Recueil de la jurisprudence

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL
M[ME] JULIANE KOKOTT
présentées le 13 septembre 2018 [1]

Affaire C-194/17 P

Georgios Pandalis
contre

Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO)

« Pourvoi – Marque de l'Union européenne – Règlement (CE) nº 207/2009 – Procédure de déchéance – Marque de l'Union européenne CYSTUS – Usage sérieux – Caractère descriptif de la marque – Suppléments d'aliments non à usage médical – Directive 2002/46/CE »

I. Introduction

1. Le règlement sur la marque de l'Union européenne [2] prévoit le cas dans lequel une marque enregistrée ne présente pas de caractère distinctif, mais est perçue comme descriptive. Dans ce cas, en vertu de l'article 52, sur demande, la nullité de la marque peut être prononcée, bien que, en principe, elle n'aurait même pas dû être enregistrée. Par ailleurs, en vertu de l'article 51, la déchéance de la marque peut être prononcée si, pendant une durée ininterrompue de cinq ans, elle n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux. La présente procédure porte sur la question de savoir quelles sont les conséquences que la nature descriptive d'une marque emporte à l'égard de l'usage sérieux de celle-ci.

2. La chambre de recours de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) et le Tribunal de l'Union européenne se sont, l'une comme l'autre, appuyés sur le fait que, en raison de sa nature descriptive, la marque n'aurait pas été utilisée en tant que marque et en ont déduit sa déchéance. L'argumentation du titulaire de la marque consiste à affirmer que, ce faisant, la procédure de nullité aurait été contournée.

3. Par ailleurs se pose la question de savoir si la marque litigieuse a été utilisée pour les bons produits, à savoir les « suppléments d'aliments non à usage médical ». Dans ce contexte, la directive 2002/46/CE [3] applicable à ces produits joue un rôle.

1 Langue originale : l'allemand.

2 Règlement (CE) nº 207/2009 du Conseil, du 26 février 2009, sur la marque [de l'Union européenne] (JO 2009, L 78, p. 1), tel que modifié par l'acte relatif aux conditions d'adhésion à l'Union européenne de la République de Croatie et aux adaptations du traité sur l'Union européenne, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique (JO 2012, L 112, p. 21) (ci-après le « règlement sur la marque de l'Union européenne »). Entre-temps remplacé par le règlement (UE) 2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne (JO 2017, L 154, p. 1.)

3 Directive 2002/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 juin 2002, relative au rapprochement des législations des États membres concernant les compléments alimentaires (JO 2002, L 183, p. 51).

II. Cadre juridique

A. Le règlement sur la marque de l'Union européenne

4. L'article 7, paragraphe 1, du règlement sur la marque de l'Union européenne prévoit les motifs absolus de refus d'enregistrement :

« 1. Sont refusés à l'enregistrement :

[…]

c) les marques qui sont composées exclusivement de signes ou d'indications pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique ou l'époque de la production du produit ou de la prestation du service, ou d'autres caractéristiques de ceux-ci ;

[…] »

5. L'article 51 du règlement sur la marque de l'Union européenne régit la déchéance de la marque :

« 1. Le titulaire de la marque de l'Union européenne est déclaré déchu de ses droits, sur demande présentée auprès de l'[EUIPO] ou sur demande reconventionnelle dans une action en contrefaçon :

a) si, pendant une période ininterrompue de cinq ans, la marque n'a pas fait l'objet d'un usage sérieux dans l'Union pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée, et qu'il n'existe pas de justes motifs pour le non-usage ; toutefois, nul ne peut faire valoir que le titulaire est déchu de ses droits, si, entre l'expiration de cette période et la présentation de la demande ou de la demande reconventionnelle, la marque a fait l'objet d'un commencement ou d'une reprise d'usage sérieux ; cependant, le commencement ou la reprise d'usage fait dans un délai de trois mois avant la présentation de la demande ou de la demande reconventionnelle, ce délai commençant à courir au plus tôt à l'expiration de la période ininterrompue de cinq ans de non-usage, n'est pas pris en considération lorsque des préparatifs pour le commencement ou la reprise de l'usage interviennent seulement après que le titulaire a appris que la demande ou la demande reconventionnelle pourrait être présentée ;

[…]

2. Si la cause de déchéance n'existe que pour une partie des produits ou des services pour lesquels la marque de l'Union européenne est enregistrée, le titulaire n'est déclaré déchu de ses droits que pour les produits ou les services concernés. »

6. L'article 75 du règlement sur la marque de l'Union européenne rappelle l'obligation de motivation et le droit d'être entendu :

« Les décisions de l'[EUIPO] sont motivées. Elles ne peuvent être fondées que sur des motifs sur lesquels les parties ont pu prendre position. »

B. Directive 2002/46

7. Les compléments alimentaires sont définis à l'article 2, sous a), de la directive 2002/46 comme « les denrées alimentaires dont le but est de compléter le régime alimentaire normal et qui constituent une source concentrée de nutriments ou d'autres substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique seuls ou combinés, commercialisés sous forme de doses, à savoir les formes de présentation telles que les gélules, les pastilles, les comprimés, les pilules et autres formes similaires, ainsi que les sachets de poudre, les ampoules de liquide, les flacons munis d'un compte-gouttes et les autres formes analogues de préparations liquides ou en poudre destinées à être prises en unités mesurées de faible quantité ».

8. L'article 6 de la directive 2002/46 prévoit les exigences en matière d'étiquetage :

« 1. Pour l'application de l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2000/13/CE, la dénomination sous laquelle les produits couverts par la présente directive sont vendus est celle de "complément alimentaire".

2. L'étiquetage des compléments alimentaires, leur présentation et la publicité qui en est faite n'attribuent pas à ces produits des propriétés de prévention, de traitement ou de guérison d'une maladie humaine, ni n'évoquent ces propriétés.

3. Sans préjudice de la directive 2000/13/CE, l'étiquetage porte obligatoirement les indications suivantes :

a) le nom des catégories de nutriments ou substances caractérisant le produit ou une indication relative à la nature de ces nutriments ou substances ;

b) la portion journalière de produit dont la consommation est recommandée ;

c) un avertissement contre le dépassement de la dose journalière indiquée ;

d) une déclaration visant à éviter que les compléments alimentaires ne soient utilisés comme substituts d'un régime alimentaire varié ;

e) un avertissement indiquant que les produits doivent être tenus hors de la portée des jeunes enfants. »

III. Antécédents du litige et procédure devant l'EUIPO et le Tribunal

9. M. Georgios Pandalis est titulaire d'une marque de l'Union européenne consistant en le signe verbal CYSTUS. L'EUIPO l'a enregistrée le 5 janvier 2004. L'enregistrement est intervenu, entre autres, pour des « suppléments d'aliments non à usage médical » de la classe 30 de l'arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et des services aux fins de l'enregistrement des marques, du 15 juin 1957, tel que révisé et modifié.

A. Procédure devant l'EUIPO et décision de la chambre de recours

10. Le 3 septembre 2013, LR Health & Beauty Systems GmbH a, en vertu de de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement sur la marque de l'Union européenne [devenu l'article 58, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) nº 2017/1001], présenté une demande en déchéance de la marque CYSTUS au motif que celle-ci n'aurait pas fait l'objet d'un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans.

11. À l'audience, sur une question posée par la Cour, M. Pandalis et LR Health & Beauty Systems ont exposé qu'une procédure en nullité de la marque CYSTUS était également pendante. Cette procédure serait fondée sur le motif que la marque serait descriptive. L'EUIPO aurait sursis à statuer dans cette procédure dans l'attente de la clôture de la présente procédure.

12. Par décision du 12 septembre 2014, la division d'annulation de l'EUIPO a prononcé la déchéance de la marque pour une partie des produits enregistrés, parmi lesquels également les « suppléments d'aliments non à usage médical » relevant de la classe 30 de la classification de Nice.

13. Par décision du 30 octobre 2015, la première chambre de recours a rejeté le recours exercé par M. Pandalis contre la décision de la division d'annulation.

14. La chambre de recours a fondé sa décision sur deux principaux arguments.

15. Premièrement, M. Pandalis n'aurait pas fait usage du terme « CYSTUS » en tant que marque de l'Union européenne, mais en aurait fait un usage descriptif de ses produits pour indiquer que ceux-ci contenaient, en tant que principale substance active, des extraits de la variété végétale *Cistus incanus L.* Selon la chambre de recours, il ne suffirait pas que les produits comportent le terme « CYSTUS » au lieu de « Cistus » et que le symbole « ® » ait été partiellement utilisé pour pouvoir conclure à un usage en tant que marque de l'Union européenne. Selon la chambre, ne serait-ce que déjà pour ce motif, la déchéance de la marque devait être prononcée.

16. Deuxièmement, la chambre de recours a considéré que M. Pandalis n'aurait pas prouvé un usage sérieux de la marque pour des « suppléments d'aliments non à usage médical » relevant de la classe 30 étant donné que son apparence ne satisferait pas aux exigences de la directive 2002/46.

B. Arrêt du Tribunal

17. Le 14 janvier 2016, M. Pandalis a exercé devant le Tribunal un recours contre la décision litigieuse de la chambre de recours. Par l'arrêt attaqué du 14 février 2017, le Tribunal a rejeté ce recours.

IV. Procédure de pourvoi et conclusions des parties

18. Par une requête reçue le 14 avril 2017, M. Pandalis a formé un pourvoi contre l'arrêt du Tribunal.

19. Il conclut à ce qu'il plaise à la Cour :

– annuler l'arrêt rendu par le Tribunal le 14 février 2017 dans l'affaire T-15/16 concernant la procédure de déchéance engagée contre la marque de l'Union européenne nº 001273119 « CYSTUS » ;

– annuler la décision de la première chambre de recours de l'EUIPO du 30 octobre 2015, affaire R 2839/2014-1, concernant la procédure de déchéance contre la marque de l'Union européenne nº 001273119 « CYSTUS » ;

– annuler la décision de la division de déchéance [4] du 12 septembre 2014, adoptée dans le cadre de la procédure d'annulation 8374 C, dans la mesure où elle déclare que le titulaire de la marque de l'Union européenne nº 001273119 « CYSTUS » est déchu de ses droits en ce qui concerne les produits compris dans la classe 30 « suppléments d'aliments non à usage médical » ;

4 C'est ainsi que la chambre de recours désigne la division d'annulation dans sa décision.

– rejeter la demande en nullité introduite par LR Health & Beauty Systems contre la marque de l'Union européenne n° 001273119 « CYSTUS », dans la mesure où ladite demande concerne les produits compris dans la classe 30 « suppléments d'aliments non à usage médical » ;

– condamner l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle aux dépens.

20. L'EUIPO et LR Health & Beauty Systems concluent à ce qu'il plaise à la Cour :

– rejeter le pourvoi et

– condamner le requérant au pourvoi aux dépens.

21. Les parties se sont exprimées par écrit et lors de l'audience du 20 juin 2018.

V. Appréciation juridique

22. M. Pandalis fonde sa critique de l'arrêt attaqué sur trois moyens à l'appui du pourvoi. Le premier porte sur le rattachement des produits portant la marque CYSTUS au groupe des « suppléments d'aliments non à usage médical » (voir titre B), le deuxième porte sur la question de savoir si, en utilisant le terme « CYSTUS » pour désigner des produits, M. Pandalis l'a utilisé en tant que marque (voir titre C) et le troisième porte sur le droit d'être entendu dans les procédures devant l'EUIPO (voir titre D). Cependant, au préalable, il paraît opportun de faire une observation préliminaire concernant les deux premiers moyens du pourvoi.

A. Observation préliminaire

23. Pour pouvoir comprendre le sens des deux premiers moyens du pourvoi, il convient de rappeler que l'EUIPO a fondé la déchéance de la marque litigieuse sur la circonstance qu'elle n'avait pas fait l'objet d'un usage sérieux pour le groupe de produits pour lesquels elle a été enregistrée.

24. À cet égard, la chambre de recours a jugé que, premièrement, le terme « CYSTUS » n'aurait pas été utilisé en tant que marque, mais seulement à titre descriptif et, deuxièmement, qu'aucun des produits évoqués par M. Pandalis ne pourrait être considéré comme un « supplément d'aliment non à usage médical ». La décision litigieuse a donc était doublement étayée et par conséquent chacun des deux piliers de la motivation vise à motiver en substance intégralement la décision.

25. Dans l'arrêt attaqué, le Tribunal n'a toutefois pas examiné de manière exhaustive si les moyens invoqués par M. Pandalis remettaient en cause les deux piliers de la motivation.

26. Au contraire, il s'est borné pour une partie des produits évoqués, à savoir « Pilots Friend Immunizer® », « Immun44® Saft » et « Immun44® Kapseln » ainsi que « les autres produits pour lesquels le terme "CYSTUS" a exclusivement été utilisé dans les formules "CYSTUS 52" ou "CYSTUS 052", avec ou sans le symbole "®" », à constater que le terme « CYSTUS » n'avait pas été utilisé en tant que marque, mais à titre descriptif. C'est cette constatation que M. Pandalis attaque par son deuxième moyen du pourvoi.

27. Pour ce qui est de l'utilisation en ce qui concerne une autre partie des produits, à savoir pastilles à sucer, pastilles pour la gorge, infusion, solutions pour gargarisme et comprimés anti-infectieux, le Tribunal a jugé qu'elle ne pouvait pas être considérée être un usage pour des « suppléments d'aliments non à usage médical ». C'est cette décision qui fait l'objet du premier moyen du pourvoi.

28. Ainsi, pour que le pourvoi prospère, il suffit que M. Pandalis parvienne à faire accueillir un de ces moyens en rapport avec uniquement un des produits énumérés. En effet, dans ce cas, il conviendrait d'examiner si l'usage de la marque CYSTUS pour ce produit suffit à établir un usage sérieux.

B. Premier moyen – Absence de « suppléments d'aliment non à usage médical »

29. Par le premier moyen du pourvoi, M. Pandalis conteste les points 54 à 59 de l'arrêt attaqué. Le Tribunal y a jugé que la chambre de recours de l'EUIPO a constaté à bon droit que M. Pandalis n'aurait pas apporté la preuve de ce que les produits pastilles à sucer, pastilles pour la gorge, infusion, solutions pour gargarisme et comprimés anti-infectieux sur lesquels il a apposé la marque CYSTUS sont des « suppléments d'aliments non à usage médical ».

30. M. Pandalis critique, d'une part, que le Tribunal aurait fait une application erronée des dispositions de la directive 2002/46 relatives aux compléments alimentaires et, d'autre part, un défaut de motivation.

1. Sur la première branche du premier moyen du pourvoi – Notion de complément alimentaire

31. M. Pandalis fait reposer la première branche du premier moyen du pourvoi sur une prétendue violation de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement sur la marque de l'Union européenne. Il critique que, lors de l'appréciation du point de savoir si des produits déterminés ne sont pas des suppléments d'aliments non à usage médical au sens d'une catégorie de produit selon le droit des marques, le Tribunal aurait dû n'avoir recours qu'à la définition des compléments alimentaires figurant à l'article 2, sous a), de la directive 2002/46, et non aux exigences en matière d'étiquetage des compléments alimentaires à l'article 6 de ladite directive.

32. Cet argument méconnaît toutefois la fonction de la définition figurant dans la directive 2002/46. Elle ne vise pas à délimiter les catégories des produits selon le droit des marques, mais ne fait qu'ouvrir le champ d'application de la directive, y compris ses dispositions en matière d'étiquetage.

33. En revanche, pour ce qui est de la catégorie de produits selon le droit des marques, l'apparence visuelle des compléments alimentaires modelée par les règles en matière d'étiquetage revêt bel et bien une importance. En effet, c'est cette apparence visuelle qui détermine à quelle catégorie de produits le consommateur rattache le produit.

34. La circonstance que les produits en cause ne respectent pas les dispositions du droit de l'Union relatives à l'étiquetage des compléments alimentaires est donc un important indice que les produits ne seront pas perçus comme des compléments alimentaires.

35. Le point de savoir si l'écart par rapport aux règles en matière d'étiquetage est suffisamment important pour constater que des produits ne seraient pas des « suppléments d'aliments non à usage médical » est une question d'appréciation des faits.

36. La même chose vaut en ce qui concerne la signification que le Tribunal a attribué à la circonstance qu'il existe pour les produits en cause un numéro pharmacologique central, qu'ils sont vendus dans des pharmacies et qu'ils sont commercialisés en soulignant leur faculté de prévention de la grippe et des refroidissements ainsi que leur vertu de soulagement des inflammations de la cavité bucco-pharyngée.

37. À cet égard, il convient de rappeler qu'il résulte des articles 256, paragraphe 1, TFUE et 58, premier alinéa, du statut de la Cour de justice de l'Union européenne que le pourvoi est limité aux questions de droit. Seul le Tribunal est compétent pour constater et apprécier les faits pertinents ainsi que les éléments de preuve produits. Sauf si des faits et des éléments de preuve sont dénaturés, leur

appréciation ne constitue, par conséquent, pas une question de droit soumise, en tant que telle, au contrôle de la Cour dans le cadre d'un pourvoi [5].

38. M. Pandalis fait cependant valoir que, au point 59 de l'arrêt attaqué, en ce qui concerne les pastilles à sucer « CYSTUS », le Tribunal aurait dénaturé les faits puisque ces pastilles n'auraient pas été commercialisées avec cette indication sur leurs effets favorables à la santé. Un tel grief est recevable dans le cadre du pourvoi.

39. Néanmoins, ainsi que l'expose à juste titre l'EUIPO, ce grief repose sur une interprétation erronée de l'arrêt attaqué. En effet, au point 59, le Tribunal ne constate pas que les pastilles à sucer « CYSTUS » seraient commercialisées *avec* une telle indication, mais confirme l'appréciation des faits par la chambre de recours. Or, la chambre de recours a admis que ces produits avaient été commercialisés *sans* cette indication et qu'il en a été tenu compte dans l'appréciation [6].

40. Il s'ensuit que la première branche du premier moyen doit être rejetée en partie en tant qu'irrecevable et pour le surplus en tant que mal fondée.

2. Sur la seconde branche du premier moyen du pourvoi – Défaut de motivation

41. Par la seconde branche du premier moyen du pourvoi, M. Pandalis soulève un défaut de motivation.

42. Le premier défaut tiendrait à ce que le Tribunal n'aurait opéré aucune constatation quant à la catégorie à laquelle ses produits doivent être rattachés.

43. Toutefois, M. Pandalis méconnaît l'objet du litige. Il porte exclusivement sur le point de savoir s'il a été en mesure d'apporter la preuve d'un usage sérieux de la marque CYSTUS pour des « suppléments d'aliments non à usage médical ». Le point de savoir à quelle autre catégorie ses produits peuvent être rattachés n'a aucune importance à l'égard de cette question.

44. M. Pandalis fait en outre valoir qu'il ne ressortirait pas de l'arrêt pour quelle raison, dans le cadre de son examen sous l'angle de l'article 51, paragraphe 1, sous a), et paragraphe 2, du règlement sur la marque de l'Union européenne, le Tribunal n'a pas vérifié de manière différenciée si, en ce qui concerne les pastilles à sucer, la marque de l'Union européenne en cause « CYSTUS » a été utilisée pour des « suppléments d'aliments non à usage médical ».

45. Toutefois, à cet égard aussi ce qui est déterminant est que, sur ce point, le Tribunal a, de manière relativement globale, fait sienne l'appréciation de la chambre de recours. En effet, ce faisant, il rejette au moins implicitement les objections formulées par M. Pandalis en ce qui concerne ce produit.

46. Il s'ensuit que la seconde branche du premier moyen doit être rejetée comme étant mal fondée.

5 Arrêts du 7 octobre 2004, Mag Instrument/OHMI (C-136/02 P, EU:C:2004:592, point 39) ; du 17 juillet 2014, Reber/OHMI (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, point 35), et du 26 juillet 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, point 34).

6 Point 57 de la décision litigieuse.

C. Sur le deuxième moyen – Usage en tant que marque

47. Par son deuxième moyen, M. Pandalis reproche au Tribunal d'avoir, aux points 43 et 46, sommairement qualifié la marque de l'Union européenne litigieuse CYSTUS d'indication descriptive faisant référence à la dénomination de la plante « ciste », sans se baser sur la manière concrète dont la marque a été utilisée. Cela constituerait une autre erreur dans l'application de l'article 51, paragraphe 1, sous a), du règlement sur la marque de l'Union européenne, car, selon M. Pandalis, l'usage de la marque aurait dû être reconnu comme sérieux. En outre, la motivation serait sur ce point contradictoire.

48. À cet égard, il convient d'abord de se pencher sur les considérations exposées par le Tribunal au point 46 qui, à première vue, paraissent en effet entachées d'une erreur de droit, puis sur ses autres réflexions concernant de moyen du recours.

1. Sur le point 46 de l'arrêt attaqué – Nature descriptive de la marque CYSTUS

49. Au point 46 de l'arrêt attaqué, le Tribunal constate que c'est sans commettre d'erreur que la chambre de recours a pu considérer que le public pertinent percevrait le terme « CYSTUS » comme une indication descriptive faisant référence à la dénomination de la plante « CYSTUS » et non en tant que marque de l'Union européenne, sans pour autant se prononcer sur l'existence d'un motif absolu au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne.

50. M. Pandalis oppose à juste titre à cette constatation que, en soi, ces explications sont contradictoires. En effet, si le public concerné ne perçoit la marque que comme étant descriptive, une utilisation en tant que marque est exclue. Et dans le même temps – indépendamment de l'affirmation en sens contraire du Tribunal – le motif absolu de refus visé à l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne existerait.

51. De plus, cette constatation serait douteuse, car, en fin de compte, elle préjugerait du résultat d'une procédure de nullité dans le cadre d'une procédure en déchéance. Cela irait à première vue à l'encontre de l'arrêt Formula One Licensing/OHMI. Selon cet arrêt, dans le cadre d'une telle procédure d'opposition, il n'est pas possible non plus de constater, à l'égard d'un signe identique à une marque protégée dans un État membre, un motif absolu de refus, tel que l'absence de caractère distinctif. La caractérisation d'un signe comme descriptif ou générique équivaudrait à nier le caractère distinctif de celui-ci [7].

52. Certes, il pourrait être objecté à l'encontre d'une transposition de cette jurisprudence au présent cas que la Cour s'appuie sur le fait que ni l'EUIPO ni le Tribunal ne seraient habilités à exercer un contrôle sur une marque nationale [8]. En revanche, une compétence des institutions existerait en ce qui concerne la marque de l'Union européenne litigieuse – elle devrait simplement être exercée dans la cadre d'une autre procédure.

53. Néanmoins, la Cour part également du postulat qu'il doit être reconnu un certain degré de caractère distinctif à une marque nationale dans le cadre d'une procédure d'opposition [9]. Cette idée est aisément transposable à l'examen de l'usage sérieux d'une marque de l'Union européenne enregistrée.

54. En fin de compte, cette question peut être laissée en suspens.

7 Arrêt du 24 mai 2012, Formula One Licensing/OHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, point 41).

8 Arrêts du 24 mai 2012, Formula One Licensing/OHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, points 40, 44 et 45), et du 8 novembre 2016, BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, point 66) ; ordonnances du 30 mai 2013, Wohlfahrt/OHMI (C-357/12 P, EU:C:2013:356, point 46), et du 16 octobre 2013, medi/OHMI (C-410/12 P, EU:C:2013:702, point 34).

9 Arrêt du 24 mai 2012, Formula One Licensing/OHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, points 46 et 47).

55. En effet, au point 47 de l'arrêt attaqué, le Tribunal précise ce qu'il voulait réellement constater par la formulation malheureuse du point 46. Il s'ensuit que le Tribunal ne dénie *pas* au terme « CYSTUS » *tout caractère distinctif* ce qui s'appliquerait en ce qui concerne un terme uniquement descriptif[10], mais lui attribue au moins un *faible caractère distinctif.* Cela satisfait aux exigences de la jurisprudence citée[11].

56. En outre, cette interprétation autorise aussi la constatation du Tribunal selon laquelle la chambre de recours ne se serait pas prononcée sur l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne.

57. Ainsi, les critiques de M. Pandalis à l'encontre du point 46 de l'arrêt attaqué procèdent d'une interprétation erronée des explications du Tribunal – dont il faut reconnaître qu'elles prêtaient à confusion.

2. Sur les autres considérations – Appréciation de l'utilisation effective de la marque CYSTUS

58. Par ailleurs aussi, l'argumentation de M. Pandalis sur le deuxième moyen du pourvoi procède entièrement d'une lecture sélective, et donc erronée, de l'appréciation par le Tribunal du moyen du recours concerné, y compris les points de l'arrêt attaqués.

59. En effet, premièrement, ainsi que cela a déjà été évoqué, le Tribunal n'a précisément pas sommairement constaté que la marque CYSTUS ne pourrait être utilisée qu'à titre descriptif. Bien au contraire, le caractère faiblement distinctif reconnu par le Tribunal signifie que, en principe, la marque peut aussi être utilisée en tant que telle, c'est-à-dire que, selon le Tribunal, il est possible d'utiliser la marque de telle manière que les consommateurs la perçoivent comme une indication de l'origine d'un produit et non uniquement comme une description de ses ingrédients.

60. Deuxièmement, ainsi que le relève aussi LR Health & Beauty Systems, il résulte du point 37 et de la phrase introductive du point 43 de l'arrêt attaqué, que, aux points 39 à 48, le Tribunal a apprécié l'utilisation concrètement faite du terme « CYSTUS » sur les emballages des produits « Pilots Friend Immunizer® », « Immun44® Saft » et « Immun44® Kapseln ».

61. Troisièmement, ce faisant, le Tribunal a confirmé la conclusion de la chambre de recours selon laquelle cette utilisation était descriptive, et donc qu'elle ne satisfaisait pas aux exigences d'un usage en tant que marque.

62. Cette argumentation étaye la constatation selon laquelle M. Pandalis n'a pas fait un usage sérieux de la marque CYSTUS pour les trois produits énumérés ci-dessus.

63. En effet, il convient de prendre en considération, dans l'appréciation du caractère sérieux de l'usage de la marque, l'ensemble des faits et des circonstances propres à établir la réalité de son exploitation commerciale, en particulier les usages considérés comme justifiés dans le secteur économique concerné pour maintenir ou créer des parts de marché au profit des produits ou des services protégés par la marque[12].

10 Arrêt du 24 mai 2012, Formula One Licensing/OHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, point 41).

11 Arrêts du 24 mai 2012, Formula One Licensing/OHMI (C-196/11 P, EU:C:2012:314, point 47), et du 8 novembre 2016, BSH/EUIPO (C-43/15 P, EU:C:2016:837, point 67).

12 Arrêt du 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, point 38).

64. Il doit s'agir d'un usage conforme à la fonction essentielle de la marque, qui est de garantir au consommateur ou à l'utilisateur final l'identité d'origine d'un produit ou d'un service, en lui permettant de distinguer sans confusion possible ce produit ou ce service de ceux qui ont une autre provenance [13].

65. Il s'ensuit que toute utilisation de la marque n'intervient pas nécessairement conformément à sa fonction d'indication d'origine [14]. Dès lors, toute exploitation commerciale avérée ne peut être qualifiée automatiquement d'usage sérieux de la marque en cause [15]. Au contraire, une marque peut également faire l'objet d'usages conformes à d'autres fonctions, telles que celle consistant à garantir la qualité ou celles de communication, d'investissement ou de publicité [16].

66. Par conséquent, la manière dont une marque est utilisée au cas par cas ne peut être déterminée que sur la base d'une appréciation des faits. Or, comme évoqué, celle-ci échappe au contrôle dans le cadre du pourvoi.

3. Sur l'inclusion d'autres produits

67. L'on pourrait objecter aux considérations qui précèdent que, au point 50 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a constaté que l'utilisation de la marque CYSTUS en ce qui concerne « les autres produits pour lesquels le terme "CYSTUS" a exclusivement été utilisé dans les formules "CYSTUS 52" ou "CYSTUS 052", avec ou sans le symbole "®" » ne pouvait être reconnue. Ainsi, le Tribunal étend son appréciation au-delà des trois produits énumérés.

68. Toutefois, le Tribunal motive cette constatation au point 47 de l'arrêt attaqué.

69. Le Tribunal y précise s'il faut reconnaître comme un usage de la marque CYSTUS l'utilisation du terme « CYSTUS » dans les termes « CYSTUS 052 » et « CYSTUS 52 ». À cet égard, en vertu de l'article 15, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a), du règlement sur la marque de l'Union européenne vaut également comme preuve d'un usage sérieux d'une marque la preuve de l'usage de la marque sous une forme qui diffère par des éléments n'altérant pas le caractère distinctif de la marque dans la forme sous laquelle celle-ci a été enregistrée.

70. Toutefois, en ce qui concerne l'utilisation évoquée, le Tribunal le rejette en raison du faible caractère distinctif du terme « CYSTUS ». En effet, selon lui, cette utilisation serait de nature à significativement renforcer le caractère distinctif de la marque en cause. Ainsi, cela exercerait une influence sur le caractère distinctif en contrariété avec l'article 15, paragraphe 1, deuxième alinéa, sous a), du règlement sur la marque de l'Union européenne. Cette motivation correspond au demeurant à la jurisprudence de la Cour relative à l'utilisation de marques en tant qu'élément d'autres marques [17].

71. Il s'ensuit que les considérations développées par le Tribunal aux points 47 et 50 de l'arrêt attaqué – qui ne sont pas contestées par M. Pandalis – ont un autre objet que celles développées aux points 43 et 46 contestés. Ainsi, les premières considérations évoquées ne remettent pas en cause l'appréciation faite du deuxième moyen du pourvoi.

13 Arrêts du 11 mars 2003, Ansul (C-40/01, EU:C:2003:145, point 36), et du 9 décembre 2008, Verein Radetzky-Orden (C-442/07, EU:C:2008:696, point 13).

14 Ordonnance du 20 mai 2014, Reber Holding/OHMI (C-414/13 P, EU:C:2014:812, point 54).

15 Arrêt du 17 juillet 2014, Reber/OHMI (C-141/13 P, EU:C:2014:2089, point 32).

16 Arrêt du 8 juin 2017, W.F. Gözze Frottierweberei et Gözze (C-689/15, EU:C:2017:434, points 42 et 45).

17 Arrêt du 1er décembre 2016, Klement/EUIPO (C-642/15 P, EU:C:2016:918, point 29).

4. Conclusion intermédiaire

72. Par conséquent, le deuxième moyen est en partie irrecevable – dans la mesure où il vise à obtenir une nouvelle appréciation des faits – et il est pour le surplus mal fondé.

D. Troisième moyen du pourvoi – Droit d'être entendu

73. Par son troisième moyen du pourvoi, M. Pandalis fait grief au Tribunal d'avoir mal appliqué l'article 75, deuxième phrase, du règlement sur la marque aux points 23 à 25 de l'arrêt attaqué.

74. M. Pandalis expose que la chambre de recours aurait en réalité jugé que la marque CYSTUS serait descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne. Selon lui, il n'aurait pas pu s'exprimer sur ce point.

75. De son côté, au point 24 de l'arrêt attaqué, le Tribunal constate que la chambre de recours ne serait *pas* prononcée sur l'existence d'un motif absolu de refus d'enregistrement et donc sur l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne.

76. Si la constatation opérée par le Tribunal est exacte, l'EUIPO n'avait aucune raison d'entendre M. Pandalis sur le point de savoir si la marque CYSTUS était descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne.

77. Par conséquent ce que soulève implicitement ce moyen du pourvoi est que le Tribunal n'aurait pas correctement reproduit la motivation de la chambre de recours ce qui constituerait une erreur de droit puisque les juridictions de l'Union ne peuvent, en toute hypothèse, substituer leur propre motivation à celle de l'auteur de l'acte attaqué [18].

78. Ainsi que nous l'avons déjà exposé à d'autres occasions, cela constitue une expression du caractère cassatoire du recours en annulation. En dehors du champ d'application de la compétence de pleine juridiction (article 261 TFUE), le juge de l'Union ne peut réformer l'acte contesté, mais il doit le déclarer nul si et dans la mesure où le recours en annulation est fondé (article 264, premier alinéa, TFUE). L'institution, l'organe ou l'organisme concernés sont alors tenus de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt en annulation (article 266, premier alinéa, TFUE) [19].

79. Certes, en vertu de l'article 65, paragraphe 3, du règlement sur la marque de l'Union européenne, le Tribunal peut non seulement annuler, mais aussi modifier, la décision litigieuse, toutefois le pouvoir de réformation reconnu au Tribunal n'a pas pour effet de conférer à celui-ci le pouvoir de substituer sa propre appréciation à celle de la chambre de recours de l'EUIPO et, pas davantage, de procéder à une appréciation sur laquelle ladite chambre n'a pas encore pris position [20].

80. Au point 32 de la décision litigieuse, la chambre de recours a constaté que « la dénomination scientifique générique d'une plante non seulement représente le nom du genre de la plante (et donc au sens large le nom du produit ou l'indication descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, point c), du [règlement sur la marque de l'Union européenne]), mais décrit aussi les produits dont le composant essentiel est fabriqué à partir de plantes de ce genre ».

18 Arrêts du 27 janvier 2000, DIR International Film e.a./Commission (C-164/98 P, EU:C:2000:48, points 38 et 48) et du 21 janvier 2016, Galp Energía España e.a./Commission (C-603/13 P, EU:C:2016:38, point 73).

19 Nos conclusions dans l'affaire Frucona Košice/Commission (C-73/11 P, EU:C:2012:535, points 92 et 93).

20 Arrêts du 5 juillet 2011, Edwin/OHMI (C-263/09 P, EU:C:2011:452, point 72), et du 21 juillet 2016, Apple and Pear Australia et Star Fruits Diffusion/EUIPO (C-226/15 P, EU:C:2016:582, point 67).

81. En outre, conformément au point 34 de la décision litigieuse, l'ajout du symbole « ® » « doit probablement se comprendre dans le sens que [M. Pandalis] déclare finalement dans sa publicité qu'il a acquis un droit de marque sur une indication descriptive ».

82. Effectivement, il est aisément concevable d'interpréter ces explications en ce sens que la chambre de recours constate que la marque CYSTUS serait descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne.

83. Néanmoins, cette interprétation ne s'impose pas.

84. Ainsi, la chambre de recours qualifie ce qu'elle exprime au point 32 de la décision litigieuse en ce sens que la dénomination scientifique générique d'une plante non seulement représente le nom du genre de la plante, mais serait « au sens large » une indication descriptive au sens de l'article 7, paragraphe 1, point c), du règlement sur la marque de l'Union européenne. Cela implique cependant que seul un terme qui est, au sens strict, descriptif répond également nécessairement aux exigences de la règle citée et qu'une marque correspondante devrait être annulée.

85. Au-delà de cela, les explications données au point 34 de la décision litigieuse sont moins une constatation de la chambre de recours quant à la signification de l'utilisation du symbole « ® » qu'une interprétation de la communication du titulaire de la marque.

86. Ainsi l'interprétation faite par le Tribunal de la décision litigieuse est encore défendable et il n'apparaît pas que le Tribunal aurait, illégalement, substitué sa propre motivation à celle de la chambre de recours.

87. Par conséquent, le principal argument de M. Pandalis quant au troisième moyen du pourvoi doit être rejeté. Étant donné que, selon les constations défendables du Tribunal, la chambre de recours ne s'est pas prononcée sur l'existence d'un motif absolu de refus d'enregistrement au sens de l'article 7, paragraphe 1, sous c), du règlement sur la marque de l'Union européenne, il n'était pas nécessaire d'entendre M. Pandalis sur ce point.

88. Dès lors, le troisième moyen du pourvoi est mal fondé.

VI. Dépens

89. En vertu de l'article 184, paragraphe 2, de son règlement de procédure, lorsque le pourvoi n'est pas fondé, la Cour statue sur les dépens. Conformément à l'article 138, paragraphe 1, qui s'applique à la procédure de pourvoi en vertu de l'article 184, paragraphe 1, de ce règlement, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens s'il est conclu en ce sens.

90. Étant donné que M. Pandalis a succombé en son pourvoi et que l'EUIPO et LR Health & Beauty Systems ont conclu en ce sens, il y a lieu de le condamner aux dépens [21].

21 Voir arrêts du 26 juillet 2017, Staatliche Porzellan-Manufaktur Meissen/EUIPO (C-471/16 P, EU:C:2017:602, point 65), et du 19 avril 2018, Fiesta Hotels & Resorts/EUIPO (C-75/17 P, EU:C:2018:269, point 71).

VII. Conclusion

91. Nous proposons donc à la Cour de statuer comme suit :

1) Le pourvoi est rejeté.

2) M. Georgios Pandalis est condamné aux dépens.