[AZA 1/2]

4P.291/2000

Ie COUR CIVILE
****

19 février 2001

Composition de la Cour: MM. Walter, président, Leu et Corboz,
juges. Greffier: M. Ramelet.

_____

Statuant sur le recours de droit public
formé par
Time Warner Entertainment Company L.P., à New York (Etats-Unis d'Amérique), représentée par Me X., avocat à Genève,

contre
l'ordonnance rendue le 3 novembre 2000 par la Cour de justice genevoise dans la cause qui oppose la recourante à Louis Perdrizat, à Genève, représenté par Me Y., avocat à Genève;
(arbitraire; droit d'être entendu; concurrence déloyale; droit des marques)
Vu les pièces du dossier d'où ressortent
les faits suivants:

A.- Time Warner Entertainment Company L.P. (ci-après: Time Warner) produit une série télévisée intitulée "Friends", dont certaines séquences se déroulent dans un café imaginaire à l'enseigne "Central Perk". Depuis le 19 septembre 1995, Time Warner est propriétaire aux Etats-Unis d'Amérique de la marque "Central Perk" pour les produits de la classe 25 (vêtements, chaussures, chapellerie). Dans le registre suisse des marques, Time Warner a fait enregistrer, le 30 août 1996, la marque verbale "Friends" pour les produits de la même classe 25.

Le 24 novembre 1998, Louis Perdrizat a fait inscrire au registre suisse la marque "Central Perk where we're your Friends". La société Gengenie S.A., dont Perdrizat est l'administrateur unique, exploite à Genève un café à l'enseigne "Central Perk".

B.- Le 3 août 2000, Time Warner a déposé auprès de la Cour de justice du canton de Genève une demande de mesures provisionnelles dirigée contre Louis Perdrizat.

Statuant, par ordonnance du 3 novembre 2000, comme juridiction cantonale unique des causes relatives à la propriété intellectuelle et à la concurrence déloyale, la cour cantonale a constaté que Time Warner, à l'audience de plaidoiries, avait renoncé à prendre des conclusions fondées sur le droit d'auteur ou le droit au nom et avait basé sa requête exclusivement sur la concurrence déloyale et le droit des marques. Considérant que la requérante n'était pas parvenue à rendre vraisemblable, en fait et en droit, le bien-fondé de sa prétention, la Cour de justice a rejeté ses conclusions sur mesures provisionnelles.
C.- Time Warner forme un recours de droit public au Tribunal fédéral. Invoquant l'arbitraire et une violation du droit d'être entendue, elle requiert l'annulation de la décision attaquée.

L'intimé conclut à l'irrecevabilité, subsidiairement au rejet du recours.

La Cour de justice, par son président, a apporté des précisions quant au déroulement de l'instance et a déclaré persister dans les termes de la décision entreprise.

Considérant en droit :

1.- a) Le recours de droit public au Tribunal fédéral est ouvert contre une décision cantonale pour violation des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 let. a OJ).

Sous réserve des exceptions prévues par la loi, il n'est recevable qu'à l'encontre d'une décision finale (art. 87 OJ). Dans le cas d'un recours de droit public, la jurisprudence admet que la décision qui met fin à la procédure sur mesures provisionnelles doit être considérée comme une décision finale; même si elle devait être qualifiée de décision incidente, il faudrait reconnaître, en raison de sa nature, qu'elle cause un dommage irréparable ouvrant la voie d'un recours immédiat (ATF 118 II 369 consid. 1; 108 II 69 consid. 1; 103 II 120 consid. 1 et les arrêts cités).

Le recours n'est pas recevable dans la mesure où le grief invoqué pouvait faire l'objet d'un autre recours fédéral (art. 84 al. 2 OJ). Le recours en réforme n'est cependant pas ouvert contre une décision sur mesures provisionnelles, parce qu'elle ne statue pas sur la prétention matérielle, mais seulement sur une protection provisoire (ATF 115 II 297 consid. 2). Les griefs invoqués ne sont donc susceptibles d'aucune autre voie de droit sur le plan fédéral.

Pour que le recours soit recevable, il faut encore que la décision attaquée soit rendue en dernière instance cantonale (art. 86 al. 1 OJ). L'intimé soutient que cette condition ne serait pas remplie, parce que l'argumentation de la recourante, au moins en partie, pouvait faire l'objet d'une demande de révision cantonale; selon lui, la recourante se plaint de ce que la cour cantonale aurait omis de statuer sur certaines de ses conclusions (cf. art. 154 let. d de la Loi genevoise de procédure civile, LPC gen.).

Pour respecter la règle de l'épuisement des instances cantonales posée par l'art. 86 al. 1 OJ, la partie recourante doit avoir utilisé toutes les voies de droit cantonal à sa disposition pour remédier au vice allégué, qu'il s'agisse de recours ordinaires ou extraordinaires; la notion de moyen de droit cantonal englobe, de façon générale, toutes les voies de droit qui sont ouvertes à la partie recourante afin de faire disparaître le préjudice juridique allégué et qui sont de nature à obliger l'autorité saisie à statuer (ATF 120 Ia 61 consid. 1a et les arrêts cités). S'il est vrai que la révision classique ne constitue pas un moyen utile (ATF 110 Ia 136 consid. 2a et les références), il en va différemment des motifs de révision prévus par l'art. 154 LPC gen. , qui sortent du cadre naturel de cette procédure et s'apparentent en réalité aux cas ouvrant la voie du recours en nullité dans la plupart des autres lois de procédure civile; la révision de l'art. 154 permet donc à la partie recourante d'obtenir une décision propre à supprimer le préjudice allégué dans le recours de droit public (arrêt non publié du 28 septembre 1995 dans la cause 5P.115/1995, consid. 3b; arrêt du 22 mai 1987 publié in SJ 1987 p. 470). Il n'apparaît cependant pas que le motif de révision mentionné par l'intimé soit ici réalisé:
en effet, la cour cantonale n'a pas omis de statuer sur les conclusions, mais elle a refusé de le faire en considérant qu'elles étaient retirées. Il n'est toutefois pas nécessaire d'approfondir la question, puisque le recours doit de toute manière - comme on le verra - être rejeté.

La recourante est personnellement touchée par la décision attaquée, qui lui refuse la protection provisoire sollicitée, de sorte qu'elle a un intérêt personnel, actuel et juridiquement protégé à ce que cette décision n'ait pas été prise en violation de ses droits constitutionnels; en conséquence, elle a qualité pour recourir (art. 88 OJ).

Interjeté en temps utile (art. 89 al. 1 OJ), dans la forme prévue par la loi (art. 90 al. 1 OJ), le recours est en principe recevable.

Sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce, il n'a qu'un caractère cassatoire (ATF 125 II 86 consid. 5a; 124 I 231 consid. 1d; 123 I 87 consid. 5).

b) Saisi d'un recours de droit public, le Tribunal fédéral n'examine que les griefs d'ordre constitutionnel invoqués et suffisamment motivés dans l'acte de recours(art. 90 al. 1 let. b OJ; ATF 125 I 492 consid. 1b et les références; cf. également ATF 110 Ia 1 consid. 2a).

2.- a) La recourante soutient que la décision attaquée viole l'interdiction de l'arbitraire garantie par l'art. 9 Cst.

Selon la jurisprudence, l'arbitraire ne résulte pas du seul fait qu'une autre solution pourrait entrer en considération ou même qu'elle serait préférable; le Tribunal fédéral ne s'écarte de la décision attaquée que lorsque celle-ci est manifestement insoutenable, qu'elle se trouve en contradiction claire avec la situation de fait, qu'elle viole gravement une norme ou un principe juridique indiscuté, ou encore lorsqu'elle heurte de manière choquante le sentiment de la justice et de l'équité. Pour qu'une décision soit annulée pour cause d'arbitraire, il ne suffit pas que la motivation formulée soit insoutenable, il faut encore que la décision apparaisse arbitraire dans son résultat (ATF 126 I 168 consid. 3a; ATF 125 I 166 consid. 2a; 125 II 10 consid. 3a, 129 consid. 5b).

b) La recourante soutient que la cour cantonale a retenu arbitrairement qu'elle avait retiré ses conclusions en tant que celles-ci étaient fondées sur le droit d'auteur ou le droit au nom (noms de domaine). Elle admet cependant qu'un retrait résulte du procès-verbal de l'audience, tenu par le greffier. Dans ses observations du 18 janvier 2001, la cour cantonale a affirmé que le procès-verbal avait été dicté en présence des parties et de leurs avocats et que l'avocat de la recourante avait plaidé sans élever de réserves ou de protestations.
Cette version des faits est entièrement confirmée par les observations de l'intimé.

Les faits litigieux se sont déroulés lors d'une audience, en présence de trois juges, du greffier et des parties ou de leurs représentants; la recourante est seule à soutenir qu'elle n'a pas retiré ses conclusions, tandis que les autres personnes présentes affirment le contraire.

Le moins que l'on puisse dire est que la recourante n'est pas parvenue à prouver sa version des faits. Elle n'a ainsi pas démontré que la constatation cantonale serait arbitraire.
La recourante n'a pas non plus établi que la portée de son retrait aurait été mal comprise, étant rappelé que l'examen est ici limité à l'arbitraire.

Par ailleurs, on ne voit pas ce qu'il y aurait d'insoutenable à ne pas statuer sur des moyens de droit auxquels la partie requérante a renoncé. C'est donc sans arbitraire et sans violation du droit d'être entendu que la cour cantonale a retenu que la requête qui lui était présentée était fondée exclusivement sur la concurrence déloyale et le droit des marques.

c) S'agissant de la concurrence déloyale, la recourante soutient que la cour cantonale a violé arbitrairement le droit fédéral en écartant toute prétention pour le motif qu'il n'y aurait pas de situation de concurrence entre les parties.

Selon l'art. 1er LCD, cette loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. La LCD ne concerne ainsi que le domaine de la concurrence; cette notion vise une compétition, une rivalité sur le plan économique entre des personnes qui offrent leurs prestations. Pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux art. 3 à 8 LCD; il faut encore, comme le montre la définition générale de l'art. 2 LCD, qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients.
Autrement dit, il doit influencer le jeu de la concurrence, le fonctionnement du marché (ATF 126 III 198 consid. 2c/aa).

Certes, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent (ATF 126 III 202 ibidem; 120 II 76 consid. 3a). Il n'empêche que l'acte doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché (ATF 126 III 202 ibidem; 120 II 76 consid. 3a).

L'acte doit être dirigé contre le jeu normal de la concurrence et propre à exercer une influence sur le marché; il doit être objectivement apte à influer sur la concurrence. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur

ait la volonté d'influencer l'activité économique (ATF 126 III 202 consid. 2c/aa et les arrêts cités).

La LCD ne protège donc pas la bonne foi de manière générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale (ATF 126 III 202 ibidem; 124 III 297 consid. 5d; 124 IV 262 consid. 2b).

La question n'est donc pas de savoir si la recourante et l'intimé, en tant que parties à la procédure, sont en concurrence l'une avec l'autre, mais de déterminer si les actes reprochés à l'intimé sont de nature à influencer la concurrence, c'est-à-dire la compétition économique entre des personnes qui offrent leurs prestations. Or, d'après les constatations cantonales - au sujet desquelles l'arbitraire n'est pas démontré -, la recourante produit et diffuse une série télévisée sans qu'il soit établi qu'elle serait également active dans le domaine de la restauration, tandis que l'intimé ou la société dont il est administrateur exploite un établissement public. On ne voit pas comment ces deux activités économiques peuvent entrer en concurrence réciproque. En concluant que toute action fondée sur la concurrence déloyale est d'emblée exclue, la cour cantonale n'a pas statué arbitrairement.

d) Selon des constatations cantonales - au sujet desquelles l'arbitraire n'est pas invoqué -, la recourante a fait inscrire en premier la marque "Friends" en Suisse, alors que l'intimé a fait inscrire postérieurement la marque "Central Perk where we're your Friends".

La recourante dispose assurément de la priorité découlant de l'antériorité de son dépôt (art. 6 de la Loi fédérale du 28 août 1992 sur la protection des marques, RS 232. 11; ci-après LPM).

Il apparaît cependant d'emblée que les marques ne sont pas identiques.

La recourante ne pourrait donc s'opposer à la marque de l'intimé que s'il s'agissait de signes similaires à la marque antérieure et destinés à des produits ou services identiques ou similaires pour autant qu'il en résulte un risque de confusion (art. 3 al. 1 let. c et 13 al. 2 LPM). Il saute aux yeux que le mot "Friends" dans la marque de l'intimé ne joue qu'un rôle secondaire et peu distinctif, alors que sa marque se caractérise surtout par l'emploi de la formule "Central Perk". Les deux marques sont donc suffisamment distinctes pour exclure le risque de confusion, en ajoutant encore qu'elles ne semblent pas se rapporter aux mêmes produits et services. En excluant une action fondée sur l'enregistrement de la marque "Friends", la cour cantonale n'a nullement versé dans l'arbitraire.

Il n'est pas contesté que l'intimé n'a pas lui-même enregistré une marque "Friends", ni utilisé cette marque pour ses produits ou ses services.

3.- a) La recourante invoque ensuite une violation du droit d'être entendu, garanti par l'art. 29 al. 2 Cst.

Tel que le grief est formulé, on comprend que la recourante se plaint de ce que l'autorité cantonale n'aurait pas satisfait à son devoir minimum d'examiner et traiter les problèmes pertinents (ATF 126 I 97 consid. 2b; 124 II 146 consid. 2a; 122 IV 8 consid. 2c).

b) La recourante soutient qu'au moment où l'intimé a enregistré sa marque, la marque "Central Perk" qu'elle utilise à l'étranger était déjà notoirement connue en Suisse, de sorte qu'elle doit être considérée comme marque antérieure malgré l'absence d'enregistrement, en application de l'art. 3 al. 2 let. b LPM.

La cour cantonale a traité cette question à la page 8 de la décision attaquée sous considérant 5d. Elle a retenu que la notoriété en Suisse des marques américaines "Central Perk" et "Friends" faisait défaut. Elle a ainsi clairement admis que la requérante n'était pas parvenue à rendre vraisemblable la notoriété de sa marque en Suisse au moment déterminant.
La question pertinente ayant été examinée et tranchée, il n'y a pas de place pour une violation du droit d'être entendu.

c) La seule question qui peut se poser dans ce contexte est de savoir si la cour cantonale a correctement apprécié

les preuves qui lui étaient apportées à ce sujet.
Dans un recours de droit public, l'appréciation des preuves ne peut être réexaminée que sous l'angle restreint de l'arbitraire.
A ce propos, le juge tombe dans l'arbitraire si, sans raison sérieuse, il omet de prendre en considération un élément important propre à modifier la décision, s'il se fonde sur un moyen manifestement inapte à apporter la preuve, s'il a, de manière évidente, mal compris le sens et la portée d'un moyen de preuve ou encore, si, sur la base des éléments réunis, il a fait des déductions insoutenables.

La protection des marques étrangères notoirement connues représente une exception au principe de la territorialité; elle se fonde sur la notoriété acquise par la marque étrangère, sans qu'il importe que cette notoriété découle de l'usage de ladite marque en Suisse ou à l'étranger. La marque étrangère n'a donc pas besoin d'être employée en Suisse pour y acquérir la notoriété voulue; il suffit, mais il est aussi indispensable, qu'elle y soit notoirement connue (ATF 120 II 144 consid. 4b et les références citées). Lorsque la marque est destinée à un cercle déterminé de clients, son éventuelle notoriété devra être examinée à l'intérieur de ce cercle (ATF 120 II 144 ibidem). La marque doit être non seulement connue en Suisse, mais encore notoire; il convient de se montrer restrictif puisqu'il s'agit d'une exception au principe selon lequel le droit à la marque naît de l'enregistrement (LucasDavid, Commentaire bâlois, n. 50 ad art. 3 LPM).

La question est donc de savoir si, au moment où l'intimé a fait déposer sa marque, soit le 24 novembre 1998, la marque "Central Perk" enregistrée aux Etats-Unis par la recourante était déjà notoire en Suisse. D'après les renseignements fournis, la série télévisée est destinée à un vaste public, principalement jeune.

La recourante a produit un article d'un quotidien romand daté du 7 janvier 1999 (donc déjà postérieur à la date déterminante), dans lequel une journaliste, probablement spécialisée dans les émissions de télévision et les spectacles, présente au public le contenu de la série "Friends" en évoquant le succès de cette diffusion. L'article ne fait que décrire l'objet même de la série, de sorte qu'il ne présenterait absolument aucun intérêt si la série était déjà largement connue de tous les intéressés. Si le journal a jugé utile de publier cet article, c'est précisément que cette série n'avait pas un large retentissement en Suisse. S'agissant plus précisément du terme décisif ("Central Perk"), il ne figure que dans le texte de l'article avec la mention "sic", ce qui montre que la journaliste elle-même était encore étonnée de cette dénomination, qui ne relevait donc pas de l'évidence pour elle. On peut en déduire sans arbitraire que la marque "Central Perk" n'était pas notoire en Suisse, même dans la population jeune, à la date où l'intimé a fait enregistrer sa marque, le 24 novembre 1998.

Ainsi, le rejet de la requête n'apparaît pas arbitraire.

d) Présentant sa propre version des faits, la recourante déclare qu'elle "conteste certaines constatations en fait". Il n'y a pas lieu d'entrer en matière sur sa version des faits, dès lors qu'elle n'invoque pas de manière précise, à ce sujet, la violation d'un droit de rang constitutionnel (cf. ci-dessus consid. 1b).

Il n'est pas nécessaire d'examiner d'autres problèmes discutés par la cour cantonale ou la recourante, notamment la question de savoir si la requête est bien dirigée ou si le mot "Friends" appartient au domaine public, parce que, même si l'arbitraire était retenu sur l'un ou l'autre de ces points, cela ne suffirait pas pour faire apparaître la décision attaquée comme arbitraire dans son résultat (cf. ci-dessus consid. 2a).

Dans la mesure où la recourante cite abondamment la doctrine spécialisée en matière de propriété intellectuelle, il faut rappeler que le recours de droit public n'est pas ouvert pour violation du droit fédéral, mais seulement pour violation des droits constitutionnels des citoyens (art. 84 al. 1 let. a OJ). La question n'est donc pas de déterminer si le droit fédéral a été correctement appliqué. Il s'agit uniquement d'examiner les droits constitutionnels invoqués. Pour ce qui est de l'interdiction de l'arbitraire, le recours ne pourrait être admis que si la décision cantonale apparaissait insoutenable, ce qui n'est pas du tout le cas.

4.- Le recours doit être rejeté dans la mesure de sa recevabilité. Vu l'issue du recours, les frais et dépens de la procédure fédérale doivent être mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 156 al. 1 et 159 al. 1

OJ).

Par ces motifs,

le Tribunal fédéral :

1. Rejette le recours dans la mesure où il est recevable;

2. Met un émolument judiciaire de 5000 fr. à la charge de la recourante;

3. Dit que la recourante versera à l'intimé une indemnité de 6000 fr. à titre de dépens;

4. Communique le présent arrêt en copie aux mandataires des parties et à la Cour de justice genevoise.

_____
Lausanne, le 19 février 2001 ECH

Au nom de la Ie Cour civile
du TRIBUNAL FEDERAL SUISSE:
Le Président,

Le Greffier,