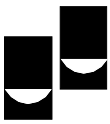
Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-1755/2007 /scl
{T 0/2}

Arrêt du 14 février 2008

Composition

Bernard Maitre (président de cour), Francesco Brentani, Claude Morvant, juges,
Olivier Veluz, greffier.

Parties

B._____ AG,
représentée par Me Dr. Patrick Troller, avocat,
Schweizerhofquai 2, case postale, 6002 Lucerne,
recourante,

contre

R._____ , Société anonyme,
représentée par Micheli & Cie SA, rue de Genève 122,
1226 Thônex,
intimée,

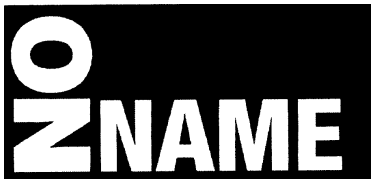
Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI),
Stauffacherstrasse 65, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Procédure d'opposition n° 8128 IR 589'889 NO NAME (fig.) / CH 540'151 NO NAME (fig.).

Faits :

A.
L'enregistrement de la marque suisse n° 540'151



(ci-après : la marque attaquée), déposée par B._____ AG, a été publié le 7 décembre 2005 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) n° 238. B._____ AG revendiqua la protection de sa marque notamment pour les produits de la classe 25 suivants : Bekleidungsstücke ; insbesondere Hemden, T-Shirts, Polohemden, Unterhemden, Blusen, Tops, Trägerhemden, bauchfreie Trägerhemden ; Pullover, Strickpullover und Strickjacken, Vliespullover, Rollkragenpullover, Sweaters, Sweatshirts, Westen, Vlieswesten ; Hosen, Freizeithosen, Jeans, Blue Jeans, Sweatshorts, Jogginghosen ; Blazer, Anzüge, Kostüme, Kleider, Trägerkleider, Röcke, Jerseys ; Mäntel, Parkas, Anoraks, Jacken, Wendejacken, Regenbekleidung, Capes, Ponchos ; Arbeitsanzüge, Overalls ; gefütterte Overalls ; Badebekleidung, Schwimm- und Badehosen, Strandmode, Tennisbekleidung, Surfbekleidung, Skibekleidung ; Rugby Trikots, Uniformen, sportliche Uniformen, Jogging-Anzüge, Trainingsanzüge, Turn- und Gymnastikanzüge, Ganzkörperanzüge ; Gürtel ; Hosenträger ; Handschuhe, Fausthandschuhe ; Socken, Strumpfwaren, Strümpfe, Strickstrumpfwaren, Leggings, Legwarmers ; Hausbekleidung, Morgenröcke, Haus- und Bademäntel, Pyjamas, Schlafbekleidung, Nachthemden, Herrennachthemden, Negligees ; Unterwäsche, Unterhosen, kurze Herrenunterhosen, Shorts, Boxer Shorts, Slips ; ärmellose Unterhemden ; Büstenhalter, Büstenhalter für Sportzwecke, Corsets, Schlüpfer, Strumpfbänder und Strumpfgürtel, Hüftgürtel ; Kopfbedeckungen, Mützen, Schirmmützen, Schwimm-mützen, Berets, Hüte, Propellerhüte, Ohrenschützer, Stirnbänder, Schals, Halstücher, Bandanas, Armbänder,Schweissbänder; Schlipse, Binden, Krawatten, Fliegen ; Schuhwaren, Schuhe, Freizeitschuhe, Stiefel, Galoschen, Sandalen, Pantoffeln, Hausschuhe. Cet enregistrement revendiqua également la protection pour certains produits des classes 9, 14, 18, 24 et 35.

Le 7 mars 2006, R._____, Société anonyme (ci-après : R._____), a formé opposition partielle contre la marque attaquée sur l'entier des produits de la classe 25 auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). Cette opposition se fondait sur l'enregistrement international n° 589'889



(ci-après : la marque opposante).

La marque opposante est enregistrée depuis le 10 août 1992 notamment pour l'entier des produits de la classe 25 intitulée "vêtements, chaussures, chapellerie".

Par mémoire du 21 avril 2006, B._____ AG a conclu au rejet de l'opposition formée par R._____ et a contesté l'usage de la marque opposante.

Par réplique du 29 septembre 2006, R._____ a fait parvenir neuf catalogues, 26 factures, sept photographies et neuf pages extraites de son magasin en ligne destinés à rendre vraisemblable l'usage de sa marque en Suisse.

Invitée à présenter une duplique, B._____ AG a, par mémoire du 5 janvier 2007, maintenu ses conclusions. Elle a relevé que les preuves versées au dossier illustraient un usage de la marque opposante dans une forme divergeant essentiellement de la marque enregistrée. De plus, lesdites preuves ne permettraient pas de rendre vraisemblable l'usage en Suisse de la marque opposante durant la période de référence. S'agissant du risque de confusion entre les marques opposées, B._____ AG a soutenu qu'il était inexistant compte tenu des différences graphiques que présentaient ces dernières et de leur élément verbal commun sans force distinctive.

B.
Par décision du 1er février 2007, l'IPI a admis, avec suite de frais et de dépens, l'opposition partielle en ce qui concerne l'entier des produits de la classe 25 pour lesquels la marque attaquée a été enregistrée.

Ces produits ont été révoqués.

Procédant d'abord à l'examen de l'usage de la marque opposante, l'autorité inférieure a considéré que R._____ avait rendu vraisemblable l'usage de sa marque pour les chaussures, soit un produit de la classe 25. En outre, l'expression "no name", qui aurait une force distinctive normale en raison de son caractère inusuel et fantaisiste en rapport avec les produits en cause, a été considérée comme l'élément essentiel de la marque figurative opposante. Dans la mesure où dite expression est toujours utilisée, l'usage actuel de la marque opposante ne serait pas totalement distinct de l'enregistrement.

L'autorité inférieure a jugé que les produits pour lesquels les marques en présence étaient enregistrées étaient similaires. Ils seraient même partiellement identiques, la marque attaquée revendiquant également, dans son champ de protection, les chaussures en sus des produits d'habillement.

Procédant à une comparaison des marques opposées, l'IPI a admis l'existence d'un risque de confusion entre celles-ci. La marque attaquée serait constituée de la reprise quasi-entière de la marque opposante. Les menues différences que présenteraient les marques opposées ne seraient que des détails secondaires non susceptibles de rester dans la mémoire du consommateur. Selon l'autorité inférieure, l'impression d'ensemble qui émane de la marque attaquée est extrêmement proche de celle de la marque opposante en raison de leur élément distinctif essentiel commun "no name".

C.

Par mémoire du 7 mars 2007, mis à la poste le même jour, B._____ AG (ci-après : la recourante) recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, avec suite de frais et de dépens y compris ceux de la procédure d'opposition, à l'annulation des chiffres 1, 2 et 4 du dispositif de ladite décision et au rejet de l'opposition n° 8128.

Procédant à un examen de la marque opposante, la recourante soutient que, contrairement à ce qu'a jugé l'autorité inférieure, l'élément verbal "no name" de la marque opposante est descriptif en rapport avec les produits de la classe 25. Cette expression

caractériserait le fait qu'un produit est commercialisé sans marque et qu'il est ainsi peu onéreux et de moins bonne qualité. Le consommateur moyen comprendrait d'ailleurs le sens de cette expression de même que son caractère descriptif. Dans ces circonstances, la recourante estime que la marque opposante n'a pu être enregistrée que sous une forme combinée avec un élément graphique, élément qui est, en l'espèce, banal. Le champ de protection de la marque opposante serait dès lors faible.

Dans la mesure où la marque opposante est combinée d'éléments faibles, la recourante prétend que de simples modifications de ladite marque sont susceptibles de changer de manière essentielle son impression d'ensemble. Les preuves d'usage apportées par R._____ (ci-après : l'intimée) démontreraient ainsi un usage de la marque opposante "NO NAME (fig.)" dans une forme divergeant de manière essentielle de la forme enregistrée. De plus, la recourante considère que ces preuves ne permettent pas de rendre vraisemblable l'usage en Suisse de ladite marque.

Enfin, s'agissant du risque de confusion, la recourante conteste l'appréciation de l'IPI, souligne la faiblesse de la marque opposante et affirme que les marques opposées ne sont pas si semblables tant d'un point de vue verbal que graphique. La marque attaquée, qui n'affecterait pas la fonction distinctive de la marque opposante, pourrait en effet se lire de plusieurs manières et se distinguerait de cette dernière en raison d'un style typographique différent.

D.
Le recours étant rédigé en allemand, le Tribunal administratif fédéral a, par courrier du 13 mars 2007, demandé à l'intimée si elle était disposée à ce que la procédure soit poursuivie en langue allemande, en dérogation au principe légal selon lequel la langue de la procédure de recours est, sauf accord contraire des parties, celle dans laquelle la décision querellée a été rédigée, soit en l'espèce le français.

D.a Par courrier du 20 mars 2007, l'intimée a demandé à ce que la langue de la procédure soit le français et à ce que le mémoire de recours soit traduit dans cette langue.

Dans son courrier du 13 avril 2007, la recourante a conclu au rejet de la requête de l'intimée tendant à la traduction de son recours.

D.b Par décision incidente du 30 mai 2007, le Tribunal administratif fédéral a décidé que la langue de la procédure était le français ; que l'autorité inférieure était invitée à s'exprimer dans cette langue et la recourante dans une des langues officielles ; que la requête de l'intimée tendant à la traduction du mémoire de recours était rejetée ; et qu'il sera statué sur les frais inhérents à la décision incidente dans le présent arrêt.

E.
Invité à se prononcer sur le recours, l'IPI en propose le rejet avec suite de frais au terme de sa réponse du 28 juin 2007. Il renonce à présenter des remarques et des observations, se limitant à renvoyer à la motivation de sa décision.

F.
Dans sa réponse du 15 août 2007, R._____ conclut au rejet du recours, avec suite de frais et de dépens y compris ceux de la procédure d'opposition.

Selon l'intimée, les marques opposées sont normalement distinctives en raison du sens indéterminé de leur élément verbal. Ce sentiment aurait également dû être partagé par la recourante lors de l'enregistrement de sa marque, étant entendu qu'il serait aberrant de déposer une marque que l'on estime non distinctive.

Dans le cadre d'une procédure d'opposition, il convient, selon l'intimée, de comparer les marques combinées opposées telles qu'elles sont inscrites au registre. Un risque de confusion direct ne pourrait être dénié puisque lesdites marques seraient représentées par l'élément verbal "no name" inscrit dans un cadre rectangulaire noir. De plus, la disposition verticale du mot "no" dans la marque attaquée serait peu significative et assimilée, par le public, à une variation graphique banale. Par ailleurs, bien que détectant cette particularité, le consommateur pourrait être amené à assimiler les deux marques opposées à des lignes de produits différentes provenant cependant de la même entreprise, ce qui constituerait un risque de confusion indirect.

L'intimée défend que les pièces qu'elle a déposées dans le cadre de la procédure d'opposition rendent pleinement vraisemblable l'usage de sa marque. Vu la faiblesse de son élément figuratif, la marque

opposante serait proche d'une marque purement verbale. L'élément essentiel de celle-ci serait dès lors l'expression "no name" et non pas l'élément figuratif qui l'accompagne ; ce dernier lui procurerait une impression d'ensemble légèrement différente d'une simple marque verbale. La seule modification visible susceptible de rester en mémoire du consommateur apportée à la marque opposante telle qu'enregistrée serait celle touchant à la couleur noire et blanche des lettres de l'expression "no name" ; il ne s'agirait que de détails mineurs d'éléments décoratifs qui ne concerneraient pas réellement l'élément distinctif essentiel de la marque. Ce dernier serait repris dans son entier dans la marque opposante, telle qu'elle est utilisée aujourd'hui. Du moment que celui-ci figure dans les preuves d'usage, les modifications apportées à la marque opposante quasi-verbale seraient à considérer comme mineures et la vraisemblance de l'usage devrait être retenue.

G.
Les parties n'ayant pas présenté de demande pour des débats publics, il est admis qu'elles y ont renoncé tacitement.

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.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1 ; ALFRED KÖLZ / ISABELLE HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2e éd., Zurich 1998, n° 410).

1.1 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 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32]). Selon l'art. 33 let. d LTAF, 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.

L'acte attaqué est une décision au sens de l'art. 5 al. 2 PA. Il émane d'une unité de l'administration fédérale décentralisée qui est administrativement rattachée à l'administration fédérale (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 avec 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'exceptions prévues à l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours.

1.2 La recourante, qui a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, est spécialement atteinte par la décision attaquée 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, b et 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, 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 donc recevable.

2.

Une 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 sur la protection des marques du 28 août 1992 [LPM, RS 232.11]). Le droit à la marque prend naissance par l'enregistrement (art. 5 LPM) et confère au titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en disposer (art. 13 al. 1 LPM). Sont exclus de la protection les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (art. 3 al. 1 let. c LPM). Le titulaire d'une marque antérieure peut former opposition contre un nouvel enregistrement en se fondant sur l'art. 3 al. 1 LPM (art. 31 al. 1 LPM).

Si l'opposition est fondée, l'enregistrement est révoqué en tout ou partie ; dans le cas contraire, l'opposition est rejetée (art. 33 LPM).

Aux termes de l'art. 11 al. 1 LPM, la protection est accordée pour autant que la marque soit utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés. 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). Pour les marques internationales, le délai de cinq ans précité commence à courir après l'écoulement du délai à disposition de l'IPI pour refuser la protection en Suisse de la marque ou dès le retrait d'un refus provisoire (si l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 [RS 0.232.112.3, ci-après : AM], s'applique : 12 mois à compter de la date de notification à l'IPI [art. 5 al. 2 AM] ; si le Protocole du 27 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques [RS 0.232.112.4, ci-après : PM] s'applique : 18 mois après la date de notification [art. 5 al. 2 let. b PM] ; ATF 130 III 371 consid. 1.1 *Color Focus* ; voir également : IVAN CHERPILLOD, Le Droit suisse des marques, Lausanne 2007, p. 194 n. marg. 633). Si le défendeur invoque le non-usage de la marque antérieure en vertu de l'art. 12 al. 1 LPM dans sa première réponse, 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]). La vraisemblance de l'usage doit se rapporter à une période de cinq ans rétroactivement à compter de la date à laquelle le défendeur a invoqué, dans sa première détermination, le défaut d'usage de la marque opposante (voir dans le même sens : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7439/2006 du 6 juillet 2007 consid. 4 *Kinder*).

3.

En l'espèce, l'autorité inférieure a jugé que le défaut d'usage a été invoqué à temps par la recourante dans sa première réponse à l'opposition du 21 avril 2006 et que la période à prendre en compte courait du 21 avril 2002 au 21 avril 2006. Cette appréciation n'est pas contestée par les parties. L'IPI a également admis la vraisemblance de l'usage de la marque opposante. Au terme d'une comparaison de cette

dernière avec la marque attaquée, l'autorité inférieure a considéré qu'un risque de confusion existait entre ces deux marques. La recourante soutient pour sa part que l'usage de la marque opposante n'est pas vraisemblable et que la marque attaquée ne porte pas atteinte à la fonction distinctive de la marque opposante.

4.
La marque opposante doit être utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés (art. 11 al. 1 LPM) et dans une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée (art. 11 al. 2 LPM). L'usage doit être sérieux et doit se rapporter au territoire suisse (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 5 *Exit* ; ATF 107 II 356 consid. 1c et les réf. *La San Marco* ; ERIC MEIER, L'obligation d'usage en droit des marques, Zurich 2005, p. 49 ss ; CHERPILLOD, op. cit., p. 191 ; PHILIPPE GILLIÉRON, L'usage à titre de marque en droit suisse, in : sic! 2005 Sonderheft 101, p. 108 et les réf.). Un usage local de la marque suffit toutefois à lui conférer une protection (ATF 102 II 111 consid. 3 *Silva*).

4.1 La marque doit être utilisée dans sa fonction distinctive des produits pour lesquels elle est enregistrée (CHRISTOPH WILLI, in : Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zurich 2002, art. 11 n. marg. 14). Il n'est par conséquent pas nécessaire qu'elle soit apposée sur le produit ou sur son emballage (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 5 *Exit* ; voir également : MEIER, op. cit., p. 27). La marque peut donc également exercer sa fonction distinctive si elle figure sur des prospectus, des listes de prix ou des factures.

4.2 L'usage d'une marque est sérieux lorsque son titulaire a l'intention de l'utiliser dans un but commercial réel. Il doit manifester l'intention de satisfaire à toute demande dans la mesure où elle ne dépasse pas les attentes les plus optimistes. Le titulaire doit en outre prospecter le marché et pouvoir démontrer une activité minimum sur ce dernier durant une période prolongée (sic! 2006 37 consid. 6 *Syscor* ; CHERPILLOD, op. cit., p. 191 ; MEIER, op. cit., p. 50 ; GILLIÉRON, op. cit., p. 107). Il n'est cependant pas nécessaire que le titulaire de la marque fabrique de nouveaux produits. La seule activité de vente suffit (GILLIÉRON, op. cit., p. 107) ; la vente sur le marché de l'occasion et de collection constitue déjà un usage valable de la marque

(sic! 1998 586 consid. 1.4 *Bugatti*).

Le degré de "sériosité" est relatif et dépend du type de produits ou de services concernés. Pour déterminer objectivement le sérieux de l'usage, il faut se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas particulier, soit les produits ou les services concernés, le chiffre d'affaire usuel, ainsi que l'étendue et la durée de l'usage (MEIER, op. cit., p. 50 ss). Alors qu'un usage occasionnel suffit lorsqu'il s'agit de produits rares et précieux, un usage régulier doit être exigé pour les produits de consommation courante (GILLIÉRON, op. cit., p. 107 et les réf. à sic! 2004 106 consid. 7 *Seiko Rivoli* et sic! 2004 38 consid. 5 *Bosca*).

5.
L'opposant ne doit pas démontrer l'usage de sa marque en Suisse ; il doit le rendre vraisemblable (art. 32 LPM). Le juge doit non seulement considérer l'usage comme possible mais également comme probable en se basant sur une appréciation objective des preuves (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 4 et les réf. *Exit*). Il ne doit pas être persuadé du fait que la marque est utilisée ; il suffit que la véracité des faits allégués soit plus élevée que celle de leur inexactitude (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7439/2006 du 6 juillet 2007 consid. 4.2.1 *Kinder* ; LUCAS DAVID, in : Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Bâle 1999, MSchG art. 12 n. marg. 16 ; GILLIÉRON, op. cit., p. 104).

Les moyens de preuve admissibles pour rendre vraisemblable l'usage d'une marque peuvent consister en des pièces justificatives (factures, bulletins de livraison) et des documents (exemples d'étiquette, échantillons, emballages, catalogues, prospectus). Les témoignages ne sont admis que lors de la procédure de recours (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 4 *Exit*). Les preuves d'usage doivent se rapporter à la période de contrôle qui précède l'invocation du défaut d'usage ; elles doivent par conséquent être datées. Les preuves non-datées sont toutefois admissibles lorsqu'elles peuvent être mises en relation avec d'autres preuves datées (ibidem).

6.
La recourante soutient que les preuves déposées par l'intimée ne permettent pas de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante en Suisse. Les catalogues et les extraits du magasin en ligne ne prouveraient pas un tel usage durant la période de contrôle. Il en irait de même pour les photos non-datées de la boutique Z._____ de Genève. Quant aux factures adressées à différents commerces en Suisse, elles démontreraient une activité marchande d'un produit "NO NAME" et non l'usage de la marque opposante.

Pour sa part, l'intimée défend, en substance, que l'ensemble des pièces qu'elle a déposées dans le cadre de la procédure d'opposition permet de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante en Suisse.

Dans la décision querellée, l'IPI a considéré que les preuves versées au dossier par l'intimée permettent de conclure au bien-fondé d'un usage suffisamment réel et sérieux de la marque opposante en Suisse en relation avec des chaussures.

6.1 L'intimée a remis, dans le cadre de la procédure de première instance, les preuves suivantes : neuf catalogues de chaussures (pièce A, fascicules numérotés de 1 à 9), 26 factures (pièce B) adressées aux boutiques E._____, à Morges, K._____ H._____, à Genève, P._____, à Lausanne, Ko._____ AG, à Zurich, et Z._____, à Genève, sept photographies de la boutique Z._____ (pièce C) et neuf extraits du magasin en ligne "noname-eshop.fr" (pièce D). Il convient donc d'examiner si ces preuves permettent de rendre vraisemblable un usage réel et sérieux de la marque opposante sur le territoire suisse en relation avec les produits de la classe 25.

6.2 Les photographies (pièce C), deux catalogues (pièce B, fascicules n° 2 et 3) et les extraits du magasin en ligne (pièce D), tous non-datés, ne peuvent être retenus comme preuves d'usage de la marque opposante (dans le même sens pour des preuves non-datées en rapport, comme en l'espèce pour les catalogues et les extraits dudit site Internet, avec l'étranger : sic! 2003 913 consid. 5 *Cirrus*).

De surcroît, la doctrine considère qu'un site Internet ne constitue pas une preuve suffisante propre à démontrer le caractère sérieux de

l'usage ; encore faut-il que le site soit consulté par des consommateurs et que des achats aient été effectués par ceux-ci (MEIER, op. cit., p. 55). En l'occurrence, l'intimée n'a pas apporté la moindre preuve que le magasin en ligne de son site Internet (pièce D), hébergé en France (".fr"), a été consulté par des consommateurs suisses (voir sic! 2004 868 consid. 5 et 7 *Globex* et la critique de la décision in : GILLIÉRON, op. cit., p. 108). Elle ne démontre pas non plus que des achats ont été effectués à partir de la Suisse sur ce site. Par ailleurs, il ressort de l'art. 5 des conditions générales de ventes figurant sur le site Internet de l'intimée (document non versé au dossier par l'intimée) qu'un consommateur suisse ne peut pas passer de commande par l'intermédiaire du site, car l'intimée ne livre pas sur le territoire helvétique. C'est dire que les neufs extraits dudit site Internet ne permettent pas de démontrer l'usage de la marque opposante en Suisse.

6.3 S'agissant des catalogues été 2002 (pièce A, fascicule n° 9), hiver 2002 (pièce A, fascicule n° 6), été 2004 (pièce A, fascicule n° 7), hiver 2004/05 (pièce A, fascicule n° 8), été 2005 (pièces A, fascicule n° 5), été 2006 (pièce A, fascicule n° 1) et hiver 2006 (pièce A, fascicule n° 4), il y a lieu de constater que l'expression "NO NAME" figure sur chaque couverture. Le contenu de ces documents montre des chaussures sur lesquelles est représenté, sous différentes formes, un signe contenant ladite expression. Au dos de chaque catalogue sont inscrites les coordonnées de l'intimée, soit "(coordonnées en France)". Rien n'indique toutefois que ces catalogues ont été diffusés sur le territoire suisse. Ces documents ne permettent donc pas de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante en Suisse (voir dans le même sens sic! 2004 868 consid. 4 *Globex*).

6.4 Parmi les 26 factures émises par l'intimée et adressées à cinq boutiques sises à Lausanne, Genève, Morges et Zurich (pièce B), deux d'entre elles (factures nos H06 498493 du 26 avril 2006 et H06 500883 du 15 juin 2006 adressées à la boutique Z._____ de Genève) ne peuvent être retenues à titre de preuve d'usage dans la mesure où elles ont été émises postérieurement à la période de contrôle (21 avril 2001 au 21 avril 2006).

6.4.1 Sur chacune des 24 autres factures émises entre le 12 mars 2002 et le 12 avril 2006, figure, sous une ligne comprenant le numéro

de client, la date d'expédition, le numéro d'expédition et le nom du transporteur, un tableau divisé en six colonnes intitulées "Référence article", "Poitures – Tailles", "Quant.", "P. U.", "Montant HT" et "TVA". Ces indications permettent de conclure que les produits facturés font partie de la classe 25, étant entendu qu'il est usuel de mentionner une taille ou une pointure en relation avec un produit de l'habillement. La colonne "Référence article" énumère les produits vendus par l'intimée. Avant cette énumération figure l'expression "COLLECTION: NO NAME". Il est donc probant que les produits énumérés font partie de la collection "no name". Ces 24 factures rendent par conséquent vraisemblable l'usage de la marque opposante en Suisse en relation avec des produits de la classe 25. Reste toutefois encore à examiner si l'intimée a démontré une activité minimum sur le marché durant une période prolongée.

6.4.2 L'analyse des 24 factures prémentionnées permet également de constater que 886 paires de chaussures "NO NAME (fig.)" ont été vendues de manière régulière en Suisse entre le 12 mars 2002 et le 12 avril 2006, soit durant une période de 49 mois, pour un montant total de EUR (...), soit CHF (...) (EUR 1.- = CHF 1.60). Il ressort de ce qui précède que le titulaire de la marque opposante a rendu vraisemblable l'existence d'une activité commerciale minimale sur le marché durant la période de contrôle. En effet, ni le chiffre d'affaire ni la réalisation de ventes habituelles ne sont en tant que tels déterminants (sic! 2001 426 consid. 3.2 *Heidi*). En l'occurrence, on ne peut cependant guère nier qu'il y a usage de la marque à des fins de vente et que cette activité a été régulière. Dès lors, force est d'admettre qu'il est vraisemblable que la marque opposante a été sérieusement utilisée en Suisse durant la période incriminée.

7.
Reste à examiner si l'usage de la marque opposante dans sa forme actuelle ne diverge pas essentiellement de la marque enregistrée (art. 11 al. 2 LPM).

En principe, la marque doit être utilisée sous la forme inscrite au registre (Message du Conseil fédéral du 21 novembre 1990 concernant une loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance [FF 1991 I 1], p. 24 ; GILLIÉRON, op. cit., p. 109). Le caractère dynamique du marché et son évolution exigent toutefois que le titulaire d'une marque adapte cette dernière (MEIER,

op. cit., p. 60). C'est la raison pour laquelle l'art. 11 al. 2 LPM précise que l'usage d'une forme de la marque ne doit pas diverger *essentiellement* (en allemand : wesentlich ; en italien : in maniera essenziale) de la marque enregistrée (voir également dans le même sens : art. 5 let. A al. 2 de la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 [RS 0.232.04]).

Selon la doctrine et la jurisprudence, il faut examiner si le caractère distinctif de la marque est affecté dans son identité pour apprécier l'importance des modifications apportées à la marque enregistrée. Les divergences ne sont pas essentielles lorsque le public assimile la marque utilisée à la marque enregistrée, bien qu'il puisse percevoir de minimes différences (ATF 130 III 267 consid. 2.4 *Tripp Trapp*, ATF 99 II 104 consid. 7 *Silva* ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4536/2007 du 27 novembre 2007 consid. 3.3 *Salamander*, arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 5 *Exit* ; MEIER, op. cit., p. 63 ; DAVID, op. cit., art. 11 n. marg. 14 ; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III, Kennzeichenrecht, Bâle 1996, Markenrecht, p. 176 ; WILLI, op. cit., art. 11 n. marg. 51 ; GILLIÉRON, op. cit., p. 109). Ainsi, l'omission d'éléments secondaires ou la modernisation de l'écriture ne sont pas assimilées à des modifications substantielles (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7439/2006 du 6 juillet 2007 consid. 4.1 *Kinder* ; sic! 2004 106 consid. 5 *Seiko Rivoli* ; DAVID, op. cit., art. 11 n. marg. 14).

S'agissant des marques composées d'éléments verbaux et figuratifs, le Tribunal fédéral a jugé qu'on ne pouvait pas ériger en principe général que le droit à la marque sur un signe combiné serait validé lorsque le titulaire en utilise uniquement l'élément verbal distinctif ; les circonstances du cas concret sont toujours déterminantes (ATF 130 III 267 consid. 2.4 *Tripp Trapp*). Lorsque le mot constitue l'élément essentiel de la marque, la suppression ou la modification de l'élément graphique ne porte pas atteinte au caractère distinctif de celle-ci ; l'inverse vaut dans l'hypothèse où la représentation graphique est l'élément prégnant de la marque. Si les deux éléments sont essentiels pour l'impression d'ensemble de la marque, ils doivent apparaître ensemble sur le marché (MEIER, op. cit., p. 72 s. et les réf.).

7.1 Dans sa forme enregistrée, la marque opposante est combinée d'un élément verbal et d'une représentation graphique.

L'élément figuratif est représenté par un rectangle noir au centre duquel est inscrit l'élément verbal "NO NAME". Les lettres formant cette expression sont des majuscules juxtaposées les unes à côté des autres de gauche à droite. La typographie utilisée n'est pas fantaisiste. Le mot "no" est écrit en blanc et le mot "name" en noir à liseré blanc.

Lors de l'examen de l'usage d'une marque, il convient de déterminer l'élément essentiel à l'identité de cette dernière. Par conséquent, point n'est besoin d'établir la force distinctive de chaque élément composant la marque en cause pour en dégager le champ de protection. Le signe est au contraire considéré en tant que marque et donc comme distinctif de produits ou de services (cf. art. 1 al. 1 LPM). Dès lors, une marque combinée d'un élément graphique et d'un élément verbal doit nécessairement être caractérisée par au moins l'un d'eux. Au vu de l'élément graphique composant la marque opposante, force est d'admettre que le consommateur moyen visé par les produits de la classe 25 (vêtements, chaussures, chapellerie) le percevra comme étant banal ; cet élément n'est donc pas essentiel à l'impression d'ensemble de la marque opposante. En revanche, l'expression "no name" est prégnante et confère à la marque opposante son caractère distinctif. Au demeurant, s'il est vrai que le consommateur moyen alémanique peut comprendre l'expression "no name" dans le sens "sans marque", il n'est pas certain, comme nous le verrons ci-après (cf. consid. 10.2), qu'elle soit perçue comme descriptive, contrairement à ce que prétend la recourante. C'est dire que l'identité de la marque opposante est caractérisée par son élément verbal "no name".

7.2 La marque opposante a été enregistrée le 10 août 1992 pour des produits de l'habillement. Le marché de la mode étant particulièrement dynamique et sensible à l'évolution des styles, les titulaires des marques doivent pouvoir adapter leur signe aux nouvelles données de ce marché, en particulier lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, d'une marque enregistrée depuis plus de 15 ans.

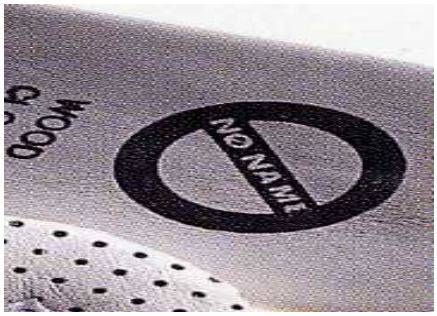
Il ressort des preuves d'usage remises par l'intimée, en particulier des catalogues versés au dossier (pièce A, fascicules 1 à 9), que la

marque opposante a été utilisée, durant la période de contrôle, dans des formes divergeant de la marque enregistrée qui peuvent être regroupées en trois catégories.

7.2.1 Les représentations classées dans la catégorie 1 sont les suivantes :



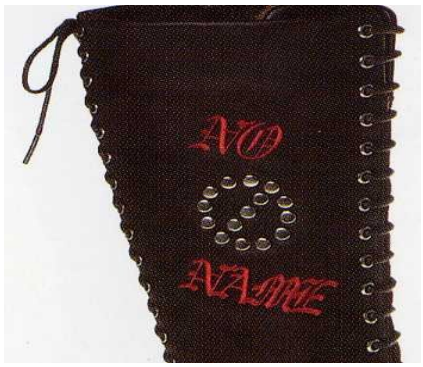
(fig. 1)



(fig. 2)



(fig. 3)



(fig. 5)



(fig. 7)



(fig. 9)



(fig. 11)



(fig. 12)



(fig. 13)



(fig. 14)



(fig. 15)



(fig. 16)

Ces signes sont constitués d'un élément graphique et de l'élément verbal "no name". L'élément graphique se caractérise par des lettres majuscules (p. ex. : fig. 2) ou minuscules (p. ex. : fig. 1), par une typographie ordinaire (p. ex. : fig. 9), japonaise (fig. 3) ou gothique (fig. 5) et, parfois, par le remplacement de la lettre "o" par le symbole "Ø" (p. ex. : fig. 7) ou par un coeur (fig. 1). Dans quelques cas, l'élément verbal est combiné avec le symbole "Ø" (p. ex. : fig. 2) et/ou disposé d'une manière particulière : inscription verticale (fig. 3) ou de droite à gauche (fig. 12 et fig. 14), "no name" écrit sur (fig. 7) ou autour du symbole "Ø" (fig. 5).

Dans chacune de ces représentations, l'élément verbal ne subit aucune dilution ; il demeure ainsi distinguable et garde son caractère

prégnant, quand bien même l'élément graphique diverge de celui qui est enregistré. C'est dire que le consommateur moyen y verra toujours la marque opposante et non une marque différente.

7.2.2 Les signes opposants classés dans la deuxième catégorie



(fig. 4)

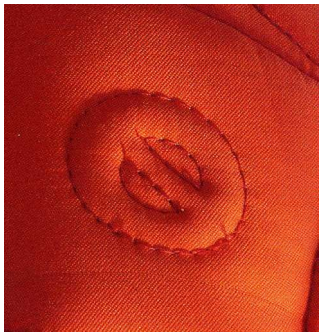


(fig. 10)

sont combinés d'un élément verbal et d'une représentation graphique. A la différence des signes classés dans la première catégorie, l'élément verbal n'est composé que du mot "NO". Enfin, les signes de la troisième catégorie



(fig. 6)



(fig. 8)

sont des représentations graphiques du symbole "Ø". L'élément prégnant de la marque opposante, soit l'expression "NO NAME", fait donc défaut. Force est dès lors d'admettre que les signes de ces deux catégories diffèrent essentiellement de la marque enregistrée (voir notamment dans le même sens pour la deuxième catégorie : sic! 2004 106 consid. 5 *Seiko Rivoli*).

7.3 Il ressort de ce qui précède et de l'ensemble des preuves d'usage versées au dossier que, dans une large mesure, la marque

opposante a été utilisée dans des formes ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée.

Le recours est donc mal fondé sur ce point.

8.

A teneur de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, sont en outre exclus de la protection les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion. Selon le Tribunal fédéral (ATF 131 III 572 consid. 3 *Atlantis*), "la notion de danger de confusion est identique dans l'ensemble du droit des biens immatériels. Le risque de confusion signifie qu'un signe distinctif (...) est mis en danger par des signes identiques ou semblables dans sa fonction d'individualisation de personnes ou d'objets déterminés." Il existe un risque de confusion lorsque la fonction distinctive de la marque antérieure est atteinte, à savoir lorsqu'il est à craindre que les acheteurs soient induits en erreur sur l'origine du produit ou qu'ils soient à tort amenés à supposer l'existence d'une relation entre les marques (ATF 127 III 160 consid. 2a *Securitas*, ATF 122 III 382 consid. 1 *Kamillosan*, ATF 126 III 315 consid. 6 *Rivella* ; CHERPILLOD, op. cit., p. 108 s.). Selon la doctrine et la jurisprudence, la différence entre deux signes devra être d'autant plus importante que les produits sont similaires et vice-versa (ATF 122 III 387 ; KAMEN TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2e éd., Bâle 2006, p. 83).

En l'espèce, les preuves versées au dossier ne permettent d'admettre un usage de la marque opposante qu'en relation avec des chaussures. Selon la jurisprudence, la marque opposante se révélerait donc protégée uniquement pour ce type de produits (sic! 2003 913 consid. 6 *Cirrus*, sic! 2001 646 consid. 3 *Isover*). Toutefois, il est admis que les articles d'habillement et les chaussures sont similaires (sic! 2001 649 consid. 3 *Woodstone*), de sorte que la limitation de l'usage de la marque opposante ne porte pas à conséquence dans le cas d'espèce. L'instance inférieure a donc constaté avec raison que les produits pour lesquels la marque attaquée revendiquait la protection étaient similaires et partiellement identiques aux chaussures de la marque opposante. Ce point n'est au demeurant pas contesté par les parties.

9.
L'appréciation du risque de confusion se fait sur la base des marques telles qu'elles sont inscrites au registre (sic! 2004 927 consid. 6 *Ecofin*).

9.1 Pour apprécier l'existence d'un risque de confusion, il faut se fonder sur le souvenir laissé par la marque chez les ultimes acquéreurs des produits ou des services (CHERPILLOD, op. cit., p. 110). Est déterminante l'impression d'ensemble laissée par les marques dans le souvenir du consommateur cible (ATF 127 III 160 consid. 2b/cc *Securitas*). S'agissant des marques combinées d'éléments verbaux et figuratifs, comme en l'espèce, l'impression d'ensemble est principalement déterminée par l'élément verbal, dans la mesure où le consommateur moyen se souvient avant tout des mots (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7438/2006 du 10 mai 2007 consid. 4 publié in sic! 2007 749 *Cellini*). Néanmoins, l'élément figuratif sera prépondérant s'il a une fonction dominante (TROLLER, op. cit., p. 93). Les éléments graphiques d'une marque verbale et figurative ne sont pas en mesure d'écarter le risque de confusion résultant des éléments verbaux lorsqu'ils ne constituent qu'une conversion graphique de l'élément verbal caractéristique (sic! 2003 815 consid. 10 *Red Bull*). 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 127 III 160 consid. 2b/cc et réf. *Securitas*).

9.2 Le périmètre de protection d'une marque dépend de sa force distinctive. Pour les marques faibles, le périmètre est plus restreint que pour les fortes. Pour les marques faibles, des différences plus modestes suffiront donc à créer une distinction suffisante. Sont faibles en particulier les marques dont les éléments essentiels dérivent des notions descriptives utilisées dans le langage courant. Sont fortes au contraire les marques qui sont imaginatives ou qui ont acquis une notoriété dans le commerce (ATF 122 III 382 consid. 2a *Kamillosan* ; DAVID, op. cit., art. 3 n. marg. 13 ; MARBACH, op. cit., p. 113). Les marques qui appartiennent au domaine public ne bénéficient d'aucune protection, sauf si elles se sont imposées dans le commerce pour les produits ou les services concernés (art. 2 let. a

LPM). Par conséquent, un risque de confusion ne peut être constaté si le seul élément commun entre les marques à comparer présente un caractère descriptif et doit donc être considéré comme faisant partie du domaine public (DAVID, op. cit., art. 3 n. marg. 29 ; MARBACH, op. cit., p. 114). Lorsqu'une marque reprend uniquement les éléments banaux d'une autre marque, soit des éléments qui n'ont pas de force distinctive, il faut certes en tenir compte dans l'appréciation du risque de confusion. Toutefois, il faut donner un poids prépondérant aux éléments prégnants de la marque (MARBACH, op. cit., p. 116 ; WILLI, op. cit., art. 3 n. marg. 133 ; sic! 1999 276 consid. 4 *Natural White*).

10.
En l'espèce, les marques opposées sont, d'une part, "NO NAME (fig.)" (marque opposante) et, d'autre part, "NO NAME (fig.)" (marque attaquée). Elles sont toutes deux enregistrées pour des produits similaires et partiellement identiques appartenant au secteur de l'habillement.

Il convient donc d'examiner, dans un premier temps, le champ de protection de la marque opposante.

10.1 Comme relevé ci-dessus, la marque opposante est, dans son ensemble, un signe combiné d'un élément verbal essentiel et d'un élément graphique secondaire (cf. consid. 7.1). En ce qui concerne l'élément graphique, force est d'admettre qu'il est, au vu de ces caractéristiques, faiblement distinctif. Bien que l'expression "no name" soit prégnante, il convient encore de déterminer sa force distinctive afin d'établir la sphère de protection de ladite marque.

10.2 Le mot "no" signifie, en allemand, "nein", "nicht", "um nichts", "kein" ou "alles andere als" (Langenscheidt, Handwörterbuch Englisch, Berlin 2005, p. 398). Quant au terme "name", il a, en tant que verbe, les acceptions suivantes : "nennen", "erwähnen", "anführen" "nominieren", "vorschlagen" (ibidem, p. 391). En qualité de nom, "name" signifie "Name", "Bezeichnung" ou "Benennung" (ibidem, p. 391). Selon les dictionnaires Wahrig et Duden, l'expression anglaise "no name", qui se traduit "keine Name", est passée dans la langue allemande sous la forme "No-name-Produkt" ou "No-Name-Produkt" et signifie un produit commercialisé sans marque (Produkt, das im Handel ohne Markenzeichen vertrieben wird [Wahrig, Deutsches Wörterbuch, 6e éd., p. 913 ;

Duden, Das Fremdwörterbuch, 1982, p. 527] ; voir également pour la traduction de "No-name-Produkt" de l'allemand au français : Langenscheidt, Handwörterburch Französisch, Berlin 2006, p. 1193). De plus, il ressort des pièces versées au dossier par la recourante (cf. extraits de forums de discussion www.hitparade.ch et www.lernen-mit-spass.ch [pièces nos 10 et 11 du bordereau de la recourante du 7 mars 2007] ; article du Blick du 14 novembre 2006 [www.blick.ch ; pièce n° 6 du bordereau de la recourante du 5 janvier 2007]) que le consommateur suisse alémanique utilise l'expression "no-name" pour désigner un tel produit.

En français, le mot anglais "no" signifie "pas de", "aucun", "ne ... pas", "ne ... plus" ou "non" (Harrap's shorter, Dictionnaire anglais / français français / anglais, Edimbourg 1996, p. 620). "Name" exprime l'action de "nommer", de "donner un nom", de "baptiser", de "désigner" ou de "révéler le nom de quelqu'un ou de quelque chose" (ibidem, p. 608). En tant que nom, "name" signifie "nom", "devise", "raison sociale", "intitulé", "titre", "réputation" ou "renommée" (ibidem, p. 607). Dans un contexte économique et juridique, "name" a également le sens de "marque" (ibidem, p. 566 ; JEAN BALEYTE / ALEXANDRE KURGANSKY / CHRISTIAN LAROCHE / JACQUES SPINDLER, Dictionnaire économique et juridique Economic and legal Dictionary, 4e éd., Paris 1995, p. 513). Au contraire de la langue allemande, l'usage n'a pas consacré l'expression "no name" dans la langue française pour désigner le fait qu'un produit est commercialisé sans marque. Le produit générique ou le produit libre sont les expressions usuelles (Le Nouveau Robert de la Langue Française 2007, Paris 2007, p. 1143 et 1542).

En italien, le mot "no" signifie "no", "nessuno" ou "non" (Dictionnaire anglais-italien en ligne, www.wordreference.com). Quant au terme "name", il a les acceptions suivantes : "chiamarsi", "nome", "cognome", "chiamare", "nominare", "citare" ou "indicare" (ibidem). A l'instar de la langue française, l'expression "no name" n'a pas été reprise dans la langue usuelle italienne.

Il appert de ce qui précède que, si l'expression "no name" a été reprise dans la langue allemande pour désigner un produit commercialisé sans marque, cela ne semble pas être le cas tant dans la langue française que dans la langue italienne. De plus, pour qu'une marque soit descriptive d'un produit ou d'un service, il faut

qu'elle contienne des références sur sa qualité, sa provenance géographique ou sur son fonctionnement (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7403/2006 du 16 août 2007 consid. 3 ss *Engineered for men* ; sic! 2005 649 consid. 2, 3 et 5 *Globalpost*, sic! 2005 19 consid. 3 *Natura Güggeli*, sic! 2003 134 consid. 2 *Cool Action* ; ATF 128 III 454 consid. 2.1 *Yukon*). In casu, les produits pour lesquels la protection du signe est revendiquée sont des vêtements et chaussures (classe 25). Or, on peut douter que l'expression "no name" soit descriptive pour ces produits. Dans son recours, B._____ AG prétend pour sa part que cette expression désigne un produit bon marché et de moindre qualité. Cette allégation est discutable, dans la mesure où elle pourrait, par ironie, désigner au contraire un produit de luxe. De fait, cette expression n'est pas univoque et son rapport avec les produits litigieux n'est pas à ce point immédiat que le consommateur moyen y verra nécessairement un produit bon marché de la classe 25. Avec raison, l'autorité inférieure soutient que le consommateur moyen retiendra de l'expression litigieuse avant tout son contenu fantaisiste et non pas un éventuel terme générique censé indiquer une absence de marque. De surcroît, il ressort des preuves d'usage versées au dossier par l'intimée que ce signe est utilisé comme marque, puisqu'il figure sur des chaussures aux endroits où, d'ordinaire, un fabriquant de tels produits appose son signe distinctif.

Il ressort de ce qui précède que, faute d'être descriptive, la marque opposante jouit d'une sphère de protection normale.

10.3 La marque attaquée est elle aussi combinée d'un élément verbal et d'un élément figuratif. L'élément figuratif est représenté par un rectangle noir au sein duquel est inscrit en majuscule blanche et en gras l'élément verbal "NO NAME". Le mot "NO" est disposé verticalement et peut ainsi être également lu "OZ" ; le mot "NAME" est juxtaposé au "N" de "NO" et est écrit en plus petit caractère.

Force est donc de constater que la marque attaquée reprend l'essentiel des éléments de la marque opposante et, en particulier, son élément distinctif prépondérant. Attendu que les marques opposées sont enregistrées pour des produits similaires et identiques, de grande consommation et destinés à des consommateurs moyens et non à des spécialistes, il n'y a pas lieu d'attendre du public cible une attention particulière lors de l'achat

(voir CHERPILLOD, op. cit., p. 110 et les réf.). Aussi, les différences graphiques que présentent les marques opposées seront peu perceptibles par ledit consommateur. Les deux marques opposées étant fortement similaires, on ne peut, de surcroît, exclure que la marque attaquée soit perçue comme une variante de la marque opposante (cf. mutatis mutandis consid. 7.2.1). En conséquence, la marque attaquée porte atteinte à la fonction distinctive de la marque opposante ; il en résulte ainsi un incontestable risque de confusion.

11.
Il résulte de tout ce qui précède que le recours interjeté par B._____ AG, mal fondé, doit être rejeté et la décision de l'IPI confirmée.

11.1 Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et 1 al. 1 du Règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [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 1ère phrase et 4 FITAF).

Dans les procédures de recours en matière d'opposition, il y a lieu d'évaluer l'intérêt de l'opposant à la radiation de la marque, respectivement l'intérêt du défendeur au maintien de la marque attaquée. Toutefois, le fait d'exiger dans chaque cas les preuves concrètes de ces dépenses irait trop loin et pourrait avoir un effet dissuasif par rapport aux frais relativement peu élevés de la procédure de première instance. Faute d'autres pièces pertinentes quant à la valeur litigieuse, l'ampleur du litige doit être fixée selon les valeurs empiriques, soit entre CHF 50'000.- et CHF 100'000.- (voir en ce sens : arrêt du Tribunal fédéral 4A_116/2007 du 27 juin 2007 consid. 3.3 et les références doctrinales citées).

Au regard de ce qui précède, les frais de procédure doivent être fixés à CHF 4'000.- pour le fond et mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ils seront imputés sur l'avance de frais de CHF 4'500.- versée le 15 mai 2007 par cette dernière. Le solde de CHF 500.- lui est restitué.

L'intimée avait conclu à ce que la recourante traduise en français son mémoire de recours ; cette conclusion a été rejetée dans la décision incidente du 30 mai 2007. Dans ces circonstances, les frais relatifs à cette dernière, fixés à CHF 250.-, sont mis à la charge de l'intimée.

11.2 L'intimée, ayant intégralement obtenu gain de cause, a droit à des dépens pour les frais causés par le recours de B._____ AG (art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF), lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF) ; le tarif horaire des avocats est de CHF 200.- au moins et de CHF 400.- au plus (art. 10 FITAF).

En tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, une indemnité de CHF 3'000.-, TVA comprise, est ainsi équitablement allouée à l'intimée à titre de dépens pour la procédure de recours et mise à la charge de la recourante.

12.
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.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 4'000.- pour la procédure au fond, sont mis à la charge de la recourante et imputés sur l'avance de frais de Fr. 4'500.- déjà versée. Le solde de Fr. 500.- est restitué à cette dernière.

3.
Les frais de procédure relatifs à la décision incidente du 30 mai 2007, d'un montant de Fr. 250.-, sont mis à la charge de l'intimée. Cette dernière est invitée à verser cette somme dans les 30 jours au moyen du bulletin de versement joint en annexe.

4.
Des dépens d'un montant de Fr. 3'000.- (TVA comprise) sont alloués à l'intimée et mis à la charge de la recourante.

5.
Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Recommandé ; annexe : dossier en retour)
- à l'intimée (Recommandé , annexes : dossier en retour et 1 bulletin de versement)
- à l'autorité inférieure (Recommandé ; annexe : dossier en retour)

Le président de cour : Le greffier :

Bernard Maitre Olivier Veluz

Expédition : 20 février 2008