

# **BVGer B-5341/2015 vom 29. September 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-09-29, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_B-5341\\_2015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-5341_2015)

FR: TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017

IT: TAF B-5341/2015 del 29 settembre 2017

## **Regeste**

Motifs absolus d'exclusion

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

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

### **E. 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]).

### **E. 1.3**

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

#### **E. 1.4.1**

Par courrier adressé au Tribunal administratif fédéral le 14 septembre 2015, l'autorité inférieure indique que ses décisions basées sur des motifs absolus ne sont pas envoyées par courrier recommandé et qu'elle ne peut donc pas établir la date de notification de la décision attaquée.

#### **E. 1.4.2**

Dans ces conditions, il convient de retenir que, comme l'allègue la recourante (recours, p. 6 et 7 ; cf. courrier adressé au TAF par la recourante le 14 septembre 2015, p. 1), la décision attaquée du 29 juin 2015 lui a été notifiée le 1er juillet 2015 (ATF 136 V 295 consid. 5.9 ; Patricia Egli, in : Waldmann/ Weissenberger [éd.], Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz [VwVG], 2e éd. 2016, art. 20 PA no 18). Remis à La Poste Suisse le 1er septembre 2015, le présent recours a dès lors été déposé à temps (cf. art. 50 al. 1 PA, en lien avec l'art. 20 al. 1 PA, l'art. 21 al. 1 PA et l'art. 22a al. 1 let. b PA).

### **E. 1.5**

Les dispositions relatives à la représentation (art. 11 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. 1.6**

Le présent recours est ainsi recevable.

### **E. 2.1**

A l'instar de la Suisse, l'Allemagne 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).

#### **E. 2.2.1**

Vu que, comme la Suisse, l'Allemagne 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. 9sexies ch. 1 let. a et b PAM ; arrêt du TAF B-5182/2015 du 1er février 2017 consid. 2.1 "élément de prothèse [3D]").

#### **E. 2.2.2**

En l'espèce, l'extension de l'enregistrement international no 1'160'408 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK (3D)" a été notifiée à l'autorité inférieure le 30 mai 2013 (cf. consid. A.a). Par sa notification de refus provisoire total (sur motifs absolus) du 28 mai 2014 (cf. consid. A.b.a) envoyée le 30 mai 2014 (cf. courrier de l'OMPI du 18 juin 2014 [annexe 4 jointe au recours]), l'autorité inférieure respecte donc le délai d'une année.

#### **E. 2.3**

Le motif de refus prévu par l'art. 6quinquies 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 1er février 2017 consid. 2.2 "élément de prothèse [3D]").

#### **E. 3**

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).

#### **E. 4.1.1**

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).

#### **E. 4.1.2**

La jurisprudence distingue deux types de signes tridimensionnels.

#### **E. 4.1.2.1**

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 no 80).

#### **E. 4.1.2.2**

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 no 79).

#### **E. 4.2**

En l'espèce, l'enregistrement international no 1'160'408 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK (3D)" porte sur un signe tridimensionnel qui représente un "instrument d'écriture" (cf. consid. A.a.a.-A.a.a.b). Il est destiné à divers "Instruments d'écriture" appartenant à la classe 16 (cf. consid. A.a.b). Il concerne dès lors un signe tridimensionnel au sens étroit (cf. consid. 4.1.2.1 ; arrêt du TAF B-5182/2015 du 1er février 2017 consid. 5.1 "élément de prothèse [3D]").

#### **E. 5**

Ce sont avant tout les motifs absolus d'exclusion prévus par l'art. 2 let. a LPM (consid. 5.1) et l'art. 2 let. b LPM (consid. 5.2) qui sont susceptibles d'exclure de la protection un signe tridimensionnel au sens étroit.

#### **E. 5.1**

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.

#### **E. 5.1.1**

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).

#### **E. 5.1.2.1**

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).

#### **E. 5.1.2.2**

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 no 24).

#### **E. 5.1.2.3**

A noter que, si la force distinctive s'apprécie au regard de la perception des cercles de consommateurs déterminants (cf. consid. 5.1.4.1), 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 no 23).

#### **E. 5.1.3**

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).

#### **E. 5.1.4.1**

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 (arrêts du TAF B-5182/2015 du 1er 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).

#### **E. 5.1.4.2**

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 1er février 2017 consid. 3.2 et 5 "élément de prothèse [3D]" et B-570/2008 du 15 mai 2009 consid. 2.3 "Zigaretenschachtel [3D]" ; Meier/ Fraefel, in : CR PI, art. 2 LPM no 94).

#### **E. 5.1.5.1**

Sous réserve du fait qu'ils doivent respecter l'art. 2 let. b LPM (consid. 5.2), 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]").

#### **E. 5.1.5.2**

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 1er février 2017 consid. 3.1 "élément de

prothèse [3D]" et B-7400/2006 du 5 juin 2007 consid. 2 "SILK CUT [3D]".

### **E. 5.1.5.3**

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 1er 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 la forme habituelle et attendue 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 1er février 2017 consid. 3.1 "élément de prothèse [3D]").

### **E. 5.1.5.4**

Il ne faut enfin 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 1er février 2017 consid. 3.1 "élément de prothèse [3D]" ; cf. ATF 120 II 307 consid. 3b "The Original [3D]").

### **E. 5.2**

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.

### **E. 6.1**

En vue de l'examen du signe tridimensionnel en cause sous l'angle de l'art. 2 let. a LPM, il convient, dans un premier temps, de définir les cercles de consommateurs déterminants (cf. consid. 5.1.4.1).

### **E. 6.2**

Les "Instruments d'écriture" (classe 16) revendiqués en l'espèce (cf. consid. A.a.b) s'adressent tant au grand public - qui fait preuve d'un degré d'attention relativement faible - qu'au spécialiste de la branche - qui fait preuve d'un degré d'attention accru (cf. ATF 137 III 403 consid. 3.3.6 in limine "Wellenverpackung [3D]" ; arrêts du TAF B-4697/2014 du 16 décembre 2016 consid. 5.4 "Apotheken Cockpit", B-5179/2012 du 20 mai 2014 consid. 4

"TIVO/ tivù sat HD [fig.]", B-3556/2012 du 30 janvier 2013 consid. 5 "TCS/ TCS" et B-5480/2009 du 15 mars 2011 consid. 5 "Milanello [fig.]").

#### **E. 7.1.1**

Dans la décision attaquée, par laquelle elle refuse la protection en Suisse du signe tridimensionnel en cause en application de l'art. 2 let. a LPM, l'autorité inférieure retient en particulier que ce signe ne se distingue pas suffisamment des formes usuelles du segment de produits en cause (cf. consid. A.c.b).

#### **E. 7.1.2**

A ce sujet, la recourante soutient que les extraits de recherches sur lesquels l'autorité inférieure base, dans la décision attaquée, son analyse du signe tridimensionnel en cause ne reflètent en rien les résultats complets des recherches, qu'ils sont très orientés et qu'ils ne représentent absolument pas les formes usuelles des objets concernés (recours, p. 9 ; réplique, p. 4).

#### **E. 7.2.1**

Dans la décision attaquée, l'autorité inférieure se réfère en effet à des "[e]xtraits" issus de "recherches effectuées sur le moteur de recherche 'Google' [...]" (décision attaquée, p. 3 et 4-5). Ces moyens de preuve illustrent, au total, une dizaine de modèles d'instruments d'écriture (cf. annexes 1-6 jointes à la décision attaquée).

##### **E. 7.2.2.1**

C'est manifestement en raison des nombreuses similitudes qu'ils présentent avec le signe tridimensionnel en cause que ces modèles ont été sélectionnés par l'autorité inférieure. Ils ont en effet tous, à l'instar du signe tridimensionnel en cause (cf. consid. 9.1), une forme globale allongée et légèrement bombée, des extrémités plutôt arrondies, un clip et un ou plusieurs anneaux. De tels éléments tendent ainsi à démontrer que le signe tridimensionnel en cause appartient au domaine public (cf. consid. 9.2.1.2 et 9.2.3).

##### **E. 7.2.2.2**

L'autorité inférieure ne saurait toutefois être suivie lorsque, en se référant à cette sélection de moyens de preuves (cf. consid. 7.2.1), elle affirme que le segment de produits concerné "présente une grande diversité de formes" (décision attaquée, p. 3). En effet, vu que, de toute évidence, ces modèles ont été sélectionnés en raison de leurs similitudes avec le signe tridimensionnel en cause (cf. consid. 7.2.2.1), il peut difficilement être soutenu qu'ils établissent une grande diversité de formes dans le domaine des instruments d'écriture. Il existe certes des différences entre les modèles sélectionnés par l'autorité inférieure. Elles découlent toutefois avant tout des matériaux et des couleurs utilisés, qui ne sont pas des caractéristiques tridimensionnelles, mais doivent être qualifiés d'éléments bidimensionnels apposés sur la surface des signes tridimensionnels concernés (cf. consid. 10.1). Force est dès lors de constater que, dans une perspective purement tridimensionnelle, les modèles sélectionnés par l'autorité inférieure ne sont guère différents les uns des autres et ne permettent donc pas de conclure à l'existence d'une grande diversité de formes.

##### **E. 7.2.3.1**

Il convient de rappeler ici que l'art. 2 let. a LPM exclut de la protection les signes tridimensionnels au sens étroit qui ne se distinguent pas de manière claire de la forme habituelle et attendue des produits du domaine en cause. Le degré de diversité des formes

dans le secteur concerné joue ainsi un rôle important (cf. consid. 5.1.5.3).

#### **E. 7.2.3.2**

Dans ses Directives (qu'elle expose pourtant dans la décision attaquée [p. 2]), l'autorité inférieure indique d'ailleurs que "[...] lors de l'examen d'une demande d'enregistrement, il faut dans un premier temps définir les formes banales dans le domaine des produits ou services revendiqués en se fondant sur les formes de produits et d'emballages utilisées couramment dans les catégories en question. [...] Ensuite, il faut déterminer dans quelle mesure la forme examinée, en se basant sur l'impression générale qui s'en dégage, s'écarte des formes banales, précédemment définies, du domaine concerné" (IPI, Directives en matière de marques [cf. <https://www.ige.ch/fr/prestations/services-en-ligne-et-centre-de-telechargement/marques.html> , consulté le 01.09.2017], version du 1er janvier 2017, Partie 5, ch. 4.12.5.1).

#### **E. 7.2.3.3**

Force est dès lors d'admettre que, en vue de déterminer si un signe tridimensionnel au sens étroit est ou non exclu de la protection par l'art. 2 let. a LPM, il est nécessaire, dans un premier temps, d'établir la forme habituelle et attendue des produits du domaine en cause (consid. 8.1-8.2), en Suisse (consid. 8.4), au moment de la décision portant sur l'enregistrement du signe (consid. 8.3).

#### **E. 8.1.1**

Il s'avère que, dans le cadre de la procédure qui l'a conduite à rendre la décision attaquée, l'autorité inférieure s'est en particulier appuyée sur divers résultats de recherches effectuées sur Internet le 2 février 2015 (annexes 1-6 jointes à la prise de position de l'autorité inférieure du 2 février 2015 [pièce 4 du dossier de l'autorité inférieure] ; cf. réponse, p. 3 [nos 4 et 7]).

#### **E. 8.1.2**

Il doit être retenu que ces nombreuses illustrations - récoltées au moyen des mots-clés "stylo", "instruments d'écriture", "stylo à bille" et "stylo anneau" (cf. prise de position de l'autorité inférieure du 2 février 2015 [pièce 4 du dossier de l'autorité inférieure], p. 4-5) - constituent une base solide pour déterminer quelles sont les formes utilisées couramment dans le domaine des produits concernés ("Instruments d'écriture, en particulier stylos à encre, stylos à bille à encre liquide, stylos à bille, marqueurs, stylos." [classe 16] ; cf. consid. A.a.b).

#### **E. 8.2.1.1**

Ces recherches de l'autorité inférieure permettent tout d'abord de mettre en évidence le fait que les produits en cause ont pratiquement tous une forme globale de cylindre allongé. Par ailleurs, la quasi-totalité des modèles présente au moins une extrémité qui va en s'amincissant (et est dès lors plus ou moins pointue) ainsi qu'un clip. Enfin, de nombreux modèles portent un ou plusieurs anneaux.

#### **E. 8.2.1.2**

La recourante ne saurait donc être suivie lorsqu'elle affirme que de telles caractéristiques ne sont pas des éléments usuels sur le marché (réplique, p. 4). D'ailleurs, tant les images sélectionnées par la recourante (recours p. 9-10) que les "résultats complets de recherches sur le moteur de recherche « Google » pour « stylo », « stylo-bille » et « stylo anneau »"

qu'elle dépose (annexe 8 jointe au recours) contribuent à mettre en évidence le caractère habituel de tels éléments (cf. également : annexes 1-6 jointes à la décision attaquée [cf. consid. 7.2.1 et 7.2.2.1] ; annexes 1-6 jointes à la duplique [cf. consid. 8.4.3]).

### **E. 8.2.2**

Bien qu'ils soient récurrents (notamment du fait qu'ils sont essentiellement fonctionnels), ces éléments peuvent prendre des formes relativement différentes et être combinés de nombreuses manières. Il convient dès lors de retenir que les produits en cause présentent une grande diversité de formes.

### **E. 8.3**

La situation doit certes être examinée à la date de la décision attaquée (cf. consid. 5.1.5.3), c'est-à-dire le 29 juin 2015. Force est toutefois de constater que les résultats de recherches effectuées le 2 février 2015 (cf. consid. 8.1.1-8.1.2), soit moins de cinq mois auparavant, gardent toute leur pertinence en ce qui concerne les produits en cause. Les conclusions tirées de ces moyens de preuve peuvent d'ailleurs être confirmées tant par les autres éléments qui figurent au dossier (cf. consid. 8.2.1.2) que par les résultats d'une recherche effectuée en 2017 sur Google images sur la base du mot-clé "stylo" (<https://www.google.ch/imghp>, consulté le 21.08.2017).

### **E. 8.4.1**

Enfin, se référant aux extraits de recherches joints à la décision attaquée (cf. consid. 7.2.1), la recourante relève qu'ils ressortent de sites Internet étrangers. Elle estime dès lors que l'autorité inférieure est tenue de prouver que les produits en question sont proposés en Suisse ou, à tout le moins, peuvent être perçus par le public suisse (réplique, p. 4 in fine).

#### **E. 8.4.2.1**

Pour autant que les recherches sur Internet soient soumises à une appréciation critique, rien ne s'oppose, dans le cadre de la procédure d'enregistrement d'une marque, à leur utilisation à titre d'indices (arrêt du TAF B-6219/2013 du 27 avril 2016 consid. 5.2.3.1 "rote Damenschuhsohle [position]" [confirmé par le TF (ATF 143 III 127 "rote Damenschuhsohle [position]")]).

#### **E. 8.4.2.2**

Dans le cadre de la procédure d'enregistrement d'un signe qui est indissociable d'un produit, il ne saurait être parti du principe que des produits qui sont commercialisés à l'étranger le sont également en Suisse. Il convient dès lors, dans l'appréciation de moyens de preuve qui proviennent de l'étranger, de vérifier qu'aucune restriction n'empêche le produit concerné d'être présent sur le marché suisse (arrêt du TAF B-6219/2013 du 27 avril 2016 consid. 5.2.3.2 "rote Damenschuhsohle [position]" [confirmé par le TF (ATF 143 III 127 "rote Damenschuhsohle [position]")]).

### **E. 8.4.3**

Il peut être admis que, dans le domaine des instruments d'écriture (classe 16), les produits peuvent être importés en Suisse sans aucune restriction. La recourante ne soutient d'ailleurs pas le contraire. Au surplus, les recherches effectuées par l'autorité inférieure sur le site Internet d'entreprises suisses (annexes 1-7 jointes à la duplique) permettent d'établir la présence sur le marché suisse de nombreux modèles d'instruments d'écriture, qui confirment la grande diversité de formes déjà observée (cf. consid. 8.2.2). Peu importe que ces

recherches n'aient pas été effectuées au moment de la décision attaquée, mais en 2016 seulement (cf. consid. 8.3).

### **E. 8.5**

Il doit dès lors être retenu que, en Suisse (consid. 8.4), au moment de la décision portant sur l'enregistrement du signe (consid. 8.3), le domaine des instruments d'écriture (classe 16) est marqué par une grande diversité de formes (consid. 8.1-8.2).

### **E. 9**

Il convient maintenant d'examiner si le signe tridimensionnel en cause se distingue ou non de manière claire de la forme habituelle et attendue des instruments d'écriture (classe 16).

#### **E. 9.1**

Le signe en cause (cf. consid. A.a.a.a) représente un instrument d'écriture de forme allongée et légèrement bombée. Ses extrémités sont arrondies. Il est doté d'un clip et de plusieurs anneaux (un anneau à proximité de chaque extrémité - l'un étant solidaire du clip - et une combinaison de trois anneaux au milieu de l'objet).

##### **E. 9.2.1.1**

La recourante soutient qu'il n'est pas usuel, pour un instrument d'écriture, d'avoir la forme particulière du signe en cause, qui n'est dès lors pas banale. Elle indique en particulier qu'aucune des formes de la dizaine d'instruments d'écriture qu'elle reproduit dans son recours (p. 9-10) ne se rapproche du signe en cause (recours, p. 9-11 ; cf. également : observations de la recourante du 16 août 2016, p. 3).

##### **E. 9.2.1.2**

Or, si certaines des formes auxquelles se réfère la recourante sont plus anguleuses et/ou ne présentent pas d'anneaux, deux au moins se rapprochent fortement du signe tridimensionnel en cause, non seulement par la présence des éléments habituels d'un instrument d'écriture (corps allongé, extrémité[s] allant en s'amincissant, clip et anneaux [cf. consid. 8.2.1.1]), mais également par un corps légèrement bombé et des extrémités arrondies. D'ailleurs, contrairement à ce qu'estime la recourante (recours, p. 9 [no 32 in fine]), le fait que de nombreux instruments d'écriture combinent de telles caractéristiques est clairement mis en évidence par la sélection d'images qui accompagne la décision attaquée (annexes 1-6 jointes à la décision attaquée [cf. consid. 7.2.1 et 7.2.2.1]).

##### **E. 9.2.2**

En outre, en affirmant que la combinaison des éléments qui constituent le signe en cause lui confère "un aspect particulièrement élégant, élancé et soigné" (recours, p. 10-11 ; réplique, p. 4), 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. 5.1.5.4). 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.

##### **E. 9.2.3**

En conclusion, les éléments qui forment le signe tridimensionnel en cause (cf. consid. 9.1) figurent également dans de très nombreux instruments d'écriture disponibles sur le marché suisse (cf. consid. 8.2.1.1). Dans le signe en cause, ces éléments ne présentent, en tant que tels, pas de caractéristiques particulières. Ils ne sont par ailleurs pas combinés d'une manière

spécialement originale. Il ne saurait notamment être retenu que les proportions générales du signe en cause sont inhabituelles. Ce signe doit dès lors être qualifié de banal. Un tel résultat s'impose d'autant plus que les instruments d'écriture (classe 16) ne forment pas un domaine dans lequel la forme des produits est régulièrement utilisée comme un renvoi à une entreprise (cf. ATF 137 III 403 consid. 3.3.5 et 3.3.6 in limine "Wellenverpackung [3D]").

### **E. 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'oeil 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-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 1er 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]").

#### **E. 10.2.1.1**

Une combinaison de trois anneaux occupe le milieu du signe en cause. Un anneau est en outre situé à proximité de chacune de ses extrémités, l'un étant solidaire du clip. Dans de nombreux cas, les anneaux présents sur un instrument d'écriture se manifestent par un certain relief, à la manière d'une bague sur un doigt. Tel n'est toutefois pas le cas des anneaux qui figurent sur le signe en cause. Ils n'apparaissent en effet qu'à sa surface, par le jeu des contrastes entre les matériaux et/ou les couleurs choisis.

#### **E. 10.2.1.2**

D'une manière générale, les anneaux doivent être considérés comme banals sur des instruments d'écriture. Ils font en effet partie de leurs caractéristiques répandues (cf. consid. 8.2.1.1). Par ailleurs, le nombre, la taille, la mise en forme et l'agencement des anneaux n'a rien d'inhabituel en l'espèce, contrairement à ce que soutient la recourante (recours, p. 10). Il est en effet fréquent qu'un instrument d'écriture présente un ou plusieurs anneaux, en particulier en son milieu et à ses extrémités. Peu importe enfin que l'apparence générale ainsi que le motif constitué par les trois anneaux centraux n'apparaisse, sauf pour les stylos de la recourante, jamais dans les résultats des recherches qui figurent au dossier (recours, p. 10-11 et 11). Le simple fait qu'une forme ne soit utilisée que par une seule entreprise ne suffit en effet 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]").

#### **E. 10.2.1.3**

Aucune force distinctive ne saurait dès lors être reconnue à l'ensemble d'anneaux qui figure sur la surface du signe tridimensionnel en cause.

### **E. 10.2.2**

De même, la combinaison des matériaux utilisés, leur aspect lisse et brillant, ainsi que les contrastes formés par les couleurs choisies sont banals et dénués de force distinctive (cf.

arrêt du TAF B-3612/2014 du 14 septembre 2016 consid. 5.6 "KAPSEL [3D]").

#### **E. 10.2.3.1**

Enfin, comme le relève à juste titre la recourante (recours, p. 12 et 13), la description qui accompagne l'enregistrement international en cause permet d'établir que les mots "MONTBLANC-MEISTERSTÜCK" figurent sur l'anneau central du signe tridimensionnel (cf. consid. A.a.a.b). Peu importe ainsi que, sur la reproduction de la marque (cf. consid. A.a.a.a), cette inscription soit difficilement lisible.

#### **E. 10.2.3.2**

Force est toutefois de constater que l'inscription "MONTBLANC-MEISTERSTÜCK" est de taille très réduite par rapport à la taille globale du signe tridimensionnel en cause, auquel elle n'est dès lors pas susceptible de conférer une force distinctive suffisante (cf. arrêt du TAF B-570/2008 du 15 mai 2009 consid. 3.2.2-3.2.3 "Zigaretenschachtel [3D]"). Ce n'est ainsi pas le fait que cette inscription soit ou non lisible (à cet égard, l'autorité inférieure relève d'ailleurs à juste titre que la manière dont elle est gravée ne la met pas particulièrement en évidence [cf. duplique, p. 3]) qui est décisif en l'espèce, mais le fait qu'elle n'occupe qu'une place réduite et soit dès lors, contrairement à ce qu'affirme la recourante (recours, p. 14), peu perceptible dans l'impression d'ensemble qui se dégage du signe. Peu importe donc que, comme le soutient la recourante, l'élément "MONTBLANC" en tant que tel puisse jouir d'une force distinctive accrue pour des produits de la classe 16 (cf. recours, p. 13) ou que, comme le retient l'autorité inférieure, l'élément "MEISTERSTÜCK" signifie "chef d'oeuvre" en français et ne soit dès lors pas distinctif (cf. réponse, p. 4). N'y change par ailleurs rien le fait que ces éléments verbaux figurent "sur le motif principal (les anneaux centraux)" du signe et "enveloppent tout le pourtour de la forme" (recours, p. 12 ; cf. réplique, p. 5). La recourante ne saurait en effet être suivie lorsqu'elle affirme notamment que le regard du consommateur est immédiatement attiré par la partie centrale du signe en cause (observations de la recourante du 16 août 2016, p. 4).

#### **E. 10.2.3.3**

Aucune force distinctive ne peut dès lors être reconnue à l'inscription "MONTBLANC-MEISTERSTÜCK" qui figure sur l'anneau central du signe tridimensionnel en cause.

#### **E. 10.3**

En conclusion, qu'ils soient considérés individuellement ou dans leur ensemble, les divers 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]").

#### **E. 11.1**

Formé de la combinaison d'éléments fonctionnels et esthétiques, le signe en cause n'est pas doté de force distinctive. Vu notamment la grande diversité de formes dans le domaine des instruments d'écriture (cf. consid. 8.5), il ne peut en effet pas être perçu comme un renvoi à une entreprise déterminée (cf. consid. 5.1.5.3). Il appartient dès lors au domaine public au sens de l'art. 2 let. a LPM.

#### **E. 11.2**

Peut ainsi rester ouverte la question de savoir si l'art. 2 let. b LPM exclut de la protection le signe en cause (cf. consid. 5.2).

## **E. 12**

Il ressort de ce qui précède que, vu l'art. 2 let. a LPM, la protection en Suisse de l'enregistrement international no 1'160'408 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK (3D)" doit être refusée pour tous les produits revendiqués. C'est ainsi à juste titre que l'autorité inférieure a rendu la décision attaquée. Partant, mal fondé, le présent recours est rejeté.

### **E. 13.1.1**

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]).

### **E. 13.1.2**

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

### **E. 13.1.3**

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").

## **E. 13.2**

En l'espèce, les frais de procédure, qu'il se justifie d'arrêter à Fr. 2'500.-, doivent être mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ce montant est compensé par l'avance de frais de Fr. 2'500.- versée par la recourante le 14 septembre 2015.

## **E. 14.1**

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).

### **E. 14.2.1**

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).

### **E. 14.2.2**

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

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