Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Cour II
B-2678/2012

Arrêt du 7 mars 2013

Composition

Claude Morvant (président du collège),
Marc Steiner, David Aschmann, juges,
Muriel Tissot, greffière.

Parties

Onyx Pharmaceuticals, Inc.,
représentée par E. Blum & Co. AG,
Patent- und Markenanwälte VSP,
recourante,

contre

Astellas Pharma Europe B.V.,
représentée par Novagraaf Switzerland SA,
intimée,

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

Objet

Procédure d'opposition N° 11'186
CH 450'380 OMIX / CH 598'932 ONYX
PHARMACEUTICALS.

Faits :

A.
L'enregistrement de la marque suisse N° 598'932 "ONYX PHARMACEUTICALS" (ci-après : la marque attaquée) a été publié sur Swissreg le 31 mars 2010. Cette marque revendique la protection en Suisse pour les produits et services suivants :

Classe 5 : Pharmazeutische Präparate

Classe 42 : Pharmazeutische Forschung und Entwicklung ; medizinische und wissenschaftliche Forschung, nämlich Durchführung von klinischen Prüfungen, Versuchen und Studien ; medizinische, wissenschaftliche und veterinärmedizinische Forschungsdienstleistungen ; wissenschaftliche Beratungsdienstleistungen

Classe 44 : Medizinische und veterinärmedizinische Beratungsdienstleistungen

B.

B.a Le 30 juin 2010, Astellas Pharma Europe B.V. (ci-après : l'opposante) a formé opposition totale à l'encontre de l'enregistrement précité devant l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle IPI (ci-après : l'autorité inférieure) en se fondant sur sa marque suisse N° 450'380 "OMIX" (ci-après : la marque opposante), enregistrée pour les produits suivants :

Classe 5 : Produits pharmaceutiques et médicaments pour le domaine de l'urologie

A l'appui de son opposition, l'opposante a fait valoir en substance que les produits étaient identiques, que les produits et les services étaient fortement similaires et que les signes étaient similaires, de sorte qu'il en résultait un risque de confusion certain entre lesdites marques.

B.b Dans sa réponse du 9 janvier 2011, Onyx Pharmaceuticals, Inc. (ci-après : la défenderesse) a soulevé le défaut d'usage de la marque opposante.

B.c Invitée à répliquer, l'opposante a produit le 21 juin 2011 des moyens de preuve tendant à rendre vraisemblable l'usage de sa marque.

B.d Dans sa duplique du 21 septembre 2011, la défenderesse a soutenu que lesdits moyens de preuve ne permettaient pas, considérés de manière individuelle ou combinée, de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante en Suisse. A titre subsidiaire, elle a indiqué qu'il n'y avait pas de risque de confusion entre les marques dès lors que celles-ci n'étaient pas similaires.

C.
Par décision du 29 mars 2012, l'autorité inférieure a partiellement admis l'opposition, en tant qu'elle a révoqué les produits revendiqués par la marque attaquée en classe 5. Elle a tout d'abord retenu que, sur la base des pièces fournies par l'opposante, l'usage sérieux de la marque opposante, par un tiers autorisé, en Suisse, dans une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée, avait été rendu vraisemblable pour des médicaments entre 2006 et 2011. Reconnaissant ensuite une similarité des produits couverts par les marques opposées en classe 5 et des signes en présence, elle a admis l'existence d'un risque de confusion.

D.
Par écritures du 15 mai 2012, Onyx Pharmaceuticals, Inc. (ci-après : la recourante) a recouru contre dite décision auprès du Tribunal administratif fédéral en concluant, sous suite de frais et dépens, à son annulation et au rejet de l'opposition formée devant l'autorité inférieure.

A l'appui de ses conclusions, la recourante soutient qu'aucune des pièces déposées par Astellas Pharma Europe B.V. (ci-après : l'intimée) ne permet de rendre vraisemblable un usage sérieux de la marque opposante dans le commerce pour la période de référence ; subsidiairement, dites pièces démontrent un usage de la marque dans une forme divergeant essentiellement de la marque enregistrée.

E.
Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure en a proposé le rejet au terme de sa réponse du 16 août 2012, en renvoyant à la motivation de la décision attaquée.

F.
Egalement invitée à se déterminer sur le recours, l'intimée a répondu le 17 septembre 2012, dans un délai prolongé, en exposant en substance que les pièces versées au dossier prouvaient que la marque opposante avait été utilisée de façon continue, durant la période considérée, en

relation avec les produits couverts par celle-ci et dans une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée.

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

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral est compétent pour statuer sur le présent recours (cf. art. 31, 32 et 33 let. e de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral [LTAF, RS 173.32] et art. 5 al. 2 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). La qualité pour recourir doit être reconnue à la recourante (cf. art. 48 al. 1 PA). Les autres conditions de recevabilité sont en outre respectées (cf. art. 11, 22*a* al. 1 let. a, 50 al. 1, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA).

Le recours est ainsi recevable.

2.
Le droit à la marque prend naissance par l'enregistrement (art. 5 de la loi sur la protection des marques du 28 août 1992 [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). La protection est accordée pour autant toutefois que la marque soit utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés. Si, à compter de l'échéance du délai d'opposition ou, en cas d'opposition, de la fin de la procédure d'opposition, le titulaire n'a pas utilisé la marque en relation avec les produits ou les services enregistrés, pendant une période ininterrompue de cinq ans, il ne peut plus faire valoir son droit à la marque, à moins que le défaut d'usage ne soit dû à un juste motif (art. 12 al. 1 LPM).

Si le défendeur invoque le non-usage de la marque antérieure en vertu de l'art. 12 al. 1 LPM dans sa première réponse à l'opposition, l'opposant doit rendre vraisemblable l'usage de sa marque ou l'existence de justes motifs pour son non-usage (art. 32 LPM et 22 al. 3 de l'ordonnance du 23 décembre 1992 sur la protection des marques [OPM, RS 232.111]). La vraisemblance doit se rapporter à une période de cinq ans rétroactivement à compter de la date à laquelle le défendeur a invoqué, dans sa première détermination, le défaut d'usage de la marque opposante (cf. sic! 2008 36 consid. 4 *Kinder*).

En l'espèce, le défaut d'usage de la marque opposante a été invoqué à temps par la recourante dans sa première réponse du 9 janvier 2011 à l'opposition. L'enregistrement de la marque opposante ayant été publié le 29 avril 1998, le délai d'opposition contre cette marque est donc venu à échéance le 29 juillet 1998 – sans qu'aucune opposition n'ait été déposée (cf. https://www.swissreg.ch/srclient/faces/jsp/trademark/sr30.jsp). Le délai de carence prévu à l'art. 12 al. 1 LPM a de ce fait pris fin le 29 juillet 2003.

La période à prendre en considération en l'espèce court du 9 janvier 2006 au 9 janvier 2011.

3.
La marque doit être utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés (art. 11 al. 1 LPM) dans sa forme enregistrée ou dans une forme qui ne diverge pas essentiellement de celle figurant au registre (art. 11 al. 2 LPM). L'usage doit être sérieux et doit se rapporter, en principe, au territoire suisse (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] B-576/2009 du 25 juin 2009 consid. 6 et réf. cit. *Targin*).

3.1 La marque doit être utilisée dans sa fonction distinctive des produits ou des services pour lesquels elle est protégée (cf. CHRISTOPH WILLI, in : Markenschutzgesetz, Kommentar zum schweizerischen Markenrecht unter Berücksichtigung des europäischen und internationalen Markenrechts, Zurich 2002, N° 14 ad art. 11). Il n'est par conséquent pas nécessaire qu'elle soit apposée sur le produit ou sur son emballage (cf. arrêt du TAF B-7449/2006 du 20 août 2007 consid. 5 *Exit* ; cf. également ERIC MEIER, L'obligation d'usage en droit des marques, Zurich 2005, p. 27). La marque peut donc également exercer sa fonction distinctive si elle figure sur des prospectus, des listes de prix ou des factures.

3.2 L'usage d'une marque est sérieux lorsque son titulaire a l'intention de l'utiliser dans un but commercial réel. Il doit manifester son intention de satisfaire à toute demande dans la mesure où elle ne dépasse pas les attentes les plus optimistes. Le titulaire doit en outre prospecter le marché et pouvoir démontrer une activité minimale sur ce dernier durant une période prolongée (cf. arrêt du TAF B-5342/2007 du 29 février 2008 consid. 5.2 et 7.11 et réf. cit. *Whale*). Il n'est pas nécessaire que le titulaire de la marque fabrique de nouveaux produits. La seule activité de vente suffit (cf. PHILIPPE GILLIÉRON, L'usage à titre de marque en droit suisse, in : sic! 2005 101, p. 107). L'usage à des fins privées ou à

l'intérieur de l'entreprise ne suffit pas à maintenir le droit. Il en va de même lorsque la marque est utilisée dans le commerce exclusivement entre deux ou plusieurs sociétés étroitement liées sur le plan économique. L'usage sera toutefois retenu lorsque les produits concernés sont mis en concurrence avec ceux d'un tiers (cf. MEIER, op. cit., p. 31).

Le degré de "sériosité" est relatif. Pour déterminer objectivement le sérieux de l'usage, il faut se fonder sur l'ensemble des circonstances du cas particulier, soit les produits ou les services concernés, le chiffre d'affaires usuel, ainsi que l'étendue et la durée de l'usage (cf. MEIER, op. cit., p. 50 ss). Alors qu'un usage occasionnel suffit lorsqu'il s'agit de produits rares et précieux, un usage régulier doit être exigé pour les produits de consommation courante (cf. GILLIÉRON, op. cit., p. 107 et réf. cit. ; cf. également arrêt du TAF B-5342/2007 précité consid. 7.11 *Whale*).

4.
L'opposant ne doit pas démontrer l'usage de sa marque mais doit uniquement le rendre vraisemblable (art. 32 LPM). Le juge doit non seulement considérer l'usage comme possible mais également comme probable en se basant sur une appréciation objective des preuves d'usage. Il ne doit pas être persuadé que la marque est utilisée ; il suffit que la véracité des faits allégués soit plus élevée que leur inexactitude (cf. arrêt du TAF B-5732/2009 du 31 mars 2010 consid. 5 et réf. cit. *Longines*).

Les moyens de preuve admissibles pour rendre vraisemblable l'usage d'une marque peuvent consister en des pièces justificatives (par ex. factures, bulletins de livraison) et des documents (par ex. étiquettes, échantillons, emballages, catalogues, prospectus). Les preuves d'usage doivent se rapporter à la période de référence et doivent, par conséquent, être datées. Les preuves non datées sont toutefois admissibles lorsqu'elles peuvent être mises en relation avec d'autres preuves datées (cf. arrêt du TAF B-7449/2006 précité consid. 4 *Exit*).

5.
En l'espèce, il s'agit d'examiner si les moyens de preuve produits par l'intimée illustrent une utilisation en Suisse de la marque opposante durant la période de référence. Dans l'affirmative, il restera à établir si cet usage est suffisamment sérieux et à déterminer l'auteur de cet usage. A cet égard, il convient de préciser que le titulaire de la marque ne doit pas toujours utiliser la marque lui-même. Il peut autoriser des tiers à en faire usage. L’usage de la marque auquel le titulaire consent est assimilé à

l’usage par le titulaire (art. 11 al. 3 LPM). Est aussi valable l’usage de la marque par des filiales ou d’autres entreprises étroitement liées (cf. Directives IPI en matière de marques, ch. 6.4.8).

5.1 En l'occurrence, dans le cadre de la procédure devant l'autorité inférieure, l'intimée a produit les pièces suivantes dans le but de rendre vraisemblable l'usage de la marque opposante :

un extrait du Compendium Suisse des Médicaments – daté de décembre 2005 et encore disponible à ce jour (cf. http://www.kompendium.ch/mpro/mnr/15373/html/fr) – duquel il ressort que le médicament "Omix Ocas® 0,4 mg" d'Astellas Pharma AG est utilisé dans le traitement des symptômes fonctionnels de l'hyperplasie bénigne de la prostate (annexe 1) ;

une copie de l'autorisation – datée du 13 janvier 2006 et valable jusqu'au 12 janvier 2011 – délivrée à Astellas Pharma AG par Swissmedic de commercialiser les comprimés retard "Omix Ocas 0,4 mg" utilisés dans le traitement de l'hypertrophie bénigne de la prostate (annexe 2) ;

une copie des emballages du médicament – non datés – sur lesquels est apposé le signe "Omix Ocas® 0,4 mg", assorti d'un élément figuratif (annexe 4) ;

des copies des notices d'utilisation du médicament – datées du 28 avril 2011 avec une référence au dernier contrôle effectué en juillet 2008 – reproduites en allemand, français et italien et sur lesquelles figure le signe "Omix Ocas® 0,4 mg", accompagné d'un élément figuratif ; il ressort notamment de ces notices que le médicament, dont le titulaire de l'autorisation est Astallas Pharma AG, est utilisé dans le traitement des symptômes fonctionnels de l'hyperplasie bénigne de la prostate (annexes 5 et 6) ;

une lettre d'Astellas Pharmas AG rédigée en allemand – datée de juin 2008 – visant à promouvoir le médicament "Omix Ocas®" (annexe 7) ;

une brochure, datée de décembre 2005, rédigée en allemand et jointe à la lettre de l'annexe 7, de présentation du médicament, utilisé dans le traitement de l'hypertrophie bénigne de la prostate, et contenant une représentation du signe "Omix Ocas®", assorti d'un élément figuratif (annexe 8) ;

19 factures – dont 14 tombant sous la période de contrôle – émises par des sociétés suisses à l'intention de Astellas Pharma AG, relatives à des frais de publicité en faveur du produit "Omix Ocas", soit des services de conseils, média et traduction, annonces, étiquettes, post-it, bandeaux publicitaires et publications dans des revues médicales suisses, pour un montant total de plus de Fr. 200'000.- (annexe 9) ;

13 factures – dont 9 correspondant à la période de référence – libellées en francs suisses, relatives à des commandes de comprimés retard "Omix Ocas 0,4 mg" passées auprès de Astellas Pharma Europe Ltd, livrées à la société suisse Alloga AG et facturées à Astellas Pharma AG (annexe 10).

L'intimée n'a produit aucune pièce nouvelle dans le cadre de la procédure de recours.

5.1.1 La recourante invoque que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, ces pièces ne prouvent aucun usage sérieux de la marque opposante sur le marché suisse en lien avec les produits pour lesquels elle est enregistrée, dès lors que les annexes 1 et 2 constituent respectivement des publication et autorisation émanant de tiers ; que la reproduction de la marque sur un emballage ou une notice d'utilisation du médicament ne constitue pas un usage permettant de maintenir le droit ("rechtserhaltend"), de même que les factures relatives aux frais publicitaires figurant dans l'annexe 9 ; que rien ne prouve que la lettre et la brochure contenues dans les annexes 7 et 8 ont été envoyées et, dans l'affirmative, où et à qui ; et qu'enfin, les factures rassemblées sous l'annexe 10 prouvent uniquement une utilisation de la marque à l'intérieur d'un groupe de sociétés (Konzern) dirigées par la société-mère japonaise Astellas Pharma Inc..

5.1.2 Selon la doctrine et la jurisprudence, la simple apposition de la marque sur le produit ou son emballage ne suffit pas à maintenir le droit à la marque, dès lors qu'il s'agit en principe d'une opération interne à l'entreprise. Le produit n'est pas mis dans le commerce et la marque n'exerce donc pas sa fonction distinctive. Il en va généralement de même des autres actes préparatoires à la commercialisation, tels que la commande d'étiquettes, la fabrication d'emballages, l'élaboration de concepts publicitaires, l'analyse de marché (cf. MEIER, op. cit., p. 33). Partant, les pièces répertoriées sous les annexes 4 (au demeurant non datées), 5, 6, 7, 8 et une partie des factures de l'annexe 9 ne sont pas de

nature à rendre vraisemblable à elles seules l'usage de la marque opposante.

S'agissant des factures réunies sous l'annexe 10 (tombant sous la période de référence), il convient de relever que les médicaments sont livrés non pas à la société Astellas Pharma AG mais à la société Alloga AG, et ce même si celles-ci indiquent pour adresse de livraison "Alloga AG c/o Astellas Pharma AG". Selon l'extrait du registre du commerce produit par l'intimée en annexe 11, c'est en effet bien l'adresse de la première qui est inscrite sur les factures et non celle de la seconde. Aussi, contrairement à ce que prétend la recourante, dites pièces ne démontrent pas un usage de la marque opposante à l'intérieur du groupe de sociétés. Alloga AG est une société suisse qui a pour but, toujours selon l'extrait du registre du commerce, de fournir des moyens logistiques et autres services en relation avec l'importation et l'exportation et la distribution de produits pharmaceutiques. Partant, dès lors que la livraison du produit muni de la marque à un commerçant, à un détaillant ou à un grossiste est constitutive d'un usage à titre de marque (cf. MEIER, op. cit, p. 29), dites pièces sont à prendre en considération dans l'appréciation de la vraisemblan ce de l'usage de la marque opposante.

5.2 Sur le vu de ce qui précède, il y a lieu de reconnaître que les pièces produites par l'intimée, considérées de manière individuelle, ne remplissent pas toutes les critères requis, de sorte qu'elles ne permettent pas à elles seules d'établir l'usage de la marque opposante. Néanmoins, il convient d'admettre que, mises en relation les unes avec les autres, celles-ci participent à un faisceau d'indices en faveur de l'utilisation de la marque opposante sur le marché suisse, en relation avec un médicament utilisé dans le domaine de l'urologie, durant la période de contrôle. A tout le moins, il y a lieu de retenir que la probabilité de l'usage de la marque opposante est plus élevée que celle de son non-usage.

5.3 Reste toutefois encore à examiner, sur la base d'une appréciation objective desdites pièces, si cet usage est sérieux, c'est-à-dire si l'intimée a rendu vraisemblable une activité commerciale minimale sur le marché durant une période prolongée (cf. arrêt du TAF B-1755/2007 du 14 février 2008 consid. 6.4.1 *No Name*).

L'analyse des 9 factures, contenues dans l'annexe 10, correspondant à la période de référence, permet d'observer que des comprimés retard marqués "Omix Ocas 0,4 mg" ont été livrés à une société suisse de distribution de produits pharmaceutiques de manière régulière entre

février 2006 et octobre 2009 pour un montant total de plus de Fr. 560'000.-. L'existence d'une activité commerciale minimale sur le marché durant la période de contrôle est de ce fait vraisemblable.

5.4 Il convient enfin de déterminer l'auteur de cet usage. Il ressort des pièces déposées par l'intimée que la marque opposante est utilisée en Suisse par la société Astellas Pharma AG, soit la filiale suisse de l'intimée (cf. http://www.astellas.eu/contact/locations/switzerland/). Attendu que l'usage de la marque par une filiale est réputé être un usage auquel le titulaire consent, l'utilisation de la marque opposante par la société Astellas Pharma AG est de ce fait, comme l'a admis l'autorité inférieure, assimilée à l'usage par l'intimée (cf. consid. 5).

6.
Reste à examiner si l'usage de la marque opposante dans sa forme actuelle ne diverge pas essentiellement de la marque enregistrée (cf. art. 11 al. 2 LPM).

En principe, la marque doit être utilisée dans la forme inscrite au registre (cf. message du Conseil fédéral du 21 novembre 1990 concernant une loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance [FF 1991 I 1], p. 24 ; GILLIÉRON, op. cit., p. 109). Le caractère dynamique du marché et son évolution exigent toutefois que le titulaire d'une marque adapte cette dernière (cf. MEIER, op. cit., p. 60). C'est la raison pour laquelle l'art. 11 al. 2 LPM précise que l'usage d'une forme de la marque ne doit pas diverger essentiellement de la marque enregistrée.

Selon la doctrine et la jurisprudence, il faut examiner si le caractère distinctif de la marque est affecté dans son identité pour apprécier l'importance des modifications apportées à la marque enregistrée. Les divergences ne sont pas essentielles lorsque le public assimile la marque utilisée à la marque enregistrée, bien qu'il puisse percevoir de minimes différences (cf. arrêt du TAF B-576/2009 précité consid. 8.2.2 et réf. cit. *Targin*). Ainsi, l'omission d'éléments secondaires ou la modernisation de l'écriture ne sont pas assimilées à des modifications substantielles (cf. sic! 2008 36 consid. 4.1 *Kinder* ; sic! 2004 106 consid. 5 *Seiko Rivoli* ; LUCAS DAVID, in : Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Lucas David, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Markenschutzgesetz/ Muster- und Modellgesetz, 2e éd., Bâle 1999, No 14 ad art. 11).

Les suppressions ou les modifications sont appréciées plus sévèrement que les divergences apportées par l'adjonction d'éléments

supplémentaires. Un ajout ne modifie en effet pas systématiquement l'impression d'ensemble de la marque au point que le public concerné ne puisse plus assimiler la forme utilisée à la marque figurant au registre. Il s'agira donc dans ce cas d'examiner si la marque enregistrée, à laquelle des éléments ont été ajoutés, peut toujours être suffisamment perçue comme telle en tant que signe distinctif qui mérite une protection à lui seul ou si au contraire sa modification a abouti à le diluer dans un signe dont résulte une autre impression d'ensemble et qui ne pourrait être protégé qu'au moyen de la protection qui serait accordée en relation avec cette nouvelle impression d'ensemble. Il est essentiel que la marque enregistrée puisse être identifiée dans la forme qui est utilisée, sans recours à l'imagination, sans qu'elle disparaisse dans une "forêt de signes" ou qu'elle apparaisse en tant qu'élément d'un autre signe dans lequel elle y perdrait sa signification du fait de son intégration ou s'effacerait en revêtant une signification secondaire (cf. arrêt du TAF B-648/2008 du 27 janvier 2009 consid. 5.1, 5.5 et 6.2 *Hirsch*).

6.1 En l'espèce, la marque opposante est enregistrée comme marque verbale "OMIX". Les documents fournis par l'intimée – à l'exception de quelques factures de l'annexe 9 – montrent cependant que celle-ci est toujours utilisée en combinaison avec l'élément verbal "OCAS", soit sous la forme "Omix Ocas", "Omix Ocas®" ou encore "Omix Ocas® 0,4 mg", reproduite dans une écriture de couleur bordeau et assortie d'un élément figuratif, placé en haut à gauche de l'élément "Omix". Ce dernier consiste en une combinaison de figures géométriques banales, représentées dans des couleurs verte et blanche ; il apparaît comme suit :



6.2 L'autorité inférieure a retenu que la marque opposante était utilisée dans une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque

enregistrée, dès lors que l'élément "OCAS", en relation avec les produits revendiqués par l'intimée, était notamment un acronyme descriptif pour les spécialistes du domaine de l'urologie.

6.2.1 Dans son recours, la recourante relève tout d'abord que, outre la marque "OMIX", l'intimée est également titulaire des marques internationales "OMIX OCAS" et "OCAS", avec extension de protection en Suisse, en relation avec des produits de la classe 5, de sorte que la marque "OMIX" serait une marque purement défensive déposée uniquement pour élargir la protection de la marque "OMIX OCAS", effectivement utilisée par l'intimée. A cet égard, elle observe que le symbole ® – désignant une marque enregistrée – est utilisé par l'intimée après le terme "OCAS" et non après le terme "OMIX", ce qui laisse ainsi penser que la marque utilisée en l'espèce par l'intimée n'est pas la marque opposante, suivie de l'élément ajouté "OCAS", mais bien la marque internationale "OMIX OCAS". Le choix de la marque "OMIX" comme marque opposante résulterait dès lors uniquement de sa plus grande ressemblance avec la marque attaquée "ONYX PHARMACEUTICALS".

Il y a ici lieu de rappeler que la marque opposante est en l'espèce la marque "OMIX", de sorte qu'il s'agit in casu d'examiner si l'usage de celle-ci dans sa forme actuelle, soit notamment utilisée avec l'élément "OCAS", diverge essentiellement ou non de la marque enregistrée. Le fait que l'usage de la marque opposante dans sa forme actuelle corresponde à la marque enregistrée "OMIX OCAS", dont l'intimée est également titulaire, est dénué de toute pertinence. En outre, la recourante ne saurait faire valoir, dans le cadre de la présente procédure, que l'intimée fonde son opposition sur une marque défensive. En effet, dès lors qu'il s'agit d'un motif absolu d'exclusion (abus de droit ; art. 2 let. d LPM), ce grief ne peut être examiné dans le cadre d'une procédure d'opposition, limitée aux motifs relatifs d'exclusion (cf. art. 3 al. 1 en lien avec art. 31 al. 1 LPM).

6.2.2 La recourante soutient en second lieu que l'usage de la marque opposante dans sa forme actuelle n'est pas une utilisation permettant de maintenir le droit. Elle prétend en effet que, contrairement à ce qu'a retenu l'autorité inférieure, l'élément ajouté "OCAS" est une création de l'intimée qui jouit d'une force distinctive. Elle indique à cet égard que la marque internationale "OCAS" a été admise à la protection en Suisse par l'autorité inférieure pour des produits de la classe 5, ce qui signifie que celle-ci a jugé, à raison, que le terme "OCAS" possédait un caractère – originaire – distinctif. Or, ni l'intimée ni l'autorité inférieure n'ont allégué

que le signe "OCAS" avait dégénéré en un signe libre descriptif, lequel est par ailleurs utilisé en Suisse pour les seuls produits de l'intimée et toujours accompagné du symbole ®. Enfin, elle fait valoir que ce terme n'est pas immédiatement reconnaissable en tant qu'acronyme, attendu qu'il peut être prononcé comme un mot et que, dans sa forme utilisée par l'intimée, il commence par une lettre majuscule, suivie de lettres minuscules.

Il convient dès lors d'examiner si l'ajout de l'élément verbal "OCAS" dans l'usage de la marque opposante modifie l'impression d'ensemble de celle-ci au point que le public cible ne puisse plus l'assimiler à la marque enregistrée. Selon la doctrine et la jurisprudence, l'utilisation du signe enregistré en combinaison avec un ajout générique ou descriptif, qu'il soit verbal ou graphique, ne modifie en principe pas l'impression d'ensemble de la marque (cf. MARKUS WANG, in : Michael Noth, Gregor Bühler, Florent Thouvenin, Markenschutzgesetz, Berne 2009, N° 83 ad art. 11 et réf. cit. ; GILLIÉRON, op. cit., p. 109).

6.2.2.1 L'appréciation d'un signe s'appuie sur sa compréhension présumée par les milieux intéressés suisses (cf. ATF 134 III 547 consid. 2.3). Il n'existe pas en droit des marques un cercle des destinataires intéressés qui soit spécifique. Les milieux intéressés peuvent en effet être délimités différemment selon la thématique abordée (cf. EUGEN MARBACH, die Verkehrskreise im Markenrecht, in : sic! 2007 3, p. 6).

Aussi, lorsqu'il est question, comme en l'espèce, de l'usage de la marque, et plus particulièrement d'examiner si, pour le public cible, la forme sous laquelle la marque a été utilisée diverge essentiellement ou non de la marque enregistrée, il convient, contrairement à ce qui prévaut pour l'examen du risque de confusion (cf. consid. 7.3.1), de tenir compte de la perception de la marque dans sa forme utilisée par celui à qui le produit, commercialisé sous ladite forme, est effectivement destiné.

Ainsi, lorsque la décision de se procurer un produit ou un service n'appartient pas au consommateur final mais à un cercle différent d'acquéreurs, c'est sur la compréhension de ce cercle là qu'il convient de s'appuyer (cf. MARBACH, op. cit., p. 4 et 9).

En l'occurrence, il ressort du dossier que seul un type de produits a été mis sur le marché sous la marque opposante dans sa forme utilisée durant la période de contrôle. Il s'agit d'un médicament, à base de

tamsulosine, présenté sous forme de comprimés retard et utilisé dans le traitement des symptômes fonctionnels de l'hyperplasie bénigne de la prostate et qui, à teneur de l'autorisation délivrée par Swissmedic, ne peut être obtenu que sur ordonnance médicale. Dès lors que la décision de prescrire ledit médicament n'appartient qu'aux médecins, c'est donc en fonction de la seule perception de ceux-ci qu'il s'agira de déterminer si la marque opposante a été utilisée dans une forme divergeant essentiellement ou non de la marque enregistrée (cf. MARBACH, op. cit., p. 11 ; cf. également arrêts du TAF B-4070/2007 du 8 avril 2008 consid. 5.2 et 9 *Levane/Levact*, B-1700/2009 du 11 novembre 2009 consid. 4.2 *OSCILLOCOCCINUM/Anticoccinum* et B-6770/2007 du 9 juin 2008 consid. 7.2 *NASACORT/VASACOR*).

6.2.2.2 Ceci étant, il convient d'examiner si le terme "OCAS", en relation avec le médicament commercialisé sous la marque opposante, revêt un caractère descriptif pour un médecin.

Le terme "OCAS" peut avoir 58 significations selon le site Internet www.acronymfinder.com mais, dans le domaine de l'urologie, il est connu comme étant l'acronyme de l'anglais "Oral Controlled Absorption System" (cf. http://www.urologielehrbuch.de/abkuerzungen_urologie.html), qui peut se traduire en français par "système oral d'absorption contrôlée" (cf. http://www.urofrance.org/science-et-recherche/base-bibliographique/article/html/prise-en-charge-du-patient-hbp-impact-de-la-nycturie.html).
Ce terme – largement répandu dans le domaine de l'urologie (cf. http://www.google.ch avec les mots-clés "Oral Controlled Absorption System" et "OCAS") – sera dès lors immédiatement compris comme tel par le spécialiste.

Ce système "OCAS", qui a été développé par les laboratoires Astellas, est une nouvelle forme galénique de tamsulosine, c'est-à-dire un nouveau type d'absorption du médicament : la libération contrôlée. Cette technique, brevetée, permet ainsi aux microgranules contenus dans la gélule de chlorhydrate de tamsulosine de libérer le principe actif de façon constante et continue pendant 24 heures. (cf. http://www.urofrance.org/science-et-recherche/base-bibliographique/article/html/prise-en-charge-du-patient-hbp-impact-de-la-nycturie.html ; http://sante-az.aufeminin.com/w/sante/m3399818/medicaments/omix-lp/detail.html ; http://dictionnaire.doctissimo.fr/definition-Galenique.htm et http://www.amicalien.com/membres/nid1157-omexel-a-un-nouveau-traitement-pour-les-symptomes-de-l-hypertrophie-benigne-de-la-prostate.htm).

Il ressort des pièces versées au dossier par l'intimée que le médicament, à base de tamsulosine, commercialisé sous la marque opposante est présenté sous cette nouvelle forme galénique "OCAS", d'où elle tire justement son nom. Il appert à cet égard du Compendium Suisse des Médicaments que "Omix® 0,4 mg" a été supprimé de celui-ci et remplacé par "Omix Ocas® 0,4 mg" (cf. http://www.documed.ch/fr/suche/index.php?searchTerm=omix).

Ceci étant, il y a lieu d'admettre que l'acronyme "OCAS" est descriptif de la forme d'absorption de la substance médicamenteuse sous laquelle le produit commercialisé sous la marque opposante est présenté. Le fait que le terme "OCAS" fasse, comme le soulève la recourante, l'objet d'un enregistrement international, avec extension de protection en Suisse, en faveur de l'intimée pour des "préparations pharmaceutiques, notamment préparations retard pour administration par voie orale" (classe 5) (cf. le site Internet de l'OMPI : http://www.wipo.int/romarin/detail.do?ID=1), ne garantit pas, contrairement à ce que celle-ci semble penser, son caractère distinctif ; une marque faible pouvant faire l'objet d'un enregistrement (cf. arrêt du TAF B-3508/2008 du 9 février 2009 consid. 9.1 *KaSa K97/Biocasa*). A cet égard, l'intimée admet elle-même le caractère faible de sa marque "OCAS" lorsqu'elle relève dans ses écritures que le terme "OCAS" "n'est que très faiblement distinctif utilisé en relation avec un médicament, puisqu'il décrit la modalité de prise du médicament par absorption orale".

En conséquence, dès lors que, s'agissant de l'usage propre à maintenir le droit, le terme "OCAS" revêt, pour le public cible, un caractère descriptif en relation avec le médicament commercialisé sous la marque opposante, il y a lieu de retenir que l'ajout de cet élément dans la forme utilisée de la marque opposante ne modifie pas l'impression d'ensemble de celle-ci, de sorte que le public cible y verra toujours la marque "OMIX".

6.2.3 La recourante se réfère enfin à la doctrine et la jurisprudence, selon lesquelles l'utilisation de la marque enregistrée en combinaison avec un élément supplémentaire – protégeable au regard du droit des marques – est une utilisation qui permet de maintenir le droit, tant qu'il demeure reconnaissable qu'il s'agit de deux éléments autonomes utilisés de manière combinée, par exemple de par l'utilisation du symbole ® ou d'une différence typographique ou de couleurs (cf. WANG, op. cit., N° 84 ad art. 11 ; sic! 2003 907 consid. 2 *Kiss/Soft-Kiss*). La recourante soutient que tel ne serait pas le cas en l'espèce, dès lors que les deux éléments verbaux sont liés dans l'impression d'ensemble de la marque. Partant, le

public cible ne percevra pas l'usage de la marque "OMIX OCAS" comme un usage de la marque "OMIX", ou le produit "OMIX OCAS" comme une variante du produit "OMIX", mais comme une marque et un produit distincts.

C'est en vain que la recourante se prévaut de cet argument, dès lors qu'il ne s'agit en l'espèce pas d'une utilisation combinée de deux signes distinctifs ; le terme OCAS étant en l'espèce purement descriptif. Aussi, l'absence de démarcation typographique ou de couleurs entre les deux éléments verbaux ou l'utilisation du symbole ® après l'élément "OCAS" ne modifient pas l'impression d'ensemble de la marque, dominée par le seul élément distinctif de la combinaison, soit "OMIX".

6.2.4 S'agissant enfin de l'adjonction de l'élément "0,4 mg", il sied de relever que dite indication de dosage sera clairement comprise par le consommateur comme un ajout et non comme une autre marque similaire (cf. sic! 2006 271 consid. 8 *Dona/Donafor*). Quant à l'élément figuratif, peu original, il y a lieu d'admettre qu'il n'affaiblit aucunement le caractère distinctif de l'élément verbal "OMIX", clairement perceptible. Pour ce qui est enfin des couleurs dans lesquelles la marque est utilisée, il convient de préciser que, pour les marques sans revendication de couleur, l'utilisation de couleurs permet de maintenir le droit, à moins que l'impression d'ensemble produite par la marque ne s'en trouve modifiée (cf. arrêt du TAF B-648/2008 précité consid 6.1 *Hirsch*), ce qui n'est nullement le cas en l'espèce.

Il ressort de ce qui précède que les adjonctions des éléments verbaux "OCAS" et "0,4 mg", de l'élément figuratif et des couleurs ne modifient pas l'impression d'ensemble de la marque au point que le consommateur ne puisse plus assimiler la forme utilisée à la marque figurant au registre. Le noyau distinctif de la marque enregistrée est préservé dans l'impression d'ensemble ; la marque "OMIX" étant clairement perceptible et reconnaissable en tant que telle. La marque opposante n'a dès lors pas été utilisée dans une forme divergeant essentiellement de la marque enregistrée.

Il y a ainsi lieu de reconnaître la vraisemblance de l'usage sérieux de la marque opposante, en relation avec un médicament dans le domaine de l'urologie, par un tiers autorisé, sur le marché suisse, durant la période de référence, dans une forme ne divergeant pas essentiellement de la marque enregistrée. La marque opposante et intimée est enregistrée pour des "produits pharmaceutiques et médicaments pour le domaine de

l'urologie". Cette formulation peut laisser la place à des interprétations différentes, à savoir soit des produits pharmaceutiques en général et des médicaments pour le domaine de l'urologie, soit des produits pharmaceutiques (pour le domaine de l'urologie) et des médicaments pour le domaine de l'urologie. La question de savoir laquelle de ces interprétations l'emporte peut toutefois rester ouverte ici. Ce qui est seul décisif en l'occurrence est l'usage, propre à maintenir le droit, de la marque opposante. Une marque utilisée pour un produit particulier appartenant à une catégorie générale ("Oberbegriff") revendiquée dans l'enregistrement est propre à maintenir la validité de cet enregistrement pour ladite catégorie. Il faut toutefois que le produit concerné soit typique de la catégorie et que cette catégorie ne comprenne pas des sous-catégories essentiellement différentes. Les médicaments pour le domaine de l'urologie se rapportent à ce type particulier de traitement. L'usage de la marque opposante a en l'espèce été rendu vraisemblable pour un médicament particulier pour le domaine de l'urologie. Partant, elle est protégée pour, et uniquement, l'ensemble des médicaments pour le domaine de l'urologie (cf. arrêts du TAF B-5871/2011 du 4 mars 2013 consid. 2 *Gadovist/Gadogita* et réf. cit., B-2227/2011 du 3 janvier 2012 consid. 4.3 *ebm/EBM Ecotec* et B-1755/2007 précité consid. 8 *No Name*).

Le recours est donc mal fondé sur ce point.

7.

L'intimée n'ayant pas contesté la décision attaquée, celle-ci est dès lors entrée en force s'agissant des services revendiqués par la marque attaquée en classes 42 et 44. Il convient donc en l'espèce d'examiner si c'est à tort ou à raison que l'autorité inférieure a admis l'existence d'un risque de confusion s'agissant des produits de la classe 5. A cet égard, il y a lieu de relever que la recourante ne s'est pas prononcée sur cette question au cours de la procédure de recours.

A teneur de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, sont exclus de la protection les signes similaires à une marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion.

L'appréciation du risque de confusion se fait sur la base des marques telles qu'elles sont inscrites au registre (cf. sic! 2004 927 consid. 6 *Ecofin*). Dite appréciation ne s'effectue pas en comparant abstraitement les signes mais en prenant en considération toutes les circonstances du cas concret (cf. ATF 122 III 382 consid. 1 *Kamillosan*). Il convient de tenir compte de la similarité aussi bien des signes que des produits ou des

services pour lesquels ils sont enregistrés. Ces deux éléments s'influencent réciproquement, en ce sens que les produits ou les services doivent d'autant plus se différencier que les signes sont similaires et vice versa (cf. arrêt du TAF B-4260/2010 du 21 décembre 2011 consid. 5.1 *Bally/BALU [fig.]* ; DAVID, op. cit., N° 8 ad art. 3).

7.1 Aussi, il s'agit dans un premier temps d'examiner si les produits revendiqués de part et d'autre en classe 5 sont identiques ou similaires.

La marque opposante est protégée pour des médicaments pour le domaine de l'urologie (cf. consid. 6.2.4), soit pour des produits couverts par le terme générique supérieur des "Pharmazeutische Präparate" revendiqués par la marque attaquée, de sorte qu'il y a lieu de retenir l'identité des produits offerts par les marques opposées (cf. arrêt du TAF B-5871/2011 précité consid. 3.4.2 *Gadovist/Gadogita* et réf. cit.) et pas seulement la similarité comme l'a admis l'autorité inférieure.

7.2 Ceci étant, il sied dans un deuxième temps d'examiner si les signes en présence sont similaires.

7.2.1 Pour déterminer, comme c'est le cas en l'espèce, si deux marques verbales se ressemblent au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM, il y a lieu de prendre en compte leur effet auditif, leur représentation graphique et leur contenu sémantique (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc *Securitas*, 121 III 377 consid. 2b *Boss*). La similarité des marques doit en principe déjà être admise lorsque des similitudes se manifestent sur la base de l'un de ces trois critères (cf. DAVID, op. cit., N° 17 ad art. 3). La sonorité découle en particulier du nombre de syllabes, ainsi que de la cadence et de la succession des voyelles, tandis que l'image de la marque dépend de la longueur du mot et des particularités des lettres employées. Le début du mot et sa racine, de même que sa terminaison, surtout lorsqu'elle reçoit une accentuation, suscitent plus l'attention que les syllabes intermédiaires non accentuées (cf. ATF 127 III 160 consid. 2b/cc *Securitas*, 122 III 382 consid. 5a *Kamillosan*). Une similarité visuelle ou auditive peut être compensée par un sens clairement différent ; une telle compensation n'est cependant possible que lorsqu'une association immédiate et évidente se fait avec un terme précis (cf. arrêt du TAF B-7460/2006 du 6 juillet 2007 consid. 6 *Adia/Aida Jobs, Aida Personal*).

7.2.2 En l'occurrence, les marques en présence sont des marques purement verbales. Il s'agit d'une part, de "OMIX" et, d'autre part, de "ONYX PHARMACEUTICALS".

De longueur identique, les termes "OMIX" et "ONYX" concordent sur leur première et dernière lettres. Leur consonne médiane sont visuellement très proches. Le second terme composant la marque attaquée "PHARMACEUTICALS" est en revanche clairement distinct de la marque opposante.

D'un point de vue auditif, les mots "OMIX" et "ONYX", formés chacun de deux syllabes, se prononcent pratiquement de la même manière en français et en italien, dès lors que la lettre "y" se prononce comme la lettre "i" dans ces deux langues et que les consonnes médianes sont phonétiquement très similaires. Le second mot constituant la marque attaquée renvoie quant à lui une impression sonore totalement différente.

Sous l'angle sémantique, le terme "OMIX" ne revêt aucune signification particulière. Le terme "ONYX" désigne quant à lui une variété d'agate présentant des zones concentriques régulières de diverses couleurs (cf. Le Petit Robert de la langue française 2013, publié en version numérique sur le site Internet : http://pr.bvdep.com/), soit un minéral. Quant au second mot formant la marque attaquée "PHARMACEUTICALS", il sera compris par le consommateur suisse comme signifiant "produits pharmaceutiques", et ce dans les trois régions linguistiques ("Pharmazeutika", "farmaco"). En relation avec les produits revendiqués par la marque attaquée en classe 5, il s'avère dès lors descriptif.

Partant, il y a lieu de retenir que le premier élément de la marque attaquée – clairement perceptible – présente une similitude visuelle et phonétique avec la marque opposante, sans que le contenu sémantique desdites marques ne puisse compenser cette similarité. L'élément "OMIX" est en effet indéterminé et le terme "ONYX", dont la signification est peu connue, n'est pas susceptible de subsister dans une mémoire moyennement fidèle ou moyennement défaillante. S'agissant du second élément composant la marque attaquée, "PHARMACEUTICALS", il sera considéré comme un ajout sans importance, en tant qu'il est en l'espèce descriptif. Partant, il y a lieu d'admettre, à l'instar de l'autorité inférieure, que les marques en présence sont similaires au sens de l'art. 3 al. 1 let. c LPM.

7.3 En conséquence, il convient dans un troisième temps d'examiner si, dans leur ensemble, les marques opposées risquent d'être confondues.

Pour ce faire, il s'agit tout d'abord de déterminer l'attention dont font preuve les destinataires des produits pour lesquels les marques sont enregistrées (cf. consid. 7.3.1) et l'étendue du champ de protection de la marque opposante (cf. consid. 7.3.2), avant d'examiner la question de l'existence ou non d'un risque de confusion (cf. consid. 7.3.3).

7.3.1 S'agissant de l'attention des consommateurs, il faut prendre en considération toutes les circonstances, en particulier la capacité de perception des destinataires et leur comportement effectif lorsqu'ils sont mis en situation concrète de se procurer le produit ou le service sur un certain marché. S'il s'agit de produits de consommation courante, on se fondera sur la capacité de souvenir du consommateur moyen. Si l'on est en présence de produits ou de services pour lesquels il est d'usage de faire preuve d'une attention accrue lors de leur acquisition, on devra en tenir compte et admettre moins facilement l'existence d'un risque de confusion. Si le public est composé de spécialistes dont on peut attendre une attention particulière lors de l'achat, on devra faire preuve de retenue avant d'admettre un risque de confusion (cf. arrêt du TAF B-6770/2007 du 9 juin 2008 consid. 7.2 *Nasacort/Vasocor* ; sic! 2002 163 consid. 6f *Audi* ; IVAN CHERPILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, p. 110).

Comme déjà dit, la marque opposante n'est en l'espèce protégée que pour les médicaments pour le domaine de l'urologie (cf. consid. 6.2.4), dont il ne ressort pas de la formulation du libellé figurant au registre que la prescription et la vente de ceux-ci imposeraient l'attention particulière d'un spécialiste eu égard à leur composition. Il en va de même des produits couverts par la marque attaquée. Il convient en conséquence de tenir compte de la perception des marques en conflit par le grand public, soit par le consommateur moyen normalement informé et raisonnablement attentif et, partant, d'appliquer les critères habituels lors de l'examen du risque de confusion (cf. arrêts du TAF B-1700/2009 précité consid. 4.2 *OSCILLOCOCCINUM/Anticoccinum et* B-4070/2007 précité consid. 5.2 *Levane/Levact*).

7.3.2 La marque opposante est constituée du terme "OMIX" qui ne possède aucun sens descriptif en relation avec les produits pour lesquels elle est enregistrée. Il y a donc lieu de lui reconnaître un champ de protection normal.

7.3.3 En conséquence, compte tenu de l'identité des produits, de la très forte similarité phonétique des termes "OMIX" et "ONYX", du degré d'attention moyen des consommateurs visés et du périmètre de

protection normal de la marque opposante, il y a lieu de retenir, à l'instar de l'autorité inférieure, l'existence d'un risque de confusion.

8.
Il résulte de ce qui précède que la décision entreprise ne viole pas le droit fédéral et ne traduit pas un excès ou un abus du pouvoir d'appréciation. Elle ne relève pas non plus d'une constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents et n'est pas inopportune (art. 49 PA). Dès lors, mal fondé, le recours doit être rejeté.

9.
Vu l'issue de la procédure, les frais de procédure, comprenant l'émolument judiciaire et les débours, doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (cf. 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 (cf. art. 2 al. 1 1ère phrase et 4 FITAF). Dans les procédures de recours en matière d'opposition, il y a lieu d'évaluer l'intérêt de l'opposant à la radiation de la marque, respectivement l'intérêt du défendeur au maintien de la marque attaquée. Toutefois, le fait d'exiger dans chaque cas les preuves concrètes de ces dépenses irait trop loin et pourrait avoir un effet dissuasif par rapport aux frais relativement peu élevés de la procédure de première instance. Faute d'autres pièces pertinentes quant à la valeur litigieuse, l'ampleur du litige doit être fixée selon les valeurs empiriques, soit entre Fr. 50'000.- et Fr. 100'000.- (cf. en ce sens ATF 133 III 490 consid. 3.3 et réf. cit.).

En l'espèce, au regard de ce qui précède, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 4'000.- et mis à la charge de la recourante qui succombe. Ils sont compensés par l'avance de frais de Fr. 4'000.- déjà versée par cette dernière.

10.
L'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (cf. art. 64 al. 1 PA en relation avec l'art. 7 al. 1 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 (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). Le tarif horaire des avocats est de Fr. 200.- au moins et de Fr. 400.- au plus (art. 10 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 (art. 14 al. 2 FITAF).

L'intimée, qui obtient gain de cause et qui est représentée par une mandataire, a droit à des dépens (cf. art. 64 al. 1 PA). Cette dernière a indiqué dans le mémoire de réponse que les frais supportés par l'intimée dans le cadre de la procédure de recours s'élevaient à Fr. 6'000.-. Or, il y a lieu de relever qu'en l'espèce, la mandataire de l'intimée n'a pas été confrontée à des questions de fait ou de droit inhabituelles ou exceptionnellement ardues et n'a pas été amenée à étudier un dossier particulièrement volumineux. Le montant retenu par l'intimée paraît dès lors trop élevé. Aussi, en tenant compte du barème précité, il se justifie d'allouer à l'intimée une indemnité équitable, à titre de dépens, de Fr. 3'200.- (non soumis à TVA) et de mettre celle-ci à la charge de la recourante.

11.
Le présent arrêt est définitif (cf. art. 73 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est rejeté.

2.
Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 4'000.-, sont mis à la charge de la recourante. Ils sont compensés par l'avance de frais du même montant déjà perçue.

3.
Des dépens d'un montant de Fr. 3'200.- (non soumis à TVA) sont alloués à l'intimée et mis à la charge de la recourante.

4.
Le présent arrêt est adressé :

– à la recourante (recommandé ; annexes : annexes en retour)
– à l'intimée (recommandé ; annexes : annexes en retour)
– à l'autorité inférieure (n° de réf. 11186 ; recommandé ; annexe : dossier en retour)

Le président du collège : La greffière :

Claude Morvant Muriel Tissot

Expédition : 11 mars 2013