Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour II
B-7439/2006
{T 0/2}

Arrêt du 6 juillet 2007

Composition : Claude Morvant (président du collège), Bernard Maitre (président de cour), David Aschmann, juges;
Nadia Mangiullo, greffière

J._____,
représentée par E. Blum & Co. AG, Patentanwälte und Markenanwälte VSP, Vorderberg 11, 8044 Zürich,

recourante

contre

F._____,
représentée par Junod, Guyet, Muhlstein & Levy, avocats, 17, rue Töpffer, 1206 Genève,

intimée

Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI), Stauffacherstrasse 65, 3003 Berne,

autorité inférieure

concernant
la procédure d'opposition n° 7173 IR 298'866 KINDER / IR 823'705 kinder Party (fig.)

Faits :

A. L'enregistrement de la marque internationale n° 823'705 "kinder Party" (fig.), fondé sur un enregistrement de base autrichien du 6 avril 2004, a été publié le 17 juin 2004 dans la Gazette OMPI des marques internationales n° 12/2004. Il revendique la protection en Suisse de produits des classes 3, 28, 29, 30 et 32. Les produits de la classe 30 concernés sont les suivants: *café, thé, cacao, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café; farines et préparations à base de céréales, pain, pâtisserie et confiserie, glaces comestibles; miel, mélasse; levure, levure chimique; sel, moutarde; vinaigre, sauces (condiments); épices; glace à rafraîchir*.



B. Le 29 septembre 2004, F._____ (ci-après: l'opposante) a formé opposition partielle contre l'enregistrement précité devant l'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle (ci-après: l'Institut fédéral) pour tous les produits revendiqués en classe 30, à l'exception de *thé; sel; moutarde; vinaigre, sauce (condiments); épices*, en se fondant sur sa marque internationale n° 298'866 "KINDER", enregistrée pour les produits *café, thé, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café; pain, biscuits, gâteaux, pâtisserie et confiserie, glaces comestibles, miel, sirop de mélasse; levure, poudre pour faire lever, sel de cuisine, moutarde, poivre, vinaigre, sauces, épices, glace; cacao, produits de cacao, à savoir pâte pour boissons au cacao, pâte de chocolat, couverture et, notamment, couverture en chocolat, chocolat, pralines, articles de chocolat pour décoration d'arbres de Noël, produits alimentaires consistant en une enveloppe de chocolat comestible avec farcissure alcoolique, sucreries, pâtisserie, y inclus pâte dure et pâtisserie fine* (classe 30).

C. Le 13 octobre 2004, l'Institut fédéral a émis un avis de refus provisoire partiel de protection en Suisse de la marque attaquée, d'une part pour les produits de la classe 29 *gelées, confitures, compotes, oeufs, lait et produits laitiers*, objets de l'opposition n° 7174, et d'autre part pour tous les produits revendiqués en classe 30 hormis *thé, sel, moutarde; vinaigre, sauces (condiments); épices*, objets de l'opposition n° 7173. Dit institut a enfin admis la marque attaquée à la protection en Suisse pour tous les produits revendiqués dans les classes 3, 28 et 32.

D. Invitée à se prononcer sur l'opposition, J._____ (ci-après: la défenderesse), titulaire de la marque internationale "kinder Party" (fig.), a conclu à son rejet, sous suite de frais et dépens, au terme de sa réponse du 28 février 2005. Invoquant en premier lieu le défaut d'usage de la marque opposante, elle a ensuite fait valoir que les glaces, les chocolats et les biscuits n'étaient pas similaires aux produits *gelées, confitures,*

compotes, oeufs, lait et produits laitiers, café, cacao, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café; farines, miel, mélasse; levure, levure chimique; glace à rafraîchir, que le terme "Kinder" était purement descriptif de sorte qu'il était soumis au besoin de libre disposition dans le commerce et que la marque attaquée se distinguait de la marque antérieure tant par des éléments verbaux et figuratifs que par son contenu sémantique.

E. Par décision du 14 mars 2005, l'Institut fédéral a imparti un délai à l'opposante pour rendre vraisemblable l'usage de sa marque en Suisse.

F. Par réplique du 30 août 2005, l'opposante s'est attachée à démontrer un usage de sa marque en Suisse conforme à la loi en joignant plusieurs pièces, dont quatre emballages de produits, des publicités et des sondages d'opinion.

G. La défenderesse a dupliqué le 27 décembre 2005 en reprenant pour l'essentiel les arguments développés dans sa réponse du 28 février 2005.

H. Par décision du 19 avril 2006, l'Institut fédéral a partiellement admis l'opposition n° 7173 avec le dispositif suivant:

1) L'opposition n° 7173 contre l'enregistrement international n° 823 705 "kinder Party" (fig.) est partiellement admise. Elle est admise pour pâtisserie, confiserie, pain, préparations faites de céréales, glaces comestibles.

2) Quand la présente décision sera entrée en force, la protection sera définitivement refusée pour ces produits.

3) Quand la présente décision sera entrée en force, la protection sera accordée aux autres produits visés dans la présente procédure, à savoir : café, cacao, sucre, riz, tapioca, sagou, succédanés du café, farine, miel, mélasse, levure, levure chimique, glace à rafraîchir.
(La protection sera accordée également aux produits de la classe 29 mentionnés dans le refus provisoire du 13 octobre 2004, à savoir gelées, confitures, compotes, oeufs, lait et produits laitiers, visés par la procédure n° 7174, qui a finalement été classée par décision de non-entrée en matière).

4) La taxe d'opposition reste acquise à l'Institut.

5) Les dépens sont compensés.

6) Il est mis à la charge de la défenderesse le paiement à l'opposante d'une somme de CHF 400.- à titre de remboursement de la moitié de la taxe d'opposition.

7) (...)

Dit institut a en substance considéré que l'utilisation faite de la marque opposante ne divergeait pas essentiellement de la marque déposée et que l'usage de ce signe en Suisse était notoire depuis de nombreuses années avec des produits tels que le chocolat ou les sucreries. Il a ainsi admis l'usage du signe "KINDER" pour les produits *biscuits, pâtisserie et confiserie, produits de cacao, à savoir pâte pour boissons au cacao, pâte de chocolat, couverture, et, notamment, couverture en chocolat, chocolat,*

pralines, articles de chocolat pour décoration d'arbres de Noël, produits alimentaires consistant en une enveloppe de chocolat comestible avec farcissure alcoolique, sucreries, pâtisserie, y inclus pâte dure et pâtisserie fine, mais l'a en revanche estimé comme ni démontré ni notoire pour les autres produits.

S'agissant de la comparaison des produits en question, il a admis l'identité pour *pâtisserie* et *confiserie* se retrouvant à l'identique dans les deux listes et a jugé que le *pain, les préparations faites à base de céréales* et les *glaces alimentaires* étaient à considérer comme similaires aux produits de pâtisserie ou de confiserie car ils faisaient appel au même savoir-faire que l'on retrouve en général dans les mêmes entreprises. Pour les autres produits en cause revendiqués par la défenderesse, il a jugé que ces derniers n'étaient pas similaires aux pâtisseries, confiseries, produits en chocolat de la marque antérieure car il s'agissait de produits bruts ou de produits préparés ou fabriqués dans un autre type d'entreprise. S'agissant du risque de confusion entre les signes en présence, l'Institut fédéral a relevé que, en relation avec des produits alimentaires, le terme "KINDER" était descriptif et renvoyait aux destinataires des produits revendiqués, mais qu'il était cependant notoire que ce signe était connu depuis plusieurs dizaines d'années en rapport avec les produits revendiqués et que les consommateurs le reconnaissaient comme une marque et un renvoi à une entreprise déterminée. Indiquant que ce signe était largement connu et bénéficiait ainsi d'une grande force distinctive et d'un champ de protection accru en rapport avec les produits tels que les sucreries (chocolats, gaufrettes, petite pâtisserie et confiserie), il releva que le fait de reprendre intégralement la marque opposante était de nature à fonder un risque de confusion que les éléments supplémentaires contenus dans la marque attaquée (graphisme, couleurs, ballons, "Party") n'étaient pas de nature à exclure. Il ajouta que la reprise du terme "kinder" pouvait créer une association d'idées auprès du consommateur et lui faire penser qu'il s'agissait du même titulaire que l'opposante ou d'un titulaire lui étant lié. Il a de ce fait conclu que, au vu de l'identité et de la similarité de certains produits, il existait un risque de confusion pour le consommateur.

I. Par écritures du 12 mai 2006, J._____ (ci-après: la recourante) a recouru contre cette décision auprès de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle en concluant à l'annulation des ch. 1, 2, 5 et 6 du dispositif de la décision attaquée, au rejet total de l'opposition et à la protection totale en Suisse de la marque "kinder Party" (fig.), sous suite de frais et dépens. A l'appui de ses conclusions, elle fait valoir que l'usage de la marque opposante diverge de la forme sous laquelle elle est enregistrée et que les emballages présentés par l'opposante pour prouver l'usage de sa marque ne démontrent pas que ces produits aient un jour été mis sur le marché suisse, ajoutant qu'il n'y a pas lieu d'admettre un usage notoire pour les produits cités par l'Institut fédéral. S'agissant de la similarité des produits, la recourante relève que

les preuves d'usage présentées par l'opposante concernent uniquement les produits en chocolat et les gaufrettes qui ne sont, selon elle, pas similaires aux préparations à base de céréales et aux glaces comestibles. Observant que les enfants représentent l'un des plus importants cercles de consommateurs de douceurs, la recourante allègue que le mot "KINDER" est soumis au besoin de disponibilité en relation avec de tels produits, de sorte que l'admission d'une imposition notoire sur le marché, respectivement d'une notoriété élevée est exclue. Enfin, la recourante soutient que les deux signes en question se distinguent suffisamment d'un point de vue figuratif et sémantique.

J. Invité à se prononcer sur le recours, l'Institut fédéral en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 16 juin 2006 en renonçant à présenter des remarques et observations et en renvoyant à la motivation de sa décision.

Egalement invitée à se prononcer sur le recours, F._____ (ci-après: l'intimée) a conclu à son rejet au terme de sa réponse du 28 juillet 2006.

K. Le 15 novembre 2006, la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle a transmis l'affaire au Tribunal administratif fédéral comme objet de sa compétence depuis le 1er janvier 2007. Par courrier du 19 janvier 2007, le Tribunal administratif fédéral a informé les parties qu'il reprenait le traitement du recours. Il a par ailleurs invité l'intimée à faire savoir si elle était disposée à ce que la procédure soit poursuivie en langue allemande, en l'avertissant que, sans réponse de sa part, la langue de la procédure serait le français, langue de la décision attaquée.

L. Par ordonnance du 7 février 2007, le Tribunal administratif fédéral a constaté l'absence de réponse de l'intimée au courrier précité, a désigné le collège des juges appelés à statuer et a invité la recourante et l'intimée à dire si elles entendaient faire valoir leur droit à des débats publics, les avertissant qu'un silence de leur part vaudrait renoncement à de tels débats.

Par courrier du 8 février 2007, l'intimée a formellement renoncé à la tenue de débats publics. La recourante n'ayant pour sa part pas répondu, il n'a en conséquence pas été organisé de débats publics.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Le Tribunal administratif fédéral considère en droit:

1. Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATF 132 I 140 consid. 1.1;

ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2ème éd., Zurich 1998, n° 410).

1.1 A teneur de l'art. 53 al. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), en vigueur depuis le 1er janvier 2007, les recours pendants devant les commissions fédérales de recours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traités par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où celui-ci est compétent. Ils sont jugés sur la base du nouveau droit de procédure.

Le Tribunal administratif fédéral connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021; art. 31 LTAF). L'art. 33 let. d LTAF prévoit que les décisions des départements et des unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées sont susceptibles de recours auprès du Tribunal administratif fédéral. La décision attaquée est une décision sur opposition au sens de l'art. 5 al. 2 PA qui émane d'une unité de l'administration fédérale décentralisée (art. 29 de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP, RS 172.213.1] en relation les art. 6 al. 1 let. f et 8, ainsi que l'annexe de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA, RS 172.010.1] et l'art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 24 mars 1995 sur le statut et les tâches de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle [LIPI, RS 172.010.31]). Aucune des clauses d'exception de l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

1.2 La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par cette décision et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification. La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue (art. 48 al. 1 let. a à c PA).

1.3 Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours (art. 11, 22a al. 1 let. a, 50 et 52 al. 1 PA), ainsi que les autres conditions de recevabilité (art. 44 ss et 63 al. 4 PA) sont respectées. Le recours est ainsi recevable.

2. En l'espèce, l'Institut fédéral a admis l'opposition de l'intimée à l'encontre de la marque "kinder Party" (fig.) pour les produits de la classe 30 *pâtisserie, confiserie, pain, préparations faites de céréales, glaces comestibles*. La recourante conclut à l'annulation de la décision attaquée pour autant qu'elle concerne les produits énumérés ci-dessus. Pour tous les autres produits de la classe 30 concernés, la décision attaquée est entrée en force de chose jugée.

3. La marque est un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (art. 1 al. 1 de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance [Loi sur la protection des marques, LPM, RS 232.11]). A teneur de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, sont exclus de la protection comme marque les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits identiques ou similaires lorsqu'il en résulte un risque de confusion. In casu, il n'est pas contesté que l'enregistrement international n° 298'866 "KINDER", enregistré le 14 juin 1985, est antérieur à l'enregistrement international n° 823'705 "kinder Party" (fig.) inscrit au registre international le 6 avril 2004 et bénéficiant d'une priorité selon la Convention de l'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (CUP, RS 0.232.04) au 20 janvier 2004.

4. Si, à compter de l'échéance du délai d'opposition ou, en cas d'opposition, de la fin de la procédure d'opposition, le titulaire n'a pas utilisé la marque en relation avec les produits ou les services enregistrés, pendant une période ininterrompue de cinq ans, il ne peut plus faire valoir son droit à la marque, à moins que le défaut d'usage ne soit dû à un juste motif (art. 12 al. 1 LPM). Si le défendeur invoque le non-usage de la marque antérieure en vertu de l'art. 12 al. 1 LPM dans sa première réponse, comme en l'espèce, l'opposant doit rendre vraisemblable l'usage de sa marque ou l'existence de justes motifs pour son non-usage (art. 32 LPM et 22 al. 3 de l'ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques [OPM, RS 232.111]). En l'espèce, le délai de carence de cinq ans s'étend rétroactivement à compter du 28 février 2005, date à laquelle la défenderesse a invoqué, dans sa première détermination, le défaut d'usage de la marque opposante. Ainsi, la vraisemblance de l'usage doit se rapporter à la période entre le 28 février 2000 et le 28 février 2005.

4.1 La recourante relève de prime abord que l'usage de la marque opposante sous la forme d'une marque figurative "kinder" en lettres minuscules dont la lettre initiale "k" est en noir et la suite de lettres "inder" de couleur rouge, n'est pas conforme au droit en raison des différences essentielles avec la marque verbale enregistrée.

Il convient que la marque employée coïncide en principe avec la marque déposée, car c'est uniquement à cette condition que cette dernière remplit sa fonction distinctive. L'art. 11 al. 2 LPM prend toutefois en considération l'intérêt du titulaire à un usage dynamique de la marque et tolère un emploi sous une forme ne divergeant pas de manière essentielle de la forme déposée. Est décisif le fait que l'emploi de la marque n'efface pas le coeur de la marque, son impact distinctif dominant l'ensemble de l'image de la marque. Tel ne sera le cas que si le commerce voit dans la marque utilisée la même marque que celle déposée en raison de l'impression d'ensemble, même si l'on peut observer des différences, et qu'il n'accorde pas

l'importance d'un élément distinctif aux parties modifiées, ajoutées ou soustraites à la marque déposée (ATF 130 III 267 consid. 2.4 *Tripp Trapp*). L'omission d'éléments secondaires ou la modernisation de l'écriture sont permises (décision de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle [ci-après: CREPI] du 17 septembre 2003 in sic! 2004 106 consid. 5 *Seiko Rivoli/R Rivoli*; LUCAS DAVID, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2ème éd., Bâle 1999, MSchG, n° 14 ad art. 11).

En l'espèce, la marque opposante n° 298'866 "KINDER" est une marque verbale enregistrée en lettres majuscules et sans revendication de couleurs. Il ressort néanmoins des emballages produits par l'intimée devant l'autorité inférieure pour prouver l'usage de sa marque que dite marque est utilisée sous la forme d'une écriture en minuscules dont le "k" initial est noir tandis que la suite de lettres "inder" est en rouge. Bien qu'il faille reconnaître que cette forme diverge de la forme enregistrée, force est d'admettre que les modifications apportées ne changent pas significativement l'impression générale. En effet, les lettres utilisées demeurent de simples caractères d'imprimerie dénués de fantaisie. Au surplus, l'emploi de lettres minuscules n'est en rien contestable dans la mesure où une pure marque verbale est protégée sans égard au fait qu'elle soit écrite en majuscules ou en minuscules (décision de la CREPI du 4 mai 2005 in sic! 2005 655 consid. 5 *Leponex/Felonex*; CHRISTOPH WILLI, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zurich 2002, MSchG, n° 81 ad art. 3). S'agissant de l'ajout d'une couleur rouge, il convient de relever qu'une marque enregistrée en noir et blanc est protégée pour toutes les combinaisons de couleur et que le dépôt d'une marque en noir et blanc implique également le droit de la reproduire en couleur (décision de la CREPI du 10 février 2005 in sic! 2005 574 consid. 3 *BrainStore/Brainstore*; WILLI, op. cit., n° 93 ad art. 3). Ainsi, prises dans leur ensemble, ces modifications ne sont en définitive qu'une modernisation de l'élément verbal enregistré ne privant pas la marque antérieure du coeur de son pouvoir distinctif, à savoir le terme "KINDER" qui lui donne son impression d'ensemble. Un tel usage permet à la marque antérieure de conserver son identité et est propre à assurer la protection de la marque telle qu'enregistrée, comme l'a à juste titre considéré l'autorité inférieure.

Le grief de la recourante se révèle dès lors infondé.

4.2 La recourante allègue ensuite que les pièces n° 1 à 4 présentées par l'intimée devant l'autorité inférieure pour prouver l'usage de sa marque ne démontrent pas que les produits en question ont un jour été mis sur le marché suisse et qu'il manque des bons de livraison, des factures et des quittances des ventes effectives. Selon elle, l'intimée aurait dû rendre vraisemblable que la marque opposante a été utilisée dans une part

significative de la Suisse pour les produits enregistrés. Il manquerait enfin des preuves que les tiers distributeurs s'occupent de l'usage de la marque avec le consentement de l'intimée. La recourante observe par ailleurs que les preuves d'usage concernent uniquement les produits "chocolat" et "gaufrettes" (Waffeln) et que, pour les autres produits enregistrés, l'usage de la marque opposante ne serait pas rendu vraisemblable. Elle ajoute qu'il n'y a pas de raison de conclure à l'admission d'une utilisation notoire de la marque opposante, en relevant que l'Institut fédéral, dans son examen, doit uniquement se fonder sur les pièces présentées par l'opposant sans procéder de son côté à des investigations.

4.2.1 L'opposant n'a pas à prouver l'usage de sa marque, mais peut se limiter à le rendre vraisemblable, ce qui est le cas lorsque la probabilité de véracité des faits allégués est plus élevée que celle de leur inexactitude (DAVID, op. cit., n° 7 ad art. 32 et n° 16 ad art. 12). Les moyens de preuve admissibles pour rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante peuvent consister en des documents, des renseignements de tiers et des visites des lieux au sens de l'art. 12 PA. L'Institut fédéral peut renoncer à administrer de telles preuves si l'usage de la marque est évident ou si ses propres recherches démontrent l'usage de la marque (décision de la CREPI du 11 juillet 2001 in sic! 2001 646 consid. 2 *Isover/Isocover*). Seul l'usage en Suisse peut valider le droit à la marque et il faut que l'utilisation soit liée de manière directe avec des produits effectivement livrés ou achetés en Suisse ou avec des services effectivement fournis ou utilisés en Suisse, ou que la publicité ait été conçue spécialement pour la Suisse et qu'elle y ait été diffusée plus ou moins régulièrement de manière ciblée (décision de la CREPI du 24 juin 2004 in sic! 2004 868 consid. 4 *Globex/Globix*). La protection est accordée pour autant que la marque soit utilisée en relation avec les produits et/ou services enregistrés (art. 11 al. 1 LPM). La marque doit être utilisée pour chaque catégorie de produits ou de services pour lesquels elle est enregistrée (DAVID, op. cit., n° 5 ad art. 11). Etablir l'usage de la marque pour une catégorie de produits ou de services déterminés ne permet pas d'en déduire un usage pour d'autres produits pour lesquels la marque est enregistrée (PHILIPPE GILLIÉRON, L'usage à titre de marque en droit suisse in sic! 2005 101, p. 104).

Pour rendre vraisemblable l'usage de sa marque devant l'autorité inférieure, l'intimée a notamment présenté quatre emballages de produits (pièces n° 1 à 4) et des annonces publicitaires parues en 2004 et 2005 dans les magazines "Migros Magazin" et "Coop Zeitung" (pièces n° 22 à 33). L'examen des emballages fait apparaître tantôt une composition ou des textes rédigés en allemand et en français, tantôt un timbre "Migros data" écrit en allemand, en français et en italien. Quant aux dates limites de consommation, ces dernières étaient fixées à octobre et décembre 2004, ainsi qu'aux 16 février 2005 et 20 juin 2005. Pour ces deux dernières dates, il faut relever que les produits en question étaient destinés à Noël 2004, respectivement à Pâques 2005 qui, cette année-là,

tombait un 27 mars, et que les produits sont généralement mis sur le marché plusieurs semaines à l'avance. A cela s'ajoute une publicité du 18 mai 2004 pour divers produits de la marque "kinder" parue en allemand, en français et en italien dans le journal "Migros Magazin" (pièces n° 22 à 24). Il appert dès lors que la mise à disposition des produits de l'intimée munis de la marque "kinder" sur le marché suisse apparaît comme hautement vraisemblable avant que le défaut d'usage ne soit invoqué par la recourante. Par ailleurs, et contrairement à ce que prétend la recourante, l'usage de la marque opposante ne se limite pas aux produits à base de chocolat ou aux gaufrettes, mais il s'étend en revanche également aux biscuits, aux produits de pâtisserie et de confiserie, de même qu'aux sucreries comme l'a à raison considéré l'autorité inférieure. En effet, ces produits sont de manière générale vendus dans les mêmes lieux de consommation et suivent des procédés de fabrication relativement proches.

4.2.2 Seule une utilisation sérieuse et conforme aux usages commerciaux en vigueur dans la branche concernée constitue un usage juridiquement valable (KAMEN TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, Bâle 2006, p. 77). Il est déterminant de savoir si le titulaire de la marque peut démontrer une activité minimum sur le marché durant une période prolongée. Ni le chiffre d'affaires en tant que tel ni la réalisation de ventes habituelles ne sont décisifs à eux seuls, mais l'on exige un usage plus large pour les articles de masse que pour des produits de luxe (décision de la CREPI du 17 septembre 2003 in sic! 2004 106 consid. 7 *Seiko Rivoli/R Rivoli*). Selon l'art. 11 al. 3 LPM, l'usage de la marque auquel le titulaire consent est assimilé à l'usage par le titulaire. Ainsi, l'usage de la marque par une société étroitement liée au titulaire sur le plan économique, par un licencié ou par un distributeur exclusif peut également maintenir le droit à la marque, faut-il encore que le titulaire de la marque consente à l'utilisation de sa marque (décisions de la CREPI du 4 mars 2003 in sic! 2004 38 consid. 7 *Bosca* et du 27 août 1997 in sic! 1997 577 consid. 4 *Canal plus/Câble plus*).

Les pièces n° 43 et 44 concernent deux courriers émanant des représentants exclusifs de F._____ en Suisse. Dans un courrier du 24 août 2005 (pièce n° 43), V._____ indique avoir vendu X._____ millions d'emballages de produits "kinder" en Suisse de 2001 à 2004 en précisant que les consommateurs peuvent acheter des produits de marque "kinder" dans Y._____ points de vente en Suisse. D'autre part, dans un courrier du 30 août 2005 (pièce n° 44), E._____ relève que, de 2001 à 2004, elle a vendu X._____ emballages de produits "kinder" en Suisse et que les consommateurs peuvent trouver des produits de la marque "kinder" dans Y._____ points de vente en Suisse. Ainsi, outre le fait que l'on ne saurait reprocher à l'autorité inférieure d'avoir considéré que l'usage de la marque opposante était notoire depuis de nombreuses années, tant il est évident que ces produits sont largement distribués en

Suisse, il apparaît que les volumes de ventes réalisées attestent d'une utilisation sérieuse de la marque "kinder" dans les trois parties linguistiques de la Suisse par des distributeurs de l'intimée, dont on ne saurait sérieusement douter qu'ils aient agi avec le consentement de l'intimée.

4.3 Au vu de ce qui a été exposé aux considérants 4.1 à 4.2.2, il convient de relever que l'intimée a rendu vraisemblable l'usage de sa marque en Suisse dans les formes requises par la loi durant la période de février 2000 à fin février 2005.

5. La recourante allègue que les produits en chocolat et les gaufrettes ne sont pas similaires aux produits *préparations à base de céréales*, *glaces comestibles* en indiquant que, au regard de la procédure de production différente, les consommateurs ne s'attendraient pas à ce que le chocolat et les gaufrettes proviennent des mêmes fabricants de produits aux céréales et de glaces alimentaires. Selon elle, l'unique fait qu'il s'agisse de biens de consommation d'usage courant distribués par les mêmes canaux de distribution ne suffit pas à fonder une similarité.

Il y a similarité des produits ou des services lorsque les cercles des consommateurs concernés peuvent être amenés à penser que les produits vendus sous des marques identiques ou similaires proviennent, au regard de leurs lieux de production et de distribution usuels, de la même entreprise ou seraient, du moins, produits sous le contrôle du titulaire par des entreprises liées entre elles (DAVID, op. cit., n° 8 et 35 ad art. 3). L'appartenance des produits revendiqués à la même classe internationale selon l'accord de Nice n'est pas nécessaire pour affirmer une similarité, mais constitue tout de même un indice pour une telle conclusion (décision de la CREPI du 5 octobre 2000 in sic! 2000 800 consid. 5 *Naturella/Naturessa*). Les mêmes lieux de production, le même savoir-faire spécifique, des voies de distribution semblables, un cercle de consommateurs ou un champ d'application semblables sont des indices pour des produits similaires (décision de la CREPI du 24 avril 2006 in sic! 2006 475 consid. 6 *X/X-Pressure*).

En l'espèce, les produits en question sont des produits alimentaires courants qui doivent être considérés comme similaires car ils ont la même destination et des réseaux de distribution pratiquement identiques (décision de la CREPI du 27 mars 2001 in sic! 2001 322 consid. 4 *Elsie/Elsa*). C'est ainsi à juste titre que l'autorité inférieure a admis la similarité entre "pain, préparations faites à base de céréales et glaces alimentaires" et les produits de pâtisserie ou de confiserie en relevant qu'ils faisaient appel au même savoir-faire que l'on retrouve en général dans les mêmes entreprises. Sur ce point, la CREPI a d'ailleurs confirmé dans une décision du 3 décembre 2003 la forte similarité, voire l'identité entre les produits "farines et préparations faites de céréales, pain, pâtisserie et confiserie" et "pains, produits panifiés, pain dit «viennois»,

«biscottes»" (sic! 2004 504 consid. 2 *Baguettine/Baghetti*). Dès lors que les produits revendiqués en classe 30 par la marque attaquée sont similaires, voire identiques aux produits revendiqués par l'opposante dans cette même classe, la distinction qu'il s'agit d'exiger entre ces signes sera d'autant plus importante afin d'exclure tout risque de confusion.

6. La recourante allègue que, en relation avec des douceurs dont l'un des plus importants cercles de consommateurs sont les enfants, le terme "KINDER" doit rester à la libre disposition de tous. Relevant en substance qu'un tel signe n'est absolument pas protégeable et ne doit pas être monopolisé car il est indispensable au commerce, elle indique que l'admission d'une imposition notoire dans le commerce, respectivement d'une notoriété élevée est dès lors exclue et que, la marque opposante comprenant un élément descriptif, il n'existerait pas de champ de protection accru. La recourante conteste ensuite la pertinence des sondages d'opinion présentés par l'intimée devant l'Institut fédéral dans la mesure où ils concernent uniquement l'Allemagne.

6.1 Un signe appartenant au domaine public, et dès lors exclu de la protection légale, est caractérisé par le fait qu'il est a priori dépourvu de force distinctive ou assujetti au besoin de libre disposition (ATF 131 III 121 consid. 4.1 *Smarties*). Font partie du domaine public les termes désignant les attributs, la nature ou l'effet du produit, le cercle des destinataires, le lieu de vente, la quantité ou la qualité (DAVID, op. cit., n° 14 ad art. 2). Pour qu'une désignation appartienne au domaine public, il suffit qu'elle ait un caractère descriptif dans l'une des langues nationales (Arrêt du Tribunal fédéral 4P.146/2001 du 19 juillet 2001 consid. 2b/aa). Un tel signe ne peut acquérir la force distinctive que si une entreprise parvient à l'imposer comme marque dans le commerce, pour autant qu'il ne soit pas soumis au besoin de libre disposition (ATF 131 III 121 consid. 4.1 *Smarties*). Un signe s'est imposé dans le commerce lorsqu'une part importante des destinataires le perçoivent comme une référence à une entreprise déterminée, sans qu'il soit nécessaire qu'ils connaissent le nom de cette entreprise. Le signe doit par ailleurs s'être imposé dans toute la Suisse, car une simple réputation au niveau local ne suffit pas (ATF 128 III 441 consid. 1.2 *Appenzeller*). Le caractère de marque imposée peut être constaté sur la base de faits autorisant, selon l'expérience, des déductions relatives à la perception du signe par le public. De tels faits peuvent notamment consister dans un volume d'affaires très important et réalisé lors d'une longue période en relation avec le signe en question, ou encore dans des efforts publicitaires intenses (ATF 131 III 121 consid. 6 *Smarties)*. En outre, le périmètre de protection d'une marque dépend de sa force distinctive. Pour les marques faibles, le périmètre est plus restreint que pour les marques fortes et des différences plus modestes suffiront à créer une distinction suffisante. Sont en particulier faibles les marques dont les éléments essentiels dérivent des notions descriptives utilisées dans le langage courant. Sont au contraire fortes les marques qui sont imaginatives ou qui ont acquis une notoriété dans le commerce. Comme

les marques fortes résultent d'un acte créatif ou d'un patient travail pour s'imposer sur le marché, elles doivent bénéficier d'une protection élargie et accrue contre les signes similaires car elles sont spécialement exposées à des essais de rapprochement (ATF 122 III 382 consid. 2a *Kamillosan*).

6.1.1 En l'espèce, il convient d'admettre que le terme "kinder", dans la mesure où il signifie "enfants" en langue allemande, désigne avant tout l'un des principaux cercles de consommateurs de ces produits. Ainsi, cette désignation se révélant purement descriptive pour ce qui est de la langue allemande, et dans une moindre mesure pour les consommateurs francophones et italophones comprenant également ce terme appartenant au vocabulaire de base allemand, la marque précitée appartient au domaine public. Comme l'a toutefois relevé à juste titre l'Institut fédéral, il ressort cependant du dossier que la marque "kinder" qui fait l'objet, et ce depuis de nombreuses années, d'une publicité intensive et abondante à la télévision ou dans les journaux, comme en témoigne d'ailleurs l'article paru dans le journal "Tribune de Genève" du 11 mai 2004 "Kinder a 30 ans" (pièce n° 9), est reconnue par les consommateurs en rapport avec de tels produits comme une marque et un renvoi à une entreprise déterminée et que ceci l'a emporté sur son caractère descriptif. A cela s'ajoute que, au fil des années, dite marque est devenue un signe fort, de sorte que son périmètre de protection s'en trouve accru. Il convient donc de poser des exigences plus élevées s'agissant de la différenciation des deux marques.

6.1.2 L'intimée a versé au dossier deux sondages auxquels a fait procéder sa filiale allemande durant le mois de janvier en Allemagne, portant d'une part sur le terme "kinder" en noir et d'autre part sur le terme "Kinder" dans une écriture neutre (pièces n° 7 et 8). A la question 3 du sondage portant sur cette dernière variante visant à savoir si la désignation "Kinder" en relation avec des produits en chocolat était toujours utilisée par une seule entreprise déterminée, par plusieurs entreprises différentes ou qu'il s'agissait seulement d'une indication, par exemple décrivant le cercle de consommateurs ou le but d'utilisation, 66,7% des personnes interrogées ont répondu qu'elle était utilisée par une entreprise déterminée. Par ailleurs, la question 7 qui consistait à savoir depuis combien de temps les personnes connaissaient la désignation "Kinder" en relation avec des produits en chocolat, 56% ont répondu "depuis plus de 11 ans".

Un sondage dans le public visé peut également permettre de déterminer directement si un mot est perçu comme la marque de produits ou de services particuliers (ATF 131 III 121 consid. 6 *Smarties*). En l'espèce, même si les sondages précités ne sont pas pertinents s'agissant de la présente procédure de recours, dans la mesure où ils ont été réalisés en Allemagne, il faut néanmoins admettre qu'ils confortent la conclusion précitée selon laquelle les consommateurs suisses associent le signe "kinder" à une entreprise déterminée et non plus à une désignation descriptive (voir supra consid. 6.1.1). Il convient ainsi de constater que les

résultats des sondages réalisés en Allemagne traduisent une connaissance accrue de la désignation "Kinder" en Allemagne et son association à une entreprise déterminée démontrant qu'elle s'est imposée dans le commerce pour les produits concernés. Comme le relève à juste titre l'intimée, ce sondage paraît d'autant plus parlant qu'il a été réalisé dans un pays dont les habitudes de consommation sont semblables à la Suisse et dont l'unique langue nationale est l'allemand. Alors même que le terme "kinder" est sans autre et directement compris dans ce pays comme signifiant "enfants", le résultat du sondage effectué en Allemagne montre que, dans leur majorité, les consommateurs interrogés l'ont associé à une entreprise déterminée, comme cela a été relevé ci-dessus. Dans la mesure où la situation en Suisse apparaît a priori plus favorable qu'en Allemagne du fait que, suivant les différentes parties linguistiques du pays, le consommateur n'appréhendera pas forcément le terme "kinder" comme un mot désignant les enfants, mais l'associera en revanche à une marque d'une entreprise déterminée, on peut concevoir que le résultat d'un tel sondage effectué en Suisse ne conduirait pas à un résultat différent.

7. Selon le Tribunal fédéral, la fonction principale et le but de la marque sont de distinguer une marchandise particulière de marchandises identiques ou similaires, de manière à ce qu'une individualisation de cette marchandise et même de son fabricant soit rendue possible (ATF 119 II 473 consid. 2c *Radion/Radomat*). Il y a risque de confusion lorsqu'un signe plus récent porte atteinte à la fonction distinctive d'une marque antérieure. Telle atteinte existe lorsqu'il faut craindre que les milieux intéressés seront induits en erreur par la ressemblance des signes et que les marchandises portant l'un ou l'autre signe seront associées au faux détenteur de la marque. Une atteinte existe aussi lorsque le public distingue les deux signes mais présume, en raison de leur ressemblance, de l'existence de rapports qui n'existent pas, notamment en pensant à des marques de série qui désignent différentes lignes de produits provenant de la même entreprise ou d'entreprises économiquement liées entre elles. Pour le risque de confusion, c'est l'impression générale qui prédomine car c'est elle qui reste dans l'esprit des personnes concernées (ATF 128 III 441 consid. 3.1 *Appenzeller*) et la différence entre deux signes devra être d'autant plus importante que les produits sont similaires et vice-versa (ATF 122 III 382 consid. 3a *Kamillosan*; DAVID, op. cit., n° 8 ad art. 3).

En l'espèce, comme il a été constaté plus haut (voir supra consid. 5), il y a identité, voire forte similarité entre les produits pour lesquels les marques en présence sont enregistrées et la marque opposante jouit au surplus d'une aire de protection accrue en raison de sa notoriété. Dans ces circonstances, la distinction qu'il s'agit d'exiger entre ces signes sera d'autant plus importante afin d'exclure tout risque de confusion.

7.1 La recourante soutient que le mot "kinder" représente dans la marque attaquée un élément secondaire que le consommateur n'appréhendera

pas comme un élément descriptif de la marque. Elle allègue que la marque attaquée est dominée visuellement par le mot "Party" ainsi que par les trois ballons et que le terme "kinder", représenté dans une écriture plus petite, est évincé par les autres éléments, de sorte que beaucoup de consommateurs n'en prendront pas acte. S'il devait néanmoins être pris en considération, ce mot ne resterait pas dans la mémoire des consommateurs comme élément descriptif, puisqu'il est employé dans le commerce en relation avec des produits pour les enfants. La recourante considère ainsi que le mot "kinder" a tout au plus une influence modeste et secondaire sur l'impression générale de la marque attaquée et qu'une concordance entre ces éléments secondaires n'est pas propre à fonder un risque de confusion. Elle fait enfin valoir que les consommateurs associeront instinctivement le mot "kinder" avec le mot "Party" et que cette combinaison a un contenu sémantique différent de la marque opposante.

La plupart du temps, le public ne verra ni n'entendra les deux marques simultanément. En réalité, celle des deux que le public voit ou entend s'oppose dans la mémoire à l'image plus ou moins effacée de l'autre, qui avait été vue dans le temps. Lors de la comparaison des marques, il convient donc d'examiner les caractéristiques qui sont susceptibles de subsister dans une mémoire moyennement fidèle ou moyennement défaillante (ATF 121 III 377 consid. 2a *Boss/Boks*). Pour déterminer si deux marques se ressemblent au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, il y a lieu de prendre en compte plusieurs critères généraux et objectifs, comme par exemple l'effet auditif, l'image graphique ou encore le contenu sémantique (TROLLER, op. cit., p. 84; décision de la CREPI du 7 juin 2000 in sic! 2001 133 consid. 3 *Otor/Artor*). En ce qui concerne les marques verbales, l'impression générale est donnée par la suite des syllabes, la longueur du mot, sa sonorité et sa typographie. S'agissant des marques combinées d'éléments verbaux et figuratifs, l'impression d'ensemble est principalement déterminée par l'élément verbal, dans la mesure où le consommateur moyen se souvient avant tout des mots, mais l'élément figuratif sera néanmoins prépondérant s'il a une fonction dominante (TROLLER, op. cit., p. 92 ss). La sonorité découle en particulier du nombre de syllabes et de la cadence et de la succession des voyelles. L'image de la marque dépend quant à elle de la longueur et des particularités des lettres employées. Le début du mot et sa racine, de même que sa terminaison, surtout lorsqu'elle reçoit une accentuation, suscitent plus l'attention que les syllabes intermédiaires non accentuées (ATF 122 III 382 consid. 5a *Kamillosan*). Même une marque verbale et figurative combinée peut porter atteinte à une pure marque verbale et un élément figuratif ne sera susceptible de donner une impression d'ensemble différente que s'il a un caractère dominant et si l'élément verbal a une signification moins importante. L'impression d'ensemble est largement marquée par les éléments verbaux lorsque les éléments graphiques ne sont pas particulièrement originaux et que ceux-ci ne sont pas en mesure de conférer à la marque une image facile à retenir (décision de la CREPI du 1er avril 2003 in sic! 2003 709 consid. 5.1 à 5.3 *Targa*).

Il a été établi ci-dessus que la marque opposante a été utilisée sous la forme d'une écriture "kinder" en lettres minuscules dont la lettre initiale "k" est en noir et la suite de lettres "inder" en rouge (consid. 4), que c'est sous cette forme qu'elle s'est imposée dans le commerce, et que l'on peut par ailleurs lui accorder une sphère de protection accrue en raison de sa notoriété. Dès lors, dans l'examen du risque de confusion, la marque opposante ne doit être examinée que sous cet angle restreint uniquement.

7.1.1 D'un point de vue phonétique, l'élément verbal "kinder" se retrouve à l'identique dans les deux marques en cause. Sur ce point, il faut relever que la reprise intégrale d'une marque prioritaire provoque en règle générale sans autre un risque de confusion (décision de la CREPI du 12 avril 2006 in sic! 2006 413 consid. 6 *Les Cabinotiers*). La marque attaquée se différencie de la marque opposante par l'adjonction du terme allemand ou anglais "Party", que l'on peut traduire par "fête" ou "boum", et qui est compris par une part non négligeable du public suisse. En relation avec les produits revendiqués, il y a lieu de conclure que cet ajout n'est que peu fantaisiste et qu'il n'est ainsi pas suffisamment emprunt de force distinctive pour rester fortement ancré dans l'esprit du public et occulter la première partie de la marque qui a, en règle générale, une importance particulière (décision de la CREPI du 16 janvier 2003 in sic! 2003 345 consid. 6 *Mobilat/Mobigel*; DAVID, op. cit., n° 20 ad art 3). Dès lors, force est d'admettre que la présence du mot "Party" ne suffit pas à supprimer la grande similitude auditive ressortant des deux signes en question due à la la reprise de l'élément "kinder" au début de la marque attaquée.

S'agissant de l'impression visuelle, l'élément verbal "kinder" se retrouve en caractères minuscules dans les deux signes. La marque attaquée se distingue de la marque opposante de par la représentation du terme "kinder" dans une écriture décalée dans des coloris rouge, bleu et vert, de par l'adjonction du mot "Party" écrit en jaune dans des caractères relativement plus grands que le terme "kinder" et de par des éléments figuratifs consistant en un arc de cercle jaune et trois ballons de couleur rouge, bleue et verte. Une marque verbale peut être reprise dans une marque combinée pour des marchandises identiques pour autant que le graphisme de la marque postérieure soit si original qu'il permette de la distinguer de manière claire de la marque antérieure (décision de la CREPI du 18 août 2004 in sic! 2004 865 consid. 6 *FeelGood/Feel Good;* TROLLER, op. cit., p. 84). In casu, il convient d'admettre que, dans l'ensemble, ces éléments figuratifs sont plutôt décoratifs et peu faciles à retenir et n'ont qu'une importance secondaire par rapport à l'élément verbal principal dominant "kinder Party". En effet, le terme "Party" et les petits ballons n'ont que peu de force distinctive et symbolisent de manière générale la notion de fête. Ainsi, d'un point de vue général, bien que le mot "Party" soit représenté dans une écriture plus grande que le terme "kinder", c'est avant tout ce dernier mot qui restera dans le souvenir du

consommateur, de sorte qu'il y a lieu d'admettre une certaine similitude visuelle entre les deux signes en présence.

7.1.2 Dès lors que le destinataire moyen d'une marque pense involontairement à ce qu'il entend et à ce qu'il lit, la signification d'une marque empruntée au langage courant peut également être déterminante. Hormis la signification sémantique des mots, les associations d'idées qu'appelle indiscutablement la marque entrent en considération. Le sens marquant imprégnant d'emblée la conscience en lisant la marque ou en l'entendant dominera en règle générale le souvenir que l'on en gardera. Lorsqu'une marque verbale possède une signification de ce genre qui ne se retrouve pas dans l'autre marque, la probabilité que le public des acheteurs se laisse tromper par un son ou une image graphique analogue s'atténue (ATF 121 III 377 consid. 2b *Boss/Boks*). La signification d'une marque doit avoir un caractère dominant pour être en mesure d'effacer la similitude dans l'impression sonore et visuelle (décision de la CREPI du 16 janvier 2003 in sic! 2003 345 consid. 7 *Mobilat/Mobigel*). Enfin, on tiendra compte du fait que les marques munies d'un fort pouvoir distinctif imprègnent fortement la mémoire et des associations d'idées erronées s'en trouvent favorisées, car une identité même partielle d'un autre signe avec la marque antérieure suffit à susciter une association d'idées chez le consommateur (ATF 122 II 323 consid. 2a *Kamillosan*).

En l'espèce, la marque "kinder Party" suscite l'idée d'une fête destinée aux enfants, idée renforcée par les ballons qui évoquent un événement ludique. Il apparaît dès lors que le sens de la marque attaquée ne se démarque pas à un point tel qu'il effacerait la similitude phonétique et visuelle ressortant de la comparaison des deux signes et qu'il suffirait à conférer une impression d'ensemble différente de la marque opposante. A cela s'ajoute que la reprise à l'identique du terme "kinder" dans la marque attaquée peut conduire le consommateur à présumer de l'existence de rapports qui n'existent pas, notamment en pensant à des marques de série qui désignent différentes lignes de produits provenant de la même entreprise ou d'entreprises économiquement liées entre elles et créer ainsi un risque de confusion (décision de la CREPI du 7 mai 2002 in sic! 2002 520 consid. 7 *Visa/Jet-Set Visa;* voir notamment les marques internationales n° 516'985 "KINDER SURPRISE", n° 539'574 "kinder maxi fig." et n° 502'932 "kinder country fig."). Ainsi, la présence de l'élément "Party" pourra laisser penser au consommateur suisse, qui connaît la marque "kinder", que les produits munis de la marque "kinder Party" sont fabriqués par le même producteur que la marque opposante, ce d'autant plus que la marque "kinder" est déclinée dans une gamme de produits très variée.

8. Au regard de ce qui a été exposé ci-dessus, compte tenu de l'identité, voire de la forte similarité des produits revendiqués par les deux signes en question, de la similarité visuelle et auditive des marques en présence due

à l'élément verbal "kinder", de la similitude sémantique entre celles-ci, et du fort risque de confusion qui en résulte, risque accru par la notoriété acquise par la marque opposante, et, finalement de l'impression générale, la marque attaquée "kinder Party" (fig.) doit être refusée à l'enregistrement.

9. Il résulte de ce qui précède que la décision attaquée ne viole pas le droit fédéral, qu'elle ne repose pas sur une constatation inexacte ou incomplète des faits et qu'elle n'est pas inopportune. Partant, le recours doit être rejeté et la décision de l'Institut fédéral confirmée.

10. Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 11 décembre 2006 [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 4'000.-- (voir décision du Tribunal administratif fédéral B-7438/2006 du 10 mai 2007 consid. 10). Ces frais n'étant pas couverts par l'avance de frais de Fr. 3'500.-- versée par la recourante le 17 mai 2006, celle-ci doit s'acquitter du solde.

    L'intimée, qui obtient gain de cause et qui est représentée par un avocat, a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). En l'espèce, une indemnité de Fr. 2'500.-- (TVA comprise) lui est allouée à titre de dépens, sur la base de la note de dépens du 28 juillet 2006 qu'elle a faite parvenir à l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle (art. 14 al. 2 FITAF), et mise à la charge de la recourante. Il n'y a par ailleurs pas lieu de revenir sur la question des dépens alloués devant l'autorité inférieure. En effet, il faut constater que l'opposition n'a été que partiellement admise et qu'il était dès lors justifié de compenser les dépens comme l'a fait l'Institut fédéral.

11. Le présent arrêt est définitif (art. 73 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce:

1. Le recours est rejeté et la décision de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle du 19 avril 2006 est confirmée.

2. Les frais de procédure d'un montant de Fr. 4'000.-- sont mis à la charge de la recourante, sous déduction de l'avance de frais de Fr. 3'500.-- déjà versée. La recourante est invitée à verser le solde de Fr. 500.-- au moyen

du bulletin de versement joint en annexe. Ce montant devra être versé sur le compte postal du Tribunal dans les 30 jours dès la notification du présent arrêt.

3. Des dépens d'un montant de Fr. 2'500.-- (TVA comprise) sont alloués à l'intimée et mis à la charge de la recourante.

4. Le présent arrêt est communiqué:

- à la recourante (sous pli recommandé; annexes: dossier en retour et un bulletin de versement)
- à l'intimée (sous pli recommandé; annexe: dossier en retour)
- à l'autorité inférieure (sous pli recommandé; annexe: dossier en retour)

Le président de cour: La greffière:

Bernard Maitre Nadia Mangiullo

Date d'expédition: le 11 juillet 2007