



Arrêt du 10 décembre 2008

Composition

Bernard Maitre (président du collège), Vera Marantelli,
David Aschmann, juges,
Olivier Veluz, greffier.

Parties

Confédération suisse,
représentée par le Département fédéral de l'économie,
agissant par l'Office fédéral de l'agriculture,
et par l'Interprofession du Gruyère,
elle-même représentée par Me Jean-Pierre Huguenin-
Dezot,
recourante,

contre

B. _____ AG,
intimée,

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

Objet

Procédure d'opposition n° 6407 CH 488'887 Le Gruyère
Switzerland (fig.) / CH 506'926 Gruyère Cuisine... (fig.).

Faits :**A.****A.a** L'enregistrement de la marque suisse n° 506'926

(ci-après : la marque attaquée), déposée par B._____ AG, a été publié le 6 février 2003 dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC). Il revendique la protection en Suisse du produit suivant de la classe 29 : *Käse französischer Herkunft*.

Le 11 avril 2003, la Confédération suisse, représentée par le Département fédéral de l'économie (DFE), agissant par l'Office fédéral de l'agriculture (OFAG) et par l'Interprofession du Gruyère (ci-après : l'opposante), a formé opposition à l'encontre de l'enregistrement précité devant l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI).

Le 13 novembre 2003, l'IPI a rendu une décision de non-entrée en matière au motif qu'il ne ressortait pas du dossier que l'opposante était titulaire d'une marque antérieure.

A.b Le 15 décembre 2003, l'opposante a recouru contre cette décision auprès de l'ancienne Commission de recours en matière de propriété intellectuelle (CREPI) en concluant à son annulation et à l'annulation de l'enregistrement de la marque suisse n° 506'926.

Par décision du 19 novembre 2004, la CREPI a admis le recours et renvoyé la cause à l'Institut fédéral pour nouvelle décision. Elle a en substance admis la qualité pour agir de l'opposante en tant que preneur de licence et a considéré que l'opposition devait être basée sur la première marque désignée par l'opposante, soit la marque n° 488'887



(ci-après : la marque opposante), enregistrée pour le produit suivant de la classe 29 : *Käse mit der geschützten Ursprungsbezeichnung "Gruyère"*.

B.

Par décision du 14 septembre 2006, l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle a rejeté l'opposition formée contre la marque attaquée. Il a constaté l'identité des produits, les deux enregistrements en conflit revendiquant du fromage : *Käse mit der geschützten Ursprungsbezeichnung "Gruyère"* pour la marque opposante et *Käse französischer Herkunft* pour la marque attaquée.

Pour l'IPI, les appellations d'origine contrôlée (AOC) appartiennent au domaine public même lorsque le groupement de producteurs ayant requis l'enregistrement de l'AOC dépose la demande d'enregistrement de l'indication en tant que marque. Un signe muni d'une AOC pourrait toutefois être enregistré en tant que marque s'il contenait d'autres éléments qui lui conféraient un caractère distinctif. Selon l'IPI, l'élément verbal "Gruyère" est dépourvu de force distinctive et ne peut être monopolisé car il doit rester à la libre disposition des producteurs remplissant les conditions fixées par l'appellation protégée. Ainsi donc, les marques ne concorderaient que sur le terme faible "Gruyère".

L'IPI se réfère à la jurisprudence de laquelle il déduit qu'il y a lieu, en pareille occurrence, d'appliquer les règles usuelles sur les risques de confusion, soit les règles applicables aux seuls motifs relatifs d'exclusion. Il en conclut que les différences de présentation des signes (caractérisées par la disposition des éléments verbaux), les mots ("SUISSE" en quatre langues pour la marque opposante ; "mild doux douce", "Cuisine", "Production en France" pour la marque attaquée) ainsi que les éléments graphiques permettent de les différencier dès lors qu'ils ne concordent que sur le terme "Gruyère", de sorte que l'on peut nier tout risque de confusion malgré l'identité des produits.

C.

Par mémoire du 13 octobre 2006, la Confédération suisse, représentée par le Département fédéral de l'économie, agissant par l'Office fédéral de l'agriculture et par l'Interprofession du Gruyère (ci-après : la recourante), recourt contre cette décision auprès de la CREPI en concluant à ce qui suit :

- "1. Annuler la décision du 14 septembre 2006 prononcée par l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle rejetant l'opposition n° 6407 contre la marque suisse n° 506'926 "GRUYÈRE CUISINE...".
2. Dire et constater que la marque suisse n° 506'926 "GRUYÈRE CUISINE..." ne peut être enregistrée.
3. Sous suite de frais et dépens."

La recourante fait grief à l'IPI d'avoir violé le droit fédéral, d'avoir excédé et abusé de son pouvoir d'appréciation et d'avoir constaté les faits pertinents de manière incomplète et inexacte. Selon elle, l'IPI a considéré à tort que le mot "Gruyère" était dépourvu de force distinctive et qu'il ne pouvait être monopolisé.

La recourante allègue que la dénomination "Gruyère" désigne précisément un fromage produit dans le respect du cahier des charges. Ce serait d'ailleurs la raison pour laquelle cette origine a fait l'objet d'une double protection sur la base de la loi sur l'agriculture et de l'ordonnance sur les AOP et IGP (citées ci-après au consid. 7.2), ainsi que sur la base de la loi sur la protection des marques (citée ci-après au consid. 1.2). De l'avis de la recourante, comme l'élément commun prédominant aux deux marques est le terme "Gruyère", il y a risque de confusion en raison de cette similitude. Le consommateur penserait, à la vue du fromage désigné par la marque attaquée, qu'il a à faire à un produit respectant le cahier des charges "Gruyère", alors que ce n'est pas le cas, puisque le "Gruyère Cuisine...", dont la production est prévue en France, échappe au cahier des charges "Gruyère AOC". Aux yeux de la recourante, ce risque de confusion est d'ailleurs bien l'effet recherché par B._____ AG (ci-après : l'intimée) qui a placé l'élément verbal "GRUYÈRE" en exergue et dans une police nettement visible.

La recourante souligne que les consommateurs susceptibles d'acheter les produits litigieux ont un degré d'attention moindre, dès lors que ceux-ci font partie des biens de consommation courante. Ainsi, comme le fromage "Gruyère" est produit et connu en Suisse, les consommateurs ne feront pas attention au fait que les signes sont quelque peu différents d'une marque à l'autre, mais se borneront à la lecture de l'élément verbal "GRUYÈRE", élément prépondérant dans

les deux marques. De surcroît, le consommateur sera trompé par les signes de celles-ci, étant donné que chacune fait figurer un morceau de fromage qui fait ainsi naître une idée et une attente similaires dans l'esprit des consommateurs. Enfin, de l'avis de la recourante, il est faux d'affirmer que la similitude ne porte que sur le terme "Gruyère" alors même que ce dernier est le terme fort et que les autres signes figurant sur les deux marques sont, au vu de leurs similitudes, propres à créer clairement une confusion chez le consommateur.

D.

Le 15 novembre 2006, la CREPI a transmis l'affaire au Tribunal administratif fédéral comme objet de sa compétence depuis le 1^{er} janvier 2007.

Par ordonnance du 17 janvier 2007, le Tribunal administratif fédéral a informé les parties qu'il reprenait le traitement du recours et a désigné les membres du collège appelé à statuer sur le recours. Il a par ailleurs invité la recourante et l'intimée à dire si elles entendaient faire valoir leur droit à des débats publics, les avertissant qu'un silence de leur part vaudrait renoncement à de tels débats.

E.

Invité à se prononcer sur le recours, l'IPI en a proposé le rejet avec suite de frais au terme de sa réponse du 16 janvier 2007 et a renoncé à présenter des remarques et observations en renvoyant à la motivation de sa décision.

Egalement invitée à se prononcer, B._____ AG conclut, dans sa réponse du 16 janvier 2007, au rejet du recours sous suite de frais et renvoie à l'argumentation développée dans la procédure de première instance.

F.

Par courrier du 11 février 2007, l'intimée a déclaré renoncer à la tenue de débats publics au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour sa part, la recourante a demandé la tenue de tels débats par courrier du 13 février 2007. Le 5 octobre 2007, le Tribunal a demandé à la recourante si elle entendait maintenir sa requête dès lors que l'état de fait paraissait complet et qu'à ce stade, il semblait ainsi peu probable que des débats publics apportent des éléments

nouveaux. Par courrier du 17 octobre 2007, la recourante a déclaré qu'elle pouvait renoncer à des débats publics.

G.

Le 11 avril 2008, le Tribunal a invité les parties à se déterminer sur la question de l'application de la Convention de Stresa et du Traité bilatéral entre la Suisse et la France. La recourante et l'intimée se sont prononcées sur cette question par courriers respectivement du 13 juin (délai prolongé le 14 mai 2008) et du 12 mai 2008. Par pli du 13 mai 2008, l'IPI a pour sa part renoncé à se déterminer.

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 A teneur de l'art. 53 al. 2 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, les recours pendants devant les anciennes commissions fédérales de recours à l'entrée en vigueur de la présente loi sont traités par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où celui-ci est compétent. Ils sont jugés sur la base du nouveau droit de procédure.

Sous réserve des exceptions de l'art. 32 LTAF, 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 LTAF) rendues par les autorités citées aux art. 33 et 34 LTAF.

L'acte attaqué est une décision au sens de l'art. 5 al. 2 PA. Il émane d'une autorité au sens de l'art. 33 let. e LTAF. Aucune des clauses d'exceptions prévues à l'art. 32 LTAF n'est par ailleurs réalisée. Le

Tribunal administratif fédéral est donc compétent pour connaître du présent recours.

1.2 Par décision présidentielle du 19 novembre 2004, la CREPI a jugé que les clauses contractuelles du contrat de licence, conclu en 1999 entre la Confédération suisse et, notamment, l'Interprofession du Gruyère, conféraient à cette dernière la qualité pour agir. Selon le ch. 6 de ce contrat, les preneurs de licence sont tenus, à la place et sous mandat du donneur de licence, de prendre des mesures appropriées et conformes au principe de la proportionnalité au plan économique pour défendre les marques contre la violation par des tiers dans le pays et à l'étranger (protection de droit civil selon les art. 52 ss de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance [LPM, RS 232.11]). Son ch. 7 prévoit en outre que le donneur de licence habilite les preneurs de licence à prendre toutes les dispositions nécessaires découlant de l'exécution du contrat, notamment de la défense des marques selon le ch. 6 (actions en justice relevant de la protection civile selon les art. 52 ss LPM et opposition visée à l'art. 31 LPM). La décision présidentielle de la CREPI, entrée en force de chose jugée, lie le Tribunal administratif fédéral.

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 (art. 48 al. 1 PA). La qualité pour recourir doit dès lors lui être reconnue.

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 par ailleurs respectées.

Le recours est donc recevable.

2.

Une marque est un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (art. 1 al. 1 LPM). 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). Sont exclus de manière absolue de la

protection les signes appartenant au domaine public, sauf s'ils se sont imposés comme marques pour les produits ou les services concernés, les formes qui constituent la nature même du produit et les formes du produit ou de l'emballage qui sont techniquement nécessaires, les signes propres à induire en erreur et les signes contraires à l'ordre public, aux bonnes moeurs ou au droit en vigueur (art. 2 let. a à d LPM).

Le droit à la marque prend naissance par l'enregistrement (art. 5 LPM) et confère au titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en disposer (art. 13 al. 1 LPM).

3.

Le titulaire d'une marque antérieure peut former opposition contre un nouvel enregistrement en se fondant sur l'art. 3 al. 1 LPM (art. 31 al. 1 LPM). Si l'opposition est fondée, le nouvel enregistrement est révoqué en tout ou partie ; dans le cas contraire, l'opposition est rejetée (art. 33 LPM).

Aux termes de l'art. 3 al. 1 LPM (titre marginal : motifs relatifs d'exclusion), sont en outre exclus de la protection : les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques (let. a) ; les signes identiques à une marque antérieure et destinés à des produits ou services similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (let. b) ; 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 (let. c).

En l'espèce, il n'est, d'une part, pas contesté que la marque opposante est antérieure à la marque attaquée. D'autre part, il est manifeste que les marques opposées ne sont pas identiques. Dans ces circonstances, seul le motif relatif d'exclusion prévu à l'art. 3 al. 1 let. c LPM entre en ligne de compte.

Dans la décision querellée, l'autorité inférieure a considéré que les différences de présentation des signes caractérisées par la disposition des éléments verbaux, d'une part, "SUISSE" en quatre langues pour la marque opposante et, d'autre part, "mild doux dolce", "CUISINE" et "Production en France" pour la marque attaquée ainsi que par les éléments graphiques permettaient de les différencier en tenant compte

du fait qu'ils ne concordaient que sur le terme "Gruyère", de sorte que l'on pouvait écarter tout risque de confusion.

Pour sa part, la recourante soutient que c'est à tort que l'IPI a retenu que les marques concordaient sur le terme faible "Gruyère", dès lors que cette dénomination désigne précisément un fromage produit dans le respect du cahier des charges et qu'elle fait l'objet d'une double protection sur la base de la législation agricole et de la LPM. La recourante allègue en outre que, lorsqu'on regarde les signes de la marque attaquée, c'est le mot "Gruyère", mis en exergue dans une police nettement visible, qui prédomine et, partant, retient l'attention du consommateur. Cet élément ne serait pas faiblement distinctif comme l'affirme l'IPI. Selon la recourante, les consommateurs susceptibles d'acheter un bien de consommation courante, comme du fromage, ont un degré d'attention moindre. Ainsi, comme le fromage "Gruyère" est produit et connu en Suisse, les consommateurs ne feront pas attention au fait que les signes sont quelque peu différents d'une marque à l'autre. De surcroît, le consommateur sera, selon la recourante, trompé par les signes des deux marques, étant donné que chacune fait figurer un morceau de fromage qui fait ainsi naître une idée et une attente similaire dans l'esprit des consommateurs.

4.

La notion de risque de confusion 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 (cf. art. 1 al. 1 LPM). Cette définition reflète la fonction économique principale de la marque : d'une part, individualiser les produits ou les services désignés par le signe pour permettre aux acheteurs de les retrouver sur le marché et, d'autre part, garantir que les produits ou les services qu'elle désigne proviennent d'une certaine entreprise (KAMEN TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2^e éd., Bâle 2006, p. 62 s. ; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, p. 60). Dans le même sens, le Tribunal fédéral précise que la fonction principale et le but de la marque sont de distinguer une marchandise particulière de marchandises identiques ou similaires, de manière à ce qu'une individualisation du produit et même de son fabricant soit rendue possible (ATF 119 II 473 consid. 2c *Radion*). En d'autres termes, le risque de confusion signifie qu'un signe distinctif est mis en danger par des signes identiques ou semblables dans sa fonction d'individualisation de personnes ou d'objets déterminés

(ATF 131 III 572 consid. 3 *Atlantis*). Il existe ainsi un danger de confusion lorsque la fonction distinctive de la marque antérieure est atteinte, à savoir lorsqu'il est à craindre que les acheteurs soient induits en erreur sur l'origine du produit ou qu'ils soient à tort amenés à supposer l'existence d'une relation entre les marques (ATF 127 III 160 consid. 2a *Securitas*, ATF 122 III 382 consid. 1 *Kamillosan*, ATF 126 III 315 consid. 6 *Rivella* ; CHERPILLOD, op. cit., p. 108 s.). Selon la doctrine et la jurisprudence, la différence entre deux signes devra être d'autant plus importante que les produits sont similaires et vice-versa (ATF 122 III 382 consid. 3 *Kamillosan* ; TROLLER, op. cit., p. 83).

En l'espèce, la marque opposante est protégée en relation avec le produit suivant : *Käse mit der geschützten Ursprungsbezeichnung "Gruyère"* (cl. 29). La marque attaquée a, quant à elle, été enregistrée pour le produit suivant : *Käse französischer Herkunft* (cl. 29). Dans la décision querellée, l'IPI a constaté l'identité des produits en cause. Bien que les parties à la procédure de recours ne remettent pas en question cette constatation, il convient d'examiner plus avant cette question.

Il est certes vrai que les deux enregistrements en conflit ont trait à un même type de produit, à savoir du fromage. Cependant, la marque opposante est protégée pour un fromage bien précis, le Gruyère AOC. La marque attaquée l'est quant à elle pour du fromage de provenance française. Force est donc de constater que les produits en cause ne peuvent pas être considérés comme identiques mais comme similaires.

5.

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

5.1 Pour apprécier l'existence d'un risque de confusion, il faut se fonder sur le souvenir laissé par la marque chez les ultimes acquéreurs des produits ou des services (CHERPILLOD, op. cit., p. 110). Est déterminante l'impression d'ensemble laissée par les marques dans le souvenir du consommateur cible (ATF 127 III 160 consid. 2b/ cc *Securitas*). S'agissant des marques combinées d'éléments verbaux et figuratifs, comme en l'espèce, l'impression

d'ensemble est principalement déterminée par l'élément verbal, dans la mesure où le consommateur moyen se souvient avant tout des mots (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7438/2006 du 10 mai 2007 consid. 4 publié in sic! 2007 749 *Cellini*). Néanmoins, l'élément figuratif sera prépondérant s'il a une fonction dominante (TROLLER, op. cit., p. 93). Les éléments graphiques d'une marque verbale et figurative ne sont pas en mesure d'écarter un risque de confusion résultant des éléments verbaux lorsqu'ils ne constituent qu'une conversion graphique de l'élément verbal caractéristique (sic! 2003 815 consid. 10 *Red Bull*).

5.2 L'impression d'ensemble laissée par la marque dans le souvenir du consommateur cible permet de déterminer son champ de protection, lequel dépend de la force distinctive de la marque (voir notamment en ce sens : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6770/2007 du 9 juin 2008 consid. 6.2 *Nasacort*). Même si, comme nous le verrons ci-dessous, la définition dudit périmètre implique l'utilisation de la notion du domaine public évoquée à l'art. 2 let. a LPM, il ne s'agit pas d'examiner les marques opposées à l'aune des motifs absolus d'exclusion prévus par l'art. 2 LPM. Un tel examen reviendrait sinon à remettre en cause la marque en tant que signe propre à distinguer les produits d'une entreprise de ceux d'une autre entreprise. Or, là n'est pas l'objet de la procédure d'opposition. Il ressort en effet clairement de la loi que seuls les motifs relatifs d'exclusion prévus par l'art. 3 al. 1 LPM entrent en ligne de compte dans le cadre de la procédure d'opposition (art. 31 al. 1 LPM). En outre, lors de l'adoption de la LPM, le législateur a clairement exprimé le fait que la procédure d'opposition – qui, à l'initiative du titulaire d'une marque antérieure, suit l'enregistrement d'une nouvelle marque – vise uniquement à établir s'il existe un risque de confusion entre ces marques (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 1992 E 22 ; BO 1992 N 395 s.).

Pour les marques faibles, le périmètre de protection est plus restreint que pour les fortes. Pour les marques faibles, des différences plus modestes suffiront donc à créer une distinction suffisante. Sont faibles en particulier les marques dont les éléments essentiels dérivent des notions descriptives utilisées dans le langage courant. Sont au contraire fortes les marques qui sont imaginatives ou qui ont acquis une notoriété dans le commerce (ATF 122 III 382 consid. 2a *Kamillosan* ; LUCAS DAVID, in : Kommentar zum schweizerischen

Privatrecht, Markenschutzgesetz/Muster- und Modellgesetz, Bâle 1999, MSchG art. 3 n. marg. 13 ; EUGEN MARBACH, in: Roland von Büren/Lucas David [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III, Kennzeichenrecht, Bâle 1996, Markenrecht, p. 113). Les marques dont les éléments dérivent de la notion de domaine public ne bénéficient d'aucune protection, sauf si elles se sont imposées dans le commerce pour les produits ou les services concernés. Par conséquent, un risque de confusion ne peut pas être constaté si le seul élément commun entre les marques à comparer présente un caractère descriptif et doit donc être considéré comme faisant partie du domaine public (DAVID, op. cit., art. 3 n. marg. 29 ; MARBACH, op. cit., p. 114 ; sic! 1999 276 consid. 4 *Natural White*).

6.

Les marques opposées sont, d'une part, "LE GRUYÈRE SWITZERLAND (fig.)" (marque opposante) et, d'autre part, "GRUYÈRE CUISINE... (fig.)" (marque attaquée). Elles sont toutes deux enregistrées pour du fromage : respectivement *Käse mit der geschützten Ursprungsbezeichnung "Gruyère"* et *Käse französischer Herkunft*. C'est dire que chacune de ces marques s'adressent au consommateur moyen.

7.

Les marques opposées sont notamment composées de l'élément verbal "GRUYÈRE", visuellement mis en évidence. Le "Gruyère" est une appellation d'origine contrôlée (AOC) et est mentionné en tant que telle dans plusieurs accords internationaux, comme nous le verrons ci-dessous. Ils s'agit donc dans un premier temps d'établir si la législation nationale et internationale topique aux AOC a des conséquences juridiques dans le cadre d'une procédure d'opposition.

7.1 La Suisse est liée par des conventions internationales en matière d'indications de provenance et d'appellations d'origine, soit, d'une part, la Convention internationale des 1^{er} juin et 18 juillet 1951 sur l'emploi des appellations d'origine et dénominations de fromages (RS 0.817.142.1 ; ci-après : la Convention de Stresa) et, d'autre part, le Traité du 14 mai 1974 entre la Confédération suisse et la République française sur la protection des indications de provenance, des appellations d'origine et d'autres dénominations géographiques (RS 0.232.111.193.49 ; ci-après : le Traité bilatéral

entre la Suisse et la France). Ces traités se fondent sur le principe de la réciprocité. Ils ont pour but de protéger les indications géographiques et les appellations d'origine d'un Etat contractant contre leur emploi abusif dans l'autre Etat contractant (arrêt du TF 4C.34/2002 du 24 septembre 2002 in sic! 2003 337 ss *Schlumpagner*). Le système des conventions bilatérales repose sur des listes annexées à la convention qui contiennent des appellations d'origine ou des dénominations de fromage de chacun des Etats contractants. Grâce à ces listes, il n'est plus nécessaire de définir ce qu'est une indication géographique. Les parties contractantes s'engagent à accorder une certaine protection aux indications géographiques ou dénominations figurant dans les listes annexées (SÉBASTIEN VITALI, La protection internationale des indications géographiques, Histoire d'un compromis difficile, Baden-Baden 2007, p. 41).

La dénomination "Gruyère" est réservée par la Convention de Stresa (annexe B) à la Suisse et à la France. De même, dans le Traité bilatéral entre la Suisse et la France, le terme "Gruyère" apparaît dans les deux listes avec l'indication suivante dans les deux annexes : mais non le Gruyère d'origine suisse (Annexe A) / d'origine française (Annexe B) "ou Gruyère avec indications du pays de fabrication en caractère de mêmes types, dimensions et couleurs" (la Convention de Stresa contient une clause identique à son art. 4 al. 3). Ainsi, la conformité de la marque attaquée à ces normes internationales – l'expression "Production en France" est en effet écrite en plus petits caractères – pourrait être soulevée.

Cependant, les deux conventions précitées ne trouvent pas application dans la présente procédure, ce que ne prétend d'ailleurs pas la recourante. En effet, la violation des conventions internationales en matière d'indications de provenance et d'appellations d'origine constitue un motif absolu d'exclusion de la protection au sens de l'art. 2 let. d LPM (CHERPILLOD, op. cit., p. 103 ; arrêt du TF 4C.34/2002 du 24 septembre 2002 in sic! 2003 337 *Schlumpagner*, arrêt du TF 4A.14/2006 du 7 décembre 2006 in JdT 2007 I 168 en particulier p. 170 s. *Champ*). Il s'agit en l'espèce d'une procédure d'opposition. Or, comme nous l'avons vu ci-dessus (cf. consid. 5.2), le titulaire d'une marque antérieure peut former opposition contre un nouvel enregistrement en se fondant *uniquement* sur les motifs relatifs d'exclusion énumérés à l'art. 3 al. 1

LPM (art. 31 al. 1 LPM). Ce ne sera que dans le cadre d'une éventuelle procédure civile ultérieure que les motifs absolus pourront être revus (dans ce contexte, le Tribunal administratif fédéral a laissé ouvert la question de savoir si un tiers ne pouvait pas recourir contre l'enregistrement d'une marque [arrêt du Tribunal administratif fédéral B-7506/2006 du 21 mars 2007 consid. 8 *Karomuster*]).

7.2 Les indications de provenance relatives aux produits agricoles autres que le vin sont régies par la loi sur la protection des marques, d'une part, et par la loi sur l'agriculture du 29 avril 1998 (LAgr, RS 910.1) ainsi que l'ordonnance sur les AOP et les IGP du 28 mai 1997 (RS 910.12), d'autre part.

La section 2 du chapitre 1 de la LAgr est consacrée aux désignations des produits agricoles autres que le vin (art. 14 à 16a LAgr ; le vin est traité dans le chapitre 5 consacré à l'économie viti-vinicole en particulier à l'art. 63 LAgr). Issues du "Paquet agricole 95" (Message du Conseil fédéral du 27 juin 1995 concernant le paquet agricole 95 [FF 1995 IV 621 ; ci-après : le Message concernant le paquet agricole 95], p. 635), ces dispositions ont été intégrées dans la nouvelle loi sur l'agriculture (Message du Conseil fédéral du 26 juin 1996 concernant la réforme de la politique agricole : Deuxième étape [Politique agricole 2002 ; FF 1996 IV 1], p. 105).

A teneur de l'art. 14 al. 1 LAgr, le Conseil fédéral peut, pour garantir la crédibilité des désignations et pour promouvoir la qualité et l'écoulement des produits agricoles et des produits agricoles transformés, édicter des dispositions sur la désignation des produits se distinguant par leur origine. Il établit un registre des appellations d'origine et des indications géographiques (art. 16 al. 1 LAgr) et règle notamment : (a) les qualités exigées du requérant, (b) les conditions de l'enregistrement, en particulier les exigences du cahier des charges, (c) les procédures d'enregistrement et d'opposition, ainsi que (d) le contrôle (art. 16 al. 2 LAgr).

Les appellations d'origine et les indications géographiques enregistrées ne peuvent être déposées comme marque pour un produit en cas d'utilisation abusive, d'usurpation, de contrefaçon ou d'imitation, par d'autres producteurs ou transformateurs, de la dénomination protégée (art. 16 al. 5 et 7 LAgr). Quiconque utilise une appellation d'origine ou une indication géographique enregistrée pour

un produit agricole ou un produit agricole transformé identique ou similaire doit remplir les exigences du cahier des charges visé à l'al. 2 let. b. Lorsque l'on détermine si l'utilisation d'une marque acquise de bonne foi au sens de l'al. 6 est conforme au droit, il faut notamment tenir compte de l'existence d'un risque de tromperie ou de concurrence déloyale (art. 16 al. 6^{bis} LAgr). Les appellations d'origine et les indications géographiques enregistrées sont protégées en particulier contre toute utilisation commerciale pour d'autres produits exploitant le renom de la désignation protégée ou contre toute usurpation, contrefaçon ou imitation (art. 16 al. 7 LAgr).

Dans son ordonnance sur les AOP et les IGP, le Conseil fédéral précise que les appellations d'origine des produits agricoles transformés, inscrites dans le registre fédéral, sont protégées et qu'elles peuvent être utilisées par tout opérateur commercialisant des produits agricoles ou des produits agricoles transformés qui sont conformes au cahier des charges (art. 1 al. 1 et 2). Peut être enregistré comme appellation d'origine le nom d'une région ou d'un lieu qui sert à désigner un produit agricole ou un produit agricole transformé : (a) originaire de cette région ou de ce lieu ; (b) dont la qualité ou les caractères sont dus essentiellement ou exclusivement au milieu géographique comprenant les facteurs naturels et les facteurs humains ; et (c) qui est produit, transformé et élaboré dans une aire géographique délimitée (art. 2 al. 1 de l'ordonnance sur les AOP et les IGP). Lorsqu'une demande d'enregistrement concerne une dénomination identique à une dénomination déjà enregistrée et que la dénomination homonyme à enregistrer donne à penser au public que les produits sont originaires d'une autre région ou d'un autre lieu, cette dénomination ne doit pas être enregistrée, bien qu'il s'agisse de la dénomination exacte de la région ou de la localité dont les produits agricoles ou les produits agricoles transformés sont originaires. L'utilisation de la dénomination homonyme enregistrée ultérieurement doit être bien différenciée de l'utilisation de la dénomination déjà enregistrée, afin d'assurer un traitement équitable aux producteurs concernés et de ne pas induire en erreur les consommateurs (art. 4a de l'ordonnance sur les AOP et les IGP). L'utilisation commerciale directe ou indirecte d'une dénomination protégée est interdite : (a) pour tout produit comparable non conforme au cahier des charges ; (b) pour tout produit non comparable si cette utilisation exploite la réputation de la dénomination protégée (art. 17 al. 1 de l'ordonnance sur les AOP et

les IGP). Cette disposition s'applique également si la dénomination enregistrée est imitée ou évoquée, si elle est traduite ou encore si elle est accompagnée d'une formule telle que "genre", "type", "méthode", "façon", "imitation", "selon la recette" ou d'une expression similaire, ou, enfin, si la provenance du produit est indiquée (art. 17 al. 2 de l'ordonnance sur les AOP et les IGP).

Par appellation d'origine au sens des dispositions précitées, on entend la dénomination géographique d'un lieu ou d'une région servant à désigner un produit agricole qui en est originaire, dont la qualité ou les caractères sont dus essentiellement ou exclusivement au milieu géographique comprenant les facteurs naturels et humains et dont la production, la transformation et l'élaboration ont lieu dans cette aire géographique (Guide pour le dépôt d'une appellation d'origine protégée [AOP] ou d'une indication géographique protégée [IGP], Office fédéral de l'agriculture, Berne 2001 ; Message concernant le paquet agricole 95, ch. 212, p. 650 ; SIMON HOLZER, Geschützte Ursprungsbezeichnungen [GUB] und geschützte geographische Angaben [GGA] landwirtschaftlicher Erzeugnisse : ihre Stellung im globalen, europäischen und schweizerischen Recht zum Schutz geographischer Herkunftsangaben, in : Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Fascicule 709, Berne 2005, p. 268 ; LORENZ HIRT, Der Schutz schweizerischer Herkunftsangaben, in : Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Fascicule 679, Berne 2003, p. 117). A l'instar des indications géographiques (art. 3 de l'ordonnance sur les AOP et les IGP), l'objet de la protection est donc spécifiquement un nom géographique (HOLZER, op. cit., p. 253 s. ; ISABELLE PASCHE, Le système de protection des appellations d'origine et des indications géographiques de produits agricoles : premières expériences et commentaires, in : Communications de droit agraire 2001, p. 6 s. ; ATF 133 II 429 consid. 6.3).

L'art. 16 al. 5 LAgr interdit l'enregistrement, comme marque, pour un produit similaire, d'une dénomination enregistrée comme appellation d'origine, si un tel enregistrement constitue une exploitation de renom de la désignation protégée ou un cas d'usurpation, de contrefaçon ou d'imitation de cette désignation. De prime abord, il sied de rappeler que le législateur a renoncé à une révision de la loi sur la protection des marques lorsqu'il a introduit les nouvelles dispositions législatives concernant la protection des appellations d'origine protégée (Message concernant le paquet agricole 95,

p. 646), de sorte que l'on peut admettre que la mise en vigueur de l'art. 16 al. 5 LAgr n'a pas eu pour effet de créer un nouveau motif d'exclusion dans le cadre de la loi sur la protection des marques. Selon le Conseil fédéral, l'art. 16 al. 5 LAgr vise à renforcer le principe d'exclusion institué à l'art. 2 LPM (Message concernant le paquet agricole 95, p. 656). Dans le même sens, CLAUDIA MARADAN relève que l'introduction de cette disposition n'a pas eu pour effet la création d'un nouveau motif absolu d'exclusion, en sus de ceux prévus aux let. a à d de l'art. 2 LPM (CLAUDIA MARADAN, L'enregistrement des marques face à la nouvelle législation sur les appellations d'origine et indications géographiques protégées, in *sic!* 2000 84, p. 88). C'est la raison pour laquelle l'IPI suspend la procédure d'enregistrement d'une marque contenant une indication pour laquelle une demande d'enregistrement correspondante en tant qu'AOP ou IGP est pendante devant l'OFAG jusqu'à la décision de celui-ci. L'IPI garantit ainsi que la marque déposée remplit les conditions posées à son enregistrement en satisfaisant, le cas échéant, aux exigences posées dans la loi sur l'agriculture tout en répondant également aux conditions énoncées à l'art. 2 let. c et d LPM (cf. Directives en matière de marques, Berne 2008, p. 120 note 189).

Ainsi donc, force est d'admettre que, si tant est que cette disposition exerce un effet, c'est uniquement dans le cadre des motifs absolus d'exclusion (art. 2 LPM) et non dans celui des motifs relatifs d'exclusion (art. 3 LPM). Or, comme nous venons de le rappeler ci-dessus (cf. supra consid. 5.2), le titulaire d'une marque antérieure ne peut former opposition contre un nouvel enregistrement qu'en se fondant sur les motifs relatifs d'exclusion énumérés à l'art. 3 al. 1 LPM (art. 31 al. 1 LPM) ; les motifs absolus énumérés à l'art. 2 LPM ne sont examinés que dans le cadre de la procédure d'enregistrement et dans celui d'une éventuelle procédure civile future. Il suit de ce qui précède que le Tribunal administratif fédéral ne peut pas, dans le cadre de la présente procédure, examiner les griefs de la recourante fondés directement ou indirectement sur l'art. 16 al. 4 LAgr, mais qu'il doit se limiter aux motifs relatifs d'exclusion, autrement dit au risque de confusion engendré par la collision avec une marque antérieure similaire. D'ailleurs, selon la Haute Cour, le danger de confusion s'apprécie pour les indications de provenance de la même façon que dans les autres domaines du droit des marques ; il s'agit en effet toujours de sauvegarder la

fonction distinctive du signe et d'éviter qu'on fasse de fausses imputations (arrêt du TF 4A.14/2006 du 7 décembre 2006 consid. 3.3.1 *Champ* et les réf. cit.).

Ainsi donc, le fait que l'élément verbal "GRUYÈRE" des signes opposés tombe sous la Convention de Stresa et sous le Traité franco-suisse, qu'il soit inscrit comme AOC dans le registre tenu par l'OFAG et qu'il fasse l'objet d'une protection particulière au regard de la législation agricole reste, en l'état actuel du droit, sans conséquence juridique s'agissant des motifs relatifs d'exclusion (art. 3 LPM ; voir également s'agissant de la protection des indications géographiques prévue par l'annexe 1c "Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce" (ADPIC) de l'Accord du 15 avril 1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (RS 0.632.20) ainsi que des négociations en cours du Cycle de Doha en la matière : www.seco.admin.ch/themen/00513/01238/01243/index.html?lang=fr et www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/gi_f.htm).

8.

Il convient d'examiner s'il y a risque de confusion entre la marque opposante et la marque attaquée en tenant compte de leur impression d'ensemble respective.

8.1 La marque opposante est composée de l'élément verbal "GRUYÈRE" précédé de l'article défini "le", tous deux écrits en majuscules. Au-dessous de ces deux éléments figure le mot "Switzerland" en majuscules blanches sur fond noir. A la gauche du groupe d'éléments "LE GRUYÈRE SWITZERLAND" est apposé un logo, lequel reprend en majuscules le mot "Suisse" dans les trois langues nationales (allemand, français et italien) et en anglais. Disposés en forme de quadrilatère, ces termes entourent une meule de fromage dans le quartier manquant de laquelle est juché un petit personnage, vraisemblablement un armailli en bredzon, jouant du cor des Alpes.

La marque attaquée est pour sa part composée par l'élément verbal "GRUYÈRE" écrit en majuscules dans un arc de cercle. A la verticale du "G" de "Gruyère" sont disposés l'un sous l'autre les termes "mild", "doux" et "dolce" écrits en petits caractères. Sous les lettres "ère" de "Gruyère" figure en gras et en majuscules le mot "cuisine". Une toque

blanche est disposée entre les éléments verbaux "GRUYÈRE" et "CUISINE". Sous les éléments "DOLCE" et "CUISINE" figure un rectangle noir contenant un oval blanc sur lequel sont disposés des morceaux de fromage – un bloc et des tranches – et du fromage râpé. On doit bien admettre qu'en relation avec les produits revendiqués, ces éléments figuratifs sont purement descriptifs. Sous ces derniers, est enfin écrite en petits caractères l'expression "Production en France".

8.2 Il ressort d'une comparaison des marques opposées qu'elles n'ont en commun que l'élément verbal "GRUYÈRE", qui se rapporte à une sorte de fromage (sur cet élément, voir ci-après : consid. 9).

La recourante soutient avec raison que le terme "cuisine" figurant dans la marque attaquée donne une mauvaise image du produit, dans la mesure où il laisse penser qu'il s'agit d'un fromage qui sera davantage utilisé pour faire la cuisine que pour le consommer tel quel, ce d'autant plus qu'il est associé à une toque de cuisinier. Par ailleurs, les morceaux de fromage représentés de manière sommaire – bloc de fromage en forme de rectangle aux arrêtes saillantes et aux côtés sans aspérités ; tranches de fromage qui rappellent celles de fromage fondu utilisées dans la préparation de canapés par exemple ; petit tas de fromage râpé – donne l'impression qu'il ne s'agit pas d'un produit de qualité. A l'inverse, le consommateur moyen ne manquera pas de distinguer, dans la marque opposante, la référence évidente à la provenance suisse du produit – illustrée par les termes "Suisse", "Schweiz", "Svizzera" et "Switzerland" ainsi que par l'armailli en bredzon jouant du cor des Alpes, soit un personnage typiquement gruérien –, donc à un Gruyère AOC suisse. En outre, la présence d'une meule de fromage renforce l'impression que l'on est en présence d'un produit de qualité. C'est dire que les marques opposées présentent des différences suffisamment importantes et évidentes pour que tout risque de confusion puisse être exclu, même si la mention "Production en France" figurant dans la marque attaquée n'apparaît pas au premier plan.

9.

Dans la décision querellée, l'autorité inférieure a considéré que l'élément verbal "GRUYÈRE", en tant qu'AOC, appartenait au domaine public, ce que conteste la recourante.

9.1 Sous l'angle du droit des marques, la jurisprudence considère aujourd'hui qu'un signe contenant une AOC peut être enregistré en tant que marque à condition qu'il contienne d'autres éléments qui lui confèrent un caractère distinctif (sic! 2006 484 consid. 10 *Sbrinz*; voir dans le même sens : Rapport explicatif sur la protection de l'indication de provenance "Suisse" et de la croix suisse [projet Swissness] du 28 novembre 2007, p. 35 s.). Aussi, le périmètre de protection d'une telle marque est délimité par ces autres éléments (voir : EUGEN MARBACH, Commentaire de l'arrêt *Sbrinz* in : sic! 2006 484, p. 487 [cité ci-après : MARBACH, Commentaire *Sbrinz*]).

Alors que le droit à la marque confère à son titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque et d'en disposer (art. 13 al. 1 LPM), les AOC sont des signes collectifs remplissant le rôle de label de qualité et d'origine (MARBACH, Commentaire *Sbrinz*; HOLZER, op. cit., p. 7; HIRT, op. cit., p. 8 ss). Dans ce contexte, les dénominations géographiques appartiennent au domaine public, en ce sens que tous les producteurs remplissant le cahier des charges doivent pouvoir en faire usage (cf. sic! 2006 484 consid. 10 *Sbrinz* et le commentaire de MARBACH). En outre, seul un produit répondant aux critères de production du cahier des charges peut porter le sigle distinctif "AOC" en sus de la dénomination géographique protégée.

9.2 Dans l'arrêt *Sbrinz* mentionné ci-dessus, la CREPI s'est prononcée sur l'appartenance au domaine public des AOC dans le cadre d'une procédure qui opposait deux marques protégées pour des produits de provenance suisse respectant le cahier des charges du "Sbrinz AOC". Le Tribunal administratif fédéral n'entend pas revenir sur cette pratique. Cependant, on peut se demander si une AOC n'a pas en soi un caractère distinctif et, par conséquent, si son utilisation à titre de marque n'est pas exclue ex lege pour les producteurs qui ne rempliraient pas les conditions du cahier des charges. Toujours est-il que l'AOC "Gruyère" doit demeurer à la libre disposition des producteurs suisses de Gruyère qui respectent le cahier des charges.

Cependant, dans le cadre de la présente procédure de recours, la situation de fait est, d'une part, différente et, d'autre part, nouvelle. En effet, la marque attaquée, qui contient la dénomination "Gruyère", est enregistrée pour du fromage de provenance française. Or, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si

la Suisse doit protéger, sous l'angle du droit des marques, ses AOC vis-à-vis de producteurs étrangers. Il ressort toutefois de ce qui précède que les marques opposées sont manifestement distinctes, de sorte que tout risque de confusion est exclu (voir consid. 8.2). En outre, la Convention de Stresa et le Traité franco-suisse permettent également à la France d'utiliser la dénomination "Gruyère" pour ses fromages (cf. supra consid. 7.1). Par conséquent, cette question peut rester ouverte.

10.

Il ressort de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté.

10.1 Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 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.- (ATF 133 III 490 consid. 3.3).

Au regard de ce qui précède, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 3'500.- et mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 3'500.- versée le 17 novembre 2006 par la recourante.

10.2 L'intimée n'étant pas représentée par un avocat, il n'y a pas lieu de lui octroyer de dépens.

11.

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 3'500.-, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 3'500.-.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (Recommandé ; annexes en retour)
- à l'intimée (Recommandé)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. W6407-RE/ule ; Recommandé ; annexe : dossier en retour)

Le Président du collège :

Le Greffier :

Bernard Maitre

Olivier Veluz

Expédition : 22 décembre 2008