Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
JULIANE KOKOTT
od 13. rujna 2018.[1]

Predmet C-194/17 P

Georgios Pandalis
protiv

Ureda Europske unije za intelektualno vlasništvo (EUIPO)

„Žalba – Žig Europske unije – Uredba br. 207/2009 – Postupak povodom opoziva – Verbalni žig Europske unije CYSTUS – Stvarna uporaba – Opisni karakter žiga – Dodaci prehrani za nemedicinske potrebe – Direktiva 2002/46/EZ”

I. Uvod

1. U Uredbi o žigu Europske unije[2] predviđa se slučaj u kojem registrirani žig nema nikakav razlikovni karakter, već se upotrebljava samo kao opis. Stoga se u skladu s člankom 52. žig na zahtjev može proglasiti ništavim, iako ga u načelu uopće nije trebalo registrirati. Osim toga, prava nositelja žiga proglašavaju se opozvanima u smislu članka 51. ako se žig nije stvarno upotrebljavao u razdoblju od pet godina. U ovom postupku radi se o pitanju kakve posljedice ima opisna priroda žiga u pogledu dokazivanja stvarne uporabe.

2. Žalbeno vijeće EUIPO-a i Opći sud smatrali su da se žig nije upotrebljavao kao žig zbog svoje opisne prirode iz čega proizlazi njegov opoziv. Argument vlasnika žiga svodi se na to da se time zaobišao postupak proglašavanja ništavim.

3. Osim toga, postavlja se pitanje je li se sporni žig upotrebljavao za odgovarajuće proizvode, odnosno za dodatke prehrani za nemedicinske potrebe. U tom pogledu važnu ulogu ima Direktiva 2002/46/EZ[3] koja je relevantna za te proizvode.

1 Izvorni jezik: njemački

2 Uredba Vijeća (EZ) br. 207/2009 od 26. veljače 2009. o žigu Zajednice (SL 2009., L 78, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 17., svezak 1., str. 226.), kako je izmijenjena i dopunjena Aktom o uvjetima pristupanja Republike Hrvatske i prilagodbama Ugovora o Europskoj uniji, Ugovora o funkcioniranju Europske unije i Ugovora o osnivanju Europske zajednice za atomsku energiju (SL 2012., L 112, str. 21.) (SL 2013., L 300, str. 22.). U međuvremenu je zamijenjena Uredbom (EU) 2017/1001 Europskog parlamenta i Vijeća od 14. lipnja 2017. o žigu Europske unije (SL 2017., L 154, str. 1.).

3 Direktiva Europskog parlamenta i Vijeća od 10. lipnja 2002. o usklađivanju zakona država članica u odnosu na dodatke prehrani (SL 2002., L 183, str. 51.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 30., str. 154.).

II. Pravni okvir

A. Uredba o žigu Europske unije

4. Članak 7. stavak 1. Uredbe o žigu Europske unije sadržava apsolutne razloge za odbijanje:

„1. Neće se registrirati sljedeće:

[…]

(c) žigovi koji se sastoje samo od oznaka ili podataka koji u trgovini mogu služiti za označivanje vrste, kakvoće, količine, namjene, vrijednosti, zemljopisnog podrijetla, ili vremena proizvodnje proizvoda ili pružanja usluge ili nekih drugih obilježja proizvoda ili usluge."

5. Člankom 51. Uredbe o žigu Europske unije uređuje se opoziv žiga:

„1. Prava nositelja žiga EU-a proglašavaju se opozvanima na zahtjev podnesen Uredu ili na protutužbu podnesenu u postupku zbog povrede:

(a) ako se tijekom neprekinutog razdoblja od pet godina, žig nije stvarno rabio u Zajednici u odnosu na proizvode ili usluge za koje je registriran, a ne postoje opravdani razlozi za neuporabu; međutim, nitko ne može zahtijevati da prava nositelja žiga Zajednice budu opozvana kad stvarna uporaba žiga započne ili se nastavi tijekom vremenskog razmaka između isteka petogodišnjeg razdoblja i podnošenja zahtjeva ili protutužbe; međutim, početak ili nastavak uporabe u razdoblju od tri mjeseca koje prethodi podnošenju zahtjeva ili protutužbe, a koje je započelo najranije nakon isteka neprekinutog razdoblja od pet godina neuporabe, ne uzima se u obzir ako su pripreme za početak ili za nastavak uporabe počele tek nakon što je nositelj saznao da postoji mogućnost podnošenja zahtjeva ili protutužbe;

[…]

2. Kad osnovani razlozi za opoziv prava postoje u odnosu na samo neke proizvode ili samo neke usluge za koje je taj žig Zajednice registriran, prava nositelja proglašavaju se opozvanima u odnosu na samo te proizvode ili samo te usluge."

6. Člankom 75. Uredbe o žigu Europske unije podsjeća se na obvezu obrazlaganja i pravo na saslušanje:

„U odlukama Ureda navode se razlozi na kojima se te odluke temelje. Odluke se mogu temeljiti samo na onim razlozima ili dokazima o kojima su se predmetne stranke imale mogućnost očitovati."

B. Direktiva 2002/46

7. U Direktivi 2002/46 riječ je o dodacima prehrani. Oni se njezinim člankom 2. točkom (a) određuju kao „hrana čija je svrha dopuniti uobičajenu prehranu, a koja predstavlja koncentrirane izvore hranjivih tvari ili druge tvari prehrambenog ili fiziološkog učinka, pojedinačne ili u kombinaciji, na tržištu u doziranom obliku, to jest oblicima kao što su kapsule, pastile, tablete, pilule i slično, vrećice praha, ampule tekućine, bočice na kapaljku, te ostali slični oblici tekućine i praha namijenjeni za uzimanje u odmjerenim malim količinama."

8. Članak 6. Direktive 2002/46 sadržava zahtjeve u pogledu označivanja:

„1. U smislu članka 5. stavka 1. Direktive 2000/13/EZ, naziv pod kojim se prodaju proizvodi obuhvaćeni ovom Direktivom jest ‚dodatak prehrani'.

2. Označivanje, prezentacija i oglašavanje ne smiju pridavati dodacima prehrani svojstva prevencije, liječenja ili izlječenja bolesti ljudi, niti upućivati na takva svojstva.

3. Ne dovodeći u pitanje Direktivu 2000/13/EZ, naljepnica mora sadržavati sljedeće detalje:

(a) nazive kategorija hranjivih tvari ili tvari koje obilježavaju proizvod ili navod o naravi tih hranjivih tvari;

(b) udio proizvoda preporučen za dnevnu konzumaciju;

(c) upozorenje da se ne smije premašiti navedena preporučena dnevna doza;

(d) izjavu u smislu da se dodaci prehrani ne bi smjeli koristiti kao zamjena za raznoliku prehranu;

(e) izjavu u smislu da bi proizvodi trebali biti spremljeni izvan dosega male djece."

III. Okolnosti spora i postupak pred EUIPO-om i Općim sudom

9. G. Pandalis nositelj je žiga Europske unije koji se sastoji od verbalnog znaka CYSTUS. EUIPO je izvršio njegovu registraciju 5. siječnja 2004. Među ostalim, zatražena je registracija za „dodatke prehrani za nemedicinske potrebe" koji pripadaju razredu 30. Nicanskog sporazuma o međunarodnoj klasifikaciji proizvoda i usluga radi registracije žigova od 15. lipnja 1957., kako je revidiran i izmijenjen.

A. Postupak pred EUIPO-om i odluka žalbenog vijeća

10. Društvo LR Health & Beauty Systems GmbH podnijelo je 3. rujna 2013. u skladu s člankom 51. stavkom 1. točkom (a) Uredbe o žigu Zajednice (sada članak 58. stavak 1. točka (a) Uredbe [EU] br. 2017/1001) zahtjev za opoziv prava nositelja žiga CYSTUS. Zahtjev je obrazložilo time da se žig tijekom neprekidnog razdoblja od pet godina nije stvarno rabio.

11. Na raspravi su G. Pandalis i LR Health & Beauty Systems na zahtjev Suda naveli da se u pogledu žiga CYSTUS vodi postupak za proglašavanje žiga ništavim. On se temelji na tome da je žig opisan. EUIPO je prekinuo taj postupak do zatvaranja ovog postupka.

12. Odjel za poništaje EUIPO-a donio je 12. rujna 2014. odluku o zahtjevu za opoziv. Žig je proglasio opozvanim za neke registrirane proizvode, uključujući „dodatke prehrani za nemedicinske potrebe" koji pripadaju razredu 30. Nicanskog sporazuma.

13. Odlukom od 30. listopada 2015. prvo žalbeno vijeće odbilo je žalbu G. Pandalisa protiv odluke Odjela za poništaje.

14. Žalbeno vijeće temelji svoju odluku na dvama glavnim argumentima.

15. Kao prvo, G. Pandalis nije upotrebljavao pojam „Cystus” kao žig Europske unije, već kao opis svojih proizvoda kako bi naveo da proizvodi sadržavaju ekstrakte biljke roda *Cistus Incanus L.* kao osnovnu aktivnu tvar. Nije dovoljno to što se na proizvodima naveo pojam CYSTUS umjesto „Cistus” i djelomično upotrebljavao simbol „®” kako bi se moglo zaključiti da se radi o uporabi u svojstvu žiga Europske unije. Već iz tog razloga prava nositelja žiga treba proglasiti opozvanima.

16. Kao drugo, žalbeno vijeće smatra da G. Pandalis nije dokazao stvarnu uporabu žiga za „dodatke prehrani za nemedicinske potrebe” koji pripadaju razredu 30. jer njihov izgled ne odgovara zahtjevima Direktive 2002/46.

B. Presuda Općeg suda

17. G. Pandalis podnio je 14. siječnja 2016. Općem sudu tužbu protiv sporne odluke žalbenog vijeća. Opći sud odbio je tužbu pobijanom presudom od 14. veljače 2017..

IV. Žalbeni postupak i zahtjevi stranaka

18. G. Pandalis podnio je žalbu protiv presude Općeg suda podneskom koji je zaprimljen 14. travnja 2017.

19. On od Suda zahtijeva da:

1. ukine presudu Općeg suda od 14. veljače 2017. u predmetu T-15/16, koji se odnosio na postupak povodom opoziva žiga Europske unije br. 001273119 CYSTUS;

2. poništi odluku prvog žalbenog vijeća EUIPO-a od 30. listopada 2015. u predmetu R 2839/2014-1, koji se odnosio na postupak povodom opoziva žiga Europske unije br. 001273119 CYSTUS;

3. poništi odluku Odjela za brisanje[4] od 12. rujna 2014., donesenu u postupku proglašavanja žiga ništavim 8374 C, u dijelu u kojem su njome nositelju žiga Europske unije br. 001273119 CYSTUS opozvana prava kad je riječ o „dodacima prehrani za nemedicinske potrebe” iz razreda 30.;

4. odbije zahtjev za proglašavanje žiga ništavim koji je u postupku pred Odjelom za poništaje i prvim žalbenim vijećem EUIPO-a podnijelo društvo LR Health & Beauty Systems u odnosu na žig Europske unije br. 001273119 CYSTUS, u dijelu u kojem se taj zahtjev odnosi na proizvode koji su „dodaci prehrani za nemedicinske potrebe” iz razreda 30.;

5. naloži Uredu Europske unije za intelektualno vlasništvo snošenje troškova.

20. EUIPO i LR Health & Beauty Systems od Suda zahtijevaju da:

1. odbije žalbu i

2. naloži žaliteljima snošenje troškova.

21. Stranke su sudjelovale u pisanom postupku i na raspravi koja je održana 20. lipnja 2018.

4 Tako žalbeno vijeće naziva Odjel za poništaje u svojoj odluci.

V. Pravna ocjena

22. Osporavanje presude Općeg suda G. Pandalis temelji na trima žalbenim razlozima. Prvi se odnosi na klasifikaciju proizvoda označenih žigom CYSTUS u skupinu „dodataka prehrani za nemedicinske potrebe" (odjeljak B), drugi se odnosi na pitanje je li G. Pandalis upotrijebio žig CYSTUS prilikom označivanja proizvoda kao žig (odjeljak C), a treći na pravo na saslušanje u postupcima pred EUIPO-om (odjeljak D). Međutim, najprije je potrebna uvodna napomena u pogledu prvih dvaju žalbenih razloga.

A. Uvodna napomena

23. Kako bi se procijenila važnost prvih dvaju žalbenih razloga, treba podsjetiti na to da je EUIPO opoziv spornog žiga utemeljio na tome da se nije stvarno upotrebljavao za kategoriju proizvoda za koju je registriran.

24. Žalbeno vijeće u tom je pogledu utvrdilo da se, kao prvo, riječ „Cystus" nije upotrebljavala kao žig, već se upotrebljavala samo opisno, i da se, kao drugo, *nijedan* proizvod koji navodi G. Pandalis ne može smatrati „dodatkom prehrani za nemedicinske potrebe". Sporna je odluka stoga dvostruko potkrijepljena, odnosno obje osnove obrazloženja usmjerene su u konačnici na to da se odluka obrazloži *u cijelosti*.

25. Međutim, Opći sud u pobijanoj presudi nije u potpunosti ispitao dovode li tužbeni razlozi G. Pandalisa u pitanje obje osnove obrazloženja.

26. Štoviše,ograničio se na utvrđivanje upotrebljava li se riječ „Cystus" opisno, a ne kao žig za neke od navedenih proizvoda, odnosno „Pilots Friend Immunizer®", „Immun44® Saft" i „Immun44® Kapseln" kao i „ostale proizvode za koje se upotrebljava pojam ‚Cystus', isključivo u izrazima ‚Cystus 52' ili ‚Cystus 052', sa simbolom ‚®' ili bez njega". G. Pandalis pobija te tvrdnje u svojem drugom žalbenom razlogu.

27. Naprotiv, u pogledu uporabe drugih proizvoda, odnosno mekanih pastila, pastila za grlo, ekstrakta, otopine za ispiranje i tableta za sprječavanje infekcije, Opći sud odlučio je da ih ne treba smatrati proizvodima koji se upotrebljavaju kao „dodaci prehrani za nemedicinske potrebe". Ta je odluka predmet prvog žalbenog razloga.

28. Kako bi uspio u svojoj žalbi, G. Pandalis stoga mora uspjeti samo u jednom od tih žalbenih razloga u pogledu samo jednog od navedenih proizvoda. Naime, u tom slučaju trebalo bi provjeriti je li uporaba žiga CYSTUS za taj proizvod dovoljna kako bi predstavljala stvarnu uporabu.

B. Prvi žalbeni razlog – ne radi se o „dodacima prehrani za nemedicinske potrebe"

29. U svojem prvom žalbenom razlogu G. Pandalis osporava točke 54. do 59. pobijane presude. U toj je odluci Opći sud presudio da je žalbeno vijeće EUIPO-a s pravom utvrdilo da G. Pandalis nije uspio dokazati da su proizvodi mekane pastile, pastile za grlo, ekstrakt, otopina za ispiranje i tablete za sprječavanje infekcije koji su označeni žigom CYSTUS „dodaci prehrani za nemedicinske potrebe".

30. S jedne strane, G. Pandalis ističe da je Opći sud pogrešno primijenio odredbe Direktive 2002/46 u pogledu dodataka prehrani, dok s druge strane ističe nedostatke u obrazloženju.

1. Prvi dio prvog žalbenog razloga – pojam dodatka prehrani

31. G. Pandalis temelji prvi dio prvog žalbenog razloga na navodnoj povredi članka 51. stavka 1. točke (a) Uredbe o žigu Europske unije. Ističe da je Opći sud prilikom ocjene jesu li određeni proizvodi dodaci prehrani za nemedicinske potrebe u smislu kategorije proizvoda prema pravu o žigu mogao upotrebljavati samo definiciju dodataka prehrani iz članka 2. točke (a) Direktive 2002/46, ali ne i zahtjeve iz članka 6. te direktive o označivanju dodataka prehrani.

32. Međutim, tim se argumentom zanemaruje funkcija definicije iz Direktive 2002/46. Ona ne služi za određivanje kategorije proizvoda u skladu s pravom o žigu, već se njom samo utvrđuje područje primjene Direktive, zajedno s pravilima o označivanju.

33. Suprotno tomu, za kategoriju proizvoda u skladu s pravom o žigu zasigurno je bitan izgled dodataka prehrani koji se određuje propisima o označivanju. Naime, taj je izgled odlučujući za to u koju kategoriju proizvoda potrošači svrstavaju proizvod.

34. Stoga je okolnost da sporni proizvodi nisu bili u skladu s odredbama o označivanju dodataka prehrani koje proizlaze iz prava Unije važan pokazatelj za to da se proizvodi ne smatraju dodatcima prehrani.

35. Pitanje je li odstupanje od pravila za označivanje dovoljno važno kako bi se utvrdilo da proizvodi nisu „dodaci prehrani za nemedicinske potrebe" jest ocjena činjenica.

36. Isto se odnosi i na važnost koju Opći sud pridaje okolnostima da postoji farmaceutski centralni broj za sporne proizvode, da se oni prodaju u ljekarnama i da se prodaju uz napomenu da štite od gripe i prehlada te pomažu kod upala u ustima i grlu.

37. U tom smislu valja podsjetiti da je, u skladu s člankom 256. stavkom 1. UFEU-a i člankom 58. stavkom 1. Statuta Suda Europske unije, žalba ograničena na pravna pitanja. Opći sud jedini je nadležan za utvrđivanje i ocjenu relevantnih činjenica kao i ocjenu dokaza. Ocjenjivanje tih činjenica i dokaza, osim u slučaju njihova iskrivljavanja, nije pravno pitanje koje kao takvo podliježe nadzoru Suda u žalbenom postupku [5].

38. Međutim, G. Pandalis ističe da je Opći sud u točki 59. osporavane presude u pogledu mekanih pastila „Cystus" iskrivio činjenice jer te pastile ne sadržavaju navedenu napomenu o njihovoj koristi za zdravlje. Takav je prigovor dopušten u žalbenom postupku.

39. Međutim, kao što to EUIPO pravilno ističe, taj se prigovor temelji na pogrešnom tumačenju osporavane presude. Naime, Opći sud u točki 59. nije utvrdio da se mekane pastile „Cystus" prodaju *s* tom napomenom, već je potvrdio ocjenu dokaza žalbenog vijeća. Međutim, žalbeno vijeće priznalo je da se taj proizvod prodaje *bez* napomene te je to uzelo u obzir pri ocjenjivanju [6].

40. Stoga valja odbiti prvi dio prvog žalbenog razloga kao djelomično nedopušten i u preostalom dijelu kao neosnovan.

2. Drugi dio prvog žalbenog razloga – nedostatak u obrazloženju

41. U drugom dijelu prvog žalbenog razloga G. Pandalis navodi nedostatke u obrazloženju.

5 Presude od 7. listopada 2004., Mag Instrument/OHIM (C-136/02 P, EU:C:2004:592, t. 39.), od 17. srpnja 2014., Reber/OHIM (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, t. 35.) i od 26. srpnja 2017., Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, t. 34.)

6 Točka 57. sporne odluke

42. Prvi je nedostatak da Opći sud nije utvrdio kategoriju kojoj pripadaju njegovi proizvodi.

43. Međutim, G. Pandalis zanemaruje predmet spora. Radi se isključivo o tome je li mogao dokazati stvarnu uporabu žiga CYSTUS za „dodatke prehrani za nemedicinske potrebe". Za ovo pitanje nije relevantno kojoj drugoj kategoriji pripadaju njegovi proizvodi.

44. Nadalje, G. Pandalis ističe da iz osporavane presude nije jasno zašto Opći sud u postupku ispitivanja u skladu s člankom 51. stavkom 1. točkom (a) i člankom 51. stavkom 2. Uredbe o žigu Europske unije nije zasebno ispitao upotrebljava li se predmetni žig Europske unije u pogledu mekanih pastila „Cystus" kao „dodatak prehrani za nemedicinske potrebe".

45. Međutim, u tom je pogledu također ključno to da je Opći sud u odnosu na to pitanje relativno paušalno prihvatio ocjenu žalbenog vijeća. Time, naime, barem implicitno odbacuje prigovore G. Pandalisa u pogledu tog proizvoda.

46. Stoga drugi dio prvog žalbenog razloga valja odbiti kao neosnovan.

C. Drugi žalbeni razlog – uporaba u svojstvu žiga

47. U svojem drugom žalbenom razlogu G. Pandalis Općem sudu prigovara da je u točkama 43. i 46. sporni žig Europske unije CYSTUS paušalno odredio opisnim u pogledu označivanja biljke „Cistus" a da pritom nije uzeo u obzir konkretan oblik uporabe žiga. To predstavlja dodatnu pogrešku koja se tiče prava prilikom primjene članka 51. stavka 1. točke (a) Uredbe o žigu Europske unije jer uporabu žiga, prema mišljenju G. Pandalisa, treba priznati kao stvarnu. Osim toga, obrazloženje u tim točkama je proturječno.

48. U tom pogledu, najprije treba razmotriti argumentaciju Općeg suda u točki 46. osporavane presude koja se na prvi pogled doista čini zahvaćena pogreškom koja se tiče prava, a potom njegova ostala razmatranja u pogledu tog tužbenog razloga.

1. Točka 46. osporavane presude – opisna priroda žiga CYSTUS

49. U točki 46. osporavane presude Opći sud utvrdio je da je žalbeno vijeće moglo pretpostaviti, a da pritom ne počini pogrešku koja se tiče prava, da relevantna javnost pojam „Cystus" smatra opisnim u pogledu označivanja biljke „Cistus", a ne žigom Europske unije, te da pritom time ne bi utvrdilo da postoji apsolutni razlog za odbijanje u smislu članka 7. stavka 1. točke (c) Uredbe o žigu Europske unije.

50. G. Pandalis u pogledu tog utvrđenja točno ističe protuargument da su te izjave proturječne ako se razmatraju odvojeno. Naime, ako relevantna javnost žig smatra samo opisnim, isključuje se uporaba žiga. Time bi u isto vrijeme, neovisno o suprotnoj tvrdnji Općeg suda, postojao apsolutni razlog za odbijanje iz članka 7. stavka 1. točke (c) Uredbe o žigu Europske unije.

51. Štoviše, to bi utvrđivanje stoga moglo biti upitno jer bi se njime u okviru postupka povodom opoziva preduhitrio zaključak postupka proglašavanja žiga ništavim. Na prvi pogled, to bi bilo u suprotnosti s presudom Formula One Licensing/OHIM. Prema njoj se u postupku prigovora na registrirani žig Europske unije u pogledu znaka istovjetnog žigu zaštićenom u nekoj državi članici ne smije utvrditi apsolutni razlog za odbijanje u pogledu znaka kao što je nepostojanje razlikovnog karaktera. Nazivanje znaka opisnim ili generičkim istovjetno je negiranju njegova razlikovnog karaktera [7].

7 Presuda od 24. svibnja 2012., Formula One Licensing/OHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, t. 41.)

52. Točno je da bi se u pogledu prenošenja te sudske prakse na ovaj predmet moglo prigovoriti da se Sud oslanja na to da ni EUIPO ni Općі sud nisu nadležni za preispitivanje nacionalnog žiga [8]. Suprotno tomu, institucijske ovlasti postoje u pogledu spornog žiga Unije. S druge strane, institucijske ovlasti postoje u pogledu spornog žiga Europske unije – samo ih treba primijeniti na drugi postupak.

53. Međutim, Sud također smatra da se Uredbom o žigu Europske unije u postupku povodom prigovora starijem žigu pripisuje određeni stupanj razlikovnog karaktera [9]. Ovo se razmišljanje može jednostavno prenijeti na ocjenu stvarne uporabe registriranog žiga Europske unije.

54. No, u konačnici to pitanje može ostati otvoreno u ovom slučaju.

55. Naime, Općі sud u točki 47. osporavane presude pobliže određuje što doista želi utvrditi nespretnom formulacijom u točki 46. Naime, u skladu s tom točkom Općі sud ne osporava *sav razlikovni karakter* pojmu „Cystus”, što bi se moglo primijeniti na pojam koji je samo opisan [10], nego mu odobrava barem *slab razlikovni karakter*. To ispunjava zahtjeve iz navedene sudske prakse [11].

56. Štoviše, tim se tumačenjem dopušta i utvrđenje Općeg suda prema kojem žalbeno vijeće nije odlučilo o članku 7. stavku 1. točki (c) Uredbe o žigu Europske unije.

57. Stoga se prigovori G. Pandalisa na točku 46. osporavane presude temelje na pogrešnom tumačenju argumentacije Općeg suda koja je doista nejasna.

2. Ostala razmatranja – ocjena stvarne uporabe žiga CYSTUS

58. Osim toga, argument G. Pandalisa u pogledu drugog žalbenog razloga u načelu se također temelji na selektivnom i stoga pogrešnom tumačenju Općeg suda u pogledu ocjene odgovarajućeg tužbenog razloga, uključujući sporne točke.

59. Kao prvo, kao što je već rečeno, Općі sud utvrdio je, i to upravo ne paušalno, da se žig CYSTUS može koristiti isključivo opisno. Naprotiv, slab razlikovni karakter koji priznaje Općі sud znači da se žig može u načelu upotrebljavati kao takav, odnosno Općі sud smatra da je žig moguće koristiti na takav način da ga potrošači smatraju oznakom podrijetla proizvoda, a ne samo opisom njegovih sastojaka.

60. Kao drugo, kao što ističe društvo LR Health & Beauty, iz točke 37. i uvodnih rečenica točke 43. osporavane presude proizlazi da je Općі sud u točkama 39. do 48. ocijenio konkretnu uporabu riječi „Cystus” na ambalaži proizvoda „Pilots Friend Immunizer®”, „Immun44® Saft” i „Immun44® Kapseln”.

61. Kao treće, Općі sud pritom je potvrdio zaključak žalbenog vijeća prema kojem je ta uporaba opisna te stoga upravo nije ispunila zahtjeve za uporabu žiga.

62. Na temelju te argumentacije može se utvrditi da G. Pandalis nije stvarno upotrebljavao žig CYSTUS za tri navedena proizvoda.

8 Presude od 24. svibnja 2012., Formula One Licensing/OHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, t. 40., 44. i 45.) i od 8. studenoga 2016., BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, t. 66.) te rješenja od 30. svibnja 2013., Wohlfahrt/OHIM (C-357/12 P, EU:C:2013:356, t. 46.) i od 16. listopada 2013., medi/OHIM (C-410/12 P, EU:C:2013:702, t. 34.)

9 Presuda od 24. svibnja 2012., Formula One Licensing/OHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, t. 46. i 47.)

10 Presuda od 24. svibnja 2012., Formula One Licensing/OHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, t. 41.)

11 Presude od 24. svibnja 2012., Formula One Licensing/OHIM (C-196/11 P, EU:C:2012:314, t. 47.) i od 8. studenoga 2016., BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, t. 67.)

63. Naime, prilikom ocjene je li uporaba žiga stvarna treba uzeti u obzir sve okolnosti kojima se može dokazati da se žig komercijalno iskorištava, osobito za namjene koje se u predmetnoj grani djelatnosti smatraju opravdanima kako bi se zadržao ili ostvario udio na tržištu za proizvode ili usluge koje su zaštićene žigom [12].

64. Pritom je uporabu moguće smatrati stvarnom samo ako odgovara bitnoj funkciji žiga, a to je jamstvo potrošaču ili krajnjem korisniku u pogledu istovjetnosti podrijetla proizvoda ili usluge koju označuje taj žig, tako što mu omogućuje razlikovanje tog proizvoda ili usluge od proizvoda ili usluga drugog podrijetla, a da pritom ne bude doveden u zabludu [13].

65. U skladu s time, ne mora svaka uporaba žiga ispunjavati funkciju označivanja podrijetla [14]. Isto tako, svaka dokazana tržišna uporaba u trgovačkom prometu ne smatra se nužno stvarnom uporabom predmetnog žiga [15]. Štoviše, žig se također može rabiti u skladu s drugim funkcijama, poput jamstva kakvoće, ili funkcije komunikacije, ulaganja ili oglašavanja [16].

66. Način na koji se u pojedinačnom slučaju upotrebljava žig stoga se može utvrditi samo ocjenom činjenica. Međutim, kao što je navedeno, to se ne ispituje u žalbenom postupku.

3. Uključivanje drugih proizvoda

67. Prethodna bi se razmatranja mogla osporiti u pogledu toga da je Opći sud u točki 50. osporavane presude utvrdio da se uporaba žiga CYSTUS u pogledu „ostalih proizvoda za koje se pojam ‚Cystus' upotrebljava isključivo u izrazima ‚Cystus 52' ili ‚Cystus 052', sa simbolom ‚®' ili bez njega" ne može priznati. Time Opći sud u svoju ocjenu uključuje i druge proizvode osim tri navedena proizvoda.

68. Međutim, Opći sud obrazlaže to utvrđenje u točki 47. osporavane presude.

69. U njoj raspravlja o pitanju treba li uporabu pojma „Cystus" u izrazima „Cystus 052" i „Cystus 52" priznati kao uporabu žiga CYSTUS. U tom smislu, u skladu s člankom 15. stavkom 1. drugim podstavkom točkom (a) Uredbe o žigu Europske unije kao dokaz stvarne uporabe žiga valjan je i dokaz da se žig upotrebljava u obliku koji se razlikuje u elementima koji ne mijenjaju razlikovni karakter žiga u odnosu na oblik u kojem je registriran.

70. Međutim, Opći sud odbacio je navedenu uporabu zbog slabog razlikovnog karaktera pojma „Cystus". Naime, tim oblikom uporabe može se značajno povećati razlikovni karakter žiga. Dakle, postoji utjecaj na razlikovni karakter protivno članku 15. stavku 1. drugom podstavku točki (a) Uredbe o žigu Europske unije. Osim toga, to obrazloženje u skladu je sa sudskom praksom Suda o upotrebljavanju žigova kao elemenata drugih žigova [17].

71. Slijedom toga, razmatranja Općeg suda u točkama 47. i 50. osporavane presude, koja G. Pandalis nije osporavao, nemaju isti predmet kao točke 43. i 46. koje osporava. Razmatranja koja se prva navode ne dovode u pitanje ocjenu drugog žalbenog razloga.

12 Presuda od 11. ožujka 2003., Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, t. 38.)

13 Presude od 11. ožujka 2003., Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, t. 36.) i od 9. prosinca 2008., Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, t. 13.)

14 Rješenje od 20. svibnja 2014., Reber Holding/OHIM (C-414/13 P, EU:C:2014:812, t. 54.)

15 Presuda od 17. srpnja 2014., Reber/OHIM (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, t. 32.)

16 Presuda od 8. lipnja 2017., W. F. Gözze Frottierweberei i Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, t. 42. i 45.)

17 Presuda od 1. prosinca 2016., Klement/EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, t. 29.)

4. Međuzaključak

72. Stoga je drugi žalbeni razlog, u dijelu u kojem se njime traži nova ocjena činjenica, djelomično nedopušten i u preostalom dijelu neutemeljen.

D. Treći žalbeni razlog – pravo na saslušanje

73. U trećem žalbenom razlogu G. Pandalis ističe da je Opći sud u točkama 23. do 25. osporavane presude pogrešno primijenio drugu rečenicu članka 75. Uredbe o žigu Europske unije.

74. G. Pandalis navodi da je žalbeno vijeće doista utvrdilo da je žig CYSTUS opisan u smislu članka 7. stavka 1. točke (c) Uredbe o žigu Europske unije. Nije bio u mogućnosti očitovati se o tome.

75. Suprotno tomu, Opći sud u točki 24. osporavane presude utvrdio je da se žalbeno vijeće *nije* očitovalo o postojanju apsolutnih razloga za odbijanje, odnosno o članku 7. stavku 1. točki (c) Uredbe o žigu Europske unije.

76. Stoga, ako je utvrđenje Općeg suda točno, ne postoji razlog zbog kojeg bi EUIPO saslušao G. Pandalisa u pogledu pitanja je li žig CYSTUS opisan u smislu članka 7. stavka 1. točke (c) Uredbe o žigu Europske unije.

77. Ovaj se žalbeni razlog stoga implicitno osporava jer je Opći sud netočno prenio obrazloženje žalbenog vijeća, što predstavlja pogrešku koja se tiče prava jer sudovi Unije ni u kojem slučaju ne smiju vlastitim obrazloženjem zamijeniti obrazloženje koje je naveo autor pobijanog akta [18].

78. Kao što sam to već drugdje navela, time se naglašava kasacijska priroda tužbe za poništenje. Naime, sudac Unije ne smije preinačiti pobijani akt izvan područja primjene neograničene nadležnosti (članak 261. UFEU-a), nego ga mora poništiti ako i u dijelu u kojem je utemeljena tužba za poništenje (članak 264. stavak 1. UFEU-a). Tada nadležne institucije, tijela, uredi i agencije Unije trebaju poduzeti potrebne mjere koje proizlaze iz poništavajuće presude (članak 266. stavak 1. UFEU-a) [19].

79. Iako je skladu s člankom 65. stavkom 3. Uredbe o žigu Europske unije Opći sud nadležan ne samo za poništavanje sporne odluke, nego i za njezinu izmjenu, ovlast Općeg suda za izmjenu odluka ne ovlašćuje ga da svojom ocjenom zamijeni ocjenu žalbenog vijeća EUIPO-a ili da ocijeni pitanje o kojem se žalbeno vijeće još nije izjasnilo [20].

80. U točki 32. osporavane odluke žalbeno vijeće je utvrdilo „da znanstveni generički naziv biljke ne predstavlja samo naziv roda biljke (a time u širem smislu i naziv proizvoda, odnosno opisni navod u smislu članka 7. stavka 1. točke (c) [Uredbe o žigu Europske unije] […]), nego se njime opisuje i robu čiji se bitan sastojak proizvodi iz biljaka tog roda".

81. Nadalje, u skladu s točkom 34. osporavane odluke dodavanje simbola „®" treba „shvatiti na način da [G. Pandalis] u konačnici svojim oglašavanjem upućuje na to da je stekao pravo na žig koje se odnosi na opisni navod […]".

82. Zapravo, razumno je shvatiti ta utvrđenja na način da je žalbeni odbor utvrdio da je žig CYSTUS opisan u smislu članka 7. stavka 1. točke (c) Uredbe o žigu Europske unije.

18 Presude od 27. siječnja 2000., DIR International Film i dr./Komisija (C-164/98 P, EU:C:2000:48, t. 38. i 48.) i od 21. siječnja 2016., Galp Energía España i dr./Komisija (C-603/13 P, EU:C:2016:38, t. 73.)

19 Moje mišljenje u predmetu Frucona Košice/Komisija (C-73/11 P, EU:C:2012:535, t. 92. i 93.)

20 Presude od 5. srpnja 2011., Edwin/OHIM (C-263/09 P, EU:C:2011:452, t. 72.) i od 21. srpnja 2016., Apple and Pear Australia i Star Fruits Diffusion/EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, t. 67.)

83. Međutim, takvo tumačenje nije obvezno.

84. Stoga žalbeno vijeće svoju izjavu u točki 32. osporavane odluke tumači na način da je generički naziv u „širem smislu" opisna tvrdnja u smislu članka 7. stavka 1. točke (c) Uredbe o žigu Europske unije. Međutim, time se implicira da samo pojam koji je opisan u strogom značenju te riječi također nužno ispunjava zahtjeve tog standarda i da je potrebno proglasiti ništavim odgovarajući žig.

85. Osim toga, razmatranja u točki 34. osporavane odluke ne sadržavaju utvrđenje žalbenog vijeća u pogledu značenja uporabe simbola „®", nego tumačenje komunikacije nositelja žiga.

86. Stoga je tumačenje Općeg suda u pogledu osporavane odluke i dalje moguće zagovarati i nije moguće utvrditi da je Opći sud svojim vlastitim obrazloženjem nezakonito zamijenio obrazloženje žalbenog vijeća.

87. Slijedom toga, glavni argument G. Pandalisa u pogledu trećeg žalbenog razloga također treba odbiti. Budući da se žalbeno vijeće prema utvrđenjima Općeg suda koja je moguće zastupati nije očitovalo o apsolutnom razlogu za odbijanje u skladu s člankom 7. stavkom 1. točkom (c) Uredbe o žigu Europske unije, G. Pandalisa nije trebalo saslušati ni u tom pogledu.

88. Stoga je treći žalbeni razlog neosnovan.

VI. Troškovi

89. Na temelju članka 184. stavka 2. Poslovnika Suda, kad žalba nije osnovana, Sud odlučuje o troškovima. U skladu s člankom 138. stavkom 1. Poslovnika, koji se na temelju njegova članka 184. stavka 1. primjenjuje na žalbeni postupak, stranka koja ne uspije u postupku dužna je, na zahtjev protivne stranke, snositi troškove.

90. Budući da G. Pandalis nije uspio u svojoj žalbi i da su EUIPO i LR Health & Beauty podnijeli odgovarajuće zahtjeve, on mora snositi svoje troškove [21].

VII. Zaključak

91. Stoga predlažem Sudu da odluči kako slijedi:

1. Žalba se odbija.

2. G. Pandalisu nalaže se snošenje troškova.

21 Vidjeti presude od 26. srpnja 2017., Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, t. 65.) i od 19. travnja 2018., Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, t. 71.).