



Arrêt du 13 novembre 2017

Composition

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

Parties

WORLD BRANDING MARK S.A.,
[...],
représentée par Maître Conrad Weinmann
et/ou M. Ioannis Athanasopoulos,
Weinmann Zimmerli AG,
[...],
recourante,

contre

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

Objet

Enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)".

Faits :**A.**

A.a Enregistré le 25 janvier 2013 sur la base sur d'une demande déposée en France le 2 janvier 2013 et désignant notamment la Suisse, l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)" est notifié par l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après : OMPI) le 2 mai 2013.

A.a.a

A.a.a.a Il porte sur un signe tridimensionnel (3D), qui se présente ainsi :



A.a.a.b Il est accompagné de la description suivante :

Flacon comportant une clavette supportant un médaillon carré intégrant lui-même un autre carré décalé de 45 degrés dont les angles touchent le centre des côtés du médaillon.

A.a.b Il est destiné aux produits suivants :

Classe 3 : "Parfums."

A.b

A.b.a Le 29 avril 2014, l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI ; ci-après : autorité inférieure) émet une notification de refus provisoire total (sur motifs absolus) à l'encontre de l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)" en se basant sur l'art. 6^{quinquies} let. B ch. 2 de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04 ; ci-après : CUP) ainsi que l'art. 2 let. a et l'art. 30 al. 2 let. c de la loi fédérale du

28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM, RS 232.11). L'autorité inférieure retient que le signe en cause est dépourvu de force distinctive.

A.b.b Par courrier du 29 janvier 2015 (accompagné de ses annexes), WORLD BRANDING MARK S.A. (ci-après : recourante), titulaire de l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)", conteste la position de l'autorité inférieure.

A.b.c Dans sa prise de position du 30 avril 2015 (accompagnée de ses annexes), l'autorité inférieure maintient son refus du 29 avril 2014 (cf. consid. A.b.a) au motif que le signe tridimensionnel en cause manque de force distinctive.

A.b.d Par décision du 20 octobre 2015 (ci-après : décision attaquée [pièce 11 du dossier de l'autorité inférieure]), l'autorité inférieure refuse la protection en Suisse de l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)" pour tous les produits revendiqués.

Elle précise que cette décision intervient suite à l'absence de réaction de la recourante dans le délai de régularisation qu'elle lui a imparti au 1^{er} juillet 2015 dans sa prise de position du 30 avril 2015 (cf. consid. A.b.c).

B.

Par mémoire du 20 novembre 2015 (accompagné de ses annexes), la recourante recourt auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision rendue par l'autorité inférieure le 20 octobre 2015. Elle prend les conclusions suivantes :

1. Que la décision de [l'autorité inférieure] du 20 octobre 2015 soit cassée.
2. Que les frais et dépens soient à la charge de l'Etat.

La recourante soutient en substance que la forme du signe en cause n'est pas banale en lien avec les produits revendiqués. Elle se prévaut en particulier de l'art. 6^{quinquies} let. A ch. 1 CUP.

C.

Dans sa réponse du 4 mars 2016 (accompagnée de ses annexes et du dossier complet de la cause), l'autorité inférieure conclut au rejet intégral du recours et à la mise des frais de la cause à la charge de la recourante.

L'autorité inférieure soutient pour l'essentiel que les parfums sont habituellement conditionnés dans des flacons ou des bouteilles, lesquels se présentent dans une large variété de formes, de couleurs et de matériaux. Elle ajoute que la forme représentée dans le signe litigieux ne se distingue pas de manière évidente des formes usuelles dans le segment des parfums et n'est ainsi pas apte à rester durablement ancrée dans la mémoire des destinataires. Elle conclut ainsi que cette forme appartient au domaine public.

D.

Dans sa réplique du 29 avril 2016 (accompagnée de ses annexes), la recourante réitère les conclusions de son recours. Elle développe par ailleurs ses arguments.

E.

Dans sa duplique du 8 juillet 2016, l'autorité inférieure confirme les conclusions de sa réponse. Elle se prononce sur les arguments de la recourante.

F.

La recourante dépose encore des observations le 13 septembre 2016.

G.

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. 1 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]).

1.3 La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (art. 48 al. 1 PA).

1.4 Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 50 al. 1 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.

1.5 Le présent recours est ainsi recevable.

2.

2.1

2.1.1 Dans sa réponse, l'autorité inférieure déduit de l'argumentation développée dans le recours que la recourante se plaint d'une violation de son droit d'être entendue, en particulier d'une violation du devoir de l'autorité de motiver sa décision. L'autorité inférieure considère que, sous cet angle, la décision attaquée échappe à la critique. Elle ajoute qu'une éventuelle violation du droit d'être entendu serait quoi qu'il en soit réparée par l'intermédiaire de la réponse qu'elle dépose devant le Tribunal administratif fédéral (réponse, p. 3).

2.1.2 Dans sa réplique, la recourante indique qu'elle "ne se plaint d'aucune violation de son droit d'être entendue" (réplique, p. 15 [ch. 39]).

2.2 Dans ces conditions, la question de savoir si l'autorité inférieure a respecté le droit d'être entendu de la recourante n'a pas à être examinée par le Tribunal administratif fédéral, ce d'autant qu'aucune violation évidente de ce droit ne ressort du dossier (cf. WALDMANN/BICKEL, in : Waldmann/Weissenberger [éd.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2^e éd. 2016 [ci-après : Praxiskommentar VwVG], art. 29 PA n^o 104).

3.

3.1 A l'instar de la Suisse, la France (c'est-à-dire l'Etat dans lequel la demande de base a été déposée [cf. consid. A.a]) est membre à la fois de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04 ; ci-après : CUP), de l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques révisé à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.112.3 ; ci-après : AM) et du Protocole du 27 juin 1989 relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (RS 0.232.112.4 ; ci-après : PAM).

3.2

3.2.1

3.2.1.1 Vu que, comme la Suisse, la France est membre à la fois de l'AM et du PAM, une notification de refus doit intervenir avant l'expiration d'un délai d'une année à compter de la date à laquelle la notification de l'extension a été envoyée à l'Etat membre concerné par le Bureau international de l'OMPI (cf. art. 5 ch. 2 let. a et b PAM, en lien avec l'art. 9^{sexies} ch. 1 let. a et b PAM ; arrêt du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 2.1 "élément de prothèse [3D]").

3.2.1.2 En l'espèce, l'extension de l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)" a été notifiée à l'autorité inférieure le 2 mai 2013 (cf. consid. A.a). Par sa notification de refus provisoire total (sur motifs absolus) du 29 avril 2014 (cf. consid. A.b.a), l'autorité inférieure respecte donc le délai d'une année.

3.2.2 Il convient en outre de relever que le motif de refus prévu par l'art. 6^{quinquies} let. B ch. 2 CUP (en lien avec l'art. 5 ch. 1 PAM) correspond au motif absolu d'exclusion prévu par l'art. 2 let. a de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM, RS 232.11) (ATF 143 III 127 consid. 3.3.1 "rote Damenschuhsohle [position]"), de sorte que la doctrine et la jurisprudence relatives à cette dernière disposition sont applicables (arrêt du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 2.2 "élément de prothèse [3D]").

4.

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).

5.

5.1

5.1.1 Les mots, les lettres, les chiffres, les représentations graphiques, les formes en trois dimensions, seuls ou combinés entre eux ou avec des couleurs, peuvent en particulier constituer des marques (art. 1 al. 2 LPM).

5.1.2 La jurisprudence distingue deux types de signes tridimensionnels.

5.1.2.1 Est qualifiée de signe tridimensionnel *au sens étroit* une forme en trois dimensions qui coïncide avec la forme du produit ou de l'emballage auquel elle est destinée (ATF 129 III 514 consid. 2.1 "LEGO [3D]" ; arrêt du TAF B-7400/2006 du 5 juin 2007 consid. 2 "SILK CUT [3D]" ; MEIER/FRAEFEL, in : de Werra/Gilliéron [éd.], Propriété intellectuelle, Commentaire romand, 2013 [ci-après : CR PI], art. 2 LPM n° 80).

5.1.2.2 Est qualifiée de signe tridimensionnel *au sens large* une forme en trois dimensions qui ne correspond pas à la forme du produit auquel elle est destinée. Un tel signe peut ainsi être séparé, du moins intellectuellement, du produit ou de l'emballage concerné sans en modifier la fonction (ATF 129 III 514 consid. 2.1 "LEGO [3D]" ; arrêt du TAF B-7400/2006 du 5 juin 2007 consid. 2 "SILK CUT [3D]"). Il est également question de signe tridimensionnel au sens large lorsqu'une forme en trois dimensions est destinée à un service (MEIER/FRAEFEL, in : CR PI, art. 2 LPM n° 79).

5.2 En l'espèce, l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)" porte sur un signe tridimensionnel qui représente un "Flacon" (cf. consid. A.a.a.a-A.a.a.b et 9.2.1.2). Il est destiné aux produits "Parfums.", qui appartiennent à la classe 3 (cf. consid. A.a.b). Le flacon est l'un des types de conditionnements des parfums (cf. consid. 8.2.3.1). Le signe tridimensionnel en cause doit dès lors être qualifié de signe tridimensionnel au sens étroit (cf. consid. 5.1.2.1 ; arrêts du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 5.1 "élément de prothèse [3D]" et B-2374/2007 du 10 mars 2008 consid. 4 "Parfümflasche III [3D]").

6.

Ce sont avant tout les motifs absolus d'exclusion prévus par l'art. 2 let. a LPM (consid. 6.1) et l'art. 2 let. b LPM (consid. 6.2) qui sont susceptibles d'exclure de la protection un signe tridimensionnel au sens étroit (cf. arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 5 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]").

6.1 L'art. 2 let. a LPM exclut de la protection les signes appartenant au domaine public, sauf s'ils se sont imposés comme marques pour les produits ou les services concernés.

6.1.1 Le but de l'art. 2 let. a LPM est de protéger l'intérêt général à ce que des droits exclusifs d'utilisation et de disposition sur certains signes ne soient pas octroyés de manière injustifiée. En excluant de la protection les signes relevant du domaine public, la loi veut d'abord éviter leur

monopolisation sans limitation dans le temps au profit d'une entreprise qui bénéficierait ainsi d'un avantage commercial sur ses concurrents de nature à fausser la libre concurrence (ERIC MEIER, Motifs absolus d'exclusion : la notion du domaine public dans une perspective comparative, in : sic! 2005 Sonderheft, p. 67, p. 69).

6.1.2

6.1.2.1 Relèvent du domaine public les signes dépourvus de force distinctive, c'est-à-dire ceux qui ne sont pas perçus par le public comme une indication sur l'origine industrielle du produit ou du service, et les signes qui sont essentiels voire indispensables au commerce et qui doivent par conséquent être tenus à la libre disposition des concurrents (ATF 131 III 121 consid. 4.1 "smarties [3D]/M&M's [3D]" ; ATAF 2009/4 consid. 3 "POST" ; arrêt du TAF B-3149/2014 du 2 mars 2015 consid. 8.2 "COS [fig.]" ; MEIER, sic! 2005 Sonderheft, p. 67, p. 68).

6.1.2.2 Des recoupements entre le défaut de force distinctive et le besoin de libre disposition sont fréquents (cf. ATF 143 III 127 consid. 3.3.2 "rote Damenschuhsohle [position]" ; arrêt du TF 4A_6/2013 du 16 avril 2013 consid. 2.1 "WILSON" ; MEIER/FRAEFEL, in : CR PI, art. 2 LPM n° 24).

6.1.2.3 A noter que, si la force distinctive s'apprécie au regard de la perception des cercles de consommateurs déterminants (cf. consid. 6.1.4.1), le besoin de libre disposition dépend quant à lui des besoins des concurrents (arrêt du TF 4A_6/2013 du 16 avril 2013 consid. 2.4 *in fine* "WILSON" ; MEIER/FRAEFEL, in : CR PI, art. 2 LPM n° 23).

6.1.3 Appartiennent au domaine public au sens de l'art. 2 let. a LPM les signes banals, les indications génériques ou descriptives, les signes libres et les indications de provenance (ATF 134 III 314 consid. 2.3.2 "M [fig.] ; M BUDGET/M-joy [fig.]", ATF 131 III 121 consid. 4.1 "smarties [3D]/M&M's [3D]" ; arrêt du TAF B-7413/2006 du 15 octobre 2008 consid. 2.1 "MADISON" ; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, 2007, p. 71 ss).

6.1.4

6.1.4.1 Le caractère distinctif d'un signe doit être apprécié, d'une part, par rapport aux produits ou services pour lesquels l'enregistrement est demandé (cf. ATF 143 III 127 consid. 3.3.2 "rote Damenschuhsohle

[position]", ATF 133 III 342 consid. 3.2 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]" ; arrêt du TF 4A.5/2004 du 25 novembre 2004 consid. 3.3 "FIREMASTER" ; arrêt du TAF B-7413/2006 du 15 octobre 2008 consid. 2.1 "MADISON" ; CHERPILLOD, op. cit., p. 73) et, d'autre part, par rapport à la perception qu'en a le public pertinent (ATAF 2010/31 consid. 2.3 *in fine* "[Kugelschreiber] [3D]" ; arrêts du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.4 et 5 "élément de prothèse [3D]" et B-7425/2006 du 12 juillet 2007 consid. 2.2 "Choco Stars" ; MEIER, sic! 2005 Sonderheft, p. 67, p. 69).

6.1.4.2 L'examen doit porter sur le signe tel qu'il est reproduit dans la demande d'enregistrement. C'est l'impression d'ensemble qui s'en dégage qui est déterminante (ATF 143 III 127 consid. 3.3.2 "rote Damenschuhsohle [position]", ATF 133 III 342 consid. 4 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]" ; arrêts du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.2 et 5 "élément de prothèse [3D]" et B-570/2008 du 15 mai 2009 consid. 2.3 "Zigarettschachtel [3D]" ; MEIER/FRAEFEL, in : CR PI, art. 2 LPM n° 94).

6.1.5

6.1.5.1 Sous réserve du fait qu'ils doivent respecter l'art. 2 let. b LPM (consid. 6.2), les signes tridimensionnels au sens étroit sont examinés selon les mêmes critères que les autres signes (ATF 137 III 403 consid. 3.3.2 *in fine* et 3.3.4 *in fine* "Wellenverpackung [3D]").

6.1.5.2 Les simples éléments géométriques de base appartiennent au domaine public. Il en va de même des formes de produits ou d'emballages, dont ni les éléments ni la combinaison des éléments ne s'écartent d'une forme habituelle et attendue. Faute d'originalité, de telles formes ne restent en effet pas ancrées dans la mémoire du consommateur (ATF 133 III 342 consid. 3.1 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]", ATF 129 III 514 consid. 4.1 "LEGO [3D]" ; arrêts du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.1 "élément de prothèse [3D]" et B-7400/2006 du 5 juin 2007 consid. 2 "SILK CUT [3D]").

6.1.5.3 Est toujours décisive la question de savoir si le consommateur perçoit le signe en cause comme un renvoi à une entreprise déterminée (cf. art. 1 al. 1 LPM ; arrêts du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.1 "élément de prothèse [3D]" et B-564/2007 du 17 octobre 2007 consid. 6 "la prairie-Dose [3D]").

Pour qu'il soit perçu comme une indication de provenance commerciale, un signe tridimensionnel au sens étroit doit, en Suisse, au moment de la décision portant sur son enregistrement (ATF 137 III 403 consid. 3.3.3 "Wellenverpackung [3D]" ; arrêt du TF 4A_363/2016 du 7 février 2017 consid. 2 *in fine* [non publié in ATF 143 III 127] "rote Damenschuhsohle [position]" ; arrêt du TAF B-3612/2014 du 14 septembre 2016 consid. 5.5 "KAPSEL [3D]"), se distinguer de manière claire de l'ensemble des formes habituelles et attendues des produits du domaine en cause. Tel n'est généralement pas le cas lorsqu'une grande diversité de formes est présente sur le marché. Dans un tel contexte, il est en effet difficile de créer une forme qui puisse être perçue comme un renvoi à une entreprise déterminée et non pas comme une simple variante d'une forme usuelle (ATF 137 III 403 consid. 3.3.3 et 3.3.5 *in fine* "Wellenverpackung [3D]", ATF 134 III 547 consid. 2.3.4 "Freischwinger Panton [3D] II", ATF 133 III 342 consid. 3.3 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter [3D]" ; arrêt du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.1 "élément de prothèse [3D]").

6.1.5.4 Il ne faut en outre pas perdre de vue le fait qu'un consommateur perçoit en principe la forme d'un produit (ou de son emballage) comme le produit (ou son emballage) lui-même et non pas comme un renvoi à une entreprise déterminée (ATF 143 III 127 consid. 3.3.4 "rote Damenschuhsohle [position]", ATF 137 III 403 consid. 3.3.3 et 3.3.5 "Wellenverpackung [3D]", ATF 134 III 547 consid. 2.3.4 "Freischwinger Panton [3D] II" ; arrêt du TF 4A.15/2006 du 13 décembre 2006 consid. 5 "Wellenflasche [3D]"). De simples éléments fonctionnels ou esthétiques ne suffisent dès lors pas à conférer à un signe tridimensionnel au sens étroit la force distinctive nécessaire (arrêt du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.1 "élément de prothèse [3D]" ; cf. ATF 120 II 307 consid. 3b "The Original [3D]").

6.1.5.5 Enfin, pour déterminer si un signe tridimensionnel au sens étroit est exclu de la protection par l'art. 2 let. a LPM, il est nécessaire, dans un premier temps, d'identifier les formes habituelles et attendues des produits du domaine concerné et de déterminer ainsi le degré de diversité des formes dans ce domaine (cf. arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 7.2.3.1-7.2.3.3 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]"). Il s'agit ensuite d'examiner si le signe tridimensionnel en cause se distingue de manière claire des formes habituelles et attendues mises en évidence (cf. arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 7.2.3.2 et 9 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]").

6.2 Quant à lui, l'art. 2 let. b LPM exclut de la protection les formes qui constituent la nature même du produit et les formes du produit ou de l'emballage qui sont techniquement nécessaires.

7.

En vue de l'examen du signe tridimensionnel en cause sous l'angle de l'art. 2 let. a LPM, il convient tout d'abord de définir les cercles de consommateurs déterminants (cf. consid. 6.1.4.1) et le degré d'attention dont ils font preuve.

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

7.1.1 Une partie de cette jurisprudence juge que le grand public fait preuve d'un degré d'attention plutôt faible ("*mit geringerer Aufmerksamkeit*") 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.]" et B-3005/2014 du 3 novembre 2015 consid. 3 "NIVEA STRESS PROTECT/STRESS DEFENCE").

7.1.2 Selon d'autres arrêts, le grand public fait preuve d'un degré d'attention moyen (arrêts du TAF 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.]").

7.1.3 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]").

7.2 Seuls les "Parfums." (classe 3) sont revendiqués en l'espèce (cf. consid. A.a.b). Force est de constater que de tels produits sont généralement acquis avec un certain soin. Il doit dès lors être retenu que les "Parfums." (classe 3) s'adressent au grand public, qui fait preuve d'un degré d'attention moyen (cf. arrêts du TAF 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.]"). Il ne faut en outre pas perdre de vue le fait que ces produits sont également

destinés au spécialiste de la cosmétique, qui fait preuve d'un degré d'attention accru (cf. arrêts du TAF B-5004/2014 du 8 juin 2017 consid. 4.2 *in fine* "CLOS D'AMBONNAY" et B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 9.2.3 "sensationail [fig.]/SENSATIONAIL").

8.

Il s'agit maintenant d'identifier les formes habituelles et attendues des produits concernés (cf. consid. 6.1.5.5), c'est-à-dire des produits du domaine des "Parfums." en classe 3 (cf. consid. A.a.b).

8.1 Dans le cadre de la procédure qui la conduit à rendre la décision attaquée, l'autorité inférieure s'appuie sur les résultats de recherches effectuées sur Internet, en particulier le 27 avril 2015 (annexes 1-3 jointes à la prise de position de l'autorité inférieure du 30 avril 2015 [pièce 10 du dossier de l'autorité inférieure]). Dans sa réponse, l'autorité inférieure se réfère en outre aux résultats de recherches effectuées sur Internet le 29 février 2016 au moyen des mots-clés "flacon de parfum" et "bouteille de parfum" (annexes 12 et 14 jointes à réponse).

8.2

8.2.1 La situation doit certes être examinée à la date de la décision attaquée (cf. consid. 6.1.5.3), c'est-à-dire le 20 octobre 2015. Force est toutefois de constater que les résultats de recherches effectuées en particulier le 27 avril 2015 (cf. consid. 8.1), soit moins de six mois auparavant, gardent toute leur pertinence en ce qui concerne les produits en cause (cf. arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 8.3 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]"). Tant les autres documents fournis par l'autorité inférieure (cf. consid. 8.1) que les images déposées par la recourante (annexes 2 et 3 jointes à la réponse de la recourante devant l'autorité inférieure du 29 janvier 2015 [pièce 9 du dossier de l'autorité inférieure] ; annexe 7 jointe à la réplique) mettent d'ailleurs en lumière une situation tout à fait comparable.

8.2.2 Peu importe que ces moyens de preuve ne puissent pas être rattachés spécifiquement à la Suisse. Il doit en effet être admis que, dans le domaine des "Parfums." (classe 3), les produits peuvent être importés en Suisse sans aucune restriction et que les documents rassemblés dans le dossier sont donc pertinents pour la Suisse (cf. arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 8.4.1-8.4.3 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]").

8.2.3

8.2.3.1 Ces moyens de preuve n'illustrent pratiquement que des flacons ou des bouteilles. Or, il existe d'autres types de conditionnements pour les produits "Parfums." (classe 3), par exemple les multiples sortes d'emballages renfermant les flacons ou les bouteilles eux-mêmes (boîtes, cartons, coffrets, etc. ; cf. arrêt du TAF B-7415/2006 du 15 mars 2007 consid. 10 "Tropfenförmige Flasche [3D]"). Peut néanmoins rester ouverte la question de savoir si le signe en cause se distingue de manière claire d'autres types de formes habituelles et attendues dans le domaine des parfums (cf. consid. 11.2.1). Il se justifie dès lors de limiter ici l'examen aux flacons et aux bouteilles de parfum (au sujet des notions de "flacon" et de "bouteille", cf. consid. 9.2.1.2).

8.2.3.2 Vu leur nombre important, les illustrations rassemblées dans le dossier constituent une base solide pour déterminer quelles sont les formes de flacons ou de bouteilles qui sont habituelles et attendues dans le domaine des produits "Parfums." (classe 3).

8.3

8.3.1 Ces moyens de preuve permettent tout d'abord de mettre en évidence le fait que les flacons et les bouteilles de parfum sont des contenants, dont la partie supérieure – généralement plus étroite – présente un dispositif de fermeture.

8.3.2

8.3.2.1 Bien qu'ils soient récurrents (notamment du fait qu'ils sont essentiellement fonctionnels), ces éléments caractéristiques peuvent prendre des formes très différentes et être combinés de nombreuses manières. Il convient dès lors de retenir que, en Suisse (consid. 8.2.2), au moment de la décision portant sur l'enregistrement du signe en cause (consid. 8.2.1), les flacons et les bouteilles de parfum présentent une très grande diversité de formes (cf. réponse, p. 5 [ch. 7]). La recourante ne le conteste d'ailleurs pas (cf. réplique, p. 3 [ch. 6 *in limine*]).

8.3.2.2 Une très grande diversité de formes dans un domaine donné rend difficile la protection en tant que marque d'un signe tridimensionnel au sens strict (cf. consid. 6.1.5.3), ce que la recourante ne conteste pas non plus (réplique, p. 4 [ch. 9]).

Or, la très grande diversité de formes retenue dans le domaine des flacons et des bouteilles de parfum ne découle pas du simple fait qu'il existe de très nombreuses formes, mais bien du fait qu'il existe de très nombreuses formes *habituelles et attendues*. Pour qu'une forme puisse être protégée, il n'est dès lors pas nécessaire qu'elle se distingue de manière claire de l'ensemble des formes *possibles*, mais il suffit qu'elle se distingue de manière claire de l'ensemble des formes *habituelles et attendues*. Ainsi, contrairement à ce que laisse entendre la recourante (cf. réplique, p. 4 [ch. 9], p. 5 [ch. 11]), une très grande diversité de formes (habituelles et attendues) n'exclut pas automatiquement la protection en tant que marque d'un signe tridimensionnel au sens strict.

9.

Il convient désormais d'examiner si le signe en cause se distingue de manière claire des formes habituelles et attendues des flacons et des bouteilles de parfum (cf. consid. 6.1.5.5 *in fine*).

9.1 Le signe en cause (cf. consid. A.a.a.a) représente un contenant de forme cylindrique ("Flacon" [cf. consid. A.a.a.b]) dont la partie supérieure va en s'arrondissant et est surmontée d'un court goulot. Ce goulot, sur toute la hauteur duquel apparaît un pas de vis, est à son tour surmonté d'un petit bouchon cylindrique sur le côté duquel un point noir est visible. Une tige ("clavette" [cf. consid. A.a.a.b]) paraît traverser la zone située entre la partie supérieure du goulot et la partie inférieure du bouchon. Elle dépasse légèrement d'un côté et plus largement de l'autre. Un carré ("médaillon" [cf. consid. A.a.a.b]) est suspendu par une petite boucle au bout de l'extrémité de la tige qui dépasse plus largement. Dans ce carré s'inscrit un carré plus petit, posé sur l'un de ses angles. A l'exception de celle de la tige et du carré qui lui est suspendu, la surface du signe en cause est polie et réfléchissante.

9.2

9.2.1

9.2.1.1 L'aspect global de contenant de forme cylindrique est courant dans le domaine des parfums. Les proportions du signe en cause – la hauteur du cylindre correspond à environ trois fois son diamètre – n'ont rien d'inhabituel non plus. Il en va d'ailleurs de même de la partie supérieure arrondie du contenant. De nombreux exemples de formes de ce type figurent en effet au dossier (cf. annexe 12 jointe à la réponse ; pièce 7 jointe à la réplique). Du fait qu'il s'agit d'un élément bidimensionnel, la

surface polie et réfléchissante du signe en cause ne sera prise en considération que plus loin (cf. consid. 10.2.3).

9.2.1.2 Comme le relève à juste titre l'autorité inférieure (réponse, p. 5 [ch. 6]), la distinction que tente d'opérer la recourante entre les notions de "flacon" et de "bouteille" (cf. recours, p. 4 [ch. 10], p. 5 [ch. 14]) est dénuée de portée (la recourante paraît d'ailleurs l'admettre [cf. réplique, p. 3-4 (ch. 7)]). Un "flacon" est en effet un type de "bouteille" (cf. Le Petit Robert de la langue française, version numérique, <<http://pr.bvdep.com>> [flacon], consulté le 09.10.2017). Peu importe dès lors que la recourante soutienne que le signe en cause n'est pas un "flacon", mais une "bouteille", et que la forme du bas de la bouteille est cylindrique "comme une bouteille de boisson" (recours, p. 5 [ch. 14]). La position de la recourante est d'ailleurs contradictoire dans la mesure où le signe en cause est décrit comme un "Flacon" dans l'enregistrement international (cf. consid. A.a.a.b). Au surplus, même si la forme du signe en cause est courante dans le domaine des boissons, elle est également répandue dans le domaine des parfums (cf. consid. 9.2.1.1). La recourante ne saurait dès lors être suivie lorsqu'elle affirme que le signe en cause doit en principe être qualifié de banal en lien avec des boissons, mais qu'il n'est pas banal en lien avec des parfums (recours, p. 4 [ch. 10 et 11] ; cf. réplique, p. 3 [ch. 6 *in fine*], p. 9 [ch. 21]).

9.2.2 Il est très fréquent qu'un court goulot soit présent au sommet des flacons et des bouteilles de parfum (cf. notamment : annexes 1-3 jointes à la prise de position de l'autorité inférieure du 30 avril 2015 [pièce 10 du dossier de l'autorité inférieure]), en particulier du fait qu'un tel élément est essentiellement fonctionnel. Quant au pas de vis qui apparaît sur ce goulot, il est également totalement banal et fonctionnel. D'innombrables contenants, notamment dans le domaine de la parfumerie, sont en effet fermés à l'aide d'un bouchon qui doit être vissé.

9.2.3 Le petit bouchon cylindrique qui surmonte le goulot est lui aussi banal. Du fait que rien n'indique qu'il s'agit d'un élément tridimensionnel, le point noir visible sur le côté du bouchon ne sera pris en considération que plus loin (cf. consid. 10.2.1).

9.2.4 Bien que des éléments comparables existent dans le domaine des flacons et des bouteilles de parfum (cf. annexe 2 jointe à la prise de position de l'autorité inférieure du 30 avril 2015 [pièce 10 du dossier de l'autorité inférieure]), la tige qui paraît traverser la zone située entre la partie supérieure du goulot et la partie inférieure du bouchon (cette tige est

d'ailleurs décrite comme une "clavette" dans l'enregistrement international [cf. consid. A.a.a.b)] est plus inhabituelle.

9.2.5 Quant au carré suspendu par une petite boucle au bout de l'extrémité de la tige qui dépasse plus largement, il doit en revanche être qualifié de banal. Il fait en effet penser à une étiquette ou à un pendentif (cf. annexe 2 jointe à la prise de position de l'autorité inférieure du 30 avril 2015 [pièce 10 du dossier de l'autorité inférieure]). Il est d'ailleurs décrit comme un "médaillon" dans l'enregistrement international en cause (cf. consid. A.a.a.b). Il est dès lors perçu comme un élément fonctionnel ou simplement décoratif. Du fait que rien n'indique qu'il s'agit d'un élément tridimensionnel, le carré plus petit (posé sur l'un de ses angles) qui s'inscrit dans le carré suspendu ne sera pris en considération que plus loin (cf. consid. 10.2.2).

9.3

9.3.1

9.3.1.1 En conclusion, l'aspect global de contenant de forme cylindrique (cf. consid. 9.2.1.1), le court goulot (cf. consid. 9.2.2) et le petit bouchon cylindrique (cf. consid. 9.2.3) du signe en cause caractérisent également de très nombreux modèles de flacons et bouteilles de parfum disponibles sur le marché suisse. En tant que tels, ils sont dès lors banals. Ils ne sont par ailleurs pas combinés d'une manière particulièrement originale.

9.3.1.2 La tige présente dans la partie supérieure du signe en cause est certes quelque peu inhabituelle (cf. consid. 9.2.4). Elle est toutefois directement associée au carré qui lui est suspendu et elle joue ainsi un rôle avant tout fonctionnel de support. Le carré est quant à lui perçu comme un élément fonctionnel ou simplement décoratif (cf. consid. 9.2.5). La combinaison de la tige et du carré n'attire par conséquent pas spécialement l'attention, ce d'autant qu'elle est de petite taille par rapport à la forme dans son ensemble.

9.3.2 Il convient dès lors de retenir que, considéré dans son ensemble, le signe en cause ne se distingue pas de manière claire des formes habituelles et attendues des flacons et des bouteilles de parfum (classe 3).

10.

10.1 Même s'il est en soi banal, un signe tridimensionnel n'appartient pas au domaine public (art. 2 let. a LPM) s'il comporte sur sa surface des

éléments bidimensionnels distinctifs (éléments verbaux, éléments graphiques et/ou couleurs) qui influencent de manière essentielle l'impression d'ensemble qui s'en dégage. Il ne suffit donc pas que ces éléments soient visibles. Il faut en effet qu'ils soient bien reconnaissables au premier coup d'œil lorsque le signe tridimensionnel est considéré dans son ensemble. Des éléments bidimensionnels distinctifs, qui sont trop petits par rapport au signe tridimensionnel dans son ensemble ou qui sont situés à un endroit inhabituel, ne sont dès lors pas susceptibles de conférer une force distinctive suffisante à un signe tridimensionnel (arrêts du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 10.1 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]", B-570/2008 du 15 mai 2009 consid. 2.2.3 "Zigaretenschachtel [3D]", B-2676/2008 du 23 janvier 2009 consid. 6.2 "Flasche mit Rillen [3D]" et B-7400/2006 du 5 juin 2007 consid. 4-5.3 "SILK CUT [3D]" ; cf. arrêts du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.2-3.3 et 5.4.2 "élément de prothèse [3D]" et B-1165/2012 du 5 février 2014 consid. 5.7 "Mischgeräte [3D]").

10.2

10.2.1 Un point noir est visible sur le côté du bouchon cylindrique qui surmonte le signe en cause. Le bouchon est ainsi perçu comme un vaporisateur (cf. réplique, p. 13 [ch. 30]), de sorte qu'une force distinctive ne peut guère être reconnue à ce point noir.

10.2.2 Quant au carré (posé sur l'un de ses angles) qui s'inscrit dans le carré suspendu à la tige, il n'est rien d'autre qu'une forme élémentaire contenue dans une autre forme élémentaire, sans qu'une telle combinaison ne présente une quelconque originalité. Contrairement à ce qu'affirme la recourante, cet élément graphique ne saurait contribuer à conférer une force distinctive au signe en cause (réplique, p. 10 [ch. 23 *in fine*]). De plus, du fait que le carré suspendu à la tige est perçu comme un élément fonctionnel ou simplement décoratif (cf. consid. 9.2.5) et qu'il n'occupe qu'une place réduite dans le signe en cause (cf. consid. 9.3.1.2 ; arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 10.2.3.2 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]"), il ne joue qu'un rôle secondaire dans l'impression d'ensemble qui se dégage de ce signe. D'ailleurs, le simple fait qu'une forme ne soit utilisée que par une seule entreprise ne suffit pas pour que cette forme n'appartienne pas au domaine public (arrêt du TF 4A.15/2006 du 13 décembre 2006 consid. 5.2 *in fine* "Wellenflasche [3D]").

10.2.3 Il doit être admis que la majorité des flacons et des bouteilles de parfum sont en verre ou dans un matériau transparent (cf. réplique, p. 9 [ch. 22]). Il n'en demeure pas moins que les métaux polis – ou, du moins, des matériaux opaques dotés de propriétés réfléchissantes – entrent fréquemment dans la composition de tels contenants, notamment au niveau de leur bouchon (cf. notamment : annexes 12 et 14 jointes à réponse ; cf. également : arrêt du TAF B-2374/2007 du 10 mars 2008 consid. 5.3 "Parfümflasche III [3D]"). D'ailleurs, le verre et les autres matériaux transparents sont également dotés de propriétés réfléchissantes. Enfin, il n'est pas rare de trouver, parmi les illustrations qui figurent dans le dossier, des modèles dont la (quasi-)totalité de la surface est opaque, polie et réfléchissante (cf. notamment : annexes 12 et 14 jointes à réponse). Il doit dès lors être retenu que la surface polie et réfléchissante du signe en cause (cf. recours, p. 5 [ch. 14] ; réponse, p. 6 [ch. 10] ; réplique, p. 8 [ch. 19] ; duplique, p. 3 [ch. 2] ; observations de la recourante, p. 4 [ch. 7]) est banale et dénuée de force distinctive (cf. arrêt du TAF B-3612/2014 du 14 septembre 2016 consid. 5.6 "KAPSEL [3D]"). La recourante ne saurait ainsi être suivie lorsqu'elle affirme que "[l]a couleur et le matériau" du signe en cause ne sont pas habituels (réplique, p. 9 [ch. 22] ; cf. réplique, p. 11 [ch. 27] ; observations de la recourante, p. 4 [ch. 7]). C'est d'ailleurs indépendamment du matériau utilisé qu'une marque tridimensionnelle protège une forme et les éléments bidimensionnels qui apparaissent sur sa surface. Le signe en cause vise dès lors tant les modèles en métal que les modèles produits dans d'autres matériaux, par exemple en verre teinté.

10.3 En conclusion, qu'ils soient considérés individuellement ou combinés les uns avec les autres, les éléments bidimensionnels qui apparaissent sur la surface du signe en cause n'influencent pas de manière essentielle l'impression d'ensemble qui s'en dégage (cf. arrêt du TAF B-570/2008 du 15 mai 2009 consid. 3.3 "Zigaretenschachtel [3D]").

11.

11.1 Formé de divers éléments fonctionnels et esthétiques, le signe en cause n'est pas doté de force distinctive. Vu notamment la très grande diversité de formes dans le domaine des flacons et des bouteilles de parfum (cf. consid. 8.3.2.1), il ne peut pas être perçu comme un renvoi à une entreprise déterminée (cf. consid. 6.1.5.3), contrairement à ce qu'affirme la recourante (cf. notamment : réplique, p. 11 [ch. 28]). Il n'est en effet pas apte à rester durablement ancré dans la mémoire du grand public, même s'il fait preuve d'un degré d'attention moyen (cf. consid. 7.2).

Le signe en cause appartient dès lors au domaine public au sens de l'art. 2 let. a LPM.

11.2

11.2.1 Peu importe ainsi que le signe en cause puisse se distinguer de manière claire d'autres types de formes habituelles et attendues dans le domaine des parfums que les flacons et les bouteilles (cf. consid. 8.2.3.1).

11.2.2 Peut par ailleurs rester ouverte la question de savoir si l'art. 2 let. b LPM exclut de la protection le signe en cause (cf. consid. 6.2).

12.

12.1

12.1.1 La recourante est d'avis que, avant de déterminer "quelle est la diversité des formes dans le domaine considéré", il convient de définir "la forme banale de référence du segment correspondant" (recours, p. 4 [ch. 10] ; cf. réplique, p. 3-4 [ch. 5-9] ; observations de la recourante, p. 2-3 [ch. 4]). Elle ajoute en particulier que, bien qu'il existe, dans le domaine des parfums, une très grande diversité de formes, il convient de définir la "forme classique". Elle affirme en effet que "[c]'est uniquement de cette façon qu'il est possible d'arriver à une référence de formes qui diffèrent de la forme habituelle" (réplique, p. 3 [ch. 6]). Elle soutient dès lors que, après avoir défini, de "manière absolue", la "forme banale de référence", il convient de déterminer, de "manière relative", "l'écart nécessaire de la forme banale de référence à respecter, notamment aussi en s'appuyant sur la diversité des formes dans le secteur respectif" (observations de la recourante, p. 3 [ch. 4 *in fine*]).

12.1.2

12.1.2.1 Or, la jurisprudence constante exige d'une marque tridimensionnelle au sens strict qu'elle se distingue de manière claire de l'ensemble des formes habituelles et attendues ("*sämtlich[e] [...] üblich[e] Formen*" [cf. notamment : ATF 137 III 403 consid. 3.3.3 et 3.3.5 *in fine* "Wellenverpackung (3D)", ATF 134 III 547 consid. 2.3.4 "Freischwinger Panton (3D) II" ; arrêt du TAF B-5182/2015 du 1^{er} février 2017 consid. 3.1 *in fine* "élément de prothèse (3D)"]) dans le domaine en cause (cf. consid. 6.1.5.3 ; duplique, p. 2 [ch. 1]). La recourante ne saurait dès lors être suivie lorsque, sans se référer à la jurisprudence ou à la doctrine (si ce n'est, dans ses observations [p. 3 (ch. 4 *in fine*)], par la mention d'une

seule source qui n'apporte toutefois aucun appui à sa thèse [cf. MICHAEL NOTH, in : Noth/Bühler/Thouvenin (éd.), Markenschutzgesetz (MSchG), 2009 (ci-après : SHK 2009), art. 2 let. b LPM n° 69 (cf. également : NOTH, in : Noth/Bühler/Thouvenin [éd.], Markenschutzgesetz [MSchG], 2^e éd. 2017 [ci-après : SHK 2017], art. 2 let. b LPM n° 69)], elle se limite à affirmer que c'est *une seule* "forme banale de référence" qui doit servir de base de comparaison. Ce sont en effet *toutes* les formes habituelles et attendues qui doivent être prises en considération (cf. consid. 8.3.2.2). Contrairement à ce que semble soutenir la recourante, la question de la diversité des formes est donc intimement liée à la question du caractère habituel et attendu des formes : plus il y a de formes banales, plus la diversité des formes est grande. Il ne fait ainsi aucun doute que, afin de déterminer le degré de diversité des formes dans un domaine donné, il faut, dans un premier temps, identifier l'ensemble des formes qui sont banales dans ce domaine (consid. 8).

12.1.2.2 Enfin, contrairement à ce qu'affirme la recourante (recours, p. 4 [ch. 10] ; cf. réplique, p. 3 [ch. 6]), il ne saurait être considéré que le signe en cause n'appartient pas au domaine public sur la base du fait que ce signe s'écarte clairement de la forme banale de référence qu'est le "flacon", ce d'autant que cette forme banale de référence n'est même pas définie par la recourante.

12.2

12.2.1 Dans ses écritures, la recourante répète que les éléments qui composent le signe en cause ne doivent pas être analysés individuellement, mais qu'il s'agit de tenir compte de l'impression d'ensemble qui se dégage de ce signe (cf. notamment : recours, p. 4 [ch. 9 et 11], p. 5 [ch. 13] ; réplique, p. 7-10 [ch. 17-25]).

12.2.2 Or, force est de constater que c'est précisément ce que fait tant l'autorité inférieure (cf. prise de position de l'autorité inférieure du 30 avril 2015 [pièce 10 du dossier de l'autorité inférieure], p. 2 [ch. 5 et 7] ; réponse, p. 6-7 [ch. 10-11]) que le Tribunal administratif fédéral dans le présent arrêt (consid. 9-11). Après un examen des divers éléments qui le forment, le signe en cause est en effet considéré dans son ensemble, dans l'optique des cercles de consommateurs déterminants.

12.3 Il convient en outre de retenir que, en affirmant que la combinaison des éléments qui constituent le signe en cause "génère un mélange de sobriété et d'extravagance qui l'identifie par rapport aux autres produits de

la classe 3" (recours, p. 6 [ch. 15] ; cf. réplique, p. 9 [ch. 21], p. 10 [ch. 24]), la recourante se limite à faire valoir des caractéristiques purement esthétiques, qui ne sauraient suffire à conférer à un signe tridimensionnel la force distinctive nécessaire (cf. consid. 6.1.5.4). Une telle argumentation ne permet en effet pas d'expliquer en quoi le signe en cause se distinguerait de manière claire des produits présents sur le marché (cf. arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 9.2.2 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]").

12.4

12.4.1 La recourante soutient encore que, dans le domaine de la parfumerie, les consommateurs suisses sont habitués à concevoir une différence de forme "comme une indication commerciale d'une entreprise particulière" (recours, p. 6 [ch. 15 *in fine*] ; cf. réplique, p. 5-7 [ch. 10-16], p. 9-10 [ch. 23] ; observations de la recourante, p. 3 [ch. 5]).

12.4.2 La forme d'un produit (ou de son emballage) est en principe perçue comme le produit (ou son emballage) lui-même et non pas comme un renvoi à une entreprise déterminée (cf. consid. 6.1.5.4). Il existe toutefois des secteurs bien précis, par exemple celui des parfums, dans lesquels le consommateur peut être amené à prêter une attention particulière à la forme du produit en raison du fait que cette forme elle-même est également utilisée régulièrement comme une indication de provenance commerciale du produit. Dans de tels secteurs, il est dès lors possible que le consommateur soit plus enclin à voir dans la forme d'un produit (ou de son emballage) une référence à une entreprise déterminée (cf. ATF 137 III 403 consid. 3.3.5 et 3.3.6 *in limine* "Wellenverpackung [3D]" ; arrêt du TAF B-7393/2006 du 21 mars 2007 consid. 4 *in fine* "Weihnachtsmann [3D]" ; NOTH, in : SHK 2017, art. 2 let. b LPM n° 74 [cf. également : NOTH, in : SHK 2009, art. 2 let. b LPM n° 74 (cité par la recourante [recours, p. 6 (ch. 15 *in fine*))]).

12.4.3

12.4.3.1 S'il peut être admis que, dans le domaine des parfums, les cercles de consommateurs déterminants ont une certaine habitude de percevoir la forme d'un produit (ou son emballage) comme un renvoi à une entreprise déterminée, il ne doit pas pour autant être considéré que n'importe quelle forme de produit ou d'emballage est nécessairement comprise comme une indication de provenance commerciale. Encore faut-il que cette forme se

distingue de manière claire de l'ensemble des formes habituelles et attendues des produits concernés (cf. consid. 6.1.5.3).

12.4.3.2 En tant que tels, les éléments qui forment le signe en cause sont relativement banals (cf. consid. 9.2.1-9.2.5 et 10.2.1-10.2.3). Ils ne sont pas combinés d'une manière particulièrement originale et aucun d'entre eux n'attire spécialement l'attention (cf. consid. 9.3.1-9.3.2 et 10.3). Dès lors, même en tenant compte des habitudes des consommateurs de parfums, il doit être retenu que le signe en cause n'est pas perçu comme un renvoi à une entreprise déterminée.

12.5

12.5.1 La recourante affirme par ailleurs que, si le signe en cause apparaît dans les rayons d'un magasin ou sur Internet, il existe un risque de confusion avec les produits d'un concurrent qui utiliserait ce même signe, mais en lui faisant porter d'autres inscriptions ou d'autres couleurs (recours, p. 6 [ch. 16] ; réplique, p. 10 [ch. 25]).

12.5.2 La recourante ne peut toutefois tirer aucun argument d'une telle hypothèse. En effet, dans le cadre de la procédure d'enregistrement d'un signe en tant que marque, seuls sont examinés les motifs absolus d'exclusion prévus par l'art. 2 LPM (cf. art. 30 al. 2 let. c LPM ; arrêt du TAF B-7415/2006 du 15 mars 2007 consid. 8 " Tropfenförmige Flasche [3D]"). Les motifs relatifs d'exclusion prévus par l'art. 3 LPM – qui, à la différence des motifs absolus d'exclusion prévus par l'art. 2 LPM, font appel à la notion de "risque de confusion" – ne sont en revanche pas pris en considération. Selon l'art. 3 al. 3 LPM, "seul le titulaire de la marque antérieure" peut en effet les invoquer (cf. SCHLOSSER/MARADAN, in : CR PI, art. 3 LPM n° 2).

12.6

12.6.1 La recourante soutient la protection en Suisse du signe en cause en affirmant encore qu'"une marque enregistrée dans son pays d'origine sera admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union ('clause telle-quelle', art. 6^{quinquies} lit. a al. 1 CUP)" (recours, p. 6-7 [ch. 18] ; cf. réplique, p. 13-14 [ch. 33-35]).

12.6.2

12.6.2.1 Selon l'art. 6^{quinquies} let. A ch. 1 CUP "[t]oute marque de fabrication ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine sera

admise au dépôt et protégée telle quelle dans les autres pays de l'Union, sous les réserves indiquées au présent article. [...]". L'art. 6^{quinquies} let. B CUP est formulé ainsi :

B. – Les marques de fabrique ou de commerce, visées par le présent article, ne pourront être refusées à l'enregistrement ou invalidées que dans les cas suivants :

1. [...]
2. lorsqu'elles sont dépourvues de tout caractère distinctif, ou bien composées exclusivement de signes ou d'indication pouvant servir, dans le commerce, pour désigner l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, le lieu d'origine des produits ou l'époque de production, ou devenus usuels dans le langage courant ou les habitudes loyales et constantes du commerce du pays où la protection est réclamée ;

3. [...]

[...]

12.6.2.2 "*Diese Bestimmung [art. 6^{quinquies} let. A ch. 1 CUP] bezieht sich auf die äusseren Bestandteile der Marke, wie Zahlen, Buchstaben, Familiennamen, geografische Bezeichnungen, fremde Schriftzeichen, Bildbestandteile, dreidimensionale Formen und dergleichen. Hat ein Verbandsstaat diese Bestandteile zur Hinterlegung zugelassen, so ist die Schweiz an diesen Entscheid gebunden. Dies hindert jedoch nicht, dass die Marke aus andern Gründen zurückgewiesen wird, bspw. wegen fehlender Kennzeichnungskraft oder Sittenwidrigkeit*" (STEFAN FRAEFEL, in : David/Frick [éd.], Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3^e éd. 2017 [ci-après : BaK 2017], art. 30 LPM n° 16 [cf. également : LUCAS DAVID, Markenschutzgesetz, Muster- und Modellgesetz, 2^e éd. 1999 (ci-après : BaK 1999), art. 30 LPM n° 7 (cité par la recourante [réplique, p. 13 (ch. 33)]] ; cf. ATF 100 II 159 consid. 1 "JUPI/YOPI").

12.6.3

12.6.3.1 La Suisse ne peut ainsi pas refuser la protection en Suisse d'une marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine pour le *seul* motif que, par exemple, cette marque contient des caractères étrangers (*fremde Schriftzeichen*) ou qu'elle est en trois dimensions. En ce sens, c'est à juste titre que la recourante affirme que "[l]es autorités suisses ne peuvent donc plus examiner si le signe mis au dépôt est une marque, elles sont liées à la décision des autorités du pays

d'origine" (recours, p. 7 [ch. 18] ; cf. réplique, p. 13-14 [ch. 33-34]). Rien n'empêche en revanche la Suisse de refuser la protection en Suisse d'une marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine au motif que les caractères étrangers qu'elle contient sont propres à induire en erreur ou que sa forme en trois dimensions appartient au domaine public.

12.6.3.2 Ainsi, bien que l'art. 6^{quinquies} let. A ch. 1 CUP oblige la Suisse à protéger "telle quelle" en Suisse une marque de fabrique ou de commerce régulièrement enregistrée dans le pays d'origine, l'art. 6^{quinquies} let. B ch. 2 CUP lui permet de refuser la protection d'une telle marque lorsqu'elle est dépourvue de tout caractère distinctif (cf. arrêts du TAF B-2894/2014 du 13 mai 2016 consid. 2.3 "Taschenlampe mit Löchern [position]" [confirmé par arrêt du TF 4A_389/2016 du 28 février 2017 consid. 3.1-3.2 "Taschenlampe mit Löchern (position)"] et B-681/2011 du 3 décembre 2011 consid. 3 "TOKYO BY KENZO [fig.]" ; DORIGO/WILD, in : SHK 2017, art. 46 LPM n° 12 ; FRAEFEL, in : BaK 2017, art. 46 LPM n° 5 ; FRANÇOIS CURCHOD, in : CR PI, art. 46 LPM n° 8).

12.6.3.3 En l'espèce, le refus de protéger en Suisse le signe en cause n'est pas motivé par le simple fait que ce signe est tridimensionnel, mais bien par le fait que ce signe tridimensionnel n'est pas doté de force distinctive au sens de l'art. 2 let. a LPM (cf. consid. 11.1). L'art. 6^{quinquies} CUP est dès lors respecté.

12.7

12.7.1 La recourante soutient enfin que l'autorité inférieure aurait dû tenir compte du fait que le signe en cause est protégé tant en France que dans l'Union européenne, dont les exigences légales en matière d'enregistrement de marques sont comparables avec celles de la Suisse (recours, p. 3 [ch. 4], p. 7 [ch. 19-21] ; réplique, p. 14 [ch. 36-38]).

12.7.2 Selon la jurisprudence constante, les autorités suisses ne tiennent en principe pas compte des décisions d'enregistrement de marques rendues par des autorités étrangères (ATF 130 III 113 consid. 3.2 "Montessori", ATF 129 III 225 consid. 5.5 "Masterpiece"). Ce n'est que dans les cas limite que les décisions étrangères peuvent être prises en considération à titre d'indice du caractère enregistrable d'un signe (arrêts du TAF B-3304/2012 du 14 mai 2013 consid. 4.2 "[fig.]", B-1561/2011 du 28 mars 2012 consid. 10 "TOGETHER WE'LL GO FAR", B-2054/2011 du

28 novembre 2011 consid. 6.3 "MILCHBÄRCHEN" et B-7427/2006 du 9 janvier 2008 consid. 8 "Chocolat Pavot [fig.]").

12.7.3 Dès lors que, en l'espèce, le cas n'est pas limite, la recourante ne saurait tirer quoi que ce soit de l'enregistrement du signe en cause dans l'Union européenne.

13.

13.1

13.1.1 Dans sa duplique, l'autorité inférieure déduit de l'argumentation développée dans la réplique que la recourante conclut implicitement à la protection du signe en cause en tant que marque imposée (duplique, p. 3-4 [ch. 4-6]).

13.1.2 Dans ses observations, la recourante indique toutefois qu'elle n'entend pas faire valoir le fait que le signe en cause s'est imposé comme marque. Elle considère en effet que ce signe "possède déjà la force distinctive requise, ce qui rend une imposition superflue" (observations de la recourante, p. 4 [ch. 8]).

13.2 Dans ces conditions, la question de savoir si le signe en cause s'est imposé comme marque pour les produits concernés (art. 2 let. a *in fine* LPM) n'a pas à être examinée par le Tribunal administratif fédéral.

14.

14.1 Dans sa réplique, la recourante affirme que, "[e]n ce qui concerne les flacons de parfum, comme dans ce cas présent, la sensibilisation du public est centrée pour attribuer un flacon particulier à une entreprise particulière, de sorte que la forme du produit ou son emballage instaurent une indication de l'origine industrielle. Ceci pourrait être facilement prouvé par une expertise, qui clarifierait la question en demandant au public de savoir si les consommateurs de parfums perçoivent les flacons comme une indication d'origine de la société en question". Elle ajoute que, "[d]ans le cas présent, non seulement les consommateurs de parfums perçoivent les formes des flacons généralement comme une indication d'origine véritable, mais le consommateur de la marque en cause, dans les pays où ces parfums sont déjà en vente, repère d'ores et déjà la forme en question comme une indication d'origine véritable de l'entreprise. Bien que non nécessaire, parce que déjà découlant clairement des arguments de cette réplique, et du recours, cette question serait aussi confirmée par une

expertise" (réplique, p. 7 [ch. 15-16] ; cf. également : observations de la recourante, p. 4 [ch. 8]).

14.2

14.2.1 Par ces déclarations, la recourante se limite en définitive à réserver la mise sur pied d'une expertise. Il est dès lors douteux qu'elle formule une réelle offre de preuve au sens de l'art. 33 al. 1 PA (cf. arrêt du TAF B-6637/2014 du 10 octobre 2016 consid. 13.3 "sensationail [fig.]/ SENSATIONAIL" ; WALDMANN/BICKEL, in : Praxiskommentar VwVG, art. 33 PA n° 9 ; ATAF 2007/21 consid. 11.1.4). La question peut toutefois rester ouverte (cf. consid. 14.2.2.2 *in fine*).

14.2.2

14.2.2.1 Selon l'art. 33 al. 1 PA, "[l']autorité admet les moyens de preuve offerts par la partie s'ils paraissent propres à élucider les faits". Par ailleurs, tel qu'il est garanti à l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le droit d'être entendu comprend notamment le droit pour l'intéressé de produire des preuves pertinentes et d'obtenir qu'il soit donné suite à ses offres de preuves pertinentes (cf. ATF 136 I 265 consid. 3.2, ATF 135 II 286 consid. 5.1, ATF 129 II 497 consid. 2.2). L'autorité peut cependant renoncer à procéder à des mesures d'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de former sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (cf. ATF 136 I 229 consid. 5.3, ATF 130 II 425 consid. 2.1, ATF 125 I 127 consid. 6c/cc *in fine*, ATF 124 I 208 consid. 4a ; arrêt du TAF B-325/2013 du 20 mai 2014 consid. 4.2 *in fine*).

14.2.2.2 La question de savoir si le signe en cause est doté d'une force distinctive *dérivée* (c'est-à-dire s'il s'est imposé comme marque pour les produits concernés au sens de l'art. 2 let. a *in fine* LPM) n'a pas à être examinée par le Tribunal administratif fédéral (cf. consid. 13.2). Il s'agit en l'espèce uniquement de déterminer si le signe en cause est doté d'une force distinctive *originale* (c'est-à-dire s'il appartient au domaine public au sens de l'art. 2 let. a *in limine* LPM).

Or, un signe est doté d'une force distinctive *originale* si ce signe "est apte à exercer la fonction d'une marque indépendamment de son usage sur le marché. L'examen de la perception des acheteurs concernés a donc lieu

de façon abstraite" (MEIER/FRAEFEL, in : CR PI, art. 2 LPM n° 27 ; cf. EUGEN MARBACH, Markenrecht, in : von Büren/David [éd.], Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III/1, 2^e éd. 2009 [ci-après : MARBACH, SIWR], n° 248 *in fine*).

L'expertise évoquée par la recourante vise à déterminer si, sur le marché, le signe en cause est perçu comme une indication de la provenance commerciale des produits concernés. Dès lors, même s'il devait être considéré que la recourante a formulé une réelle offre de preuve au sens de l'art. 33 al. 1 PA (cf. consid. 14.2.1), le Tribunal administratif fédéral devrait renoncer à y donner suite. Il est en effet appelé à n'examiner que de façon abstraite la perception des cercles de consommateurs déterminants.

15.

Il ressort de ce qui précède que, vu l'art. 2 let. a LPM (en lien, notamment, avec l'art. 52 al. 1 let. a de l'ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques [OPM, RS 232.111]), la protection en Suisse de l'enregistrement international n° 1'156'506 "[bouteille] (3D)" doit être refusée pour les produits revendiqués (classe 3). C'est ainsi à juste titre que l'autorité inférieure a rendu la décision attaquée.

Partant, mal fondé, le présent recours est rejeté.

16.

16.1

16.1.1 Les frais de procédure – comprenant l'émolument judiciaire et les débours – sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]).

16.1.2 L'émolument judiciaire est calculé en fonction notamment de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et art. 4 FITAF).

16.1.3 En matière de droit des marques, la valeur litigieuse est difficile à estimer. Elle doit être fixée selon des données empiriques, soit entre Fr. 50'000.– et Fr. 100'000.– (ATF 133 III 490 consid. 3.3 "Turbinenfuss

[3D]" ; arrêt du TAF B-464/2014 du 27 novembre 2014 consid. 6 "PERFORMANCE DRIVEN BY SCIENCE").

16.2 En l'espèce, les frais de procédure, qu'il se justifie d'arrêter à Fr. 3'000.–, doivent être mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 3'000.– versée par la recourante le 14 décembre 2015.

17.

17.1 La partie qui obtient entièrement ou partiellement gain de cause a droit aux dépens pour les frais nécessaires causés par le litige (art. 64 al. 1 PA, en lien avec l'art. 7 al. 1 et 2 FITAF).

17.2

17.2.1 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).

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

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de la procédure de recours, arrêtés à Fr. 3'000.–, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 3'000.– versée par la recourante.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire) ;
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 1156506 ; acte judiciaire) ;
- au Département fédéral de justice et police (acte judiciaire).

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Pierre-Emmanuel Ruedin

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière civile, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 72 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 13 novembre 2017