



Arrêt du 14 mai 2013

Composition

Pietro Angeli-Busi (président du collège),
Vera Marantelli, David Aschmann, juges,
Pierre-Emmanuel Ruedin, greffier.

Parties

Helsinn Healthcare SA,
représentée par Me Pascal Koster, avocat,
P&TS Marques SA,
recourante,

contre

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

Objet

Demande d'enregistrement de la marque suisse
n° 51379/2012 "(fig.)".

Faits :**A.**

A.a Le 6 février 2012, Helsinn Healthcare SA (ci-après : déposante ou recourante) a déposé auprès de l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (ci-après : autorité inférieure) une demande d'enregistrement (n° 51379/2012) de la marque suisse figurative suivante :



Cette marque (ci-après : signe déposé) était accompagnée de revendications de couleur :

"bleu (Pantone Process Blue), rouge (Pantone 1915)".

L'enregistrement était destiné aux produits suivants :

Classe 5 : "Préparations et substances pharmaceutiques pour le traitement d'états ulcératifs et inflammatoires."

A.b Par notification du 17 février 2012, l'autorité inférieure a indiqué à la déposante que ce signe ne pouvait pas être admis à l'enregistrement en tant que marque du fait qu'il contenait un élément susceptible d'être confondu avec le "croissant rouge", c'est-à-dire l'un des emblèmes de la Croix-Rouge, et qu'il contrevenait ainsi au droit en vigueur au sens de l'art. 2 let. d de la loi sur la protection des marques du 28 août 1992 (LPM, RS 232.11).

A.c Par courrier adressé le 24 février 2012 à l'autorité inférieure, la déposante a contesté ce point de vue et a maintenu sa demande d'enregistrement en relevant en substance que le signe déposé était constitué d'une lettre "G" stylisée et non pas d'un croissant, que ce signe ne ressemblait pas à l'"emblème du croissant rouge" et qu'il ne pouvait pas être confondu avec lui. La déposante a ajouté que la couleur du

signe était également différente de celle du "croissant rouge" et a prié l'autorité inférieure "de corriger la mention de couleur dans la demande d'enregistrement de « rouge (Pantone 1915) » en « rose (Pantone 1915) »". Elle a enfin signalé qu'elle avait enregistré le même signe accompagné du mot "gelclair" comme marque suisse, comme marque internationale et comme marque communautaire.

A.d Par courrier du 12 avril 2012, l'autorité inférieure a indiqué à la déposante qu'elle maintenait sa position selon laquelle le signe déposé était frappé, pour l'ensemble des produits revendus, de motifs absolus d'exclusion au sens de l'art. 2 let. d LPM et de l'art. 7 al. 2 de la loi fédérale du 25 mars 1954 concernant la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge (RS 232.22 ; ci-après : Loi sur la Croix-Rouge).

A.e Dans son courrier électronique du 19 avril 2012, la déposante a confirmé sa position et a prié l'autorité inférieure de rendre une décision sujette à recours en ce qui concerne l'enregistrement du signe déposé.

A.f Par décision du 24 mai 2012 (ci-après : décision attaquée) notifiée le 25 mai 2012, l'autorité inférieure a rejeté la demande d'enregistrement du signe déposé pour l'ensemble des produits revendus. Elle a considéré que l'élément de forme arquée "d'une couleur définie comme rouge lors de la demande d'enregistrement initiale et comme rose selon le courrier de la déposante du 24 février 2012 (Pantone 1915)" présent dans le signe déposé était susceptible d'être confondu avec le "croissant rouge". Elle a précisé que, contrairement à l'examen des motifs absolus d'exclusion sous l'angle de l'art. 2 let. a LPM, l'examen du risque de confusion avec un signe protégé par la Loi sur la Croix-Rouge (art. 2 let. d LPM) ne se fondait pas sur l'impression générale qui se dégageait du signe déposé, mais impliquait la décomposition de ce signe pour en extraire l'élément problématique. Peu importaient dès lors le fait que le signe déposé représente une lettre "G" stylisée et le fait que l'ensemble du signe soit suffisamment distinct de l'"emblème du croissant rouge". Quant aux différences entre l'élément de forme arquée et l'"emblème du croissant rouge" (au niveau de leur largeur et de leur orientation), elles ne permettraient pas de supprimer tout renvoi au signe protégé et ne pourraient pas être considérées comme une stylisation. Il existerait par ailleurs un risque de confusion entre leurs couleurs, bien que la déposante affirme que le "croissant rouge" est rouge vif et que l'élément litigieux est de couleur rose. Sous l'angle de l'égalité de traitement, la marque communautaire n° 003973765 "gelclair (fig.)" n'aurait, en tant que marque étrangère, pas valeur de précédent en Suisse. Dans

l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)" et la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)", l'élément de forme arquée verrait ses branches se rejoindre pour former un cercle. En outre, ces derniers enregistrements datant de plus de sept ans, respectivement d'il y a huit ans, ils ne refléteraient pas la pratique actuelle de l'autorité inférieure. Enfin, la déposante n'aurait pas envers elle-même de droit à l'égalité de traitement dans l'illégalité. L'autorité inférieure est ainsi arrivée à la conclusion que le signe déposé était contraire à l'art. 2 let. d LPM et qu'il devait être refusé à l'enregistrement au registre suisse des marques.

B.

Par mémoire du 19 juin 2012, la déposante a recouru auprès du Tribunal de céans en concluant à l'annulation de la décision attaquée et à l'enregistrement du signe déposé, avec suite de frais et dépens. La recourante considère que, contrairement aux signes qui font l'objet des décisions du Tribunal fédéral et du Tribunal administratif fédéral auxquelles se réfère l'autorité inférieure et dans lesquelles l'"emblème de la croix rouge" constitue un élément séparé (et par conséquent nettement perceptible), le signe déposé est formé d'un seul élément – une lettre "g" stylisée – de sorte que l'élément arqué litigieux "n'est [...] pas contenu de manière isolé [sic] dans le signe déposé, mais forme une unité. Il n'est par conséquent pas perceptible sans décomposer la lettre «g» stylisée et n'est pas reconnaissable en tant que tel". En outre, même considéré pour lui-même, l'élément arqué litigieux ne serait pas susceptible d'être confondu avec l'"emblème du croissant rouge", étant donné qu'il ne présenterait aucune ouverture et donnerait l'impression de former un cercle (alors que l'"emblème du croissant rouge" est doté d'une ouverture très importante), qu'il serait bien plus large et massif que l'"emblème du croissant rouge" et qu'il aurait une orientation inverse. Pour la recourante, la couleur rose précisément définie (Pantone 1915) de l'élément arqué litigieux n'est pas susceptible d'être confondue avec la couleur de l'"emblème du croissant rouge", l'emblème protégé étant "du reste bien l'« emblème du Croissant Rouge » et pas l'« emblème du Croissant Rose »". La recourante relève enfin que les trois enregistrements (suisse, international et communautaire) "gelclair (fig.)" contiennent un élément figuratif en noir et blanc qui correspond exactement au signe déposé, de sorte qu'il convient que l'autorité inférieure maintienne une pratique constante.

C.

Invitée à se prononcer sur le recours, l'autorité inférieure a répondu le 12 septembre 2012 en concluant au rejet du recours avec suite de frais.

En renvoyant pour l'essentiel aux motifs de refus développés au cours de la procédure, elle précise que le signe déposé ne doit pas être considéré dans son ensemble et qu'il n'est d'ailleurs pas perçu comme une lettre "g" stylisée. Elle ajoute que l'élément arqué litigieux n'est pas un cercle et que ses branches ne se rejoignent pas. Quant à la couleur de cet élément, elle serait suffisamment proche de celle du "croissant rouge" pour créer un risque de confusion. Enfin, selon l'autorité inférieure, l'élément figuratif de la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)" et de l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)" – dont il est visible que les branches de l'élément arqué se prolongent sur la bande – est différent du signe déposé.

D.

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 (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. 1 let. c 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 (art. 48 al. 1 let. a à c PA). Les autres conditions de recevabilité sont respectées (art. 11, 50, 52 al. 1 et 63 al. 4 PA).

Le recours est ainsi recevable.

2.

L'art. 2 let. d LPM exclut de la protection les signes contraires à l'ordre public, aux bonnes mœurs ou au droit en vigueur.

Au sens de cette disposition, le droit en vigueur englobe tant le droit fédéral que les conventions internationales. Il comprend en particulier les normes nationales et internationales de protection des armoiries publiques et autres signes publics ainsi que des noms et emblèmes internationaux (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 2.1 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*).

2.1

2.1.1 Conformément à l'art. 6^{ter} ch. 1 let. a de la Convention de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle, révisée à Stockholm le 14 juillet 1967 (RS 0.232.04 ; ci-après : CUP), "[l]es pays de l'Union conviennent de refuser ou d'invalider l'enregistrement et d'interdire, par des mesures appropriées, l'utilisation, à défaut d'autorisation des pouvoirs compétents, soit comme marque de fabrique ou de commerce, soit comme élément de ces marques, des armoiries, drapeaux et autres emblèmes d'Etat des pays de l'Union, signes et poinçons officiels de contrôle et de garantie adoptés par eux, ainsi que toute imitation au point de vue héraldique". L'art. 6^{ter} ch. 1 let. b CUP ajoute que "[l]es dispositions figurant sous la let. a) ci-dessus s'appliquent également aux armoiries, drapeaux et autres emblèmes, sigles ou dénominations des organisations internationales intergouvernementales dont un ou plusieurs pays de l'Union sont membres, à l'exception des armoiries, drapeaux et autres emblèmes, sigles ou dénominations qui ont déjà fait l'objet d'accords internationaux en vigueur destinés à assurer leur protection".

2.1.2 Selon l'art. 53 al. 1 de la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (CG I ; RS 0.518.12), "[l]'emploi par des particuliers, sociétés ou maisons de commerce tant publiques que privées, autres que ceux y ayant droit en vertu de la présente Convention, de l'emblème ou de la dénomination de « croix rouge » ou de « croix de Genève », de même que tout signe ou de toute dénomination en constituant une imitation, sera interdit en tout temps, quel que soit le but de cet emploi et quelle qu'ait pu en être la date antérieure d'adoption". L'art. 53 al. 4 CG I précise que "[l]'interdiction établie par le premier alinéa de cet article s'applique également, sans effet sur les droits acquis des usagers antérieurs, aux emblèmes et dénominations prévus au deuxième alinéa de l'art. 38", c'est-à-dire "le croissant rouge ou le lion et le soleil rouges sur fond blanc [pour les pays qui emploient déjà ces emblèmes et dénominations comme signes distinctifs à la place de la croix rouge]" (art. 38 al. 2 CG I).

A noter encore que, selon l'art. 44 al. 1 CG I, "[l]'emblème de la croix rouge sur fond blanc et les mots « croix rouge » ou « croix de Genève » ne pourront, à l'exception des cas visés dans les alinéas suivants du présent article, être employés, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, que pour désigner ou protéger les formations et les

établissements sanitaires, le personnel et le matériel protégés par la présente Convention et par les autres Conventions internationales réglant semblable matière. Il en sera de même en ce qui concerne les emblèmes visés à l'art. 38, deuxième alinéa, pour les pays qui les emploient. [...]"

2.2

2.2.1 La Loi sur la Croix-Rouge met en œuvre les règles instaurées par les Conventions de Genève du 12 août 1949 (ci-après : Conventions de Genève ; cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 2.2 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*). Elle tend à prévenir et à réprimer l'emploi abusif par des tiers des emblèmes et des dénominations de la Croix-Rouge (cf. Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 14 septembre 1953 concernant la révision de la loi pour la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge [ci-après : Message Loi sur la Croix-Rouge], FF 1953 III 110, 112 ; ATF 134 III 406 consid. 5.2 *in limine VSA ASA [fig.]*).

Les dispositions de la Loi sur la Croix-Rouge doivent être interprétées conformément à celles des Conventions de Genève (notamment à l'art. 53 CG I) ainsi qu'à celles du Règlement sur l'usage de l'emblème de la croix rouge ou du croissant rouge par les Sociétés nationales, adopté par la XX^e Conférence internationale (Vienne, 1965) et révisé par le Conseil des Délégués (Budapest, 1991) (<<http://www.icrc.org/fre/resources/documents/misc/5fzhbm.htm>>, consulté le 15.04.2013 [ci-après : Règlement sur l'usage de l'emblème]; cf. ATF 134 III 406 consid. 5.2 *VSA ASA [fig.]*; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 2.2 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*).

Selon l'art. 1 al. 1 Loi sur la Croix-Rouge, l'emblème de la croix rouge sur fond blanc et les mots « croix rouge » ou « croix de Genève » ne pourront en principe être employés, soit en temps de paix, soit en temps de guerre, que pour signaler le personnel et le matériel protégés par la CG I et la Convention de Genève du 12 août 1949 pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (CG II ; RS 0.518.23). L'art. 8 al. 1 Loi sur la Croix-Rouge prévoit des sanctions pénales à l'encontre de "[c]elui qui, intentionnellement et contrairement aux dispositions de la présente loi [...], aura fait usage de l'emblème de la croix rouge sur fond blanc ou des mots « croix rouge »

ou « croix de Genève », ou de tout autre signe ou mot pouvant prêter à confusion".

Selon l'art. 7 al. 2 Loi sur la Croix-Rouge, les marques et les designs contraires à la présente loi sont exclus du dépôt (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 2.2 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*; Message du 18 novembre 2009 relatif à la modification de la loi sur la protection des marques et à la loi fédérale sur la protection des armoiries de la Suisse et autres signes publics [ci-après : Projet « Swissness »], FF 2009 7711, 7820). A noter que le Projet « Swissness » prévoit de remplacer l'actuelle teneur de l'art. 7 Loi sur la Croix-Rouge par le texte suivant, qui ne conduirait à aucun changement d'ordre matériel : "Les signes dont l'emploi est interdit en vertu de la présente loi et les signes susceptibles d'être confondus avec eux ne peuvent être enregistrés comme marque, design, raison de commerce, nom d'association ou de fondation ni comme élément de ceux-ci" (Projet « Swissness », FF 2009 7711, 7821, 7875).

Quant à l'art. 12 al. 1 Loi sur la Croix-Rouge, il prévoit que les art. 5 et 7 à 11 Loi sur la Croix-Rouge s'appliquent par analogie, entre autres, à l'emblème du "croissant rouge" (cf. Projet « Swissness », FF 2009 7711, 7820).

2.2.2 De cette réglementation et de la jurisprudence, il ressort que toute utilisation non autorisée de l'"emblème de la croix rouge" – ou, notamment, de l'"emblème du croissant rouge sur fond blanc" – ou de tout autre signe pouvant prêter à confusion est exclue, quels que soient les circonstances et le but de l'utilisation (cf. ATF 134 III 406 consid. 5.2 *VSA ASA [fig.]*).

La Loi sur la Croix-Rouge interdit ainsi en particulier l'utilisation de l'"emblème du croissant rouge sur fond blanc" comme élément d'une marque, sans égard à sa signification en lien avec les autres éléments de la marque ni aux produits et/ou services auxquels la marque est destinée. Peu importe en particulier que l'utilisation concrète de la marque conduise ou non à un risque de confusion, par exemple que les produits et/ou services marqués puissent être pris pour des produits et/ou services protégés par les Conventions de Genève ou qu'ils puissent être mis en relation avec le Mouvement de la Croix-Rouge (ATF 134 III 406 consid. 5.2 *VSA ASA [fig.]*; arrêt du Tribunal administratif fédéral

B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 4.2 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*.

Selon la jurisprudence, il s'agit uniquement d'examiner si l'emblème protégé – de manière absolue – par la Loi sur la Croix-Rouge (ou tout autre signe susceptible d'être confondu avec lui) est perçu comme un élément du signe déposé. L'élément en question doit ainsi être considéré pour lui-même, sans égard aux autres éléments – par exemple figuratifs ou verbaux – du signe déposé, de sorte que l'impression d'ensemble qui se dégage du signe déposé n'entre pas en ligne de compte. Est en outre sans importance le but dans lequel le signe déposé est utilisé, en particulier les produits et/ou services pour lesquels la protection est revendiquée (ATF 134 III 406 consid. 5.2 *VSA ASA [fig.]*; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 4.2 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*; voir : arrêt du Tribunal administratif fédéral B-6372/2010 du 31 janvier 2011 consid. 3.4.3 *SWISS MILITARY BY BTS*; voir encore [en ce qui concerne la protection offerte par la Loi fédérale du 15 décembre 1961 concernant la protection des noms et emblèmes de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations intergouvernementales (RS 232.23; ci-après : Loi sur les Nations Unies)] : ATF 135 III 648 consid. 2.5-2.7 *UNOX [fig.]*; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-7207/2009 du 18 octobre 2010 consid. 3.4 *DeeCee style [fig.]* et B-3296/2009 du 16 février 2010 consid. 2.2.1 *UNO VIRGINIA SLIMS VS [fig.]*).

2.3

2.3.1 Il ressort de l'art. 38 CG I que, outre "le signe héraldique de la croix rouge sur fond blanc, formé par interversion des couleurs fédérales [maintenu comme emblème et signe distinctif du Service sanitaire des armées par hommage pour la Suisse]" (al. 1), la CG I protège notamment "le croissant rouge [...] sur fond blanc" (al. 2).

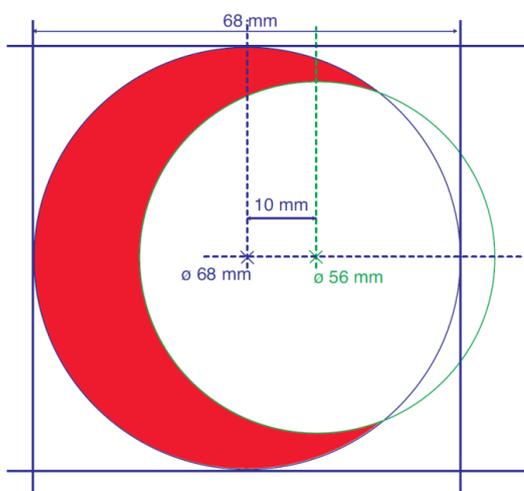
Selon l'art. 4 du Règlement relatif à l'identification (Annexe I du Protocole additionnel du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux [RS 0.518.521; ci-après : Protocole I]), "[l]e signe distinctif (rouge sur fond blanc) doit être aussi grand que le justifient les circonstances. Les Hautes Parties contractantes peuvent s'inspirer, pour la forme de la croix, du croissant ou du lion et soleil, des modèles de la figure 2", c'est-à-dire des illustrations suivantes :

Signes distinctifs en rouge sur fond blanc



Selon l'art. 5 al. 1 Règlement sur l'usage de l'emblème, "[l']emblème utilisé à titre protecteur conservera toujours la forme pure, c'est-à-dire qu'il ne comportera aucune adjonction ni sur la croix ou le croissant, ni sur le fond blanc. On utilisera une croix formée de deux traverses, l'une verticale et l'autre horizontale, se coupant en leur milieu. La forme et l'orientation du croissant sont libres. Ni la croix, ni le croissant ne toucheront les bords du drapeau ou de l'écusson. La nuance du rouge n'est pas fixée. Le fond sera toujours blanc". L'art. 5 al. 2 Règlement sur l'usage de l'emblème prévoit que "[l']emblème utilisé à titre indicatif sera accompagné du nom ou des initiales de la Société nationale. Aucun dessin ou inscription ne figurera sur la croix ou le croissant qui sera, par ailleurs, toujours l'élément dominant de l'emblème. Le fond sera toujours blanc".

La Charte graphique "Les emblèmes de la croix rouge, du croissant rouge et du cristal rouge" (Fédération internationale des Sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, Les emblèmes de la croix rouge, du croissant rouge et du cristal rouge, Charte graphique, juin 2006, Genève 2006 [ci-après : Charte graphique], <<http://w3.ifrc.org/publicat/Styleguide/RC-RC-RC-emblems-fr.pdf>> [consulté le 15.04.2013], p. 8) définit ainsi le "croissant rouge" :



La Charte graphique ajoute que "[l]e rouge de la croix, du croissant et du cristal est le rouge Pantone® P. 485" (Charte graphique, p. 14).

2.3.2 La Loi sur la Croix-Rouge se limite à l'utilisation des termes "emblème de la croix rouge sur fond blanc" (art. 1 al. 1, art. 2, art. 3, art. 6 et art. 8 al. 1 Loi sur la Croix-Rouge) et à l'évocation, à l'art. 12 al. 1 Loi sur la Croix-Rouge, de l'emblème du "croissant rouge", sans donner plus de précisions au sujet de ces signes.

Selon le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 14 septembre 1953 concernant la révision de la loi pour la protection de l'emblème et du nom de la Croix-Rouge, "[p]as plus que la convention, le présent projet ne fixe la forme de la croix, ni celle du fond blanc, ni la nuance du rouge de la croix. Toute définition quelconque pourrait prêter la main à des abus. De même que toute croix rouge quelconque sur un fond blanc quelconque obligera les parties belligérantes à respecter les objets sur lesquels elle figure à bon droit, de même sera passible de poursuites l'emploi abusif de toute croix rouge de forme et de nuance quelconques sur un fond blanc quelconque, ainsi que l'emploi abusif de tout autre signe ou couleur pouvant prêter à confusion" (Message Loi sur la Croix-Rouge, FF 1953 III 110, 114 ; arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 4.1 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*).

C'est ainsi de manière intentionnelle que la Loi sur la Croix-Rouge ne donne de définition précise ni de la forme des emblèmes protégés, ni de leur nuance de rouge, ni de leur fond blanc. Selon la jurisprudence, la Loi sur la Croix-Rouge interdit donc l'utilisation de tout croissant rouge de forme et de nuance quelconques sur un fond blanc quelconque (cf. ATF 134 III 406 consid. 3 et 5.2 *VSA ASA [fig.]* [en ce qui concerne l'"emblème de la croix rouge"]]).

3.

Il s'agit désormais d'examiner si le signe déposé contient l'"emblème du croissant rouge" ou un élément avec lequel il pourrait être confondu.

3.1 Le signe déposé est figuratif. Il se compose, sur un fond blanc, d'un élément arqué de couleur rouge ou rose lié à un élément bleu pouvant être perçu comme un segment de ruban.

3.2 Contrairement à ce que soutient la recourante, il est hautement improbable qu'une lettre "G" stylisée puisse être reconnue dans le signe

déposé. Ce signe étant formé de deux éléments clairement distincts, il est *a priori* difficile de le considérer comme un tout formant une lettre de l'alphabet. La recourante ne donne d'ailleurs aucune explication qui permettrait de comprendre pour quelles raisons ce signe devrait être perçu comme une lettre "G". Elle n'indique notamment pas si la lettre – dont le graphisme est au surplus susceptible de varier fortement d'une police de caractères à l'autre – est minuscule ("g") ou majuscule ("G").

3.3 A supposer même qu'une lettre "G" puisse être reconnue dans le signe déposé, une telle constatation serait sans importance dès lors que, selon la jurisprudence claire, l'impression d'ensemble qui se dégage d'un signe n'est pas déterminante lorsqu'il s'agit d'examiner si ce signe est conforme à la Loi sur la Croix-Rouge. Il convient en effet de décomposer le signe en question et de considérer pour lui-même l'élément susceptible d'être confondu avec l'emblème protégé (consid. 2.2.2).

En l'espèce, le signe est formé de deux éléments distincts, mis en évidence par les couleurs revendiquées. L'élément arqué de couleur rouge ou rose se détache clairement du reste du signe et est ainsi nettement perceptible. La recourante ne saurait dès lors être suivie lorsqu'elle affirme que le signe déposé est formé d'un seul élément et que l'élément arqué ne peut pas être considéré comme un élément indépendant. Peu importe par ailleurs que le signe déposé, considéré dans son ensemble, soit suffisamment distinct de l'"emblème du croissant rouge".

3.4 Il est vrai que, comme le relève la recourante, l'élément arqué du signe déposé présente – au niveau de son ouverture, de sa largeur, de son orientation et de sa couleur – un certain nombre de différences avec l'"emblème du croissant rouge", tel qu'il ressort notamment de l'art. 4 du Règlement relatif à l'identification (Annexe I du Protocole I) et de la Charte graphique (cf. consid. 2.3.1).

Avant d'examiner ces différences, il convient de rappeler que la Loi sur la Croix-Rouge ne se limite pas à la protection d'une forme standard de l'"emblème du croissant rouge" (à noter d'ailleurs que les illustrations qui figurent à l'art. 4 du Règlement relatif à l'identification [Annexe I du Protocole I] et dans la Charte graphique ne sont pas rigoureusement identiques), mais interdit l'utilisation de tout croissant rouge de forme et de nuance quelconques sur un fond blanc quelconque (consid. 2.3.2 *in fine*).

Il s'agit dès lors, en l'espèce, de déterminer si la forme arquée qui figure dans le signe déposé peut ou non être qualifiée de croissant rouge sur fond blanc.

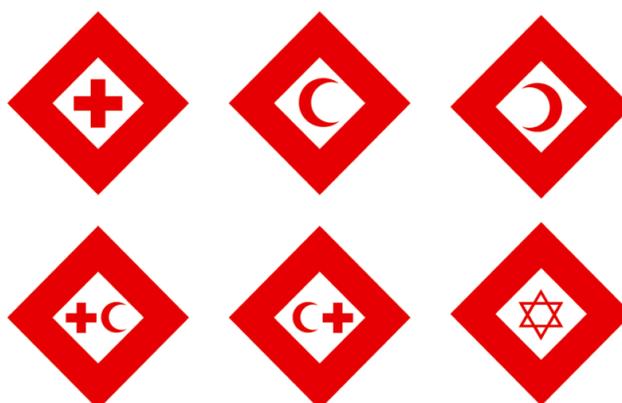
3.4.1 Dans sa forme illustrée à l'art. 4 du Règlement relatif à l'identification (Annexe I du Protocole I) et dans la Charte graphique (ci-après : forme standard [en dépit du fait que ces illustrations ne sont pas tout à fait identiques (cf. consid. 3.4)]), l'"emblème du croissant rouge" présente certes une ouverture relativement importante entre ses deux extrémités. La recourante ne peut toutefois pas être suivie lorsqu'elle affirme que l'élément arqué du signe déposé ne présente aucune ouverture ou qu'il donne du moins l'impression de former un cercle. Tout d'abord, un examen attentif du signe déposé permet de constater que les pointes de l'élément arqué ne touchent pas clairement l'élément bleu. Elles paraissent même plutôt s'interrompre avant d'entrer en contact avec lui. Par ailleurs, du fait que la zone concernée par une éventuelle jonction des pointes est masquée par l'élément bleu, il n'est pas possible de dire si l'élément arqué forme effectivement un cercle. En tout état de cause, l'élément bleu marque une rupture claire entre les deux pointes de l'élément arqué. Il convient dès lors de considérer que l'élément arqué présente une certaine échancrure qui lui confère bien une forme de croissant. Le fait que l'élément arqué soit moins ouvert que la forme standard de l'"emblème du croissant rouge" n'est quant à lui pas déterminant.

Il est en outre possible de se demander si l'élément arqué n'est pas perçu comme une sphère présentant une ouverture circulaire de laquelle s'échappe l'élément bleu. Une telle illusion d'optique résulte néanmoins essentiellement du jeu entre l'élément arqué et l'élément bleu. Or, comme il a déjà été relevé (consid. 3.3), il convient en l'espèce de concentrer l'examen sur le seul élément arqué.

3.4.2 La forme standard de l'"emblème du croissant rouge" est relativement effilée. L'élément arqué est quant à lui plus large, plus épais ou plus massif. Une telle différence – qui n'est d'ailleurs pas particulièrement marquée – n'est toutefois pas propre à transformer l'élément arqué en autre chose qu'un croissant, ce d'autant que, selon l'art. 5 al. 1 Règlement sur l'usage de l'emblème, la forme du "croissant rouge" est libre (cf. consid. 3.4.3).

3.4.3 Quant à l'orientation inverse de l'élément arqué (ouvert vers la gauche) par rapport à la forme standard de l'"emblème du croissant

rouge" (ouverte vers la droite), elle ne lui enlève en tout cas pas sa forme de croissant. Elle ne permet pas non plus d'exclure une référence à l'emblème protégé, car la réglementation ne définit pas clairement l'orientation de l'"emblème du croissant rouge". Il ressort en effet de l'art. 5 al. 1 Règlement sur l'usage de l'emblème que "[...] [l]a forme et l'orientation du croissant sont libres [...]". Par ailleurs, la brochure "Des emblèmes d'humanité" du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge (<http://www.icrc.org/fre/assets/files/other/icrc_001_0876.pdf>, consulté le 15.04.2013) donne, entre autres illustrations de l'incorporation d'un emblème reconnu à l'intérieur de l'"emblème du cristal rouge" (instauré par le Protocole additionnel du 8 décembre 2005 aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel [Protocole III ; RS 0.518.523]), l'exemple de l'incorporation de l'"emblème du croissant rouge" représenté une fois dans l'orientation de sa forme standard (ouvert vers la droite) et une fois dans son orientation inverse (ouvert vers la gauche) :



3.4.4 L'"emblème du croissant rouge" protégé par la Loi sur la Croix-Rouge est caractérisé par un croissant de couleur rouge. Il ressort de la Charte graphique que cette couleur est le rouge Pantone® P. 485 (consid. 2.3.1 *in fine*).

Selon la demande d'enregistrement du signe litigieux, la couleur "rouge (Pantone 1915)" était revendiquée pour l'élément arqué. Dans son courrier adressé le 24 février 2012 à l'autorité inférieure, la recourante a soutenu que cette couleur était différente de celle de l'"emblème du croissant rouge" et a prié l'autorité inférieure "de corriger la mention de couleur dans la demande d'enregistrement de « rouge (Pantone 1915) » en « rose (Pantone 1915) »". Il ressort de la base de données Swissreg (<<https://www.swissreg.ch>>, consulté le 12.04.2013) que cette correction a été effectuée par l'autorité inférieure.

Comme le suggère la recourante, il est tout à fait envisageable de qualifier de "rose" plutôt que de "rouge" la couleur de l'élément arqué du signe déposé. Reste que la manière de désigner cette couleur est sans importance en l'espèce, l'appréciation devant se fonder sur la couleur elle-même et non pas sur sa qualification.

La couleur (rouge ou rose) "Pantone 1915" de l'élément arqué diffère certes de la couleur rouge Pantone® P. 485 désignée dans la Charte graphique (consid. 2.3.1 *in fine*). Cette différence n'est toutefois pas aussi grande que veut bien le prétendre la recourante. Elle n'est en effet que de l'ordre de la nuance, la couleur rose étant formée de rouge et de blanc (cf. Le Petit Robert 2012, Paris 2011 [entrée "2 rose"]). Qui plus est, la couleur "Pantone 1915" est un rose plutôt foncé, relativement proche du rouge. Comme le relève l'autorité inférieure dans la décision attaquée, il est à cet égard révélateur que cette couleur ait été désignée par le terme "rouge" dans la demande d'enregistrement. Il convient dès lors de considérer qu'un croissant de cette couleur peut fort bien être confondu avec l'"emblème du croissant rouge", ce d'autant qu'il apparaît sur un fond blanc.

Contrairement à ce que soutient la recourante, il importe peu que l'emblème protégé soit "l'« emblème du Croissant Rouge »" et pas l'« emblème du Croissant Rose ». Il ressort en effet de l'art. 5 al. 1 Règlement sur l'usage de l'emblème que "[l]a nuance du rouge n'est pas fixée" (consid. 2.3.1). Par ailleurs, d'après le Message Loi sur la Croix-Rouge (FF 1953 III 110, 114), la Loi sur la Croix-Rouge interdit l'utilisation de tout croissant rouge de forme et de nuance quelconques sur un fond blanc quelconque (consid. 2.3.2).

Enfin, comme l'a relevé l'autorité inférieure au cours de la procédure et dans la décision attaquée, il est – conformément à sa pratique (Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle, Directives en matière de marques, Berne, 01.07.2012 [ci-après : IPI, Directives 2012], <https://www.ige.ch/fileadmin/user_upload/Juristische_Infos/f/rlma/rlma_f.pdf> [consulté le 15.04.2013], Partie 4, ch. 7.3) – possible d'éviter un risque de confusion par une revendication positive ou négative de couleur. La recourante a malgré tout maintenu sa revendication de couleur (rouge ou rose) "Pantone 1915" pour l'élément arqué.

3.5 En conclusion, il s'agit tout d'abord de rappeler que, alors que l'art. 5 al. 1 Règlement sur l'usage de l'emblème définit l'"emblème de la croix rouge" comme "[...] une croix formée de deux traverses, l'une verticale et

l'autre horizontale, se coupant en leur milieu [...]”, le Tribunal administratif fédéral a considéré que les signes "SENIOREN NOTRUF SAWIRES (fig.)" et "SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ (fig.)" étaient contraires à la Loi sur la Croix-Rouge en raison du fait qu'ils contenaient une croix composée de deux barres (formées chacune de 9 lignes parallèles, alternativement foncées et claires) se croisant de manière légèrement décentrée, la barre verticale étant inclinée de 10° vers la droite, et que cette croix était susceptible d'être utilisée en rouge sur fond blanc (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3327/2008 et B-3328/2008 du 23 mars 2009 consid. 5.1-5.2 *SENIOREN NOTRUF SAWIRES [fig.] et SENIOREN NOTRUF SCHWEIZ [fig.]*). Quant au Tribunal fédéral, il a jugé que le signe "VSA ASA (fig.)" (demande d'enregistrement n° 55440/2005) était contraire à la Loi sur la Croix-Rouge en raison du fait que, vu l'absence de revendication de couleur, la croix – simplement suggérée, sur un carré noir, par quatre angles blancs et la présence des abréviations "VSA" et "ASA" se croisant sur leur lettre "S" commune – était susceptible d'apparaître en rouge sur fond blanc (ATF 134 III 406 consid. 6.2-6.2.2 *VSA ASA [fig.]*).

En l'espèce, au regard de la rigueur de cette jurisprudence applicable par analogie à l'"emblème du croissant rouge", ni la prétendue absence d'échancrure, ni la largeur, ni l'orientation, ni la couleur de l'élément arqué ne permettent d'exclure que cet élément soit perçu comme l'"emblème du croissant rouge sur fond blanc" protégé par la Loi sur la Croix-Rouge. L'élément arqué ne saurait en particulier être qualifié de stylisation qui supprimerait tout renvoi à l'emblème protégé (cf. IPI, Directives 2012, Partie 4, ch. 7.2.1.2). Contrairement à ce que soutient la recourante, il ne présente en effet que des différences de peu d'importance avec l'"emblème du croissant rouge" qui est dès lors reconnaissable dans le signe déposé.

Enfin, l'"emblème du croissant rouge" est certes protégé indépendamment du contexte dans lequel il est utilisé (consid. 2.2.2). Or, le fait que le signe déposé (par une société pharmaceutique) soit destiné à des produits pharmaceutiques ne fait que renforcer le risque que son élément arqué soit perçu comme l'"emblème du croissant rouge".

3.6 Il ressort de ce qui précède que le signe déposé viole notamment les art. 7 al. 2 et 12 al. 1 Loi sur la Croix-Rouge et qu'il doit par conséquent, au sens de l'art. 2 let. d LPM, être exclu de la protection à titre de marque (art. 30 al. 2 let. c LPM).

Le recours est donc mal fondé sur ce point.

4.

Au cours de la procédure, la recourante s'est référée à la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)", à l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)" et à la marque communautaire n° 003973765 "gelclair (fig.)" dont elle est titulaire et qui contiendraient le signe déposé (sans revendication de couleur) accompagné du terme "gelclair". Vu la protection qu'elle a obtenue pour ces marques, elle répète dans son recours que rien ne doit s'opposer à l'enregistrement du signe déposé.

4.1

4.1.1 Une décision viole le principe de l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]) lorsqu'elle établit des distinctions juridiques qui ne se justifient par aucun motif raisonnable au regard de la situation de fait à régler ou lorsqu'elle omet de faire des distinctions qui s'imposent au vu des circonstances, c'est-à-dire lorsque ce qui est semblable n'est pas traité de manière identique et ce qui est dissemblable ne l'est pas de manière différente. Il faut que le traitement différent ou semblable injustifié se rapporte à une situation de fait importante (ATF 131 I 1 consid. 4.2, ATF 129 I 346 consid. 6, ATF 129 I 113 consid. 5.1).

D'après la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'enregistrement d'un signe pour lequel il existe un motif absolu d'exclusion ne peut être admis sur la base de l'égalité de traitement que si les conditions de l'égalité dans l'illégalité sont remplies (arrêt du Tribunal fédéral 4A.5/2004 du 25 novembre 2004 consid. 4.3 *Firemaster*). Le droit à l'égalité dans l'illégalité n'est reconnu qu'en présence d'une pratique constante, contraire à la loi, qui se rapporte à des signes et à des produits et/ou services comparables et dont l'autorité concernée n'envisage pas de s'écarter, même à l'avenir (arrêt du Tribunal fédéral 4A.5/2004 du 25 novembre 2004 consid. 4.3 *Firemaster*; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-3920/2011 du 29 janvier 2013 consid. 4.2 *GLASS FIBER NET*, B-6402/2011 du 31 juillet 2012 consid. 6.2 *AUSTIN USED IN 1833 & EVER SINCE* [fig.], B-1561/2011 du 28 mars 2012 consid. 9.1 *TOGETHER WE'LL GO FAR*, B-2054/2011 du 28 novembre 2011 consid. 6.1 *MILCHBÄRCHEN* et B-3296/2009 du 16 février 2010 consid. 4 *UNO VIRGINIA SLIMS VS* [fig.]).

4.1.2 Du fait que c'est à bon droit que l'autorité inférieure a considéré que le signe déposé était contraire à la Loi sur la Croix-Rouge (consid. 3.6), la recourante ne peut se prévaloir que de l'égalité dans l'illégalité.

Il convient tout d'abord de relever que la recourante est elle-même titulaire de la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)" et de l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)". Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'égalité dans l'illégalité ne peut pas être invoquée envers soi-même. Le titulaire d'une marque ne saurait ainsi, en se référant à cette marque dont il est titulaire, se prévaloir de l'égalité dans l'illégalité pour demander l'enregistrement d'une autre marque (arrêt du Tribunal fédéral 4A.5/2003 du 22 décembre 2003 consid. 4 *Discovery Travel & Adventure Channel*; arrêts du Tribunal administratif fédéral B-3920/2011 du 29 janvier 2013 consid. 4.3 *GLASS FIBER NET* et B-4854/2010 du 29 novembre 2010 consid. 6.3 *Silacryl*).

Au surplus, comme l'a relevé à juste titre l'autorité inférieure, l'élément graphique de la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)" et de l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)" ne correspond pas en tous points au signe déposé. Dans la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)", l'élément arqué, dont la couleur noire est d'ailleurs identique à celle de l'élément pouvant être perçu comme un segment de ruban, voit en effet non seulement ses branches toucher cet autre élément, mais également se prolonger et pratiquement se rejoindre en un fin trait blanc (visible sur cet autre élément) pour donner l'impression de former un cercle. Dans l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)", l'une des branches de l'élément arqué, dont la couleur est identique à celle de l'autre élément, touche cet autre élément et se prolonge en un fin trait blanc discontinu (visible sur cet autre élément) pour donner également l'impression que l'élément arqué forme un cercle.

Enfin, au regard de la jurisprudence relative à l'égalité dans l'illégalité, la marque suisse n° 518'943 "gelclair (fig.)" et l'enregistrement international n° 834'895 "gelclair (fig.)" – antérieurs de plus de sept ans à la date de dépôt du signe en cause – ne sauraient être considérés comme une pratique constante, ce d'autant que l'autorité inférieure s'est, depuis quelques années, montrée particulièrement restrictive dans l'application des dispositions nationales et internationales destinées à protéger les armoiries et autres signes publics ainsi que les noms et emblèmes internationaux (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral B-3296/2009 du 16 février 2010 consid. 4 *in fine UNO VIRGINIA SLIMS VS [fig.]*; voir également : consid. 3.5 ci-dessus).

Pour cette raison également, un droit à l'égalité dans l'illégalité ne peut en l'espèce pas être reconnu à la recourante.

4.2 Selon la jurisprudence, les autorités suisses ne tiennent en principe pas compte des décisions d'enregistrement de marques rendues par des autorités étrangères (ATF 130 III 113 consid. 3.2 *Montessori*, ATF 129 III 225 consid. 5.5 *Masterpiece*). Ce n'est que dans les cas limite que les décisions étrangères peuvent être prises en considération à titre d'indice du caractère enregistrable d'un signe (arrêts du Tribunal administratif fédéral B-1561/2011 du 28 mars 2012 consid. 10 *TOGETHER WE'LL GO FAR*, B-2054/2011 du 28 novembre 2011 consid. 6.3 *MILCHBÄRCHEN* et B-7427/2006 du 9 janvier 2008 consid. 8 *Chocolat Pavot [fig.]*).

Dès lors que le cas n'est en l'espèce pas limite, la recourante ne saurait tirer quoi que ce soit de l'enregistrement de la marque communautaire n° 003973765 "gelclair (fig.)".

5.

Il ressort de ce qui précède que, mal fondé, le recours doit être rejeté.

6.

6.1 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 1^{re} phrase et 4 FITAF). La valeur litigieuse en matière de propriété intellectuelle est difficile à estimer. Selon la doctrine et la jurisprudence, elle s'élève généralement entre Fr. 50'000.– et Fr. 100'000.– (ATF 133 III 490 consid. 3.3 *Turbinenfuss [3D]*).

Au regard de ce qui précède, les frais de procédure doivent être fixés à Fr. 2'500.– et mis à la charge de la recourante, qui succombe. Ils seront compensés, dès l'entrée en force du présent arrêt, par l'avance de frais de Fr. 2'500.– déjà versée.

6.2 Compte tenu de l'issue de la procédure, la recourante n'a pas droit à des dépens (art. 64 al. 1 PA et art. 7 al. 1 FITAF *a contrario*).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais de procédure, d'un montant de Fr. 2'500.–, sont mis à la charge de la recourante. Ce montant sera compensé par l'avance de frais déjà versée de Fr. 2'500.–, dès l'entrée en force du présent arrêt.

3.

Il n'est pas alloué de dépens.

4.

Le présent arrêt est adressé :

- à la recourante (acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (n° de réf. 51379/2012 ; acte judiciaire)
- au Département fédéral de justice et police (acte judiciaire)

Le président du collège :

Le greffier :

Pietro Angeli-Busi

Pierre-Emmanuel Ruedin

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 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition : 17 mai 2013