οι πρώτες είναι η αφή, η όραση και η ακοή, και οι τρεις ευχερώς αντιληπτές διότι αναταποκρίνονται στην ιδέα της μορφής («gestalthaft») και μπορούν να περιγραφούν κατά τρόπο σχετικά αντικειμενικό. Η περιγραφή της άλλης κατηγορίας αισθήσεων ήτοι της γεύσεως και της οσφρήσεως, παρουσιάζει πάντως μείζονα δυσκολία λόγω της απουσίας ακριβών κανόνων για τον προσδιορισμό του περιεχομένου τους. Στη δυτική παιδεία, η όσφρηση και η γεύση καθώς και η αφή κατατάσσονται σε κατώτερο επίπεδο. Κατά τον Πλάτωνα και τον Αριστοτέλη, πρόκειται για αισθήσεις που δημιουργούν λιγότερο καθαρή και έντονη ευχαρίστηση από την όραση και την ακοή. Στην Ευρώπη του Διαφωτισμού, ο Kant τις χαρακτήριζε ως μάταιες αισθήσεις και ο Hegel τις θεωρούσε ως μη ικανές να δημιουργήσουν πραγματική γνώση του κόσμου και του εγώ. Ο Freud και ο Lacan τις κατάτασσαν στον κόσμο των ζώων και συνέδεαν την εξέλιξη του πολιτισμού με τον περιορισμό των αισθήσεων αυτών [28].

26. Απαιτείται προσοχή όταν γίνεται λόγος για υποκειμενικότητα ή αντικειμενικότητα των αισθήσεων. Δεν υπάρχουν αντικειμενικά και υποκειμενικά αισθητήρια όργανα. Στο προμνημονευθέν έργο του, ο Goethe υποστηρίζει ότι η αίσθηση της οράσεως και η αντίληψη των χρωμάτων χαρακτηρίζονται από σχετικότητα [29]. Επιπλέον, είναι γνωστό ότι η περιγραφή ενός μουσικού έργου δεν είναι πάντοτε η ίδια [30]. Εξαρτάται από την ευαισθησία του ακροατή. Τέλος, αυτός που δέχεται ένα μήνυμα είναι ένα άτομο με τη δική του εμπειρία και τις δικές του ατομικές ικανότητες αντιλήψεως. Στην πραγματικότητα, πρέπει να γίνεται λόγος για αισθητήρια αντίληψη μείζονος ή ήσσονος τελειότητας και, κατά συνέπεια, για μεγαλύτερη ή μικρότερη ικανότητα περιγραφής εκ μέρους αυτού ο οποίος δέχεται το ερέθισμα.

27. Είναι δυσχερές να πραγματοποιηθεί γενική περιγραφή των αισθήσεων για να διαπιστωθεί ότι η πλεόν ανεπτυγμένη είναι η αίσθηση της οράσεως. Η ικανότητα του ανθρώπινου οφθαλμού να αντιλαμβάνεται τα χρώματα είναι εξίσου περιορισμένη [31] με την ικανότητα της οσφρήσεώς του να αντιλαμβάνεται τις οσμές. Επιπλέον, περιγραφή ενός χρώματος μπορεί να είναι εξίσου ανα-

27 — Συναφώς, βλ. όσα παρέθεσα ανωτέρω στην υποσημείωση 25.

28 — Βλ. O. Laligant, «Des œuvres aux marches du droit d'auteur: les œuvres de l'esprit perceptibles par l'odorat, le goût et le toucher», *Revue de recherche juridique, Droit prospectif*, 1992, αριθ. 1, σ. 107 και 108, πόνημα στο οποίο αναφέρεται ο J.-P. Clavier «*Les Catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*», éditorial L'Harmattan, 1998, p. 248.

29 — Ο Goethe γράφει: «Νομίζω ότι ονειρευόμαστε για να μην παύσουμε να βλέπουμε» (βλ. την εισαγωγή του J. Arnaldo στο προμνημονευθέν έργο του Goethe *Μελέτη περί των χρωμάτων*). Δεν υπάρχει τίποτα προσωπικότερο από τα όνειρα.

30 — Όπως και η ερμηνεία του.

31 — Μπορεί να αναφερθεί ως παράδειγμα ότι, ενώπιον καταλόγου χρωμάτων χρησιμοποιούμενου στα εμπορικά καταστήματα βαφών, η επιλογή ορισμένου χρώματος (ροδόχρου, πρασίνου ή κυανού) μεταξύ των διαφόρων αποχρώσεων (20 ή 30, σε δείγματα μικρού μεγέθους) αποτελεί πραγματικό πρόβλημα. Ο ανθρώπινος οφθαλμός δεν είναι ικανός να διακρίνει, χωρίς κίνδυνο συγχύσεως, παρά μεταξύ τριών ή τεσσάρων αποχρώσεων του ιδίου χρώματος. Ο μέσος καταναλωτής βρίσκεται σε αδυναμία να διακρίνει τις παραπλήσιες ή παρόμοιες αποχρώσεις (βλ. το ανωτέρω μνημονευθέν έργο του M. D. Rivero González, σ. 1673).

κριβής και δυσχερής με την περιγραφή μιας οσμής [32].

28. Ποια είναι επομένως η διαφορά; Ο οφθαλμός επιτρέπει να βλέπουμε όχι μόνον το χρώμα αλλά επίσης τα σχήματα [33], ενώ η όσφρηση δεν επιτρέπει να αντιλαμβανόμαστε παρά «το χρώμα της οσμής», όχι «σχήμα» της [34]. Η αίσθηση της οράσεως παρέχει τη δυνατότητα ευρύτερης αντιλήψεως και, κατά συνέπεια, κατανοήσεως. Αυτή είναι κατά την άποψή μου η ουσιώδης διαφορά η οποία υφίσταται μεταξύ των οπτικών και των οσφρητικών μηνυμάτων, από την άποψη της προσδιοριστικής λειτουργίας τους.

29. Εν πάση περιπτώσει, εκτιμώ ότι η αφηρημένη ικανότητα των διά της οσφρήσεως αισθητών σημείων να επιτελέσουν μια λειτουργία παραστάσεως είναι αναμφισβήτητη. Αν επιθυμούμε να αποδώσουμε συμβολικά τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες ορισμένης προελεύσεως, ώστε να τα διακρίνουμε από τα αντίστοιχα διαφορετικής προελεύσεως, αν πρόκειται να επικαλεστούμε μια συγκεκριμένη προέλευση, ιδιότητα, τη φήμη μιας επιχειρήσεως, είναι προτιμητέο να καταφύγουμε σε μια αίσθηση η οποία, όπως η όσφρηση, έχει αναμφισβήτητες και πειστικές ιδιότητες επικλήσεως [35]. Ο M. D. Rivero γράφει στο προμνημονευθέν έργο του [36] ότι οι μελέτες σχετικά με την αίσθηση των οσμών αποδεικνύουν ότι η οσφρητική μνήμη είναι ίσως η καλύτερη που διαθέτει το ανθρώπινο ον [37]. Η όσφρηση, με την ιδιαίτερη λειτουργία της στο νευρικό σύστημα συνδέεται στενά με το τμήμα του εγκεφάλου που αποτελεί την έδρα της αναβιώσεως των αναμνήσεων και των συγκινήσεων [38]. Όπως διέκρινε ορθά ο

32 — Πρέπει να ληφθεί υπόψη το γεγονός ότι, παραδείγματος χάριν, η χρησιμοποιούμενοι στην αγορά κατάλογοι χρωμάτων μπορούν να παρουσιάζουν μέχρι 1 750 αποχρώσεις σε αναμείξεις χρωμάτων (βλ. το ανωτέρω μνημονευθέν έργο του M. D. Rivero González, υποσημείωση στη σελίδα 78, σ. 1675).

33 — Στο έργο «Ensayos sobre la pintura» (*Pensamientos sueltos sobre la pintura*, Ed. Tecnos, Μαδρίτη 1988, σ. 9), ο D. Diderot έγραψε ότι «το σχέδιο δίνει μορφή στα όντα· το χρώμα τούς δίνει τη ζωή». Η σχέση μεταξύ του χρώματος και του σχήματος διευκρινίστηκε το 1975 κατά τρόπο πολύ γραφικό, από τον Ch. Metz στο έργο *Lo percibido y lo nombrado* (διατίθεται στο Διαδίκτυο στη διεύθυνση www.otrocampo.com). Ο Metz έγραψε ότι, σε περιοδικό ενδυμάτων αν δύο είδη έχουν την ίδια κατή αλλά διαφορετικό χρώμα θεωρείται ότι πρόκειται για το ίδιο ένδυμα σε δύο διαφορετικές (αποχρώσεις), διότι, κατά την κοινή αντίληψη το διαρκές στοιχείο ενός αντικειμένου είναι η μορφή, η δε γλώσσα το επιβεβαιώνει: μόνο η ιδιότητα μεταβλήθηκε. Αν δύο είδη είναι του ιδίου χρώματος και διαφορετικής κοπής, ουδείς θα διανοηθεί να πει ότι τα κατάστημα προτείνει «τον ίδιο χρωματισμό σε δύο ενδύματα», θα πει μάλλον ότι «τα δύο ενδύματα έχουν τον ίδιο χρωματισμό». Το χρώμα αποτελεί την ιδιότητα: πρόκειται για δύο διαφορετικά αντικείμενα του ιδίου χρώματος.

34 — Στην πραγματικότητα, η αποδοχή των χρωμάτων και των οσμών ως σήματος παρουσιάζει παρόμοιες δυσχέρειες αυτό προκύπτει από την προμνημονευθείσα μελέτη του M. D. Rivero González.

35 — Στο έργο *Le Parfum, Histoire d'un meurtrier*, εκδόσεις Fayard, Παρίσι, 1986, ο P. Süskind διηγείται την ιστορία ενός άνδρα που έζησε στη Γαλλία τον XVIII αιώνα, ο οποίος είχε εξαιρετική όσφρηση και του οποίου τα αρώματα προκάλεσαν σημαντικό αριθμό θανάτων στο περιβάλλον του μέχρι να καταστραχθεί σε μια σκηνή τρομακτικού κανιβαλισμού. Στη σελίδα 105, ο P. Süskind γράφει: «Στο άρωμα υπάρχει μια δύναμη ήθους ισχυρότερη από τις λέξεις, από την οπτική εντύπωση, από το συναίσθημα και από τη βούληση. Η δύναμη πειθούς του αρώματος είναι ακαταμάχητη, εισχωρεί σε μας όπως ο αέρας που αναπνέουμε στους πνεύμονές μας, μας γεμίζει, μας καταλαμβάνει πλήρως, και απέναντί του δεν υπάρχει μέσον αντιστάσεως».

36 — Σελίδα 1677.

37 — Στην έκδοση του Σαββάτου 7 Ιουλίου 2001, η εφημερίδα *Le Monde* δημοσίευσε άρθρο (σ. 16) με τίτλο «Fouiller la mémoire pour accroître l'effet des publicités». Στο άρθρο αυτό αναφέρεται ότι ερευνητές γνωστικών επιστημών και νευροφυσιολογίας τίθενται στην υπηρεσία των εμπειρογνωμόνων της διαφημίσεως για τη βελτίωση της απομνημονεύσεως των εμπορικών μηνυμάτων.

38 — Ο Ch. Baudelaire το εκφράζει ωραία στο ποίημά του «Le parfum», το οποίο περιλαμβάνεται στο έργο του *Les fleurs du mal*, εκδόσεις Gallimard (La Pléiade), Παρίσι, 1971, σ. 39:

«Lecteur, as-tu quelquefois respiré
Avec ivresse et lente gourmandise
Ce grain d'encens qui remplit une église,
Ou d'un sachet le musc invétéré?

Charme profond, magique dont nous grise
Dans le présent le passé restauré
Ainsi l'amant sur un corps adoré
Du souvenir cueille la fleur exquise.

Dans ses cheveux élastiques et lourds
Vivant sachet, encensoir de l'alcôve,
Une senteur montait, sauvage et fauve,

Et des habits, mousseline ou velours,
Tout imprégnés de sa jeunesse pure,
Se dégageait un parfum de fourrure.»

Marcel Proust [39] σύμφωνα με τις τελευταίες διαπιστώσεις της νευροφυσιολογίας, οι αναμνήσεις και οι συγκινήσεις είναι πάντοτε αδιαχώριστες.

30. Αυτή η φυσική τάση των αισθητών διά της οσφρήσεως σημείων να καλύπτουν τη λειτουργία διαφοροποιήσεως που χαρακτηρίζει τα σήματα δεν είναι απλώς θεωρητική. Ορισμένες έννομες τάξεις δέχονται τα οσφρητικά σήματα. Η πλέον πρωτοπόρος έννομη τάξη είναι αυτή των Ηνωμένων Πολιτειών η οποία, στις 19 Σεπτεμβρίου 1990, δέχθηκε την καταχώριση ενός «δροσερού αρώματος ανθέων που θυμίζει τις μιμόζες με κόκκινα άνθη», ως σήματος για κλωστές ραφής και κεντήματος [40]. Πρέπει πάντως να γίνουν δύο διευκρινίσεις σχετικά με το σήμα αυτό. Στην πραγματικότητα, το σήμα δεν είναι τόσο η οσμή όσο το αρωματισμένο προϊόν, ανεξάρτητα από το άρωμά του [41].

31. Η δεύτερη διευκρίνιση είναι πολυπλοκότερη και αφορά ένα χαρακτηριστικό ίδιο του αμερικανικού συστήματος καταχωρίσεως των εμπορικών σημάτων. Αντίθετα προς τις αρχές που ισχύουν στην κοινοτική έννομη τάξη και στις έννομες τάξεις της πλειονότητας των κρατών μελών, για να μπορούν να καταχωριστούν ως σήματα ορισμένα σημεία δεν αρκεί να καθιστούν δυνατή μια διαφοροποίηση, αλλά είναι απαραίτητο αυτό το χαρακτηριστικό να έχει αποδειχθεί στην πράξη κατόπιν αποκλειστικής και διαρκούς χρήσεως επί ορισμένη χρονική περίοδο («secondary meaning»). Σε τέτοιες περιπτώσεις, τα δικαιώματα επί του σήματος γεννώνται διά της χρήσεως και όχι διά της καταχωρίσεως. Το σύμβολο μετατρέπεται σε σήμα όταν η πελατεία το θεωρεί ως τέτοιο [42].

39 — Το φαινόμενο της αθέλητης μνήμης που προκαλείται από ορισμένες αισθαντικές εντυπώσεις που θυμίζουν περασμένους καιρούς αποτελεί το στοιχείο που οδήγησε τη δημιουργικότητα του M. Proust στη συγγραφή του έργου *À la recherche du temps perdu*. Ανεξάρτητα από το πολύ γνωστό επεισόδιο του βουτήματος μέσα στο τσάι, που αποτελεί τη βάση του μυθιστορήματος (S. Doubrousky, *La place de la madeleine, Écriture et fantasme chez Proust*, εκδόσεις Mercure de France, Παρίσι, 1974, σ. 7 επ.), υπάρχουν και άλλες περιπτώσεις άμεσης και τυχαίας αισθήσεως διά της οσφρήσεως, μεταξύ των οποίων ο ιρλανδός συγγραφέας Samuel Beckett, βραβείο Νόμπελ φιλολογίας το 1969, προβάλλει τις οσμές κλειστού χώρου που αναδίδουν διάφορες «βεσπασιανές» στα Ηλύσια Πεδία (S. Beckett, Proust, εκδόσεις Nostromo, Μαδρίτη, 1975, σ. 38), αν και διάφορες άλλες οσφρητικές εντυπώσεις συναντώνται σε όλο το έργο του Proust, όπως οι οσμές ενός δρόμου, των φύλλων των δένδρων, το άρωμα ενός άνθους ή η οσμή κλειστού δωματίου (J.-P. Richard, *Proust et le monde sensible*, εκδόσεις Seuil, Παρίσι, 1974, σ. 133 και 134). Συγκεκριμένα, ο συγγραφέας αναφέρεται στην οσμή της κλεισούρας που ανέδιδαν οι υγροί και παλιοί τοίχοι της εισόδου της τουαλέτας όπου περίμενε τη Françoise [Proust, M., *À la recherche du temps perdu, À l'ombre des jeunes filles en fleurs*, εκδόσεις Gallimard (La Pléiade) Παρίσι, 1987, τόμος I, σ. 483].

40 — Πλέον πρόσφατα, στις 26 Ιουνίου 2001, το άρωμα κερασιού καταχωρίστηκε ως σήμα για συνθετικά λιπαντικά οχημάτων προοριζόμενων για αγώνες ή για παραστάσεις. Δεκατέσσερις άλλες αιτήσεις καταχωρίσεως οσφρητικών σημάτων αποτελούν σήμερα αντικείμενο εξετάσεως.

41 — Βλ. το προμνημονευθέν έργο του M. L. Llobregat, σ. 110 επ.· βλ. επίσης το έργο του E. Gippini Fournier «Las marcas olfativas en los Estados Unidos», *Actas de Derecho Industrial*, τόμο XIV, 1991-1992, συνέκδοση του Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela και του Marcial Pons, Ediciones juridicas, SA, Μαδρίτη, 1993, σ. 157 έως 167. Στην απόφασή του με την οποία επέτρεπε την καταχώριση αυτού του σήματος το Trademark Trial and Appeal Board διευκρίνισε ότι δεν μπορούσε να αποτελέσει προηγούμενο για την καταχώριση οσμών χαρακτηριζουσών προϊόντα τα οποία είναι καθ' εαυτά οσφρητικά (κολώνιες, προϊόντα καθαρισμού). Τα σήματα αυτού του είδους γίνονται δεκτά μόνον για προϊόντα τα οποία, κανονικά, δεν συνδέονται με μια οσμή.

42 — Βλ. J. T. McCarthy, «Les grandes tendances de la législation sur les marques et sur la concurrence déloyale aux États-Unis d'Amérique dans les années 1970», *La Propriété industrielle, Revue mensuelle de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle*, αριθ. 10, Οκτώβριος 1980, σ. 225 και 226. Το secondary meaning δεν είναι άγνωστο στο κοινοτικό δίκαιο περί σημάτων. Το άρθρο 3, παράγραφος 3, της πρώτης οδηγίας επιτρέπει την καταχώριση σημείων τα οποία δεν έχουν μεν αρχικώς διακριτικό χαρακτήρα, αλλά αποκτούν τέτοιο διά της χρήσεως (βλ., υπό την ίδια έννοια, το άρθρο 7, παράγραφος 3, του κανονισμού 40/94).

32. Στην έννομη τάξη της Ευρωπαϊκής Ενώσεως, το Γραφείο Εναρμονίσεως στο πλαίσιο της εσωτερικής αγοράς δέχθηκε την καταχώριση της «οσμής φρεσκοκομμένου χόρτου» ως σήματος για μπάλες του τένις[43]. Φαίνεται πάντως ότι πρόκειται για «μαργαριτάρι στην έρημο», για μεμονωμένη απόφαση προοριζόμενη να μείνει χωρίς συνέχεια[44].

33. Στο Ηνωμένο Βασίλειο[45], το United Kingdom Trade Mark Registry δέχθηκε δύο οσφρητικά σήματα: την οσμή ρόδου για ελαστικά (σήμα αριθ. 2001416) και την οσμή μπύρας για πτερύγια μεικτού βέλους (σήμα αριθ. 200234). Εντούτοις, όπως επισήμανε η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου στις γραπτές παρατηρήσεις της[46], η πρακτική σχετικά με αυτή την κατηγορία σημάτων μεταβάλλεται. Συγκεκριμένα, ο Registrar αρνήθηκε να καταχωρίσει, με απόφαση της 16ης Ιουνίου 2000, επιβεβαιωθείσα δευτεροβαθμίως με απόφαση της 19ης Δεκεμβρίου 2000, το άρωμα κανέλας ως σήμα για είδη επιπλώσεως (αριθ. 2000169).

43 — Απόφαση του δεύτερου τμήματος προσφυγών, της 11ης Φεβρουαρίου 1999, υπόθεση R 156/1998-2, αίτηση αριθ. 428.870.

44 — Στο *Oami News*, αριθ. 3, 1999, σ. 4, δημοσιεύθηκε ότι παρά την καταχώριση του σήματος αριθ. 428.870, «οσμή φρεσκοκομμένου χόρτου», το Γραφείο θα διατηρήσει την πρακτική του η οποία συνίσταται στο να επιβάλλει ως προϋπόθεση αποδοχής της καταθέσεως τη δυνατότητα γραφικής παραστάσεως (σε δύο διαστάσεις) όλων των μη λεκτικών σημάτων.

45 — Επί των οσφρητικών σημάτων στη Μεγάλη Βρετανία βλ. τα σημεία 33 επ. των γραπτών παρατηρήσεων της Κυβερνήσεως του Ηνωμένου Βασιλείου.

46 — Σκέψη 37.

34. Στη Γαλλία[47], τα αρώματα μπορούν να αποτελούν αντικείμενο δικαιωμάτων του δημιουργού[48] και στη Benelux ένα οσφρητικό σήμα έγινε δεκτό για προϊόντα καλλωπισμού[49].

3. *Η αδυναμία «γραφικής παραστάσεως» των οσφρητικών μηνυμάτων*

35. Σύμφωνα με το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας, είναι δυνατό να αποτελούν σήμα μόνον τα σημεία που «μπορούν από τη φύση τους να διακρίνουν τα προϊόντα ή τις υπηρεσίες μιας επιχειρήσεως από τα αντίστοιχα άλλων επιχειρήσεων»· πρέπει επίσης να είναι επιδεκτικά «γραφικής παραστάσεως»[50].

47 — Στο γαλλικό *Bulletin officiel de la propriété industrielle* δημοσιεύθηκε η αίτηση καταχωρίσεως τεσσάρων οσφρητικών σημάτων, αλλά κανένα από αυτά δεν καταχωρίσθηκε ακόμη.

48 — Βλ. την απόφαση του cour d'appel de Paris, της 3ης Ιουνίου 1975 στην υπόθεση Rochas· βλ. επίσης την απόφαση του tribunal de commerce de Paris, της 24ης Σεπτεμβρίου 1999 στην υπόθεση Thierry Mugler Parfums.

49 — Η καταχώριση (αριθ. 925.979) πραγματοποιήθηκε από τη γαλλική εταιρία Lancôme Parfums et Beauté & Cie. Το γραφείο σημάτων της Benelux δέχθηκε επίσης την οσμή φρεσκοκομμένου χόρτου ως σήμα για μπάλες του τένις.

50 — Το ίδιο γίνεται δεκτό και στο άρθρο 8, παράγραφος 1, του γερμανικού νόμου περί σημάτων, με το οποίο απαγορεύεται η καταχώριση διακριτικών σημείων «τα οποία δεν είναι επιδεκτικά γραφικής παραστάσεως». Η απαίτηση αυτή προβλέπεται επίσης στο άρθρο 711-1 του γαλλικού κώδικα πνευματικής ιδιοκτησίας και στο άρθρο 165.1 του πορτογαλικού κώδικα βιομηχανικής ιδιοκτησίας, όπως και στο άρθρο 16 του ιταλικού νόμου περί σημάτων. Οι αντίστοιχοι νόμοι της Δανίας, της Φινλανδίας και της Σουηδίας ακολουθούν την ίδια γραμμή. Στο ελληνικό δίκαιο προβλέπεται η ίδια απαίτηση (άρθρο 1, παράγραφος 1, του νόμου 2239/1994). Ο Trade Marks Act 1994 (άρθρο 1, παράγραφος 1), στο Ηνωμένο Βασίλειο και ο Trade Marks Act 1996 (τμήμα 6), στην Ιρλανδία απαιτούν τη δυνατότητα γραφικής παραστάσεως για την καταχώριση ενός σημείου. Τέλος, στην Ισπανία, ο ισχύων νόμος δεν προβλέπει την απαίτηση αυτή, αλλά το σχέδιο νόμου περί σημάτων (Ley de Marcas), που αποτελεί αντικείμενο κοινοβουλευτικών συζητήσεων, ορίζει στο άρθρο 4, παράγραφος 1, το σήμα ως «κάθε σημείο επιδεκτικό γραφικής παραστάσεως [...]» [Boletin Oficial de las Cortes Generales, Senado, σειρά II: σχέδιο νόμου, αριθ. 31 (α), της 4ης Ιουλίου 2001, σ. 6]. Ωστόσο, στην έννομη τάξη των Ηνωμένων Πολιτειών της Αμερικής, η δυνατότητα γραφικής παραστάσεως δεν είναι απαίτηση συνδεόμενη με την έννοια του σήματος, πράγμα που εξηγεί ίσως τη μεγαλύτερη διασπορά αυτού του είδους διακριτικών σημείων στο αμερικανικό σύστημα.

36. Η προϋπόθεση αυτή επιβάλλεται από την αρχή της ασφάλειας δικαίου. Το καταχωρισμένο σήμα εξασφαλίζει μονοπώλιο στον δικαιούχο του, ο οποίος προβαίνει σε αποκλειστική χρήση των σημείων που το αποτελούν, εξαιρέσει παντός τρίτου. Ο έλεγχος του μητρώου πρέπει να παρέχει τη δυνατότητα στους ενδιαφερόμενους να γνωρίζουν, στο μέτρο του δυνατού που συνδέεται με τον δημόσιο χαρακτήρα των μητρώων τη φύση και το περιεχόμενο των καταχωρισμένων σημείων, ενδείξεων και συμβόλων προς τον σκοπό δε αυτόν απαιτείται η γραφική τους παράσταση. Αν μια επιχείρηση κάνει χρήση ορισμένων σημείων και ενδείξεων για να διακρίνει τα προϊόντα και τις υπηρεσίες της από τα αντίστοιχα των άλλων επιχειρήσεων, πρέπει τα σύμβολα που χρησιμοποιεί να είναι επακριβώς γνωστά ώστε οι ενδιαφερόμενοι να μπορούν να είναι προσηκόντως ενήμεροι. Κατά συνέπεια, ενόψει των αναγκών της ασφάλειας δικαίου, η απαίτηση της δυνατότητας γραφικής παραστάσεως προστίθεται στη διακριτική λειτουργία, πρωταρχική και ουσιώδη λειτουργία των σημάτων.

37. Γραφική παράσταση σημαίνει περιγραφή κάποιου πράγματος με τη χρήση συμβόλων τα οποία είναι δυνατό να σχεδιασθούν. Αυτό σημαίνει ότι στην πρωταρχική ικανότητα ενός οποιουδήποτε σημείου να διακρίνει ορισμένα πράγματα προστίθεται η δυνατότητά του να σχεδιασθεί σε ένα κομμάτι χαρτί και, κατά συνέπεια, να είναι αισθητό διά της οράσεως. Εφόσον πρόκειται για δυνατότητα διακρίσεως, η παράσταση αυτή πρέπει να αποδίδεται κατά τρόπο κατανοητό, διότι η αντίληψη είναι προϋπόθεση της δυνατότητας διακρίσεως.

38. Επομένως, μια οποιαδήποτε γραφική παράσταση δεν αρκεί. Πρέπει να πληροί δύο προϋποθέσεις. Η παράσταση πρέπει κατ' αρχάς να είναι σαφής και ακριβής, ώστε να παρέχει τη δυνατότητα στους ενδιαφερόμενους να γνωρίζουν χωρίς καμία αμφιβολία αυτό που αποτελεί αντικείμενο του αποκλειστικού δικαιώματος. Πρέπει επιπλέον να είναι αντιληπτή από όσους επιθυμούν να συμβουλευθούν το μητρώο, ήτοι τους λοιπούς παραγωγούς και τους καταναλωτές [51]. Η ικανότητα διακρίσεως και η επιδεκτικότητα γραφικής παραστάσεως είναι δύο κριτήρια που επιδιώκουν τον ίδιο στόχο, ήτοι οι δυνητικοί αγοραστές να μπορούν να επιλέγουν τα προϊόντα στην αγορά βάσει της προελεύσεώς τους. Τα σημεία που αποτελούν σήμα αποδίδονται με γραφική παράσταση ώστε να παρέχεται προστασία και να εξασφαλίζεται ορισμένη δημοσιότητα στο γεγονός ότι δικαιούχος τους είναι μια επιχείρηση, με σκοπό την εξατομίκευση των προϊόντων της καθώς και των υπηρεσιών που παρέχει.

39. Είναι δυνατό να «σχεδιασθεί» μια οσμή; Ένα οσφρητικό σημείο μπορεί να αποτελεί αντικείμενο γραφικής παραστάσεως με ακρίβεια και σαφήνεια για όλους; Κατά την άποψή μου, η απάντηση είναι αρνητική. Φαίνεται ότι είναι επίσης αρνητική για τον R. Sieckmann ο οποίος, κατά την παρέμβασή του στην επ' ακροατηρίου συζήτηση, αναγνώρισε ότι οι οσμές δεν μπορούν να αποδοθούν με γραφική παράσταση. Για να καταλήξουμε στο συμπέρασμα αυτό, αρκεί να αναλύσουμε τις εναλλακτικές λύσεις που προτείνει το Bundespatentgericht στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα.

40. Ένας χημικός τύπος δεν παριστά την οσμή μιας ουσίας, αλλά την ουσία καθ' εαυτή. Μόνον τα χημικά συστατικά και οι ακριβείς

51 — Στις γραπτές παρατηρήσεις της, η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου επισήμανε ορθά ότι δεν θα ήταν δεκτή μια παράσταση που θα απαιτούσε υπερβολικές προσπάθειες για να προσδιοριστεί το σημείο βάσει της παραστάσεώς του στο μητρώο [σημείο 32, c)].

αναλογίες για τη λήψη ορισμένου προϊόντος θα αποτελούσαν αντικείμενο της καταχωρίσεως και όχι το οσφρητικό σημείο. Τέτοια παράσταση θα έπασχε επιπλέον λόγω ελλείψεως σαφήνειας και ακρίβειας, οι οποίες ωστόσο είναι αναγκαίες. Λίγα πρόσωπα θα ήταν ικανά να ερμηνεύσουν μια οσμή βάσει του χημικού τύπου που αποδίδει το προϊόν από το οποίο προέρχεται η οσμή, ήτοι βάσει των στοιχείων τα οποία συνθέτουν το προϊόν και τον ποσοτήτων [52] που πρέπει να αναμειχθούν ώστε να ληφθεί το προϊόν [53]. Πρέπει να προστεθεί στα ανωτέρω ότι ένα και το αυτό προϊόν μπορεί να αναδίδει διαφορετικά οσφρητικά σημεία βάσει τυχαίων παραγόντων όπως η συμπύκνωσή του, η θερμοκρασία του περιβάλλοντος ή το υπόθεμά του [54].

41. Η περιγραφή ενός σημείου διά του γραπτού λόγου αποτελεί γραφική παράσταση, αλλά δεν πληροί, αφ' εαυτής, τις απαιτούμενες προϋποθέσεις της σαφήνειας και της ακρίβειας [55]. Για τους λόγους τους οποίους εξέθεσα ανωτέρω, η περιγραφή ενός σχεδιογραφήματος παρουσιάζει λιγότερες δυσκολίες από την περιγραφή ενός μουσικού έργου, ενός χρώματος ή μιας οσμής. Το σχήμα που συνοδεύει το σχεδιογράφημα επιτρέπει την αντικειμενικοποίηση των χαρακτηριστικών του, πράγμα που δεν συμβαίνει με τα μη εικονιστικά σημεία. Η περιγραφή μιας οσμής χαρακτηρίζεται από μεγαλύτερη υποκειμενικότητα [56] και, κατά συνέπεια, από σχετικότητα, χαρακτηριστικό που έρχεται σε αντίθεση με την ακρίβεια και τη σαφήνεια [57]. Η υπόθεση που οδήγησε στην παρούσα προδικαστική παραπομπή αποτελεί καλό παράδειγμα των λεγομένων μου. Ο αιτών ζητεί την καταχώριση ενός αρώματος «βαλσαμίνης με ελαφρά οσμή κανέλας». Ποιος είναι ο χαρακτήρας της οσμής βαλσαμίνης; Ποια μπορεί να είναι η ένταση μιας αρωματικής οσμής κανέλας; Με αυτή την περιγραφή είναι αδύνατο να γίνει γνωστό το οσμητικό σημείο του οποίου ο αιτών ζητεί την αποκλειστική χρήση. Έστω και αν η περιγραφή ήταν εκτενέστερη, δεν θα ήταν ακριβέστερη και θα ήταν αδύνατο να προσδιοριστεί χωρίς αμφιβολία σε τι συνίσταται η εν λόγω οσμή [58]. Φαίνεται προφανές ότι η

52 — Ποιος θα ήταν ικανός να αισθανθεί ένα άρωμα «βαλσαμίνης με ελαφρά οσμή κανέλας» βάσει του χημικού τύπου C_6H_5-CH = $CHCOOCH_3$;

53 — Η Κυβέρνηση του Ηνωμένου Βασιλείου διευκρινίζει στις γραπτές παρατηρήσεις της ότι ικανός αριθμός οσμών δεν προέρχονται από μια μόνον καθαρή χημική ουσία, αλλά από μείγμα ουσιών. Η υποχρέωση προσδιορισμού του χαρακτήρα του σημείου βάσει ορισμένου αριθμού περίπλοκων χημικών τύπων θα αποτελούσε ανεπίτρεπτη επιβάρυνση για αυτούς που συμβουλεύονται το μητρώο (σημείο 41).

54 — Ο H. E. Meister, στο έργο «Markenfähigkeit und per se-Ausnahmen im Gemeinschaftsmarkenrecht», *WRP — Wettbewerb in Recht und Praxis*, αριθ. 9/2000, σ. 967 επ., επισημαίνει ότι «το φρεσκοκομμένο χόρτο» δεν έχει την ίδια οσμή στην πόλη όπου γεννήθηκε και στο Alicante.

55 — Εκτός αν πρόκειται για σήμα αποκλειστικά λεκτικό. Παραδείγματος χάριν, το λεκτικό σήμα «tapitoli» έχει, καθ' εαυτό, διακριτικό χαρακτήρα, εκτός βέβαια αν υφίστανται άλλα όμοια ή παραπλήσια ονόματα για όμοια ή παραπλήσια προϊόντα (βλ. τα άρθρα 4, παράγραφος 1, και 5, παράγραφος 1, της πρώτης οδηγίας).
Στο προαναφερθέν τεύχος του *Oami News* αναφέρεται ότι πρακτική του Γραφείου είναι να απορρίπτει μια περιγραφή ως αποδεκτό υποκατάστατο μιας γραφικής παραστάσεως.

56 — Η Αυστριακή Κυβέρνηση μας το αποδεικνύει στις γραπτές παρατηρήσεις της με ένα διαφωτιστικό παράδειγμα: δύο οινολόγοι δεν περιγράφουν κατά τον ίδιο τρόπο το άρωμα του ίδιου κρασιού (σημείο 4, παράγραφος 2). Παραδείγματος χάριν, το άρωμα του κρασιού «Château Talbot» (ονομασία προελεύσεως: *Bordeaux, Saint-Julien*) εσοδείας 1992 περιγράφεται ως εξής: «άρωμα εξωτικό και εξωστρεφές ζαχαρωμένου μαύρου κερασιού, τρούφας και γλυκόρριζας, χαρακτηριζόμενο από οσμές βοτάνων και χόρτων, όχι ιδιαίτερα έντονο, ευέλικτο και χυμώδες» (R.Parker, *Les vins de Bordeaux*, εκδόσεις Solar, Παρίσι 1999, σ. 317) άλλά και ως εξής: «άρωμα καφέ με ανεπαίσθητη ζωική οσμή, ωραία δομή, πλούσιο και με καλή συμπύκνωση» (*Le guide Hachette des vins 1996*, έκδοση J. Arcache και C. Montalbetti, Παρίσι 1995, σ. 327).

57 — Ο H. E. Meister, παραπέμποντας στον K. Lorenz, αναφέρει ότι η δυσχέρεια αντικειμενικής αποδόσεως των οσμών οφείλεται εν μέρει στους περιορισμούς της γλώσσας η οποία αναπτύχθηκε σε μια εποχή κατά την οποία η μόνη γνωστή εμπειρία ήταν η οντογένεση. Αυτό είναι ο λόγος για τον οποίο περιγράφουμε τις οσμές αναφερόμενοι σε άλλα αντικείμενα («οσμή κανέλας»).

58 — Στο προμνημονευθέν έργο του ο Σ. Μανιάτης παραθέτει την περιγραφή της οσμής του αρώματος «n° 5» του οίκου Chanel που έγινε ενόψει της καταχωρίσεώς του: «άρωμα με όσμη οξειδωμένου οινοπνεύματος και ανθέων με μια πρώτη αρωματική αίσθηση περγαμόντου, λεμονιού και ανθόνερου, μια κομψή δεύτερη αρωματική αίσθηση γιασεμιού, ρόδου, ανθεμίδας και ίριδας, και ένα βαθύτερο άρωμα, αισθησιακό και γυναικείο, ευώδους ξύλου, κέδρου, βανίλιας, κεχριμπαριού και μόσχου. Το άρωμα αυτό είναι επίσης γνωστό υπό την γραπτή επωνυμία του: n° 5».

περιγραφή μιας οσμής δεν αποτελεί πρόσφορη γραφική παράσταση κατά την έννοια του άρθρου 2 της πρώτης οδηγίας [59].

42. Τέλος, η κατάθεση στο μητρώο ενός δείγματος του χημικού προϊόντος από το οποίο προέρχεται η οσμή δεν αποτελεί τη «γραφική παράσταση» του διακριτικού σημείου. Έστω και αν γινόταν δεκτή η κατάθεση δείγματος της ουσίας που παράγει την οσμή, στις δυσχέρειες καταχωρίσεως που συνδέονται με τη σαφήνεια και την ακρίβεια θα προσθέτονταν οι δυσκολίες σχετικά με τη δημοσίευση και με το πέρασμα του χρόνου. Λόγω της πτητικότητας των συστατικών της ουσιών μια οσμή μεταβάλλεται με το πέρασμα του χρόνου μέχρι να εξαφανισθεί [60].

43. Αν κανένα από τα στοιχεία υποκαταστάσεως που προτείνονται στο δεύτερο προδικαστικό ερώτημα δεν μπορεί να ανταποκρίνεται ατομικά στις απαιτήσεις της «γραφικής παραστάσεως», η οποία καθιστά δυνατό τον προσδιορισμό, με σαφήνεια και ακρίβεια, του σημείου ή των σημείων τα οποία αποτελούν το σήμα, το άθροισμα αυτών των στοιχείων υποκαταστάσεως θα μπορούσε να προκαλέσει ακόμη μεγαλύτερη αβεβαιότητα. Η καταχώριση ενός χημικού τύπου, συνοδευόμενου από δείγμα και από περιγραφή της οσμής την οποία αυτό παράγει, αυξάνει τον αριθμό των μηνυμάτων που θα καθιστούσαν δυνατή του γνώση του σημείου και, κατά συνέπεια, τον κίνδυνο διαφορετικών ερμηνειών, προκαλώντας μεγαλύτερη ανασφάλεια [61].

44. Ουδόλως αρνούμαι ότι τα οσφρητικά μηνύματα μπορούν να αποδίδονται διά της γραφής. Υφίστανται διάφορα συστήματα, που ανέπτυξε η επιστήμη, για τη «σχεδίαση» των οσμών [62], αλλά, στο παρόν στάδιο εξελίξεως της γνώσεως, όλα αυτά τα συστήματα εμφανίζουν τις δυσχέρειες που εξέθεσα ανωτέρω και πάσχουν από την έλλειψη σαφήνειας και ακρίβειας, οι οποίες είναι αναγκαίες για την οπτική έκφραση ενός διακριτικού σημείου του οποίου ο ενδιαφερόμενος επιθυμεί να έχει την αποκλειστική χρήση υπό μορφή σήματος.

45. Δεν είναι αναγκαίο να αποκλεισθούν ρητώς ορισμένα σημεία από τη νομοθεσία περί σημάτων. Κάποια αποκλείονται αφ' εαυτών λόγω του ότι δεν ανταποκρίνονται στις απαιτήσεις τις οποίες θέτει το δίκαιο των σημάτων [63].

59 — Αν γινόταν δεκτό ότι η περιγραφή μιας οσμής μπορεί να αποτελεί σήμα γιατί να μην ισχύει το ίδιο για ένα συναίσθημα; Παραδείγματος χάριν, την αγωνία, τον φόβο, την ελπίδα ή την ευχαρίστηση.

60 — Η πτητικότητα είναι το απαραίτητο φυσικό χαρακτηριστικό για να έχει οσμή μια ουσία. Τα αρώματα αναδίδουν οσμή διότι είναι πτητικά. Η πτητικότητα των συστατικών στοιχείων ενός αρώματος δεν είναι ομοιόμορφη. Οι αισθητήριοι δέκτες δέχονται πρώτα την αρωματική αίσθηση που προκαλείται από τα περισσότερο πτητικά στοιχεία του αρώματος («εγχεφαλικές νότες»). Οι «νότες της καρδιάς» ή «μεσαίες νότες» είναι η δεύτερη αρωματική αίσθηση που αποτελεί το κεντρικό μέρος του αρώματος. Οι «νότες του βάθους» είναι η βαθύτερη και διαρκέστερη αρωματική αίσθηση η οποία προκαλείται από τα λιγότερο πτητικά στοιχεία και δίνει τον χαρακτήρα του στο άρωμα.

61 — Δεν θα ήταν παράδοξο ένα πρόσωπο που ενδιαφέρεται να εξετάσει την καταχώριση του σήματος να είναι πεπεισμένο, αφού δοκιμάσει διά της οσφρήσεως το κατατεθέν δείγμα, ότι το άρωμα το οποίο αισθάνεται δεν αντιστοιχεί στην περιγραφή, αν και δεν είναι σε θέση να αποφανθεί σχετικά με τον καταχωρισμένο χημικό τύπο, ο οποίος του είναι ακατανόητος.

62 — Η αισθητήρια αξιολόγηση, η αεριώδης χρωματογραφία (GC) και η ρευστή χρωματογραφία υψηλής αποδόσεως (HPLC), περιγράφονται από τον M. L. Llobregat, σ. 102 έως 105 του προμνημονευθέντος έργου του.

63 — M. Mathély, «Le droit français des signes distinctifs», *Librairie du Journal des Notaires et des Avocats*, Παρίσι, 1984, σ. 42.

46. Εν κατακλείδι, οι οσμές, αν και μπορούν έχουν διακριτικό χαρακτήρα, δεν είναι επιδεκτικές «γραφικής παραστάσεως» όπως απαιτεί το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας. Κατά συνέπεια, σύμφωνα με την προμνημονευθείσα διάταξη, δεν μπορούν να αποτελούν σήματα ούτε, ως εκ τούτου, να καταχωρίζονται καθ' εαυτές, δυνάμει του άρθρου 3, παράγραφος 1, στοιχείο α', της πρώτης οδηγίας.

IV — Πρόταση

47. Βάσει των ανωτέρω, προτείνω στο Δικαστήριο να απαντήσει ως εξής στα ερωτήματα του Bundespatentgericht:

«1) Το άρθρο 2 της πρώτης οδηγίας 89/104/ΕΟΚ του Συμβουλίου, της 21ης Δεκεμβρίου 1988, για την προσέγγιση των νομοθεσιών των κρατών μελών περί σημάτων, επιβάλλει, για να μπορεί να καταχωρισθεί ένα σημείο να έχει διακριτικό χαρακτήρα και να επιδέχεται γραφική παράσταση πλήρη, σαφή, ακριβή και κατανοητή για την πλειονότητα των κατασκευαστών και των καταναλωτών.

2) Επί του παρόντος, οι οσμές δεν είναι επιδεκτικές πρόσφορης γραφικής παραστάσεως και, σύμφωνα με τα προβλεπόμενα από την ανωτέρω διάταξη, δεν μπορούν να αποτελούν σήματα.»