



Arrêt du 11 décembre 2017

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
Vera Marantelli et David Aschmann, juges ;
Pierre-Emmanuel Ruedin, greffier.

Parties

Lab Dom (Suisse) SA,
[...],
représentée par Maître Benedikt Schmidt,
Meisser & Partners AG,
[...],
recourante,

contre

Cellap Laboratoire SA,
[...],
représentée par TRADAMARCA, Humphrey & Co,
[...],
intimée,

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

Objet

Procédure d'opposition n° 13489
CH P-565'036 "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" /
CH 650'510 "SWISSCELL".

Faits :**A.**

A.a Déposée le 12 juillet 2007 par Cellap Laboratoire SA (ci-après : opposante ou intimée) et publiée le 11 décembre 2007 (Feuille officielle suisse du commerce [FOSC] n° 240 du 11 décembre 2007), la marque suisse n° P-565'036 "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (ci-après : marque opposante) est enregistrée pour les produits et les services suivants :

Classe 3 : "Cosmétiques, savons, parfumerie, huiles essentielles ; déodorants corporels ; crèmes, laits, lotions, gels, poudres, sérums, masques et gommages à usage cosmétique pour les soins du visage et du corps ; crèmes, lotions et sérums restructurants à usage cosmétique ; préparations cosmétiques pour l'amaigrissement ; préparations cosmétiques pour la douche et/ou le bain ; laits, gels et huiles de bronzage et après-soleil ; produits de maquillage ; produits de démaquillage ; produits dépilatoires ; produits pour le soin et le nettoyage des cheveux, notamment shampooings, crèmes, masques, sérums, mousses ; teinture pour les cheveux ; tous les produits précités de provenance suisse."

Classe 35 : "Services de publicité ; services rendus par un franchiseur, à savoir aide dans l'exploitation ou la direction d'entreprises commerciales, mise à disposition de savoir-faire commercial [franchisage], les services précités dans le domaine des soins d'hygiène et de beauté ; mise à disposition d'informations sur Internet en matière de produits de beauté à des fins de publicité et de vente."

Classe 41 : "Cours et formation dans le domaine des soins d'hygiène et de beauté ; cours et formation pour l'utilisation et l'application de produits cosmétiques ; cours et formation pour le personnel de vente de produits cosmétiques."

Classe 44 : "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; services de spa, services de saunas, services de massage, services de manucure, services de pédicure, services de maquillage ; services de physiothérapie ; instituts de beauté ; conseils en matière de soins d'hygiène et de beauté ; mise à disposition d'informations sur Internet en matière de soins de beauté ; conseils en matière d'alimentation."

Elle se présente ainsi :

The
SwissCellSpa
EXPERIENCE

A.b

A.b.a Déposée le 10 juillet 2013 par Lab Dom (Suisse) SA (ci-après : défenderesse ou recourante) et publiée le 1^{er} novembre 2013 dans Swissreg (<<https://www.swissreg.ch>>), la marque suisse n° 650'510 "SWISSCELL" (ci-après : marque attaquée) est enregistrée pour les produits et les services suivants :

Classe 3 : "Préparations pour blanchir et autres substances pour lessiver ; préparations pour nettoyer, polir, dégraisser et abraser ; savons ; parfumerie, huiles essentielles, cosmétiques, lotions pour les cheveux ; dentifrices ; préparations [sic] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse."

Classe 5 : "Substances diététiques à base de ou contenant de [sic] placenta de mouton ; substances diététiques à base de ou contenant de [sic] placenta végétal ; substances diététiques à base de ou contenant des extraits de poisson ; vitamines ; préparations de vitamines ; compléments vitaminés ; compléments alimentaires pour la santé ; compléments et suppléments nutritionnels à usage médical ; produits pharmaceutiques pour les soins de la peau ; compléments alimentaires minéraux ; produits pharmaceutiques [sic] pour la thérapie par des cellules vivantes ; produits pharmaceutiques et vétérinaires ; produits hygiéniques pour la médecine ; substances diététiques [sic] à usage médical, aliments pour bébés ; emplâtres, matériel pour pansements ; matières pour plomber les dents et pour empreinte [sic] dentaires ; désinfectants ; produits pour la destruction des animaux nuisibles ; fongicides, herbicides ; tous les produits précités de provenance suisse."

Classe 44 : "Services médicaux ; services vétérinaires ; soins d'hygiène et de beauté pur [sic] êtres humains ou pour animaux ; services d'agriculture, d'horticulture et de sylviculture."

A.b.b Par mémoire du 31 janvier 2014, se fondant sur la marque opposante, l'intimée forme opposition (n° 13489) totale contre la marque attaquée auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI ; ci-après : autorité inférieure).

A.b.c Dans la réponse qu'elle dépose devant l'autorité inférieure le 1^{er} avril 2014, la recourante fait notamment valoir le non-usage de la marque opposante.

A.b.d L'intimée présente une réplique le 20 octobre 2014.

A.b.e

A.b.e.a La recourante dépose une duplique le 28 avril 2015.

A.b.e.b Elle y demande en particulier que la liste des produits et des services de la marque attaquée (dont elle est titulaire) soit limitée aux produits suivants (pièce 10 du dossier de l'autorité inférieure, p. 7) :

Classe 3 : "Cosmétiques, préparations [sic] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse."

Classe 5 : "Substances diététiques à base de ou contenant de [sic] placenta de mouton ; substances diététiques à base de ou contenant de [sic] placenta végétal ; substances diététiques à base de ou contenant des extraits de poisson ; compléments alimentaires pour la santé ; compléments et suppléments nutritionnels à usage médical ; produits pharmaceutiques pour les soins de la peau ; compléments alimentaires minéraux ; produits pharmaceutiques pour la thérapie par des cellules vivantes ; produits pharmaceutiques ; substances diététiques [sic] à usage médical ; tous les produits précités de provenance suisse."

Le 11 mai 2015, cette nouvelle liste des produits et des services de la marque attaquée est publiée dans Swissreg (à titre de radiation partielle du 28 avril 2015 [cf. <<https://www.swissreg.ch>>, consulté le 13.11.2017]).

A.b.f Le 24 juin 2015, l'autorité inférieure rend une décision (ci-après : décision attaquée [pièce 12 du dossier de l'autorité inférieure]) dont le dispositif est le suivant :

1. L'opposition n° 13489 contre la marque suisse n° 650 510 « SWISSCELL » est partiellement admise.
2. L'enregistrement de la marque suisse n° 650 510 « SWISSCELL » sera révoqué pour tous les produits revendiqués en classe 3.
3. L'opposition est rejetée pour les produits de la classe 5.
4. La taxe d'opposition de CHF 800.– reste acquise à [l'autorité inférieure].
5. Il est mis à la charge de la défenderesse [recourante] le paiement à l'opposante [intimée] de CHF 400.– (moitié de la taxe d'opposition) à titre de remboursement partiel de la taxe d'opposition.
6. Les dépens sont compensés.
7. La présente décision est notifiée aux parties.

A.b.f.a L'autorité inférieure commence par retenir que les pièces déposées par l'intimée n'établissent pas de rapport entre la marque opposante et les produits revendiqués en classe 3, de sorte que l'usage de la marque opposante n'est pas rendu vraisemblable en lien avec ces produits. Elle

considère par ailleurs que certaines des pièces produites permettent de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante en lien avec les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44). Elle nie en revanche la vraisemblance de l'usage de la marque opposante en lien avec les autres services revendiqués en classe 44 et en lien avec les services revendiqués en classes 35 et 41.

L'autorité inférieure laisse ouverte la question de savoir si l'usage reconnu pour les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44) est également juridiquement pertinent pour d'autres services revendiqués par la marque opposante en classe 44. Elle considère en effet que la similarité avec les produits pertinents pour la marque attaquée doit déjà être admise sur la base de l'usage reconnu pour les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44) et que la reconnaissance d'un usage plus étendu n'aurait donc pas d'effet sur l'appréciation du risque de confusion.

A.b.f.b L'autorité inférieure estime que les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), en lien avec lesquels l'usage de la marque opposante a été rendu vraisemblable, doivent être qualifiés de similaires aux produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3) revendiqués par la marque attaquée. Elle nie en revanche toute similarité entre, d'une part, les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), en lien avec lesquels l'usage de la marque opposante a été rendu vraisemblable, et, d'autre part, les produits revendiqués en classe 5 par la marque attaquée, de sorte que l'opposition doit être rejetée dans cette mesure.

A.b.f.c L'autorité inférieure retient ensuite l'existence de fortes similitudes entre les signes en cause, sur les plans visuel, phonétique et sémantique.

A.b.f.d Considérant par ailleurs notamment que la marque opposante jouit d'un champ de protection normal, l'autorité inférieure conclut que la marque attaquée ne se distingue de la marque opposante que par l'utilisation des lettres majuscules et minuscules et l'absence de reprise des éléments n'ayant pas de force distinctive, de sorte que la marque attaquée ne se différencie pas suffisamment de la marque opposante pour que tout risque de confusion soit écarté.

A.b.f.e Selon l'autorité inférieure, l'opposition est ainsi partiellement bien fondée, dans la mesure des produits revendiqués par la marque attaquée

en classe 3, et rejetée en ce qui concerne les produits revendus par la marque attaquée en classe 5.

B.

Par mémoire du 24 août 2015 (accompagné de ses annexes), la recourante dépose auprès du Tribunal administratif fédéral un recours dont les conclusions sont les suivantes :

1. *Es sei die Verfügung des [autorité inférieure] vom 24. Juni 2015 im Widerspruchsverfahren Nr. 13489 in Bezug auf die Ziffern 1., 2., 5. und 6., aufzuheben und der Widerspruch im Verfahren Nr. 13489 vollumfänglich abzuweisen und die Marke Nr. 650510 SWISSCELL vollumfänglich zum Schutz zuzulassen;*
2. *Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen auch im erstinstanzlichen Verfahren zulasten der Beschwerdegegnerin.*

B.a La recourante soutient tout d'abord que les services et les produits en cause ne sont pas similaires (cf. consid. 6.2.2).

B.b S'il doit être retenu qu'il existe une similarité entre ces services et ces produits, la recourante affirme que les signes en cause se distinguent de manière essentielle sur les plans sonore, visuel et sémantique.

B.c La recourante considère enfin que les éléments "SWISS" et "CELL", que les marques en cause ont en commun, appartiennent au domaine public et qu'un risque de confusion ne saurait dès lors être retenu, ce d'autant que la marque opposante n'est pas connue.

C.

C.a Dans sa réponse du 23 octobre 2015 (accompagnée de ses annexes), l'intimée commence par prendre les conclusions suivantes :

1. Le recours est rejeté ; la décision attaquée est annulée dans la mesure où elle rejette l'opposition du 31 janvier 2014 dirigée contre la classe 5 ; l'enregistrement de la marque suisse no 650'510 « SWISSCELL » est révoqué pour tous les produits couverts en classes 3 et 5 ;
2. Le recours est rejeté ; la décision attaquée est confirmée en ce que celle-ci admet l'opposition du 31 janvier 2014 pour tous les produits couverts en classe 3 ;
3. Les frais et dépens sont mis à la charge de la recourante.

En fin de mémoire, sous le titre "Conclusions", l'intimée s'exprime par ailleurs en ces termes :

En conséquence, l'intimée et opposante, conclue [sic], avec suite de frais et dépens à la charge de la recourante pour les deux instances, à ce que

- a. La décision de [l'autorité inférieure] du 24 juin 2015 dans la procédure d'opposition no 13489 est annulée dans la mesure où elle indique que l'opposition est rejetée pour les produits de la classe 5 (chiffre 3 du dispositif) de la marque suisse no 650510 « SWISSCELL » ;
- b. L'opposition no 13489 est admise contre l'ensemble des produits des classes 3 et 5 de la marque suisse no 650510 « SWISSCELL » ;
- c. La marque suisse no 650510 « SWISSCELL » est révoquée pour tous les produits revendus en classes 3 et 5 ;
- d. Subsidiairement, la décision attaquée de [l'autorité inférieure] est annulée en ce qu'elle a erronément nié le caractère vraisemblable d'un usage sérieux de la marque de l'intimée en Suisse pour les produits de la classe 3 ; le caractère vraisemblable d'un usage sérieux en Suisse de ladite marque est établi pour les produits revendus en classe 3, de manière à lier l'instance inférieure et à renvoyer l'affaire à [l'autorité inférieure] pour une nouvelle décision portant (uniquement) sur l'appréciation du risque de confusion entre les marques en question ;
- e. Subsidiairement, le recours est rejeté et la décision attaquée est confirmée en ce sens que celle-ci a admis partiellement l'opposition du 31 janvier 2014 et prononcé la révocation de la marque suisse no 650510 « SWISSCELL », pour tous les produits revendus en classe 3 (chiffres 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée).

C.a.a L'intimée soutient qu'elle a rendu vraisemblable l'usage de la marque opposante en lien avec les produits qu'elle revendique en classe 3. Elle en déduit qu'il existe une identité, voire une très forte similarité, entre les produits en cause revendus en classe 3, de sorte qu'un sérieux risque de confusion doit être admis entre les marques concernées. Elle ajoute que les produits revendus en classe 5 par la marque attaquée présentent une grande similarité avec les produits revendus en classe 3 par la marque opposante. Elle demande par conséquent au Tribunal administratif fédéral d'annuler les ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée, d'admettre complètement l'opposition n° 13489 et de prononcer la révocation de l'enregistrement de la marque attaquée pour tous les produits de la classe 5 également (réponse de l'intimée, p. 3-9).

C.a.b L'intimée soutient par ailleurs que les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44)

revendiqués par la marque opposante et les produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3) revendiqués par la marque attaquée sont similaires.

C.a.c L'intimée insiste enfin sur le fait que la marque attaquée reprend le cœur distinctif de la marque opposante et qu'il en résulte un risque de confusion. Elle estime notamment que le signe "SWISSCELL" bénéficie d'une force distinctive normale.

C.b Dans sa réponse du 26 octobre 2015, l'autorité inférieure conclut quant à elle au rejet du recours et à la mise des frais de procédure à la charge de la recourante.

En transmettant son dossier au Tribunal administratif fédéral, elle renonce à présenter des remarques et observations et renvoie à la motivation de la décision attaquée (cf. consid. A.b.f).

D.

Dans sa réplique du 15 janvier 2015 (*recte* : 2016), la recourante réitère les conclusions formulées dans son recours.

E.

E.a Dans sa duplique du 18 février 2016, l'intimée indique pour l'essentiel qu'elle renonce à présenter des arguments supplémentaires, afin de ne pas prolonger inutilement l'échange d'écritures à ce stade.

E.b L'autorité inférieure ne dépose pas de duplique.

F.

Les autres éléments du dossier et les arguments avancés par les parties au cours de la procédure seront repris plus loin dans la mesure nécessaire.

Droit :

1.

1.1 Le Tribunal administratif fédéral examine d'office et librement la recevabilité des recours qui lui sont soumis (ATAF 2007/6 consid. 1).

1.2 Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (art. 31, 32 et 33 let. e de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] ; art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

1.3

1.3.1

1.3.1.1 Les conséquences procédurales d'un transfert de marque lors de la procédure d'opposition ne sont expressément traitées ni dans 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) ni dans la PA. Or, selon l'art. 21 al. 2 de la loi fédérale de procédure civile fédérale du 4 décembre 1947 (PCF, RS 273) (applicable en vertu de l'art. 4 PA), "[l]e tribunal reste compétent même si les faits constitutifs de sa compétence sont modifiés subséquentement. L'aliénation en cours d'instance de l'objet en litige ou la cession du droit litigieux n'influence pas la qualité pour agir ou défendre". Par conséquent, selon la jurisprudence, le transfert de la marque opposante ou attaquée pendant la durée de la procédure d'opposition n'a en principe pas d'influence sur la légitimation active ou passive. C'est ainsi le moment du dépôt de l'opposition qui est déterminant (arrêt du TAF B-1481/2015 du 9 mai 2017 consid. 1.3.1.1 [et les références citées] "ice watch [fig.]/NICE watch [fig.]").

1.3.1.2 L'art. 21 al. 2 PCF n'exclut pas la substitution de parties. L'art. 17 al. 1 PCF (également applicable en vertu de l'art. 4 PA) prévoit néanmoins qu'"[u]ne personne ne peut se substituer à l'une des parties qu'avec le consentement de l'autre" (arrêt du TAF B-1481/2015 du 9 mai 2017 consid. 1.3.1.2 [et les références citées] "ice watch [fig.]/NICE watch [fig.]").

1.3.2

1.3.2.1 En l'espèce, la marque attaquée est déposée par la recourante (cf. consid. A.b.a). En tant que titulaire de cette marque, la recourante est défenderesse dans le cadre de la procédure d'opposition n° 13489 auprès de l'autorité inférieure (cf. consid. A.b.b-A.b.f), avant de déposer le présent recours devant le Tribunal administratif fédéral le 24 août 2015 (cf. consid. B), puis une réplique le 15 janvier 2016 (cf. consid. D).

1.3.2.2 Or, le 4 avril 2017, le transfert de la marque attaquée – de la recourante à NexGen BioPharma Research & Innovation Sàrl (ci-après : cessionnaire) – est publié dans Swissreg. Ce transfert porte la date du 21 mars 2017 (cf. <<https://www.swissreg.ch>>, consulté le 13.11.2017).

1.3.3 Aucune demande de substitution de parties n'a été adressée au Tribunal administratif fédéral, qui n'a d'ailleurs eu connaissance du transfert de la marque attaquée qu'en consultant Swissreg. Par conséquent, vu l'art. 21 al. 2 PCF (applicable en vertu de l'art. 4 PA), il doit être retenu que la recourante garde qualité de partie (art. 6 PA) dans la présente procédure de recours.

1.4 Reste à examiner si la recourante, qui demeure partie dans la présente procédure de recours (cf. consid. 1.3.3), a toujours qualité pour recourir au sens de l'art. 48 al. 1 PA (cf. arrêt du TAF B-1481/2015 du 9 mai 2017 consid. 1.3.3.1 *in fine* "ice watch [fig.]/NICE watch [fig.]").

1.4.1

1.4.1.1 Selon l'art. 48 al. 1 PA, la qualité pour recourir appartient à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

1.4.1.2 Si la qualité pour recourir disparaît au cours de la procédure de recours, la cause devient sans objet, de sorte qu'elle doit être radiée du rôle (cf. MARANTELLI/HUBER, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], Praxis-kommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2^e éd. 2016 [ci-après : Praxiskommentar VwVG], art. 48 PA n° 7) par le juge instructeur statuant en tant que juge unique (art. 23 al. 1 let. a LTAF).

1.4.2

1.4.2.1 En l'espèce, la recourante a clairement pris part à la procédure devant l'autorité inférieure, qui lui a d'ailleurs reconnu la qualité de défenderesse. La condition posée par l'art. 48 al. 1 let. a PA est ainsi remplie.

1.4.2.2 Il ne fait aucun doute que, tant qu'elle était titulaire de la marque attaquée, la recourante remplissait en outre les conditions posées par l'art. 48 al. 1 let. b et c PA.

Depuis le transfert de la marque attaquée (cf. consid. 1.3.2.2), il doit être admis que la recourante est contractuellement tenue de garantir l'existence de la marque attaquée envers la cessionnaire (cf. arrêt du TAF B-461/2013 du 21 janvier 2015 consid. 1.3.2.2.2 "SPORTS [fig.]/zoo sport [fig.]"). Par ailleurs, alors que le transfert de la marque attaquée a été publié dans Swissreg il y a plusieurs mois, ni l'intimée ni l'autorité inférieure n'ont formulé d'observations à ce sujet. Dans ces conditions, il convient de retenir que la recourante demeure spécialement atteinte par la décision attaquée (art. 48 al. 1 let. b PA) et qu'elle garde un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 let. c PA) (cf. également : ISABELLE HÄNER, *Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, 2000, n° 373 ; JEAN-FRANÇOIS POUDRET, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire* du 16 décembre 1943, 1990, vol. I, art. 40 OJ n° 2 [p. 343 (*ad* art. 21 PCF)], vol. II, art. 53 OJ n° 3 *in fine* [p. 385] ; FRITZ GYGI, *Bundesverwaltungsrechtspflege*, 2^e éd. 1983, p. 182).

1.4.3 La qualité pour recourir doit dès lors être reconnue à la recourante.

1.5 Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 50 al. 1 PA, en lien avec l'art. 22a al. 1 let. b PA), au contenu et à la forme du mémoire de recours (art. 52 al. 1 PA) et à l'avance de frais (art. 63 al. 4 PA) sont par ailleurs respectées.

1.6 Le présent recours est ainsi recevable.

2.

2.1

2.1.1 Une procédure de recours ne peut porter que sur l'objet de la contestation (*Anfechtungsgegenstand*), c'est-à-dire ce sur quoi portait déjà la procédure devant l'instance inférieure ou ce sur quoi elle aurait dû porter selon une interprétation correcte de la loi. Les points sur lesquels l'autorité inférieure ne s'est pas prononcée et sur lesquels elle n'était pas non plus tenue de le faire ne peuvent être examinés par l'autorité supérieure, sous peine d'outrepasser ses compétences fonctionnelles. L'objet de la contestation résulte du dispositif de la décision attaquée et non de sa motivation, qui peut toutefois servir d'aide pour interpréter le dispositif si des doutes demeurent quant à sa portée. Par ailleurs, si le dispositif renvoie expressément aux considérants, ceux-ci font partie du dispositif dans la mesure du renvoi (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2, ATF 136 II 457

consid. 4.2, ATF 131 II 200 consid. 3.2 ; arrêt du TF 2C_642/2007 du 3 mars 2008 consid. 2.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1, ATAF 2010/12 consid. 1.2.1 ; arrêt du TAF B-4760/2015 du 14 février 2017 consid. 5.1).

2.1.2 C'est le recourant qui, par le biais des conclusions de son recours, est appelé à définir l'objet du litige (*Streitgegenstand*), les points non contestés de la décision attaquée acquérant force exécutoire formelle. Lorsque le recourant conclut uniquement à l'annulation de la décision attaquée, il convient de se référer aux motifs de son recours afin de déterminer ce qui constitue l'objet du litige selon sa volonté déterminante. Le recourant peut réduire l'objet du litige par rapport à l'objet de la contestation. Il ne peut en revanche pas l'élargir ou le modifier, car la compétence fonctionnelle de l'autorité supérieure en serait violée (ATF 142 I 155 consid. 4.4.2, ATF 136 II 457 consid. 4.2 ; ATAF 2014/24 consid. 1.4.1 ; arrêts du TAF B-4760/2015 du 14 février 2017 consid. 5.1, B-6390/2015 du 18 juillet 2016 consid. 1.4 et A-545/2012 du 14 février 2013 consid. 2.5 ; SEETHALER/PORTMANN, in : Praxiskommentar VwVG, art. 52 PA n^{os} 38, 41 et 42 ; JÉRÔME CANDRIAN, Introduction à la procédure administrative fédérale, 2013, n^{os} 182 et 184 ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2^e éd. 2013, n^o 2.8).

2.2

2.2.1

2.2.1.1 En l'espèce, la décision attaquée porte sur l'opposition (n^o 13489) totale contre la marque attaquée, qui forme ainsi l'objet de la contestation (cf. consid. 2.1.1).

2.2.1.2 La décision attaquée (cf. consid. A.b.f) admet partiellement l'opposition contre la marque attaquée (ch. 1 du dispositif de la décision attaquée). L'opposition n'est en effet admise que dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la classe 3, de sorte que l'enregistrement est révoqué en ce qui concerne ces produits (ch. 2 du dispositif de la décision attaquée). L'opposition est en revanche rejetée dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la classe 5 (ch. 3 du dispositif de la décision attaquée ; cf. consid. A.b.f.b *in fine*), de sorte que l'enregistrement n'est pas révoqué en ce qui concerne ces produits. Pour le surplus, la décision attaquée retient que la taxe d'opposition reste acquise à l'autorité inférieure (ch. 4 du dispositif de la décision attaquée), statue sur les frais et les dépens (ch. 5-6 du dispositif

de la décision attaquée) et règle les modalités de la notification (ch. 7 du dispositif de la décision attaquée).

2.2.1.3 Les ch. 1, 2 et 3 du dispositif de la décision attaquée règlent, d'une part, l'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 3 (ch. 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée), et, d'autre part, l'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée). Les ch. 1, 2 et 3 du dispositif de la décision attaquée statuent ainsi sur deux objets dont le sort est indépendant (cf. art. 91 let. a de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110] ; arrêt du TAF B-4368/2015 du 19 septembre 2017 consid. 5.2.1 "[...]").

2.2.2

2.2.2.1 Dans son recours (cf. consid. B), la recourante conclut à l'annulation des ch. 1, 2, 5 et 6 du dispositif de la décision attaquée. Elle précise demander que l'opposition soit rejetée dans sa totalité et que l'enregistrement de la marque attaquée ne soit nullement révoqué (ch. 1 des conclusions du recours). Elle indique par ailleurs expressément que, par son recours, elle ne souhaite pas l'annulation du ch. 3 du dispositif de la décision attaquée (recours, p. 4 *in limine*). Elle demande enfin au Tribunal administratif fédéral de mettre les frais et les dépens à la charge de l'intimée (ch. 2 des conclusions du recours).

Par le ch. 1 des conclusions de son recours, la recourante limite l'objet du litige à l'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 3 (ch. 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée). Le recours déposé par la recourante n'est en effet pas dirigé contre la partie de la décision attaquée par laquelle l'autorité inférieure rejette l'opposition dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la *classe* 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée). Vu qu'elle lui est favorable, la recourante n'a d'ailleurs aucun intérêt à recourir contre cette partie de la décision attaquée (cf. arrêt du TAF B-3012/2012 du 5 février 2014 consid. 1.3 "PALLAS/PALLAS SEMINARE [fig.]"). De même, il convient de retenir que, par le ch. 2 des conclusions de son recours, la recourante n'attaque que la répartition des frais et des dépens (ch. 5-6 du dispositif de la décision attaquée) qui découle de l'admission de l'opposition dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la *classe* 3.

2.2.2.2 Quant à elle, dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 50 al. 1 PA, l'intimée ne dépose de recours ni contre la décision attaquée ni, en particulier, contre la partie de la décision attaquée par laquelle l'autorité inférieure rejette l'opposition dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la *classe* 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée).

En revanche, dans sa réponse (cf. consid. C.a), l'intimée conclut notamment, en substance, à l'annulation de cette partie de la décision attaquée (et à la révocation de l'enregistrement de la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la classe 5 ; cf. notamment : consid. C.a.a). Une telle conclusion est néanmoins tardive. L'intimée, qui avait tout à fait la possibilité de déposer un recours contre cette partie de la décision attaquée, aurait en effet dû le faire dans le délai de 30 jours prévu par l'art. 50 al. 1 PA. Comme le relève la recourante (réplique, p. 2-3), la PA ne permet pas de déposer un *recours joint* (*Anschlussbeschwerde*). Au stade de la réponse, l'intimée est donc liée par l'objet du litige fixé par les conclusions de la recourante (cf. SEETHALER/PLÜSS, in : Praxiskommentar VwVG, art. 57 PA n^{os} 12 et 20 ; KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3^e éd. 2013, n^{os} 1123-1124).

2.2.2.3 N'a dès lors pas du tout (valablement) été contestée la partie de la décision attaquée par laquelle l'autorité inférieure rejette l'opposition dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la *classe* 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée ; cf. consid. A.b.f.b *in fine*). Cette partie de la décision attaquée est donc entrée en force (cf. arrêts du TAF B-1481/2015 du 9 mai 2017 consid. 2.2.1-2.2.2 "ice watch [fig.]/NICE watch [fig.]", B-1190/2013 du 3 décembre 2013 consid. 2.1 "ERGO [fig.]" et B-7492/2006 du 12 juillet 2007 consid. 2 "AROMATA/AROMATHERA") et n'est pas comprise dans l'objet du litige (cf. arrêt du TAF B-922/2015 du 21 septembre 2017 consid. 3.2.1 "SUBMARINER/MARINER" ; ZIBUNG/HOFSTETTER, in : Praxiskommentar VwVG, art. 49 PA n^o 51 ; SEETHALER/PORTMANN, in : Praxiskommentar VwVG, art. 52 PA n^{os} 39, 42 et 43).

L'objet du litige (cf. consid. 2.1.2) est ainsi limité à l'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 3 (ch. 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée), y compris la répartition des frais et des dépens y relative (ch. 5-6 du dispositif de la décision attaquée).

3.

3.1 Intitulé "Modification de la décision attaquée", l'art. 62 PA a la teneur suivante :

¹ L'autorité de recours peut modifier la décision attaquée à l'avantage d'une partie.

² Elle peut modifier au détriment d'une partie la décision attaquée, lorsque celle-ci viole le droit fédéral ou repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits : pour inopportunité, la décision attaquée ne peut être modifiée au détriment d'une partie, sauf si la modification profite à la partie adverse.

³ Si l'autorité de recours envisage de modifier, au détriment d'une partie, la décision attaquée, elle l'informe de son intention et lui donne l'occasion de s'exprimer.

⁴ Les motifs invoqués à l'appui du recours ne lient en aucun cas l'autorité de recours.

3.2

3.2.1 Dans sa réponse, l'intimée demande expressément au Tribunal administratif fédéral "de modifier au détriment de la recourante la décision attaquée au motif que celle-ci viole le droit fédéral et repose sur une constatation inexacte ou incomplète des faits par [l'autorité inférieure], ainsi que pour opportunité, au sens de l'art. 62 PA (Reformatio in peius)" (réponse de l'intimée, p. 3).

3.2.2 Dans sa réplique, la recourante soutient notamment que les conditions posées par l'art. 62 al. 2 PA ne sont pas remplies en l'espèce (réplique, p. 3-4).

3.3

3.3.1 L'intimée souhaite, par le biais de l'art. 62 PA, obtenir l'annulation de la partie de la décision attaquée qui porte sur la procédure d'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée).

3.3.2 Or, contrairement à ce que soutient l'intimée, le fait que la recourante conclue à l'annulation du ch. 1 du dispositif de la décision attaquée (qui retient l'admission partielle de l'opposition) n'autorise pas le Tribunal administratif fédéral "à revoir l'objet de ce litige qui consiste à savoir si

l'opposition [...] doit être partiellement, totalement ou pas du tout admise" (réponse de l'intimée, p. 3). Etant donné que la partie de la décision attaquée qui porte sur l'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée), est entrée en force (cf. consid. 2.2.2.3 *in limine*), le Tribunal administratif fédéral doit se limiter à examiner la question de savoir si c'est à juste titre que l'autorité inférieure a admis l'opposition contre la marque attaquée, dans la mesure où cette marque est destinée aux produits de la *classe* 3 (ch. 1 et 2 du dispositif de la décision attaquée) (cf. consid. 2.2.2.3 *in fine*). Peu importe le fait que le ch. 1 du dispositif de la décision attaquée porte sur l'opposition dans son ensemble. Il est en effet clair que ce n'est qu'en partie que ce ch. 1 du dispositif de la décision attaquée est contesté par la recourante (cf. réplique, p. 3).

3.3.3 Le Tribunal administratif fédéral ne saurait se baser sur l'art. 62 PA pour se lancer dans l'examen d'une partie de la décision attaquée qui n'est pas comprise dans l'objet du litige (cf. arrêt du TAF B-3012/2012 du 5 février 2014 consid. 1.3 *in fine* "PALLAS/PALLAS SEMINARE [fig.]" ; cf. également : arrêt du TAF B-7158/2016 du 11 octobre 2017 consid. 5.2.4 "V Green Gold [fig.]/GREEN GOLD by wassner [fig.]"). L'art. 62 PA ne permet en effet pas de revenir sur les points d'une décision qui sont entrés en force.

4.

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.

5.

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 ainsi que le degré d'attention dont ces consommateurs font preuve (cf. arrêt du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 3.1-3.1.2 [et les références citées] "[fig.]/ENAGHR [fig.]").

5.1 Il convient, dans un premier temps, de déterminer quels sont les produits et/ou les services en cause.

5.1.1 La protection de la marque opposante est revendiquée pour divers produits et services appartenant aux classes 3, 35, 41 et 44 (cf. consid. A.a). Or, dans la décision attaquée, suite à l'invocation du non-

usage de la marque opposante par la recourante (art. 32 LPM ; cf. consid. A.b.c), l'autorité inférieure retient que l'intimée ne parvient à rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante qu'en relation avec les services suivants : "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44) (cf. consid. A.b.f.a *in limine*).

Du fait que la recourante ne remet pas en question la vraisemblance de l'usage de la marque opposante en relation avec ces services (cf. également : consid. 12.3.2), le Tribunal administratif fédéral partira de cette prémisse (cf. arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 4.2.1 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]" et B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 2 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]").

5.1.2 Quant à elle, la marque attaquée est enregistrée pour divers produits et services appartenant aux classes 3, 5 et 44 (cf. consid. A.b.a). Or, dans sa duplique déposée devant l'autorité inférieure, la recourante demande que la liste des produits et des services de la marque attaquée soit limitée à certains des produits appartenant aux classes 3 et 5 (cf. consid. A.b.e.b). Par ailleurs, la partie de la décision attaquée par laquelle l'autorité inférieure rejette l'opposition – dans la mesure où la marque attaquée est destinée aux produits de la classe 5 (ch. 1 et 3 du dispositif de la décision attaquée) – est entrée en force et n'est pas comprise dans l'objet du litige (cf. consid. 2.2.2.3). Seuls les produits suivants entrent dès lors en considération dans le cadre de la présente procédure de recours : "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3) (cf. consid. A.b.e.b).

5.2

5.2.1 Les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), qui doivent être retenus pour la marque opposante (cf. consid. 5.1.1), s'adressent avant tout au grand public (cf. arrêts du TAF B-6307/2010 du 7 février 2011 consid. 4 "VERY IMPORTANT PHARMACY" et B-6562/2008 du 16 mars 2009 consid. 6 *in limine* "VICTORIA [fig.]").

Il convient d'admettre que, en lien avec de tels services, le grand public fait preuve d'un degré d'attention moyen (cf. décision attaquée, p. 12). Le simple fait que les produits utilisés lors de tels soins soient susceptibles de provoquer des allergies (cf. recours, p. 4) ne saurait conduire à retenir un degré d'attention plus élevé.

5.2.2

5.2.2.1 Reste à examiner le cas des produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3), qui doivent être retenus pour la marque attaquée (cf. consid. 5.1.2).

5.2.2.2 La jurisprudence retient que les produits cosmétiques (classe 3) sont avant tout destinés au grand public.

Une partie de cette jurisprudence juge que le grand public fait preuve d'un degré d'attention plutôt faible en lien avec de tels produits (arrêts du TAF B-2711/2016 du 12 décembre 2016 consid. 4 "The Body Shop und THE BODY SHOP [fig.]/THEFACESHOP [fig.]", B-2781/2014 du 27 octobre 2016 consid. 6.2 *in fine* "CONCEPT+" et B-3005/2014 du 3 novembre 2015 consid. 3 "NIVEA STRESS PROTECT/STRESS DEFENCE"). Selon d'autres arrêts, le grand public fait preuve d'un degré d'attention moyen (arrêts du TAF B-7547/2015 du 13 novembre 2017 consid. 7.2 "[bouteille] [3D]" [en ce qui concerne uniquement les "Parfums" (classe 3)], B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 9.2.2-9.2.3 "sensationail [fig.]/ SENSATIONAIL" et B-332/2013 du 6 décembre 2013 consid. 4.2 "CC [fig.]/ GG Guépard [fig.]"). Enfin, de nombreuses décisions ne se prononcent pas sur le degré d'attention du grand public en lien avec ces produits (ATF 122 III 382 consid. 3b "Kamillosan" ; arrêts du TAF B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 4 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]", B-3541/2011 du 17 février 2012 consid. 4.2 "LUMINOUS", B-3126/2010 du 16 mars 2011 consid. 4 "CC [fig.]/Organic Glam OG [fig.]", B-7663/2009 du 26 juillet 2010 consid. 3 "ECO-CLIN/SWISS ECO CLEAN [fig.]" et B-2374/2007 du 10 mars 2008 consid. 5.2 "Parfümflasche III [3D]").

5.2.2.3 Il ne fait aucun doute que les produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3) sont avant tout destinés au grand public.

Etant donné que l'existence de motifs relatifs d'exclusion (art. 3 LPM) découle de l'étendue de la protection de la marque *opposante*, c'est le degré d'attention des cercles de consommateurs des produits et/ou des services qui doivent être retenus pour la marque *opposante* qui est déterminant dans l'examen du risque de confusion (STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in : David/Frick [éd.], Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, Basler Kommentar, 2017 [ci-après : BaK 2017], art. 3 LPM n° 162 ; GALLUS JOLLER, in : Noth/Bühler/Thouvenin [éd.], Markenschutzgesetz

[MSchG], 2^e éd. 2017 [ci-après : SHK 2017], art. 3 LPM n° 51). Peut dès lors rester ouverte en l'espèce la question de savoir quel est le degré d'attention dont fait preuve le grand public en lien avec les produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3), qui doivent être retenus pour la marque *attaquée* (cf. consid. 5.1.2).

6.

Il convient maintenant d'examiner s'il existe une similarité entre les produits et les services en cause.

6.1

6.1.1

6.1.1.1 D'une manière générale, des produits ou des services sont similaires lorsque les cercles de consommateurs déterminants 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 sont, 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. Il convient encore de comparer les produits ou les services concernés à la lumière du lien et de la complémentarité qui existent entre eux. Tous ces éléments sont habituellement retenus comme des indices par la jurisprudence et la doctrine ; aucun n'est en soi déterminant et suffisant, chaque cas devant être examiné séparément. Quant à l'appartenance des produits revendiqués à la même classe internationale selon la Classification de Nice, elle ne suffit pas pour les déclarer similaires, mais constitue néanmoins un indice à prendre en compte (arrêts du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 4.1 "[fig.]/ENAGHR [fig.]", B-1494/2011 du 2 mai 2012 consid. 3.2 "HERITAGE BANK & TRUST [fig.] et BANQUE HERITAGE [fig.]/MARCUIARD HERITAGE [fig.]", B-3064/2010 du 26 octobre 2010 consid. 5 "[fig.]/[fig.]", B-137/2009 du 30 septembre 2009 consid. 4 "DIAPASON", B-8105/2007 du 17 novembre 2008 consid. 4.2 "ACTIVIA/Activia [fig.] et Activia" et B-3268/2007 du 25 janvier 2008 consid. 3 "MBR/MR [fig.]" ; EUGEN MARBACH, Markenrecht, in : von

Büren/David [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III/1, 2^e éd. 2009 [ci-après : MARBACH, SIWR], n^{os} 817 ss).

6.1.1.2 La liste des produits ou des services des marques en cause est déterminante, hormis dans les cas où le défaut d'usage de la marque opposante a été invoqué avec succès (cf. arrêts du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 4.1 *in fine* "[fig.]/ENAGHR [fig.]", B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 3.2 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]", B-4260/2010 du 21 décembre 2011 consid. 6.2.1 "Bally/BALU [fig.]", B-317/2010 du 13 septembre 2010 consid. 5.2 "Lifetex/LIFETEA" et B-7500/2006 du 19 décembre 2007 consid. 7 "Diva Cravatte [fig.]/DD DIVO DIVA [fig.]" ; MARBACH, SIWR, n^o 1173).

6.1.2 Il peut exister une similarité entre des produits, d'une part, et des services, d'autre part. Il est alors essentiel de déterminer si les services sont logiquement ou du moins usuellement liés à l'offre des produits et si l'utilisateur les perçoit comme un ensemble de prestations formant un tout sur le plan économique. Cette similarité est admise lorsque le public concerné peut déduire, sur la base de leur signification économique et de leur destination, ou encore de leur lieu de production habituel, que les produits et les services proviennent de la même entreprise (arrêts du TAF B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 3.2 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]", B-2630/2012 du 4 juillet 2013 consid. 5.1.1 "LA CASA DEL HABANO/CLUB PASSION HABANOS", B-1618/2011 du 25 septembre 2012 consid. 3.2 "EIFFEL/GUSTAVE EIFFEL [fig.]", B-2269/2011 du 9 mars 2012 consid. 6.5.1 "[fig.]/BoneWelding [fig.]", B-5390/2009 du 17 août 2010 consid. 3.2 "ORPHAN EUROPE [fig.]/ORPHAN INTERNATIONAL", B-137/2009 du 30 septembre 2009 consid. 5.2.3 "DIAPASON", B-8105/2007 du 17 novembre 2008 consid. 4.2 "ACTIVIA/Activia [fig.] et Activia" et B-7502/2006 du 7 août 2007 consid. 4.1 et 4.2 "CHANEL/HAUTE COIFFURE CHANEL" ; MARBACH, SIWR, n^{os} 853 ss). Il ne suffit pas d'un lien de complémentarité entre des produits et des services pour qu'ils soient considérés comme similaires. Encore faut-il que les cercles de consommateurs déterminants puissent déduire que ces produits et ces services forment un paquet de prestations (arrêt du TAF B-137/2009 du 30 septembre 2009 consid. 5.2.1 "DIAPASON").

6.2

6.2.1 Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure, en se référant à la jurisprudence, affirme que "les services dans le domaine de la cosmétique

se trouvent dans un rapport fonctionnel et logique étroit avec les produits y relatifs, dans la mesure où dans le cadre de la prestation des services concernés de la classe 44, les produits cosmétiques sont indispensables". Elle considère les produits de la classe 3 concernés comme des compléments nécessaires à la prestation des services de la classe 44 en cause, "les deux étant en interaction". Elle ajoute que les consommateurs peuvent être amenés à penser que ces produits et ces services sont fournis, respectivement proposés par la même entreprise, de sorte qu'ils les percevront comme une prestation formant un tout cohérent. L'autorité inférieure retient ainsi que ces produits et ces services sont similaires (décision attaquée, p. 11).

6.2.2 Se référant à la jurisprudence et à la doctrine, la recourante estime quant à elle que les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44) revendus par la marque opposante et les produits "Cosmétiques, préparations [sic] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3) revendus par la marque attaquée ne sont pas similaires. Elle précise qu'il peut tout au plus être considéré qu'il existe entre eux une similarité extrêmement éloignée (recours, p. 4-7).

6.2.3 Enfin, contestant les arguments développés par la recourante, l'intimée soutient que ces services et ces produits sont perçus par le consommateur comme une prestation formant un tout cohérent, de sorte qu'ils doivent être qualifiés de similaires (réponse de l'intimée, p. 9-11).

6.3 Il convient de déterminer en l'espèce si les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), qui doivent être retenus pour la marque opposante (cf. consid. 5.1.1), sont similaires aux produits "Cosmétiques, préparations [sic] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3), qui doivent être retenus pour la marque attaquée (cf. consid. 5.1.2).

6.3.1

6.3.1.1 Les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44) sont généralement fournis soit dans des locaux indépendants, soit dans des locaux appartenant à des structures (hôtels, centres thermaux, etc.) offrant notamment d'autres services. Ils font appel à un savoir-faire touchant en particulier les domaines de l'esthétique, de l'hygiène et de la médecine au sens large. Ils s'adressent

avant tout au grand public (consid. 5.2.1) et ont un but esthétique et hygiénique.

6.3.1.2 Les produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3) sont en principe issus d'entreprises industrielles, dont le savoir-faire relève notamment des domaines de l'esthétique, de l'hygiène, de la chimie et de la médecine au sens large. Ces produits sont communément vendus dans des boutiques, plus ou moins spécialisées (parfumeries, drogueries, pharmacies, etc.), ou dans des grandes surfaces. Ils s'adressent avant tout au grand public (consid. 5.2.2.3) et ont un but esthétique et hygiénique.

6.3.2

6.3.2.1 Les services et les produits en cause présentent de nombreux points communs. Ils impliquent en effet un savoir-faire qui se recoupe. Comme les produits cosmétiques, les soins d'hygiène et de beauté s'adressent avant tout au grand public, à qui ils offrent justement la possibilité de consommer de tels produits. En outre, tant les produits cosmétiques que les soins d'hygiène et de beauté ont pour but l'esthétique et l'hygiène de leurs destinataires et répondent ainsi aux mêmes besoins.

6.3.2.2 Même s'ils ne sont pas substituables l'un à l'autre et même si, selon la Classification de Nice (<<http://www.wipo.int/classifications/nice/fr/index.html>>, consulté le 23.11.2017), ils n'appartiennent pas à la même classe (de manière logique puisque les produits et les services font l'objet de classes distinctes), les produits et les services en cause entretiennent un rapport étroit de complémentarité. Les prestataires de soins d'hygiène et de beauté dépendent en effet de l'existence de produits cosmétiques. A l'inverse, la prestation de soins d'hygiène et de beauté est, pour l'industrie cosmétique, un excellent moyen de faire de la publicité pour ses produits et de les vendre (cf. consid. 6.3.4.2) ; elle constitue ainsi l'un des canaux de distribution des produits cosmétiques.

6.3.3

6.3.3.1 Se référant à la jurisprudence, la recourante est d'avis que ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'une similarité entre des produits cosmétiques et des soins d'hygiène et de beauté peut être admise (recours, p. 5).

6.3.3.2 Il est vrai que l'ancienne Commission fédérale de recours en matière de propriété intellectuelle (CREPI), puis le Tribunal administratif fédéral, ont retenu que, pour qu'une similarité entre de tels produits et services puisse être retenue, il fallait notamment, d'une part, que la marque opposante jouisse d'un "degré élevé de notoriété" et, d'autre part, qu'il existe une forte similarité entre les signes en cause (arrêt du TAF B-7502/2006 du 7 août 2007 consid. 4.1-4.2 "CHANEL/HAUTE COIFFURE CHANEL" ; décision de la CREPI MA-WI 26/00 du 24 janvier 2001, sic! 2001, p. 139, consid. 6-7 "Jana/Jana-Style").

6.3.3.3 Or, de telles conditions ne sauraient entrer en ligne de compte au moment de déterminer si des produits et des services sont similaires. Elles ne font en effet pas partie des indices énumérés par la jurisprudence (cf. consid. 6.1.1.1).

Il n'est d'ailleurs pas possible de se prévaloir d'une marque de haute renommée (art. 15 LPM) en procédure d'opposition (cf. consid. 12.2.2.2 *in fine*). Au surplus, si la "notoriété" d'une marque est appelée à être prise en compte dans le cadre d'une procédure d'opposition, ce n'est pas en lien avec la question de la similarité des produits et des services (cf. MARBACH, SIWR, n° 860), mais en lien avec la question de la force distinctive de la marque opposante (cf. consid. 11.1), qui est l'un des éléments à prendre en considération au moment de déterminer s'il existe un risque de confusion (cf. consid. 12.2.2.1).

De même, le degré de similarité des signes en cause ne joue pas de rôle en lien avec la question de la similarité des produits et des services ; il n'est qu'un des aspects à prendre en considération au moment de déterminer s'il existe un risque de confusion, à côté du degré de similarité des produits et des services, de la force distinctive de la marque opposante et du degré d'attention des cercles de consommateurs déterminants (cf. consid. 12.2.2.1).

6.3.3.4 C'est d'ailleurs sans se référer aux critères du "degré élevé de notoriété" de la marque opposante et de la forte similarité entre les signes en cause (cf. consid. 6.3.3.2) que le Tribunal administratif fédéral a récemment retenu que les "Produits cosmétiques, parfumerie, savons cosmétique" de la classe 3 étaient similaires aux services "*Saloni di bellezza e di parrucchieri ; servizi di igiene e di bellezza, servizi di visagisti*" de la classe 44 (arrêt du TAF B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 5.1-5.2 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]").

6.3.4

6.3.4.1 La recourante est en outre d'avis que les produits cosmétiques ne sont guère plus que des accessoires nécessaires à la prestation des soins d'hygiène et de beauté. Selon elle, ce simple lien fonctionnel ne saurait suffire pour retenir que les produits et les services en cause proviennent de la même entreprise (recours, p. 5-6).

6.3.4.2 Or, contrairement à ce que soutient la recourante, les instituts d'hygiène et de beauté ne se limitent généralement pas à utiliser des produits cosmétiques lors des soins qu'ils prodiguent. Il doit en effet être admis qu'ils vendent de tels produits à leurs clients (la recourante le reconnaît d'ailleurs, même si elle estime que les produits proviennent habituellement d'entreprises tierces [recours, p. 6-7]). Les soins d'hygiène et de beauté comprennent en effet un aspect de conseil quant au choix et à l'utilisation de produits, notamment au quotidien.

La recourante ne saurait dès lors être suivie lorsqu'elle affirme que, dans le cadre de tels services, le rôle des produits cosmétiques doit être comparé à celui des outils pour l'ouvrier, des livres pour le juriste, des ciseaux et des shampoings pour le coiffeur ou des prospectus publicitaires pour l'organisateur de voyages (recours, p. 6). A noter que, dans le cas du coiffeur, le rôle des shampoings est double : de tels produits sont en effet à la fois *utilisés* pour prodiguer les soins et *vendus* en vue d'un usage domestique. D'ailleurs, d'une manière générale, un tel double rôle doit être reconnu aux produits cosmétiques dans le cadre des soins d'hygiène et de beauté. Il n'existe donc pas qu'un simple lien fonctionnel entre de tels produits et services.

Peu importe enfin que, selon les documents produits par la recourante (pièces 9 et 10 jointes au recours), certains instituts d'hygiène et de beauté ne vendent (apparemment) pas de produits à leurs clients ou ne vendent que les produits provenant d'autres entreprises (cf. recours, p. 6). Comme le relève l'intimée (cf. réponse de l'intimée, p. 10-11), il est en effet notoire que de nombreuses entreprises offrent, sous la même marque, à la fois des soins d'hygiène et de beauté et des produits cosmétiques : YVES ROCHER (<<https://www.yves-rocher.ch>>, consulté le 17.11.2017), L'OREAL (<<http://www.lorealprofessionnel.ch>>, consulté le 17.11.2017), DESSANGE (<<https://www.dessange.com>>, consulté le 17.11.2017), etc.

6.3.5 La probabilité est dès lors forte que le grand public soit amené à penser que, s'ils sont exploités sous des marques identiques ou similaires,

les produits cosmétiques et les soins d'hygiène et de beauté proviennent de la même entreprise ou, du moins, d'entreprises liées. Un institut d'hygiène et de beauté est en effet logiquement associé aux produits cosmétiques et il convient d'admettre que le grand public perçoit les services et les produits en cause comme un ensemble de prestations formant un tout sur le plan économique. Le Tribunal administratif fédéral a d'ailleurs déjà eu l'occasion de le relever : "*In engem Zusammenhang stehen die Waren der Klasse 3 [...] und die Dienstleistungen der Klasse 44, bei welchen jene Waren verwendet werden*" (arrêt du TAF B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 5.2 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]").

6.3.6 En conclusion, les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" de la classe 44 doivent être considérés comme similaires aux produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." de la classe 3 (cf. arrêt du TAF B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 5.1-5.2 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]").

7.

7.1 Il s'agit désormais (consid. 7-10) d'examiner s'il existe une similarité entre le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (marque opposante), d'une part, et le signe "SWISSCELL" (marque attaquée), d'autre part.

7.2

7.2.1 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/BOKS" ; MARBACH, SIWR, n° 867). Cette impression d'ensemble sera principalement influencée par les éléments dominants d'une marque ; il s'agit en général des éléments les plus distinctifs (cf. arrêt du TAF B-2380/2010 du 7 décembre 2011 consid. 7.1.1 "lawfinder/LexFind.ch [fig.]" ; SCHLOSSER/MARADAN, in : de Werra/Gilliéron [éd.], Propriété intellectuelle, Commentaire romand, 2013 [ci-après : CR PI], 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 qui se dégage d'une marque (arrêt du TF 4C.258/2004 du 6 octobre 2004 consid. 4.1 "YELLO/Yellow Access AG" ; ATAF 2014/34 consid. 6.1.1 "LAND ROVER/Land Glider" ; cf. arrêt du TAF B-38/2011, B-39/2011 et B-40/2011 du 29 avril 2011 consid. 7.1.2 "IKB/ICB [fig.], IKB/ICB et IKB/ICB BANKING GROUP" ; SCHLOSSER/MARADAN, in : CR PI, 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" ; MARBACH, SIWR, n° 866 ; JOLLER, in : SHK 2017, art. 3 LPM n°s 128-129).

7.2.2 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 définir dans chaque cas l'élément qui a le plus d'influence sur le signe concerné (cf. arrêt du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 6.1.2 "[fig.]/ENAGHR [fig.]").

7.2.3 Pour déterminer si deux marques verbales, respectivement les éléments verbaux de deux marques, se ressemblent au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, il y a lieu de prendre en compte leur effet auditif, leur représentation graphique et leur contenu sémantique (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc "Securitas", ATF 121 III 377 consid. 2b "BOSS/BOKS"). 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 ; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in : BaK 2017, art. 3 LPM n° 59). La sonorité découle en particulier du nombre de syllabes, ainsi que de la cadence et de la succession des voyelles, tandis que l'image de la marque dépend de la longueur du mot et des particularités des lettres employées. Le début du mot et sa racine, de même que sa terminaison – surtout lorsque celle-ci reçoit une accentuation – suscitent plus l'attention que les syllabes intermédiaires non accentuées (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc "Securitas", ATF 122 III 382 consid. 5a "Kamillosan" ; SCHLOSSER/MARADAN, in : CR PI, art. 3 LPM n° 62).

8.

Il convient tout d'abord d'analyser les signes en cause sur les plans visuel (consid. 8.1), sémantique (consid. 8.2) et sonore (consid. 8.3).

8.1 Analyse des signes en cause sur le plan visuel

8.1.1

8.1.1.1 Le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (marque opposante ; cf. consid. A.a) combine des éléments verbaux et figuratifs.

Les éléments verbaux sont les suivants : "The" (dont la première lettre majuscule est suivie de lettres minuscules), "SwissCellSpa" (en lettres minuscules, à l'exception de sa première et sa quatrième lettre "S" et de sa lettre "C", qui figurent en lettres majuscules) et "EXPERIENCE" (en lettres majuscules).

Au niveau figuratif, ces éléments verbaux apparaissent dans une police de caractères banale. L'élément "SwissCellSpa" occupe toute la largeur du signe. Son sous-élément "Cell" (cf. consid. 8.2.1) figure en caractères gras. En caractères de plus petite taille, l'élément "EXPERIENCE" est placé juste en dessous de la combinaison des sous-éléments "Cell" et "Spa", dont il a exactement la même longueur. Quant à l'élément "The", il apparaît juste en dessus de la lettre "w" (du sous-élément "Swiss"), dont il a exactement la même longueur.

8.1.1.2 Vu sa position centrale, son nombre de lettres important et, surtout, la taille de ses caractères (plus grande que celle des éléments "The" et "EXPERIENCE"), l'élément "SwissCellSpa" constitue, sur le plan visuel, l'élément principal du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)". Il n'occulte toutefois pas l'élément "EXPERIENCE" qui, notamment du fait qu'il figure en lettres majuscules, reste tout à fait perceptible malgré ses dimensions réduites et le fait qu'il figure en bas à droite du signe. Quant à l'élément "The", en dépit de sa petite taille, il ne passe pas non plus inaperçu, notamment du fait qu'il est placé en haut et relativement à gauche du signe.

8.1.2

8.1.2.1 Quant à lui, le signe "SWISSCELL" (marque attaquée ; cf. consid. A.b.a) est purement verbal.

Il figure en lettres majuscules.

8.1.2.2 Rien, sur le plan visuel, ne permet de mettre en évidence un élément particulier de ce signe, si ce n'est le fait que son sous-élément

"SWISS" (cf. consid. 8.2.2) apparaît au début du signe et compte une lettre de plus que le sous-élément "CELL".

8.2 Analyse des signes en cause sur le plan sémantique

8.2.1 Le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" se compose des éléments verbaux "SwissCellSpa", "EXPERIENCE" (consid. 8.2.1.5) et "The" (consid. 8.2.1.2). Tant la présence de trois lettres majuscules que le fait que les lettres "Cell" figurent en caractères gras (cf. consid. 8.1.1.1) conduisent à décomposer l'élément "SwissCellSpa" en trois sous-éléments : "Swiss" (consid. 8.2.1.1), "Cell" (consid. 8.2.1.3) et "Spa" (consid. 8.2.1.4).

8.2.1.1 Le sous-élément "Swiss" correspond au mot anglais "Swiss", qui signifie principalement "Suisse[sse]" ou "suisse" en français (Le Robert & Collins, Dictionnaire FRANÇAIS-ANGLAIS/ANGLAIS-FRANÇAIS, 8^e éd. 2006), "*Schweizer[in]*" ou "*schweizerisch*" en allemand (DUDEN ONLINE-WÖRTERBUCH [ENGLISCH WÖRTERBUCH], <<http://www.duden.de/woerterbuch>>, consulté le 07.11.2017 ; PONS Online-Wörterbuch, <<http://de.pons.com>>, consulté le 07.11.2017) et "*svizzero[-a]*" en italien (Corriere della Sera, Dizionario di Inglese, <http://dizionari.corriere.it/dizionario_inglese>, consulté le 07.11.2017).

En Suisse, ce terme, qui appartient au vocabulaire anglais de base (cf. Langenscheidt, Premium Schulwörterbuch Englisch, 2009 ; PONS, Basiswörterbuch Schule Englisch, 2006), est compris du grand public (cf. ATAF 2014/34 consid. 6.4.1 et 6.4.3 "LAND ROVER/Land Glider" ; arrêt du TAF B-6927/2015 du 8 décembre 2016 consid. 7.2 *in fine* "SENSOREADY/Sensigo" ; en ce qui concerne en particulier le mot anglais "Swiss", cf. arrêts du TAF B-6082/2015 du 30 janvier 2017 consid. 5.1.1-5.1.2 "Schweizer Salinen, Saline Svizzere, Salines Suisses, Swiss Salines, Swiss Salt Works" et B-203/2014 du 5 juin 2015 consid. 5.1 "Swissix Swiss Internet Exchange [fig.]/IX SWISS").

8.2.1.2 L'élément "SwissCellSpa" constitue, sur le plan visuel, l'élément principal du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (cf. consid. 8.1.1.2). Vu qu'il figure au début de cet élément, le sous-élément "Swiss", qui est clairement perçu comme un mot anglais (cf. consid. 8.2.1.1), est particulièrement mis en évidence. Il est dès lors logique que l'élément "The" soit également compris comme un mot anglais, c'est-à-dire comme l'article défini "*the*", qui signifie "le", "la" ou "les" en français (Le Robert & Collins, Dictionnaire FRANÇAIS-ANGLAIS/

ANGLAIS-FRANÇAIS, 8^e éd. 2006) et qui appartient au vocabulaire anglais de base (cf. Langenscheidt, Premium Schulwörterbuch Englisch, 2009 ; PONS, Basiswörterbuch Schule Englisch, 2006). Vu sa position dans le signe (en haut et relativement à gauche [cf. consid. 8.1.1.2 *in fine*]), l'élément "The" est perçu comme un article qui désigne les autres éléments du signe.

8.2.1.3 Le fait que les éléments "Swiss" et "The" soient clairement compris comme des mots anglais (cf. consid. 8.2.1.1 et 8.2.1.2) conduit à percevoir également les autres éléments du signe comme des mots anglais.

A commencer par le sous-élément "Cell", qui ne correspond d'ailleurs à aucun mot français, allemand ou italien, mais qui correspond au nom anglais "cell", qui signifie, notamment dans les domaines de la biologie et de l'architecture, "cellule" en français (Le Robert & Collins, Dictionnaire FRANÇAIS-ANGLAIS/ANGLAIS-FRANÇAIS, 8^e éd. 2006), "Zelle" en allemand (DUDEN ONLINE-WÖRTERBUCH [ENGLISCH WÖRTERBUCH], <<http://www.duden.de/woerterbuch>>, consulté le 10.11.2017 ; PONS Online-Wörterbuch, <<http://de.pons.com>>, consulté le 10.11.2017) et "cellula" ou "cella" en italien (Corriere della Sera, Dizionario di Inglese, <http://dizionari.corriere.it/dizionario_inglese>, consulté le 10.11.2017).

Le terme "cell" n'appartient pas au vocabulaire anglais de base (cf. consid. 8.2.1.1 *in fine* ; Langenscheidt, Premium Schulwörterbuch Englisch, 2009 ; PONS, Basiswörterbuch Schule Englisch, 2006). Il est toutefois très proche (du début) des mots correspondants en français, en allemand et en italien. Il n'est dès lors pas exclu qu'il soit compris du grand public suisse (cf. décision attaquée, p. 12), ce d'autant que la notion de "cellule" n'est pas complètement étrangère au domaine des services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), qui doivent être retenus pour la marque opposante (cf. consid. 5.1.1). C'est en effet en lien avec les produits et/ou les services concernés qu'il convient de déterminer la signification d'un signe (cf. arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 7.2.1.3 *in fine* "JEAN LEON/Don Leone [fig.]" et B-2380/2010 du 7 décembre 2011 consid. 7.5 "lawfinder/LexFind.ch [fig.]").

8.2.1.4 Quant à lui, le sous-élément "Spa" désigne principalement, tant en anglais, en français, en allemand et en italien, un "[c]entre de beauté et de remise en forme, dans un cadre luxueux" (Le Petit Robert de la langue française, version numérique, <<http://pr.bvdep.com>>, consulté le 10.11.2017 ; cf. <[https://fr.wikipedia.org/wiki/Spa_\(%C3%A9tablis](https://fr.wikipedia.org/wiki/Spa_(%C3%A9tablis)

ment)>, consulté le 10.11.2017 [le terme "spa" a pour possible origine le nom de la commune de Spa (Belgique), connue pour ses eaux thermales ; par ailleurs, une croyance selon laquelle ce terme correspondrait à un ancien acronyme romain de l'expression latine *sana(re) per aquam* tend à se généraliser] ; cf. également : Oxford English Dictionary, <<http://www.oed.com>>, consulté le 23.11.2017 ; DUDEN ONLINE-WÖRTERBUCH, <<http://www.duden.de/woerterbuch>>, consulté le 10.11.2017 ; Il Boch, Dizionario francese-italiano / italiano-francese, di Raoul Boch, 5^e éd. 2007).

En Suisse, le terme "Spa", utilisé de plus en plus fréquemment (cf. <<https://saentispark-freizeit.ch/wellness/privatspa>>, <<https://www.bernaqua.ch/fr-CH/Wellness/Spa>> et <<http://www.fitnesspark.ch/glattpark/entspannung/private-spa>>, consultés le 27.11.2017), est compris du grand public, ce d'autant qu'il est utilisé en lien avec les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" de la classe 44 (cf. consid. 5.1.1 ; cf. consid. 8.2.1.3 *in fine*).

8.2.1.5 Enfin, l'élément "EXPERIENCE" correspond tant au mot français "expérience" qu'au mot anglais "*experience*", qui a la même signification qu'en français (Le Robert & Collins, Dictionnaire FRANÇAIS-ANGLAIS/ANGLAIS-FRANÇAIS, 8^e éd. 2006) et qui appartient au vocabulaire anglais de base (cf. Langenscheidt, Premium Schulwörterbuch Englisch, 2009 ; PONS, Basiswörterbuch Schule Englisch, 2006). Il est en outre très proche du mot allemand "*Experiment*" (DUDEN ONLINE-WÖRTERBUCH, <<http://www.duden.de/woerterbuch>>, consulté le 21.11.2017) et des mots italiens "*esperienza*" et "*esperimento*" (Il Boch, Dizionario francese-italiano / italiano-francese, di Raoul Boch, 5^e éd. 2007). Il est dès lors compris du grand public comme une référence à une expérience.

8.2.2 Bien que rien n'y invite sur le plan visuel, le signe "SWISSCELL" se décompose naturellement en deux sous-éléments : "SWISS" (consid. 8.2.2.1) et "CELL" (consid. 8.2.2.2). Une telle scission s'explique essentiellement par la présence, au début du signe, des lettres "SWISS", qui correspondent au mot anglais bien connu "Swiss" (cf. consid. 8.2.1.1).

8.2.2.1 Le sous-élément "SWISS" correspond au mot anglais "Swiss", qui est compris du grand public en Suisse (cf. consid. 8.2.1.1).

8.2.2.2 Le fait que le sous-élément "SWISS" soit clairement compris comme un mot anglais (cf. consid. 8.2.2.1) conduit à percevoir également le sous-élément "CELL" comme un mot anglais, c'est-à-dire comme le nom

anglais "cell", qui signifie, notamment dans les domaines de la biologie et de l'architecture, "cellule" en français (cf. consid. 8.2.1.3).

Il n'est pas exclu que ce terme soit compris du grand public suisse, ce d'autant que la notion de "cellule" n'est pas complètement étrangère au domaine des produits "Cosmétiques, préparations [sic] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3), qui doivent être retenus pour la marque attaquée (cf. consid. 5.1.2) (cf. consid. 8.2.1.3).

8.3 Analyse des signes en cause sur le plan sonore

8.3.1

8.3.1.1 Dans le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)", l'élément verbal "The" est suffisamment perceptible sur le plan visuel (cf. consid. 8.1.1.2 *in fine*) et chargé de sens (cf. consid. 8.2.1.2) pour être pris en compte sur le plan sonore. Il en va de même de l'élément "EXPERIENCE" (cf. consid. 8.2.1.5) qui, vu sa position dans le signe sur le plan visuel (cf. consid. 8.1.1.2), doit être énoncé à la fin. Les éléments verbaux "The", "SwissCellSpa" et "EXPERIENCE" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" sont ainsi exprimés oralement, dans cet ordre.

8.3.1.2 Vu leur importance égale sur le plan visuel (cf. consid. 8.1.2.2), les deux sous-éléments "SWISS" et "CELL" du signe "SWISSCELL" sont exprimés oralement, dans cet ordre.

8.3.2 Le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" est perçu comme un ensemble de mots anglais (cf. consid. 8.2.1.3). Il en va de même du signe "SWISSCELL" (cf. consid. 8.2.2.2). Ces signes doivent dès lors être énoncés selon une prononciation anglaise, qu'il n'est toutefois pas nécessaire d'examiner plus en détail. Force est en effet être de constater que, quelle que soit la prononciation choisie, elle est identique pour les sous-éléments "SwissCell" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" et pour le signe "SWISSCELL".

9.

En fonction notamment des produits et des services qui doivent être retenus en lien avec les signes en cause (cf. consid. 5.1.1 et 5.1.2), il convient encore de déterminer la force distinctive (cf. consid. 11.1-11.1.2) des divers éléments de ces signes (cf. arrêts du TAF B-3824/2015 du

17 mai 2017 consid. 8 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]" et B-7367/2010 du 9 décembre 2011 consid. 6.4.1 "HOFER/HÖFER FAMILY-OFFICE [fig.]").

9.1 Signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)"

9.1.1 Dans le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)", l'élément "The", qui est perçu comme un article défini (cf. consid. 8.2.1.2), est totalement banal et, dès lors, dénué de force distinctive.

9.1.2 Le sous-élément "Swiss" (cf. consid. 8.2.1.1) est quant à lui susceptible de décrire la provenance des services en cause et doit de ce fait être qualifié de faible (cf. arrêt du TAF B-5274/2009 du 20 octobre 2010 consid. 2.7 et 4.2 *in limine* "SWISSDOOR").

9.1.3 Il n'est pas exclu que le sous-élément "Cell" soit perçu comme une référence à la notion de "cellule" (cf. consid. 8.2.1.3). Il ne peut toutefois guère être considéré que ce sous-élément "Cell" soit descriptif des services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), qui doivent être retenus pour la marque opposante (cf. consid. 5.1.1). Certes, de tels services concernent en particulier la peau des êtres humains, qui est formée de cellules, au sens biologique du terme ; par ailleurs, pour des raisons de protection de la sphère privée, ces soins sont souvent prodigués dans des espaces relativement limités, qui peuvent s'apparenter à des cellules, au sens architectural du terme. Force est toutefois de constater que le lien entre la notion de "cellule" et les services en cause n'est pas immédiat. Il ne peut en effet être établi sans un certain effort de réflexion (cf. consid. 11.1.1). Dans ces conditions, une force distinctive moyenne doit être reconnue au sous-élément "Cell".

Ne saurait y changer quoi que ce soit le fait que la combinaison des éléments "Swiss" et "Cell" soit utilisée "*in mehr oder weniger beschreibender Weise*" par des tiers en lien avec des produits cosmétiques (recours, p. 10) et qu'elle soit perçue comme telle par les cercles de consommateurs déterminants (réplique, p. 4). Par de simples affirmations de ce type, la recourante n'apporte aucun élément qui pourrait notamment faire penser à un phénomène de dilution (cf. arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 10.3 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]", B-332/2013 du 6 décembre 2013 consid. 7.1.1 "CC [fig.]/GG Guépard [fig.]" et B-3310/2012 du 11 mars 2013 consid. 7.1.2.2 *in fine* "RODOLPHE/RODOLPHE [fig.]").

9.1.4 Il existe clairement des liens entre la notion de "spa" (cf. consid. 8.2.1.4) et les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44), pertinents pour la marque opposante (cf. consid. 5.1.1). Le sous-élément "Spa" doit dès lors être considéré comme descriptif des services en cause et, de ce fait, être qualifié de faible.

9.1.5 Enfin, l'élément "EXPERIENCE" est également propre à décrire les services en cause et doit par conséquent être qualifié de faible.

9.2 Signe "SWISSCELL"

9.2.1

9.2.1.1 Dans le signe "SWISSCELL", le sous-élément "SWISS" (cf. consid. 8.2.2.1) est clairement susceptible de décrire la provenance des produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3), qui doivent être retenus pour la marque attaquée (cf. consid. 5.1.2), et doit de ce fait être qualifié de faible.

9.2.1.2 Il n'est pas exclu que le sous-élément "CELL" soit perçu comme une référence à la notion de "cellule" (cf. consid. 8.2.2.2 *in fine*). Il ne peut toutefois guère être considéré que ce sous-élément "CELL" est descriptif des produits "Cosmétiques, préparations [*sic*] pour la peau ; tous les produits précités de provenance suisse." (classe 3). Certes, de tels produits sont généralement utilisés sur la peau des êtres humains, qui est formée de cellules, au sens biologique du terme. Force est toutefois de constater que le lien entre la notion de "cellule" et les produits en cause n'est pas immédiat. Il ne peut en effet être établi sans un certain effort de réflexion (cf. consid. 11.1.1). Dans ces conditions, une force distinctive moyenne doit être reconnue au sous-élément "CELL" (cf. consid. 9.1.3).

9.2.2

9.2.2.1 L'accolement du sous-élément "SWISS" – faiblement distinctif (cf. consid. 9.2.1.1) – et du sous-élément "CELL" – moyennement distinctif (cf. consid. 9.2.1.2) – présente un certain degré d'originalité. Il doit dès lors être retenu que, dans son ensemble, le signe "SWISSCELL" jouit d'une force distinctive moyenne en lien avec les produits en cause (cf. réponse de l'intimée, p. 11 [ch. 36]).

9.2.2.2 Comme le relève la recourante (cf. réplique, p. 4 [ch. 11]), il ne fait aucun doute que la force distinctive de la marque *opposante* doit être prise compte dans le cadre de l'examen du risque de confusion entre deux marques (cf. consid. 11 et 12.2.2.1). Il n'en demeure pas moins que la force distinctive de la marque *attaquée* (et de ses éléments) est également appelée à jouer un rôle, notamment dans le cadre de l'examen de la similarité des signes en cause (cf. consid. 7.2.1).

10.

Sur la base tant de l'analyse des signes en cause sur les plans visuel, sémantique et sonore (consid. 8) que de la force distinctive de leurs divers éléments (consid. 9), il s'agit maintenant de déterminer s'il existe une similarité entre ces signes.

10.1

10.1.1 Considéré dans son ensemble, le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" accorde, notamment sur le plan visuel (cf. consid. 8.1.1.2), une place privilégiée à son élément "SwissCellSpa". Cet élément contient d'ailleurs le sous-élément "Cell", qui figure en caractères gras (cf. consid. 8.1.1.1) et qui est le seul du signe à jouir en soi d'une force distinctive moyenne (cf. consid. 9.1.3). Le rôle prépondérant de l'élément "SwissCellSpa" n'est que renforcé par le fait que la force distinctive des autres éléments du signe ("The" et "EXPERIENCE") doit être considérée comme faible (cf. consid. 9.1.1 et 9.1.5).

10.1.2 Quant à lui, le signe "SWISSCELL" est formé de l'accolement du sous-élément "SWISS" – faiblement distinctif (cf. consid. 9.2.1.1) – et du sous-élément "CELL" – moyennement distinctif (cf. consid. 9.2.1.2). Rien, sur les plans visuel et sonore, ne contribue à donner par ailleurs une place privilégiée au sous-élément "CELL". Au contraire, le sous-élément "SWISS" forme le début du signe et compte une lettre de plus que le sous-élément "CELL" (cf. consid. 8.1.2.2). Seul un rôle légèrement prépondérant doit dès lors être reconnu au sous-élément "CELL".

10.2 Il s'avère ainsi qu'une attention accrue doit être portée à l'élément verbal "SwissCellSpa" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (cf. consid. 10.1.1). Vu qu'aucun élément ne domine nettement dans le signe "SWISSCELL" (cf. consid. 10.1.2), il convient de le prendre en compte dans sa totalité.

10.2.1 Il est tout d'abord frappant de constater que le signe "SWISSCELL" reprend à l'identique les deux premiers des trois sous-éléments de l'élément verbal principal "SwissCellSpa" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)". Il convient en particulier de retenir que, dans chacun des signes en cause, les sous-éléments "Swiss" et "Cell", respectivement "SWISS" et "CELL", sont accolés, sans espace (cf. décision attaquée, p. 12). Ils doivent par ailleurs être prononcés de la même manière (cf. consid. 8.3.2). Enfin, comme le relève l'autorité inférieure (cf. décision attaquée, p. 12), la signification des deux sous-éléments "SwissCell" (cf. consid. 8.2.1.1 et 8.2.1.3) est la même que la signification du signe "SWISSCELL" (cf. consid. 8.2.2.1 et 8.2.2.2).

10.2.2

10.2.2.1 Peu importe que l'utilisation de majuscules permette de distinguer facilement les sous-éléments de l'élément "SwissCellSpa" (cf. consid. 8.2.1). Le fait que le signe "SWISSCELL" apparaisse en lettres majuscules n'empêche en effet pas d'isoler clairement ses sous-éléments "SWISS" et "CELL" (cf. consid. 8.2.2). D'ailleurs, l'utilisation de lettres majuscules ou minuscules ne joue en principe pas de rôle dans la comparaison des signes (cf. arrêt du TF 4A_44/2007 du 15 octobre 2007 consid. 6.4.5 "SERGIO ROSSI, sergio rossi [fig.] e MISS ROSSI/ROSSI [fig.]" ; arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 9.2.2 *in limine* "JEAN LEON/Don Leone [fig.]", B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 11.2.2.1 "sensationail [fig.]/SENSATIONAIL" et B-6099/2013 du 28 mai 2015 consid. 5.1 "CARPE DIEM/carpe noctem").

10.2.2.2 Dans le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)", ni la police de caractères de l'élément "SwissCellSpa" ni le fait que le sous-élément "Cell" figure en caractères gras (cf. consid. 8.1.1.1) ne sauraient avoir d'influence particulière. Le signe "SWISSCELL" est en effet enregistré en tant que marque verbale, de sorte qu'il est protégé quelle que soit la police de caractères utilisée et la mise en forme choisie (donc, notamment, avec un sous-élément "CELL" en caractères gras ; cf. arrêt du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 9.2.2 *in fine* "JEAN LEON/Don Leone [fig.]" ; PHILIPPE GILLIÉRON, in : CR PI, art. 1 LPM n° 19).

10.2.3

10.2.3.1 Le signe "SWISSCELL" ne se distingue dès lors de l'élément "SwissCellSpa" essentiellement que par la suppression de son sous-élément "Spa" final.

10.2.3.2 Selon la jurisprudence, une attention particulière doit en principe être accordée au début des éléments verbaux à comparer (cf. consid. 7.2.3 *in fine* ; arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 9.3.2.2 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]" et B-3756/2015 du 14 novembre 2016 consid. 3.3 *in fine* "MOTO und MOTO X/Motoma [fig.]").

10.2.3.3 En l'espèce, la présence du sous-élément "Spa" final dans l'élément "SwissCellSpa" ne fait pas passer à l'arrière-plan le fait que le signe "SWISSCELL" reprend pratiquement à l'identique les *deux premiers* sous-éléments de l'élément "SwissCellSpa" (et en est exclusivement formé). En soi, le sous-élément "Spa" n'est en effet doté que d'un faible caractère distinctif (cf. consid. 9.1.4). En outre, que ce soit sur le plan visuel ou sur le plan sonore, l'absence de reprise du sous-élément "Spa" est d'autant moins marquante que ce sous-élément apparaît à la fin de l'élément "SwissCellSpa" et que c'est d'ailleurs plutôt l'élément "EXPERIENCE" qui doit être considéré comme l'élément final du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (cf. consid. 8.1.1.2 et 8.3.1.1).

10.2.4 Une forte similarité doit dès lors être admise entre l'élément verbal "SwissCellSpa" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" et le signe "SWISSCELL".

10.3 Les autres éléments des signes en cause – c'est-à-dire, en l'espèce, les éléments "The" et "EXPERIENCE" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" – ne sauraient pour autant être ignorés (cf. consid. 7.2.1 et 11.1.2).

10.3.1 Il convient néanmoins de relever que, bien qu'ils ne passent pas inaperçus, les éléments "The" et "EXPERIENCE" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" n'ont qu'une influence secondaire sur le plan visuel (cf. consid. 8.1.1.2). Le fait que leur présence conduise à une mise en forme du signe sur trois lignes n'a rien d'original (cf. décision attaquée, p. 11 *in fine*). Contrairement à ce qu'affirme la recourante (recours, p. 8), la mise en forme graphique du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" ne joue en effet guère de rôle.

10.3.2 Les éléments "The" et "EXPERIENCE" du signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" ne sont par ailleurs dotés que d'une faible force distinctive (cf. consid. 9.1.1 et 9.1.5 ; cf. décision attaquée, p. 13).

10.3.3 Leur présence ne saurait dès lors remettre en question la forte similarité entre l'élément verbal "SwissCellSpa" du signe "The

SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" et le signe "SWISSCELL". Contrairement à ce que soutient la recourante (recours, p. 8-9), une attention particulière ne doit en effet pas être prêtée – sur les plans visuel, sonore et sémantique – aux éléments "The" et "EXPERIENCE" (ni d'ailleurs à l'élément "Spa") du simple fait qu'ils apparaissent dans le signe.

10.4 En conclusion, il convient de retenir une forte similarité entre le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" et le signe "SWISSCELL".

11.

En vue de l'examen du risque de confusion entre les marques en cause (consid. 12), il convient enfin de déterminer l'étendue du champ de protection de la marque opposante "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)".

11.1 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 travail patient 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").

11.1.1 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 (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 (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"). Ce ne sont dès lors pas les éléments de la marque opposante en eux-mêmes qui sont déterminants, mais bien l'impression d'ensemble qui se dégage du signe (arrêt du TAF B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 12.2.1.3.2 "sensationail [fig.]/SENSATIONAIL").

11.1.2 La protection offerte par la LPM ne s'étend pas aux éléments de marques appartenant au domaine public en tant que tels. Dans le cadre de l'examen du risque de confusion, de tels éléments ne sauraient toutefois être ignorés. Ils doivent en effet être pris en considération dans l'examen de l'impression générale qui se dégage de la marque car, même s'ils sont – considérés isolément – dénués de force distinctive, ils sont susceptibles d'exercer une influence sur la force distinctive de la marque dans son ensemble (arrêts du TAF B-7536/2015 du 10 juin 2016 consid. 3.7 et 7.1 "CADDY/Top Caddy [fig.]", B-6821/2013 du 25 février 2015 consid. 7.3 "CLINIQUE/Dermaclinique Beauty Farm [fig.]", B-5467/2011 du 20 février 2013 consid. 7.1.1 "NAVITIMER/Maritimer" et B-7346/2009 du 27 septembre 2010 consid. 2.5 "Murolo/Murino").

11.2

11.2.1 L'autorité inférieure considère que, en relation avec les services concernés, la marque opposante jouit – à l'instar de la combinaison des termes "SWISSCELL" communs aux deux signes en cause – d'un champ de protection normal (décision attaquée, p. 12 *in fine*).

11.2.2 La recourante considère quant à elle que l'élément "Cell" est extrêmement banal dans le secteur médical et le secteur des soins, en particulier esthétiques, et qu'il appartient dès lors au domaine public (recours, p. 10). Elle soutient que le périmètre de protection de la marque opposante est limité (recours, p. 11).

11.2.3 Enfin, l'intimée estime que le signe "SWISSCELL" bénéficie d'une force distinctive normale (réponse de l'intimée, p. 11 [ch. 36]). Elle ajoute notamment que la recourante ne peut pas, en même temps, se prévaloir de la marque attaquée "SWISSCELL" et soutenir que cette combinaison verbale est faiblement distinctive lors de l'appréciation du risque de confusion avec la marque opposante. L'intimée sous-entend encore que la marque opposante n'est pas faible (réponse de l'intimée, p. 11-12).

11.3

11.3.1 Le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" ne contient certes qu'un seul élément ("Cell") qui est – en soi – doté d'une force distinctive moyenne (cf. consid. 9.1.3). Toutefois, bien qu'ils soient – en eux-mêmes – faibles (cf. consid. 9.1.1, 9.1.2, 9.1.4 et 9.1.5), ses autres éléments se combinent avec l'élément "Cell" pour former un signe auquel un certain degré d'originalité doit être reconnu, en raison notamment de l'accolement des sous-éléments "Swiss", "Cell" et "Spa", qui forment l'élément central du signe (cf. consid. 10.1.1), et, dans une moindre mesure, de la mise en forme graphique de ses divers éléments (cf. consid. 8.1.1.1).

11.3.2 Il s'agit dès lors de retenir que, dans son ensemble, la marque opposante "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" est dotée d'une force distinctive normale en lien avec les services en cause.

12.

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

12.1

12.1.1 L'autorité inférieure est d'avis que les signes sont identiques dans la mesure de "SWISSCELL", qui constitue le centre de la marque opposante ainsi que les éléments bénéficiant de la force distinctive, les termes "THE" et "SPA EXPERIENCE" étant descriptifs pour les services revendiqués par la marque opposante. Se référant à la jurisprudence, elle ajoute que la reprise des éléments caractéristiques principaux d'une marque antérieure est de nature à fonder un risque de confusion, à moins que le sens du signe soit modifié par l'élément ajouté ou que l'élément repris soit un élément faible auquel un élément fort est ajouté. L'autorité inférieure retient dès lors que la marque attaquée ne se distingue de la marque opposante que par l'utilisation des lettres majuscules (au lieu de lettres majuscules et minuscules) et l'absence de reprise des éléments n'ayant pas de force distinctive, de sorte que la marque attaquée ne se différencie pas suffisamment de la marque opposante pour que tout risque de confusion soit écarté. Elle tient notamment compte du champ de protection normal de la marque opposante et du fait que les produits et les services en cause font l'objet d'un degré d'attention qui n'est pas particulièrement élevé (décision attaquée, p. 13).

12.1.2 La recourante considère quant à elle que les éléments "SWISS" et "CELL", que les marques en cause ont en commun, appartiennent au domaine public et qu'un risque de confusion ne saurait dès lors être retenu, ce d'autant que la marque opposante n'est pas connue (qu'elle ne jouit d'ailleurs que d'une étendue de protection limitée) et que les produits et les services en cause ne sont pas (ou très peu) similaires, que les signes ne sont pas (ou très peu) similaires et que le degré d'attention des consommateurs est légèrement accru (recours, p. 9-11).

12.1.3 Enfin, l'intimée insiste sur le fait que la marque attaquée reprend le cœur distinctif de la marque opposante et qu'il en résulte un risque de confusion (réponse de l'intimée, p. 11).

12.2

12.2.1 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).

12.2.1.1 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 mauvais détenteur de la marque (risque de confusion direct).

12.2.1.2 Une telle atteinte existe aussi lorsque le public distingue les deux signes, mais présume, en raison de leur ressemblance, 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", ATF 119 II 473 consid. 2c "Radion" et ATF 122 III 382 consid. 1 "Kamillosan").

12.2.2 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").

12.2.2.1 Il convient ainsi de prendre en considération la similarité aussi bien des signes (consid. 7-10) que des produits ou des services pour

lesquels ils sont enregistrés (consid. 6). 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.]" ; STÄDELI/BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in : BaK 2017, art. 3 LPM n° 154). Entrent également en ligne de compte le degré d'attention dont font preuve les destinataires des produits ou des services en cause (consid. 5 ; 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 (consid. 11).

12.2.2.2 Vu l'art. 31 al. 1 LPM, seuls les motifs relatifs d'exclusion (prévus à l'art. 3 al. 1 LPM) peuvent toutefois être examinés dans le cadre d'une procédure d'opposition, à l'exclusion notamment des motifs absolus d'exclusion (prévus à l'art. 2 LPM) et de questions ne relevant pas du droit des marques, mais d'autres domaines juridiques, tels que le droit au nom ou le droit des raisons de commerce (arrêts du TAF B-3824/2015 du 17 mai 2017 consid. 11.2.2.2 "JEAN LEON/Don Leone [fig.]", B-4362/2012 du 3 décembre 2013 consid. 7.1.2.3.1 "WINSTON/WICKSON et Wilton", B-3310/2012 du 11 mars 2013 consid. 8 "RODOLPHE/RODOLPHE [fig.]", B-7367/2010 du 9 décembre 2011 consid. 3.3 "HOFER/HÖFER FAMILY-OFFICE [fig.]" et B-4151/2009 du 7 décembre 2009 consid. 8.4 "GOLAY/Golay Spierer [fig.]" ; MARBACH, SIWR, n^{os} 1162 et 1164). Il n'est ainsi pas possible de se prévaloir d'une marque de haute renommée (art. 15 LPM) en procédure d'opposition (arrêts du TAF B-2630/2012 du 4 juillet 2013 consid. 5.1.1 "LA CASA DEL HABANO/CLUB PASSION HABANOS", B-8105/2007 du 17 novembre 2008 consid. 4.2 *in fine* "ACTIVIA/Activia [fig.] et Activia" et B-7437/2006 du 5 octobre 2007 consid. 8 "OLD NAVY/OLD NAVY").

12.3

12.3.1 En l'espèce, vu la similarité entre les services et les produits en cause (cf. consid. 6.3.6), la forte similarité entre le signe "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" et le signe "SWISSCELL" (cf. consid. 10.4) et la force distinctive normale de la marque opposante "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" (cf. consid. 11.3.2), le Tribunal administratif fédéral retient qu'il existe un risque de confusion direct entre la marque opposante "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)" et la marque attaquée "SWISSCELL". Il est en effet probable que, même s'il fait preuve d'un degré d'attention moyen (cf. consid. 5.2.1 et 5.2.2.3), le grand public associe – à tort – le signe "SWISSCELL" à l'intimée, titulaire de la marque

opposante "The SwissCellSpa EXPERIENCE (fig.)". La reprise intégrale d'un signe ou de ses éléments caractéristiques principaux dans un nouveau signe est d'ailleurs en principe de nature à créer un risque de confusion entre ces signes. Un tel risque de confusion est en particulier appelé à être engendré lorsque le nouveau signe ne résulte que de la suppression d'un élément d'un signe préexistant (cf. arrêts du TAF B-922/2015 du 21 septembre 2017 consid. 6.3.2 "SUBMARINER/MARINER" et B-159/2014 du 7 octobre 2016 consid. 8.3.3.1 "BELVEDERE/CA'BELVEDERE AMARONE [fig.]" ; SCHLOSSER/MARADAN, in : CR PI, art. 3 LPM n^{os} 51 et 53).

12.3.2 Ne changerait rien à l'existence d'un risque de confusion le fait que des services supplémentaires revendiqués par la marque opposante en classe 44 et/ou que des produits revendiqués par la marque opposante en classe 3 soient pris en considération, de sorte que le Tribunal administratif fédéral peut laisser ouvertes (cf. consid. 5.1.1 *in fine*), d'une part, la question de savoir si l'usage de la marque opposante rendu vraisemblable pour les services "Soins d'hygiène et de beauté pour êtres humains ; instituts de beauté" (classe 44) doit conduire à un élargissement à d'autres services revendiqués par la marque opposante en classe 44 (à l'instar de l'autorité inférieure [cf. consid. A.b.f.a *in fine*]) et, d'autre part, la question de savoir si l'usage de la marque opposante est rendu vraisemblable en relation avec les produits revendiqués en classe 3 (cf. consid. C.a.a).

13.

Il ressort de ce qui précède (cf. consid. 12.3.1) que, vu l'art. 3 al. 1 let. c et l'art. 33 LPM, l'opposition (n^o 13489) doit être admise dans la mesure où la marque attaquée "SWISSCELL" est destinée aux produits de la classe 3. C'est ainsi à juste titre que l'autorité inférieure admet partiellement cette opposition (ch. 1 du dispositif de la décision attaquée), révoque l'enregistrement en ce qui concerne les produits de la classe 3 (ch. 2 du dispositif de la décision attaquée) et statue tel qu'elle le fait sur les frais et les dépens (ch. 5-6 du dispositif de la décision attaquée).

Partant, mal fondé, le présent recours est rejeté.

14.

14.1 Les frais de procédure – comprenant l'émolument judiciaire (cf. art. 63 al. 4^{bis} PA ; art. 2 et art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2] ; ATF 133 III 490 consid. 3.3 "Turbinenfuss [3D]" ; arrêt du

TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 10.1 "[fig.]/ENAGHR [fig.]") et les débours – sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 FITAF).

14.2

14.2.1 En l'espèce, les frais de procédure, qu'il convient d'arrêter à Fr. 4'000.–, doivent être mis à la charge de la recourante, qui succombe.

14.2.2 Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 4'000.– versée par la recourante le 21 septembre 2015.

15.

15.1 La partie qui obtient entièrement ou partiellement gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (cf. art. 64 al. 1 PA ; art. 7 al. 1 et 2, art. 8, art. 9 al. 1 let. a, art. 10 al. 1 et 2 et art. 14 al. 1 et 2 FITAF ; arrêt du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 11.1 "[fig.]/ENAGHR [fig.]").

15.2

15.2.1

15.2.1.1 En l'espèce, l'intimée, qui obtient gain de cause et qui est représentée par une mandataire, a droit à des dépens.

15.2.1.2 L'intervention de la mandataire de l'intimée se limite, pour l'essentiel, au dépôt d'une réponse (cf. consid. C.a), l'intimée ayant renoncé à déposer une duplique (cf. consid. E.a). En annexe à sa réponse, l'intimée soumet une "Note de frais et honoraires" d'un montant total de Fr. 3'240.– (Fr. 3'000.– + TVA à 8 %) relative à "l'ensemble des opérations exécutées en relation avec la préparation et le dépôt d'une réponse au recours [...] (10 heures à 300.–/heure)" (pièce 2 jointe à la réponse de l'intimée).

Le Tribunal administratif fédéral n'est toutefois pas lié par une telle note d'honoraires. Il ne doit en effet indemniser que les frais nécessaires (cf. art. 7 al. 1 et art. 8 FITAF) et garde ainsi un grand pouvoir d'appréciation dans la fixation des dépens (cf. arrêt du TAF B-6099/2013 du 28 mai 2015 consid. 8.6 "CARPE DIEM/carpe noctem" ; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, op. cit., n^{os} 4.84 *in fine* et 4.85 *in fine*).

Il convient dès lors, en tenant notamment compte du fait que la procédure de recours ne comporte pas de questions de fait ou de droit inhabituelles ou exceptionnellement ardues et du fait que la réponse de l'intimée ne compte guère plus de 11 pages, de fixer à Fr. 2'200.– le montant des frais de représentation nécessaires à la défense des intérêts de l'intimée dans le cadre de la procédure de recours devant le Tribunal administratif fédéral et de mettre cette somme à la charge de la recourante.

Enfin, du fait que l'intimée figure dans le registre IDE (<<https://www.uid.admin.ch>>, consulté le 21.11.2017), elle est réputée avoir droit à la déduction de l'impôt préalable. Les dépens ne comprennent ainsi aucun supplément TVA au sens de l'art. 9 al. 1 let. c FITAF.

15.2.2 Vu qu'elle succombe, la recourante n'a pas droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA, en lien avec l'art. 7 al. 1 FITAF).

15.2.3 Quant à l'autorité inférieure, elle n'a pas non plus droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

16.

Enfin, 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 (art. 73 LTF), le présent arrêt est définitif (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 la procédure de recours, arrêtés à Fr. 4'000.–, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 4'000.– versée par la recourante.

3.

Des dépens pour la procédure de recours, d'un montant de Fr. 2'200.–, sont alloués à l'intimée et mis à la charge de la recourante.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (recommandé ; annexes : pièces en retour) ;
- à l'intimée (recommandé ; annexes : pièces en retour) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 13489 ; recommandé ; annexe : dossier en retour).

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Pierre-Emmanuel Ruedin

Expédition : 15 décembre 2017