

BVGer B-6389/2023 vom 20. Mai 2025

Bundesverwaltungsgericht, 2025-05-20, IT

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_B-6389_2023

FR: TAF B-6389/2023 du 20 mai 2025

IT: TAF B-6389/2023 del 20 maggio 2025

Regeste

Procédure de radiation

Erwägungen

E. 1.1

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

E. 1.2

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 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

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.

E. 1.5

Le présent recours est ainsi recevable.

E. 2.1

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

E. 2.2

La protection est accordée pour autant que la marque soit utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés (art. 11 al. 1 LPM). L'usage d'une forme de la marque ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée et l'usage pour l'exportation sont assimilés à l'usage de la marque (art. 11 al. 2 LPM). L'usage de la marque auquel le titulaire consent est assimilé à l'usage par le titulaire (art. 11 al. 3 LPM).

E. 3

[L'autorité inférieure] décide, en statuant sur la demande, si et dans quelle mesure les frais de la partie qui obtient gain de cause sont supportés par celle qui succombe.

E. 3.1

Régissant la procédure de radiation d'une marque pour défaut d'usage, les art. 35a et 35b LPM se lisent ainsi : Art. 35a Demande de radiation 1 Toute personne peut déposer auprès de [l'autorité inférieure] une demande de radiation de la marque pour défaut d'usage au sens de l'art. 12, al. 1. 2 La demande peut être déposée au plus tôt : a. en l'absence d'opposition, cinq ans après l'échéance du délai d'opposition ; b. en cas d'opposition, cinq ans après la fin de la procédure d'opposition.

E. 3.2.1

La jurisprudence a précisé que celui qui requiert la radiation d'une marque n'a pas à se prévaloir d'un intérêt digne de protection (ATAF 2022 IV/3 consid. 3.4 "SWISSVOICE" ; arrêt du TAF B-2382/2020 du 18 janvier 2022 consid. 2.2-2.4 "PIERRE DE COUBERTIN" et les références citées). Ce n'est que dans des cas particuliers que l'on refuse d'entrer en matière sur une demande de radiation en raison d'un abus de droit, lorsque cet abus se concrétise directement dans le dépôt de la demande et l'invocation du non-usage et ne résulte pas seulement d'arguments étrangers à l'objet du litige (arrêts du TAF B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.12 "Hispano Suiza [fig.]", B-2382/2020 du 18 janvier 2022 consid. 2.4 "PIERRE DE COUBERTIN", B-65/2021 du 4 janvier 2022 consid. 3.7 "VISARTIS" et B-2627/2019 du 23 mars 2021 consid. 6.3 "Sherlock/Sherlock's").

E. 3.2.2

Si le requérant ne rend pas vraisemblable le défaut d'usage, l'autorité inférieure rejette la demande (art. 35b al. 1 let. a LPM), sans examiner la question de savoir si le titulaire de la marque rend vraisemblable l'usage de la marque ou un juste motif du défaut d'usage (art. 35b al. 1 let. b LPM). En revanche, si le requérant rend vraisemblable le défaut d'usage (art. 35b al. 1 let. a LPM a contrario), l'autorité inférieure ne rejette la demande que si le titulaire de la marque rend vraisemblable l'usage de la marque ou un juste motif du défaut d'usage (art. 35b al. 1 let. b LPM ; arrêt du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 3.2 "TRILLIUM" [3e paragraphe] ; ATAF 2022 IV/2 consid. 3.4 "GALADRIEL" ; arrêts du TAF B-3745/2022 du 27 février 2024 consid. 3.4 "SHELBY", B-605/2022 du 14 septembre 2022 consid. 5.3.2.2 et 9.4.1 "TRILLIUM", B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.6 "Hispano Suiza [fig.]" et B-2627/2019 du 23 mars 2021 consid. 3.4 et 5.2 "SHERLOCK/SHERLOCK'S"). Dans la procédure de radiation des art. 35a et 35b LPM, l'incombance de rendre vraisemblable le défaut d'usage doit être vue comme une forme de compensation à la légitimation active très large (ATAF 2022 IV/3 consid. 3.6 "SWISSVOICE" ; arrêt du TAF B-2597/2020 du 26 août 2021 consid. 5.3 "U UNIVERSAL GENEVE [fig.]/UNIVERSAL GENEVE" et B-2627/2019 du 23 mars 2021 consid. 4.3 "SHERLOCK/SHERLOCK'S").

E. 3.2.3

Celui qui entend se défendre contre une demande de radiation a trois possibilités : a) contester la vraisemblance du défaut d'usage de la marque attaquée, b) rendre vraisemblable l'usage de cette marque, ou c) rendre vraisemblables de justes motifs pour son défaut d'usage (art. 35b al. 1 let. a, b et b in fine LPM ; ATAF 2022 IV/3 consid. 3.6 "SWISSVOICE" ; arrêts du TAF B-3745/2022 du 27 février 2024 consid. 3.5 "SHELBY", B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.6 "Hispano Suiza [fig.]", B-2382/2020 du 18 janvier 2022 consid. 2.6 in fine "PIERRE DE COUBERTIN" et B-2597/2020 du 26 août 2021 consid. 3.6 "U UNIVERSAL GENEVE [fig.]/UNIVERSAL GENEVE").

E. 3.3.1

Les notions d'usage de la marque, de défaut d'usage et de juste motif du défaut d'usage des art. 35a et 35b LPM correspondent à celles qui figurent aux art. 11 et 12 LPM (arrêt du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 3.2 "TRILLIUM" ; ATAF 2022 IV/3 consid. 3.3 et 7.1 [non publié] "SWISSVOICE" ; arrêts du TAF B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.4 "Hispano Suiza [fig.]" et B-605/2022 du 14 septembre 2022 consid. 5.3.1.1 "TRILLIUM").

E. 3.3.2

Il faut souligner que le défaut d'usage de la marque doit être rendu vraisemblable en Suisse (arrêt du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 3.2 "TRILLIUM").

E. 3.3.3

La période à prendre en considération s'étend sur les cinq années qui précèdent l'invocation du défaut d'usage (arrêt du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 3.2 "TRILLIUM" ; arrêts du TAF B-3745/2022 du 27 février 2024 consid. 3.3 "SHELBY", B-2382/2020 du 18 janvier 2022 consid. 2.5 "PIERRE DE COUBERTIN", B-65/2021 du 4 janvier 2022 consid. 3.1 "VISARTIS", B-2597/2020 du 26 août 2021 consid. 3.5 "U UNIVERSAL GENEVE [fig.]/UNIVERSAL GENEVE").

E. 3.4

L'art. 35b al. 1 let. a et b LPM ne recourt pas à la notion de preuve, mais, comme l'art. 32 LPM, à celle de vraisemblance. Ainsi, vu notamment la jurisprudence relative à l'art. 32 LPM, un fait est tenu pour vraisemblable s'il est non seulement possible, mais également probable, sur la base d'une appréciation objective des moyens de preuve. L'autorité ne doit pas être persuadée de la véracité du fait allégué ; il suffit que sa véracité apparaisse plus élevée que son inexactitude (ATF 144 II 65 consid. 4.2.2 et 142 II 49 consid. 6.2 ; arrêts du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 3.2 "TRILLIUM" et 4A_299/2017 du 2 octobre 2017 consid. 3.4 "ABANCA [fig.]/ ABANKA [fig.]" ; ATAF 2022 IV/3 consid. 5.1.2 "SWISSVOICE").

E. 3.5.1

Par la nature des choses, le défaut d'usage d'une marque est plus difficile à prouver (ou à rendre vraisemblable) que son usage. En effet, vu qu'elle porte sur un fait négatif, la preuve directe du défaut d'usage est, dans la plupart des cas, impossible à apporter. C'est par conséquent de manière indirecte, sur la base d'un faisceau d'indices, que le défaut d'usage doit être rendu vraisemblable (ATF 142 III 369 consid. 4.2 ; arrêts du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 3.2 "TRILLIUM" et 4A_299/2017 du 2 octobre 2017 consid. 4.1 "ABANCA [fig.]/ ABANKA [fig.]" ; ATAF 2022 IV/3 consid. 5.1.1 "SWISSVOICE" ; arrêt du TAF B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.5 "Hispano Suiza [fig.]").

E. 3.5.2

Selon le Tribunal, un rapport de recherche d'usage établi par un tiers est considéré comme un moyen de preuve approprié pour rendre vraisemblable le défaut d'usage d'une marque, ce d'autant si ses conclusions sont confirmées par d'autres indices (ATAF 2022 IV/3 consid. 5.1.1 et 5.4.2 "SWISSVOICE" ; arrêts du TAF B-3745/2022 du 27 février 2024 consid. 3.4 "SHELBY", B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.5 "Hispano Suiza [fig.]", B-605/2022 du 14 septembre 2022 consid. 9.3.1 "TRILLIUM" et B-2382/2020 du 18 janvier 2022 consid. 2.6 "PIERRE DE COUBERTIN" ; voir aussi : arrêt du TF 4A_299/2017 du 2 octobre 2017 consid. 4.1 "ABANCA [fig.]/ ABANKA [fig.]").

E. 3.5.3

En tant que moyen de preuve établi par un tiers à titre professionnel, un rapport d'expertise n'a certes pas la valeur probante d'une expertise judiciaire, mais il est reconnu comme une allégation de partie particulièrement étayée avec un degré de force probante relativement élevé en particulier lorsque d'autres indices parlent également en faveur d'une non-utilisation (arrêts du TAF B-3745/2022 du 27 février 2024 consid. 3.4 "SHELBY", B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 2.5 "Hispano Suiza [fig.]", B-605/2022 du 14 septembre 2022 consid. 9.3.1 "TRILLIUM" et B-2382/2020 du 18 janvier 2022 consid. 3.3 "PIERRE DE COUBERTIN" ; voir aussi : arrêt du TF 4A_299/2017 du 2 octobre 2017 consid. 4.1 "ABANCA [fig.]/ ABANKA [fig.]").

E. 3.5.4

De tels indices peuvent consister en le résultat d'une enquête menée auprès de commerçants du domaine concerné, le résultat de recherches sur internet, d'autres documents relatifs aux produits et à l'activité commerciale du titulaire de la marque ou encore la déclaration d'un spécialiste de la branche en cause (arrêts du TF 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 consid. 6.1 "TRILLIUM" et 4A_299/2017 du 2 octobre 2017 consid. 4.1 "ABANCA [fig.]/ ABANKA [fig.]" ; arrêt du TAF B-605/2022 du 14 septembre 2022 consid. 9.3.1 "TRILLIUM").

E. 3.5.5

Il ne saurait être attendu d'un requérant qu'il fournisse des moyens de preuve très détaillés. Un requérant ne peut en particulier être tenu de rendre vraisemblable le défaut d'usage dans n'importe quel marché de niche (ATAF 2022 IV/3 consid. 4.2.2.4 "SWISSVOICE" ; arrêts du TAF B-605/2022 du 14 septembre 2022 consid. 9.3.2 "TRILLIUM", B-2627/2019 du 23 mars 2021 consid. 5.1 et 5.2 "SHERLOCK et SHERLOCK'S").

E. 3.5.6

La jurisprudence la plus récente du Tribunal fédéral a retenu une formulation qui semble plus stricte. Selon l'arrêt 4A_464/2022 du 3 janvier 2023 "TRILLIUM", un rapport de recherche d'usage d'une marque établi par une société tierce, s'il est certes à lui seul insuffisant, peut en revanche permettre de rendre vraisemblable le défaut d'usage d'une marque, lorsque ses conclusions sont confirmées par d'autres indices (arrêt précité consid. 6.1). La doctrine s'est exprimée de manière critique contre l'arrêt précité et l'énoncé selon lequel un rapport de recherche d'usage ne suffit pas à lui seul à rendre vraisemblable le défaut d'usage. Selon elle, la nouvelle exigence jurisprudentielle, telle qu'elle ressort de l'arrêt précité, irait trop loin. Il conviendrait en effet de garder à l'esprit que le défaut d'usage est un fait négatif et que la doctrine a toujours considéré qu'ils constituaient un moyen suffisant pour rendre vraisemblable le défaut d'usage, que ce soit en lien avec l'art. 12 LPM ou dans le cadre de la procédure de radiation (Ralph Schlosser, Note sur « TRILLIUM » Tribunal fédéral du 3 janvier 2023, in : sic! 2023 p. 348).

E. 4

Les positions des parties peuvent se résumer ainsi.

E. 4.1.1

D'une manière générale, l'autorité inférieure rappelle la jurisprudence récente qui indique qu'un rapport établi par une société tierce n'est pas suffisant à lui seul. Cependant, elle est d'avis que, compte tenu du caractère sommaire et bon marché de la procédure de radiation, et eu égard à la difficulté d'établir un fait négatif, un rapport d'enquête d'usage peut se

révéler à lui seul pertinent. Elle relève que la remise d'un simple rapport de recherche peut être apte à rendre vraisemblable le défaut d'usage pour autant qu'il couvre les paramètres de recherche indiqués par la jurisprudence, à savoir des recherches sur internet, des prises de contact avec le titulaire, des renseignements auprès des commerçants de la branche ou d'associations représentatives de la branche (décision attaquée no IV.B.8 ; réponse p. 5 s.).

E. 4.1.2

L'autorité inférieure estime que l'on ne saurait apporter un crédit particulier aux conclusions qui figurent dans un rapport d'enquête produit à l'appui d'une demande de radiation seulement parce qu'il émane d'une société (bien) connue pour exercer cette activité économique. Il conviendrait au contraire de procéder à une analyse critique des indices figurant dans cette analyse (réponse p. 6).

E. 4.1.3

A ce titre, selon l'autorité inférieure, la taille du rapport déposé dans ce dossier (29 pages) ne signifie pas qu'il s'agit d'une recherche détaillée, surtout que le rapport a pour objet sept marques et que seules six pages concerneraient la marque attaquée. Aussi, le rapport d'enquête devrait être qualifié de succinct (réponse p. 7). Commentant page après page ledit rapport, l'autorité inférieure relève que les passages sur la recourante comme société (son histoire, sa gouvernance et ses données financières) ne permettraient pas de tirer de conclusions sur l'usage de la marque attaquée (réponse p. 7 ss ; voir aussi décision attaquée no IV.B.6).

E. 4.1.4

L'enquêteur se serait essentiellement concentré sur des recherches en ligne auprès du titulaire (ou son prédécesseur) de la marque attaquée. Il n'aurait fait de recherches qu'auprès de deux vendeurs (campz.ch et galaxus.ch), sans se renseigner auprès d'associations représentatives de la branche (décision attaquée no IV.B.8).

E. 4.1.5

Le rapport d'enquête d'usage mettrait en avant que la marque attaquée est utilisée en Suisse depuis sept ans pour une gamme de vêtement de compression. Selon l'autorité inférieure, l'on ne saurait pas suivre la recourante qui, estimant que ces vêtements de compression relèvent de la classe 10, en déduirait qu'elle n'est utilisée que pour les produits en classe 10 : "Indumenti a pressione ; indumenti a compressione ; indumenti terapeutici a compressione ; biancheria intima a compressione" (décision attaquée no IV.B.8 ; réponse p. 8). Selon l'autorité inférieure, on ne saurait déduire de l'utilisation de la marque attaquée pour des vêtements de compression que cette dernière n'est a contrario pas utilisée pour d'autres produits ou services. L'autorité inférieure précise que le rapport d'enquête d'usage comprend également des indices quant à un usage en relation avec des vêtements de sport (décision attaquée no IV.B.12 ; réponse p. 10 ; duplique p. 2).

E. 4.1.6

L'autorité inférieure reproche à la recourante de ne pas avoir remis de recherche internet négative ni aucune attestation de spécialistes ou d'organisations faitières qui illustreraient que la marque attaquée n'était pas présente sur le marché suisse entre 2017 et 2022 en relation avec les produits et services concernés des classes 10, 18, 25, 28 et 35 (décision attaquée no IV.B.13).

E. 4.1.7

Finally, the lower authority retains from the report an use of the trademark attacked in connection with sports clothing and compression clothing. Nothing would indicate however that the trademark in question would not be the object of an use in relation with the other products and services registered. The lower authority emphasizes that it would not be rare to encounter active enterprises in sport clothing that also offer bags and other sports equipment relevant to classes 18 and 28 (response p. 10). The lower authority concludes that, for lack of appropriate evidence, the complainant has not made it plausible that the trademark attacked is used in Switzerland in relation with the products and services in question. Therefore, the request for revocation is unfounded and must be rejected, without having to examine whether the evidence has made it plausible that the trademark is used for just reasons or that the trademark is used for just reasons (decision attacked nos IV.B.14 and 15 ; response p. 10 ; duplicate p. 3).

E. 4.2.1

According to the complainant, the defendant has at no time contested in its pleadings the plausibility of the trademark use. She would rather have invoked a just reason for the non-use of her trademark. The complainant reproaches the defendant for not having indicated to which products and services the evidence of trademark use submitted (recourse p. 10). The complainant explains that the defendant must bear the consequences of her defense strategy. By renouncing to contest the plausibility of the trademark use, the defendant has demonstrated that she admits the trademark use, but without specifying the extent (reply p. 10).

E. 4.2.2

The complainant reproaches essentially the lower authority for having considered that the production of an investigation showing trademark use for certain products does not constitute a sufficient index to determine that the trademark is not used for all products and services covered by a very broad libel of products and services (reply p. 4). The complainant estimates that the lower authority has misapplied the jurisprudence of the Tribunal, since she has provided a trademark use search by a third party (recourse p. 10 ; reply p. 12). She reproaches the lower authority for a too restrictive and too formalistic approach that would have as a consequence that the trademark would (almost always) be considered as protected for a large number of products and services, whereas the professional investigation would demonstrate in an obvious way by a bundle of indices that only certain products and services would be effectively used in relation with the trademark attacked (recourse p. 11 ; reply p. 12). The complainant advances that, as indicated in her request for revocation, it would result from the investigation report that the trademark attacked would not be used at all for the totality of products and services covered by the trademark attacked in classes 10 (apparatus and surgical instruments, medical), 18 (bags and transport bags), 25 (shoes, hat-making), 28 (articles of gymnastics and sports) and 35 (retail sale of various products) nor for the general headings of classes 10, 25 and 28, with the exception of products in class 10 : "Indumenti a pressione ; indumenti a compressione ; indumenti terapeutici a compressione ; biancheria intima a compressione" (recourse p. 8 s. ; reply p. 4 ; see also recourse p. 11 s. ; reply p. 13). The complainant invokes at this stage the "minimal solution" according to which trademark use entitles the trademark holder to the trademark in relation with the products for which : 1) the trademark use is presumed and expected by the addressees in relation with the trademark use ascertained, 2) the trademark use is prototypical for the general indication defined in a narrow and precise manner and 3) the products fall under this general indication

appartiennent à l'assortiment courant d'un fournisseur typique de la branche (recours p. 9 ; réplique p. 15).

E. 4.2.3

Par ailleurs, la recourante explique que sa demande de radiation ne se limiterait pas au rapport d'enquête d'usage. Elle aurait notamment relevé des indices propres à rendre vraisemblable le défaut d'usage de la marque attaquée pour la totalité des produits et services, à l'exception de produits spécifiques. Elle précise que le rapport comprendrait lui-même un faisceau d'indices dans le même sens, à savoir de multiples documents et des références à des sites internet nombreux et variés (bases de données commerciales et financières, sites web de l'intimée, sites web de magasins en ligne en Suisse, extraits internet historiques, médias sociaux, archives de sites internet, etc.). Les recherches auraient été effectuées en français, en anglais, en allemand et en italien (recours p. 6 s.).

E. 4.2.4

La recourante estime avoir ainsi fourni une "recherche négative" dans la mesure où l'enquêteur aurait fait des recherches auprès de sites web d'importance nationale tels que galaxus.ch. Selon elle, l'enquêteur aurait indiqué d'autres sites de vente en ligne s'il les avait détectés (recours p. 8). Elle estime que l'exigence d'une recherche négative nécessiterait un effort disproportionné. Elle avance qu'il serait en pratique quasiment impossible de délivrer une recherche internet négative lorsque la marque attaquée est effectivement utilisée, mais en relation avec une partie uniquement des produits et services enregistrés. Elle explique qu'une recherche sur galaxus.ch correspond à une enquête menée auprès des commerçants du domaine concerné. Elle avance aussi qu'une recherche internet avec les mots "SKINS" + "sac" présenterait 141 millions de résultats, sans lien avec le cas concret. Cela donnerait 4 millions de résultats pour "SKINS" + "valise" (réplique p. 5 s.). Elle en conclut que des documents additionnels issus d'une recherche internet négative n'auraient pas modifié le résultat du rapport d'enquête (réplique p. 7 s.).

E. 4.2.5

Selon la recourante, une attestation de spécialistes ou d'organisations faitières n'aurait pas modifié le résultat du rapport d'enquête (recours p. 8 et 11 s.). Elle ajoute qu'il serait impossible à une organisation telle que l'association suisse des commerces de détail de connaître et de prendre position sur tout site web de vente en ligne opérant sur le territoire suisse (recours p. 9). Pour elle, la personne contactée aura tendance, par prudence, à confirmer l'usage de la marque. Le contact direct devrait être évité afin de ne pas alerter la partie adverse sur le risque d'une action en radiation à venir. De telles démarches seraient disproportionnées dans le cadre d'une procédure administrative. Il serait par ailleurs impossible à l'association suisse du commerce de détail de connaître et de prendre position sur tout site web opérant sur le territoire suisse (réplique p. 11).

E. 4.2.6

Selon la recourante, le rapport ne mentionne pas de prise de contact avec l'intimée, car l'enquêteur n'aurait pas réussi à en établir (recours p. 6 s.).

E. 4.2.7

La recourante rappelle que la titulaire de la marque a été mise en faillite puis liquidée en 2019, ce qui constituerait un indice sérieux supplémentaire que la marque n'a pas fait l'objet d'un usage ininterrompu durant la période de référence (recours p. 9).

E. 4.3

L'intimée de son côté fait sienne la conclusion de l'autorité inférieure selon laquelle les indices produits par la recourante ne constituent pas un faisceau d'indices suffisamment large pour reconnaître la vraisemblance du défaut d'usage de la marque attaquée (réponse p. 4). Selon elle, la recherche d'usage serait insuffisante en l'espèce (réponse p. 4 s. et 6). L'intimée reproche à la recourante d'avoir simplement fait une recherche adaptée à ses propres besoins en évitant de recueillir davantage d'informations pour étayer sa demande de radiation (réponse p. 5). Elle lui reproche également de s'appuyer sur une seule source d'information, à savoir le rapport d'enquête d'usage, et non sur une pluralité de données (réponse p. 5). L'intimée reproche à la recourante un abus de droit. Renvoyant à des déclarations de tiers exposant le litige complexe qui l'oppose à la recourante, elle accuse celle-ci de provocations qu'elle qualifie elle-même de justes motifs pour son non-usage (réponse p. 7 s.). Elle lui reproche également d'avoir intenté pour la seconde fois une procédure de radiation contre la marque attaquée à la suite du rejet d'une première demande de radiation (no 100'944 ; réponse p. 8). L'intimée mentionne encore une procédure civile de radiation qu'elle a intentée devant les tribunaux genevois contre la marque suisse no 764'116 "SKINS" détenue par la recourante (réponse p. 9).

E. 5

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

E. 5.1

La question litigieuse se limite à celle de la vraisemblance du défaut d'usage de la marque attaquée entre 2017 et 2022 (consid. 3.3.3). En effet, la question du défaut d'usage doit être examinée avant celle de l'usage de la marque attaquée (consid. 3.2.2). Contrairement à ce que soutient la recourante (consid. 4.2.1), l'autorité inférieure n'avait donc pas à apprécier à ce stade les éléments en faveur de l'usage ou de justes motifs pour le défaut d'usage. Peu importe que l'intimée ait produit des éléments dans ce sens. Par ailleurs, l'intimée, parfaitement dans son droit, pourrait se contenter de réfuter le défaut d'usage (consid. 3.2.3). Sur un autre plan, l'existence d'une procédure civile visant une marque détenue par la recourante, de même que les autres éléments du litige, plus large, qui oppose les parties (consid. 4.3), ne rendent pas abusif la présente procédure de radiation (consid. 3.2.1 in fine) et demeurent sans conséquence en l'espèce.

E. 5.2

Le seul élément de preuve que la recourante apporte en faveur du défaut d'usage de la marque attaquée est un rapport d'enquête d'usage. Contrairement à ce qu'elle affirme (consid. 4.2.3), la recourante n'a apporté aucun autre indice susceptible de rendre vraisemblable le défaut d'usage de la marque attaquée.

E. 5.3

Il faut donc examiner si le contenu de ce rapport d'enquête d'usage est susceptible de rendre vraisemblable le défaut d'usage de la marque attaquée (consid. 3.5).

E. 5.3.1

Daté du 19 juillet 2022, le rapport d'enquête d'usage a été établi par A._____, enquêteur spécialisé, pour le compte de la société Corsearch (rapport p. 29). Comme objectif, l'auteur du rapport d'enquête d'usage indique qu'il lui a été demandé de déterminer si sept marques, dont la marque attaquée (citée en premier lieu) ont fait l'objet d'un usage en Suisse au cours

des cinq dernières années (rapport p. 4). Le rapport fournit ensuite un certain nombre d'informations concernant l'intimée (rapport p. 5 à 10). Au sujet de la commercialisation de la marque attaquée en Suisse, le rapport relève que la gamme de vêtements de compression "SKINS" est commercialisée en Suisse et que ces produits peuvent être commandés sur le site dédié skinscompression.com et livrés en Suisse. Le rapport constate que ces produits sont également disponibles sur des sites marchands campz.ch et galaxus.ch (rapport p. 12 à 14). Le rapport dit avoir fait des recherches par mot-clé et par image via google et un méta-moteur en français, en anglais, en allemand et en italien, par médias sociaux et par les archives des sites skins.net et skinscompression.com (rapport p. 15). Le rapport contient plusieurs captures de sites internet (notamment les sites précités alors que d'autres ne sont pas identifiables) avec des photographies de vêtements portant la marque attaquée (rapport p. 16, 17, 18, 19, 22 et 23). Sur d'autres photographies, la marque attaquée n'apparaît pas comme enregistrée (rapport p. 24 à 27). En guise de résultat, le rapport indique que la gamme de vêtements de compression "SKINS" est commercialisée en Suisse et au niveau international. Des produits "SKINS" peuvent être commandés sur la boutique du site dédié skinscompression.com et livrés en Suisse, ainsi que sur des sites marchands tiers suisses. S'agissant de la marque attaquée, les recherches ont révélé qu'elle est en usage ; elle est apposée sur certains vêtements de la gamme actuelle/nouvelle série "SKINS" (notamment sur les shorts, pantalons et tops de compression pour hommes et enfants ainsi que sur des pantalons et tops pour femmes) et elle est également utilisée dans le cadre de communications et publicités concernant la gamme "SKINS". Cette marque est exploitée depuis au moins sept ans. Le rapport se prononce encore sur l'usage de six autres marques différentes de la marque attaquée (rapport p. 28 s.).

E. 5.3.2

La seule conclusion que le Tribunal peut tirer du rapport d'enquête d'usage concerne la vraisemblance de l'usage (et non du défaut d'usage) de la marque attaquée pour différents vêtements, notamment des vêtements de compression (en classe 10). Comme le relève l'autorité inférieure, la vraisemblance de l'usage s'étend possiblement à tous les vêtements de sport, ce que confirment certaines captures figurant dans le rapport qui montrent des shorts amples (rapport p. 16 et 19 ; à titre d'exemple : ATAF 2022 IV/3 consid. 5.5.2 "SWISSVOICE"). Le rapport d'enquête d'usage indique clairement qu'il s'agissait d'établir l'usage de marques en Suisse (consid. 5.3.1) ; ce rapport n'avait donc pas pour objectif de rendre vraisemblable le défaut d'usage d'une ou plusieurs marques. Le problème essentiel tient au fait que la question traitée par le rapport n'est pas celle qui aurait dû être soulevée dans ce contexte. Pour ce motif déjà, le rapport en question n'est pas propre à étayer la position de la recourante (consid. 4.2.2).

E. 5.4.1

Comme le Tribunal l'a rappelé, il appartient à celui qui demande la radiation d'une marque pour défaut d'usage de rendre vraisemblable son non-usage (consid. 3.2.2). L'autorité inférieure doit être suivie lorsqu'elle affirme que ce n'est pas parce que la marque est utilisée en relation avec un produit ou service spécifique (ou qu'elle n'est pas utilisée en relation avec un tel produit ou service) qu'il faut en déduire qu'elle n'est pas utilisée en lien avec tous les autres produits ou services enregistrés (décision attaquée no IV.B.9 ; voir aussi : ATAF 2022 IV/3 consid. 5.5.1 "SWISSVOICE" qui prône une approche restrictive). Le raisonnement de la recourante passe ici pour une variante du sophisme du silence. Ce raisonnement fallacieux consiste à faire passer l'absence de preuve pour la preuve de

l'absence. En l'espèce, la recourante part de ce qu'elle n'a trouvé qu'une gamme de produits portant la marque attaquée pour en déduire que la marque attaquée n'est pas utilisée pour l'ensemble des produits enregistrés. Son raisonnement est d'autant moins soutenable que, comme le souligne l'autorité inférieure, il n'est pas rare dans la pratique de voir des fabricants de vêtements de sport (classe 28) proposer également des sacs de sport par exemple (classe 18). Comme la jurisprudence l'a rappelé, l'obligation faite au requérant de rendre vraisemblable le défaut d'usage est une compensation à la qualité pour agir reconnue très largement (consid. 3.2.2 in fine). Admettre le raisonnement de la recourante en l'espèce reviendrait à alléger à l'excès ses incombances. En poussant jusqu'à l'absurde le raisonnement de la recourante, il suffirait à un requérant de produire une preuve d'usage pour un produit pour faire reposer sur le titulaire de la marque la charge de rendre vraisemblable l'usage pour tous les autres produits et services enregistrés. Tel n'était pas la volonté du législateur qui a entendu protéger les titulaires de marques contre les demandes de radiation intempestives et leur permettre au moins en partie une certaine discrétion sur leurs affaires (ATAF 2022 IV/3 consid. 3.6 "SWISSVOICE").

E. 5.4.2

Le détour fait par la recourante par la notion d'usage partiel ne la mène nulle part (consid. 4.2.2 in fine). Le Tribunal a déjà jugé que cette notion concerne l'usage d'une marque et non son défaut d'usage, qui seul est litigieux ici (ATAF 2022 IV/3 consid. 5.4.3.1 "SWISSVOICE"). Dans l'ATAF 2022 IV/3 "SWISSVOICE", le requérant avait rendu vraisemblable le défaut d'usage pour un objet (un téléphone) et la question était de savoir pour quels produits enregistrés devait-on retenir que le défaut d'usage avait été rendu vraisemblable (arrêt précité consid. 3.6). En l'espèce, la recourante n'a rendu vraisemblable le défaut d'usage d'aucun produit ce qui prive son argument tiré de la notion d'usage partiel de toute pertinence.

E. 5.4.3

Le domaine concerné en l'espèce, à savoir les vêtements à compression destinés à des sportifs, ne saurait être considéré comme un marché de niche où une certaine tolérance serait de mise à l'égard de la vraisemblance du défaut d'usage (consid. 3.5.5).

E. 5.5

Le rapport d'enquête d'usage est lacunaire par plusieurs aspects et ignore les indices pertinents pour retenir un défaut d'usage (consid. 3.5.4).

E. 5.5.1

Contrairement à ce que soutient la recourante (consid. 4.2.4), le rapport ne contient aucune recherche négative. Il n'est nullement fait mention de recherches infructueuses de la marque attaquée en lien avec les autres produits mentionnés par la recourante, à savoir : en classes 10 (appareils et instruments chirurgicaux, médicaux), 18 (bagages et sacs de transport), 25 (chaussures, chapellerie), 28 (articles de gymnastique et de sport) et 35 (vente au détail de divers produits). Le rapport ne fournit pas non plus les résultats de ses recherches "google", si elles ont eu lieu, en lien avec ces produits. Il ne comprend notamment aucune capture d'écran de ces recherches. Ses enquêtes de médias sociaux se limitent à une capture d'Instagram, une autre de Twitter et une dernière de Facebook (rapport p. 19, 21 et 25) qui ne sont en rien des recherches négatives. En l'absence de toute recherche infructueuse, et ici en l'absence de toute tentative d'une telle recherche, l'usage avéré d'une marque pour une catégorie de produits ne permet pas de déduire le défaut d'usage pour d'autres catégories.

E. 5.5.2

Sur un autre plan, le rapport ne comprend pas non plus de références à des "bases de données commerciales", comme le soutient la recourante (consid. 4.2.3). Il se contente de deux magasins en ligne en Suisse (consid. 5.3.1). La recourante fait preuve de mauvaise foi en affirmant que d'autres sites auraient pu être consultés s'ils avaient été détectés.

Notamment pour ce qui est des vêtements de sport, il existe en Suisse une multitude d'enseignes qui fournissent en ligne de tels articles. Ne pas trouver une marque (ou certains produits pour lesquels elle est enregistrée) sur un site marchand ne permet de tirer aucune conclusion pour les autres produits. Il se peut parfaitement qu'un site spécialisé ne propose qu'une seule gamme de produits d'une marque et pas les autres.

E. 5.5.3

Le rapport ne mentionne pas de prise de contact avec des spécialistes du marché en question, ou des associations faïtières de la branche. Selon la recourante, de telles attestations n'auraient rien changé au résultat du rapport d'enquête (consid. 4.2.5). Par définition, la recourante ne peut pas savoir quel aurait été le résultat de telles recherches, ce qui vide son argument de toute portée.

E. 5.5.4

Le rapport ne mentionne pas de contact avec l'intimée autre que la consultation de son site internet. Il n'est pas fait mention d'une tentative d'établir un pareil contact, ce qui ne confirme pas la version de la recourante (consid. 4.2.6).

E. 5.6

Sur un autre plan, la faillite d'un titulaire de la marque ne dit rien de concluant sur l'usage de cette marque (consid. 4.2.7). Cela ne signifie nullement que la marque n'a pas été utilisée. Elle peut l'avoir été suffisamment avant la faillite, c'est-à-dire entre 2017 et 2019, pour sauvegarder le droit à la marque ; elle peut l'avoir été par un tiers autorisé (consid. 2.2 in fine).

E. 5.7

Enfin, les considérations du rapport au sujet d'autres marques sont ici sans pertinence, puisque la présente procédure ne vise que la marque attaquée (consid. 5.3).

E. 6

Il ressort de tout ce qui précède que c'est à bon droit que l'autorité inférieure, le défaut d'usage de la marque n'ayant pas été rendu vraisemblable, a rejeté la demande de radiation no 102907. Le recours doit donc être rejeté.

E. 7

Il reste à statuer sur les frais de procédure et les dépens de la procédure de recours.

E. 7.1.1

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]). 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). Faute d'autres pièces pertinentes

quant à la valeur litigieuse, l'ampleur du litige doit être fixée selon des valeurs empiriques, soit entre 50'000 et 100'000 francs (ATF 133 III 490 consid. 3.3 "Turbinenfuss [3D]" ; arrêt du TAF B-1139/2022 du 22 mai 2023 consid. 7.1 "Hispano Suiza [fig.]").

E. 7.1.2

En l'espèce, la recourante succombe. Partant, il convient de mettre à sa charge les frais de la procédure, dont le montant est fixé à 4'500 francs. Ce montant est prélevé sur l'avance de frais d'un même montant qu'elle a versée durant l'instruction.

E. 7.2.1

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 relation avec l'art. 7 al. 1 et 2 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation et les éventuels autres frais nécessaires de la partie (art. 8 FITAF). Les frais de représentation comprennent notamment les honoraires d'avocat ou l'indemnité du mandataire professionnel n'exerçant pas la profession d'avocat (art. 9 al. 1 let. a FITAF), lesquels sont calculés en fonction du temps nécessaire à la défense de la partie représentée (art. 10 al. 1 FITAF). Selon l'art. 14 al. 1 FITAF, les parties qui ont droit aux dépens doivent faire parvenir au tribunal, avant le prononcé de la décision, un décompte de leurs prestations. Le tribunal fixe les dépens sur la base du décompte ; à défaut de décompte, il fixe l'indemnité sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF).

E. 7.2.2

L'intimée, qui obtient entièrement gain de cause et qui est représentée devant le Tribunal, a quant à elle droit à des dépens. L'intervention de son représentant a consisté, pour l'essentiel, en le dépôt d'une réponse de 10 pages (consid. C.a). A défaut de décompte fourni par l'intimée, il convient de fixer les dépens sur la base du dossier (art. 14 al. 2 FITAF). En prenant notamment en considération le 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 2'500 francs le montant des frais de représentation nécessaires à la défense des intérêts de l'intimée dans le cadre de la présente procédure de recours (art. 9 al. 1 let. a FITAF) et de mettre cette somme à la charge de la recourante (art. 64 al. 1 et 3 PA ; art. 7 al. 1 FITAF).

E. 7.2.3

Quant à elle, l'autorité inférieure n'a pas droit aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF). Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

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