



Cour II
B-1345/2017

Arrêt du 31 mars 2020

Composition

Vera Marantelli (présidente du collège),
David Aschmann, Maria Amgwerd, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

X. _____,
représenté par Maître Nicolas Rouiller, avocat
recourant,

contre

Y. _____ **SA**,
représentée par BOVARD SA,
intimée,

Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle IPI,
Stauffacherstrasse 65/59g, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Procédure d'opposition n° 13021
CH 599'072 "FIN BEC (fig.)" / CH 639'248 "FIN BEC".

Faits :**A.**

A.a Déposée le 1^{er} février 2010 et publiée le 6 avril 2010 dans Swissreg, la marque suisse n° 599'072 "FIN BEC (fig.)" (ci-après : marque opposante) – dont X. _____ (ci-après : recourant) est titulaire – est enregistrée pour les produits suivants :

Classe 33 : « Vins, spiritueux et liqueurs de provenance valaisanne »

et se présente ainsi :



A.b Déposée le 13 septembre 2012 et publiée le 30 janvier 2013 dans Swissreg, la marque suisse n° 639'248 "FIN BEC" (ci-après : marque attaquée) – dont Y. _____ SA (ci-après : intimée) est titulaire – est enregistrée pour les produits suivants :

Classe 33 : « Weine »

A.c Par acte du 30 avril 2013, sur la base de la marque opposante, le recourant forme opposition (n° 13021) auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI ; ci-après : autorité inférieure) contre la marque attaquée.

A.d Par courrier du 15 mai 2013, l'intimée a fait savoir à l'autorité inférieure qu'elle avait intenté une action civile à l'encontre du recourant et, partant, requerrait la suspension de la procédure d'opposition.

A.e Par décision du 21 mai 2013, l'autorité inférieure a suspendu la procédure jusqu'à droit connu sur l'action civile.

A.f Par courrier du 24 mars 2016, l'intimée a informé l'autorité inférieure que la procédure civile s'était soldée par le rejet de l'action et a déposé sa réponse.

A.g La recourant a déposé sa réplique le 7 septembre 2016 et l'intimée sa duplique le 18 octobre 2016.

B.

Par décision du 26 janvier 2017, l'autorité inférieure a rejeté l'opposition. Relevant tout d'abord que le recourant avait soulevé à plusieurs reprises des arguments liés aux motifs absolus d'exclusion, elle a indiqué qu'il n'était pas possible, dans le cadre de la procédure d'opposition, d'obtenir une radiation, une révocation ou une constatation de nullité d'une marque sur la base de l'art. 2 de la loi sur la protection des marques. Ensuite, et nonobstant la forte similarité des produits et des signes en cause, elle a nié l'existence d'un risque de confusion entre lesdites marques. Elle a en effet relevé que la combinaison « FIN BEC » appartenait au domaine public en relation avec les produits en cause et qu'elle se trouvait être l'unique composante commune fondant une similitude entre les marques en litige, si bien que les divergences graphiques entre celles-ci suffisaient en l'espèce à écarter tout risque de confusion.

C.

Par mémoire du 1^{er} mars 2017, le recourant a exercé un recours devant le Tribunal administratif fédéral contre cette décision. Il conclut, sous suite de frais et dépens, principalement, à ce que l'enregistrement de la marque CH 639'248 « FIN BEC » soit refusé, respectivement annulé et la décision attaquée réformée en ce sens que l'enregistrement de la marque CH 639'248 « FIN BEC » n'est pas admis, respectivement est révoqué. Subsidiairement, la décision attaquée est annulée et la cause est renvoyée à l'autorité inférieure pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

A l'appui de ses conclusions, il fait valoir, à titre principal, que la marque attaquée est frappée d'un motif absolu d'exclusion dès lors qu'elle appartient au domaine public et ne s'est pas imposée dans le commerce en Suisse et que, ce faisant, l'autorité inférieure aurait dû refuser son enregistrement. Aussi, il considère qu'il doit avoir la possibilité, dans le cadre de la procédure d'opposition, d'obtenir la radiation d'une marque qui a été enregistrée en dépit de son manque de protégeabilité. L'art. 31 al. 1 de la loi sur la protection des marques ne saurait en effet être interprété comme une interdiction faite à l'autorité inférieure, respectivement au tribunal de céans, d'examiner la nullité absolue d'un signe alors que la

procédure d'enregistrement en est au stade de l'opposition. Tant qu'est pendante une opposition, la procédure d'enregistrement n'est pas terminée ; la décision d'enregistrement précédant le délai d'opposition ne peut en effet être qu'une décision incidente, de sorte qu'elle doit pouvoir être attaquée dans le cadre de la procédure d'opposition. A défaut, la décision d'enregistrement avant opposition devrait pouvoir faire l'objet d'une révision ou reconsidération lorsque des motifs absolus d'exclusion sont établis de façon irréfutable, comme l'aurait en l'espèce constaté le Tribunal de commerce du canton de Berne dans son jugement du 29 janvier 2016 rendu au terme d'une procédure initiée par l'intimée. Le recourant fait en outre grief à l'autorité inférieure de ne pas s'être déterminée sur ses arguments relatifs à la prise en considération des motifs absolus d'exclusion au stade de l'opposition, violant ainsi son droit d'être entendu. A titre subsidiaire, le recourant fait valoir que la marque attaquée présente un risque de confusion avec la marque opposante. En effet, la marque verbale « FIN BEC » de l'intimée ne comporterait rien de distinctif, celle-là n'étant qu'une expression de la langue française, descriptive en relation avec les produits revendiqués par la marque attaquée. Il en résulterait qu'elle entrerait nécessairement en conflit avec des marques enregistrables qui contiennent cette expression, comme la marque opposante, et pourrait donc donner une impression de rattachement à celle-là. A titre de mesure d'instruction, le recourant requiert la production du dossier du procès civil ayant abouti au jugement du 29 janvier 2016 du Tribunal de commerce du canton de Berne.

D.

D.a Invitée à se prononcer sur le recours, l'intimée a conclu à son rejet, sous suite de frais et dépens, dans ses observations responsives du 31 août 2017. Elle soutient tout d'abord que, dans le cadre de la procédure d'opposition, seuls des motifs relatifs d'exclusion peuvent être soulevés. Aussi, la procédure d'opposition, postérieure à la décision d'enregistrement, ne peut en aucun cas conduire à ce que celle-ci soit, après coup, annulée sur la base de motifs absolus d'exclusion. Quant au prétendu risque de confusion, l'intimée relève qu'elle dispose d'une série de marques de vin « FIN BEC » utilisées de manière ininterrompue – et antérieures à la marque opposante – si bien qu'il n'est pas compréhensible que le recourant craigne un risque de confusion avec la marque attaquée. De plus, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal de commerce du canton de Berne, la marque « FIN BEC » s'est imposée dans le commerce en Suisse. L'intimée fait encore valoir qu'en considérant l'ensemble de la Suisse, la qualification des termes « FIN BEC » comme signe du domaine

public n'est pas évidente pour une grande majorité des consommateurs de vin de ce pays. Enfin, elle s'oppose à un accès élargi à ses pièces dès lors qu'elles contiennent des secrets d'affaires.

D.b Egalement invitée à se déterminer, l'autorité inférieure a répondu, après prolongation de délai, le 23 octobre 2017, en concluant au rejet du recours, sous suite de frais. Elle rétorque qu'au sens de l'art. 31 al. 1 de la loi sur la protection des marques, l'opposant peut uniquement invoquer le défaut de nouveauté de la marque attaquée ; la nullité absolue d'une marque ne peut pas être constatée dans le cadre d'une procédure d'opposition. Elle relève ensuite avoir indiqué, de manière suffisante, dans sa décision les motifs pour lesquels un risque de confusion ne pouvait être admis entre les marques en cause et précisé les raisons pour lesquelles les motifs absolus d'exclusion soulevés par le recourant n'avaient pas été pris en considération en l'espèce.

E.

Invité à répliquer, le recourant s'est prononcé, après prolongations de délai, par écritures du 1^{er} mars 2018, complétées le 12 mars 2018. Il fait valoir que la décision attaquée viole le droit fédéral, selon lequel l'enregistrement d'une marque doit être refusé s'il existe des motifs absolus d'exclusion. La prétendue imposition de la marque attaquée sur le marché en Suisse a été catégoriquement niée par le Tribunal de commerce du canton de Berne après une instruction approfondie. L'enregistrement a donc été opéré à tort et il convient de rectifier cette erreur. Quant au risque de confusion, le recourant rappelle que la marque verbale « FIN BEC » est dépourvue de toute force distinctive, si bien qu'elle crée un risque de confusion avec toute autre marque qui contient les mêmes termes. S'agissant de la violation de l'obligation de motiver, le recourant relève en substance qu'il ne suffit pas que l'autorité mentionne brièvement les motifs qui l'ont guidée ; elle doit les décrire de manière à ce que l'intéressé puisse, le cas échéant, les attaquer en connaissance de cause. Or, l'autorité inférieure n'a en l'espèce pas discuté la grande majorité de ses arguments dans sa décision et même dans ses déterminations ultérieures ; elle n'a même pas motivé le refus de discuter ses arguments élaborés de manière compréhensible, violant par là même l'art. 6 par. 1 de la convention européenne des droits de l'homme. A titre de mesure d'instruction, le recourant requiert la production des pièces dont l'accès lui a été refusé par l'autorité inférieure ainsi que la tenue de débats publics.

F.

F.a Invitée à dupliquer, l'intimée a fait valoir, par écritures du 24 avril 2018, que les vins du Valais, connus sous la marque « FIN BEC », étaient assimilés à sa société. Ensuite, elle relève que la marque opposante est représentée par l'indication « FIN BEC » avec un élément figuratif, soit un arbre et des oiseaux. Quant à la marque attaquée, d'autres éléments sont mis en évidence sur les étiquettes de vin, à savoir différentes espèces d'oiseaux. Aussi, il doit être nié que le cercle des consommateurs pertinents puisse être induit en erreur s'agissant du producteur effectif des vins portant le signe « FIN BEC ». Enfin, l'intimée maintient son opposition à la production du dossier du procès civil et conclut au rejet de la requête de débats publics.

F.b L'autorité inférieure a, quant à elle, déposé sa duplique le 6 juin 2018, après prolongation de délai. Elle y précise que le jugement du Tribunal de commerce du canton de Berne du 29 janvier 2016 ne constate pas la nullité de la marque attaquée et ne lui ordonne pas de procéder à la radiation de celle-là, l'objet de dite action portant sur la violation du droit dirigée à l'encontre du recourant lui-même. Ensuite, elle indique avoir transmis au tribunal de céans, avec sa réponse au recours, une copie de l'ensemble du dossier relatif à la procédure d'opposition n° 13021, objet de la présente procédure de recours. Elle n'a aucunement refusé aux parties l'accès aux pièces, le dossier ne contenant par ailleurs aucun document confidentiel.

G.

Disposant de la possibilité de formuler des remarques, le recourant s'est déterminé le 1^{er} mai 2019, après prolongation de délai. Il réitère sa requête tendant à la production du dossier du procès civil, relevant que le jugement du Tribunal de commerce du canton de Berne a abouti à la conclusion que le signe « FIN BEC » n'était pas une marque imposée de l'intimée, contrairement à ce qu'a admis l'autorité inférieure.

H.

Le 13 novembre 2019, le tribunal de céans a tenu des débats publics sur réquisition du recourant. Les parties ont plaidé la cause et le recourant a déposé ses notes de plaidoirie séance tenante.

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.**

1.1 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. e LTAF et art. 5 al. 2 PA).

1.2 La qualité pour recourir doit être reconnue au recourant (cf. art. 48 al. 1 PA). Les dispositions relatives à la représentation, au délai de recours, à la forme et au contenu du mémoire de recours, ainsi qu'à l'avance de frais (cf. art. 11 al. 1, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA) sont en outre respectées.

Le recours est ainsi recevable.

2.

Dans un grief formel qu'il convient d'examiner en premier lieu (cf. ATF 132 V 387 consid. 5.1), le recourant se plaint d'une violation de son droit d'être entendu, en ce sens que la décision attaquée serait manifestement insuffisamment motivée. Il reproche à celle-ci de ne se prononcer que sur le risque de confusion et de ne pas discuter – et sans même l'expliquer – ses arguments tendant à la prise en considération des motifs absolus d'exclusion au stade de la procédure d'opposition.

2.1 Le droit d'être entendu, tiré des art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 2 Cst., impose notamment à l'autorité de motiver ses décisions afin que le justiciable puisse les comprendre et exercer son droit de recours à bon escient. Pour satisfaire à cette exigence, il suffit que l'autorité mentionne au moins brièvement les motifs qui l'ont guidée et sur lesquels elle a fondé sa décision. Elle n'a toutefois pas l'obligation d'exposer et de discuter tous les faits, moyens de preuve et griefs invoqués par les parties mais peut au contraire passer sous silence ce qui, sans arbitraire, lui paraît à l'évidence non établi ou sans pertinence (cf. ATF 138 IV 81 consid. 2.2, 134 I 83 consid. 4.1 ; arrêt du TF 2C_263/2014 du 21 janvier 2015 consid. 4.1.1). Il n'y a ainsi violation du droit d'être entendu que si l'autorité ne satisfait pas à son devoir minimum d'examiner et de traiter les problèmes pertinents (cf. ATF 134 I 83, 133 I 270 consid. 3.1, 130 II 530 consid. 4.3 et réf. cit.). Par ailleurs, il y a lieu de préciser que le devoir de motivation répond à des exigences plus strictes quand la situation juridique est peu claire ou lorsque les autorités ont une marge de manœuvre importante (cf. ATF 112 Ia 107 consid. 2b ; 129 I 232 consid. 3.3; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHWANK, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], VwVG, Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2016, n° 21 ss ad art. 35 ; LORENZ KNEUBÜHLER, Die Begründungspflicht : Eine

Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, 1998, p. 33, 186 ss). Sous l'angle du droit d'être entendu, une motivation insuffisante ne peut ainsi être retenue que si la décision attaquée, sur le point litigieux, n'est aucunement motivée ou si cette motivation est à ce point indigente que la partie recourante n'est pas à même de la contester à bon escient (cf. ATF 133 III 439 consid. 3.3 ; 126 I 97 consid. 2b ; voir aussi l'arrêt du TF 6B_177/2008 du 25 avril 2008 consid. 5). Savoir si la motivation est convaincante est une question distincte de celle du droit à une décision motivée ; dès lors que l'on peut discerner les motifs qui ont guidé l'autorité, le droit à une décision motivée est respecté, même si la motivation est erronée (cf. arrêts du TF 1C_515/2008 du 26 janvier 2009 consid. 3.1 et 4A_117/2007 du 13 septembre 2007 consid. 4.1.1).

En cas de violation avérée du droit d'être entendu, l'affaire doit en principe être renvoyée à l'autorité précédente. Ce principe doit toutefois être relativisé, dès lors qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu en première instance peut exceptionnellement être réparée lorsque l'administré a eu la possibilité de s'expliquer librement devant une autorité de recours dont la cognition est aussi étendue que celle de l'autorité précédente (cf. ATF 134 I 140 consid. 5.5 ; 133 I 201 consid. 2.2 ; 130 II 530 consid. 7.3). Toutefois, une telle réparation doit rester l'exception et n'est admissible, en principe, que dans l'hypothèse d'une atteinte qui n'est pas particulièrement grave aux droits procéduraux de la partie lésée. Le droit d'être entendu n'est par ailleurs pas une fin en soi ; il constitue un moyen d'éviter qu'une procédure judiciaire ne débouche sur un jugement vicié en raison de la violation du droit des parties de participer à la procédure, notamment à l'administration des preuves. Lorsque le renvoi de la cause à l'autorité précédente en raison de cette seule violation n'aurait pas de sens et conduirait seulement à prolonger la procédure, en faisant fi de l'intérêt des parties à un règlement rapide du litige, il n'y a pas lieu d'annuler la décision attaquée (cf. ATF 138 I 97 consid. 4.1.6.1 et réf. cit.).

2.2 En l'espèce, l'autorité inférieure a motivé la décision de rejet de l'opposition en indiquant les raisons pour lesquelles elle considérait qu'il n'existait pas de motifs relatifs d'exclusion, ce que le recourant ne conteste pas. Pour le reste, elle a indiqué que « l'opposant soulève à plusieurs reprises des arguments liés aux motifs absolus ne pouvant pas être pris en compte dans la présente cause [...]. En effet, comme l'Institut l'a précisé dans les notifications du 7 juin 2016 et du 6 juillet 2016, dans le cadre de la procédure d'opposition, il n'est pas possible d'obtenir une radiation, une révocation ou une constatation de nullité d'une marque sur la base de

l'art. 2 LPM. L'opposition ne peut se fonder que sur des motifs relatifs d'exclusion au sens de l'art. 3 al. 1 LPM ».

La question de la (non-)prise en compte des motifs absolus d'exclusion au stade de la procédure d'opposition est une question de droit qui a déjà fait l'objet de plusieurs arrêts du tribunal de céans (cf. infra consid. 4.1.5). Même si l'autorité inférieure n'a en l'espèce pas jugé pertinent de discuter les divers arguments du recourant en faveur d'un changement de pratique, elle a néanmoins indiqué – et de manière plus détaillée dans ses courriers des 7 juin et 6 juillet 2016 auxquels elle renvoie – la raison pour laquelle les motifs absolus d'exclusion n'étaient pas examinés au stade de l'opposition. Le recourant n'a ainsi nullement été entravé dans la défense de ses droits dès lors qu'il a pu attaquer dite décision et faire valoir devant le tribunal de céans l'ensemble de ses moyens selon lesquels les motifs absolus d'exclusion devaient être examinés dans la présente procédure.

Le grief de violation du droit d'être entendu doit donc être écarté.

3.

Par décision du 26 janvier 2017, l'autorité inférieure a rejeté l'opposition formée par le recourant à l'enregistrement de la marque suisse n° 639'248 « FIN BEC », dont l'intimée est titulaire, pour le motif qu'il n'y avait pas de risque de confusion avec la marque opposante CH 599'072 « FIN BEC (fig.) ».

Dans son recours contre dite décision sur opposition, le recourant fait valoir, à titre principal, que la marque attaquée est frappée d'un motif absolu d'exclusion au sens de l'art. 2 let. a de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM, RS 232.11). Il expose en effet que la marque attaquée appartient au domaine public et que c'est à tort que l'autorité inférieure a estimé qu'elle s'était imposée dans le commerce en Suisse – comme l'a constaté le Tribunal de commerce du canton de Berne dans son jugement (entré en force) du 29 janvier 2016 rendu au terme d'une procédure initiée par l'intimée – si bien qu'elle aurait dû être exclue de la protection au sens de l'art. 2 let. a LPM en lien avec l'art. 30 al. 2 let. c LPM. Aussi, le recourant considère qu'il doit avoir la possibilité, alors que la procédure d'enregistrement en est au stade de l'opposition, d'obtenir la radiation d'une marque qui a été enregistrée en dépit de son manque de protégeabilité. En d'autres termes, le recourant estime que, saisi d'un recours contre le rejet de l'opposition à l'enregistrement de la marque

attaquée, le tribunal de céans doit également examiner s'il existe des motifs absolus fondant une exclusion de la protection.

4.

Il convient donc en premier lieu d'examiner si, dans le cadre de la procédure d'opposition, l'opposant peut faire valoir des motifs absolus d'exclusion pour obtenir la radiation de la marque attaquée.

Selon l'autorité inférieure, il n'est pas possible, dans dite procédure, d'obtenir une radiation, une révocation ou une constatation de nullité d'une marque sur la base de l'art. 2 LPM. Selon l'art. 31 al. 1 LPM, l'opposition ne peut se fonder que sur des motifs relatifs d'exclusion au sens de l'art. 3 al. 1 LPM.

D'après le recourant, l'art. 31 al. 1 LPM – selon lequel « le titulaire d'une marque antérieure peut former opposition contre un nouvel enregistrement en se fondant sur l'art. 3, al. 1 » – doit être compris comme une règle relative à la qualité pour s'opposer : l'opposition doit être ouverte aux participants qui ont un intérêt, de par une certaine similitude des signes, à s'opposer. Aussi, si dite disposition permet expressément à l'opposant – et à lui seul – d'invoquer des motifs relatifs d'exclusion, elle ne l'empêche pas pour autant d'invoquer d'autres règles du droit fédéral – en particulier et *a fortiori* l'art. 2 LPM qui, lui, touche à l'intérêt public – et l'autorité d'enregistrement de les examiner.

4.1 Selon la jurisprudence, la loi s'interprète en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale). Si le texte n'est pas absolument clair, si plusieurs interprétations de celui-ci sont possibles, le juge recherchera la véritable portée de la norme en la dégageant de sa relation avec d'autres dispositions légales et de son contexte (interprétation systématique), du but poursuivi, singulièrement de l'intérêt protégé (interprétation téléologique), ainsi que de la volonté du législateur telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires (interprétation historique ; cf. ATF 135 II 416 consid. 2.2 et 134 I 184 consid. 5.1). Le Tribunal fédéral ne privilégie aucune méthode d'interprétation mais s'inspire d'un pluralisme pragmatique pour rechercher le sens véritable de la norme. Il ne s'écarte de la compréhension littérale du texte que s'il en découle sans ambiguïté une solution matériellement juste (cf. ATF 143 II 202 consid. 8.5, 142 II 80 consid. 4.1, 140 II 289 consid. 3.2 et 139 II 49 consid. 5.3.1).

4.1.1 Ainsi, l'art. 31 LPM – intitulé « Opposition » – prévoit à son alinéa premier :

« Le titulaire d'une marque antérieure peut former opposition contre un nouvel enregistrement en se fondant sur l'art. 3, al. 1 ».

L'art. 3 LPM – intitulé « Motifs relatifs d'exclusion » – prévoit à son alinéa premier :

« Sont en outre exclus de la protection:

- a. les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques;
- b. les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion;
- c. 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. »

Il ressort ainsi de la lettre de la loi que l'art. 31 al. 1 LPM se réfère expressément à l'art. 3 al. 1 LPM, à l'exclusion de toute autre disposition, en particulier l'art. 2 LPM (« motifs absolus d'exclusion »). Aussi, selon le texte de la loi, le titulaire d'une marque antérieure peut faire opposition à l'enregistrement d'une nouvelle marque uniquement sur la base de motifs relatifs d'exclusion.

4.1.2 Ensuite, sous l'angle de l'interprétation systématique, il y a lieu d'observer que la Section 2 « Procédure d'opposition » du Chapitre 3 « Enregistrement des marques » du Titre 1 « Marques » de la LPM contient les art. 31 à 34, desquels il ressort que, outre des motifs relatifs d'exclusion (art. 31 al. 1 LPM), seuls des griefs en lien avec le non-usage de la marque (opposante) peuvent être invoqués dans le cadre de la procédure d'opposition (art. 32 LPM).

De même, parmi les art. 20 à 24 de la Section 2 « Procédure d'opposition » du Chapitre 2 « Enregistrement des marques » de l'ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (OPM, RS 232.111), seul l'art. 22 OPM (« Echange d'écritures »), qui prévoit à son al. 3 que « Dans sa première réponse, le défendeur doit, le cas échéant, faire valoir le défaut d'usage de la marque de l'opposant au sens de l'art. 12, al. 1, LPM », traite des griefs pouvant être invoqués dans le cadre de la procédure d'opposition.

Il ressort ainsi d'une interprétation systématique de la loi et de son ordonnance que, dans le cadre de la procédure d'opposition, l'opposant peut se prévaloir de motifs relatifs d'exclusion et le défendeur peut invoquer le non-usage de la marque opposante. En revanche, aucune disposition ne prévoit que l'opposant peut faire valoir des motifs absolus d'exclusion.

4.1.3 L'actuelle LPM a abrogé la loi fédérale du 26 septembre 1890 concernant la protection des marques de fabrique et de commerce, des indications de provenance et des mentions de récompenses industrielles (aLMF, aRS 2 837), laquelle ne prévoyait pas de procédure d'opposition contre un nouvel enregistrement de marque. Dans son projet de loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 21 novembre 1990, le Conseil fédéral renonçait à introduire une procédure d'opposition par crainte d'imposer à l'administration « une nouvelle tâche d'une ampleur considérable » et donc de créer « un besoin de personnel supplémentaire » ainsi que de provoquer « de manière générale un gonflement de l'appareil administratif » (cf. Message du Conseil fédéral du 21 novembre 1990 concernant une loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance [Loi sur la protection des marques, LPM], FF 1991 I 1, p. 11-12). La procédure d'opposition a néanmoins été introduite au cours des débats devant les chambres (cf. BO CN 1992 397, BO CE 1992 23 ; GREGOR WILD, in : SHK 2017, art. 31 LPM n° 1 ; MICHEL MÜHLSTEIN, in : de Werra/Gilliéron [éd.], Propriété intellectuelle, Commentaire romand, 2013 [ci-après : CR PI], art. 31 LPM n° 1).

Ceci laisse à penser que la procédure d'opposition, telle que voulue par le législateur, ne devait pas avoir pour effet de surcharger l'administration, ce qui plaide en faveur d'une interprétation restrictive des motifs pouvant être soulevés dans le cadre d'une telle procédure.

4.1.4 Enfin, s'agissant du but poursuivi par l'art. 31 al. 1 LPM, il y a lieu de relever que la procédure d'opposition doit permettre d'examiner les motifs relatifs d'exclusion, lesquels ne sont pas pris en considération dans le cadre de la procédure d'enregistrement (cf. WILD, in : SHK 2017, art. 31 LPM nos 3 et 5 ; MÜHLSTEIN, in : CR PI, art. 31 LPM n° 3) ; une marque peut en effet être enregistrée même si elle est frappée d'un motif relatif d'exclusion (cf. *a contrario* art. 30 al. 2 LPM).

Il y a encore lieu de relever que la procédure d'opposition est clairement conçue comme une procédure simple, rapide et économique (cf. arrêts du TAF B-3556/2012 du 30 janvier 2013 consid. 2.2.3 "TCS/TCS" et

B-5120/2011 du 17 août 2012 consid. 5.3.2 "BEC DE FIN BEC [fig.]/FIN BEC [fig.]" ; BERNARD VOLKEN, in : David/Frick [éd.], Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3^e éd. 2017 [ci-après : BaK 2017], art. 31 LPM n^o 1, art. 32 LPM n^{os} 7 et 32 ; WILD, in : SHK 2017, art. 31 LPM n^{os} 4, 5 et 15), ce qui plaide également en faveur d'une limitation des motifs pouvant être invoqués dans le cadre de la procédure d'opposition.

4.1.5 Il résulte ainsi de l'interprétation de l'art. 31 al. 1 LPM que l'opposant ne peut se prévaloir que de motifs relatifs d'exclusion (art. 3 LPM) pour obtenir la révocation de l'enregistrement de la marque attaquée. Dite disposition exclut dès lors la possibilité pour le recourant de faire valoir notamment des motifs absolus d'exclusion (art. 2 LPM) dans le cadre de la procédure d'opposition.

Une telle interprétation de l'art. 31 al. 1 LPM ressort également de la jurisprudence et de la doctrine (cf. arrêts du TAF B-3706/2016 du 20 juillet 2018 consid. 2.5 "PUPA/Fashionpupa", B-850/2016 du 22 janvier 2018 consid. 2.3 [non publié in ATAF 2018 IV/1] "Swiss Military/Swiss Military", B-5145/2015 du 11 décembre 2017 consid. 12.2.2.2 "The SwissCellSpa EXPERIENCE [fig.]/SWISSCELL", B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 11.2.2.2 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]", B-7202/2014 du 1^{er} septembre 2016 consid. 2.2 "GEO/Geo influence", B-5120/2011 précité consid. 5.1 "BEC DE FIN BEC [fig.]/FIN BEC [fig.]" et B-7367/2010 du 9 décembre 2011 consid. 3.3 "HOFER/HÖFER FAMILY-OFFICE [fig.]" ; VOLKEN, in : BaK 2017, art. 31 LPM n^{os} 4 in fine, 35, 50 et 51, art. 32 LPM n^o 7 ; WILD, in : SHK 2017, art. 31 LPM n^o 16 ; MÜHLSTEIN, in : CR PI, art. 31 LPM n^o 29 ; LUCAS DAVID, Die Bindung des Zivilrichters ans verwaltungsrechtliche Präjudiz, sic! 2012, p. 429, p. 440).

4.1.6 Le recourant ajoute encore que, sur le plan du droit comparé, dans toute l'Europe, l'office d'enregistrement des marques a le droit d'annuler une marque lorsqu'il s'avère qu'un motif absolu d'exclusion existe et ce, tant que la procédure d'opposition n'est pas achevée.

Vu la clarté du texte et du but de l'art. 31 al. 1 LPM, le droit étranger cité par le recourant – qui n'est pas applicable en Suisse (cf. ATF 129 III 335 consid. 6) – ne saurait jouer un rôle déterminant dans l'interprétation de dite disposition, ce d'autant plus que, contrairement aux normes de droit étranger auxquelles se réfère le recourant, le droit suisse ne prévoit pas de manière expresse la possibilité de faire valoir des motifs absolus d'exclusion dans le cadre de la procédure d'opposition.

4.2 Dans tous les cas, le recourant considère que l'art. 31 al. 1 LPM ne saurait restreindre le pouvoir de cognition du Tribunal administratif fédéral dès lors que la décision d'enregistrement précédant le délai d'opposition est de toute évidence une décision incidente qui ne peut être attaquée qu'avec le rejet de l'opposition. Aussi, des motifs absolus d'exclusion doivent pouvoir être soulevés dans le cadre de la présente procédure de recours. A ce défaut, le tribunal de céans ne pourrait jamais être saisi du grief selon lequel l'autorité inférieure a violé l'art. 2 LPM, si bien que celle-ci pourrait sans le moindre contrôle enregistrer des marques frappées de nullité absolue.

Il a été établi ci-dessus que, selon l'art. 31 al. 1 LPM, l'opposant pouvait uniquement se prévaloir de motifs relatifs d'exclusion pour obtenir la révocation de l'enregistrement de la marque attaquée dans le cadre d'une procédure sur opposition. La question de savoir si la décision d'enregistrement est une décision incidente ne se pose dès lors pas.

4.3 Il convient en revanche d'examiner si, comme il le prétend, d'autres dispositions légales ou constitutionnelles permettraient au recourant de faire valoir de tels motifs contre le rejet de l'opposition.

4.3.1 Le recourant relève en effet qu'il a la qualité pour recourir devant le tribunal de céans au sens de l'art. 48 PA et peut y invoquer la violation du droit fédéral selon l'art. 49 let. a PA, soit en l'espèce l'art. 30 al. 2 let. c LPM en lien avec l'art. 2 let. a LPM, en tant que l'autorité inférieure a procédé à l'enregistrement d'un signe appartenant au domaine public et ne s'étant pas imposé dans le commerce. Le rejet de l'opposition, fondé sur l'appartenance des termes « FIN BEC » au domaine public, consacrerait en outre un abus du pouvoir d'appréciation de l'autorité inférieure dès lors qu'elle lui a nié le droit de se prévaloir d'un tel motif pour contester l'enregistrement de la marque attaquée. Aussi, le recourant considère que, saisi d'un recours, le Tribunal administratif fédéral doit examiner, en vertu de l'art. 49 let. a PA, si le droit fédéral a été correctement appliqué.

Il ressort de l'interprétation de l'art. 31 al. 1 LPM que celui-ci limite, dans la procédure d'opposition, le pouvoir de cognition de l'autorité inférieure à l'examen des motifs relatifs d'exclusion (cf. consid. 4.1.5). En cas de recours contre la décision sur opposition, le Tribunal administratif fédéral ne saurait disposer d'un pouvoir d'examen plus large que celui de l'autorité inférieure (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II : Les actes administratifs et leur contrôle, 2011 3^e éd., p. 705). L'art. 49 let. a PA – selon lequel « le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral,

y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation » – ne saurait dès lors en aucun cas permettre au tribunal de céans d'examiner un grief que la loi matérielle exclut de la cognition de l'autorité inférieure. Ainsi, le pouvoir d'examen du Tribunal administratif fédéral est en l'espèce limité par une disposition procédurale ressortant d'une loi matérielle (spéciale) qui restreint la cognition de l'autorité inférieure. Partant, le recourant ne saurait se prévaloir de motifs absolus d'exclusion sur la base de l'art. 49 let. a PA.

4.3.2 Le recourant fait également valoir que l'autorité inférieure doit, comme toute autorité, interpréter la loi d'une manière conforme aux droits fondamentaux. Or, le comportement de l'autorité inférieure et son choix de maintenir l'enregistrement de la marque verbale « FIN BEC » sont contraires à la bonne foi depuis le moment où elle a eu connaissance, à la suite du jugement du Tribunal de commerce du canton de Berne, de l'inexistence de l'imposition de la marque attaquée dans le commerce en Suisse et donc du caractère erroné de cet enregistrement. Un tel enregistrement serait en outre susceptible d'induire en erreur toute personne qui consulte de bonne foi le registre des marques avant de former sa propre marque. La révocation de l'enregistrement de la marque attaquée pourrait ainsi, selon le recourant, également se fonder directement sur les art. 5 al. 3 et 9 Cst.

Il ressort très clairement de l'art. 31 al. 1 LPM que la procédure d'opposition vise à examiner s'il existe des motifs relatifs d'exclusion de la protection de la marque attaquée (cf. consid. 4.1.5). Aussi, si dite norme ne prévoit pas, dans le cadre de la procédure d'opposition, un nouvel examen des motifs absolus d'exclusion, le tribunal de céans ne saurait faire fi de la volonté absolument claire du législateur et procéder audit réexamen dès lors qu'une telle manœuvre reviendrait à contourner l'immunité des lois fédérales instaurée par l'art. 190 Cst. qui contraint les autorités à appliquer les lois fédérales même si elles s'avèrent contraires à la Constitution (cf. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. I [L'Etat], 3^e éd. 2013, n° 1489 ; ERNST A. KRAMER, Juristische Methodenlehre, 5^e éd. 2016, p. 109-110, p. 124-125 ; ATF 133 II 305 consid. 5.2, 129 II 249 consid. 5.4).

4.3.3 Le recourant a encore fait valoir, au cours de sa plaidoirie, que l'art. 29a Cst. ouvrait une voie de droit contre toutes les décisions administratives dès lors qu'il permettait le contrôle par un juge de l'activité de l'administration. Le Tribunal administratif fédéral aurait dès lors le droit d'examiner l'existence de motifs absolus d'exclusion lorsqu'il est saisi d'un

recours contre le rejet d'une opposition, ce que l'art. 31 al. 1 LPM – antérieur à l'art. 29a Cst. – ne saurait empêcher.

L'art. 29a Cst. prévoit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels ». Cette disposition vise à assurer une protection judiciaire générale contre les actes de l'administration (cf. Message du 20 novembre 1996 relatif à une nouvelle Constitution fédérale, FF 1997 I 1, spéc. 511 ss). Par autorité judiciaire, il faut entendre une autorité qui remplit les exigences, notamment d'indépendance et d'impartialité, prévues par l'art. 30 Cst., et qui dispose d'un pouvoir d'examen complet des faits et du droit. L'idée est donc de généraliser la voie du recours à un juge dans les domaines où un tel recours n'existe pas actuellement, c'est-à-dire pour les litiges qui, aujourd'hui encore, relèvent d'une autorité administrative (non judiciaire) qui tranche définitivement ou, du moins, dont la décision ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel complet (cf. JEAN-FRANÇOIS AUBERT/PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, art. 29a, p. 276). Le droit d'accès aux tribunaux confère ainsi à chaque justiciable le droit de se prévaloir des recours judiciaires existants. Il postule cependant également que l'Etat crée les tribunaux nécessaires pour connaître de tous les types de litiges susceptibles de survenir (cf. ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, vol. II Les droits fondamentaux, 3^e éd. 2013, p. 565).

Si le Tribunal administratif fédéral ne constitue pas, en application d'une loi fédérale explicite, une telle voie de droit lorsqu'il est saisi d'un recours contre une décision sur opposition (cf. WILD, in : SHK 2017, art. 31 LPM n° 16 ; cf. arrêt du TAF B-7202/2014 précité consid. 2.2 "GEO/Geo influence"), des moyens de droit existent néanmoins pour contester l'enregistrement erroné d'une marque.

4.3.3.1 Un recours aux juridictions civiles reste en effet en tout temps possible pour faire constater la nullité de l'enregistrement d'une marque (cf. art. 52 LPM ; VOLKEN, in : BaK 2017, art. 31 LPM n° 51 *in fine*), ce que le recourant ne conteste d'ailleurs pas. En effet, celles-ci peuvent examiner si l'enregistrement d'une marque est conforme au droit et, en particulier, à l'art. 2 LPM (cf. ; STEFAN FRAEFEL, in : BaK 2017, art. 30 LPM n° 29 ; DAVID ASCHMANN, in : SHK 2017, art. 2 let. a LPM n° 58 ; ATF 87 I 397 consid. 4 ; décision de la CREPI MA-RS 02/03 du 4 mars 2004, sic! 2004, p. 784, consid. 4 "Rice Krispies") et, le cas échéant, ordonner à l'autorité inférieure

de radier l'enregistrement d'une marque frappée de nullité absolue (cf. art. 35 let. c LPM).

Or, une telle injonction ne figure en l'espèce pas dans le jugement du Tribunal de commerce du canton de Berne du 29 janvier 2016 ; celui-ci ne constate pas la nullité de l'enregistrement de la marque attaquée et n'ordonne pas à l'autorité inférieure de procéder à sa radiation. Peu importe à cet égard, comme le soulève le recourant, que le Tribunal de commerce du canton de Berne ait, après une instruction approfondie, catégoriquement nié l'imposition de la marque attaquée dans le commerce et que l'intimée ait demandé la suspension de la procédure d'opposition jusqu'à droit connu sur l'action civile. Ce n'est en effet que si – à la suite du dépôt de conclusions reconventionnelles en ce sens (ce qui n'a pas été fait) – l'enregistrement de la marque attaquée avait été déclaré nul par le juge civil que l'autorité inférieure aurait dû radier cet enregistrement en application de l'art. 35 let. c LPM. La procédure d'opposition serait alors devenue sans objet.

Un moyen de droit permettant d'obtenir la radiation de l'enregistrement erroné d'une marque existe donc bel et bien, de sorte qu'il ne se justifie nullement, en application de l'art. 29a Cst., de prendre en considération, dans le cadre de la procédure d'opposition, des motifs absolus d'exclusion à l'encontre de la marque attaquée. Il n'y a donc en l'espèce pas de défaut de contrôle judiciaire des décisions de l'autorité inférieure d'enregistrement d'une marque. Le fait que la voie civile soit plus longue et plus onéreuse que la voie administrative n'est pas pertinent.

4.3.3.2 En outre, il y a lieu de relever que la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral n'exclut pas fondamentalement la possibilité, pour un tiers, de soulever des motifs absolus d'exclusion par la voie du recours contre la décision d'enregistrement d'une marque (cf. arrêt du TAF B-6003/2012 du 18 février 2014 consid. 1.5 "YACHT CLUB ST. MORITZ" ; voir également : arrêt du TAF B-7506/2006 du 21 mars 2007 consid. 8 "[Karomuster] [fig.]/[Karomuster] [fig.]" ; VOLKEN, in : BaK 2017, art. 31 LPM n° 51 ; MARKUS KAISER, sic! 2007, p. 866-867 ; MARKUS KAISER, Anmerkung, sic! 2014, p. 543 ss).

Contrairement à ce qu'a soutenu le recourant lors de sa plaidoirie, l'art. 32 al. 2 let. a LTAF ne fait par ailleurs nullement obstacle à un recours contre la décision d'enregistrement.

Celui-là prévoit que :

« le recours est également irrecevable contre :

a. les décisions qui, en vertu d'une autre loi fédérale, peuvent faire l'objet d'une opposition ou d'un recours devant une autorité précédente au sens de l'art. 33, let. c à f »

L'art. 32 al. 2 let. a LTAF énonce le principe de l'épuisement des instances : le recours au Tribunal administratif fédéral n'est ouvert que lorsque d'éventuelles possibilités d'opposition ou de recours sont épuisées. Une possibilité préalable d'opposition ou de recours doit découler d'une loi spéciale (cf. Message du 28 février 2001 concernant la révision totale de l'organisation judiciaire fédérale p. 4186).

L'opposition constitue un moyen de droit ordinaire qui a pour effet de contraindre l'autorité qui a rendu la décision attaquée à se prononcer à nouveau sur l'affaire. Un recours n'est alors ouvert que contre la décision sur opposition (cf. THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2^e éd. 2018, p. 434 ss). L'opposition a un effet suspensif et un effet dévolutif complet. Saisie d'un tel moyen de droit, l'autorité réexamine en effet librement sa décision, en fait et en droit, et statue à nouveau avec le même pouvoir d'examen qu'auparavant (cf. BENOÎT BOVAY, Procédure administrative, 2^e éd. 2015, p. 436).

Or, il y a lieu d'admettre que la procédure d'opposition prévue à l'art. 31 al. 1 LPM n'est pas un moyen de droit ordinaire au sens de ce qui précède. En effet, l'opposition n'est pas ouverte au déposant, destinataire de la décision attaquée, mais à un tiers, titulaire d'une marque antérieure, et ne vise pas un réexamen par l'autorité inférieure des conditions d'enregistrement de la marque attaquée (art. 2 LPM) mais a pour but de permettre au titulaire d'une marque antérieure de faire valoir un risque de confusion (art. 3 LPM), ce qui n'est pas déjà examiné dans la décision d'enregistrement (cf. consid. 4.1.4). Le pouvoir d'examen de l'autorité inférieure n'est donc pas le même dans la procédure d'opposition. Il s'ensuit que les motifs absolus d'exclusion ne peuvent pas faire l'objet d'un réexamen par l'autorité inférieure dans le cadre d'une procédure d'opposition. En tant qu'elle porte sur l'examen des conditions présidant à l'enregistrement de la marque, la décision d'enregistrement n'est donc pas sujette à opposition au sens de l'art. 32 al. 2 let. a LTAF (cf. à cet égard arrêt du TAF B-6003/2012 précité "YACHT CLUB ST. MORITZ").

Quoi qu'il en soit, le recourant n'a en l'espèce pas attaqué la décision d'enregistrement de la marque de l'intimée, publiée le 30 janvier 2013 dans Swissreg, auprès du tribunal de céans dans le délai légal (cf. art. 50 al. 1 PA).

5.

Le recourant fait encore valoir que l'autorité inférieure aurait dû radier l'enregistrement de la marque attaquée sur la base de l'art. 32 al. 2 OPM, lequel lui permet de rectifier d'office des erreurs affectant l'enregistrement lorsque l'erreur lui est imputable. De même, il soutient que la décision d'enregistrement, qui se fonde sur un état de fait erroné, selon lequel la marque attaquée se serait imposée dans le commerce en Suisse, doit pouvoir faire l'objet d'une révocation, d'une révision ou d'une reconsidération.

Il a été exposé ci-dessus que des motifs absolus d'exclusion ne pouvaient être invoqués dans le cadre de la procédure d'opposition. Le tribunal de céans n'a dès lors pas à examiner si la décision d'enregistrement de la marque attaquée aurait dû être radiée sur la base de l'art. 32 al. 2 OPM ou révoquée pour le motif qu'elle ne se serait pas imposée sur le marché suisse au sens de l'art. 2 let. a *in fine* LPM.

6.

En conclusion, il n'existe *de lege lata* pas de base légale permettant à l'autorité inférieure, respectivement au Tribunal administratif fédéral, d'annuler, dans le cadre de la procédure d'opposition, l'enregistrement d'une marque frappée de nullité absolue au sens de l'art. 2 LPM. Or, l'activité de l'Etat doit reposer sur une base légale (cf. art. 5 al. 1 Cst.) ; contrairement à ce que considère le recourant, ce n'est pas parce que la LPM n'interdit pas expressément à l'autorité inférieure de tenir compte d'un motif absolu d'exclusion lorsqu'elle en a connaissance qu'elle est pour autant autorisée à procéder sans autre à la radiation de l'enregistrement d'une marque nulle.

7.

Les motifs absolus d'exclusion ne pouvant ainsi nullement être pris en considération dans la présente procédure d'opposition, il s'agit donc à présent uniquement d'examiner s'il existe des motifs relatifs d'exclusion justifiant de révoquer en tout ou partie l'enregistrement de la marque attaquée.

7.1 L'art. 3 al. 1 let. c LPM exclut 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.

7.2 Dans la mise en œuvre de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, il s'agit tout d'abord de définir à quels consommateurs les produits et/ou les services en cause sont destinés (consid. 7.2.1) ainsi que le degré d'attention dont ces consommateurs font preuve (consid. 7.2.2 ; cf. arrêt du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 3.1-3.1.2 "[fig.]/ENAGHR [fig.]").

7.2.1 Sont déterminants les cercles de consommateurs auxquels s'adressent les produits et/ou les services concernés par la marque opposante et la marque attaquée (cf. arrêt du TAF B-5119/2014 du 17 mars 2016 consid. 4.1 "VISUDYNE/VIVADINE").

7.2.2 S'agissant du degré d'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 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 (cf. arrêt du TAF B-6770/2007 du 9 juin 2008 consid. 7.2 "Nasacort/Vasocor" ; IVAN CHERPILLOD, *Le droit suisse des marques*, 2007, p. 110 ; EUGEN MARBACH, *Markenrecht*, in : von Büren/David [édit], *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, vol. III/1, 2^e éd. 2009, n° 995 ss).

7.2.3 Selon la décision attaquée, les produits de la classe 33 sont des produits de consommation relativement courante, destinés aussi bien au grand public qu'à des spécialistes, raison pour laquelle il faut s'attendre à un degré d'attention et à une capacité de distinction moyens de la part des consommateurs. Les parties ne le contestent pas.

7.3 Il convient ensuite d'examiner, du point de vue des cercles de consommateurs déterminants, s'il existe une similarité entre les produits en cause.

7.3.1 Des produits ou des services sont similaires lorsque les cercles de consommateurs concernés peuvent être amenés à penser que les produits

vendus ou les services offerts sous des marques identiques ou similaires proviennent de la même entreprise ou seraient, du moins, produits ou offerts sous le contrôle du titulaire de la marque par des entreprises liées. Sont des indices en faveur de la similarité de produits les mêmes lieux de production, le même savoir-faire spécifique, des canaux de distribution semblables, les cercles de consommateurs semblables, un but d'utilisation semblable, la substituabilité des produits, un champ d'application technologique semblable de même que le rapport entre accessoire et produit principal. L'appartenance des produits revendus à la même classe internationale selon la Classification de Nice ne suffit pas pour les déclarer similaires mais constitue néanmoins un indice à prendre en compte (cf. arrêts du TAF B-1494/2011 du 2 mai 2012 consid. 3.2 "Marcuard Heritage" et B-3064/2010 du 26 octobre 2010 consid. 5 "[fig.]/[fig.]" ; EUGEN MARBACH, SIWR, n^{os} 817 ss ; LUCAS DAVID, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2^e éd. 1999, art. 3 LPM n^{os} 8 et 35).

7.3.2 Selon la décision attaquée, les produits sont identiques s'agissant des « vins de provenance valaisanne » et fortement similaires pour les autres produits, à savoir les « vins », ces produits ayant en effet les mêmes canaux de distribution et pouvant être considérés comme étant interchangeables. Cette appréciation est bien fondée ; les parties ne la contestent d'ailleurs pas.

7.4 Vu l'identité, respectivement la forte similarité, des produits en cause, il convient maintenant de déterminer, du point de vue des cercles de consommateurs déterminants (consid. 7.2.3), s'il existe une similarité entre les signes "FIN BEC (fig.)" et "FIN BEC".

7.4.1 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 ne perçoit en général pas les deux signes simultanément et que celui des deux qu'il voit ou entend 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, SIWR, n^o 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.]" ; RALPH SCHLOSSER/CLAUDIA MARADAN, in : de Werra/Gilliéron [édit.], Propriété intellectuelle, Commentaire romand, 2013 [ci-après : Schlosser/Maradan,

CR], art. 3 LPM n° 30). Les éléments d'une marque qui sont faibles ou qui appartiennent au domaine public ne doivent cependant 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 TF 4C.258/2004 du 6 octobre 2004 consid. 4.1 "YELLO/Yellow Access AG" ; SCHLOSSER/MARADAN, CR, art. 3 LPM n° 60). 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" ; GALLUS JOLLER, in : Noth/Bühler/Thouvenin [édit.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2009 [ci-après : SHK], art. 3 LPM n° 122 ss).

7.4.2 Dans le cas d'une collision entre des signes combinant des éléments verbaux et figuratifs, il n'existe pas de règles absolues permettant d'établir lesquels de ces éléments l'emportent sur les autres dans le cadre de l'examen de l'impression d'ensemble qui se dégage des signes. Il s'agit donc de déterminer dans chaque cas l'élément qui a le plus d'influence sur le signe concerné (cf. MARBACH, SIWR, n° 930 et réf. cit.). Une similarité des éléments caractéristiques – verbaux ou figuratifs – ne peut être compensée par une dissemblance entre des 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 différence claire entre les éléments caractéristiques respectifs est apte à éviter une similarité des signes (cf. SCHLOSSER/MARADAN, Commentaire romand, 2013, art. 3 LPM no 104 ; arrêt du TAF B-461/2013 du 21 janvier 2015 consid. 9.1 "SPORTS [fig.]/zoo sport [fig.]").

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", 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, SIWR, n° 875 ; DAVID, Kommentar, op. cit., art. 3 LPM no 17). 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 (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc "Securitas", 122 III 382 consid. 5a "Kamillosan").

7.4.3 Dans sa décision, l'autorité inférieure a considéré que la marque opposante est une marque combinée se composant d'une partie verbale « FIN BEC » agrémentée d'un élément graphique stylisé représentant une branche et quatre oiseaux de petite taille. La marque attaquée est en revanche une marque verbale.

Sur les plans visuel et phonétique, l'autorité inférieure considère que les signes en cause concordent parfaitement sur leurs parties verbales respectives. Ils se démarquent principalement par la présence dans le signe opposant d'éléments graphiques particuliers. Toutefois, ces éléments additionnels ne seraient pas en mesure d'occulter la présence de la combinaison « FIN BEC » clairement perceptible ni de reléguer au second plan cette expression dans l'impression d'ensemble du signe opposant.

Sur le plan sémantique, l'autorité inférieure estime que les éléments graphiques ne confèrent pas au signe opposant un sens qu'on ne retrouverait pas dans la marque contestée. La combinaison « FIN BEC » sera perçue de la même manière dans les marques en opposition, soit comme une expression usuelle indiquant « un gourmet, un gastronome ». En tout état de cause, elle retient que la reprise d'éléments essentiels pour l'impression d'ensemble engendre une similarité des signes et est de nature à fonder un risque de confusion.

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.

7.5 En vue de l'examen du risque de confusion entre les marques en cause (consid. 7.6), il convient enfin de déterminer l'étendue du champ de protection de la marque opposante « FIN BEC (fig.) ».

7.5.1 Le champ de protection d'une marque dépend de sa force distinctive. Il est plus restreint pour les marques faibles que pour les marques fortes et des différences 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 TF 4A_207/2010 du 9 juin 2011 consid. 5.1 "R RSW Rama Swiss Watch (fig.) / RAM Swiss Watch AG" ; MARBACH,

SIWR, n° 981). 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").

7.5.2 Pour juger si un signe est descriptif (et donc faible), il convient de déterminer, en lien avec les produits et/ou les services auxquels il est destiné (cf. arrêts du TAF B-6927/2015 du 8 décembre 2016 consid. 7.1 "SENSOREADY/Sensigo" et B-6137/2013 du 18 juin 2015 consid. 6.3 "TERRA/VETIA TERRA"), la signification de chacun de ses éléments et d'examiner ensuite si leur combinaison donne un sens logique pouvant être compris par les milieux intéressés, sans effort intellectuel ou imaginaire particulier, comme une dénomination générique. Des associations d'idées ou des allusions qui n'ont qu'un rapport éloigné avec le produit ou le service concerné ne sont donc pas suffisantes pour admettre qu'une désignation est descriptive (cf. arrêts du TAF B-5467/2011 du 20 février 2013 consid. 7.1.1-7.1.2.2 "NAVITIMER/Maritimer" et B-1700/2009 du 11 novembre 2009 consid. 6.1 "OSCILLOCOCCINUM/Anticoccinum").

7.5.3 Selon l'autorité inférieure et le recourant, la combinaison « FIN BEC » est descriptive en relation avec les produits revendiqués par la marque opposante. Celle-ci ne détient par ailleurs pas de force distinctive suffisante lui permettant d'étendre son champ de protection aux éléments relevant du domaine public. Elle ne jouit dès lors que d'une très faible protection.

L'intimée considère en revanche que la qualification des termes « FIN BEC » comme signe du domaine public n'est pas évidente pour une grande majorité des consommateurs de vin en Suisse. En effet, qu'il soit germanophone, italoophone ou francophone, un consommateur ne verra pas dans la désignation « FIN BEC » de signification directement reconnaissable en lien avec le vin.

7.5.4 Le Tribunal administratif fédéral a déjà eu l'occasion de se prononcer sur la force distinctive de la combinaison « FIN BEC » en relation avec les produits de la classe 33. Il a ainsi retenu que cette expression de la langue française serait comprise dans le sens de "gourmet" et serait perçue comme un renvoi descriptif et laudatif aux destinataires des produits ; par réflexion, elle qualifierait les produits comme étant fins. Il a admis que, considérés seuls, ces éléments relevaient à ce titre du domaine public

(cf. arrêt du TAF B-5120/2011 précité "BEC DE FIN BEC [fig.]/FIN BEC [fig.]" consid. 11). Il n'y a en l'occurrence aucun motif de s'écarter de cette jurisprudence.

En l'espèce, le caractère distinctif de la marque opposante procède de ses éléments graphiques stylisés – représentant une branche et quatre oiseaux de petite taille. Ceux-là n'exercent cependant qu'une influence minimale sur la force distinctive de la marque opposante qui, dans son ensemble, doit être qualifiée de faible.

7.6 Le Tribunal administratif fédéral se doit enfin de déterminer s'il existe un risque de confusion entre les marques en cause.

7.6.1 Selon l'autorité inférieure, la seule concordance sur les éléments « FIN BEC », relevant du domaine public, n'est pas de nature à fonder un risque de confusion et les divergences graphiques entre les signes suffisent en l'espèce à les différencier.

Relevant qu'il n'est évidemment pas interdit à l'intimée d'employer le terme descriptif « FIN BEC », qui est à disposition de tous, le recourant conteste en revanche qu'elle puisse enregistrer uniquement le terme « FIN BEC » car cette expression isolée risque de donner l'impression à un consommateur que le produit portant ce signe banal a un lien avec une marque originale contenant cette expression, à savoir la marque opposante.

Quant à l'intimée, elle relève qu'elle dispose d'une série de marques de vin « FIN BEC » utilisées de manière ininterrompue – et antérieures à la marque opposante – et que, contrairement à ce qu'a retenu le Tribunal de commerce de canton de Berne, la marque verbale « FIN BEC » s'est imposée dans le commerce en Suisse comme étant la sienne. Elle ajoute encore que la marque opposante est représentée par l'indication « FIN BEC » avec un élément figuratif, soit des branches d'arbre et des oiseaux. Quant à la marque attaquée, d'autres éléments sont mis en évidence sur les étiquettes de vin, à savoir différentes espèces d'oiseaux, ce qui pourrait laisser à penser que « FIN BEC » se rapporte à un bec d'oiseau. Aussi, il doit être nié que les cercles des consommateurs pertinents puissent être induits en erreur s'agissant du producteur effectif des vins portant le signe « FIN BEC ».

7.6.2 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 LPM),

de manière à ce qu'une individualisation des produits ou des services, voire de leur provenance commerciale, soit rendue possible. Il y a dès lors un risque de confusion lorsqu'un signe plus récent porte atteinte à la fonction distinctive d'une marque antérieure (cf. art. 6 LPM).

Une telle atteinte existe lorsqu'il faut craindre que les milieux intéressés soient induits en erreur par la ressemblance des signes et que les offres portant l'un ou l'autre signe soient associées au faux détenteur de la marque (risque de confusion direct). Une telle atteinte existe aussi lorsque le public distingue les deux signes mais présume, en raison de leur ressemblance, de l'existence de rapports qui n'existent pas, notamment en pensant à des marques de série qui désignent différentes lignes de produits ou de services 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", 119 II 473 consid. 2c "Radion" et 122 III 382 consid. 1 "Kamillosan").

7.6.3 L'appréciation du risque de confusion ne s'effectue pas en comparant abstraitement les signes mais en tenant compte de toutes les circonstances du cas concret (cf. ATF 122 III 382 consid. 1 "Kamillosan"). Il convient ainsi de prendre en considération la similarité aussi bien des signes (cf. consid. 7.4.3) que des produits ou des services pour lesquels ils sont enregistrés (cf. consid. 7.3.2). 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 TAF B-4260/2010 du 21 décembre 2011 consid. 5.1 "Bally/BALU [fig.]" ; DAVID, Kommentar, op. cit., art. 3 LPM n° 8). Entrent également en ligne de compte le degré d'attention dont font preuve les destinataires des produits ou des services en cause (consid. 7.2.3 ; cf. arrêt du TAF B-7352/2008 du 17 juin 2009 consid. 6.1-6.2 "TORRES/TORRE SARACENA") et l'étendue du champ de protection de la marque opposante (cf. consid. 7.5.4). Il convient encore de préciser que l'examen du risque de confusion doit se fonder sur les marques telles qu'elles sont enregistrées et non pas telles qu'elles sont utilisées (cf. arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 7.3.1.1 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]" et B-159/2014 du 7 octobre 2016 consid. 9.1.2 "BELVEDERE/CA' BELVEDERE AMARONE [fig.]" ; SCHLOSSER/MARADAN, in : CR PI, art. 3 LPM nos 26-28).

7.6.4 Le champ de protection d'une marque (opposante) 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 marque ne saurait en effet permettre à son titulaire d'empêcher à des tiers l'utilisation d'éléments appartenant au domaine public (cf. arrêts du TAF B-2208/2016 du 11 décembre 2018 consid. 11.3.1.1 "SKY/SKYFIVE" et B-1481/2015 du 9 mai 2017 consid. 11.3.2.1 "ice watch [fig.]/NICE watch [fig.]"). Une seule concordance sur de tels éléments entre deux marques opposées n'est dès lors en principe pas de nature à fonder un risque de confusion (cf. arrêts du TAF B-6249/2014 du 25 juillet 2016 consid. 9 "Campagnolo [fig.]/F.LLI Campagnolo [fig.]" et B-4026/2015 du 19 juillet 2016 consid. 5.5 "HEIMAT ONLINE und DH DIE HEIMAT.CH/DIE HEIMAT EINE PUBLIKATION DER LZ MEDIEN" ; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in : BaK 2017, art. 3 LPM n^{os} 72-73 ; SCHLOSSER/MARADAN, in : CR PI, art. 3 LPM n^o 58).

7.6.5 En l'espèce, attendu que la marque opposante « FIN BEC (fig.) » est faible (cf. consid. 7.5.4) et que les signes en litige n'ont en commun que l'expression "FIN BEC" relevant du domaine public, il convient d'admettre que les éléments graphiques de la marque opposante suffisent à la distinguer de la marque attaquée et à écarter tout risque de confusion et ce, malgré l'identité, respectivement la forte similarité, des produits en cause, comme l'a retenu à raison l'autorité inférieure.

8.

Le recourant a requis la production du dossier du Tribunal de commerce du canton de Berne ayant abouti au jugement du 29 janvier 2016.

Il a également sollicité la production de pièces « dont l'accès lui a été refusé par l'autorité inférieure », sans préciser de quelles pièces il s'agissait. Or, dans ses écritures, l'intimée a indiqué s'opposer à ce que les données confidentielles qu'elle a fournies tant à l'autorité inférieure dans le cadre de la procédure d'enregistrement de sa marque qu'au Tribunal de commerce du canton de Berne soient communiquées au recourant. Aussi, il convient d'admettre que les offres de preuves du recourant portent sur des pièces contenues dans le dossier de l'autorité inférieure relatif à l'enregistrement de la marque attaquée.

Ceci étant, il s'avère que l'ensemble de ces offres de preuves tendent à établir que la marque attaquée est frappée d'un motif absolu d'exclusion en tant qu'elle appartiendrait au domaine public et ne se serait pas imposée dans le commerce. Or, il a été exposé plus haut que de tels motifs ne pouvaient pas être invoqués à l'encontre de la marque attaquée dans le cadre de la procédure d'opposition (cf. consid. 6).

Il s'ensuit que les offres de preuves formulées par le recourant doivent être rejetées en tant qu'elles portent sur l'établissement de faits non pertinents pour l'issue du litige.

9.

Sur le vu de l'ensemble de ce qui précède, le recours doit être rejeté.

10.

Les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, sont mis à la charge de la partie qui succombe (cf. art. 63 al. 1 1^{ère} phrase 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]).

En l'espèce, les frais de procédure – qui comprennent également ceux relatifs à la tenue de l'audience de débats publics requise par le recourant et arrêtés à 1'000 francs – sont fixés à 5'500 francs et mis à la charge du recourant qui succombe. Ceux-ci sont prélevés sur l'avance de frais de 4'500 francs versée par le recourant le 12 juin 2017. Le solde de 1'000 francs devra être acquitté par le recourant sur le compte du tribunal, au moyen du bulletin de versement annexé, dans les 30 jours à compter de la notification du présent arrêt.

11.

L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). Aucun dépens ne sont alloués pour la procédure devant l'autorité inférieure (cf. art. 64 PA ; ATF 132 II 47 consid. 7). Les dépens comprennent notamment les frais de représentation (cf. art. 8 al. 1 FITAF), lesquels englobent en particulier les honoraires d'avocat (cf. art. 9 al. 1 let. a FITAF). Ils 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 200 francs au moins et de 400 francs au plus (art. 10 al. 2 FITAF). Les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations ; à défaut, le tribunal fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 FITAF).

En l'espèce, l'intimée, qui obtient entièrement gain de cause à l'issue du présent arrêt et qui est représentée par un mandataire, dûment légitimé par procuration, a droit à des dépens. L'intervention de celui-ci – pour

laquelle il n'a pas produit de note de frais mais requiert néanmoins l'allocation d'une indemnité de dépens d'un montant de 7'500 francs – a, pour l'essentiel, impliqué le dépôt d'une réponse de 8 pages, d'une duplique de 4 pages, ainsi qu'une participation aux débats publics. Compte tenu de l'ampleur et de la complexité de la cause, il se justifie d'allouer à l'intimée une indemnité équitable de dépens de 3'000 francs et de mettre celle-ci à la charge du recourant (cf. art. 64 al. 2 PA).

Dès lors qu'il succombe, le recourant n'a, pour sa part, pas droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA en lien avec art. 7 al. 1 FITAF) ni non plus l'autorité inférieure (cf. art. 7 al. 3 FITAF).

12.

Le recours en matière civile au Tribunal fédéral n'étant pas recevable contre les décisions en matière d'opposition à l'enregistrement d'une marque (cf. art. 73 LTF), le présent arrêt est définitif (cf. arrêt du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 16 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]").

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de 5'500 francs, sont mis à la charge du recourant. Ils sont prélevés sur l'avance de frais de 4'500 francs déjà prestée. Le solde de 1'000 francs devra être versé sur le compte du tribunal dans les 30 jours à compter de la notification du présent arrêt.

3.

Une indemnité de dépens, d'un montant de 3'000 francs, est allouée à l'intimée et mise à la charge du recourant.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- au recourant (recommandé ; annexes : bulletin de versement et pièces en retour)
- à l'intimée (recommandé ; annexes : pièces en retour)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 13021 ; recommandé ; annexe : dossier en retour)

La présidente du collège :

La greffière :

Vera Marantelli

Muriel Tissot

Expédition : 14 avril 2020