Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 13 de setembro de 2018 [1]

Processo C-194/17 P

Georgios Pandalis
contra

Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia (EUIPO)

«Recurso de decisão do Tribunal Geral — Marca da União Europeia — Regulamento n.º 207/2009 — Procedimento de extinção — Marca da União Europeia *CYSTUS* — Utilização séria — Caráter descritivo da marca — Suplementos alimentares para uso não medicinal — Diretiva 2002/46/CE»

I. Introdução

1. O regulamento sobre a marca da União [2] prevê a situação em que a marca registada é desprovida de caráter distintivo, sendo meramente descritiva. Nesse caso, nos termos do artigo 52.º, pode ser declarada a nulidade da marca, na sequência de um pedido, ainda que em princípio, a mesma não devia sequer ter sido registada. Além, disso, nos termos do artigo 51.º, pode ser declarada a extinção da marca quando, durante um período de cinco anos, a mesma não seja objeto de utilização séria. O presente processo diz respeito à questão de saber quais as consequências da natureza descritiva de uma marca para a prova da utilização séria.

2. A Câmara de Recurso do EUIPO e o Tribunal Geral partiram do princípio de que a marca, devido à sua natureza descritiva, não era utilizada como marca e concluíram pela sua extinção. O titular da marca alega que, deste modo, foi contornado o processo de nulidade.

3. Além disso, também se coloca a questão de saber se a marca controvertida foi utilizada para os produtos corretos, ou seja, para «suplementos alimentares para uso não medicinal». Neste contexto, é pertinente a Diretiva 2002/46 [3], aplicável a estes produtos.

1 Língua original: alemão.

2 Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária (JO 2009, L 78, p. 1), na redação do Ato relativo às condições de adesão da República da Croácia e às adaptações do Tratado da União Europeia, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e do Tratado que institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica (JO 2012, L 112, p. 21), posteriormente substituído pelo Regulamento (UE) 2017/1001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, sobre a marca da União Europeia (JO 2017, L 154, p. 1).

3 Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 10 de junho de 2002, relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos suplementos alimentares (JO 2002, L 183, p. 51).

II. Quadro jurídico

A. Regulamento sobre a marca da União Europeia

4. O artigo 7.º, n.º 1, do regulamento sobre a marca da União Europeia prevê motivos absolutos de recusa do registo:

«1. Será recusado o registo:

[…]

c) De marcas compostas exclusivamente por sinais ou indicações que possam servir, no comércio, para designar a espécie, a qualidade, a quantidade, o destino, o valor, a proveniência geográfica ou a época de fabrico do produto ou da prestação do serviço, ou outras características destes;

[…]»

5. O artigo 51.º do regulamento sobre a marca da União Europeia regula a extinção da marca:

«1. Será declarada a perda dos direitos do titular da marca da União Europeia, na sequência de pedido apresentado ao Instituto ou de pedido reconvencional em ação de contrafação:

a) Quando, durante um período ininterrupto de cinco anos, a marca não seja objeto de utilização séria na União em relação aos produtos ou serviços para que foi registada e se não existirem motivos justos para a sua não utilização; todavia, ninguém poderá alegar a extinção dos direitos do titular se, entre o termo desse período e a apresentação do pedido ou do pedido reconvencional, a marca tiver sido objeto de um início ou reinício de utilização séria; no entanto, o início ou reinício da utilização durante o período de três meses anterior à apresentação do pedido ou do pedido reconvencional, desde que esse período não tenha sido iniciado antes do termo do período ininterrupto de cinco anos de não utilização, não será tido em consideração se os preparativos para o início ou reinício da utilização apenas começarem depois de o titular ter tido conhecimento da possibilidade de vir a ser apresentado o pedido ou o pedido reconvencional;

[…]

2. Se a causa de extinção só se verificar em relação a uma parte dos produtos ou serviços para os quais a marca da União Europeia foi registada, a perda dos direitos do titular só será declarada em relação aos produtos ou serviços em causa.»

6. O artigo 75.º do regulamento sobre a marca da União Europeia recorda o dever de fundamentação e o direito ao contraditório:

«As decisões do Instituto serão fundamentadas. Essas decisões só se podem basear em motivos a respeito dos quais as partes tenham podido pronunciar-se.»

B. Diretiva 2002/46

7. Os suplementos alimentares são objeto da Diretiva 2002/46. O artigo 2.º, alínea a), define-os como «géneros alimentícios que se destinam a complementar o regime alimentar normal e que constituem fontes concentradas de determinados nutrientes ou outras substâncias com efeito nutricional ou fisiológico, estremes ou combinados, comercializados em forma doseada, ou seja, as formas de apresentação como cápsulas, pastilhas, comprimidos, pílulas e outras formas semelhantes, saquetas de pó, ampolas de líquido, frascos com conta-gotas e outras formas similares de líquidos ou pós que se destinam a ser tomados em unidades medidas de quantidade reduzida».

8. O artigo 6.º da Diretiva 2002/46 estabelece os requisitos de etiquetagem:

«1. Para efeitos do n.º 1 do artigo 5.º da Diretiva 2000/13/CE, a denominação de venda dos produtos abrangidos pela presente diretiva é a de "suplemento alimentar".

2. A rotulagem, apresentação e publicidade não podem atribuir aos suplementos alimentares propriedades profiláticas, de tratamento ou curativas de doenças humanas, nem fazer referência a essas propriedades.

3. Sem prejuízo da Diretiva 2000/13/CE, a rotulagem contém as seguintes referências específicas obrigatórias:

a) A designação das categorias de nutrientes ou substâncias que caracterizam o produto ou uma referência específica à natureza desses nutrientes ou substâncias;

b) A dose diária recomendada do produto;

c) Uma advertência de que não deve ser excedida a dose diária indicada;

d) A indicação de que os suplementos alimentares não devem ser utilizados como substitutos de um regime alimentar variado;

e) Uma advertência de que os produtos devem ser guardados fora do alcance das crianças de tenra idade.»

III. Antecedentes do litígio e tramitação processual perante o EUIPO e o Tribunal Geral

9. G. Pandalis é titular da marca nominativa da União Europeia *CYSTUS*. O EUIPO registou-a em 5 de janeiro de 2004. Foi pedido o registo, designadamente, para «suplementos alimentares para uso não medicinal» da classe 30 do Acordo de Nice relativo à Classificação Internacional dos Produtos e dos Serviços para o registo de marcas, de 15 de junho de 1957, revisto e alterado.

A. Tramitação processual perante o EUIPO e decisão da Câmara de Recurso

10. Em 3 de setembro de 2013, a LR Health & Beauty Systems GmbH apresentou um pedido de declaração de extinção da marca *CYSTUS*, ao abrigo do artigo 51.º, n.º 1, alínea a), do regulamento sobre a marca da União Europeia [atual artigo 58.º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (UE) n.º 2017/1001]. A título de fundamentação do seu pedido, alegou que a marca não foi objeto de uma utilização séria durante um período ininterrupto de cinco anos.

11. Na audiência, G. Pandalis e a LR Health & Beauty, a pedido do Tribunal de Justiça, informaram que também estava pendente um processo de nulidade da marca *CYSTUS*. Este último processo baseia-se no facto de a marca ser descritiva. O EUIPO suspendeu este processo até à conclusão do presente processo.

12. Por decisão de 12 de setembro de 2014, a Divisão de Anulação do EUIPO proferiu a extinção para uma parte dos produtos registados, entre os quais, também os «suplementos alimentares para uso não medicinal» abrangidos pela classe 30 da classificação de Nice.

13. Por decisão de 30 de outubro de 2015, a Primeira Câmara de Recurso negou provimento ao recurso interposto por G. Pandalis da decisão da Divisão de Anulação.

14. A Câmara de Recurso baseou a sua decisão fundamentalmente em dois argumentos.

15. Em primeiro lugar, afirmou que G. Pandalis não utilizou a expressão «CYSTUS» como marca da União, mas como descrição dos seus produtos para indicar que os produtos continham extratos da espécie vegetal *Cistus Incanus L.* como substância ativa essencial. Em entender da Câmara de Recurso, não basta que os produtos tenham sido contenham o termo «CYSTUS» em vez de «Cistus» e que tenha, por vezes, sido utilizado o símbolo «®» para se poder concluir por uma utilização como marca da União. A marca devia, desde logo, por este motivo, ser declarada extinta.

16. Em segundo lugar, a Câmara de Recurso entendeu que G. Pandalis não fez prova de uma utilização séria da marca para «suplementos alimentares para uso não medicinal» da classe 30, uma vez que a sua apresentação não respeita os requisitos da Diretiva 2002/46.

B. Acórdão do Tribunal Geral

17. Em 14 de janeiro de 2016, G. Pandalis interpôs recurso da decisão controvertida da Câmara de Recurso para o Tribunal Geral. No acórdão recorrido, de 14 de fevereiro de 2017, o Tribunal Geral negou provimento ao recurso.

IV. Processo de recurso e pedidos das partes

18. Por requerimento apresentado em 14 de abril de 2017, G. Pandalis interpôs recurso do acórdão do Tribunal Geral.

19. G. Pandalis pede ao Tribunal de Justiça que se digne:

1) anular o acórdão proferido pelo Tribunal Geral em 14 de fevereiro de 2017 no processo T-15/16 relativo ao procedimento de extinção intentado contra a marca da União Europeia n.º 001273119 «Cystus»;

2) anular a decisão da Primeira Câmara de Recurso do EUIPO de 30 de outubro de 2015 no processo R 2839/2014-1, relativa ao procedimento de extinção da marca da União Europeia n.º 001273119 «Cystus»;

3) anular a decisão da Divisão de Extinção[4] de 12 de setembro de 2014, adotada no âmbito do processo de anulação 8374 C, na medida em que esta declara que o titular da marca da União Europeia n.º 001273119 «Cystus» perde os seus direitos no que respeita aos produtos abrangidos pela classe 30 «suplementos alimentares para uso não medicinal»;

4 É assim que a Câmara de Recursos se refere na sua decisão à Divisão de Anulação.

4) indeferir o pedido de nulidade apresentado pela LR Health & Beauty Systems contra a marca da União Europeia n.º 001273119 «Cystus» no processo perante a Divisão de Anulação e a Primeira Câmara de Recurso do EUIPO, na medida em que o referido pedido diz respeito aos produtos abrangidos pela classe 30 «suplementos alimentares para uso não medicinal»;

5) condenar o Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia nas despesas.

20. O EUIPO e a LR Health & Beauty Systems pedem, respetivamente, ao Tribunal de Justiça que se digne

1) negar provimento ao recurso e

2) condenar o recorrente nas despesas.

21. As partes apresentaram observações escritas e fizeram alegações na audiência de 20 de junho de 2018.

V. Apreciação jurídica

22. G. Pandalis apresenta três fundamentos para apoiar o seu recurso da decisão do Tribunal Geral. O primeiro diz respeito à classificação dos produtos identificados com a marca *CYSTUS* no grupo dos «suplementos alimentares para uso não medicinal» (v. secção B, *infra*), o segundo, à questão de saber se G. Pandalis utilizou a marca *CYSTUS* como marca para a identificação de produtos (v. secção C, *infra*), e, o terceiro, ao contraditório no processo no EUIPO (v. secção D, *infra*). Porém, há que começar por apresentar uma nota prévia relativa aos dois primeiros fundamentos de recurso.

A. Nota prévia

23. Para se poder aferir a relevância dos dois primeiros fundamentos de recurso, importa recordar que o EUIPO baseou a extinção da marca controvertida no facto de a mesma não ter sido objeto de utilização séria para o grupo de mercadorias no qual estava registada.

24. A este propósito, a Câmara de Recurso concluiu que, em primeiro lugar, a expressão «Cystus» não tinha sido utilizada como marca, mas apenas como uma descrição e, em segundo lugar, que *nenhum* dos produtos apresentados por G. Pandalis pode ser considerado um «suplemento alimentar para uso não medicinal». A decisão controvertida baseou-se, portanto, num duplo fundamento, ou seja, cada uma das duas linhas de fundamentação visa, em última instância, apresentar uma fundamentação *completa* da decisão.

25. Contudo, o Tribunal Geral não analisou de forma aprofundada, no acórdão recorrido, se os fundamentos de recurso apresentados por G. Pandalis põem em causa ambas as linhas de fundamentação.

26. Pelo contrário, o Tribunal Geral limitou-se a concluir que, para uma parte dos produtos apresentados, designadamente, para «Pilots Friend Immunizer®», «Immun44® Saft» e «Immun44® Kapseln», bem como «os restantes produtos para os quais foi utilizada a expressão "cystus" exclusivamente nas expressões "cystus 52" ou "cystus 052", com ou sem o símbolo "®"», a palavra «Cystus» não foi utilizada como marca, mas com fins descritivos. G. Pandalis impugna estas conclusões com o segundo fundamento de recurso que apresenta.

27. Por outro lado, no que diz respeito à utilização de outra parte dos produtos, nomeadamente, pastilhas para chupar, pastilhas para a garganta, infusão, solução para gargarejar e comprimidos para a prevenções de infeções, o Tribunal Geral decidiu que a sua utilização não pode ser considerada «suplemento alimentar para uso não medicinal». Esta decisão é objeto do primeiro fundamento de recurso.

28. Por conseguinte, para que o seu recurso obtenha provimento, G. Pandalis só necessita que um destes fundamentos de recurso seja julgado procedente em relação a apenas um dos produtos referidos. Com efeito, nesse caso, caberia analisar se a utilização da marca *CYSTUS* para este produto é suficiente para uma utilização séria.

B. Primeiro fundamento de recurso — Inexistência de «suplementos alimentares para uso não medicinal»

29. Com o primeiro fundamento de recurso, G. Pandalis contesta os n.os 54 a 59 do acórdão recorrido, nos quais o Tribunal Geral decidiu que a Câmara de Recurso do EUIPO declarou, com razão, que G. Pandalis não fez prova de que os produtos pastilhas para chupar, pastilhas para a garganta, infusão, solução para gargarejar e comprimidos para a prevenção de infeções, que identificou com a marca *CYSTUS*, são «suplementos alimentares para uso não medicinal».

30. Por um lado, G. Pandalis acusa o Tribunal Geral de ter aplicado erradamente as normas da Diretiva 2002/46 relativas aos suplementos alimentares e, por outro, invoca falta de fundamentação.

1. Quanto à primeira parte do primeiro fundamento de recurso — Conceito de suplemento alimentar

31. G. Pandalis baseia a primeira parte do primeiro fundamento de recurso na alegada violação do artigo 51.º, n.º 1, alínea a), do regulamento sobre a marca da União Europeia, alegando que, ao apreciar se determinados produtos são suplementos alimentares para uso não medicinal na aceção da categoria de produtos do direito das marcas, o Tribunal Geral apenas pôde recorrer à definição de suplementos alimentares constante do artigo 2.º, alínea a), da Diretiva 2002/46, mas não aos requisitos do artigo 6.º desta diretiva relativos à rotulagem de suplementos alimentares.

32. Contudo, esta argumentação ignora a função da definição que figura na Diretiva 2002/46. Não visa delimitar categorias de produtos segundo o direito das marcas, mas apenas abrir o âmbito de aplicação da diretiva, incluindo as normas de rotulagem.

33. No entanto, para a categoria de produto do direito das marcas, a imagem dos suplementos alimentares, influenciada pelas normas relativas à rotulagem, é pertinente. Com efeito, esta imagem é determinante para que os consumidores possam associar o produto à respetiva categoria de produtos.

34. Por conseguinte, o facto de os produtos em causa não respeitarem as normas de etiquetagem de suplementos alimentares do direito da União é um indício importante de que os produtos não são considerados suplementos alimentares.

35. Saber se o incumprimento das normas de rotulagem é suficiente para se concluir que os produtos não são «suplementos alimentares para uso não medicinal» é uma apreciação factual.

36. O mesmo se pode dizer em relação à relevância que o Tribunal Geral atribui ao facto de haver um número farmacológico central para os produtos em causa, de os mesmos serem vendidos em farmácias e de serem distribuídos com a indicação de que previnem gripes e constipações e ajudam a tratar inflamações da boca e da garganta.

37. Neste sentido, importa recordar que, nos termos dos artigos 256.º, n.º 1, TFUE e 58.º, primeiro parágrafo, dos Estatutos do Tribunal de Justiça da União Europeia, o recurso é limitado às questões de direito. O Tribunal Geral é o único competente para apurar e apreciar os factos pertinentes, e para apreciar os elementos de prova. A apreciação destes factos e elementos de prova não constitui, portanto, exceto em caso de desvirtuação dos mesmos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no âmbito de um recurso [5].

38. No entanto, G. Pandalis alega que o Tribunal Geral, no n.º 59 do acórdão recorrido, desvirtuou factos relacionados com as pastilhas para chupar «Cystus», uma vez que estas não foram distribuídas com a indicação de terem efeitos benéficos para a saúde. Este argumento é admissível em sede de recurso.

39. Contudo, tal como o EUIPO afirma, com razão, este argumento assenta numa interpretação errónea do acórdão recorrido. Com efeito, o Tribunal Geral não conclui, no n.º 59, que as pastilhas para chupar «Cystus» foram distribuídas *com* a referida indicação, mas confirma a apreciação da prova realizada pela Câmara de Recurso. Todavia, a Câmara de Recurso considerou que este produto foi distribuído *sem* essa indicação e teve esse facto em conta na sua apreciação [6].

40. A primeira parte do primeiro fundamento deve, pois, ser julgada parcialmente inadmissível e improcedente quanto ao restante.

2. Quanto à segunda parte do primeiro fundamento de recurso — Falta de fundamentação

41. Com a segunda parte do primeiro fundamento de recurso, G. Pandalis alega falta de fundamentação.

42. Um primeiro vício consiste no facto de o Tribunal Geral não ter determinado em que categoria deviam ser classificados os seus produtos.

43. Porém, G. Pandalis interpreta erradamente o objeto do litígio. Trata-se exclusivamente de saber se o mesmo conseguiu fazer prova da utilização séria da marca *CYSTUS* para «suplementos alimentares para uso não medicinal». A questão de saber se os seus produtos devem ser classificados noutra categoria é irrelevante para aquela problemática.

44. Além disso, G. Pandalis alega que não resulta do acórdão recorrido a razão pela qual o Tribunal Geral, na sua análise nos termos do artigo 51.º, n.º 1, alínea a), e n.º 2, do regulamento sobre a marca da União Europeia, não analisou em separado se, no que diz respeito às pastilhas para chupar, a marca da União em causa «Cystus» foi utilizada para «suplementos alimentares para uso não medicinal»

45. Todavia, para este efeito, também é decisivo que o Tribunal Geral, neste ponto, subscreva, de um modo geral, a fundamentação da Câmara de Recurso. Com efeito, está simultaneamente a julgar improcedentes, pelo menos, implicitamente, as objeções de G. Pandalis sobre este produto.

46. Em face do exposto, deve ser julgada improcedente a segunda parte do primeiro fundamento de recurso.

5 Acórdãos de 7 de outubro de 2004, Mag Instrument/IHMI (C-136/02 P, EU:C:2004:592, n.º 39), de 17 de julho de 2014, Reber/IHMI (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, n.º 35), e de 26 de julho de 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, n.º 34).

6 N.º 57 da decisão controvertida.

C. Quanto ao segundo fundamento de recurso — Utilização como marca

47. Com o seu segundo fundamento de recurso, G. Pandalis acusa o Tribunal Geral de, nos n.os 43 e 46, ter classificado, em termos gerais, a marca da União Europeia objeto do litígio, *CYSTUS*, como uma indicação descritiva por referência à denominação da planta «cistus», sem ter em conta o tipo de utilização da marca em concreto. Aqui reside outro erro de direito na aplicação do artigo 51.º, n.º 1, alínea a), do regulamento sobre a marca da União Europeia, pois, no entender de G. Pandalis, a utilização da marca devia ter sido considerada séria. Além disso, afirma que a fundamentação é contraditória nestes pontos.

48. Assim, importa começar por analisar a argumentação do Tribunal Geral constante do n.º 46 do acórdão recorrido que, à primeira vista, parece estar efetivamente viciada de erro de direito e, seguidamente, as suas restantes considerações a respeito deste fundamento de recurso.

1. Quanto ao n.º 46 do acórdão recorrido — Natureza descritiva da marca CYSTUS

49. No n.º 46 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral concluiu que a Câmara de Recurso pôde presumir, sem incorrer em erro de direito, que o público relevante identifica a expressão «Cystus» como uma indicação descritiva por referência à designação da planta «Cistus» e não como marca da União Europeia, sem que, desse modo, se estivesse a pronunciar sobre a existência de um motivo absoluto de recusa do registo na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia.

50. G. Pandalis opõe, acertadamente, a esta constatação, que tal afirmação é, em si mesma, contraditória. Com efeito, se o público relevante visse a marca apenas como descritiva, a utilização como marca ficaria fora de questão. E, assim, estaríamos, ao mesmo tempo, e independentemente da afirmação em contrário do Tribunal Geral, perante um motivo absoluto de recusa do registo na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia.

51. Acresce que esta conclusão seria duvidosa, porque antecipa o resultado de um processo de nulidade no quadro de um procedimento de extinção, o que, à primeira vista, estaria em contradição com o Acórdão Formula One Licensing/IHMI. Segundo este acórdão, no quadro de um processo de oposição a uma marca da União Europeia anterior, também não é possível constatar, em relação a um sinal idêntico a uma marca protegida num Estado-Membro, um motivo absoluto de recusa, tal como a falta de caráter distintivo. A caracterização de um sinal como descritivo ou genérico equivale a negar o seu caráter distintivo [7].

52. Embora se possa objetar à transposição desta jurisprudência para o presente caso que o Tribunal de Justiça se baseia no facto de nem o EUIPO nem o Tribunal Geral terem competência para apreciar a validade de uma marca nacional [8], as instituições têm competência no que diz respeito à marca da União controvertida. Teriam apenas de a exercer noutro processo.

53. Aliás, o Tribunal de Justiça também parte do princípio de que deve ser atribuído à marca nacional um certo grau de caráter distintivo no âmbito do processo de oposição [9]. Este raciocínio pode ser facilmente transposto para a apreciação da utilização séria de uma marca registada.

54. Porém, em última instância, esta questão pode ficar em aberto no presente caso.

7 Acórdão de 24 de maio de 2012, Formula One Licensing/IHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, n.º 41).

8 Acórdãos de 24 de maio de 2012, Formula One Licensing/IHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, n.os 40, 44 e 45), e de 8 de novembro de 2016, BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, n.º 66); Despachos de 30 de maio de 2013, Wohlfahrt/IHMI (C-357/12 P, EU:C:2013:356, n.º 46), e de 16 de outubro de 2013, medi/IHMI (C-410/12 P, EU:C:2013:702, n.º 34).

9 Acórdão de 24 de maio de 2012, Formula One Licensing/IHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, n.os 46 e 47).

55. Com efeito, o Tribunal Geral esclarece, no n.º 47 do acórdão recorrido, o que pretende efetivamente concluir com a redação infeliz do n.º 46. Segundo o mesmo, o Tribunal Geral não nega *todo e qualquer caráter distintivo* à expressão «Cystus», o que seria o caso de uma expressão meramente descritiva [10], mas atribui-lhe pelo menos *um ligeiro caráter distintivo*. Tal é suficiente para preencher os requisitos da jurisprudência referida [11].

56. Além disso, esta interpretação também permite a constatação do Tribunal Geral de que a Câmara de Recurso não retirou ilações em relação ao artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia.

57. Por conseguinte, as objeções de G. Pandalis ao n.º 46 do acórdão recorrido baseiam-se numa interpretação errada das considerações do Tribunal Geral, que se admite serem equívocas.

2. Quanto às restantes considerações — Apreciação da utilização efetiva da marca CYSTUS

58. De resto, as alegações de G. Pandalis quanto ao segundo fundamento de recurso baseiam-se fundamentalmente numa leitura seletiva, e por conseguinte errada, da apreciação do respetivo fundamento de recurso por parte do Tribunal Geral, incluindo dos pontos contestados.

59. Com efeito, desde logo, o Tribunal Geral, conforme acima referido, não concluiu em termos gerais que a marca *CYSTUS* pode apenas ser utilizada como descrição. Pelo contrário, a referência ao fraco grau de caráter distintivo significa que o Tribunal Geral reconhece que a marca, em princípio, também pode ser utilizada enquanto tal; ou seja, de acordo com o Tribunal Geral, é possível utilizar a marca de forma a que os consumidores a vejam como uma indicação de origem de um produto e não apenas como uma descrição dos seus componentes.

60. Em segundo lugar, e tal como a LR Health & Beauty também refere, resulta do n.º 37 e da primeira frase do n.º 43 do acórdão recorrido que o Tribunal Geral, nos n.ºs 39 a 48, analisou a utilização concreta da expressão «Cystus» nas embalagens dos produtos «Pilots Friend Immunizer®», «Immun44® Saft» e «Immun44® Kapseln».

61. Em terceiro lugar, com tal apreciação, o Tribunal Geral confirmou a conclusão da Câmara de Recurso de que esta utilização era descritiva, ou seja, não respeitava, precisamente, os requisitos da utilização como marca.

62. Esta argumentação sustenta a conclusão de que G. Pandalis não utilizou seriamente a marca *CYSTUS* para os três produtos referidos.

63. Com efeito, deve tomar-se em consideração, na apreciação do caráter sério do uso da marca, todos os factos e circunstâncias adequados para provar a existência da sua exploração comercial, em especial, os usos considerados justificados, no setor económico em questão para manter ou criar partes de mercado em benefício dos produtos ou dos serviços protegidos pela marca [12].

64. Para esse efeito, o uso só pode ser entendido como sério se se tratar de um uso compatível com a função essencial da marca, que é garantir ao consumidor ou ao utilizador final a identidade de origem de um produto ou serviço, permitindo-lhe distinguir, sem confusão possível, este produto ou serviço dos que tenham proveniência diversa [13].

10 Acórdão de 24 de maio de 2012, Formula One Licensing/IHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, n.º 41).

11 Acórdãos de 24 de maio de 2012, Formula One Licensing/IHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, n.º 47), e de 8 de novembro de 2016, BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, n.º 67).

12 Acórdão de 11 de março de 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, n.º 38).

13 Acórdãos de 11 de março de 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, n.º 36), e de 9 de dezembro de 2008, Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, n.º 13).

65. Neste sentido, nem toda a utilização tem de estar em conformidade com a função de indicação de origem [14]. Do mesmo modo, nem toda a utilização comercial comprovada tem necessariamente que ser classificada como utilização séria da marca em questão [15]. Pelo contrário, uma marca também pode ser utilizada para outras funções como a garantia da qualidade ou funções de comunicação, investimento ou publicidade [16].

66. Por conseguinte, a forma como uma marca foi utilizada no caso concreto só pode ser declarada com base numa apreciação factual. No entanto, esta está fora do âmbito do controlo no processo de recurso.

3. Quanto à inclusão de outros produtos

67. Contra as considerações acima expostas poderia objetar-se que o Tribunal Geral, no n.º 50 do acórdão recorrido, declara que a utilização da marca *CYSTUS* em relação «aos restantes produtos para os quais a expressão "cystus" foi exclusivamente utilizada nas expressões "cystus 52" ou "cystus 052", com ou sem o símbolo, "®"», não pode ser reconhecida. Deste modo, o Tribunal Geral estende a sua análise aos três produtos referidos.

68. Contudo, o Tribunal Geral fundamenta esta conclusão no n.º 47 do acórdão recorrido.

69. Neste número, o Tribunal Geral analisa a questão de saber se a utilização da expressão «Cystus» nas expressões «Cystus 052» e «Cystus 52» deve ser reconhecida como utilização da marca CYSTUS. Nesta medida, nos termos do artigo 15.º, n.º 1, segundo parágrafo, alínea a), do regulamento sobre a marca da União Europeia, a utilização da marca da União sob uma forma que difira em elementos que não alterem o caráter distintivo da marca na forma sob a qual foi registada também pode constituir prova da utilização séria de uma marca.

70. No entanto, tal não é aceite pelo Tribunal Geral para a referida utilização, devido ao fraco caráter distintivo da expressão «Cystus». Com efeito, esta forma de utilização é adequada para reforçar significativamente o caráter distintivo da marca em causa. Por conseguinte, o caráter distintivo foi influenciado, em incumprimento do artigo 15.º, n.º 1, segundo parágrafo, alínea a), do regulamento sobre a marca da União Europeia. Esta fundamentação é, de resto, compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à utilização de marcas como parte integrante de outras marcas [17].

71. Em consequência, as considerações do Tribunal Geral nos n.os 47 e 50 do acórdão recorrido, que não foram contestadas por G. Pandalis, têm um objeto diferente das constantes dos n.os 43 e 46, por ele impugnadas. Por conseguinte, as considerações referidas em primeiro lugar não põem em causa a apreciação do segundo fundamento de recurso.

4. Conclusão intermédia

72. Em face do exposto, o segundo fundamento de recurso é parcialmente inadmissível, na medida em que visa uma nova apreciação factual, e, quanto ao restante, é improcedente.

14 Despacho de 20 de maio de 2014, Reber Holding/IHMI (C-414/13 P, EU:C:2014:812, n.º 54).

15 Acórdão de 17 de julho de 2014, Reber/IHMI (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, n.º 32).

16 Acórdão de 8 de junho de 2017, W.F. Gözze Frottierweberei e Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, n.os 42 e 45).

17 Acórdão de 1 de dezembro de 2016, Klement/EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, n.º 29).

D. Terceiro fundamento de recurso — Contraditório

73. Com o terceiro fundamento de recurso, G. Pandalis acusa o Tribunal Geral de, nos n.os 23 a 25 do acórdão recorrido, ter aplicado erradamente o artigo 75.º, segunda frase, do regulamento sobre a marca da União Europeia.

74. G. Pandalis alega que a Câmara de Recurso concluiu, na realidade, que a marca *CYSTUS* era descritiva na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia. Em seu entender, não teve oportunidade de se pronunciar sobre esta matéria.

75. Por seu turno, o Tribunal Geral constatou, no n.º 24 do acórdão recorrido, que a Câmara de Recurso *não* se pronunciou sobre a existência de motivos absolutos de recusa de registo, ou seja, sobre o artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia.

76. Consequentemente, se a conclusão do Tribunal Geral estiver correta, não há motivos para que o EUIPO tivesse que ter ouvido G. Pandalis a respeito do caráter descritivo da marca *CYSTUS* na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia.

77. Por conseguinte, está implícito neste fundamento de recurso o argumento de que o Tribunal Geral reproduziu erradamente a fundamentação da Câmara de Recurso, o que constituiria um erro de direito, uma vez que os órgãos jurisdicionais da União não podem, em nenhuma hipótese, substituir pela sua própria fundamentação a do autor do ato impugnado [18].

78. Conforme já tive ocasião de afirmar, isto expressa a natureza cassatória do recurso de anulação. Fora do âmbito de aplicação da competência de plena jurisdição (artigo 261.º TFUE), o juiz da União não pode reformar o ato impugnado, devendo antes anulá-lo caso, e desde que, o recurso de anulação tenha fundamento (artigo 264.º, primeiro parágrafo, TFUE). Compete então às instituições, aos órgãos e aos organismos da União tomar as medidas necessárias à execução do acórdão de anulação (artigo 266.º, primeiro parágrafo, TFUE) [19].

79. Embora o Tribunal Geral, segundo o artigo 65.º, n.º 3, do regulamento sobre a marca da União Europeia, possa não apenas anular, mas também alterar a decisão recorrida, o seu poder de alteração não tem por efeito conferir-lhe o poder de substituir a apreciação de uma Câmara de Recurso do EUIPO pela sua própria apreciação, como também não tem por efeito proceder a uma apreciação sobre a qual a Câmara de Recurso ainda não tomou posição [20].

80. A Câmara de Recurso declarou, no n.º 32 da decisão recorrida, «que a denominação científica de uma planta não representa apenas o nome da espécie vegetal (e, por conseguinte, em sentido amplo, o nome do produto ou a indicação descritiva na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do [regulamento sobre a marca da União Europeia] […]), mas também descreve as mercadorias cujo componente essencial é composto por plantas desta espécie».

81. Além disso, segundo o n.º 34 da decisão recorrida, o facto de ter sido acrescentado o símbolo «®» deve «ser entendido como se [G. Pandalis], em última instância, comunicasse na sua publicidade que adquiriu um direito de marca sobre uma indicação descritiva […].»

18 Acórdãos de 27 de janeiro de 2000, DIR International Film e o./Comissão (C-164/98 P, EU:C:2000:48, n.os 38 e 48), e de 21 de janeiro de 2016, Galp Energía España e o./Comissão (C-603/13 P, EU:C:2016:38, n.º 73).

19 V. as minhas Conclusões no processo Frucona Košice/Comissão (C-73/11 P, EU:C:2012:535, n.os 92 e 93).

20 Acórdãos de 5 de julho de 2011, Edwin/IHMI (C-263/09 P, EU:C:2011:452, n.º 72), e de 21 de julho de 2016, Apple and Pear Australia e Star Fruits Diffusion/EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, n.º 67).

82. De facto, é facilmente compreensível que estas afirmações sejam entendidas no sentido de que a Câmara de Recurso concluiu que a marca *CYSTUS* é descritiva na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia.

83. No entanto, esta interpretação não é vinculativa.

84. Assim, a Câmara de Recurso qualifica o seu entendimento constante do n.º 32 da decisão recorrida no sentido de que uma designação de uma espécie científica de uma planta é uma indicação descritiva «em sentido amplo», na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia. No entanto, tal implica que só um conceito descritivo em sentido próprio também preenche necessariamente os requisitos da referida norma e que essa marca deveria ser declarada nula.

85. Além disso, as considerações do n.º 34 da decisão recorrida não constituem nenhuma conclusão da Câmara de Recurso a respeito do significado da utilização do símbolo «®», mas antes uma interpretação da comunicação do titular da marca.

86. Por conseguinte, a interpretação da decisão recorrida por parte do Tribunal Geral ainda é aceitável e não se vislumbra que o Tribunal Geral tenha substituído indevidamente a fundamentação da Câmara de Recurso pela sua própria fundamentação.

87. Consequentemente, deve igualmente ser rejeitado o argumento principal de G. Pandalis relativo ao terceiro fundamento de recurso. Uma vez que a Câmara de Recurso, segundo as constatações aceitáveis do Tribunal Geral, não se pronunciou sobre a existência de um motivo absoluto de recusa de registo nos termos do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do regulamento sobre a marca da União Europeia, G. Pandalis também não devia ter sido ouvido a este respeito.

88. Em face do exposto, o terceiro fundamento de recurso é improcedente.

VI. Despesas

89. Por força do artigo 184.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, se o recurso da decisão do Tribunal Geral for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide sobre as despesas. Nos termos do artigo 138.º, n.º 1, aplicável aos processos de recursos de decisões do Tribunal Geral por força do seu artigo 184.º, n.º 1, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

90. Uma vez que G. Pandalis foi vencido no seu recurso e o EUIPO e a LR Health & Beauty apresentaram requerimentos nesse sentido, há que condená-lo nas despesas [21].

VII. Conclusão

91. Proponho ao Tribunal de Justiça decidir o seguinte:

1) É negado provimento ao recurso.

2) G. Pandalis é condenado nas despesas do processo.

21 V. Acórdãos de 26 de julho de 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, n.º 65), e de 19 de abril de 2018, Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, n.º 71).