



Arrêt du 29 août 2023

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
David Aschmann, Vera Marantelli, juges,
Yann Grandjean, greffier.

Parties

Tetra Laval Holdings & Finance SA,
représentée par Maître Michèle Burnier, avocate,
Pestalozzi Avocats SA,
recourante,

contre

Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle IPI,
autorité inférieure.

Objet

Demande d'enregistrement de marque suisse
n° 65026/2014 "[emballage] (3D)".

Faits :**A.**

A.a Déposée le 19 décembre 2014 par Tetra Laval Holdings & Finance SA (ci-après : la requérante ou la recourante) devant l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle IPI (ci-après : l'autorité inférieure), la demande d'enregistrement de la marque suisse n° 65026/2014 (ci-après : la marque déposée) vise les produits suivants :

Classe 16 : Papier, carton et produits en ces matières, non compris dans d'autres classes ; conteneurs d'emballage et matières pour l'emballage en papier ou fait en papier glacé avec des matières plastiques, tous ces produits étant destinés à contenir des aliments liquides ou des boissons.

Elle porte sur le signe tridimensionnel (3D) qui se présente ainsi :



A.b A la suite d'une longue phase d'instruction, l'autorité inférieure a, par décision du 29 juin 2021, rejeté la demande d'enregistrement de la marque déposée pour tous les produits revendiqués. Elle retient en résumé que l'usage à titre de marque de la forme déposée est exclu puisque celle-ci est dépourvue de caractère distinctif et qu'il existe un besoin de disponibilité absolu pour cette forme. Selon elle, la forme déposée, par son pliage et son bouchon, ne s'écarte pas suffisamment des formes banales de ce segment de produits pour lui conférer une quelconque originalité (n^{os} 19 à 24). Elle considère également que l'imposition du signe dans le commerce n'a pas été rendue vraisemblable et que le signe ne peut être admis à titre de marque imposée (n^{os} 27 à 31). Elle estime enfin que le

principe de la bonne foi ne saurait fonder le droit à l'enregistrement du signe en question (n° 32 ss).

B.

Par acte du 1^{er} septembre 2021, régularisé le 14 septembre 2021, la requérante a déposé un recours contre cette décision auprès du Tribunal administratif fédéral (ci-après : le Tribunal ou le TAF). Avec suite de frais et de dépens, elle conclut principalement à l'admission de son recours et à l'enregistrement de la marque déposée pour les produits suivants :

Papier, carton et produits en ces matières, non compris dans d'autres classes pour l'emballage industriel de nourriture sous forme liquide et/ou de boissons ; conteneurs d'emballage et matières pour l'emballage en papier ou fait en papier glacé avec des matières plastiques, pour l'emballage industriel de nourriture sous forme liquide et/ou de boissons.

Subsidiairement, elle conclut à l'enregistrement de la marque déposée, avec les produits mentionnés, avec la mention "marque imposée", alternativement avec un report de date à laquelle la preuve de l'imposition a été apportée. Très subsidiairement, elle conclut au renvoi du dossier devant l'autorité inférieure pour nouvelle décision. Rappelant que les produits revendiqués s'adressent exclusivement à des professionnels, la recourante fait valoir que la forme déposée dépasse l'aspect purement fonctionnel et esthétique des produits revendiqués et qu'elle est donc bien distinctive (n°s 17 ss et 26 ss). La recourante estime encore qu'en raison de son usage sur le marché en durée et en volumes, la marque déposée s'est imposée dans le commerce et qu'elle est ainsi perçue comme une marque ; elle dépose différents moyens de preuve dans ce sens (n° 48 ss). Elle se plaint enfin d'une violation du principe de la bonne foi dès lors qu'une version très similaire de la marque déposée a déjà été enregistrée par l'autorité inférieure (n°s 45 ss).

C.

Dans sa réponse du 31 janvier 2022, l'autorité inférieure a conclu au rejet du recours, avec suite de frais. Tout en admettant que les produits revendiqués s'adressent exclusivement à des professionnels (n° 3), l'autorité inférieure maintient que la forme déposée sera perçue comme une forme banale de brique destinée à contenir des liquides (n° 8). L'autorité inférieure estime que la forme déposée ne peut pas s'être imposée comme telle. Tout en admettant un chiffre d'affaires important en Suisse, elle relève que la marque déposée ne serait en effet utilisée qu'avec des éléments bidimensionnels distinctifs de sorte que la forme seule ne serait pas présentée aux destinataires ou potentiels destinataires.

Elle conteste la pertinence de la documentation déposée par la recourante car, d'une part, le bouchon serait différent de celui de la marque déposée et, d'autre part, des éléments bidimensionnels auraient été apposés de manière saillante sur les emballages, contrairement à la marque déposée. Selon elle, les attestations versées au dossier sont relativement anciennes et ne permettraient pas d'établir l'imposition de la marque déposée (n^{os} 12 à 16). Selon elle, la recourante ne peut pas se prévaloir de l'égalité de traitement, dès lors que la décision sur laquelle elle se fonde ne reflète plus la jurisprudence actuelle et que la recourante ne démontrerait pas en quoi elle subirait un préjudice du fait du refus d'enregistrement de la marque litigieuse en Suisse (n^o 21 s.).

D.

Dans sa réplique du 5 mai 2022, la recourante explique que la forme déposée, alternant des faces incurvées et des faces renflées, se distingue clairement des emballages classiques pour des aliments liquides, c'est-à-dire des emballages cubiques ou rectangulaires. Selon elle, il n'existe pas une très grande variété de modèles d'emballage pour les produits concernés ; tous seraient rectangulaires ou coniques (*sic !*). Par conséquent, la forme déposée serait distinctive (n^{os} 27 à 32) ; elle dépose une nouvelle attestation dans ce sens (n^{os} 21 à 23). La recourante fait valoir que les huit faces de sa forme n'ont pas d'aspect fonctionnel ou technique dès lors qu'elles ne permettent ni ne facilitent le rangement, la prise en main de l'emballage ou l'élimination du produit concerné (n^{os} 33 à 39). Elle allègue que le public cible reconnaîtrait le caractère originaire de la forme déposée sur la foi de déclaration de professionnels de la branche (n^{os} 40 à 43). Elle en déduit au surplus que la forme tridimensionnelle revendiquée se serait imposée en Suisse (n^{os} 44 à 47). La recourante explique que les destinataires de produits concernés n'achètent pas les produits avec des éléments bidimensionnels, mais seulement des emballages neutres et vierges, qui ne sont jamais présentés aux consommateurs finaux, qui ne sont pas destinataires des produits revendiqués. Elle en déduit qu'il est sans importance que les documents qu'elle a déposés devant l'autorité inférieure représentent les produits avec leurs éléments bidimensionnels (n^{os} 48 et 49 ; voir aussi n^o 11 ss). Selon la recourante, l'on ne saurait exiger en l'espèce un sondage auprès des représentants suisses du secteur de l'emballage, car cela reviendrait à interroger une quarantaine de personnes (n^{os} 48 à 57 ; voir aussi n^{os} 65 à 69). Elle se fonde sur les pièces déposées en 2015 pour conclure que la forme tridimensionnelle déposée a été largement commercialisée en Suisse depuis bien avant le dépôt de la marque en question. Cet argument repose sur les commandes des clients et les factures adressées aux clients, ainsi que le nombre important

(quoique confidentiel) d'emballages reproduisant la forme tridimensionnelle en question depuis 2001 (n^{os} 58 à 64). Sur un autre plan, la recourante fait valoir le principe de la confiance et explique sous cet angle que la pratique ne s'est jamais prononcée sur une marque tridimensionnelle destinée à des professionnels des aliments liquides (n^{os} 70 à 72).

E.

Au terme de sa duplique du 13 juin 2022, l'autorité inférieure a maintenu ses conclusions antérieures. Au sujet de l'imposition éventuelle de la marque déposée, elle maintient que le consommateur n'est pas directement confronté à la forme tridimensionnelle "nue" ; il choisit certes la forme de l'emballage lors de sa commande, mais il le "personnalise" avec "marque et motifs", aspects qui seraient prédominants pour le client (n^{os} 1 à 3). L'autorité inférieure relève que l'une des attestations déposées devant le Tribunal qui énonce que le cercle des professionnels connaîtrait cette forme d'emballage et l'attribuerait à la recourante n'indiquerait pas si elle se réfère au caractère originairement distinctif ou au caractère imposé de la marque (n^o 5). Elle relève que les trois autres déclarations de professionnels se réfèrent à une autre marque que celle déposée ; elle estime encore que le bouchon de fermeture joue un rôle dans l'impression d'ensemble (n^o 6).

F.

Au terme de ses observations du 26 août 2022, la recourante réitère ses conclusions du 1^{er} septembre 2021. Elle maintient en substance que le destinataire choisit l'habillage de l'emballage (éléments bidimensionnels) après avoir choisi la forme. Selon elle, une reproduction virtuelle (au moment du choix de la forme) suffirait pour rester ancrée dans l'esprit du destinataire. Elle rappelle que l'attestation critiquée par l'autorité inférieure précise que, dans l'industrie des aliments liquides, il est très rare que des sociétés fabricant des emballages en carton ou en papier présentent des formes inédites, et que la marque déposée présente une forme unique et exceptionnelle, particulière, en forme de prisme qui se distingue fortement des formes habituelles d'emballage dans ce domaine. Elle insiste enfin sur le cercle restreint des destinataires en l'espèce et précise que, selon la doctrine, plus le cercle des destinataires est petit, étroit, spécialisé et attentif, plus l'imposition du signe devrait être facile. Elle estime que dans ce contexte l'établissement d'un sondage ne serait pas nécessaire pour établir l'imposition du signe.

Les arguments avancés de part et d'autre au cours de la présente procédure seront repris plus loin dans la mesure où cela se révèle nécessaire.

Droit :

1.

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

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

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

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

1.5 Le présent recours est ainsi recevable.

2.

La violation du droit d'être entendu, invoquée par la recourante (recours n° 39) s'est révélée provenir d'une erreur de plume de l'autorité inférieure (réponse n° 4 s.). Il n'y a pas lieu d'examiner plus avant ce grief.

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 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]). 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 (al. 2).

4.

Pour trancher le litige qui divise les parties, il convient de suivre la structure donnée par l'art. 2 let. a LPM qui exclut de la protection les signes appartenant au domaine public (consid. 5), sauf s'ils se sont imposés comme marques pour les produits ou les services concernés (consid. 6).

5. Domaine public (art. 2 let. a *in limine* LPM)

5.1

5.1.1 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 (art. 1 al. 1 LPM), et les signes qui sont essentiels voire indispensables au commerce et qui doivent par conséquent être tenus à la libre disposition des concurrents (ATF 145 III 178 consid. 2.3 "APPLE", 143 III 127 consid. 3.3.2 "rote Damenschuhsohle [position]", 139 III 176 consid. 2 "YOU" et 131 III 121 consid. 4.1 "smarties [3D]/M&M's [3D]"; ATAF 2009/4 consid. 3 "POST" ; arrêt du TAF B-5004/2014 du 8 juin 2017 consid. 3.2.1.3 "CLOS D'AMBONNAY").

5.1.2 Des recoupements entre le défaut de force distinctive et le besoin de libre disposition sont fréquents (ATF 143 III 127 consid. 3.3.2 "rote Damenschuhsohle [position]" ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_6/2013 du 16 avril 2013 consid. 2.1 "WILSON" ; MEIER/FRAEFEL, in : Propriété intellectuelle – Commentaire romand, 2013 [ci-après : CR PI], art. 2 LPM n° 24).

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 139 III 176 consid. 2 "YOU" et 134 III 314 consid. 2.3.2 "M [fig.] ; M BUDGET/ M-joy [fig.]"). En effet, de tels signes présentent un défaut de force distinctive et/ou sont soumis à un besoin de libre disposition des concurrents.

5.1.4 Les formes auxquelles le public s'attend en raison de la fonction ou de l'attrait esthétique du produit n'atteignent pas le caractère distinctif requis (ATF 120 II 307 consid. 3b "The Original" ; arrêts du TAF B-3981/2021 du 6 avril 2022 consid. 2.2 "Nemiroff [3D]", B-2294/2018 du 21 mars 2019 consid. 2.3 "Alexandra Laurent-Perrier [3D]", B-6201/2017 du 16 novembre 2018 consid. 2.3 "1800 Cristalino [fig.]" et B-1920/2014 du 1^{er} septembre 2015 consid. 3.3 "Nilpferd [fig.]").

Les éléments géométriques de base et les formes simples qui ne s'écartent pas de l'attendu et de l'habituel, que ce soit dans leurs détails ou dans leur combinaison, et qui ne restent donc pas dans la mémoire des acheteurs en raison de leur manque d'originalité, sont considérés comme relevant du domaine public (ATF 133 III 342 consid. 3.1 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter" avec entre autres les références de l'ATF 129 III 514 f. consid. 4.1 "Lego"). Les caractéristiques ne doivent pas être pondérées individuellement, mais dans l'impression d'ensemble de la marque (ATF 133 III 342 consid. 4 "Trapezförmiger Verpackungsbehälter" ; arrêts du TAF B-2294/2018 précité consid. 2.3 "Alexandra Laurent-Perrier [3D]", B-6201/2017 précité consid. 2.3 "1800 Cristalino [fig.]" et B-2828/2010 du 2 avril 2011 consid. 4.2 "Roter Koffer [3D]"). Il en résulte qu'un signe n'est pas exclu de la protection en tant que marque au seul motif qu'il contient un élément du domaine public. Ce qui est déterminant, c'est que la marque dans son ensemble (en combinaison avec tous les éléments) ne soit pas caractérisée par des éléments du domaine public (ATF 120 II 307 consid. 3b s. "The Original [3D]"). Cela s'applique aux marques tridimensionnelles en tant que telles, ainsi qu'aux combinaisons de ces formes avec des éléments bidimensionnels (ATAF 2007/35 consid. 2 "Goldrentier [3D]" ; arrêts du TAF B-3981/2021 précité consid. 2.2 "Nemiroff [3D]", B-1061/2017 du 7 août 2018 consid. 7.3.3 "Nussknackermännchen [3D]" et B-570/2008 du 15 mai 2009 consid. 2.2.3 "Zigaretenschachtel [3D]").

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

5.1.5 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, se distinguer de manière claire de l'ensemble des formes habituelles et attendues des produits du domaine en cause (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-7547/2015 du 13 novembre 2017 "[bouteille] (3D)" consid. 6.1.5.2 et B-3612/2014 du 14 septembre 2016 consid. 5.5 "KAPSEL [3D]"). 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]").

5.1.6 Enfin, pour déterminer si un signe tridimensionnel au sens étroit est exclu de la protection par l'art. 2 let. a LPM, il est nécessaire, dans un premier temps, d'identifier les formes habituelles et attendues des produits du domaine concerné et de déterminer ainsi le degré de diversité des formes dans ce domaine (arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 7.2.3.1-7.2.3.3 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]"). Il s'agit ensuite d'examiner si le signe tridimensionnel en cause se distingue de manière claire des formes habituelles et attendues mises en évidence (arrêt du TAF B-5341/2015 du 29 septembre 2017 consid. 7.2.3.2 et 9 "[instrument d'écriture] MONTBLANC-MEISTERSTÜCK [3D]" ; voir aussi B-7547/2015 du 13 novembre 2017 "[bouteille] (3D)" consid. 6.1.5.5).

5.2

5.2.1 Le caractère distinctif est évalué du point de vue des consommateurs ; outre les consommateurs finaux, ceux-ci comprennent également les acteurs du marché en amont (ATF 143 III 127 consid. 3.3.2 "rote Damenschuhsohle [position] ; arrêts du Tribunal fédéral 4A_528/2013 du 21 mars 2014 consid. 5.1 "ePost-Select" et 4A_6/2013 du 16 avril 2013 consid. 3.2.3 "Wilson" ; arrêt du TAF B-3981/2021 du 6 avril 2022 consid. 3 "Nemiroff [3D]").

5.2.2 Les parties se rejoignent pour dire que les produits en question ne sont pas destinés à des consommateurs finaux, mais à des experts de l'industrie de l'emballage (réponse n° 3 ; *contra* décision attaquée n° 12 ; recours n° 17 ss, not. 22).

5.2.3 Les milieux spécialisés ont non seulement des connaissances linguistiques plus spécifiques, mais aussi de meilleures connaissances du marché et ont l'habitude de percevoir et de distinguer les signes distinctifs avec une attention professionnelle (DAVID ASCHMANN, in : Markenschutzgesetz, 2^e éd. 2017, art. 2 LPM n° 32).

5.2.4 En l'espèce, la recourante, au stade du recours, limite sa demande d'enregistrement aux produits "pour l'emballage industriel" (recours p. 2). Au vu de ce qui précède, cette restriction n'a guère de portée en l'espèce.

5.3

5.3.1 La marque déposée est représentée dans la demande d'enregistrement par deux photographies d'un emballage. Sa forme est essentiellement parallélépipédique, c'est-à-dire que ses faces opposées sont superposables et parallèles (autrement dit, c'est un pavé). Elle est posée, de pied, sur l'une des deux faces les plus petites. Les quatre arêtes longues de cette forme sont rognées, comme écrasées, et remplacées par une surface plane, de sorte que la forme est octogonale en milieu de sa hauteur. Les faces les plus petites, servant de base et portant le bouchon, demeurent carrées. On perçoit encore des marques de pliage, sur le haut de la forme, ainsi qu'un bouchon au sommet de la forme, sans particularité. La forme déposée se fait sans revendication de couleur, de sorte qu'elle apparaît blanche. La matière passe pour cartonnée.

5.3.2 Il faut à ce stade déterminer quelles sont les formes typiques pour les conteneurs d'emballage fait en papier glacé avec des matières plastiques, destinés à contenir des aliments liquides ou des boissons (consid. 5.1.6).

La diversité des formes dans le segment de emballages pour des aliments liquides et des boissons est grande. La jurisprudence l'a constaté s'agissant des boissons alcoolisées (voir notamment arrêts du TAF B-3981/2021 du 6 avril 2022 consid. 4.3 "Nemiroff [3D]", B-6201/2017 précité consid. 4.4 "1800 Cristalino [fig.]" et B-2676/2008 du 23 janvier 2009 consid. 4 "Flasche [3D]") et l'on peut étendre cette conclusion aux aliments liquides et aux boissons. Dans ces circonstances, il est plus difficile de créer une forme distinctive (consid. 5.1.5). Il est cependant notoire que, parmi toutes ces formes, la forme parallélépipédique est couramment utilisée pour l'emballage des aliments liquides et des boissons non alcoolisées, comme les expressions françaises "brique de lait" ou "jus en brique" le laissent entendre.

5.3.3 Reste à savoir si les particularités de la forme déposée ici, à savoir essentiellement le rognage des arêtes du pavé et leur remplacement par des surfaces planes s'écartent suffisamment des formes habituelles (consid. 5.1.6). La recourante ne convainc pas lorsqu'elle affirme que la forme déposée consiste en la combinaison d'éléments géométriques partiellement complexes. Selon elle, aucun des emballages comparés par

l'autorité inférieure n'aurait plus que quatre côtés et aucun d'eux ne serait caractérisé par les pliages formant quatre "protubérances" (recours n° 28). Comme l'autorité inférieure le relève bien, il s'agit uniquement d'une variante de la forme usuelle (décision attaquée n° B.III.21). En effet, la forme déposée ne présente guère de particularités dès lors que sa base reste carrée, ce qui est très courant dans ce secteur (consid. 5.3.2). Il n'y a pas de "protubérances" dans la forme déposée, c'est-à-dire de saillie en forme de bosse. Au contraire, du fait que l'on a seulement rogné le pavé d'origine, la forme n'est certes plus rigoureusement parallélépipédique, mais reste définitivement un pavé. Par conséquent, la marque n'est pas à ce point originale qu'elle marquera l'imaginaire des consommateurs, même attentifs.

5.3.4 Dès lors, on ne saurait aucunement conclure que la forme déposée se distingue clairement des emballages typiques de ce secteur. Il existe donc un besoin de libre disposition de la forme parallélépipédique pour les concurrents de la recourante. En effet, si la force distinctive s'apprécie au regard de la perception des cercles de consommateurs déterminants (consid. 5.2.1), le besoin de libre disposition dépend quant à lui des besoins des concurrents (arrêt du Tribunal fédéral 4A_6/2013 du 16 avril 2013 consid. 2.4 *in fine* "WILSON" ; MEIER/FRAEFEL, in : CR PI, art. 2 LPM n° 23)

5.3.5 Selon la recourante, la forme déposée ne serait ni fonctionnelle, ni esthétique, ni technique (réplique n° 33 ss). Ses arguments ne sauraient convaincre. Selon elle, une brique à huit faces ne serait pas plus facilement rangeable que celle à quatre faces, contrairement à ce que soutient l'autorité inférieure. Or, d'un point de vue logistique, c'est la base du produit, au contact avec le sol, qui est déterminante. Même si le volume de liquide contenu est plus petit, cela ne change rien au niveau du rangement. La base de la forme déposée est carrée et s'alignera sur la base des mêmes emballages stockés à ses côtés.

Sur un autre plan, la recourante affirme que la face pour la prise en main est plus réduite dans la forme déposée que sur un emballage classique à quatre faces (réplique n° 38). Même si cette affirmation est correcte du point de vue de la géométrie, il reste que plus l'emballage s'arrondit, mieux il épousera la forme d'une main qui se ferme, facilitant sa saisie. L'argument de la recourante tombe donc à faux.

Le Tribunal estime donc que la forme déposée résulte bien d'un choix esthétique ou d'une modalité pratique destinée à faciliter la prise en main de l'objet commercialisé.

5.3.6 Parmi les exemples de formes de bouteilles rassemblés par l'autorité inférieure, on trouve également quelques bouteilles avec un bouchon ou des éléments similaires à un bouchon. La combinaison des différents éléments de la forme ne s'écarte pas non plus de ce à quoi on peut s'attendre et de ce à quoi on est habitué. Il est somme toute de petite taille et n'est pas assemblé de manière surprenante. En effet, celui-ci ne présente aucune particularité susceptible de modifier l'impression d'ensemble. De plus, s'agissant des aliments liquides et des boissons, la présence d'un bouchon répond à un impératif technique (décision attaquée n° B.III.21). L'on arrive à la même conclusion s'agissant de la languette destinée à assurer sa fermeture (pli).

5.3.7 Selon la recourante, les professionnels de la branche, constituant le cercle des consommateurs pertinents, considéreraient la forme déposée comme "extraordinaire". A la lecture des attestations qu'elle produit dans ce sens, le Tribunal constate que leurs auteurs affirment plus qu'ils n'expliquent. Ils soutiennent que la forme déposée aurait un caractère originairement distinctif, mais ils n'apportent guère d'arguments pour étayer leur position. Le directeur du Schweizerisches Verpackungsinstitut SVI, autrement dit l'association faîtière de l'industrie de l'emballage, affirme par exemple que la forme présente une haute différenciation optique, mais se garde bien d'expliquer en quoi (annexe 26 à la réplique). La référence qu'il fait au produit "Energy Milk" de l'entreprise Emmi affaiblit même sa position. En effet, ce produit est connu aussi grâce à ses éléments bidimensionnels imprimés sur l'emballage, à commencer par le nom du produit. Or, en l'espèce, seule la forme "nue" est présentée aux consommateurs concernés, comme l'explique longuement la recourante (réplique n^{os} 6 à 20)

5.3.8 Il s'ensuit également que la forme déposée ne comprend aucun élément bidimensionnel distinctif (élément verbal, élément graphique ou couleur). Cela exclut donc son enregistrement sous cet angle (p. ex. arrêt du TAF B-3981/2021 du 6 avril 2022 consid. 5 "Nemiroff [3D]").

5.3.9 Par conséquent, c'est à bon droit que l'autorité inférieure a retenu que la forme déposée est dépourvue de force distinctive et frappée d'un besoin de libre disposition.

6. Imposition d'un signe comme marque (art. 2 let. a *in fine* LPM)

6.1

6.1.1 Vu l'art. 2 let. a *in fine* LPM, un signe en soi dépourvu de force distinctive peut néanmoins s'imposer dans le commerce à titre de marque (Verkehrsdurchsetzung) lorsqu'une part importante des destinataires des produits ou des services concernés le perçoit comme une référence à une entreprise déterminée, sans qu'il ne soit nécessaire que celle-ci soit connue nommément (ATF 140 III 109 consid. 5.3.2 "ePostSelect [fig.]" ; arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2009 du 30 novembre 2009 consid. 3.1 "RADIO SUISSE ROMANDE" ; arrêt du TAF B-5614/2008 du 3 décembre 2010 consid. 2 "Freischwinger Panton [3D] III").

6.1.2 Encore faut-il que le signe ne soit pas soumis, dans le cas particulier, à un besoin de libre disposition absolu, lequel empêche alors l'enregistrement comme marque imposée (arrêt du Tribunal fédéral 4A_434/2009 du 30 novembre 2009 consid. 3.1 "RADIO SUISSE ROMANDE").

6.1.3 Le déposant n'a pas non plus à apporter la preuve complète de l'imposition sur le marché, mais doit seulement la rendre vraisemblable. (ATF 130 III 328 consid. 3.2 "Swatch Uhrband" ; arrêt du TAF B-8240/2010 du 27 février 2012 consid. 2.2 "Aus der Region. Für die Region [fig.]"). Il est satisfait à l'exigence de vraisemblance lorsque les faits allégués pour fonder le droit apparaissent, sur la base d'une appréciation sommaire, comme vraisemblables, même si l'autorité qui prend la décision tient encore compte de la possibilité qu'ils ne soient pas effectivement réalisés (ATF 130 III 328 consid. 3.2 et les références citées "Swatch Uhrband" ; arrêt du TAF B-8240/2010 consid. 2.2 "Aus der Region. Für die Region [fig.]").

6.1.4 La mise en œuvre en tant que signe individuel doit avoir eu lieu dans toute la Suisse ; une mise en œuvre locale ne suffit pas (ATF 127 III 37 consid. 2c "Brico"). Cela n'exclut pas en principe que le signe s'impose de manière différente au niveau local, pour autant que le signe soit compris comme un signe individuel par une certaine partie des destinataires dans toute la Suisse (ATF 128 III 441 consid. 1.2 "Appenzeller", avec renvoi à l'ATF 127 III 33 consid. 2 "Brico"). Les exigences en matière d'acceptation par le public sont d'autant plus élevées que le signe est faible ou qu'il nécessite une disponibilité (ATF 134 III 314 consid. 2.3.5 "M/M-joy" et 130 III 328 consid. 3.4 "Swatch Uhrband").

6.1.5 L'imposition d'un signe dans le public peut être déduite de faits qui, selon l'expérience, permettent de tirer des conclusions sur la perception du signe par le public. Il s'agit par exemple de chiffres d'affaires importants réalisés depuis longtemps sous un signe ou d'efforts publicitaires intensifs. Selon le Tribunal fédéral, une enquête démoscopique (sondage) est le moyen le plus sûr d'établir l'imposition (arrêt du Tribunal fédéral 4A_587/2021 du 30 août 2022 consid. 4.2 et 4.5.5 "Lindt Hasen", proposé à la publication ; voir aussi ATF 140 III 109 consid. 5.3.2 "ePostSelect", 131 III 121 consid. 6 "Smarties" et 130 III 328 consid. 3.1 "Swatch Uhrband"). Pour rendre l'imposition de la marque vraisemblable, l'autorité inférieure exige en règle générale un usage prouvé de la marque pendant dix ans ; exceptionnellement, une période d'usage plus courte peut suffire (arrêt du TAF B-5286/2018 consid. 3.4 et les références citées "HYBRITEC" ; KAISER/RÜETSCHI, Beweisrecht, in : Markenschutzgesetz, 2^e éd. 2017, n° 86 ; ADRIAN P. WYSS, Die Verkehrsdurchsetzung im schweizerischen Markenrecht, 2013, 50 ss). Dans la procédure d'enregistrement, l'imposition sur le marché doit exister au moment du dépôt de la marque (arrêt du TAF B-5286/2018 consid. 3.4 et les références citées "HYBRITEC").

6.1.6 Le caractère distinctif de la marque n'est reconnu que pour les produits ou services pour lesquels il est établi (ATF 130 III 328 consid. 3.2 "Swatch Uhrband" ; arrêt du TAF B-5286/2018 consid. 3.4 et les références citées "HYBRITEC"). Même si le caractère distinctif est établi pour certains produits ou services, cela n'entraîne pas le caractère distinctif des produits connexes ou du terme générique (Oberbegriff) correspondant de la même classe de produits ou de services (arrêt du TAF B-5286/2018 consid. 3.4 et les références citées "HYBRITEC").

6.2

6.2.1 En l'espèce, la recourante ne dispose pas d'une enquête démoscopique à l'appui de ses conclusions. Il s'agit pourtant du moyen de preuve le plus sûr (consid. 6.1.5). Selon la recourante, un sondage serait impossible en l'espèce, car cela reviendrait à interroger moins de quarante personnes (réplique n° 57). Son argument ne résiste pas à l'analyse. Parmi la quarantaine de personnes concernées selon elle, la recourante s'est contentée de déposer la déclaration écrite d'une seule active en Suisse dans le domaine, à savoir le directeur du Schweizerisches Verpackungsinstitut SVI (cité au consid. 5.3.7). Ce dernier affirme que la marque déposée est bien connue par les spécialistes. Sa déclaration reste brève et vague. S'il s'exprime au nom de sa profession, il ne se prononce

pas clairement sur la question de l'imposition à titre de marque dans son milieu. En effet, il écrit qu'il est rare dans l'industrie des aliments liquides que les industriels fabriquent de nouvelles formes. Or, cet argument, comme le souligne très justement l'autorité inférieure (duplicata n° 5), ne relève pas de l'imposition de la marque, mais de son caractère distinctif, ce qui est une question déjà traitée (consid. 5). De plus, il ne dit rien au sujet de l'usage long et intensif (consid. 6.1.5). Enfin, on ne peut pas exclure que cette pièce, établie durant la procédure de recours, ait été produite devant le Tribunal pour les seuls besoins de la cause.

Autrement dit, même si l'on admet qu'un sondage ne serait guère praticable sur une population aussi petite, cela ne dispenserait pas la recourante de présenter un nombre plus représentatif de déclarations qu'une seule. Au final, cette seule déclaration ne saurait être représentative de l'opinion du cercle des consommateurs. Les trois déclarations déposées devant le Tribunal concerne une autre forme puisqu'elles sont antérieures à sa création (pces 11 à 13 ; réponse n° 16). Pour ce qui est des déclarations (affidavits) émanant de plusieurs responsables commerciaux italien et polonais (annexes 27 à 29 à la réplique), il y a lieu de les écarter, car seule l'imposition en Suisse est pertinente (consid. 6.1.4).

6.2.2 Il reste à voir si les autres moyens que la recourante a déposés devant l'autorité inférieure et le Tribunal pourraient y pallier (méthode indirecte). Dans sa réplique, la recourante rappelle avoir déposé des factures concernant ses ventes en Suisse pour les années 2009 à 2013 auprès de différentes entreprises comme Mittelland Molkerei AG et Emmi Frischprodukte AG (n° 60 s.). La recourante explique dans sa réplique ne pas vouloir révéler ce qu'elle considère comme des secrets d'affaires (n° 64). Quoi qu'il en soit, il ne s'agit que de deux acheteurs sur le marché de l'emballage alimentaire, ce qui serait insuffisant pour retenir une imposition sur le marché de la marque à l'échelle de l'ensemble du marché en question. Par ailleurs, les volumes de vente et les chiffres d'affaires, bien qu'importants, sont à eux seuls insuffisants pour rendre vraisemblables l'imposition de la marque déposée sur le marché. Certes antérieures au dépôt de la marque en cause (décembre 2014), ces pièces rendent au mieux vraisemblable l'usage de la marque verbale "TPA/jll" pour "Tetra Prisma", car c'est ainsi que ces factures sont libellées. Comme le relève la décision attaquée, cela ne signifie pas encore que la forme déposée soit perçue par le public concerné comme une marque (n° 30). En effet, les volumes de vente, pour importants qu'ils soient, concernent plus les consommateurs finaux que les professionnels de la branche qui sont ici concernés. Les pièces en question sont donc insuffisantes pour

rendre vraisemblable l'imposition de la marque déposée auprès du public cible, c'est-à-dire que les consommateurs concernés associent la forme déposée à la recourante ou à ses produits (art. 1 al. 1 LPM).

6.2.3 Comme le Tribunal l'a déjà relevé sous l'angle du domaine public (consid. 5), la marque déposée est en soi banale, puisque sa forme ne se distingue guère parmi les formes d'emballages pour aliments liquides et boissons. Cela a aussi pour conséquence que son imposition sur le marché est plus difficile (consid. 6.1.4).

6.2.4 Il n'est certes pas exclu que la marque "Tetra Prima" et surtout la marque "Tetra Pak" se soient imposées auprès des consommateurs finaux pour des emballages en carton destinés à des aliments liquides et surtout des boissons, mais pas pour une forme spécifique, comme la marque déposée. Cette imposition auprès des consommateurs finaux ne peut être dérivée sur le cercle des spécialistes ici concernés. En effet, c'est bien davantage le concept d'emballages cartonnés qu'une forme en particulier dont la recourante pourrait se prévaloir. Cela échappe cependant au droit des marques tel que le définit l'art. 1 al. 2 LPM qui protège non un concept ou une idée, mais la représentation de ce concept ou de cette idée dans un signe (tridimensionnel en l'espèce). Autrement dit, le consommateur verra un "Tetra Pak" dans *tous* les emballages en carton plié contenant des liquides, mais pas dans une forme en particulier, celle déposée ou une autre.

7.

Il s'agit encore de déterminer si, comme le soutient la recourante, la décision attaquée viole le principe de l'égalité de traitement et de la bonne foi invoqués par la recourante sur le fondement de la marque suisse n° P-541405 "emballage (3D)" dont elle avait obtenu l'enregistrement en 2006.

7.1 Comme elle en est elle-même la titulaire, la recourante ne peut pas se fonder sur la marque suisse n° P-541405 "emballage (3D)" pour invoquer, au sens de l'art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), le principe de l'égalité dans l'illégalité (arrêts du TAF B-107/2018 du 25 octobre 2019 consid. 9.2.1 "ALOFT" et B-1394/2016 du 12 décembre 2018 consid. 11.3.3.1 "LOCKIT"). Peut ainsi rester ouverte la question de savoir si le signe protégé par la marque suisse n° P-541405 "emballage (3D)" est comparable à la marque déposée dans la présente cause (arrêt du Tribunal

fédéral 4A.5/2004 du 25 novembre 2004 consid. 4.3 "FIREMASTER" ; arrêt du TAF B-107/2018 du 25 octobre 2019 consid. 9.2.1 "ALOFT").

7.2 Par ailleurs, l'enregistrement d'une seule marque ne saurait constituer une assurance dont son titulaire pourrait se prévaloir sous l'angle du principe de la bonne foi au sens de l'art. 9 Cst. (arrêts du TAF B-107/2018 du 25 octobre 2019 consid. 9.2.2 "ALOFT", B-5071/2017 du 2 septembre 2019 consid. 12.2.2.1 "FILMARRAY" et B-6068/2014 du 1^{er} février 2016 consid. 6.8 [non publié in : ATAF 2016/21] "GOLDBÄREN").

7.3 La recourante ne peut dès lors tirer quoi que ce soit de l'enregistrement de la marque suisse n° P-541405 "emballage (3D)".

8.

Il ressort de tout ce qui précède que c'est à juste titre que la décision attaquée a refusé l'enregistrement de la marque déposée. Le recours doit dès lors être rejeté.

9.

9.1 En règle générale, les frais de procédure – comprenant l'émolument judiciaire (art. 63 al. 4^{bis} PA ; art. 2 et art. 4 du règlement du 21 février 2008 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]) 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).

Il se justifie d'arrêter à 3'000 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 cette somme à la charge de la recourante, qui succombe. Ce montant est compensé par l'avance de frais d'un même montant versée par la recourante au cours de l'instruction.

9.2 Vu qu'elle succombe, la recourante 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 droit non plus aux dépens (art. 7 al. 3 FITAF).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure de 3'000 francs sont mis à la charge de la recourante.

Ce montant est compensé par l'avance de frais d'un même montant versée par la recourante au cours de l'instruction.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé à la recourante, à l'autorité inférieure et au Département fédéral de justice et police DFJP.

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

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Yann Grandjean

Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière civile, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 72 ss, 90 ss et 100 LTF). Ce délai est réputé observé si les mémoires sont remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

Expédition : 31 août 2023

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 65026/2014 ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de justice et police DFJP, à Berne (acte judiciaire)