OFFICE BENELUX DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

DECISION en matière d'OPPOSITION

Nº 2011538

du 3 avril 2019

Opposant : **KEYPHARM NV**
Siemenslaan 11
8020 Oostkamp
Belgique

Mandataire : **K.O.B. N.V.**
President Kennedypark 31c
8500 Kortrijk
Belgique

Marque invoquée : **Enregistrement Benelux 872540**

BIOTONA

contre

Défendeur : **KSMC SPRL**
Bastion Tower, Level 21, Place du Champs de Mars 5
1050 Bruxelles
Belgique

Mandataire : **LEGACITY**
Rue de l'Amazone
1060 Bruxelles
Belgique

Marque contestée : **Dépôt Benelux 1319441**

Biothena

I. FAITS ET PROCEDURE

A. Faits

1. Le 21 octobre 2015, le défendeur a procédé au dépôt Benelux de la marque verbale 'Biothena' pour distinguer des produits en classes 5, 29 et 30. Ce dépôt a été mis à l'examen sous le numéro 1319441 et a été publié le 29 octobre 2015.

2. Le 28 décembre 2015, l'opposant a introduit une demande d'opposition contre l'enregistrement de ce dépôt. L'opposition était initialement basée sur les marques antérieures suivantes :

- Marque de l'Union européenne, numéro 11621455, de la marque verbale BIOTONA déposée le 4 mars 2013, pour des produits en classes 30 et 32 ;
- Enregistrement Benelux, numéro 872540, de la marque verbale BIOTONA déposée le 19 novembre 2009 et enregistrée le 10 février 2010, pour des produits en classes 5, 30 et 32.

3. Lors de la procédure, l'opposant a renoncé à baser son opposition sur la marque de l'Union européenne 11621455. L'opposition est donc uniquement basée sur l'enregistrement Benelux portant le numéro 872540.

4. Il ressort du registre concerné que l'opposant est le titulaire du droit invoqué.

5. L'opposition est introduite contre tous les produits du signe contesté et est basée sur tous les produits du droit invoqué.

6. Les motifs de l'opposition sont ceux consignés à l'article 2.14, alinéa 1er, sous a de la Convention Benelux de la Propriété Intellectuelle (ci-après « CBPI »).

7. La langue de la procédure est le français.

B. Déroulement de la procédure

8. L'opposition est recevable et la notification relative à la recevabilité a été adressée aux parties le 31 décembre 2015. Au cours de la phase administrative de la procédure, les parties ont introduit leurs arguments. Tous les documents fournis satisfont aux exigences de la CBPI et du règlement d'exécution (ci-après : « RE ») y relatives. De plus, la procédure a été suspendue une fois d'office vu que la marque de l'Union européenne invoquée n'était pas encore enregistrée. Suite à la renonciation par l'opposant à ladite marque invoquée, la suspension d'office de la procédure a été levée. La phase administrative de la procédure d'opposition a été clôturée le 13 mars 2018.

II. MOYENS DES PARTIES

9. L'opposant a introduit, en application de l'article 2.14, alinéa 1er, sous a, CBPI, une demande d'opposition auprès de l'Office Benelux de la Propriété intellectuelle (ci-après « l'Office »), conformément aux dispositions de l'article 2.3, sous b, CBPI : risque de confusion en raison de l'identité ou de la ressemblance des signes concernés et de l'identité ou de la similitude des produits et services en question.

A. Arguments de l'opposant

10. En ce qui concerne la comparaison des signes, l'opposant fait observer que visuellement il existe un degré élevé de ressemblance. La concordance sur le plan visuel des marques est provoquée par l'élément verbal identique « BIOT(H)-\NA ». Les deux signes comprennent trois syllabes dont deux sont identiques.

11. Phonétiquement, les signes sont prononcés de manière quasi-identique du fait qu'ils contiennent un élément verbal identique au début et à la fin, à savoir BIOT-NA.

12. Conceptuellement, les signes contiennent l'élément BIO, reconnu par le consommateur Benelux comme une abréviation de 'biologique'.

13. L'opposant est d'avis que les signes se ressemblent dans un degré élevé sur les plans visuel, phonétique et conceptuel. Par conséquent, il existe un risque de confusion.

14. En ce qui concerne la comparaison des produits, l'opposant explique que les produits de l'opposant et ceux du défendeur sont identiques, ou du moins très similaires.

15. Le niveau d'attention du consommateur en l'espèce est moyen, d'après l'opposant.

16. Pour ces raisons, l'opposant conclut qu'il existe un risque de confusion. Il demande donc à l'Office de refuser l'enregistrement du signe contesté et de conclure que le paiement des frais incombe au défendeur.

B. Réaction du défendeur

17. En ce qui concerne l'élément BIO commun aux signes en conflit, le défendeur fait remarquer que cet élément est couramment utilisé pour faire référence à la biologie, la vie ou à des organismes vivants, et est souvent utilisé comme préfixe dans les dénominations d'aliments biologiques ou de produits pharmaceutiques. Par conséquent, l'élément BIO est descriptif en ce qui concerne les produits visés.

18. Visuellement, les marques ont en commun six lettres BIOT-N-A, d'après le défendeur. Elles diffèrent quant à leur deuxième syllabe, respectivement TO pour le droit invoqué et 'the' pour le signe contesté. Comme l'élément 'bio' est nettement descriptif quant aux produits concernés, le défendeur estime que cet élément ne doit pas être pris en considération lors de la comparaison visuelle. Par conséquent, les éléments distinctifs des signes sont TONA pour le droit invoqué et 'thena' pour le signe contesté. Les différences au niveau des deuxièmes syllabes neutralisent l'identité qui pourrait exister entre les signes à cause de leur dernière syllabe identique. De plus, le défendeur fait observer que la marque invoquée est enregistrée en majuscules et le signe contesté en minuscules, sauf la première lettre B. C'est pourquoi, le défendeur est d'avis qu'il existe un faible degré de ressemblance entre les signes en conflit sur le plan visuel.

19. En ce qui concerne la comparaison phonétique des signes, les considérations faites au cours de l'analyse de la comparaison visuelle peuvent être appliquées ici mutatis mutandis, d'après le défendeur. L'attention se porte sur les aspects distinctifs et dominants des signes en cause, à savoir TONA et 'thena'. Il existe donc un faible degré de ressemblance entre les signes sur le plan phonétique.

20. Le défendeur considère que les signes en conflit ne présentent pas de similitude conceptuelle. L'élément descriptif 'bio' ne doit pas être pris en considération de manière isolée afin d'évaluer la similitude conceptuelle entre les signes. L'élément 'thena' dans le signe contesté fait directement référence à la mythologie grecque. C'est une translitération en caractères latins de ce que signifie 'pur' ou 'vierge' en grec. Selon le défendeur, le public pertinent sera en mesure de distinguer l'élément 'thena', d'en comprendre le contenu conceptuel et d'y associer ce qui est pur ou vierge pour la santé et le corps humain. Les signes diffèrent donc sur le plan conceptuel. Néanmoins, à supposer que l'élément 'bio' soit pris en compte, la similitude doit être nuancée vu le caractère distinctif faible de cet élément. Cette similitude conceptuelle jouera en toute hypothèse un rôle limité dans l'appréciation du risque de confusion.

21. En ce qui concerne la comparaison des produits, le défendeur explique que les produits en litige ne peuvent être considérés comme étant concurrents ou complémentaires. Le public pertinent ne pourra donc pas être amené à considérer que les produits en question puissent être apparentés, ni du point de vue commercial, ni technique ou autre. Le défendeur estime donc que ses produits et ceux de l'opposant ne sont pas similaires.

22. Pour ces raisons, le défendeur conclut qu'il n'existe pas de risque de confusion et il demande donc à l'Office de rejeter cette opposition et d'enregistrer le signe contesté.

III. DECISION

A.1. Risque de confusion

23. Conformément à l'article 2.14, alinéa 1er, CBPI, l'opposant, en tant que titulaire d'une marque antérieure, peut introduire une demande d'opposition auprès de l'Office contre une marque qui prend rang après la sienne, conformément aux dispositions de l'article 2.3, sous a et b, CBPI.

24. L'article 2.3, sous a et b, CBPI, stipule : *« Le rang du dépôt s'apprécie en tenant compte des droits, existant au moment du dépôt et maintenus au moment du litige, à: a. des marques identiques déposées pour des produits ou services identiques; b. des marques identiques ou ressemblantes déposées pour des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association avec la marque antérieure ».*

25. Selon la jurisprudence constante de la CJUE relative à l'interprétation de la directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des états membres sur les marques (ci-après: « la Directive »), constitue un risque de confusion le risque que le public puisse croire que les produits ou services concernés proviennent de la même entreprise ou, le cas échéant, d'entreprises liées économiquement (arrêts CJUE, Canon, C-39/97, 29 septembre 1998, ECLI:EU:C:1998:442 ; Lloyd Schuhfabrik Meyer, C-342/97, 22 juin 1999, ECLI:EU:C:1999:323 ; voyez aussi e.a. CJBen, A 98/3, Brouwerij Haacht/Grandes Sources belges, 2 octobre 2000 ; CJBen, A 98/5, Marca Mode/Adidas, 7 juin 2002 ; Hoge Raad der Nederlanden, C02/133HR, Flügel-flesje, 14 novembre 2003, ECLI:NL:HR:2003:AK4818; Bruxelles, N-20060227-1, 27 février 2006).

Comparaison des produits

26. Pour apprécier la similitude entre les produits en cause, il y a lieu de tenir compte de tous les facteurs pertinents qui caractérisent le rapport entre les produits. Ces facteurs incluent, en particulier, leur nature, leur destination, leur usage, ainsi que leur caractère concurrent ou complémentaire (CJUE, arrêt Canon, déjà cité).

27. Lors de la comparaison des produits du droit invoqué à ceux contre lesquels l'opposition est dirigée, sont respectivement considérés, les produits tels que formulés au registre et les produits tels qu'indiqués dans la demande de marque.

28. Les produits à comparer sont les suivants :

Opposition basée sur :	**Opposition dirigée contre :**
Kl 5 Voedingssupplementen. *Cl 5 Compléments alimentaires.*	Cl 5 Additifs nutritionnels destinés aux aliments pour animaux à des fins médicales; Aliments à base d'albumine à usage médical; Aliments diététiques à usage médical; Aliments diététiques pour la nutrition clinique; Aliments pour bébés; Aliments pour diabétiques; Aliments pour nourrissons; Aliments pour personnes diabétiques; Amidon à usage diététique; Boissons diététiques à des fins médicales; Boissons diététiques à usage médical; Bonbons enrichis en calcium; Céréales préparées pour l'alimentation des personnes malades; Compléments alimentaires; Compléments alimentaires de glucose; Compléments alimentaires d'huile de graines de lin; Compléments alimentaires de graines de lin;

	Compléments alimentaires d'huile de lin; Compléments alimentaires de gelée royale; Compléments alimentaires de propolis; Compléments alimentaires de germes de blé; Compléments alimentaires de caséine; Compléments alimentaires sous forme de boissons; Compléments alimentaires de lécithine; Compléments alimentaires d'albumine; Compléments alimentaires d'enzymes; Compléments alimentaires de pollen; Compléments alimentaires à base de plantes pour personnes ayant des besoins diététiques particuliers; Compléments alimentaires pour nourrissons; Compléments alimentaires à base d'alginates; Compléments alimentaires d'alginates; Compléments alimentaires antioxydants; Compléments alimentaires protéinés; Compléments alimentaires diététiques principalement à base de vitamines; Compléments alimentaires diététiques principalement à base de minéraux; Compléments alimentaires pour animaux; Compléments alimentaires de levure; Compléments alimentaires de protéine; Compléments alimentaires propres à la consommation humaine; Compléments alimentaires à base de protéine de soja; Compléments alimentaires à usage médical; Compléments alimentaires composés de vitamines; Compléments alimentaires pour la régulation du cholestérol; Compléments alimentaires pour animaux domestiques sous forme de mélanges de boissons en poudre; Compléments alimentaires naturels pour le traitement de la claustrophobie; Compléments alimentaires composés d'acides aminés; Compléments alimentaires composés d'oligo-éléments; Compléments de protéine pour animaux; Compléments de zinc en pastilles; Compléments diététiques à base de blé; Compléments diététiques pour personnes ayant des régimes alimentaires particuliers; Compléments minéraux destinés à la consommation humaine; Compléments nutritionnels; Compléments nutritionnels et alimentaires; Compléments pro biotiques; Compléments vitaminés; Compléments

	vitamines et minéraux; Confiseries diététiques à usage médical; Édulcorants artificiels pour diabétiques; Enzymes sous forme de compléments alimentaires; Fibres alimentaires; Fibres alimentaires pour faciliter la digestion; Fibres de graine de lin moulue en tant que compléments alimentaires; Gelée royale à usage médical; Gélules amaigrissantes; Glucose à utiliser en tant qu'additif alimentaire à usage médical; Gommes vitaminées; Huile de foie de morue; Huile de foie de morue en gouttes; Huile de foie de morue en gélules; Infusions diététiques à usage médical; Issues de céréales à usage diététique ou médical; Mélanges de compléments nutritionnels pour boissons sous forme de poudres; Mélanges pour boissons en poudre aromatisés aux fruits en tant que compléments alimentaires; Multivitamines; Pain pour diabétiques à usage médical; Pains enrichis en vitamines à usage thérapeutique; Pollen d'abeilles en tant que compléments alimentaires et nutritionnels; Préparations à base de facteur lipotrope; Préparations albumineuses à usage médical; Préparations alimentaires diététiques à usage médical; Préparations alimentaires pour nourrissons; Préparations de mélanges de vitamines; Préparations de vitamine D; Préparations de vitamine B; Préparations de vitamine C; Préparations de vitamine A; Préparations de vitamines; Préparations diététiques à usage médical; Préparations médicinales utilisées comme additifs pour aliments destinés à la consommation humaine; Préparations multivitaminées; Préparations pharmaceutiques à base de lysine; Préparations pour nourrissons; Préparations vitaminées; Produits alimentaires pour régimes spéciaux sous contrôle médical; Produits de panification pour diabétiques; Produits nutraceutiques utilisés comme compléments diététiques; Produits vitaminés sous forme de compléments alimentaires; Résidus du traitement des grains de céréales à usage diététique ou médical; Substances diététiques à usage médical; Substances diététiques pour bébés; Substituts de repas en poudre; Substituts de repas sous forme de barres nutritionnelles pour donner de l'énergie;

	Succédanés diététiques du sucre à usage médical; Succédanés du sucre pour personnes diabétiques; Sucre de régime à usage médical; Suppléments alimentaires minéraux; Suppléments nutritionnels et alimentaires; Thé antiasthmatique; Thé artificiel à usage médicinal; Vitamines en comprimés; Vitamines en gouttes; Vitamines et préparations de vitamines; Vitamines prénatales; Vitamines sous forme de comprimés effervescents.
	Cl 29 ~~Beurre aux herbes; Beurre d'ail~~; Boissons à base de bactéries d'acide lactique; Boissons à base de lait; Boissons à base de lait aromatisées au chocolat; Boissons à base de lait contenant des fruits; Boissons à base de lait contenant des jus de fruits; Boissons à base de produits laitiers; Boissons à base de yaourt; Boissons aromatisées au lait; Boissons au yogourt; Boissons au yaourt; Boissons lactées aromatisées; Boissons lactées où le lait prédomine; Boissons principalement à base de lait; ~~Colorants laitiers pour boissons~~; ~~Confiture de lait [lait concentré]; Crème à café en poudre; Crème aigre; Crème artificielle [succédanés de produits laitiers]; Crème de beurre; Crème en poudre [produit laitier]; Crème [produit laitier]; Crème fraîche; Ferments lactiques à usage culinaire;~~ Lait; Lait aromatisé; Lait au soja; Lait biologique~~; Lait caillé~~; Lait de brebis; L~~ait de coco à usage culinaire~~; Lait de soja; Lait de soja [succédané du lait]; Lait de riz [succédané de lait]; Lait déshydraté; Lait en poudre; Lait en poudre aromatisé pour la préparation de boissons; Milk-shakes à base de crème glacée; Milk-shakes [boissons frappées à base de lait]; P~~âtes à tartiner à base de produits laitiers et pauvres en matières grasses;~~ Petit-lait; Petit- lait lyophilisé; ~~Produits laitiers~~; ~~Yaourt; Yaourt à base de lait de chèvre; Yaourts à faible teneur en matières grasses; Yaourts aromatisés.~~
Kl 30 Thee ; kruiden. *Cl 30 Thé ; condiments.*	Cl 30 Aliments préparés sous forme de sauces; Aliments salés préparés à base de farine de pommes de terre; Biscuits à apéritif au riz sous forme de granulés [arare]; Biscuits à apéritif soufflés à base de maïs; Biscuits de riz; Biscuits salés au riz [senbei]; Crêpes; Déjeuners

	préemballés composés principalement de riz et incluant également de la viande, du poisson ou des légumes; En-cas à base de blé; En-cas à base de blé complet; En-cas à base de blé extrudé; En- cas à base de céréales; En-cas à base de farine de riz; En-cas à base de farine de maïs; En-cas à base de farine de biscotte; En-cas à base de farine de pommes de terre; En-cas à base de farine de céréales; En-cas à base de farine de soja; En-cas à base de galette tortilla; En-cas à base de maïs; En-cas à base de maïs sous forme d'anneaux; En-cas à base de maïs soufflé; En-cas à base de riz; En-cas à base de sésame; En-cas au maïs soufflé; En- cas au maïs soufflé goût fromage; En-cas consistant principalement en produits céréaliers; En-cas de céréales aromatisés au fromage; En-cas faits à partir de muesli; En- cas principalement à base de céréales extrudées; En-cas principalement à base de pain; En-cas salés, prêts à consommer, à base de farine de maïs et confectionnés par extrusion; En-cas sous forme de barres chocolatées prêts à consommer; Enchilladas [tortillas roulées, garnies et recouvertes de sauce]; Grains de maïs grillés; Grains de maïs soufflés [pop-corn] enrobés de caramel avec des fruits à coque pralinés; Lasagne (pâte alimentaire); Lasagnes; Nachos; Nouilles sautées aux légumes [Japchae]; Pain fourré; Pâtes alimentaires farcies; Pâtisserie à base de légumes et de volaille; Pâtisserie comprenant des légumes et de la viande; Pâtisserie comprenant des légumes et du poisson; Pâtisserie surgelée farcie de légumes; Plats à base de riz; Plats cuisinés à base de pâtes; Plats de riz préparés; Repas préparés à base de riz; Repas préparés à base de nouilles; Risotto; Sandwiches; Taboulé.
Kl 32 Vruchtendranken en vruchtensappen; siropen en andere preparaten voor bereiding van dranken. *Cl 32 Boissons à base de fruits et jus de fruits ; sirops et autres préparations pour préparer des boissons.*	

(N.B.: La langue originale du droit invoqué est le néerlandais. La traduction en français de la liste des produits a été ajoutée pour augmenter la lisibilité de cette décision).	

Classe 5

29. Les produits *compléments alimentaires* du défendeur sont repris à l'identique dans la liste de produits en classe 5 de l'opposant. Ces produits sont identiques.

30. Les produits *Additifs nutritionnels destinés aux aliments pour animaux à des fins médicales ; Compléments alimentaires de glucose ; Compléments alimentaires d'huile de graines de lin ; Compléments alimentaires de graines de lin ; Compléments alimentaires d'huile de lin ; Compléments alimentaires de gelée royale ; Compléments alimentaires de propolis ; Compléments alimentaires de germes de blé ; Compléments alimentaires de caséine ; Compléments alimentaires sous forme de boissons ; Compléments alimentaires de lécithine ; Compléments alimentaires d'albumine ; Compléments alimentaires d'enzymes ; Compléments alimentaires de pollen ; Compléments alimentaires à base de plantes pour personnes ayant des besoins diététiques particuliers ; Compléments alimentaires pour nourrissons ; Compléments alimentaires à base d'alginates ; Compléments alimentaires d'alginates ; Compléments alimentaires antioxydants ; Compléments alimentaires protéinés ; Compléments alimentaires diététiques principalement à base de vitamines ; Compléments alimentaires diététiques principalement à base de minéraux ; Compléments alimentaires pour animaux ; Compléments alimentaires de levure ; Compléments alimentaires de protéine ; Compléments alimentaires propres à la consommation humaine ; Compléments alimentaires à base de protéine de soja ; Compléments alimentaires à usage médical ; Compléments alimentaires composés de vitamines ; Compléments alimentaires pour la régulation du cholestérol ; Compléments alimentaires pour animaux domestiques sous forme de mélanges de boissons en poudre ; Compléments alimentaires naturels pour le traitement de la claustrophobie ; Compléments alimentaires composés d'acides aminés ; Compléments alimentaires composés d'oligo-éléments ; compléments de protéine pour animaux ; Compléments de zinc en pastilles ; Compléments diététiques à base de blé ; Compléments diététiques pour personnes ayant des régimes alimentaires particuliers ; Compléments minéraux destinés à la consommation humaine ; Compléments nutritionnels ; Compléments nutritionnels et alimentaires ; Compléments pro biotiques ; Compléments vitaminés ; Compléments vitamines et minéraux ; Enzymes sous forme de compléments alimentaires ; Fibres de graine de lin moulue en tant que compléments alimentaires ; Glucose à utiliser en tant qu'additif alimentaire à usage médical ; Mélanges de compléments nutritionnels pour boissons sous forme de poudres ; Mélanges pour boissons en poudre aromatisés aux fruits en tant que compléments alimentaires ; Pollen d'abeilles en tant que compléments alimentaires et nutritionnels ; Produits nutraceutiques utilisés comme compléments diététiques ; Produits vitaminés sous forme de compléments alimentaires ; Suppléments alimentaires minéraux ; Suppléments nutritionnels et alimentaires* du défendeur sont identiques aux produits de l'opposant en classe 5. Les produits du défendeur étant des catégories plus spécifiques des produits de l'opposant, ces produits sont identiques ou au moins fortement similaires (voir TUE, Hell, T-522/10, 17 janvier 2012, ECLI:EU:T:2012:9).

31. Les produits *Aliments à base d'albumine à usage médical ; Aliments diététiques à usage médical ; Aliments diététiques pour la nutrition clinique ; Aliments pour bébés ; Aliments pour diabétiques ; Aliments pour nourrissons ; Aliments pour personnes diabétiques ; Amidon à usage diététique ; Boissons à base de bactéries d'acide lactique ; Boissons diététiques à des fins médicales ; Boissons diététiques à usage médical ; Bonbons enrichis en calcium ; Céréales préparées pour l'alimentation des personnes malades ; Confiseries diététiques à usage médical ; Édulcorants artificiels pour diabétiques ; Fibres alimentaires ; Fibres alimentaires pour faciliter la digestion ; Gelée royale à usage médical ; Gélules amaigrissantes ; Gommes vitaminées ; Huile de foie de morue ; Huile de foie de morue en gouttes ; Huile de foie de morue en gélules ; Infusions diététiques à usage médical ; Issues de céréales à usage diététique ou médical ; Multivitamines ; Pain pour diabétiques à usage médical ; Pains enrichis en vitamines à usage thérapeutique ; Préparations à base de facteur lipotrope ; Préparations albumineuses à usage médical ; Préparations alimentaires diététiques à usage médical ; Préparations alimentaires pour nourrissons ; Préparations de mélanges de vitamines ; Préparations de vitamine D ; Préparations de vitamine B ; Préparations de vitamine C ; Préparations de vitamine A ; Préparations de vitamines ; Préparations diététiques à usage médical ; Préparations médicinales utilisées comme additifs pour aliments destinés à la consommation humaine ; Préparations multivitaminées ; Préparations pharmaceutiques à base de lysine ; Préparations pour nourrissons ; Préparations vitaminées ; Produits alimentaires pour régimes spéciaux sous contrôle médical ; Produits de panification pour diabétiques ; Résidus du traitement des grains de céréales à usage diététique ou médical ; Substances diététiques à usage médical ; Substances diététiques pour bébés ; Substituts de repas en poudre ; Substituts de repas sous forme de barres nutritionnelles pour donner de l'énergie ; Succédanés diététiques du sucre à usage médical ; Succédanés du sucre pour personnes diabétiques ; Sucre de régime à usage médical ; Vitamines en comprimés ; Vitamines en gouttes ; Vitamines et préparations de vitamines ; Vitamines prénatales ; Vitamines sous forme de comprimés effervescents* du défendeur sont similaires dans un certain degré aux produits de l'opposant en classe 5. Tous les produits du défendeur concernent des produits préparés en fonction d'exigences diététiques/médicales particulières pouvant être utilisés dans le but de traiter ou de prévenir une maladie. Dans cet esprit, leur destination est similaire à celle des produits de l'opposant, lesquels concernent des compléments alimentaires et dont le but est de fournir un complément d'éléments nutritifs ou de substances ayant un effet nutritionnel ou physiologique (vitamines, minéraux, acides gras ou acides aminés) manquants ou en quantité insuffisante dans le régime alimentaire normal d'un individu. Tous ces produits sont utilisés pour améliorer l'état de santé des personnes. Comme ces produits présentent les mêmes fonctions, s'adressent à la même clientèle et sont vendus à travers les mêmes canaux de distribution, ces produits sont considérés comme étant similaires dans un certain degré.

32. Les produits *Thé antiasthmatique ; Thé artificiel à usage médicinal* du défendeur sont identiques aux produits *thé* de l'opposant en classe 30. Les produits du défendeur étant une catégorie plus spécifique des produits de l'opposant, ces produits sont identiques ou au moins fortement similaires (voir TUE, Hell, déjà cité).

Classes 29 et 30

33. Les produits *Boissons à base de lait ; Boissons à base de lait aromatisées au chocolat ; Boissons à base de lait contenant des fruits ; Boissons à base de lait contenant des jus de fruits ; Boissons à base de produits laitiers ; Boissons à base de yaourt ; Boissons aromatisées au lait ; Boissons au yogourt ; Boissons au yaourt ; Boissons lactées aromatisées ; Boissons lactées où le lait prédomine ; Boissons principalement à base de lait ; Lait ; Lait aromatisé ; Lait au soja ; Lait biologique ; Lait de brebis ; Lait de soja ; Lait de soja [succédané du lait] ; Lait de riz [succédané de lait] ; Lait déshydraté ; Lait en poudre ; Lait en poudre aromatisé pour la préparation de boissons ; Milk-shakes à base de crème glacée ; Milk- shakes [boissons frappées à base de lait] ; Petit-lait ; Petit- lait lyophilisé* du défendeur en classe 29 sont similaires aux produits de l'opposant en classe 32. Il s'agit de produits de même nature, qui sont destinés au même public et qui utilisent les mêmes canaux de distribution. Même si leurs méthodes de production sont différentes, il s'agit de boissons non alcooliques qui peuvent être consommées dans les mêmes occasions pour étancher la soif ou pour le plaisir, qui répondent aux mêmes besoins du consommateur et qui doivent donc être considérées comme concurrentes (TUE, TrinkFix, T-105/13, 12 décembre 2014, ECLI:EU:T:2017:1070).

34. Les produits restants en classe 29 et les produits en classe 30 du défendeur ne sont pas similaires aux produits de l'opposant en classes 29 et 30. Bien que tous ces produits concernent des denrées alimentaires et peuvent être trouvés dans les mêmes surfaces de vente, ces produits ont malgré tout une nature et une méthode d'utilisation différente. Les producteurs ne correspondent pas. Les consommateurs n'attribueront pas la même origine commerciale à ces produits qui, en outre, ne sont pas complémentaires dans la mesure où les uns ne sont pas indispensables ou essentiels à la consommation des autres. Ils ne se concurrencent pas davantage. Par conséquent, ces produits sont considérés différents. En outre, il n'existe pas non plus un lien de similarité entre ces produits du défendeur et les produits en classe 5 de l'opposant, lesdits produits de l'opposant étant de nature, destination et usage complètement différents. En effet, ces produits répondent à des exigences assez spécifiques. De plus, ils sont vendus par des entreprises spécialisées dans les domaines respectifs et de même à travers différents circuits de distribution. Enfin, ils ne présentent aucun caractère complémentaire ou concurrent. Il s'ensuit que ces produits sont différents.

Conclusion

35. Les produits du défendeur sont soit identiques, soit similaires, soit similaires dans un certain degré, soit non similaires aux produits de l'opposant.

Comparaison des signes

36. Il ressort du libellé de l'article 4, paragraphe 1, sous b de la Directive (comp. article 2.3, sous b, CBPI), aux termes duquel « *il existe, dans l'esprit du public, un risque de confusion qui comprend le risque d'association avec la marque antérieure* », que la perception des marques qu'a le consommateur moyen du type de produit ou service en cause joue un rôle déterminant dans l'appréciation globale du risque de confusion. Le consommateur moyen perçoit normalement une marque comme un tout et ne se livre pas à un examen de ses différents détails (CJUE, Sabel, C-251/95, 11 novembre 1997, ECLI:EU:C:1997:528).

37. L'appréciation globale du risque de confusion doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques, en tenant compte notamment des éléments distinctifs et dominants de celles-ci.

38. Les produits à comparer sont les suivants :

Opposition basée sur:	Opposition dirigée contre:
BIOTONA	Biothena

Comparaison visuelle

39. Le droit invoqué est une marque verbale composée d'un mot de sept lettres BIOTONA. Le signe contesté est une marque verbale composée d'un mot de huit lettres 'Biothena'. Le fait que le droit invoqué est représenté en lettres majuscules tandis que la première lettre du signe contesté est en lettre majuscule et les autres en minuscules est dénué de pertinence s'agissant de la comparaison visuelle desdits signes (voir TUE, arrêt Babilu, T-66/11, 31 janvier 2013, ECLI:EU:T:2013:48).

40. En outre, le consommateur prêtera en principe plus d'attention à la première partie du signe (voir en ce sens TUE, Mundicor, T-183/02 et T-184/02, 17 mars 2004, ECLI:EU:T:2004:79). En l'espèce, les quatre premières lettres BIOT ainsi que les deux dernières lettres –NA du droit invoqué sont reprises exactement dans le même ordre que dans le signe contesté. La seule différence de deux lettres HE au milieu du signe contesté ne suffit pas à annihiler la forte ressemblance visuelle des signes dans leur ensemble.

41. Les signes se ressemblent fortement sur le plan visuel.

Comparaison phonétique

42. Les signes comptent tous quatre syllabes et possèdent donc la même longueur et le même rythme. Sur le plan phonétique également, la première partie d'une marque attire généralement davantage l'attention du consommateur (voir arrêt Mundicor, déjà cité). Les deux premières syllabes, ainsi que la dernière syllabe sont identiques. La seule différence au niveau de la prononciation se trouve dans la dernière lettre de la troisième syllabe, à savoir un O dans le droit invoqué et un E dans le signe contesté, le H du signe contesté n'étant pas prononcé. Cette différence ne suffira pas à neutraliser la similitude phonétique résultant de la prononciation identique des quatre premières lettres et des deux dernières lettres.

43. Phonétiquement les signes se ressemblent fortement.

Comparaison conceptuelle

44. L'Office est d'avis que, en dépit du fait que le public soit susceptible d'associer l'élément 'bio' à 'biologique' dans les signes, le public percevra néanmoins les signes dans leur ensemble et ne leur attribuera pas de signification précise.

45. C'est pourquoi une comparaison conceptuelle n'est pas pertinente.

Conclusion

46. Les signes se ressemblent fortement sur les plans visuel et phonétique. Conceptuellement, une comparaison n'est pas pertinente.

A.2. Appréciation globale

47. L'attention du public, l'identité ou la similitude des produits et services et la ressemblance des signes jouent un rôle particulier dans l'appréciation du risque de confusion.

48. L'appréciation globale implique une certaine interdépendance entre les facteurs pris en compte, et notamment la similitude des marques et celle des produits ou services désignés. Ainsi, un faible degré de similitude entre les produits ou services désignés peut être compensé par un degré élevé de ressemblance entre les marques, et inversement (arrêts Canon et Lloyd Schuhfabrik Meyer, déjà cités).

49. Le consommateur moyen est censé être normalement informé et raisonnablement attentif et avisé. Il faut tenir compte du fait que le consommateur moyen n'a que rarement la possibilité de procéder à une comparaison directe des différentes marques, mais doit se fier à l'image non parfaite qu'il en a gardée en mémoire (arrêt Lloyd Schuhfabrik Meyer, précité). Comme la classification utilisée pour les produits en classe 29 ne fait pas clairement apparaître qu'il s'agit de produits pour lesquels le niveau d'attention du public concerné serait plus élevé, il faut conclure qu'en l'espèce le niveau d'attention du public est moyen. En ce qui concerne les produits en classe 5, ils peuvent être destinés à un usage médical, cependant, il ne ressort pas du registre qu'il s'agit uniquement de produits auxquels le consommateur est directement confronté ou pour lesquels une ordonnance est obligatoire, de telle sorte que le public est constitué de professionnels du secteur médical, ainsi que de patients et de consommateurs normaux (voir arrêt Aturion, T-146/06, 13 février 2006, ECLI:EU:T:2008:33, et TUE, Alrex, T-154/03, 17 novembre 2005, ECLI:EU:T:2005:401). Par conséquent, il y a lieu de considérer le niveau d'attention le plus bas de manière à ce qu'un niveau d'attention normal vis-à-vis de ces produits soit également pris en considération.

50. Il convient de relever que le risque de confusion est d'autant plus élevé que le caractère distinctif de la marque antérieure s'avère important. Les marques qui ont un caractère distinctif élevé, soit intrinsèquement, soit en raison de la notoriété dont elles jouissent sur le marché, bénéficient d'une protection plus étendue que celles dont le caractère distinctif est moindre (voir arrêt Canon, déjà cité). L'Office est d'avis que l'élément verbal du droit invoqué possède en soi un caractère distinctif normal car il ne décrit aucune caractéristique des produits en question. Même si on considère que la marque antérieure dispose d'un caractère distinctif faible en raison de l'élément 'bio', lequel pourrait faire allusion à une caractéristique des produits en cause, il convient de souligner que la reconnaissance d'un caractère faiblement distinctif de la marque antérieure n'empêche pas de constater l'existence d'un risque de confusion dans le cas présent. En effet, si le caractère distinctif de la marque antérieure doit être pris en compte pour apprécier le risque de confusion (voir, par analogie, arrêt Canon, déjà cité), il n'est qu'un élément parmi d'autres intervenant lors de cette appréciation. Ainsi, même en présence d'une marque antérieure à caractère distinctif faible, il peut exister un risque de confusion, notamment, en raison d'une similitude des signes et des produits ou des services visés (voir, en ce sens, TUE, FLEXI AIR, T-112/03, 16 mars 2005, ECLI:EU:T:2005 :102, TUE, Pages Jaunes, T-134/06, 13 décembre 2007, ECLI:EU:T:2007:387 et CJUE, Compressor Technology, C-43/15 P, 8 novembre 2016, ECLI:EU:C:2016:837)

51. Les signes se ressemblent fortement sur les plan visuel et phonétique. Conceptuellement, une comparaison n'est pas pertinente. Les produits du défendeur sont soit identiques, soit similaires, soit similaires dans un certain degré, soit pas similaires aux produits de l'opposant. Pour ces motifs et vu leur corrélation, l'Office est d'avis que le public peut croire que les produits identiques et similaires (dans un certain degré) peuvent provenir de la même entreprise ou d'entreprises liées économiquement.

B. Conclusion

52. Sur base de ce qui précède, l'Office conclut qu'il existe un risque de confusion pour les produits identiques et similaires.

IV. CONSÉQUENCE

53. L'opposition portant le numéro 2011538 est partiellement justifiée.

54. Le dépôt Benelux numéro 1319441 n’est pas enregistré pour les produits suivants :

- Classe 5 : Tous les produits
- Classe 29 : Boissons à base de bactéries d'acide lactique ; Boissons à base de lait ; Boissons à base de lait aromatisées au chocolat ; Boissons à base de lait contenant des fruits ; Boissons à base de lait contenant des jus de fruits ; Boissons à base de produits laitiers; Boissons à base de yaourt; Boissons aromatisées au lait ; Boissons au yogourt ; Boissons au yaourt ; Boissons lactées aromatisées ; Boissons lactées où le lait prédomine ; Boissons principalement à base de lait ; Lait ; Lait aromatisé ; Lait au soja ; Lait biologique ; Lait de brebis ; Lait de soja ; Lait de soja [succédané du lait] ; Lait de riz [succédané de lait] ; Lait déshydraté ; Lait en poudre ; Lait en poudre aromatisé pour la préparation de boissons ; Milk-shakes à base de crème glacée ; Milk- shakes [boissons frappées à base de lait] ; Petit-lait ; Petit- lait lyophilisé.

55. Le dépôt Benelux numéro 1319441 est enregistré pour les produits suivants :

- Classe 29 : Beurre aux herbes ; Beurre d'ail ; Colorants laitiers pour boissons; Confiture de lait [lait concentré] ; Crème à café en poudre ; Crème aigre; Crème artificielle [succédanés de produits laitiers] ; Crème de beurre; Crème en poudre [produit laitier] ; Crème [produit laitier]; Crème fraîche; Ferments lactiques à usage culinaire; Lait caillé ; Lait de coco à usage culinaire ; Pâtes à tartiner à base de produits laitiers et pauvres en matières grasses ; Produits laitiers ; Yaourt ; Yaourt à base de lait de chèvre ; Yaourts à faible teneur en matières grasses ; Yaourts aromatisés.
- Classe 30 : Tous les produits.

56. L’opposition étant partiellement justifiée, aucune des parties n’est redevable des dépens en vertu de l’article 2.16, alinéa 5, CBPI, à lire en lien avec la règle 1.32 RE.

La Haye, le 3 avril 2019

Tineke Van Hoey *(rapporteur)* Tomas Westenbroek Willy Neys

Agent chargé du suivi administratif: Cees van Swieten