



Cour II
B-5342/2007/scl
{T 1/2}

Arrêt du 29 février 2008

Composition

Bernard Maitre (président de cour), David Aschmann,
Hans Urech, juges,
Olivier Veluz, greffier.

Parties

Switcher SA,
représentée par Me Jürg Simon et Me Saskia Eschmann,
Lenz & Staehlin, Bleicherweg 58, 8027 Zurich,
recourante,

contre

Wally Yachts N.V.,
représentée par Me Danièle Roth, Jacobacci & Partners,
2, avenue de la Gare des Eaux-Vives, 1207 Genève,
intimée,

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

Objet

Procédure d'opposition n° 8553 CH 382'166 WHALE /
CH 548'456 wally (fig.).

Faits :**A.**

L'enregistrement de la marque suisse n° 382'166

WHALE

(ci-après : la marque opposante), déposée par Mabrouc SA, a été publié le 3 mai 1991 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) n° 238. La protection de cette marque a été demandée pour l'entier des produits de la classe 25, intitulée "Vêtements, chaussures, chapellerie".

Le 15 avril 1997, Labell SA est devenue titulaire de la marque WHALE (voir publication dans la FOSC n° 106 du 6 juin 1997).

B.

L'enregistrement de la marque suisse n° 548'456



(ci-après : la marque attaquée), déposée par Wally Yachts N. V., a été publié le 3 août 2006 dans la FOSC n° 148. Wally Yachts N. V. revendiqua la protection de sa marque pour les produits suivants :

3

Preparati per la sbianca e altre sostanze per il bucato; preparati per pulire, lucidare, sgrassare e abradere; saponi; profumeria, olii essenziali, cosmetici, lozioni per capelli; dentifrici.

12

Imbarcazioni, in particolare Yachts.

14

Metalli preziosi e loro leghe e prodotti in tali materie o placcati non compresi in altre classi; gioielleria, pietre preziose; orologeria e strumenti cronometrici.

18

Cuoio e sue imitazioni, articoli in queste materie non compresi in altre classi; pelli di animali, bauli e valigie; ombrelli, ombrelloni e bastoni da passeggio; fruste e articoli di selleria.

25

Articoli d'abbigliamento, scarpe, cappelleria.

28

Giochi, giocattoli; articoli per la gymnastica e lo sport non compresi in altre classi; decorazioni per alberi di Natale.

Le 2 novembre 2006, Labell SA a formé opposition partielle à l'enregistrement de la marque attaquée pour l'entier des produits des classes 14, 18, 25 et 28 précitées auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI). Cette opposition se fondait sur la marque WHALE évoquée ci-dessus.

Par mémoire du 22 décembre 2006, Wally Yacht N. V. a conclu au rejet de l'opposition formée par Labell SA, a contesté l'usage de la marque opposante et a nié l'existence d'un risque de confusion entre les marques opposées.

Par réplique du 29 septembre 2006, Labell SA a maintenu ses conclusions et a produit un t-shirt, un prospectus, des extraits de sites Internet et une liste de revendeurs destinés à rendre vraisemblable l'usage de sa marque en Suisse.

Invitée à dupliquer, Wally Yacht N. V. a confirmé, dans ses écritures du 18 avril 2007, la teneur de ses conclusions et a produit divers documents notamment destinés à démontrer la notoriété de sa marque.

C.

Par décision du 20 juin 2007, l'IPI a rejeté, avec suite de frais et de dépens, l'opposition formée contre la marque "Wally (fig.)".

Procédant à un examen de l'usage de la marque opposante, l'IPI a, dans un premier temps, constaté que le délai de carence était échu lorsque le défaut d'usage a été invoqué par Wally Yacht N. V. dans sa réponse du 22 décembre 2006. Procédant à un examen des preuves d'usage versées au dossier, l'autorité inférieure a certes constaté que ces dernières montraient un usage en Suisse de la marque opposante en rapport avec des produits de la classe 25. Cependant, dites preuves ne contiendraient aucune référence temporelle relative à la période de contrôle qui s'étendrait du 22 décembre 2001 au 22 décembre 2006. Dans ces circonstances, l'IPI a jugé que l'usage de

la marque opposante n'avait pas été rendu vraisemblable, de sorte que l'opposition devait être rejetée à ce stade déjà.

D.

Par contrat du 29 juin 2007, Labell SA, Mabrouc SA et Switcher World SA ont fusionné sous la raison sociale Switcher SA (cf. extrait du Registre du Commerce du canton de Vaud relatif à la société Switcher SA). Switcher SA est ainsi devenue titulaire de la marque opposante en date du 15 août 2007 (publication dans la FOOSC n° 179 du 17 septembre 2007).

E.

Par mémoire du 9 août 2007, mis à la poste le même jour, Switcher SA (ci-après : la recourante) recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral. Elle conclut, sous suite de frais et de dépens, à l'annulation de la décision entreprise et au renvoi de la procédure à l'autorité inférieure pour qu'il soit statué sur le risque de confusion.

La recourante soutient que la décision querellée est inopportune dans son résultat. L'IPI rejeterait en effet une opposition fondée sur une marque utilisée depuis de nombreuses années. Selon la recourante, les preuves versées au dossier permettent dans leur ensemble de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante, nonobstant le fait qu'elles ne contiennent aucune référence temporelle avec la période de contrôle. De surcroît, de nouvelles preuves permettraient de démontrer cet usage.

Sous l'angle du risque de confusion, la recourante prétend en substance que la marque attaquée porte atteinte à la fonction distinctive de la marque opposante compte tenu de leurs similitudes.

F.

Le recours étant rédigé en allemand, le Tribunal administratif fédéral a, par courrier du 14 août 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. L'intimée n'ayant pas répondu dans le délai qui lui avait été imparti, la procédure de recours s'est poursuivie en français.

G.

Invité à se prononcer sur le recours, l'IPI en propose le rejet avec suite de frais au terme de sa réponse du 8 novembre 2007. Il renonce à présenter des remarques et des observations, se limitant à renvoyer à la motivation de sa décision.

H.

Dans sa réponse du 28 décembre 2007, Wally Yacht N. V. (ci-après : l'intimée) conclut au rejet du recours.

L'intimée allègue de prime abord que plusieurs marques similaires à celle attaquée ont été enregistrées en Suisse sans que la recourante s'y oppose. Par ailleurs, la marque attaquée serait notoirement connue.

S'agissant de l'usage de la marque opposante, l'intimée s'étonne que la recourante n'ait pas produit plus tôt les preuves d'usage jointes à son recours, celles-ci étant manifestement antérieures à la date de l'invocation du défaut d'usage. Par ailleurs, la marque opposante serait utilisée dans des formes différentes de celle enregistrée – figuratives au lieu de verbale – et comme marque de service et non pas de produit.

Sous l'angle du risque de confusion, l'intimée soutient pour sa part en substance que la marque attaquée se distingue de la marque opposante de telle manière que tout risque de confusion doit être nié.

I.

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*, 2^e 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 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 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. b, 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 de la 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).

3.

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 de la marque 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 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*).

4.

En l'espèce, l'autorité inférieure a jugé que le défaut d'usage a été invoqué à temps par l'intimée dans sa première réponse à l'opposition du 22 décembre 2006 et que la période à prendre en compte courait

du 22 décembre 2001 au 22 décembre 2006. Cette appréciation n'est pas contestée par les parties. Constatant qu'aucune des preuves présentées par la recourante ne correspondait à la période de contrôle évoquée ci-dessus, l'IPI a considéré que l'usage de la marque opposante n'avait pas été rendu vraisemblable ; l'opposition a par conséquent déjà été rejetée pour ce motif, l'autorité inférieure n'ayant pas examiné s'il y avait risque de confusion.

Pour sa part, la recourante prétend que l'autorité inférieure a rejeté une opposition fondée sur une marque utilisée depuis de nombreuses années. Les preuves versées au dossier rendraient vraisemblable l'usage de la marque opposante. Sous l'angle du risque de confusion, la recourante conclut au renvoi de la cause à l'IPI pour que ce dernier statue sur ce point.

5.

La marque 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 ; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, 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*).

5.1 La marque doit être utilisée dans sa fonction distinctive des produits ou des services 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.

5.2 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 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 "sérieux" est relatif et dépend du type de produits ou 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*).

6.

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).

7.

La recourante a produit, dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, un t-shirt (annexe 1 de la réplique du 29 septembre 2006), un catalogue intitulé "quality and price 1.01 > 31.12.2007" (annexe 2 de la réplique), un extrait du site Internet "www.switcher.com" (annexe 3 de la réplique), une liste de revendeurs (annexe 4 de la réplique), un extrait des sites Internet "www.ms-print.ch" (annexe 5 de la réplique), "www.gate24.ch" (annexe 6 de la réplique), "www.ultra-marine.ch" (annexe 7 de la réplique) et "www.ivo.ch" (annexe 8 de la réplique).

Au recours ont été joints les documents suivants : des extraits du site Internet "web.archive.org" (annexe 4 du recours) et les catalogues "2001" (annexe 5 du recours), "2002" (annexe 6 du recours), "Whale Collection 2004 by Switcher" (annexe 7 du recours), "Collection 2005" (annexe 8 du recours) et "Collection 2006" (annexe 9 du recours). A cet égard, il sied de préciser que l'on peut objectivement attendre de l'opposant, compte tenu de son devoir de collaboration, qu'il produise les documents nécessaires pour rendre vraisemblable l'usage de sa marque dans le cadre de la procédure devant l'IPI. Des nova peuvent toutefois être pris en considération dans la procédure de recours dans la mesure où ils servent à éliminer des ambiguïtés et à préciser les faits relatifs à l'usage (sic! 2005 759 consid. 4 *Proline*).

Il convient d'examiner si l'ensemble de ces pièces est aptes à rendre vraisemblable l'usage sérieux de la marque opposante sur le territoire suisse.

7.1 L'annexe 1 de la réplique est un t-shirt bleu roi auquel est cousue une étiquette en matière textile de couleur bleu-foncée sur laquelle figure, au centre, une représentation de la marque opposante et, à l'angle inférieur droit, la taille "M". Une étiquette en papier est jointe à ce vêtement par une attache en plastique sur laquelle sont apposés une représentation de la marque opposante, l'indication "2004 M 13453 259 OCEAN", un code-barre et un prix. L'autorité inférieure a constaté avec raison que le chiffre "2004" ne faisait pas référence à l'année de fabrication du t-shirt ; il s'agit d'un numéro d'article comme cela ressort par exemple de la page 3 du catalogue "quality and price 1.01 > 31.12.2007" (annexe 2 de la réplique). Aussi ce vêtement ne contient aucune référence temporelle en relation avec la période de contrôle, de sorte qu'il n'est en principe pas apte à rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante durant cette dernière. Toutefois, la recourante a produit, dans le cadre de la procédure de recours, des catalogues des années 2001, 2002, 2004, 2005 et 2006 (annexes 5 à 9 du recours) dans lesquels figurent, en sus d'autres vêtements de la marque opposante, le t-shirt ayant le numéro de modèle 2004 (voir par exemple : annexe 9 du recours, p. 4). Par conséquent, l'annexe 1 de la réplique, en relation avec ces catalogues, est à même de prouver l'utilisation de la marque opposante durant la période de contrôle.

7.2 L'annexe 2 de la réplique est un catalogue contenant des habits sur lesquels figure la marque opposante. Dite marque est également représentée en couverture et sur chaque page du prospectus. Ce document est toutefois intitulé "quality and price 1.01 > 31.12.2007". Force est donc de constater que ce dernier n'est pas à même de rendre vraisemblable l'utilisation de la marque opposante durant la période de contrôle. Contrairement à ce que prétend la recourante, rien ne permet de déduire des voeux pour l'année 2007 contenus dans l'avant-propos du catalogue que les consommateurs l'ont eu à disposition avant le 22 décembre 2006. La recourante soutient également que, dans la mesure où ledit catalogue a été imprimé en décembre 2006 et où il illustre des produits fabriqués en 2006, ce document permet de déduire une utilisation vraisemblable de la marque opposante durant la période de référence. Or, s'il s'avère que le document litigieux a bien été imprimé en décembre 2006, rien n'indique toutefois qu'il l'a été avant le 22 décembre 2006. De plus, il n'existe aucun élément indiquant que ce catalogue a été distribué durant la période de contrôle aux consommateurs. Enfin, s'agissant

de l'année de production des vêtements qui y sont illustrés, il ne s'agit que d'un pur allégué non déterminant de la recourante, seule la preuve d'une activité commerciale minimale étant, comme nous le verrons ci-après (cf. consid. 7.11 ; voir également consid. 5.2), apte à rendre vraisemblable l'usage sérieux de la marque opposante.

7.3 L'annexe 3 de la réplique est un extrait daté du 23 janvier 2007 du site Internet de la recourante (www.switcher.com). La marque opposante figure sur ce document. En revanche, il n'est pas fait mention de produits de la classe 25. Aussi, en sus de contenir une référence temporelle postérieure à la période de contrôle, cet extrait ne démontre pas une utilisation de la marque opposante dans sa fonction distinctive de produits de la classe 25.

De surcroît, un site Internet ne constitue pas, selon la doctrine et la jurisprudence, une preuve propre à démontrer le caractère sérieux de l'usage ; encore faut-il que le site soit consulté par des consommateurs suisses et que des achats aient été effectués (MEIER, op. cit., p. 85 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1755/2007 du 14 février 2008 consid. 6.2 *No Name*). En l'espèce, la recourante n'a pas démontré que son site a été consulté, durant la période de contrôle, par des consommateurs suisses. Rien n'indique non plus que des commandes ont été passées depuis ce site, pour autant que cela soit au demeurant possible. D'ailleurs, Switcher SA ne prétend pas le contraire dans son recours ; cette dernière se borne en effet à discuter le fait qu'on ne peut écarter cette preuve au seul motif qu'elle est datée du 23 janvier 2007 et qu'il est probable qu'elle avait la même teneur un mois plus tôt (voir à propos de la version du 5 décembre 2006 du site www.switcher.com : consid. 7.9). C'est donc dire que l'annexe 3 de la réplique ne saurait être retenue comme preuve d'usage de la marque opposante.

7.4 L'annexe 4 de la réplique consiste en une liste de 427 revendeurs de vêtements. Un logo représentant le mot "Switcher" et une baleine figure en première page. En revanche, la marque opposante n'est pas représentée. De plus, ce document n'est pas daté. Par conséquent, cette liste de revendeurs ne permet pas de démontrer l'usage de la marque opposante en relation avec des produits de la classe 25 durant la période de référence.

7.5 L'annexe 5 de la réplique est un extrait du site Internet du magasin d'habits "MS-Print", à Winterthur. Selon ce document, la marque "WHALE" fait partie de l'assortiment. Des photographies de la boutique illustrent notamment un portant sur lequel sont suspendus des produits de la marque opposante. Cet extrait étant toutefois daté du 23 janvier 2007, il n'est pas propre à rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante durant la période de contrôle. De plus, ce qui a été dit ci-dessus au consid. 7.3 sur la visite d'un site et sur les possibilités de commande vaut, mutatis mutandis, également dans ce contexte.

7.6 L'annexe 6 de la réplique est un extrait du site Internet de la boutique "Shirtprint AG", à Zoug. Il en ressort que des produits de la marque opposante font partie de l'assortiment de vente. De plus, deux photographies de la boutique illustrent des portants auxquels sont suspendus des vêtements. Cependant, cet extrait est daté du 23 janvier 2007. Certes, il est indiqué que la boutique susmentionnée est spécialisée dans les textiles Switcher depuis 1993 ("Seit 1993 Ihr Spezialist für [...] Switcher Textilien"). Il n'en demeure pas moins que Switcher SA n'est titulaire de la marque opposante que depuis le 15 août 2007, soit plusieurs mois après l'invocation du défaut d'usage. Par ailleurs, ce qui a été dit ci-dessus au consid. 7.3 sur la visite d'un site Internet et sur la possibilité d'y passer des commandes vaut également dans ce contexte. En conséquence, l'annexe 6 de la réplique ne peut être retenue comme preuve d'usage de la marque opposante durant la période de contrôle.

7.7 L'annexe 7 de la réplique est un extrait du magasin en ligne de la boutique "Ultra-Marine" (www.ultra-marine.ch), à Gähwil. Sur ce document figure l'illustration d'un t-shirt de la marque opposante vendu au prix de Fr. 9.90 ayant le numéro de modèle 2004. L'extrait est daté du 23 janvier 2007.

Il est vrai qu'il ressort de ce document que le consommateur peut commander des produits de la marque opposante par Internet. Il n'en reste pas moins que ce document ne contient aucune référence temporelle en relation avec la période de contrôle. De surcroît, la recourante n'a pas apporté la preuve que ce site a été consulté par des consommateurs suisses et que des commandes ont effectivement été effectuées par son intermédiaire (voir dans le même contexte : consid. 7.3). Dès lors, l'extrait en cause ne peut être

retenu comme preuve d'usage de la marque opposante durant ladite période.

7.8 L'annexe 8 de la réplique consiste en un extrait du site Internet de la boutique "Ivo", à Kesswil. Plusieurs vêtements de la marque opposante sont représentés sur ce document. Rien n'indique toutefois que le consommateur puisse commander en ligne des vêtements de la marque opposante. De surcroît, ce document est daté du 23 janvier 2007. Par ailleurs, ce qui a été dit plus avant au consid. 7.3 sur la consultation d'un site Internet vaut également dans ce contexte. C'est donc dire que cet extrait ne permet pas non plus de constater l'usage de la marque opposante durant la période de contrôle.

7.9 L'annexe 4 du recours est une version datée du 5 décembre 2006 des annexes 3 et 4 de la réplique. Il appert de ce document qu'il n'était selon toute vraisemblance également pas possible de passer des commandes de vêtements sur le site "www.switcher.com" à cette date. De plus, la marque opposante n'était pas représentée le 5 décembre 2006 sur la liste des revendeurs. Dès lors, ce qui a été dit plus avant aux consid. 7.3 et 7.4 concernant respectivement les preuves de visite dudit site et les possibilités d'y passer des commandes et la représentation de la marque opposante sur la liste de revendeurs vaut mutatis mutandis également dans ce contexte.

7.10 Les annexes 5 à 9 du recours sont des catalogues des années 2001 (annexe 5 du recours), 2002 (annexe 6 du recours), 2004 (annexe 7 du recours), 2005 (annexe 8 du recours) et 2006 (annexe 9 du recours). Il y figure des t-shirts, des polos, des pullovers, des jaquettes, des cardigans et des vestes portant une étiquette textile identique ou très similaire à celle décrite ci-dessus au consid. 7.1. La marque opposante est de plus apposée sur plusieurs pages dedit documents. En outre, les catalogues 2001 (annexe 5 du recours) et 2005 (annexe 8 du recours) s'adressent spécifiquement à des revendeurs suisses, puisque le sigle "CH" figure sur leur couverture (voir l'angle inférieur gauche de chaque couverture). En revanche, les trois autres catalogues ne semblent pas en particulier destinés au territoire suisse. En effet, les catalogues 2004 (annexe 7 du recours) et 2006 (annexe 9 du recours) portent le sigle "INT", pour "international", alors que le catalogue 2002 (annexe 6 du recours) ne comporte aucune indication sur la nationalité de ses destinataires.

Dès lors, seules les annexes 5 et 8 du recours sont aptes à démontrer l'usage de la marque opposante sur le territoire suisse durant la période de contrôle (voir dans le même sens : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1755/2007 du 14 février 2007 consid. 6.3 *No Name*).

7.11 Il ressort de ce qui précède que seuls l'annexe 1 de la réplique et les annexes 5 et 8 du recours rendent dans une certaine mesure probable l'utilisation de la marque opposante en relation avec des vêtements durant la période de contrôle (cf. supra consid. 7.1 et 7.10). Reste encore à examiner, sur la base d'une appréciation objective des preuves admises, si cet usage était sérieux, c'est-à-dire si la recourante a démontré une activité minimale sur le marché durant une période prolongée (voir dans le même sens : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-1755/2007 du 14 février 2008 consid. 6.4.1 *No Name*).

Sur le vu des pièces du dossier, il appert que la recourante n'a pas apporté la moindre preuve d'une activité commerciale même minimale sur le marché durant la période de contrôle. D'une part, les preuves d'usage qui ont été retenues, au nombre de trois sur quatorze, sont, dans leur ensemble, particulièrement ténues quant à leur aptitude à rendre crédible l'usage de la marque litigieuse. D'autre part, ces preuves ne contiennent aucun indice sur l'existence de ventes réelles et régulières de produits de ladite marque. En particulier s'agissant des catalogues 2001 et 2005, force est de relever qu'aucun prix, pour autant que cela soit en tant que tel déterminant, n'est apposé à côté des produits illustrés et, surtout, aucun formulaire de commande n'est joint à ces documents.

Switcher SA prétend dans son recours que les produits de la classe 25 sont des biens de consommation courante (voir cependant : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3118/2007 du 1^{er} novembre 2007 consid. 8 *Swing Relaxx* ; ATF 121 III 381 consid. 3d *Boss*). Sur le vu des preuves d'usage admises, l'on peut d'ailleurs à tout le moins constater que les produits de la marque opposante ne se positionnent pas sur le marché du luxe ; il s'agit au contraire de produits de masse bon marché. Or, selon la jurisprudence, un usage régulier doit être exigé particulièrement pour de tels produits (sic! 2004 106 consid. 7 *Seiko Rivoli* ; voir également les Directives en matière de marques établies par l'IPI, Berne 2007,

p. 150 s., qui ne pouvaient être sans autre ignorées par la recourante). En l'occurrence, la recourante n'a produit aucun document et n'a apporté aucun indice propre à rendre vraisemblable l'existence d'un usage commercial régulier des produits de la marque opposante.

Sur le vu de ce qui précède, force est donc de constater que la recourante n'a pas été à même de rendre vraisemblable l'usage *sérieux* de sa marque.

8.

Au vu de ce qui précède, le recours formé par Switcher SA, mal fondé, doit être rejeté, sans qu'il soit nécessaire d'examiner la question du risque de confusion (voir dans le même sens : sic! 2004 106 consid. 10 *Seiko Rivoli*).

8.1 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 1^{ère} 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 Fr. 50'000.- et Fr. 100'000.- (voir en ce sens : ATF 133 III 490 consid. 3.3 et les réf. cit.).

Au regard de ce qui précède, en particulier du fait que l'affaire était limitée, sur le vu des conclusions de la recourante, à la question de l'usage de la marque opposante, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 3'000.- et mis à la charge de la recourante, qui succombe.

Ils seront imputés sur l'avance de frais de Fr. 4'500.- versée le 2 octobre 2007 par cette dernière.

8.2 L'intimée, ayant intégralement obtenu gain de cause, a droit à des dépens pour les frais causés par le recours de Switcher SA (art. 64 al. 1 PA et 7 al. 1 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels 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 Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 FITAF).

En tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce, une indemnité de Fr. 1'500.-, TVA comprise, est ainsi équitablement allouée à l'intimée à titre de dépens et mis à la charge de la recourante.

9.

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. 3'000.-, sont mis à la charge de la recourante et imputés sur l'avance de frais déjà versée de Fr. 4'500.-. Le solde de Fr. 1'500.- est restitué est cette dernière.

3.

Des dépens d'un montant de Fr. 1'500.- (TVA comprise) sont alloués à l'intimée et mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Recommandé ; annexes en retour)
- à l'intimée (Recommandé ; annexes en retour)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. W8553-RE/ule ; Recommandé ; annexe : dossier en retour)

Le président de cour :

Le greffier :

Bernard Maitre

Olivier Veluz

Expédition : 7 mars 2008