

# **BVGer B-358/2022 vom 7. Oktober 2024**

Bundesverwaltungsgericht, 2024-10-07, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-358\\_2022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-358_2022)

FR: TAF B-358/2022 du 7 octobre 2024

IT: TAF B-358/2022 del 7 ottobre 2024

## **Regeste**

Opposition

## **Erwägungen**

### **E. 1**

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

#### **E. 1.1**

Le Tribunal 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]).

#### **E. 1.2**

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

#### **E. 1.3**

Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 PA), au délai de recours (art. 22a al. 1 let. c et 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.

#### **E. 1.4**

Le présent recours est ainsi recevable.

### **E. 2**

Selon l'art. 3 al. 1 let. c de la loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques et des indications de provenance (loi sur la protection des marques, LPM, RS 232.11), sont exclus de la protection 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.

### **E. 3**

Dans la mise en oeuvre 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 (arrêt du TAF B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 3.1-3.1.2 "[fig.]/ENAGHR [fig.]").

#### **E. 3.1.1**

La décision attaquée retient que les produits de la classe 9 de la marque opposante sont généralement des produits qui peuvent être destinés à des spécialistes, mais aussi à un large public. Ces produits seraient acquis avec une certaine régularité mais ne seraient toutefois

pas des articles de consommation quotidienne. Ainsi, il serait raisonnable d'admettre qu'ils font l'objet d'un degré d'attention moyen à légèrement élevé de la part du consommateur. Quant aux services de télécommunications de la classe 38, il faudrait relever qu'ils s'adressent principalement à un public privé, consommateur habitué de médias. Toutefois, ces services seraient également utilisés à des fins professionnelles et ainsi destinés à un public spécialisé et professionnel. Il conviendrait dès lors de s'attendre à un degré d'attention et à une capacité de distinction légèrement plus élevée. Enfin, les services contestés en classe 42 s'adressent principalement à un large public qui acquiert ces services avec une certaine régularité, et le degré d'attention est donc évalué comme normal (décision attaquée no IV.D.4).

### **E. 3.1.2**

La recourante part du principe que la décision attaquée a retenu que le public concerné pour les produits et services concernés était (légèrement) élevé (recours no 23).

### **E. 3.1.3**

L'intimée, quant à elle, insiste sur le fait que les services en classe 42 seraient à disposition des utilisateurs du contenu audiovisuel sur internet, s'adresse, de notoriété publique, au consommateur moyen. Il en serait de même pour les services en classe 41, destinés au grand public. Elle en conclut que le degré d'attention du public concerné serait plutôt faible (réponse p. 5).

### **E. 3.2**

Le Tribunal s'en tiendra ici à sa jurisprudence constante selon laquelle les produits et services revendiqués dans les classes 9 et 42 sont spécialement conçus pour un public spécialisé, qui accorde une grande attention lors de l'achat, ainsi que pour le grand public, qui accorde une attention moyenne (arrêts du TAF B-1913/2022 du 7 septembre 2022 "XER/ALEPH ZERO (fig.)" consid. 3, not. 3.4, B-1251/2015 du 5 septembre 2017 "SKY/skybranding" et "SKY TV/skybranding" consid. 5.3, B-4864/2013 du 17 février 2015 consid. 3.2.2 "OMEGA/OU MI JIA [fig.]" et B-5779/2007 du 3 novembre 2008 consid. 4 "LANCASTER"). Il en est de même pour les services en classe 38 (arrêts du TAF B-2729/2019 et B-2732/2019 du 8 février 2023 consid. 3.3.4 et les références citées "GENIUS GROVE [fig.]/ GeniusAcademy [fig.] ; GENIUS BAR/GeniusAcademy [fig.]"). Par conséquent, le Tribunal confirme la décision attaquée sur ce premier point.

### **E. 4.1**

Il convient maintenant de déterminer s'il existe une similarité entre les produits et les services en cause. 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-2208/2016 du 11 décembre 2018 consid. 5.1 "SKY/SKYFIVE", B-5145/2015 du 11 décembre 2017 consid. 6.1.1.1 "The SwissCellSpa EXPERIENCE [fig.]/SWISSCELL" et B-2326/2014 du 31 octobre 2016 consid. 4.1 "[fig.]/ENAGHR [fig.]").

#### **E. 4.2.1**

La décision attaquée retient que les entreprises qui proposeraient des services de partage de photos, vidéos et autre tels qu'à titre d'exemple les réseaux sociaux, sont accessibles via une application, qui est disponible sur des plates-formes mobiles de type iOS, Android et Windows Phone, mais également sur ordinateurs. Il existerait donc clairement un lien fonctionnel entre les "logiciels" de la marque opposante (en classe 9) et les services contestés des marques attaquées (en classe 42). Dans ces conditions, il ne serait pas nécessaire d'examiner si les services contestés sont également similaires avec d'autres produits et services de la marque opposante. Il serait à constater que les produits et services en question sont donc similaires (décision attaquée no IV.B.5 et 6).

#### **E. 4.2.2**

La recourante se range à l'appréciation de l'autorité inférieure (recours no 6).

#### **E. 4.2.3**

L'intimée, sans remettre en cause la décision attaquée sur ce point, conclut que les services revendiqués par les marques opposées seraient fortement similaires du fait de leur nature, de leur but commun, du savoir-faire nécessaire et des liens de complémentarité (réponse p. 6 s.).

#### **E. 4.3**

Appelé à trancher, le Tribunal constate que l'autorité inférieure a affirmé rapidement que les produits de la marque opposante (classe 9) étaient similaires aux services de la marque attaquée (classe 42), Or, la proximité technique ("un lien fonctionnel entre les logiciels et les services contestés" ; décision attaquée no IV.B.5) ne devrait pas suffire pour affirmer la similarité. En l'espèce, la similarité est douteuse, car les offres devraient pouvoir se présenter sur le même marché pour que l'on puisse s'attendre à ce qu'elles proviennent de la même source. Or, la marque attaquée est limitée à des services qui permettent au client d'offrir et de diffuser des informations, alors que la marque opposante n'est revendiquée que pour des appareils électroniques, des services de télécommunications et de divertissement (classes 9, 35, 38 et 41). Il s'agit aujourd'hui plutôt de marchés différents. Quoi qu'il en soit, la question peut rester ouverte en l'espèce, car il s'avèrera que le risque de confusion doit également être nié sans conteste dans la comparaison des signes (consid. 7.3.3 in fine).

#### **E. 5**

Il convient maintenant de déterminer, du point de vue des cercles de consommateurs déterminants (consid. 3.2), s'il existe une similarité entre les signes opposés.

#### **E. 5.1.1**

La similarité entre deux signes est déterminée par l'impression d'ensemble laissée au public (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 (ATF 121 III 377 consid. 2a "BOSS/BOKS" ; Eugen Marbach, Markenrecht, in : Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, vol. III/1, 2e éd. 2009 [ci-après : Marbach, SIWR], no 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 (arrêt du TAF B-2380/2010 du 7 décembre 2011 consid. 7.1.1 "lawfinder/LexFind.ch [fig.]" ; Schlosser/Maradan, in : Propriété intellectuelle, Commentaire romand, 2013 [ci-après : CR PI], art. 3 LPM no 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 "YELLOW/Yellow Access AG" ; ATAF 2014/34 consid. 6.1.1 "LAND ROVER/Land Glider" ; arrêts 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 no 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 (arrêt du TAF B-7442/2006 du 18 mai 2007 consid. 4 "FEEL 'N LEARN/SEE 'N LEARN" ; Marbach, SIWR, no 866 ; Gallus Joller, in : SHK 2017, art. 3 LPM no 128 s.).

### **E. 5.1.2**

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 (ATF 127 III 160 consid. 2b/cc "Securitas" et 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 (Marbach, SIWR, no 875 ; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, in : Markenschutzgesetz, Wappenschutzgesetz, Basler Kommentar, 3e éd. 2017, art. 3 LPM no 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 (ATF 127 III 160 consid. 2b/cc "Securitas" et 122 III 382 consid. 5a "Kamillosan" ; Schlosser/Maradan, in : CR PI, art. 3 LPM no 62).

### **E. 5.2.1**

Limitant son examen à une comparaison verbale (no IV.C 5), la décision attaquée retient que les signes opposés seraient similaires, sur le plan visuel, dans la mesure de leur début identique (CHER-). Sur le plan auditif, la décision attaquée arrive à la conclusion que, selon le sens retenu pour le signe "Cherry", les dictionnaires le répertoriaient comme homonyme de "CHERIE" et que les marques opposées pourraient être identiques, à tout le moins fortement similaires. Au niveau sémantique, la décision attaquée retient que le mot "CHERIE" sera compris par un public francophone comme renvoyant à "tendrement aimé" ou à un terme d'affection. Le signe "CHERRY" serait quant à lui surtout compris comme la traduction anglaise du mot "cerise", comme une liqueur de cerise ou comme un prénom, un pseudonyme ou un patronyme, assez inusuel en Suisse. Le signe TV serait ensuite compris surtout comme l'abréviation de télévision. Associé au signe "CHERRY", il signifierait

"télévision liqueur (de) cerise". La décision attaquée en conclut que les marques en litige ne revêtraient pas la même signification, sans que pour autant l'on puisse en conclure que les sens divergents contrebalancent la similarité sur le plan visuel et auditif (nos IV.C.6 à 12).

### **E. 5.2.2**

La recourante estime que les similitudes phonétiques et visuelles entre les marques opposées sont faibles en raison d'une prononciation et d'une longueur de mot différentes. Le contenu sémantique des deux marques serait entièrement différent (recours no 7). Selon elle, la marque opposante "CHERIE" se prononcerait "chérie" [ e i], alors que les marques attaquées, dans leur partie commune, seraient prononcées [t e i], avec un sifflement prononcé au début du mot. De plus, la prononciation française de la vocale "é" serait différente du "e" de l'anglais. Enfin, les deux "R" du mot "CHERRY" renforcerait l'accentuation de la partie "-RRY" de ce signe. Il en résulterait une claire différence phonétique (recours nos 8, 9 et 14). La recourante insiste sur que le fait que le mot "CHERRY" est compris comme un mot anglais ; elle conteste que l'on puisse comprendre le mot "CHERRY" comme une liqueur en raison des services revendiqués en classe 42 et de la présence du signe final "TV" et ".TV" (recours nos 9 et 10). Elle conteste en particulier que le public concerné comprenne le mot "CHERRY" comme une liqueur, se fondant notamment sur d'autres dictionnaires que celui cité par la décision attaquée (recours nos 11 et 12). Dès lors, il semblerait très douteux que le consommateur moyen en Suisse comprenne le terme "CHERRY" dans le sens d'une liqueur de cerise et le prononce donc avec une intonation modifiée en français (recours nos 11 et 13). Sur le plan graphique, la recourante mobilise l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_178/2021 du 19 juillet 2021 "CANTI/CANTIQUÉ" où il avait été retenu qu'une image visuelle diffère considérablement même si les quatre premières lettres des deux signes étaient identiques (recours no 15). Sur le plan conceptuel, la recourante rappelle que l'autorité inférieure elle-même arrive à la conclusion que le sens des deux marques opposées diffère (recours no 17). Selon elle, des termes différents issus de la langue française et de la langue anglaise s'opposeraient et seraient clairement identifiables en tant que tels par l'utilisateur moyen dans toute la Suisse, car ils font tous deux parties du vocabulaire de base dans les langues respectives (recours no 18). Elle conteste enfin l'appréciation de l'autorité inférieure selon laquelle l'élément "TV/.TV" n'aurait pas d'influence sur la compréhension de l'élément "CHERRY" (recours no 20).

### **E. 5.2.3**

L'intimée, sur les plans auditif et visuel, relève que les signes "CHERIE" et "CHERRY" concordent sur le début des signes, leur consonne centrale [R] et sont très proches dans leur voyelle finale [I/Y]. Du point de vue auditif, les signes en cause seraient identiques sur le nombre de syllabes, ont la même attaque [CHER-], la même consonne centrale [R], la même voyelle finale [IE/Y ] et présentent la même cadence. Conformément à la prononciation selon les dictionnaires de langue française, "cherry" est un homonyme de "chérie". Il en serait de même de beaucoup de francophones prononçant les mots anglais "à la française" (réponse p. 6). La recourante conteste enfin les éléments amenés par la recourante pour conclure à une prononciation différente au titre qu'ils concerneraient la compréhension de ce mot en allemand et non en Suisse francophone (p. 7). Elle continue en soulignant que, pour qu'une signification anglaise puisse être prise en considération pour compenser une similarité optique et acoustique entre deux marques, elle doit être comprise dans toutes les régions linguistiques (p. 7). Elle conclut que cette différence conceptuelle ne

serait en aucun cas perceptible sur le plan phonétique pour le destinataire, notamment francophone. Cela serait particulièrement problématique en l'espèce en relation avec des activités de divertissement radiophonique et musical (p. 8).

### **E. 5.3**

Appelé à se prononcer, le Tribunal va traiter ensemble les deux marques attaquées dès lors que le point, comme on le verra ci-dessous (consid. 5.3.1 s.), ne change en rien la perception d'ensemble de ces signes (consid. 7). Il retient ce qui suit.

#### **E. 5.3.1**

D'un point de vue graphique, la marque opposante comprend les six lettres du mot "CHERIE". Quant aux marques attaquées, elles se composent des huit lettres qui forment les signes "CHERRYTV", respectivement "CHERRY.TV". Les deux marques attaquées se distinguent seulement par un point séparant (ou non) les lettres "CHERRY" et "TV". Les marques opposées présentent donc une similarité graphique dans la seule mesure des quatre lettres "CHER-" situées en leurs débuts.

#### **E. 5.3.2**

D'un point de vue sémantique, le signe opposant "CHERIE" sera compris comme "chérie", qui signifie "tendrement aimée" ou qui est un surnom affectueux (Dictionnaire Le Robert, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/cheri>, consulté le 15 juillet 2024). Cette constatation vaut non seulement pour le public francophone, dès lors que ce mot est issu de la langue française, mais aussi par une grande partie des publics germanophone et italophone, dès lors que ce mot fait partie du vocabulaire de base, étudié durant la scolarité obligatoire. Quant aux signes attaqués, ils sont composés de deux parties reconnaissables, avec ou sans le point. En effet, les deux parties ont une signification qui ressort clairement de sorte que l'absence du point ne nuit pas à leur reconnaissance et donc à leur compréhension. La première partie est "CHERRY". Selon la jurisprudence, le vocabulaire de base de la langue anglaise est connu (ATF 125 III 193 consid. 1c "Budweiser" ; arrêts du TAF B-8058/2010 du 27 juillet 2011 consid. 3.2 "Ironwood", B-2125/2008 du 15 mai 2009 consid. 2.1 "Total Trader" et B-5518/2007 du 18 avril 2007 consid. 4.2 et 7 "Peach Mallow"). Ce mot sera donc compris, en Suisse, comme le mot anglais signifiant "cerise" (Dictionnaire Pons, <https://fr.pons.com/traduction/anglais-fran%C3%A7ais/cherry?bidir=1>, consulté le 15 juillet 2024) ou éventuellement un patronyme ou un prénom anglais. Cependant, le mot "cherry" est passé dans les langues allemande et française pour faire référence à une liqueur de cerise (pour l'allemand : Dictionnaire Duden, [https://www.duden.de/rechtschreibung/Cherry\\_Brandy](https://www.duden.de/rechtschreibung/Cherry_Brandy) ; pour le français : Dictionnaire Le Robert, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/cherry>, consultés le 15 juillet 2024). Ce mot ne doit pas être confondu avec le mot "sherry" qui évoque le nom donné par les Anglais au xérès (Jeres, ville espagnole située dans le sud de l'Andalousie, dans la province de Cadix et par extension au vin blanc sec, apéritif de la région de Jerez ; Dictionnaire Le Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/sherry/72531>, consulté le 15 juillet 2024). Cette seconde compréhension est cependant moins plausible. Tout d'abord, le mot anglais est plus facilement détectable dans un public habitué aux anglicismes dans le monde de la consommation. Surtout, le mot "cherry" est plus rare que le mot "sherry" pour désigner une boisson alcoolisée. De la même façon, le patronyme et le prénom "Cherry" sont rarissimes en Suisse. Le Tribunal retient donc, contrairement à l'autorité inférieure, que le mot "CHERRY" sera compris comme une référence à une cerise. La seconde partie est

"TV". Même dans la marque attaquée no 2 où ces lettres ne sont pas séparées des lettres "CHERRY" par un point, ces deux lettres sont comprises partout en Suisse comme l'abréviation du mot "télévision" ou "téléviseur", c'est-à-dire une institution télévisuelle ou à un appareil de télédiffusion (Dictionnaire Le Robert, <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/tv>, consulté le 15 juillet 2024). Dès lors que l'on retient que les lettres "TV" sont prises comme l'abréviation de télévision ou de téléviseur, les mots "CHERRYTV" et "CHERRY.TV" signifient la "cerise télévision". Par extension, on imaginera une télévision au goût de cerise ou en forme de cerise. Par conséquent, une similarité sémantique est exclue, car l'on ne détecte aucune correspondance entre, d'une part, un être "tendrement aimé" ou un "surnom" et, d'autre part, une télévision au goût ou en forme de cerise.

### **E. 5.3.3**

Compte tenu de l'analyse sémantique qui précède, il est possible de faire les considérations phonétiques suivantes. La marque opposante est composée de deux syllabes / e. i/ (ché-ri), prononcées plus ou moins de la même manière et à la même cadence selon la région linguistique. Le mot est en effet connu, comme un surnom affectif, dans toute la Suisse (consid. 5.3.2). Si l'on rappelle que le public concerné voit dans les marques attaquées et le mot "CHERRY" un mot anglais (consid. 5.3.2), la prononciation correcte serait / t e i/ (tche-ri) (Dictionnaire Cambridge, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/cherry>, consulté le 15 juillet 2024), laquelle est pertinente (arrêt du TAF B-6046/2008 du 3 novembre 2010 consid. 6.2.2 "R Rothmans [fig.]/Roseman Crown Agencies KING SIZE [fig.]"). La première syllabe différencierait alors de celle de la marque opposante sans s'en éloigner totalement. En effet, la prononciation des lettres "ch" en / t / et non / /, résulte d'une affrication. Cela signifie qu'elle est produite en empêchant d'abord l'air de passer, puis le relâchant à travers une voie étroite, causant de la turbulence, c'est-à-dire une articulation d'une même consonne en deux phases, et non de l'ajout d'une autre consonne (sur cette notion : Encyclopédie Wikipedia, [https://fr.wikipedia.org/wiki/Consonne\\_affriqu%C3%A9e\\_alv%C3%A9olaire\\_sourde](https://fr.wikipedia.org/wiki/Consonne_affriqu%C3%A9e_alv%C3%A9olaire_sourde), consulté le 15 juillet 2024). Il n'y a donc ici pas d'homonymie, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure. Dans tous les cas, s'ajouteront les deux syllabes /te/ et /ve/ pour arriver à quatre syllabes en tout. Il y a donc une lointaine similarité sonore dans la mesure de la fin de la première syllabe et de la seconde syllabe.

### **E. 5.3.4**

Enfin, le Tribunal retient une similarité graphique dans la seule mesure de lettres "CHER-" et, quoique lointaine, phonétique entre la marque opposée et les marques attaquées. Il nie en revanche toute similarité conceptuelle.

## **E. 6**

En vue de l'examen du risque de confusion entre les marques en cause (consid. 7), il convient encore de déterminer l'étendue du champ de protection de la marque opposante.

### **E. 6.1.1**

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 (arrêt du TF 4A\_207/2010 du 9 juin 2011 consid. 5.1 "RRSW Rama Swiss

Watch [fig.]/RAM Swiss Watch AG" ; Marbach, SIWR, no 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 (ATF 122 III 382 consid. 2a "Kamillosan" ; arrêt du TAF B-1077/2008 du 3 mars 2009 consid. 6 "SKY/SkySIM").

### **E. 6.1.2**

Pour juger si un signe est descriptif (et donc faible), il convient de déterminer, en lien avec les produits et/ou les services auxquels il est destiné (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 imaginatif 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 "OSCILLOCCINUM/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").

### **E. 6.2.1**

Selon la décision attaquée, les produits et services de la marque opposante qui ont été jugés similaires aux services des marques attaquées ne présenteraient pas de contenu thématique et le signe ne peut donc pas constituer une indication descriptive. Pour tous les services pour lesquels le signe opposant bénéficie de la protection, le terme "chérie" utilisé seul serait perçu comme un substantif signifiant "chouchou". Dans ce sens, il serait trop subjectif pour décrire un contenu précis. La marque opposante disposerait par conséquent d'une force distinctive et d'un champ de protection normaux en relation avec les services à prendre en considération (décision attaquée no IV.D.6). La décision attaquée dénie en revanche à la marque opposante un champ de protection accru. La marque opposante a déposé devant l'autorité inférieure plusieurs pièces évoquant le réseau de radios locales françaises "Cherie FM". La décision attaquée retient qu'il n'y pas de relation entre les pièces déposées et la Suisse. Les pièces relatives à la marque "Cherie" ne donneraient pas d'indication sur le degré de connaissance de cette marque.

### **E. 6.2.2**

L'intimée allègue en procédure de recours que la marque opposante a une force distinctive et un champ de protection normaux en relation avec les services qu'elle revendique (réponse p. 8). Elle allègue ensuite disposer d'un plus grand champ de protection au moins dans la partie francophone de Suisse. Elle avance que les statistiques d'écoute de "Cherie FM" depuis la Suisse, ainsi que les statistiques de visites du site internet <http://www.cheriefm.fr> et des applications "Cherie FM" en Suisse, montrent que le trafic est non négligeable et le public suisse voit, entend et donc connaît la marque "CHERIE". Il en serait de même des ventes de coffrets de CD compilations de chansons sous la marque "CHERIE" (p. 9).

### **E. 6.2.3**

Au stade de la réplique, la recourante ne revient pas sur la question du champ de protection. Dans son recours, elle avait simplement rappelé la décision attaquée pour estimer que la force distinctive de la marque opposante était au plus normale (no 22).

### **E. 6.3**

Le Tribunal constate avec l'autorité inférieure que le mot "CHERIE" compris comme un adjectif signifiant "tendrement aimé" ou comme un surnom affectif (consid. 5.3.2) est sans rapport avec les services revendiqués, à savoir des services de l'audiovisuel. N'étant pas descriptif, le signe confère à la marque opposante une force distinctive et un champ de protection normaux. Un champ de protection accru doit être refusé à la marque opposante. En effet, les pièces fournies par l'intimée devant l'autorité inférieure et devant le Tribunal concernent la marque "Cherie FM", éventuellement dans sa version figurative, et non la marque "CHERIE". Or, la marque qui revendique une protection plus étendue doit être utilisée telle qu'elle a été enregistrée (arrêts du TAF B-5659/2018 du 15 avril 2020 consid. 6.1.3.4 "RICHARD MILLE/Richard Man (fig.)" et B-3162/2010 du 8 février 2012 consid. 6.5.1 "5TH AVENUE [fig.]/AVENUE [fig.]"). Par conséquent, même si l'intimée avait démontré une audience importante en Suisse (audimat), ou une présence forte en magasin (CD de compilations musicales), cela n'aurait pas concerné la marque opposante, mais une autre marque. Autrement dit, elle a bien échoué à démontrer que la marque "CHERIE" est connue et au bénéfice d'un champ de protection accru.

### **E. 7**

Vu la similarité entre les signes opposés (consid. 5.3.4), il faut maintenant déterminer s'il existe un risque de confusion, compte tenu du champ de protection normal de la marque opposante (consid. 6.3) et du degré d'attention des consommateurs visés (consid. 3.2).

#### **E. 7.1.1**

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 (art. 6 LPM).

#### **E. 7.1.2**

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).

#### **E. 7.1.3**

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 ; ATF 128 III 441 consid. 3.1 "Appenzeller", ATF 119 II 473 consid. 2c "Radion" et 122 III 382 consid. 1 "Kamillosan").

#### **E. 7.1.4**

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 (ATF 122 III 382

consid. 1 "Kamillosan"). Il convient ainsi de prendre en considération la similarité aussi bien des signes (consid. 5) que des produits ou des services pour lesquels ils sont enregistrés (consid. 4). 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 (arrêt du TAF B-4260/2010 du 21 décembre 2011 consid. 5.1 "Bally/BALU [fig.]" ; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, op. cit., art. 3 LPM no 154). Entrent également en ligne de compte le degré d'attention dont font preuve les destinataires des produits ou des services en cause (consid. 3 ; 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. 6).

### **E. 7.2.1**

A la lecture de la décision attaquée, les marques attaquées présenteraient deux éléments verbaux, à savoir "CHERRY" et "TV". Comme constaté précédemment par l'autorité inférieure (consid. 5.2.1), l'élément "TV" (respectivement ".TV") signifierait télévision et serait perçu comme tel par les destinataires des services à prendre en considération. Dans ce sens et en lien avec les services pour lesquels ces marques sont protégées en Suisse, cet élément constituerait un renvoi évident à l'objet des services, à savoir des programmes télévisés diffusés en streaming. L'élément caractéristique principal et prédominant des signes attaqués serait par conséquent l'élément "CHERRY", qui est, sur le plan phonétique, prononcé de façon identique (ou fortement similaire) à l'unique élément verbal distinctif de la marque opposante. Il serait donc fort probable que les destinataires, en tenant compte qu'ils ne perçoivent pas les deux signes en même temps et ne conserveraient ainsi qu'un vague souvenir de la marque antérieure, ne discerneraient pas de différence entre les marques en litige. Dans ces conditions, même en tenant compte d'un degré d'attention normal à légèrement plus élevé, les différences constatées entre les signes, notamment sur le plan sémantique, ne seraient pas suffisamment significatives dans l'impression d'ensemble pour permettre d'exclure le risque de confusion. Il ne serait en outre pas exclu qu'une partie du public remarque certes une différence entre les signes en raison de l'adjonction de l'élément "TV" respectivement ".TV", mais qu'il est soit amené à penser que les marques attaquées constituent des variantes de la marque de base ou une marque de série et en déduire, en voyant les marques attaquées, qu'il s'agit du même titulaire que l'opposante ou d'un titulaire qui lui est lié (risque de confusion indirect ; décision attaquée no III.D.11).

### **E. 7.2.2**

La recourante fait valoir que, dans le cas présent, en raison de l'attention moyenne à élevée des consommateurs visés, il n'y a pas lieu de poser des exigences trop élevées quant à la différence entre les signes. L'étendue de la protection de la marque de la recourante (marque opposante) devrait être qualifiée de moyenne. Les éléments pertinents de la marque seraient tout au plus modérément similaires sur le plan visuel, mais se distingueraient sur le plan phonétique (en particulier, la cadence de prononciation des éléments de la marque CHERIE et CHERRY qui se font face n'est pas identique). Il conviendrait toutefois d'attirer l'attention sur les différences significatives de sens qui s'imposent inévitablement à l'observateur. Il en résulterait globalement des différences pertinentes et marquées entre les marques, qui rendent improbable un risque de confusion tant indirect que direct (recours no 31).

### **E. 7.2.3**

Selon l'intimée enfin, rappelant la forte similarité des services concernés, la forte similarité voire l'identité sur le plan auditif plaiderait pour l'existence d'un risque de confusion. La différence sémantique, en anglais, des marques attaquées ne serait pas perceptible pour tous les destinataires concernés et ne neutraliserait pas manifestement les fortes similitudes constatées (réponse p. 9). Dans le cas où le consommateur serait en mesure de percevoir les différences qui existent entre les signes, il pourrait facilement penser à une variante de la marque de base ou à une série de marque (risque de confusion indirect ; réponse p. 10).

### **E. 7.3**

Appelé à se prononcer, le Tribunal retient ce qui suit.

#### **E. 7.3.1**

Il est vrai que l'on a pu constater une similarité, lointaine, des signes (consid. 5.3.4). Quand bien même le degré d'attention des consommateurs est moyen à élevé (consid. 3.2) et le champ de protection de la marque opposante normal (consid. 6.3), cela n'entraîne pas nécessairement un risque de confusion (dans ce sens : arrêt du TAF B-7106/2014 du 24 avril 2017 consid. 7.4 "F1 [fig.]/FiOne [fig.]"). De même, le simple fait que les deux marques coïncident sur un élément ne permet pas de conclure obligatoirement à l'existence d'un risque de confusion (arrêt du TAF B-362/2016 du 13 septembre 2017 consid. 7.2 "Doña Esperanza/Alejandro Fernandez, Esperanza" ; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, op. cit., art. 3 LPM no 43).

#### **E. 7.3.2**

De plus, un contenu sémantique différent peut compenser une proximité optique ou acoustique existante entre deux signes distinctifs (arrêts du TAF B-3769/2022 du 31 janvier 2024 consid. 2.5 "FOCUS/FOCO", B-7057/2016 du 4 mai 2018 consid. 8.2 "7seven [fig.]/Sevenfriday", B-6099/2013 du 28 mai 2015 consid. 5.2.1 "Carpe diem/Carpe noctem" et B-4772/2012 du 12 août 2013 consid. 5.4.2 "Mc [fig.]/MC2 [fig.]"). Ce qui est déterminant, c'est que le sens différent soit immédiatement et sans grand effort reconnu dans toutes les régions linguistiques de Suisse (arrêts du TAF B-3769/2022 du 31 janvier 2024 consid. 2.5 "FOCUS/FOCO", B-7768/2015 du 4 décembre 2017 consid. 8.4 "Capsa/CUPSY (fig.)" et B-259/2012 du 27 mars 2013 consid. 6.2 "Focus/AbaFocus" ; Städeli/Brauchbar Birkhäuser, op. cit., art. 3 LPM no 81 ; Joller, op. cit., art. 3 n. 182). Les contenus sémantiques marquants qui s'imposent immédiatement à la conscience lors de l'écoute et de la lecture dominant aussi régulièrement l'image mémorielle. Si une marque verbale présente un tel contenu sémantique qui ne se retrouve pas dans l'autre marque, il est moins probable que le public acheteur se laisse tromper par une sonorité ou une graphie similaire (ATF 121 III 377 consid. 2b et c "Boss/Boks").

#### **E. 7.3.3**

En l'espèce, le Tribunal a déjà constaté qu'il existe des similarités visuelles et sonores, bien que limitées et lointaines (consid. 5.3). Il reste à voir si une différence conceptuelle pourrait écarter un risque de confusion. Or, dans toutes les parties linguistiques de la Suisse, et sans aucun doute en Suisse romande, le mot "CHERIE" sera compris comme un être aimé ou un adjectif dans ce sens (consid. 5.3.2), le mot "CHERRY" comme signifiant "cerise" en anglais et le mot "TV" comme une référence à la télévision (appareil ou média). Ces attributions sont immédiates et ne nécessitent aucun effort de réflexion, même si la conjonction en l'espèce (une télévision au goût de [liqueur] de cerise ou en forme de cerise) revêt un caractère insolite. Dans les marques attaquées, la terminaison "TV" est descriptive

des services revendiqués (consid. 5.3.2). Même si, selon la pratique, elle ne marquera que faiblement l'impression d'ensemble, il n'y a pas de raison de les ignorer totalement. Elles éloigneront, ne serait-ce qu'un peu plus, le risque de confusion avec le signe opposant qui ne les contient pas. On est donc face à une différence sémantique radicale entre un être aimé et une télévision au goût de (liqueur) de cerise ou en forme de cerise. En l'absence de toute analogie thématique, les similarités graphique et phonétique, déjà limitées et lointaines, sont largement compensées et une confusion peut être écartée en l'espèce dans l'esprit du consommateur moyen.

#### **E. 7.3.4**

Ce n'est pas sans raison que la recourante mobilise l'arrêt du Tribunal fédéral 4A\_178/2021 du 19 juillet 2021 "CANTI/CANTIQUE" à l'appui de son recours. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait nié le risque de confusion entre les marques opposées, revendiquant toutes deux des vins et boissons alcoolisées. Cet arrêt soulignait les différences visuelles, sonores et sémantiques entre les deux marques (consid. 3.2). Il constatait notamment que les marques présentaient une différence de sonorité marquante, même si la comparaison est effectuée au sein du même groupe linguistique (consid. 3.2.2). Il relevait surtout que le signe "CANTIQUE" avait une connotation religieuse et signifiait notamment un "chant religieux", alors que le mot "CANTI" était une forme conjuguée du verbe italien "cantare" (consid. 3.2.3). On peut rapprocher ce cas de l'espèce. En effet, même si le Tribunal fédéral avait nié sans autre une similarité graphique, les deux marques, comme en l'espèce, débutaient par les mêmes lettres et ne différenciaient que dans leur terminaison. En revanche, leurs sens s'éloignaient totalement comme pour les marques ici opposées.

#### **E. 8**

Vu l'absence de risque de confusion entre les marques en cause (consid. 7), c'est à tort que la décision attaquée a admis les oppositions nos 101'660 et 101'663. La question de la similarité des produits et services est par ailleurs douteuse et laissée ouverte (consid. 4.3). Le recours doit dès lors être admis et la décision attaquée est modifiée afin que ces deux oppositions soient totalement rejetées. Il convient également d'ordonner à l'autorité inférieure d'émettre, pour les marques attaquées, une déclaration d'octroi de la protection selon la règle 18ter ch. 2)i) du Règlement d'exécution commun du 18 janvier 1996 à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques et au protocole relatif à cet arrangement (Règlement d'exécution commun, RS 0.232.112.21) admettant tous les services encore revendiqués des enregistrements internationaux no 1'535'115 "CHERRY.TV" et no 1'536'594 "CHERRYTV (fig.)".

#### **E. 9**

Il reste à statuer sur les frais et les dépens de la procédure de recours et devant l'autorité inférieure.

#### **E. 9.1**

En règle générale, les frais de procédure - comprenant l'émolument judiciaire (art. 63 al. 4bis 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]) et les débours - sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 in limine PA ; art. 1 al. 1 FITAF). Aucun frais de procédure n'est en effet mis à la charge des autorités inférieures (art. 63 al. 2 in limine PA). En l'espèce, il se justifie d'arrêter à 4'500 francs le montant des frais de la procédure de recours (ATF 133 III 490 consid. 3.3 "Turbinenfuss [3D]"). Vu le

sort du recours, il convient de mettre ce montant à la charge de l'intimée, qui succombe (art. 63 al. 1 in limine PA). Ce montant devra être versé sur le compte du Tribunal dans les 30 jours qui suivent l'expédition du présent arrêt. Quant à l'avance de frais de 4'500 francs versée par la recourante durant l'instruction, elle lui est restituée.

### **E. 9.2**

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 ; art. 7 al. 1 et 2, art. 8, art. 9 al. 1, art. 10 al. 1 et 2 et art. 14 FITAF). En l'espèce, la recourante, qui obtient entièrement gain de cause (consid. 8) et qui est représentée par un avocat, a droit à des dépens pour la procédure de recours. L'intervention de l'avocat de la recourante consiste, pour l'essentiel, en le dépôt du recours de 11 pages (consid. B), d'une réplique de 5 pages (consid. E) et d'une triplique spontanée de 6 pages (consid. G). A défaut de décompte fourni par la recourante, il convient de fixer les dépens sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). 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, il se justifie de fixer à 5'000 francs le montant des frais de représentation nécessaires à la défense des intérêts de la recourante dans le cadre de la présente procédure de recours et de mettre cette somme à la charge de l'intimée (art. 64 al. 1 et 3 PA ; art. 7 al. 1 FITAF ; arrêt du TAF B-5145/2015 du 11 décembre 2017 consid. 15.2.1.2 "The SwissCellSpa EXPERIENCE [fig.]/SWISSCELL"). Vu qu'elle succombe (consid. 8), l'intimée n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA ; art. 7 al. 1 FITAF). Quant à l'autorité inférieure, elle n'a pas non plus droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

### **E. 9.3**

Il s'agit encore de tirer les conclusions de l'admission du présent recours sur la répartition des frais et des dépens dans la procédure d'opposition devant l'autorité inférieure. Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure a "mis à la charge de la partie défenderesse [recourante] le paiement à la partie opposante [intimée] de 4'000 francs à titre de dépens (y compris le remboursement de la taxe d'opposition)" (ch. 5 du dispositif de la décision attaquée ; consid. A.f). Vu que les oppositions doivent être totalement rejetées (consid. 8), il convient de laisser à la charge de la partie opposante (intimée) le paiement de la totalité des deux taxes d'opposition (1'600 francs) et, dès lors, de ne pas imposer à la partie défenderesse (recourante) leur remboursement à la partie opposante (intimée). Il faut par ailleurs mettre à la charge de la partie opposante (intimée) le paiement en faveur de la partie défenderesse (recourante) d'un montant de 2'400 francs à titre de dépens (art. 34 LPM). En effet, la procédure devant l'autorité inférieure a nécessité deux échanges d'écritures (décision attaquée no IV.4) dans chacune des procédures d'opposition. Les deux procédures d'opposition étant fortement connexes, comme l'autorité inférieure l'avait fait, il convient de ne compter qu'une fois les dépens. Selon la pratique de l'autorité inférieure, il est alloué une indemnité de 1'200 francs par échange d'écritures ordonné (Directives en matière de marques, état au 1er janvier 2024, Partie 1, no 7.3.2.2, disponibles à l'adresse <https://www.ige.ch/fr/prestations/documents-et-liens/marques>, consultées le 15 juillet 2024). Le ch. 5 du dispositif de la décision attaquée est dès lors modifié en ce sens, le ch. 4 du dispositif de la décision attaquée, relatif à la conservation de la taxe d'opposition à l'autorité inférieure, demeurant quant à lui inchangé. Il en est de même pour le ch. 1 qui concernait l'annulation d'une première décision entachée d'erreurs formelles (consid. A.e et A.f).

**E. 10**

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.