

Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-1698/2007/scl
{T 0/2}

Arrêt du 26 février 2008

Composition

Bernard Maitre (président de cour), Claude Morvant,
David Aschmann, juges,
Vanessa Thalmann, greffière.

Parties

X. _____,
représentée par Katzarov SA,
recourante,

contre

Y. _____,
représentée par Kirker & Cie SA,
intimée,

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

Objet

Procédure d'opposition n° 8064, 8065 IR 735'579
MOSKOVSKAYA et IR 740'338 moskovskaya (fig.) /
IR 858'764 (fig.).

Faits :**A.**

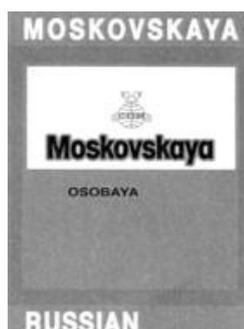
L'enregistrement de la marque internationale n° 858'764 (fig. ; en écriture cyrillique, translittération : MOSKOVSKY [ci-après : la marque attaquée]), fondé sur un enregistrement de base français du 24 juin 2005, a été publié le 6 octobre 2005 dans la Gazette OMPI des marques internationales n° 35/2005. Il revendique la protection en Suisse des produits de la classe 33 suivants : *eau-de-vie d'appellation d'origine contrôlée "Cognac"*.

**B.**

Le 1^{er} février 2006, X._____ (ci-après : l'opposante) a formé opposition contre l'enregistrement précité auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (ci-après : l'Institut fédéral ou l'IPI) en se fondant sur ses marques internationales :

- n° 735'579 "MOSKOVSKAYA" (ci-après : la marque opposante 1), qui est admise en Suisse notamment pour les produits suivants de la classe 33 : *Boissons alcooliques (à l'exception des bières), vodka ; spiritueux. Tous ces produits précités de provenance russe.*

- n° 740'338 "moskovskaya" (fig. ; ci-après : la marque opposante 2), qui est admise en Suisse notamment pour les produits suivants de la classe 33 : *Boissons alcooliques (à l'exception des bières), vodka ; boissons spiritueuses. Tous les produits précités de provenance russe.*



C.

L'Institut fédéral a émis un refus provisoire total de protection en Suisse de la marque attaquée pour tous les produits revendiqués.

D.

Invitée à se prononcer sur l'opposition, Y._____ (ci-après : la défenderesse) a conclu au rejet de l'opposition, sous suite de frais et dépens, au terme de sa réponse du 26 octobre 2006. Elle a en premier lieu relevé que les produits pourraient être qualifiés de similaires, mais que la marque attaquée ne concernait qu'une "eau de vie d'appellation contrôlée «Cognac»", de sorte qu'elle était enregistrée pour un produit bien spécifique. Selon elle, si l'on compare les graphismes respectifs de la marque attaquée et de la marque opposante 2, on s'aperçoit que le graphisme de cette dernière n'est composé que de formes géométriques simples, soit un rectangle inclus dans un autre rectangle. Elle estima que la marque attaquée était plus élaborée, compte tenu de la forme globale de l'étiquette, des couleurs, des armoiries de la ville de Moscou et de tous les éléments décoratifs ajoutés. Elle alléguait que tous ces éléments formaient un tout facilement mémorisable et reconnaissable pour le consommateur final, alors que l'élément verbal en caractères cyrilliques était indéchiffrable, imprononçable et incompréhensible pour le consommateur suisse moyen, si bien qu'il ne pouvait être considéré comme l'élément principal de la marque.

E.

Par décision du 1^{er} février 2007, l'Institut fédéral a rejeté les oppositions n^{os} 8064 et 8065 contre l'enregistrement international n^o 858'764 (fig.).

L'IPI a tout d'abord admis l'identité des produits en présence, motif pris que, dans la mesure où l'eau-de-vie est une boisson alcoolique, elle est comprise dans les produits revendiqués par les marques opposantes en classe 33.

S'agissant de la comparaison des signes en présence, l'Institut fédéral a dans un premier temps comparé la marque opposante 1 à la marque attaquée. Selon l'IPI, il s'agit d'une marque purement verbale et d'une marque figurative complexe composée d'une multitude d'éléments graphiques et de couleurs. Dès lors, les signes en confrontation ne présenteraient pas de similarité. Il a relevé que, sur le plan

phonétique, la marque attaquée composée de lettres en écriture cyrillique était imprononçable si bien qu'elle ne pouvait être mise en parallèle avec la marque opposante 1 qui, elle, était prononçable et identifiable. Selon lui, les lettres en écriture cyrillique ne seront pas comprises par le consommateur suisse moyen qui les percevra comme des éléments graphiques à l'instar d'écritures asiatiques, tels que des signes en langues japonaise ou chinoise. Il a rappelé sa pratique en la matière qui consiste à enregistrer les lettres d'alphabets étrangers pour autant qu'elles ne soient pas de nature descriptive et a ajouté que les écritures inhabituelles en Suisse (comme les idéogrammes des écritures chinoise ou japonaise ou les caractères cyrilliques) sont traitées comme des signes figuratifs. Il en a conclu qu'il n'y avait pas de similarité entre la marque opposante 1 et la marque attaquée.

Dans un deuxième temps, l'Institut fédéral a comparé la marque opposante 2 à la marque attaquée en reprenant pour l'essentiel le raisonnement tenu pour la marque opposante 1. Il a souligné que l'unique différence consistait en la présence d'éléments verbaux supplémentaires ("Moskovskaya", "OSOBAYA", "RUSSIAN") et d'éléments graphiques de peu d'importance (cadre blanc, symbole, disposition des éléments verbaux). Selon lui, les différences phonétiques, visuelles et sémantiques relevées par rapport à la marque opposante 1 valent également pour la marque opposante 2 et sont même renforcées en raison de la présence d'éléments divergents supplémentaires. Il en a ainsi conclu qu'il n'y avait pas non plus de similarité entre la marque opposante 2 et la marque attaquée.

Les marques en présence n'étant pas similaires, l'IPI a considéré que, malgré l'identité des produits, il n'existait pas de risque de confusion.

F.

Par écritures du 2 mars 2007, mises à la poste le 5 mars 2007, X._____ (ci-après : la recourante) recourt contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant à son annulation, à l'admission du recours, au refus total de la marque internationale n° 858'764 à la protection en Suisse, sous suite de frais et dépens à la charge de l'intimée.

A l'appui de ses conclusions, la recourante fait valoir que ses deux marques sont très connues dans le domaine des boissons alcooliques

et qu'elles ont définitivement et manifestement acquis une grande notoriété et jouissent d'une haute réputation et estime dans le public auprès duquel elles ont remporté un très vif succès en devenant une référence en tant que label et symbole d'un produit de très grande qualité. Elle en déduit qu'il faut considérer ses marques comme des marques fortes qui jouissent d'un fort pouvoir attractif auprès des consommateurs et qu'elles méritent ainsi un périmètre de protection plus large contre des signes similaires.

La recourante souligne que le raisonnement de l'Institut fédéral consistant à traiter les écritures inhabituelles en Suisse comme des signes figuratifs imprononçables peut paraître justifié dans le cadre de l'examen d'une marque qui ne tient compte que de motifs absolus. Il ne saurait en revanche être transposé dans le cadre d'une procédure d'opposition où il faut tenir compte d'autres facteurs comme l'impression générale laissée auprès du consommateur moyen suisse. Selon elle, adopter une position inverse reviendrait à limiter la comparaison des marques au niveau visuel et permettrait la protection de marques identiques latines retranscrites dans des alphabets étrangers sans que leur titulaire légitime puisse faire valoir ses droits.

Elle estime que le bon sens incitera le consommateur suisse à se renseigner lors de l'achat d'un produit qu'il ne connaît pas, notamment sur la marque qui y est apposée, celle-ci intervenant en grande partie, voire essentiellement, dans la décision d'achat. Elle relève que des caractères cyrilliques rappelleront l'origine russe d'une boisson spiritueuse ou suggéreront un héritage russe. Elle ajoute que, afin d'assurer la meilleure perception possible de la marque par les personnes qui ne comprennent pas cet alphabet, la marque est toujours translittérée en caractères latins à proximité immédiate de la marque. Elle souligne que cette approche a d'ailleurs été adoptée par l'intimée, puisque la version en caractères latins MOSKOVSKY figure également sur l'étiquette du produit. Elle ajoute que, pour les mêmes raisons commerciales, le nom de la marque est toujours écrit en caractères latins sur les rayons des grandes surfaces, ceci quand bien même la marque serait inscrite en caractères cyrilliques sur le produit, et que cette approche commerciale correspond à ce que prévoit l'ordonnance sur les denrées alimentaires et objets usuels. Selon elle, dans l'hypothèse improbable où une marque en caractères cyrilliques ne serait pas translittérée en caractères latins sur l'étiquette, le consommateur pourra toujours se renseigner auprès du vendeur, du

fournisseur, du distributeur ou de l'importateur. La recourante souligne également que de plus en plus de langues étrangères sont parlées en Suisse, que le serbe/croate est la première langue étrangère et que, dans ces conditions, il ne saurait être fait abstraction de toute une partie de consommateurs qui comprendront une marque en caractères cyrilliques et qui pourront aussi renseigner les autres consommateurs. Elle en conclut donc que la marque attaquée est prononçable.

La recourante opère ensuite une comparaison phonétique, visuelle et sémantique entre ses marques et la marque attaquée. Sous l'angle phonétique, elle relève que "MOSKOVSKAYA" et "MOSKOVSKY" sont très proches et concordent dans les premières syllabes "MOS-KOV-SK" auxquelles on attache une importance particulière. Elle souligne que leur cadence est la même et la succession des voyelles "O-O-A-Y-A" / "O-O-Y" semblable. Du point de vue visuel, elle relève que les éléments graphiques et colorés qui composent l'étiquette de la marque attaquée n'ont aucun rôle dominant par rapport à l'élément verbal qu'ils servent à valoriser. Selon elle, leur fonction subordonnée (habillage de l'étiquette) les rend peu caractéristiques, de tels éléments semblables étant présents sur toutes les étiquettes de boissons alcooliques, de sorte qu'ils ne sont pas pertinents dans l'impression visuelle qui se dégage de la marque attaquée, d'autant plus qu'en matière de boissons, la jurisprudence reconnaît que l'élément verbal possède une importance particulière alors que les éléments graphiques et les couleurs formant l'étiquette n'ont aucun rôle prépondérant. Elle considère ainsi que l'expression cyrillique de la marque attaquée apparaît comme l'élément dominant et caractéristique. Elle ajoute que les caractères cyrilliques étant dérivés du grec, ils sont relativement proches des caractères latins, à l'opposé des idéogrammes des écritures chinoise ou japonaise. Selon elle, le consommateur percevra donc "MOSKOVSKY" en caractères cyrilliques comme un élément verbal et non figuratif comme le soutient l'autorité inférieure, même s'il ne comprend pas toutes les lettres cyrilliques. Elle ajoute que ce terme est visuellement très proche de "MOSKOVSKAYA" avec lequel il partage les mêmes lettres initiales "MO", la syllabe médiane "KO" et la deuxième consonne "K" qui apparaissent toutes en même position dans les deux marques ; que les marques ont la même longueur ; et que, partant, les différences existantes ne sont pas de nature à conférer une impression d'ensemble différenciée. Sous l'angle sémantique, elle souligne que "MOSKOVSKAYA" évoque une origine russe et que, d'après les règles

grammaticales russes, "MOSKOVSKY" constitue le masculin de "MOSKOVSKAYA". Elle estime que, même si la liste des produits de la marque attaquée ne contient aucune limitation quant à la provenance russe des produits, on peut aisément percevoir les marques en présence comme deux variantes déclinées à partir de la même racine, ce qui ne fait qu'accentuer le risque de confusion, les marques étant identiques quant à leur sens.

La recourante estime enfin que le degré de probabilité qu'un risque de confusion soit réalisé n'est nullement invraisemblable. Selon elle, vu la notoriété et la réputation de ses marques, ainsi que la très grande similitude phonétique existant entre "MOSKOVSKAYA" et l'expression cyrillique de la marque attaquée, ainsi que l'identité sémantique véhiculée par ces deux marques, il semble difficile de ne pas percevoir la marque attaquée comme une imitation servant à récupérer et à tirer profit de la réputation de la qualité associée aux marques MOSKOVSKAYA de même qu'au renom de la recourante.

G.

Invité à se prononcer sur le recours, l'Institut fédéral en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 7 mai 2007 en renonçant à présenter des remarques et observations et en renvoyant à la motivation de sa décision.

Egalement invitée à se prononcer sur le recours, Y._____ (ci-après : l'intimée) a conclu à son rejet au terme de sa réponse du 7 mai 2007. Elle souligne que les lettres en écriture cyrillique, imprononçables et incompréhensibles pour un consommateur suisse moyen, seront perçues comme un élément figuratif. Selon elle, le consommateur mémorisera les éléments qu'il pourra reconnaître facilement, sans effort intellectuel particulier, à savoir la forme de l'étiquette, les couleurs, les motifs qui la composent ainsi que tous les éléments décoratifs supplémentaires. Elle ajoute que l'argumentation de la recourante, selon laquelle le consommateur se renseignera sur la signification de la marque ou la traduction de celle-ci apposée sur les étagères du magasin, n'est pas pertinente, dès lors que, pour la comparaison des signes, il faut prendre en considération les marques telles qu'elles sont enregistrées et non pas selon leur éventuelle utilisation. Elle en conclut qu'il ne peut y avoir de risque de confusion entre une marque qui sera perçue par le consommateur essentiellement comme une marque figurative et des marques dont

l'élément unique pour l'une (marque opposante 1), principal pour l'autre (marque opposante 2), se compose d'un élément purement verbal.

H.

Aucune des parties en cause n'ayant présenté de demande expresse 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 fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32]). L'art. 33 let. d LTAF prévoit que les décisions des départements et des unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées sont susceptibles de recours auprès du Tribunal administratif fédéral. La décision attaquée est une décision sur opposition au sens de l'art. 5 al. 2 PA qui émane d'une unité de l'administration fédérale décentralisée (art. 29 de l'ordonnance du 17 novembre 1999 sur l'organisation du Département fédéral de justice et police [Org DFJP, RS 172.213.1] en relation 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'exception de l'art. 32 LTAF n'étant par ailleurs réalisée, le Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour statuer sur le présent recours.

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

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

Le recours est ainsi recevable.

2.

A teneur de l'art. 3 al. 1 let. c 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), sont exclus de la protection comme marque les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion.

La notion de risque de confusion selon cette disposition est liée à la définition légale de la marque, à savoir un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (art. 1 al. 1 LPM) ; cette définition reflète la fonction économique principale de la marque : d'une part, individualiser les produits ou services désignés par le signe pour permettre aux acheteurs de les retrouver sur le marché et, d'autre part, garantir que les produits ou services qu'elle désigne proviennent d'une certaine entreprise (KAMEN TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, Bâle 2001, p. 66 ; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, p. 60). Le consommateur doit pouvoir retrouver un produit qu'il a apprécié parmi la multitude des produits offerts (ATF 119 II 473 consid. 2c *Radion / Radomat*). Les mots, les lettres, les chiffres, les représentations graphiques, les formes en trois dimensions, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs, peuvent en particulier constituer des marques (art. 1 al. 2 LPM). Les cercles des consommateurs visés distinguent un signe d'un autre en raison de certains détails et éléments caractéristiques qui restent inscrits dans leurs mémoires comme une marque ; ces différents éléments ne doivent pas être appréciés de manière abstraite mais de cas en cas (CHERPILLOD, op. cit., p. 117 ; EUGEN MARBACH,

Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht [SIWR], Markenrecht, vol. III, Bâle 1996, p. 122 s.).

3.

En l'espèce, il n'est pas contesté que les enregistrements internationaux n° 735'579 "MOSKOVSKAYA", enregistré le 27 avril 2000 et bénéficiant d'une priorité conformément à la Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (CUP, RS 0.232.04) au 29 février 2000, et n° 740'338 "moskovskaya" (fig.), enregistré le 9 juin 2000 et bénéficiant d'une priorité selon la CUP au 25 avril 2000, sont antérieurs à l'enregistrement international n° 858'764 (en caractères cyrilliques) enregistré le 11 juillet 2005 et bénéficiant d'une priorité selon la CUP au 12 janvier 2005.

4.

Il convient en premier lieu d'examiner à quel cercle d'acheteurs s'adressent les marques en présence.

Les consommateurs moyens de spiritueux tels que le cognac ou la vodka ne disposent pas, en règle générale, de connaissance particulière du marché ou de la provenance de telles boissons ; ils ne possèdent en outre souvent aucune notion de la langue russe. Cependant, tout comme pour les habits (ATF 121 III 377 consid. 3d *Boss / Boks*), les spiritueux ne sont pas des articles de masse que l'on consomme quotidiennement et que le public achète avec une attention moindre (ATF 119 II 473 consid. 2c *Radion / Radomat*). Au contraire, il apparaît plutôt que le public concerné apporte un certain soin lorsqu'il choisit de tels produits, ce qui tend à réduire les risques de confusion.

5.

Il convient en second lieu d'examiner la force distinctive des marques opposantes. Elle se détermine en particulier d'après le caractère distinctif de l'élément verbal dominant "Moskovskaya" ; à cet élément s'ajoutent, bien que passant quasi inaperçus dans le souvenir du consommateur moyen, le mot "Osobaya" – écrit en petits caractères –, l'élément descriptif "Russian" et la partie graphique de la marque opposante 2. "Moskovskaya", qui signifie "de Moscou", décrit ainsi directement l'indication géographique des produits désignés. Moscou est connue comme étant la capitale de la Russie par le cercle des consommateurs concernés. Certains d'entre eux savent que des

adjectifs se terminant par -ow, -owa, -aj ou -aja sont en principe typiques de la langue russe. La majorité des consommateurs visés reconnaîtra par conséquent, dans le mot "moskovskaya", le lien géographique à Moscou et le comprendra, quand bien même il ne parle pas russe. L'élément verbal "Moskovskaya" des marques opposantes est par conséquent pourvu d'une force distinctive faible.

La recourante se réfère également au caractère originaire faiblement distinctif des marques opposantes lorsqu'elle prétend, tant dans son opposition que dans son recours, que sa marque pour la vodka s'est imposée dans le commerce.

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure n'a, à tort, pas examiné si, comme le prétendait la recourante déjà dans son mémoire d'opposition, les marques opposantes s'étaient imposées dans le commerce. Dans ses directives, l'IPI souligne avec raison dans le chapitre consacré à la procédure d'opposition (Directives en matière de marques 2007 [ci-après : les Directives], p. 158 s. ch. 7.5) que, quand bien même l'opposition ne peut se fonder que sur des motifs relatifs d'exclusion au sens de l'art. 3 al. 1 LPM, cela n'exclut pas de déterminer dans le cadre de l'examen du risque de confusion "le contenu distinctif et ainsi le champ de protection d'une marque. Il n'est en effet pas possible d'apprécier le risque de confusion sans examiner préalablement la question du champ de protection de la marque antérieure. L'enregistrement d'une marque ne dit en effet rien sur son caractère distinctif. Cela est dû au fait que les cas limites au regard des motifs absolus selon l'art. 2 let. a LPM doivent être enregistrés, un réexamen par les tribunaux civils étant réservé en cas de litige." C'est dire qu'il faut tenir compte, au moment de juger une opposition, des éventuels changements du caractère distinctif de la marque opposante au regard de la notoriété acquise ou du changement de la langue depuis son enregistrement. Ainsi donc, l'autorité inférieure ne peut pas admettre tacitement la validité de la marque, mais doit au contraire examiner préalablement le caractère distinctif et, dans ce contexte, également s'il s'est imposé dans le commerce comme marque.

Dans la procédure de recours, la recourante a produit des preuves tendant à démontrer l'usage intense de sa marque et desquelles il appert que plus de 50'000 litres de vodka ont été livrés en Suisse sous les marques opposantes. De plus, il est notoire que l'on trouve sur les rayons de nombreux magasins en Suisse de la vodka "Moskovskaya".

C'est dire que les marques opposantes doivent être comparées avec la marque attaquée, en tant que marques imposées, mais uniquement au regard de la vodka et non point du cognac.

6.

L'Institut fédéral a contesté les marques opposantes dans ses décisions des 30 août 2001, 8 novembre 2001 et 6 février 2003 pour des motifs absolus d'exclusion et n'a admis la protection en Suisse que pour les produits des classes 32 et 33 de provenance russe. C'est donc à tort que, dans la décision attaquée, il mentionne la protection des marques opposantes pour les services de la classe 35. Pour de tels services, les marques opposantes sont certes enregistrées au Registre international, mais ne sont pas protégées en Suisse.

Les marques opposantes, limitées aux produits qui se sont imposés et qui ont été admis en Suisse, ne doivent ainsi être comparées à la marque attaquée qu'en relation avec de la "vodka de provenance russe" (classe 33). Quant à la marque attaquée, elle revendique le produit suivant en classe 33 : *eau-de-vie d'appellation d'origine contrôlée "Cognac"*.

Même si l'autorité inférieure a considéré qu'il y avait identité des produits en présence et si l'intimée ne conteste pas que les produits puissent être considérés comme similaires, il convient de tenir compte du fait que la marque attaquée en tant que marque de produit enregistrée (étiquette de bouteille) a été enregistrée pour un autre groupe de spiritueux que les marques opposantes. Le fait qu'une vodka provienne de la même distillerie qu'un cognac est peut-être imaginable, mais en tous les cas inhabituel et serait par conséquent inattendu pour un consommateur expérimenté.

Il y a similarité des produits lorsque les cercles des consommateurs concernés peuvent être amenés à penser que les produits vendus sous des marques identiques ou similaires proviennent, au regard de leurs lieux de production et de distribution usuels, de la même entreprise ou seraient, du moins, produits sous le contrôle du titulaire par des entreprises liées entre elles (LUCAS DAVID, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2^e éd., Bâle 1999, MschG, n° 8 et 35 ad art. 3). L'appartenance des produits revendiqués à la même classe internationale selon l'accord de Nice n'est pas nécessaire pour

affirmer une similarité, mais constitue tout de même un indice pour une telle conclusion (décision de l'ancienne Commission de recours en matière de propriété intellectuelle [ci-après : CREPI] du 5 octobre 2000 in sic! 2000 800 consid. 5 *Naturella / Naturessa*). Les mêmes lieux de production, le même savoir-faire spécifique, des voies de distribution semblables, un cercle de consommateurs ou un champ d'application semblables sont des indices pour des produits similaires (décision de la CREPI du 24 avril 2006 in sic! 2006 475 consid. 6 *X / X-Pressure*). Lorsque la similarité des produits peut être exclue, il n'est plus nécessaire d'examiner la similarité entre les signes et un risque de confusion est dans ce cas à priori exclu (décision de la CREPI du 17 juin 2005 in sic! 2006 86 consid. 2 *Proteos / Protos*).

En l'espèce, la marque attaquée étant toutefois enregistrée pour un produit "Cognac" bien spécifique, il convient dès lors d'admettre que la similarité des produits en présence ne peut être qualifiée que de faible ou d'éloignée (entfernte Warengleichartigkeit ; voir arrêt du Tribunal administratif fédéral du 27 novembre 2007 B-4536/2007 consid. 5.3 et 5.4 *Salamander / Salamander* ; décision de la CREPI du 22 juin 2006 in sic! 2006 756 consid. 4 *Aviagen / Aviogen* et l'arrêt cité).

7.

Pour juger du risque de confusion, est non seulement déterminante la similitude des signes, mais encore la similitude des produits (art. 3 al. 1 LPM). Il existe une interaction entre ces deux éléments, dans la mesure où la différence entre les signes doit être d'autant plus grande que les produits sont similaires, et vice versa (ATF 122 III 382 *Kamillosan*). Il convient dès lors de comparer les signes en présence sachant que, pour le risque de confusion, c'est l'impression générale qui prédomine car c'est elle qui reste dans l'esprit des personnes concernées (ATF 128 III 441 consid. 3.1 *Appenzeller*, ATF 119 II 473 consid. 2c *Radion / Radomat*).

Il y a risque de confusion lorsqu'un signe plus récent porte atteinte à la fonction distinctive d'une marque antérieure. Telle atteinte existe lorsqu'il faut craindre que les milieux intéressés seront induits en erreur par la ressemblance des signes et que les marchandises portant l'un ou l'autre signe seront associées au faux détenteur de la marque. Une atteinte existe aussi lorsque le public parvient à distinguer les deux signes, mais présume, en raison de leur ressemblance, de l'existence de rapports qui n'existent pas,

notamment en pensant à des marques de série qui désignent différentes lignes de produits provenant de la même entreprise ou d'entreprises économiquement liées entre elles (ATF 128 III 441 consid. 3.1 *Appenzeller*, ATF 126 III 315 consid. 6b/aa *Rivella / Apiella*). Le risque de confusion ne peut pas résulter d'une vague et lointaine possibilité de confusion, mais présuppose que le consommateur moyen soit vraisemblablement exposé à ce risque (ATF 122 III 382 consid. 1 *Kamillosan*, ATF 119 II 473 consid. 2d *Radion / Radomat*).

La plupart du temps, le public ne verra ni n'entendra les deux marques simultanément. En réalité, celle des deux que le public voit ou entend s'oppose dans la mémoire à l'image plus ou moins effacée de l'autre, qui avait été vue dans le temps. Lors de la comparaison des marques, il convient donc d'examiner les caractéristiques qui sont susceptibles de subsister dans une mémoire moyennement fidèle ou moyennement défaillante (ATF 121 III 337 consid. 2a *Boss / Boks*). Pour déterminer si deux marques se ressemblent, il y a lieu de prendre en compte plusieurs critères généraux et objectifs, comme par exemple l'effet auditif, l'image graphique ou encore le contenu sémantique ; la similitude des marques doit déjà être admise même lorsqu'un risque de confusion ne se manifeste qu'à l'un des trois niveaux suivants, soit la sonorité, la typographie et la signification (*KAMEN TROLLER*, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2^e éd., Bâle 2006, p. 84 ; décision de la CREPI du 7 juin 2000 in sic! 2001 133 consid. 3 *Otor / Artor* ; *DAVID*, op. cit., n° 17 ad art. 3).

Dans le cas d'espèce, les marques en présence sont : d'une part, la marque attaquée "MOSKOVSKY" en caractères cyrilliques et, d'autre part, les marques opposantes 1 "MOSKOVSKAYA" (marque verbale) et 2 "moskovskaya" (fig. ; marque combinée d'éléments verbaux et figuratifs).

Dans la décision attaquée, l'Institut fédéral rappelle que ses directives prévoient que les écritures inhabituelles en Suisse, comme les idéogrammes des écritures chinoise ou japonaise ou les caractères cyrilliques, sont traitées comme des signes figuratifs (Directives 2007, p. 76 ch. 4.5.6.1). Toutefois, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure, les mots écrits en caractères cyrilliques ne peuvent pas être assimilés aux idéogrammes des écritures chinoise ou japonaise et donc être traités comme des signes figuratifs, dès lors que certaines

lettres correspondent à l'alphabet latin (voir p. ex. : PETER REHDER, Einführung in die slavischen Sprachen, 3^e éd., Darmstadt 1998, p. 51). Les lettres de l'alphabet russe pourraient en effet être regroupées en trois catégories : la première, regroupant les lettres qui correspondent à l'alphabet latin et se prononcent en principe de la même manière (p. ex. : " а ", " к ", " м ", " о ", " т "); la deuxième, comprenant les lettres qui correspondent à l'alphabet latin, mais qui se prononcent différemment (p. ex. : le " y " en alphabet russe correspond au " u " de l'alphabet latin) ; et la troisième, regroupant les lettres qui ne correspondent pas à l'alphabet latin (p. ex. : " й ", " ч ", " ю "). Il s'ensuit que les mots écrits en caractères cyrilliques doivent être examinés individuellement dans chaque cas d'espèce, afin d'en déterminer leur lisibilité pour le consommateur suisse moyen. On ne peut pas exclure qu'en fonction du produit en cause, certains consommateurs se renseignent lors de l'achat sur le sens du mot écrit en caractères cyrilliques, voire peut-être sur la prononciation correcte de la marque (décision de la CREPI du 18 septembre 2001 in sic! 2002 169 consid. 7 *Smirnoff / Smirnov*).

8.

L'impression générale des marques verbales est donnée par la suite des syllabes, la longueur du mot, sa sonorité et sa typographie. S'agissant des marques combinées d'éléments verbaux et figuratifs, l'impression d'ensemble est largement marquée par les éléments verbaux lorsque les éléments graphiques ne sont pas particulièrement originaux et que ceux-ci ne sont pas en mesure de conférer à la marque une image facile à retenir (décision de la CREPI du 1^{er} avril 2003 in sic! 2003 709 consid. 5.1 à 5.3 *Targa*). La sonorité découle en particulier du nombre de syllabes ainsi que de la cadence et de la succession des voyelles. L'image de la marque dépend quant à elle de la longueur et des particularités des lettres employées. Le début du mot et sa racine, de même que sa terminaison, surtout lorsqu'elle reçoit une accentuation, suscitent plus l'attention que les syllabes intermédiaires non accentuées (ATF 122 III 382 consid. 5a *Kamillosan*).

En l'espèce, les éléments figuratifs tant de la marque attaquée que de la marque opposante 2 ne sont pas spécialement originaux et ne permettent par conséquent pas de conférer à ces marques une image facile à retenir. Il s'ensuit que l'impression d'ensemble des marques en présence est dominée par leurs éléments verbaux, à savoir

"МОСКОВСКИЙ" pour la marque attaquée et "moskovskaya" pour les marques opposantes.

Il convient dès lors d'examiner si le consommateur suisse moyen de vodka et de cognac est en mesure de lire la marque attaquée écrite en caractères cyrilliques (russe), "МОСКОВСКИЙ". Les lettres "M", "O" et "K" correspondent à l'alphabet latin et se prononcent de la même manière. Les lettres "C" et "B" correspondent à l'alphabet latin, mais se prononcent en français, en principe, "s" pour la première et "v" pour la seconde. Quant aux lettres "И" et "Й", elles n'ont pas de correspondance dans l'alphabet latin ; elles sont translittérées par "i" et "j" (lequel est prononcé "y"). Il ressort de ce qui précède que le consommateur suisse moyen de vodka et de cognac pourra lire les lettres russes qui correspondent à l'alphabet latin, à savoir "M", "O", "C", "K" et "B" (soit huit lettres sur les dix composant l'élément verbal de la marque attaquée) et les retenir relativement facilement. Toutefois, il ne pourra prononcer correctement que les lettres "M", "O" et "K". Ainsi, la prononciation en français de "mockobck..." est suffisamment différente du terme "moskovskaya" des marques opposantes pour qu'il ne puisse en résulter un risque de confusion. Pour les consommateurs qui parlent le russe, il est certes probable qu'ils supposent l'existence d'une relation économique entre les marques en présence. Ces dernières ne doivent toutefois pas être examinées du point de vue d'une telle minorité linguistique ; au regard de la majorité des consommateurs concernés, un risque de confusion peut en revanche être écarté.

9.

Il ressort de ce qui précède qu'un risque de confusion entre les marques en présence doit être nié.

9.1 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 art. 1 al. 1 du Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 11 décembre 2006 [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 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, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 4'000.- et mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ils seront imputés sur l'avance de frais de Fr. 4'500.- versée le 20 mars 2007 par cette dernière. Le solde de Fr. 500.- lui est restitué.

9.2 L'intimée, qui obtient gain de cause et qui est représentée par un avocat, a droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 FITAF). En l'espèce, l'intimée qui n'a pas présenté de note de frais, demande une indemnité de Fr. 1'500.-. Ce montant lui est alloué à titre de dépens et mis à la charge de la recourante.

10.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante et imputés sur l'avance de frais de Fr. 4'500.- qu'elle a versée le 20 mars 2007. Le solde de Fr. 500.- est restitué à la recourante.

3.

Un montant de Fr. 1'500.- (TVA incluse) est alloué à l'intimée à titre de dépens, à charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé ; annexe : dossier en retour)
- à l'intimée (recommandé)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. W8064-8065-RE/ule ; recommandé ; annexe : dossier en retour)

Le président de cour :

La greffière :

Bernard Maitre

Vanessa Thalmann

Expédition : 7 mars 2008