Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-5120/2011

Arrêt du 17 août 2012

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Marc Steiner, Hans Urech, juges,
Ivan Jabbour, greffier.

Parties

CAVE FIN BEC SA,
représentée par Maître Guillaume Grand,
étude De Riedmatten, Loretan, Zen Ruffinen, Grand,
recourante,

contre

Antonio **Pinho,**
représenté par Maître Michel de Palma, étude De Palma & Fontana,
intimé,

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

Objet

Procédure d'opposition n° 11203 CH 591'249 BEC DE FIN BEC (fig.) / CH 599'072 FIN BEC (fig.).

Faits :

A.

La marque suisse n° 599'072 "FIN BEC" (fig.) (ci-après : marque attaquée), déposée le 1er février 2010 par Antonio Pinho (ci-après : le défendeur ou l'intimé), a été publiée le 6 avril 2010 sur Swissreg. Elle est enregistrée pour les produits *Vins, spiritueux et liqueurs de provenance valaisanne* en classe 33 de la Classification de Nice et se présente comme suit :



B.

Par requête du 6 juillet 2010, Cave Fin Bec SA (ci-après : l'opposante ou la recourante) a formé opposition contre cet enregistrement auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (ci-après : l'autorité inférieure) en en requérant la révocation totale. Elle a estimé que la marque attaquée était identique à plusieurs marques dont elle est la titulaire et qu'elle était déposée pour des produits identiques ; pour le cas où l'IPI ne devait pas conclure à l'existence d'une telle identité, elle a fait valoir qu'il existait quand même un risque de confusion du fait que les mots "bec" et "fin" figurant dans ses marques se retrouvaient dans la marque attaquée, de sorte que les consommateurs pourraient être amenés à considérer celle-ci comme lui appartenant également. Elle a ajouté que les produits concernés par le litige étaient des produits de consommation courante dont les destinataires faisaient preuve d'un degré d'attention moindre par rapport aux cercles de spécialistes, raison pour laquelle ils étaient plus enclins à confondre les marques en question.

C.
Par courrier du 16 juillet 2010, l'autorité inférieure a indiqué à l'opposante qu'elle n'avait payé qu'une seule taxe d'opposition dans le délai, de sorte qu'elle se devait de désigner une seule marque sur laquelle se fonderait l'opposition. Le 23 juillet 2010, l'opposante a informé l'autorité inférieure qu'elle fondait l'opposition sur la marque suisse n° 591'249 "BEC DE FIN BEC" (fig.) (ci-après : marque opposante) déposée le 3 mars 2009 et enregistrée pour *Alkoholische Getränke (ausgenommen Biere)* en classe 33. Elle se présente comme suit :

BEC DE FIN BEC

L'opposante a ajouté que la marque attaquée reprenait les mêmes termes et le même graphisme que la marque opposante.

D.
Invité à se prononcer sur l'opposition, le défendeur en a conclu au rejet dans sa réponse du 10 décembre 2010. Estimant que les marques litigeuses se distinguaient clairement sur la plan graphique, il a déclaré qu'il n'existait pas de risque de confusion entre elles.

E.
Par décision du 28 juillet 2011, l'autorité inférieure a rejeté l'opposition. Bien que concluant à l'identité des produits et à la similarité des marques, elle a exclu l'existence d'un risque de confusion, considérant que la combinaison "fin bec" constituait une expression consacrée et usuelle désignant un gourmet, qu'elle était descriptive des destinataires des produits revendiqués, constituait un renvoi général de qualité dans ce domaine et, par conséquent, qu'elle n'était que faiblement distinctive ; l'autorité inférieure a indiqué que, sauf circonstances particulières qui n'étaient pas remplies en l'espèce, le champ de protection de la marque opposante ne pouvait pas s'étendre à l'élément appartenant au domaine public ; pour le reste, elle a estimé que l'impression d'ensemble se dégageant des deux signes était suffisamment distincte.

F.
Par mémoire du 14 septembre 2011, la recourante a déposé recours contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de frais et dépens, à l'annulation de la décision entreprise et à la révocation totale de la marque attaquée. A l'appui de ses conclusions,

elle déclare que les deux marques concordent sur l'élément "fin bec", qui y figure dans la même police d'écriture. Selon elle, l'élément graphique de la marque attaquée ne permet pas d'occulter cette correspondance. Elle ajoute que les produits revendiqués par les marques sont des biens de consommation courante dont les destinataires n'accordent qu'un degré d'attention peu élevé lors de l'achat, ce qui tend à accroître le risque de confusion. La recourante affirme en outre que l'élément figuratif de la marque attaquée reprend celui d'une marque radiée qui lui appartenait, de sorte à renforcer le risque de confusion. Elle estime que les conditions permettant d'étendre le champ de protection de la marque opposante à la combinaison "fin bec", même si cet élément relève du domaine public en relation avec les produits revendiqués, sont remplies en l'occurrence : d'une part, le terme "fin bec" figure comme élément principal dans une série de marques dont elle est la titulaire, a fait l'objet d'une publicité intensive et lui est associé depuis longtemps par les consommateurs ; d'autre part, la marque opposante est utilisée depuis plus de deux ans dans le canton du Valais et a elle-même acquis dans son ensemble, l'élément "fin bec" y compris, une notoriété élevée suppléant à sa faiblesse originelle et la faisant bénéficier d'un champ de protection élargi. La recourante reproche à l'autorité inférieure de n'avoir pas tenu compte de ces circonstances dans l'analyse du risque de confusion.

G.
Invité à se déterminer sur le recours, l'intimé en a proposé le rejet, sous suite de frais et dépens, dans sa réponse du 14 décembre 2011. A l'appui de ses conclusions, il estime que le terme "fin bec" appartient au domaine public, ajoutant que nombre de commerces l'utilisent, et conteste la notoriété dont se prévaut la recourante. Partant, ledit terme ne peut participer selon lui au champ de protection de la marque opposante.

H.
Egalement invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 28 novembre 2011 en renonçant à présenter des observations et en renvoyant à la motivation de sa décision.

I.
Par écritures du 20 juillet 2012, l'intimé a informé le Tribunal de céans que la recourante avait saisi le Tribunal cantonal du canton du Valais d'une requête de mesures superprovisionnelles et provisionnelles à son encontre notamment pour violation de son droit à la marque. L'intimé a demandé que l'affaire pendante devant le Tribunal de céans soit tranchée

dans les meilleurs délais ; par courrier subséquent du 25 juillet 2012, la recourante a elle aussi souhaité qu'une décision soit prise rapidement.

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

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. e de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Les autres conditions de recevabilité sont respectées (art. 11, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA).

Le recours est ainsi recevable.

2.
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 [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 ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion. Ce risque existe lorsqu'un signe plus récent porte atteinte à la fonction distinctive d'une marque antérieure (cf. ATF 128 III 441 consid. 3.1 *Appenzeller*), qui est de distinguer un produit ou un service particulier d'offres identiques ou similaires, de manière à ce qu'une individualisation de ces produits et services et même de leur provenance commerciale soit rendue possible (cf. ATF 119 II 473 consid. 2c *Radion*). Il y a atteinte à cette fonction distinctive non seulement lorsqu'il faut craindre que les milieux intéressés soient induits en erreur par la ressemblance des signes et que les marchandises portant l'un ou l'autre signe soient associées au faux détenteur de la marque (risque de confusion direct), mais également 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 (risque de

confusion indirect) (cf. ATF 128 III 441 consid. 3.1 *Appenzeller*, ATF 122 III 382 consid. 1 *Kamillosan*).

L'examen du risque de confusion ne s'effectue pas en comparant abstraitement les signes, mais en prenant en considération toutes les circonstances du cas concret (cf. ATF 122 III 382 consid. 1 *Kamillosan*). Il convient de tenir compte de la similarité aussi bien des signes que des produits ou des services pour lesquels ils sont enregistrés. Ces deux éléments s'influencent réciproquement, en ce sens que les produits ou les services doivent d'autant plus se différencier que les signes sont similaires et vice versa (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-4260/2010 du 21 décembre 2011 consid. 5.1 *Bally/BALU [fig.]* ; LUCAS DAVID, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2ème éd., Bâle 1999, MSchG, n° 8 ad art. 3).

3.
Il s'agit dans un premier temps d'examiner si, du point de vue du cercle des destinataires concernés, les produits revendiqués de part et d'autre sont identiques ou similaires.

Des produits sont similaires lorsque les cercles des consommateurs concernés peuvent être amenés à penser, en présence de marques similaires, qu'ils proviennent de la même entreprise ou seraient, du moins, produits sous le contrôle du titulaire par des entreprises liées (cf. arrêt du TAF B-3268/2007 du 25 janvier 2008 consid. 3.1 *MBR/MR [fig.]*, arrêt du TAF B-644/2011 du 17 novembre 2011 consid. 3.1 *Dole (fig.)/Dole (fig.) ;* DAVID, op. cit., n° 35 ad art. 3) ; tel est notamment le cas lorsque lesdits produits relèvent du même segment de marché (EUGEN MARBACH, in : Roland von Büren/Lucas David [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III/1, Markenrecht, 2ème éd., Bâle 2009, n° 819 ss). Hormis les cas où le défaut d'usage a été invoqué avec succès, sont déterminants pour l'examen de l'identité ou de la similarité les produits et services figurant dans la liste de la marque antérieure (cf. arrêt du TAF B-317/2010 du 13 septembre 2010 consid. 5.2 *Lifetex/LIFETEA*, arrêt du TAF B-4260/2010 du 21 décembre 2011 consid. 6.2.1 *Bally/BALU [fig.]* ; MARBACH, op. cit., n° 1173).

En l'espèce, l'autorité inférieure a conclu à l'identité des produits, attendu que les produits revendiqués par la marque attaquée sont inclus dans ceux énumérés sous la forme d'indications générales ("Oberbegriffe") par

la marque opposante. Cette appréciation est bien fondée ; les parties ne la contestent d'ailleurs pas.

4.
Dans un deuxième temps, il sied d'examiner si les signes en présence sont similaires.

4.1 La similarité entre deux signes est déterminée par l'impression d'ensemble laissée au public (cf. ATF 128 III 441 consid. 3.1 *Appenzeller*). Dès lors que le consommateur, en général, ne perçoit pas les deux signes simultanément et que celui des deux en face duquel il se trouve s'oppose dans sa mémoire au souvenir plus ou moins effacé de l'autre perçu auparavant, il convient d'examiner les caractéristiques susceptibles de subsister dans sa mémoire imprécise (cf. ATF 121 III 377 consid. 2a *Boss* ; MARBACH, op. cit., n° 867). Cette impression d'ensemble sera principalement influencée par les éléments dominants d'une marque – il s'agit en général des éléments les plus distinctifs (cf. arrêt du TAF B-2380/2010 du 7 décembre 2011 consid. 7.1.1 *lawfinder/LexFind.ch [fig.]*). Cependant, les éléments d'une marque qui sont faibles ou qui appartiennent au domaine public ne doivent pas être purement et simplement exclus de l'examen de la similarité des signes. En effet, de tels éléments peuvent, eux aussi, influencer l'impression d'ensemble d'une marque (cf. arrêt du TAF B-38/2011 du 29 avril 2011 consid. 7.1.2 *IKB/ICB [fig.]*, *IKB/ICB* et *IKB/ICB BANKING GROUP*). Il convient dès lors de prendre en considération et de pondérer chacun des éléments selon son influence respective sur l'impression d'ensemble, sans cependant les dissocier et décomposer le signe (cf. arrêt du TAF B-7442/2006 du 18 mai 2007 consid. 4 *FEEL 'N LEARN/SEE 'N LEARN* ; MARBACH, op. cit., n° 866 ; GALLUS JOLLER, in: Michael Noth/Gregor Bühler/Florent Thouvenin [éd.], Markenschutzgesetz [MSchG], Berne 2009, n° 122 s. ad art. 3).

Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, on est en présence d'une collision entre des signes combinant des éléments verbaux et des éléments figuratifs, il n'existe pas de règles absolues permettant d'établir lequel l'emporte sur l'autre dans le cadre de l'impression d'ensemble ; il s'agit au contraire de déterminer dans chaque cas celui qui a le plus d'influence sur le signe concerné (MARBACH, op. cit., n° 930 et les réf. cit.). Ainsi, une similarité des éléments caractéristiques – verbaux ou graphiques – ne pourra être compensée par une dissemblance entre les composantes peu originales ; à l'inverse, lorsque la similarité ne porte que sur des éléments secondaires du point de vue de l'impression

d'ensemble, une claire différence entre les éléments caractéristiques respectifs sera apte à éviter une similarité des signes. En présence d'éléments caractéristiques tant verbaux que graphiques, une ressemblance au niveau de l'une de ces composantes peut suffire à fonder une similarité des signes (cf. MARBACH, op. cit., n° 931).

Pour déterminer si deux marques verbales – respectivement les éléments verbaux de deux marques – se ressemblent au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, il y a lieu de prendre en compte leur effet auditif, leur représentation graphique et leur contenu sémantique (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc *Securitas*, ATF 121 III 377 consid. 2b *Boss*). La similarité des marques doit en principe déjà être admise lorsque des similitudes se manifestent sur la base de l'un de ces trois critères (cf. MARBACH, op. cit., n° 875 ; DAVID, op. cit., n° 17 ad art. 3). La sonorité découle en particulier du nombre de syllabes, ainsi que de la cadence et de la succession des voyelles, tandis que l'image de la marque dépend de la longueur du mot 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 (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc *Securitas*, ATF 122 III 382 consid. 5a *Kamillosan*).

4.2 En l'espèce, la marque opposante est constituée de la phrase "BEC DE FIN BEC" figurant dans une police de caractères ne différant que peu d'une typographie usuelle et donc n'influençant que marginalement l'impression d'ensemble. Le mot "bec" désigne dans un sens premier la bouche des oiseaux, dans un usage figuratif et familier celle de l'homme ; l'expression "fin bec" ou "bec fin" est synonyme de "gourmet", une personne qui apprécie le raffinement en matière de boire et de manger (cf. Le Petit Robert de la langue française, éd. 2007). La marque attaquée se compose de la représentation d'une branche d'arbre ou d'arbuste sur laquelle sont posés quatre oiseaux ainsi que de l'élément verbal "fin bec" apparaissant dans une police de caractères banale au coin inférieur gauche du dessin. Il sied de constater que cette expression constitue la moitié – clairement perceptible – de la marque opposante et qu'elle se retrouve à l'identique et de manière lisible dans la marque attaquée, sans pour autant que la différence au niveau des éléments graphiques ne puisse occulter cette concordance.

Constatant cela, l'autorité inférieure a conclu à la similarité des signes ; cette appréciation est correcte au vu des critères exposés ci-dessus et n'est d'ailleurs pas contestée par les parties : la similarité des marques

devant en principe déjà être admise lorsque des similitudes se manifestent sur la base de l'un des critères visuel, phonétique ou sémantique, il y a lieu d'admettre que les marques en présence sont similaires au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM.

5.
Il convient ensuite dans un troisième temps d'examiner si, dans leur ensemble, les marques en présence risquent d'être confondues. Il s'agit à cet effet d'abord de déterminer l'attention dont font preuve les destinataires des produits ou des services pour lesquels les marques sont enregistrées et l'étendue du champ de protection de la marque opposante, avant d'examiner la question de l'existence ou non d'un risque de confusion.

5.1 A titre préalable, il sied de rappeler que l'opposition ne peut se fonder que sur des motifs relatifs d'exclusion au sens de l'art. 3 al. 1 LPM (cf. arrêt du TAF B-1700/2009 du 11 novembre 2009 consid. 2.1 et les réf. cit. *OSCILLOCOCCINUM/Anticoccinum*). Des éléments externes à ce conflit, tels le comportement prétendument déloyal d'une partie ou les droits issus d'autres marques, ne sont pas à prendre en considération (cf. MARBACH, op. cit., n° 1159 s.). Ainsi, les faits exposés par la recourante quant à ses relations conflictuelles avec l'intimé de même que la reprise par ce dernier du graphisme d'une ancienne marque qui lui appartenait, ne sont pas pertinents dans le cadre du présent litige.

5.2 S'agissant de l'attention des consommateurs, il faut prendre en considération toutes les circonstances, en particulier la capacité de perception des destinataires et leur comportement effectif lorsqu'ils sont mis en situation concrète de se procurer le produit ou le service sur un certain marché. S'il s'agit de produits de consommation courante, on se fondera sur la capacité de souvenir du consommateur moyen. Si l'on est en présence de produits ou de services pour lesquels il est d'usage de faire preuve d'une attention accrue lors de leur acquisition, on devra en tenir compte et admettre moins facilement l'existence d'un risque de confusion. Et si le public est composé de spécialistes dont on peut attendre une attention particulière lors de l'achat, on devra faire preuve de retenue avant d'admettre le risque de confusion (cf. arrêt du TAF B-6770/2007 du 9 juin 2008 consid. 7.2 *Nasacort/Vasocor* ; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, p. 110 ; MARBACH, op. cit., n° 995 ss).

En l'espèce, les marques opposées sont toutes deux enregistrées pour des boissons alcooliques, en particulier des vins, spiritueux et liqueurs ; s'agissant de produits de consommation courante, ils sont destinés au grand public. Il y a donc lieu de se fonder sur la capacité de souvenir du consommateur moyen.

5.3 Le champ de protection d'une marque dépend de sa force distinctive. Elle est plus restreinte pour les marques faibles que pour les marques fortes et des différences plus modestes suffiront alors à créer une distinction suffisante. Sont en particulier faibles les marques dont les éléments essentiels sont banals ou dérivent d'indications descriptives utilisées dans le langage courant (cf. arrêt du Tribunal fédéral [TF] 4A_207/2010 du 9 juin 2011 consid. 5.1 *R RSW Rama Swiss Watch (fig.) / RAM Swiss Watch AG*). Sont en revanche fortes les marques imaginatives ou ayant acquis une notoriété dans le commerce. Les marques fortes, résultant d'un acte créatif ou d'un patient travail pour s'établir sur le marché, doivent bénéficier d'une protection élargie et accrue contre les signes similaires car elles sont spécialement exposées à des essais de rapprochement (cf. ATF 122 III 382 consid. 2a *Kamillosan* ; arrêt du TAF B-1077/2008 du 3 mars 2009 consid. 6 *Sky/SkySIM*). En outre, le champ de protection d'une marque est limité par la sphère du domaine public et ne s'étendra donc pas à des éléments banals ou descriptifs (cf. arrêt du TAF B-7346/2009 du 7 septembre 2010 consid. 2.5 *Murolino/Murino*) ; une seule concordance sur de tels éléments entre deux marques opposées n'est en principe pas de nature à fonder un risque de confusion. Font exception à cette règle les marques connues et celles faisant partie d'une série de marques, pour autant que, dans les deux cas de figure, l'élément appartenant au domaine public bénéficie lui aussi d'un degré élevé de notoriété (cf. ATF 127 III 160 consid. 2d/bb *Securitas* ; arrêt du TAF B-3064/2010 du 26 octobre 2010 consid. 6.7 [*fig.]/[fig.]*). Tout comme pour le caractère de marque imposée, celui de marque connue peut être constaté sur la base de faits autorisant, selon l'expérience, des déductions relatives à la perception du signe par le public. Ils peuvent en particulier consister dans un volume d'affaires très important et réalisé lors d'une longue période avec le signe en question, ou dans des efforts publicitaires intenses. Il est également possible de déterminer directement, par un sondage représentatif dans le public visé, si un mot, une figure ou une forme y est perçu comme la marque de produits ou de services particuliers (cf. ATF 131 III 121 consid. 6).

5.3.1 En l'espèce, les marques possèdent en commun l'élément "fin bec" qui sera compris dans le sens de "gourmet" et sera perçu comme renvoi descriptif et laudatif aux destinataires des produits ; par réflexion, il qualifie les produits comme étant fins. Considéré seul, il relève à ce titre du domaine public (cf. ATF 129 III 225 consid. 5.1 *Masterpiece* ; arrêt du TF 4A.13/1995 du 20 août 1996 consid. 4b *Elle*). Le caractère distinctif de la marque opposante procède de l'usage du mot "bec" – non descriptif en l'occurrence – et du jeu de mot consistant en sa combinaison avec le terme descriptif "fin bec". Ce dernier n'exerce ainsi qu'une influence minime sur la force distinctive – originaire – de la marque opposante, qui dans son ensemble, doit être qualifiée de faible.

5.3.2 La recourante prétend que la marque opposante – tant à titre individuel que comme part d'une série de marques contenant l'élément "fin bec" – est une marque connue bénéficiant d'un champ de protection élargi. Elle reproche à l'autorité inférieure de ne pas avoir pris cela en considération.

La procédure d'opposition n'est pas une procédure administrative typique, mais une procédure sui generis proche du procès civil et découlant de la volonté du législateur de créer une alternative simple, rapide et à frais raisonnables à la procédure devant le juge civil pour connaître des conflits entre marques (cf. arrêt de la Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle CREPI MA-WI 35/04 du 22 novembre 2005 consid. 2 *Banette/Panetta* ; DAVID ASCHMANN, Die Funktion des Bundesverwaltungsgerichts im Immaterialgüterrecht, in : sic! 2007, p. 99 ; MARBACH, op. cit., n° 1117 ss). Une décision rendue au terme d'une procédure d'opposition n'a pas force de chose jugée matérielle et ne lie pas le juge civil (cf. ASCHMANN, op. cit., p. 99 ; LUCAS DAVID, Die Bindung des Zivilrichters ans verwaltungsrechtliche Präjudiz, in : sic! 2012, p. 440). Les art. 1 à 43 PA y sont applicables, en prenant toutefois en considération la nature particulière de la procédure. Si la maxime inquisitoire y régit la constatation des faits (art. 12 PA), elle doit être relativisée par le devoir de collaboration des parties (art. 13 PA ; cf. ATF 128 II 139 consid. 2b ; CLÉMENCE GRISEL, L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative, Zurich/Bâle/Genève 2008, p. 49 n° 142). A teneur de l'art. 13 al. 1 let. a PA, les parties sont notamment tenues de collaborer à la constatation des faits dans une procédure qu'elles introduisent elles-mêmes, ce qui est le cas de la partie engageant une procédure d'opposition. L'obligation est justifiée par le fait que l'administré entend tirer un avantage ou un droit de la procédure ; il s'agit généralement d'une incombance (cf. PATRICK L. KRAUFKOPF/KATRIN

EMMENEGGER, in : Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger [éd.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich/Bâle/Genève 2009, n° 6 ad art. 13 ; GREGOR WILD, in : Noth/Bühler/Thouvenin, op. cit., n° 31 ad art. 31). Elle vaut en particulier pour les faits que la partie connaît mieux que l'autorité ou que celle-ci ne peut pas établir sans engager de frais excessifs (cf. ATF 128 II 139 consid. 2b). Selon le principe général du droit consacré à l'art. 8 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC, RS 210) applicable en droit public (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, 3ème éd., Berne 2011, ch. 2.2.6.4 p. 299), la partie supporte les conséquences du défaut de la preuve lorsqu'elle entend déduire des droits d'un fait pertinent qui est resté non prouvé ou qui n'a pas été rendu vraisemblable au regard du degré de preuve exigé (arrêt du TF 2A.343/2005 du 10 novembre 2005 consid. 4.2 et les réf. cit.).

Dans le cadre de la procédure d'opposition, en raison de sa nature particulière, le devoir de collaboration doit être compris de manière large et restreint fortement la maxime inquisitoire (DAVID RÜETSCHI, in : Noth/Bühler/Thouvenin, op. cit., Beweisrecht n° 79 s.), notamment en raison des connaissances dont disposent les parties du marché concerné (arrêt du TAF B-7475/2006 du 20 juin 2007 consid. 7 *Converse All Star [fig.]/Army tex [fig.]*). Ainsi, lorsque la partie opposante invoque le caractère connu de sa marque de manière à bénéficier d'un champ de protection accru, c'est à elle qu'il incombe de le rendre vraisemblable (WILD, op. cit., n° 31 ad art. 31 ; MARBACH, op. cit., n° 1178 ; RÜETSCHI, op. cit., Beweisrecht n° 81), sauf s'il s'agit d'un fait notoire.

Ces règles valent également dans le cadre de la procédure de recours (MARBACH, op. cit., n° 1118), dans laquelle les parties peuvent se prévaloir de faits nouveaux et en particulier produire de nouvelles preuves (cf. arrêt du TAF B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 4 et les réf. cit. *EXIT [fig.]/EXIT ONE*). Dans un tel cas, la partie concernée se doit de présenter les pièces adéquates faute de quoi elle ne respecterait pas son devoir de collaboration (cf. arrêt du TAF B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 7.1 *EXIT [fig.]/EXIT ONE)*.

5.3.3 En l'espèce, la recourante n'a fait valoir la notoriété élevée de ses marques en général et de la marque opposante en particulier que suite à la décision de l'autorité inférieure, dans laquelle celle-ci a brièvement constaté qu'un tel état de faits ne ressortait pas du dossier. Au vu des principes exposés ci-dessus, elle n'avait pas à traiter de cette question (arrêt du TAF B-1077/2008 du 3 mars 2009 consid. 6.2.3 *Sky/SkySIM*).

Pour ce qui est des allégués de la recourante dans son mémoire de recours, elle n'apporte pas le moindre élément sérieux et concret qui puisse attester de la vraisemblance de ses dires. Renvoyant elle-même au chapitre des Directives de l'autorité inférieure consacré à ce sujet (cf. Directives en matière de marques, Berne 2012, partie 5, ch. 7.5, accessible sur Internet sur le site https://www.ige.ch > Marques > Protection en Suisse > Directives en matière de marques, dernière visite le 15 août 2012), elle aurait dû constater qu'il lui incombait de rendre ces faits vraisemblables en produisant des pièces adéquates. Or, manquant à son devoir de collaboration, elle s'est contentée de pures allégations impropres à justifier que le Tribunal de céans les prenne en considération ou entreprenne une mesure d'instruction à cet égard.

5.4 Il n'y a donc pas lieu de reconnaître la notoriété de la marque opposante et de lui attribuer un champ de protection accru ; celui-ci est au contraire restreint en raison de la faible force distinctive de la marque (cf. supra consid. 5.3.1). Au vu de cela, et attendu que les deux signes n'ont en commun que l'expression "fin bec" relevant du domaine public, il convient d'admettre que les éléments graphiques de la marque attaquée suffisent à la distinguer de la marque opposante et à exclure un risque de confusion.

6.

Il résulte de ce qui précède que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

7.

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 art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 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 attaquée, respectivement l'intérêt du défendeur au maintien de cette marque. 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 quant à la valeur litigieuse, l'ampleur du litige doit être fixée selon les valeurs empiriques, soit entre Fr. 50'000.- et Fr. 100'000.- (cf. ATF 133 III 490 consid. 3.3).

En l'espèce, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 4'000.- et sont entièrement compensés par l'avance de frais déjà versée par la recourante.

8.
L'intimé, qui obtient gain de cause et qui est représenté par un avocat, a droit à des dépens (cf. 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).

L'intimé a chiffré les dépens à Fr. 4'000.- sans cependant déposer de décompte d'honoraires (art. 14 al. 1 FITAF). En conséquence, l'indemnité à titre de dépens doit être fixée sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). Elle est ainsi fixée à Fr. 1'800.- (TVA comprise) et mise à la charge de la recourante.

9.
Le présent arrêt est définitif (cf. art. 73 de la loi 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.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 4'000.-.

3.
Un montant de Fr. 1'800.- (TVA comprise) est alloué à l'intimé à titre de dépens et mis à la charge de la recourante.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (recommandé ; annexes en retour) ;
– à l'intimé (recommandé) ;
– à l'autorité inférieure (n° de réf. procédure d'opposition n° 11203 ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège : Le greffier :

Claude Morvant Ivan Jabbour

Expédition : 29 août 2012