

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/11724/2012

ACJC/359/2014

ARRÊT

DE LA COUR DE JUSTICE

Chambre civile

DU VENDREDI 14 MARS 2014

Entre

X_____, ayant son siège _____, demanderesse comparant par Me Michel Muhlstein, avocat, rue Töpffer 17, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile,

d'une part,

et

Y_____, ayant son siège _____, défenderesse comparant par Me François Canonica, avocat, rue François-Bellot 2, 1206 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile.

d'autre part,

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 21 mars 2014.

EN FAIT

- A. aa.** X_____ (inscrite au registre du commerce du canton de Genève sous la raison sociale "_____" le _____ 1991, puis sous la raison sociale "A_____SGROUP SA" dès le _____ 1999 [date de publication dans la FOOSC]) est une société anonyme sise à _____ (GE). C_____ en est l'administrateur président et D_____ en est l'administratrice vice-présidente.

A teneur de l'extrait du registre du commerce, son but est le suivant : "exploitation d'établissements publics et de loisirs, tels que cafés, restaurants, bars ou autres et dancings; importation, exportation, représentation, distribution et commerce de biens mobiliers de consommation, en particulier de produits alimentaires; organisation, production et promotion de spectacles, ainsi que services dans le domaine de la gestion d'entreprises; [...]".

- ab.** A_____ 'S SA (inscrite au registre du commerce du canton de Vaud le _____ 1985, puis au registre du commerce du canton de Genève le _____ 1991, suite au transfert de son siège à _____ (GE)) était une société anonyme dont C_____ était l'administrateur président et D_____ l'administratrice vice-présidente.

A teneur de l'extrait du registre du commerce, son but était le suivant : "exploitation d'établissements publics, tels que cafés, restaurants, bars ou autres et dancings; importation, exportation, représentation, distribution et commerce de biens mobiliers de consommation, en particulier de produits alimentaires. Organisation, production et promotion de spectacles, concerts, pièces de théâtre, manifestations sportives, culturelles et évènementielles; [...]"

Le 27 octobre 1999, A_____ 'S SA a été dissoute sans liquidation par le fait que X_____ en avait repris l'actif et le passif, puis radiée du registre du commerce, le 19 mars 2003.

- ac.** Le 30 mars 1995, la marque verbale n° 1 _____ "A_____ 'S" a été déposée au registre suisse des marques, puis enregistrée le 22 août 1996, en classes de produits et services 25, 35, 38, 41 et 42, selon la classification de Nice, avec une priorité découlant de l'usage remontant à octobre 1985.

Les produits et services revendiqués pour la marque n° 1 "A_____ 'S" sont les suivants :

- classe 25 : "_____";
- classe 35 : "_____";
- classe 38 : "_____";

- classe 41 : "Organisation, production et promotion de manifestations culturelles et sportives, de spectacles et de concerts; édition et production de textes, de musiques, d'images et de films non publicitaires";
- classe 42 [selon la numérotation en vigueur au moment de l'enregistrement] : "Exploitation de cafés, restaurants, bars, dancings, cabarets et hôtels".

Le 10 octobre 2002, la marque verbale n° 2_____ "A_____'S" a été déposée et enregistrée le 17 décembre 2002 au registre suisse des marques, en classe de produits 30, selon la classification de Nice.

Les produits revendiqués pour la marque n° 2_____ "A_____'S" sont les suivants :

- classe 30 : "_____".

Faisant suite à la société anonyme E_____ qui en était titulaire jusqu'à ce moment-là, X_____ détient les marques "A_____'S" n^{os} 1_____ et 2_____ depuis le 23 avril 2010.

ba. Y_____ (inscrite au registre du commerce du canton de Genève sous la raison sociale "_____" le 10 septembre 2001, puis sous la raison sociale "Swiss A_____ Prod SA" dès le 8 août 2008 [date de publication dans la FOOSC]) est une société anonyme sise à _____ (GE). F_____ en est l'administrateur secrétaire.

A teneur de l'extrait du registre du commerce, son but est le suivant : "édition musicale, promotion d'artistes, conception, organisation, production, achat et vente de spectacles et d'événements, achat, vente et exploitation de droits de productions et de représentations d'œuvres et de spectacles télévisuels, commerce et mise à disposition de tout matériel et de tous produits et articles en rapport avec l'organisation de spectacles et d'événements, tous conseil et services dans ces domaines; exploitation, direction et gestion d'établissements tels que bars et débits de boissons avec ou sans restauration; investissement en matière immobilière et mobilière, commerce et exploitation de tous biens immobiliers et mobiliers."

bb. Le 19 novembre 2008, Y_____ a déposé la marque verbale n° 3_____ "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod", qui a été enregistrée le 5 janvier 2009 au registre suisse des marques, en classe de services 41, selon la classification de Nice, avec comme services revendiqués "Divertissement; activités culturelles".

B. a. A_____'S SA a ouvert, en 1986, à _____ (VD) un café, restaurant et discothèque, puis, en 1988, un club-discothèque à _____ (VD) et, en 1990, une salle de spectacles et discothèque à _____ (GE), tous trois exploités sous la dénomination "A_____'s club". Ces établissements ont fermé depuis lors.

b. Dans les années 1990 et au début des années 2000, A_____ 'S SA, sous la dénomination "A_____ 's events", a organisé de nombreux spectacles, concerts, dîners, émissions de télévision, défilés de mode, soirées, etc. Ces événements se sont déroulés dans des salles louées (notamment le _____ à l'_____ pour le concert de _____) ou, pour la grande majorité d'entre eux, dans son propre établissement.

Ont notamment été organisées à l'"A_____ 's club" de _____ (GE) :

- en 1989, les concerts de [...];
- en 1991, les concerts de [...];
- en 1992, le concert de _____, ainsi que les soirées [...];
- en 1993, les concerts de [...], ainsi que la soirée "_____";
- en 1994, les concerts de [...], ainsi que la soirée "_____";
- en 1995, les concerts de [...], ainsi que les soirées [...], et la pièce de théâtre "_____";
- en 1996, les concerts de [...], ainsi que la soirée "_____ " et le défilé de mode "_____";
- en 1997, le concert de _____;
- en 1998, le concert de _____, ainsi que les défilés de mode de la boutique _____ et de _____;
- en 2000, le concert de _____ et la finale de _____;
- en 2001, les soirées de lancement du film "_____ " et d'une montre _____, ainsi que le défilé de mode de la boutique _____.

c. En novembre 1997, A_____ 'S SA a ouvert un bar, restaurant et "lounge", à l'enseigne "A_____ 's _____", sis _____ (GE). X_____ exploite toujours cet établissement.

L'"A_____ 's _____ " accueille ponctuellement des soirées promotionnelles ou à thème, lors desquelles les clients peuvent notamment consommer des cocktails, se restaurer et/ou se divertir en écoutant de la musique (DJs, musiciens ou chanteurs), en dansant ou en regardant des performances de "pole dance" ou de danseuses "sexy", des défilés de mode ou des présentations de produits. X_____ n'a pas recours à une billetterie pour ces soirées, mais majore le prix des boissons et/ou des mets servis.

Les soirées promotionnelles ou à thème suivantes ont été organisées à l'"A_____ 's _____" :

- en 2007, les soirées [...];
- en 2008, la soirée d'inauguration de l'"_____";
- en 2009, la soirée "_____";
- en 2011, les soirées [...], ainsi qu'un défilé et vente privée de robes de soirée _____;
- en 2012, les soirées [...].

Les termes "A_____ 's", "By A_____ 's", "A_____ 's _____" ou "A_____ 's Production" sont apposés sur divers supports (t-shirts, boîtes d'allumettes, serviettes en papier, cartes de visite, sachets de sucre, écriteaux "indiquant qu'une table est réservée", cartes des boissons, fourgon et "flyers") et sur des produits alimentaires commercialisés (sachets de café en grain).

d. Dès 2007, X_____ a également exploité un restaurant-bar à l'enseigne "_____ by A_____ 's", sis _____ (GE) et dans lequel elle a organisé des soirées. Ce restaurant a fermé depuis lors.

Ont notamment été organisées au "_____ by A_____ 's" les soirées [...].

- C.** **a.** Y_____ organise et produit en Suisse romande des manifestations culturelles et artistiques, des spectacles et des divertissements (concerts, pièces de théâtre [en particulier des pièces de la scène théâtrale parisienne], spectacles d'humour ou de danse), pour lesquels elle loue des salles (notamment le _____ et l'_____), soit une vingtaine de spectacles par année à _____ (GE). Elle organise également des soirées d'entreprise et a notamment utilisé le nom commercial "Swiss A_____ Prod" dans diverses publicités pour des spectacles parues dans les journaux ou placardées sur un tram.

Y_____ a notamment organisé :

- en 2009, les pièces de théâtre [...];
- en 2010, les pièces de théâtre [...], ainsi que le spectacle de magie de _____;
- en 2011, les pièces de théâtre [...] et les spectacles [...];
- en 2012, les pièces de théâtre [...], ainsi que les spectacles [...], les ballets [...], et les concerts de [...];

-
- en 2013, les pièces de théâtres [...], ainsi que les ballets [...] et les spectacles [...].

Par ailleurs, Y_____ a co-organisé le programme musical du _____ Festival en 2011 et en 2012, dans le cadre des _____.

b. Pour vendre les places de spectacle, Y_____ a recours à des sociétés de billetterie (telles que _____ ou _____ avant sa faillite) ou à des revendeurs de billets (tels que la _____). Certains abonnés s'adressent aussi directement à Y_____ pour obtenir des billets.

D. a. Par pli du 16 mars 2010 (dont copie a été adressée à C_____), E_____, "aussi connu[e] sous le nom de A_____ 's Group", a indiqué à Y_____ avoir eu récemment connaissance du fait qu'elle utilisait les mots "Swiss A_____ Prod" "substantiellement similaires à sa marque pour la promotion de manifestations théâtrales" et avait déposé une demande d'enregistrement de la marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod" le 19 novembre 2008.

E_____ a reproché à Y_____ d'avoir violé les droits de la marque "A_____ 'S" et d'avoir commis un acte de concurrence déloyale en l'utilisant. Elle a notamment sommé Y_____ de cesser tout usage du nom "Swiss A_____ Prod", de faire annuler l'enregistrement de la marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod" au registre des marques suisses et de modifier le nom de sa société "de sorte que le mot 'A_____ ' ainsi que tout autre mot qui pourrait prêter à confusion de par sa similarité à [sa] marque" n'y figure plus, sous peine d'intenter une action judiciaire contre elle. Elle accordait à Y_____ un délai de douze jours pour que cette dernière lui confirme par écrit qu'elle se conformerait entièrement à ses demandes.

b. Par pli du 5 mai 2010 (dont copie a été adressée à C_____), E_____ a réitéré sa mise en demeure et a indiqué qu'à défaut de "nouvelle d'ici au 20 mai 2010, [elle] n'aur[ait] d'autre alternative que d'engager une démarche juridique contre Y_____".

c. Par pli du 16 août 2011, X_____ a indiqué à Y_____ que sa raison sociale était illicite au sens de l'art. 956 CO vu la similarité avec sa propre raison sociale, que la marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod" était similaire à sa marque "A_____ 'S" et qu'il en découlait un risque de confusion – vu l'identité des services revendiqués – et, dès lors, l'illicéité de la marque postérieure. Elle a notamment mis en demeure Y_____ de requérir la modification de sa raison sociale, en supprimant l'élément "A_____ ", ainsi que la radiation de sa marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod", et de lui verser l'intégralité du gain illicitement réalisé en utilisant le nom "A_____ ", sous peine d'agir judiciairement, sans autre avertissement. Elle accordait à Y_____ un délai au 31 août 2011 pour confirmer son accord à ses requêtes et un délai au 20 septembre

2011 pour que "la nouvelle raison sociale, sans "A_____", soit inscrite au registre du commerce".

d. Par pli du 2 septembre 2011, Y_____ a indiqué qu'aucune confusion n'était possible dans le public entre les deux sociétés "dont l'une consist[ait] à faire de la production de spectacles musicaux et culturels et l'autre à être un débit de boissons", que la démarche de X_____ apparaissait plus opportuniste que juridique et qu'"[elle] ne saurai[t] y souscrire".

e. Par pli du 24 octobre 2011, X_____ a réitéré sa mise en demeure et a indiqué que, si Y_____ ne s'y conformait pas entièrement au plus tard le 10 novembre 2011, elle agirait judiciairement, sans autre avertissement.

D. a. Par acte déposé le 20 juin 2012 au greffe de la Cour de céans, X_____ a pris les conclusions suivantes à l'encontre de Y_____ :

- Dire que Y_____ fait un usage indu de la raison de commerce A_____SGROUP SA, viole le droit à la marque "A_____ 'S" de X_____ et commet envers cette dernière des actes de concurrence déloyale en utilisant la dénomination "A_____" dans les affaires.
- Condamner Y_____ à requérir, dans les dix jours de l'arrêt à intervenir, la modification, à ses frais, de sa raison de commerce afin d'en ôter la dénomination "A_____".
- Constaté la nullité de l'enregistrement suisse de la marque n° 3_____ "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod".
- Condamner Y_____ à cesser tout usage de la dénomination "A_____" dans les affaires, notamment dans sa raison de commerce, comme marque, dans son enseignement, sa publicité et ses papiers d'affaires.
- Condamner Y_____ à détruire, dans les dix jours de l'arrêt à intervenir, tous ses papiers d'affaires, catalogues, tarifs, programmes, étiquettes, emballages, matériels publicitaires et autres documents ou produits comportant la dénomination "A_____".
- Assortir ces condamnations de la menace de la peine prévue à l'art. 292 CP et prévoir une amende d'ordre de 1'000 fr. pour chaque jour d'inexécution.
- Autoriser X_____ à faire publier aux frais de Y_____ le dispositif de l'arrêt à intervenir dans quatre journaux, deux suisses romands, un suisse alémanique et un français, au choix de X_____, le coût de chaque publication ne devant pas dépasser 10'000 fr.

-
- Fixer les frais judiciaires et les dépens, les mettre entièrement à la charge de Y_____ et condamner cette dernière à payer à X_____ les dépens et les frais judiciaires avancés par X_____.
 - Débouter Y_____ de toutes autres conclusions.

En substance, X_____ considère, d'une part, que la raison sociale "Swiss A_____ Prod SA" constitue un usage indu de la raison "A_____SGROUP SA" (art. 951 al. 2 CO) et qu'il existe un risque de confusion constituant un acte de concurrence déloyale (art. 3 let. d LCD), dans la mesure où ces raisons comportent toutes deux la dénomination "A_____" et où les deux sociétés ont la même clientèle, ont leur siège au même endroit et déploient la même activité. D'autre part, elle estime que Y_____ viole la marque "A_____'S" du fait de l'usage de cette marque dans sa raison de commerce et du fait de la similarité et du risque de confusion de la marque "A_____'S" avec la marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod" enregistrée par cette dernière (art. 13 LPM).

X_____ a estimé la valeur litigieuse à 250'000 fr.

b. Par mémoire de réponse du 19 novembre 2012, Y_____ a conclu, sous suite de frais et dépens, à ce que X_____ soit déboutée de toutes ses conclusions.

En substance, Y_____ allègue, s'agissant de l'atteinte à la raison sociale de X_____, que le risque de confusion est exclu dans la mesure où le but des deux sociétés, ainsi que les services qu'elles proposent et leur clientèle respective, sont différents. Elle excipe du fait que X_____ n'organise plus de concert et/ou spectacle depuis plus de dix ans, qu'elle n'exploite plus aucune discothèque depuis plus de dix ans et que son activité est désormais centrée sur l'exploitation d'établissements de restauration en Ville de _____ (GE). S'agissant de l'atteinte à la marque "A_____'S" par la raison sociale "Swiss A_____ Prod SA", d'une part, et par la marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod", d'autre part, Y_____ invoque le non-usage de la marque "A_____'S" pour les services d'organisation et de production de spectacles, de concerts et de manifestations culturelles, ainsi que d'exploitation de discothèque, et estime que ni le critère de la similarité des marques ni celui de l'identité des services ne sont remplis et que le risque de confusion n'est pas réalisé. Elle ajoute que ni la raison sociale X_____ ni la marque "A_____'S" ne subiraient d'atteinte découlant de l'activité de Y_____.

c. Par mémoire de réplique du 8 février 2013, X_____ a persisté dans son argumentation et ses conclusions.

d. Y_____ en a fait de même par mémoire de duplique du 8 mars 2013.

e. S'agissant du risque de confusion entre les parties, les éléments pertinents suivants résultent des témoignages recueillis :

- G_____ - qui a indiqué avoir connu C_____ et D_____ lorsqu'ils exploitaient le club A_____ 's dans les années 1990 et avoir collaboré en 2010 ou en 2011 avec D_____ en vue d'une exposition à organiser pour le groupe _____ - a expliqué qu'elle avait demandé à C_____ et à D_____ si c'étaient eux qui étaient derrière la société Y_____, parce qu'elle y avait retrouvé le mot "A_____"; ils lui auraient répondu qu'ils n'avaient pas de lien avec Y_____.
- H_____ - qui a indiqué avoir été organisateur de spectacles et avoir eu, au début des années 1990, des contacts avec C_____ pour l'organisation de spectacles - a expliqué que, lorsqu'il avait vu la première annonce de Y_____ quatre ou cinq ans auparavant, il avait d'abord pensé que C_____ avait relancé une activité dans le domaine de la production de spectacles; très vite, les gens du métier lui auraient dit que ce n'était pas le cas.
- I_____ - qui a expliqué avoir été mandaté, quatre ou cinq ans auparavant, par X_____ dans le but de trouver du personnel - a déclaré avoir vu un jour, alors qu'il était en voiture à _____ (GE), une affiche mentionnant le nom "A_____ 'S" suivi de quelque chose; il a indiqué en avoir été surpris, vu l'affiche de moindre qualité, et s'être dit que la société avait dû être vendue; il a également expliqué qu'après avoir hésité, il avait appelé C_____ et que ce dernier lui avait répondu que l'affiche en question n'avait rien à voir avec sa société.
- J_____, directeur du _____ depuis 2008, a assuré qu'il n'avait jamais entendu dire qu'il puisse y avoir confusion entre Y_____ et X_____.

f. S'agissant des services revendiqués par X_____ en classe 41 ("organisation, production et promotion de manifestations culturelles et sportives, de spectacles et de concerts"), les éléments pertinents suivants résultent des témoignages recueillis :

- Selon le souvenir de G_____, le dernier concert organisé par X_____ remontait à la fin des années 1990 ou au début des années 2000.
- K_____, producteur de spectacles et administrateur de la société L_____, a indiqué qu'à sa connaissance, "A_____ Production" n'avait plus produit de spectacle depuis 19 ans, qu'avec les productions à l'étranger, il ne parlait jamais de "A_____ Production" et que la seule activité de X_____ qu'il connaissait actuellement était le restaurant.

-
- H_____ a expliqué qu'à sa connaissance, il n'y avait pas eu d'organisation de spectacles sous le nom de "A_____ 's Production" à partir de la fin 1995.
 - M_____, dit _____, directeur du _____ jusqu'en 2008 et ancien directeur d'une agence de spectacles et de placement d'artistes, a assuré qu'il ne connaissait pas X_____ et que C_____ n'avait pas fait partie de l'Association _____ dont il avait été président pendant 25 ans.
 - N_____ a indiqué être dans le milieu du spectacle depuis une quinzaine d'année et n'avoir jamais vu d'affiche relative à un spectacle qu'aurait organisé X_____.
 - O_____, gérant de l'_____, du _____ et du _____, a déclaré n'avoir jamais entendu parler de la société X_____.
 - P_____, directeur de la billetterie _____ de 2000 à 2011, a indiqué, qu'à sa connaissance, X_____ n'était pas connue dans le monde du spectacle à _____ (GE).
 - Q_____, responsable de la billetterie de la _____ depuis juin 2006, a déclaré ne pas connaître la société X_____ ; elle a également expliqué qu'un organisateur important de spectacles à _____ (GE) passerait normalement par la _____ pour vendre ses billets.
 - D_____, entendue en qualité de partie, a admis que les spectacles réalisés au "A_____ 's _____" n'avaient pas la même "ampleur" que précédemment et indiqué qu'elle envisageait d'organiser à nouveau des spectacles d'envergure, sans avoir d'idée précise à ce jour.

g. S'agissant de l'activité de Y_____ sur le marché de l'organisation et de la production de spectacles, les éléments pertinents suivants résultent des témoignages recueillis :

- Selon K_____, F_____ est le premier producteur de la scène française de théâtre à _____ (GE) et le troisième tous domaines confondus.
- Pour M_____, Y_____ est connue pour "rapatrier" à _____ (GE) des spectacles organisés sur la scène théâtrale parisienne.
- O_____ a indiqué que l'_____ était en affaires avec Y_____ depuis environ 8 ans.
- P_____ a expliqué que Y_____ était l'un des clients de la société de billetterie _____ et l'acteur le plus important de la scène théâtrale en Suisse romande.

-
- J_____ a relevé que Y_____ louait le _____ à raison de 30 à 40 fois par an, qu'il s'agissait d'un gros client avec qui il travaillait régulièrement et que Y_____ était à _____ (GE) le numéro 1 du théâtre parisien.
 - Q_____ a indiqué que Y_____ était, depuis 2009 ou 2010, l'un des fournisseurs de la billetterie de la _____ avec qui elle était sous contrat.
 - Selon F_____, entendu en qualité de partie, _____ (GE) représente 10 % de son activité; il a expliqué avoir changé la raison sociale de sa société en 2007 pour y intégrer le prénom "A_____" en hommage à son fils et à son grand-père.

h. Les parties ont présenté leurs plaidoiries finales à l'audience du 4 février 2014. La cause a été gardée à juger à l'issue de l'audience.

E. L'argumentation des parties devant la Cour sera reprise ci-après dans la mesure utile à la solution du litige.

EN DROIT

1. **1.1** La Cour de justice est compétente pour connaître, en qualité d'instance cantonale unique, des litiges portant sur des droits de propriété intellectuelle et ceux portant sur l'usage d'une raison de commerce, ainsi que ceux relevant de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 fr. (art. 5 al. 1 let. a, c et d CPC; art. 120 al. 1 let. a LOJ). La procédure ordinaire (art. 219 ss CPC) est applicable (cf. art. 243 al. 3 *a contrario* CPC).

1.2 En l'espèce, la demanderesse fonde son action sur les art. 55 LPM, 956 al. 2 CO et 9 LCD et chiffre la valeur litigieuse à 250'000 fr., valeur non contestée par la défenderesse. Partant, la Cour de justice est compétente à raison de la matière. Elle l'est également à raison du lieu, dès lors que la défenderesse a son siège à _____ (GE) (art. 10 al. 1 let. b CPC).

2. La demanderesse invoque premièrement une violation de la marque "A_____'S" par la défenderesse (art. 13 LPM).

2.1 Du signe prioritaire

2.1.1 Une marque est un signe propre à distinguer les produits ou les services d'une entreprise de ceux d'autres entreprises (art. 1 al. 1 LPM). Le droit à la marque prend naissance par l'enregistrement (art. 5 LPM) et appartient à celui qui la dépose le premier (art. 6 LPM).

2.1.2 En l'espèce, la marque "A_____'S" de la demanderesse a été déposée et enregistrée antérieurement à la raison sociale "Swiss A_____ Prod SA" et à la

marque "Les Théâtrales de Swiss A_____ Prod" de la défenderesse. La marque "A_____ 'S" est donc la marque prioritaire au sens de l'art. 6 LPM.

2.2 Du non-usage partiel de la marque "A_____ 'S"

2.2.1 Le droit à la marque confère au titulaire le droit exclusif de faire usage de la marque pour distinguer les produits ou les services enregistrés et d'en disposer (art. 13 al. 1 LPM). Toutefois, la protection est accordée pour autant que la marque soit utilisée en relation avec les produits ou les services enregistrés (art. 11 al. 1 LPM). Si 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 (art. 12 al. 1 LPM).

En particulier, si la marque n'est pas utilisée pour tous les produits ou les services enregistrés (usage partiel), le droit à la marque est maintenu uniquement quant aux produits ou services pour lesquels elle est effectivement utilisée (MEIER, in Commentaire romand – Propriété intellectuelle, de Werra/Gilliéron [éd.], Bâle 2013, n. 32 ad art. 11 LPM; MEIER, L'obligation d'usage en droit des marques, Genève/Zurich/Bâle 2005, p. 90). En d'autres termes, le titulaire ne peut plus faire valoir son droit à la marque pour la partie des produits ou des services enregistrés qui n'ont pas été utilisés pendant une période ininterrompue de cinq ans (art. 12 al. 1 LPM).

Quiconque invoque le défaut d'usage doit le rendre vraisemblable; la preuve de l'usage incombe alors au titulaire (art. 12 al. 3 LPM). Celui qui se prévaut du non-usage par le titulaire ne doit ainsi pas apporter de preuve stricte pour ce fait négatif, mais doit tout de même le rendre vraisemblable. S'il y parvient, mais alors seulement, le titulaire de la marque doit prouver le contraire. La règle générale en matière de fardeau de la preuve selon laquelle la preuve d'un fait doit être apportée par celui qui en déduit un droit (art. 8 CC) est ainsi relativisée, mais pas renversée. Celui qui invoque le non-usage doit donc d'abord le rendre vraisemblable; à défaut, le non-usage n'est pas retenu. Il y a vraisemblance lorsque, sur la base d'indices objectifs, il existe une certaine probabilité pour la réalité du fait invoqué. Il faut donc que le fait apparaisse plus que simplement possible, sans qu'il soit toutefois exclu que la réalité soit autre; mais la probabilité pour l'existence du fait doit être plus importante que pour le contraire (ATF 130 III 321 consid. 3.3; cf. ég. arrêts du Tribunal fédéral 4A_253/2008 du 14 octobre 2008 consid. 4.1; 4A_128/2012 du 7 août 2012 consid. 5).

L'usage de la marque doit être sérieux. Notamment, un usage purement symbolique, fait à seule fin de ne pas perdre le droit à la marque, ne suffit pas; le titulaire doit manifester l'intention de satisfaire toute demande de marchandise ou de service (ATF 102 II 111 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4A_253/2008 précité consid. 2.1). Par ailleurs, l'usage doit être économiquement raisonnable et

intervenir dans le commerce. Enfin, l'usage doit intervenir conformément à la fonction de la marque, pour distinguer les produits ou les services; la marque doit être utilisée de telle façon que le marché y voie un signe distinctif, condition qui est remplie dès que la marque est apposée sur la marchandise ou son emballage (ATF 88 II 28 consid. II/3b; arrêt du Tribunal fédéral 4A_253/2008 précité consid. 2.1); la marque peut également être utilisée autrement en rapport avec les produits pour lesquels sa protection est revendiquée, du moment que le milieu intéressé la comprend comme un signe distinctif (arrêt du Tribunal fédéral 4A_253/2008 précité consid. 2.1; 4C.159/2005 du 19 août 2005 consid. 2.2).

2.2.2 En l'espèce, les marques "A_____'S" sont enregistrées sous plusieurs catégories de produits ou de services. Sont seuls pertinents pour l'issue du présent litige les services, d'ailleurs revendiqués par la demanderesse à l'encontre de la défenderesse, d'organisation et de production de spectacles, d'activités culturelles et de concerts (classe 41) et les services d'exploitation de cafés, restaurants, bars et dancings (classe 42). La défenderesse a invoqué le non-usage, depuis plus de cinq ans, de la marque de la défenderesse pour les services d'organisation et de production de spectacles, de concerts et de manifestations culturelles, ainsi que d'exploitation de discothèque (art. 11 et 12 LPM), non-usage qu'elle a rendu vraisemblable en faisant entendre des organisateurs de spectacles en Suisse romande, des responsables de billetterie et des gérants de salles de spectacle à _____ (GE). Il ressort des témoignages de ces derniers que la demanderesse n'est plus active dans la branche de la production et de l'organisation de spectacles et de concerts depuis plus d'une décennie.

Il est à constater des pièces versées au dossier et des témoignages que la demanderesse n'exploite plus de discothèque depuis le début des années 2000 et que, dans les cinq ans précédant le début de la litispendance de la présente procédure, la tenue de soirées organisées par cette dernière a été plus que sporadique (2 soirées en 2007, 1 en 2008, 1 en 2009, 5 en 2011 et 5 en 2012 au "A_____'s _____"; 3 soirées en 2010 au "_____ by A_____'s"). De plus, ces quelques soirées n'ont eu lieu qu'en marge des services d'exploitation de restaurant, bar et "lounge" effectivement fournis par la demanderesse dans ses propres établissements : elles ont eu principalement un caractère d'animation ou une fonction promotionnelle, justifiant une majoration des prix des boissons et/ou des mets. La demanderesse n'a d'ailleurs pas prouvé que ces soirées promotionnelles ou à thème dépassaient ce cadre, intervenaient sur le marché de l'organisation ou de la production de spectacles, étaient promues dans le commerce ou qu'elles pouvaient être connues du grand public et perçues par lui comme découlant de services spécifiques à cette activité et ayant comme signe distinctif la marque "A_____'S".

Dans cette mesure, les soirées en question ne peuvent pas justifier à elles seules de l'usage sérieux de la marque "A_____S" pour les services revendiqués de la classe 41.

Il convient dès lors de nier tout usage juridique valable de la marque de la demanderesse relativement aux services d'organisation et de production de spectacles et de concerts, de constater que la demanderesse ne peut pas faire valoir, vis-à-vis de la défenderesse, son droit à la marque relativement à ces services et, partant, de ne pas prendre en considération ces services dans l'examen de la violation de la marque de la demanderesse.

2.3 De la similarité des services effectivement offerts

2.3.1 Le titulaire d'une marque peut interdire à des tiers l'usage des signes similaires et destinés à des services identiques ou similaires, lorsqu'il en résulte un risque de confusion (art. 3 al. 1 let. c et 13 al. 2 LPM). Dans le cas où le défaut d'usage a été invoqué avec succès, ce ne sont pas les produits et services figurant dans la liste de la marque antérieure qui sont déterminants pour l'examen de l'identité ou de la similarité, mais au contraire, les produits ou les services effectivement offerts (cf. MEIER, op. cit., p. 90).

Une similarité entre les services est admise lorsque le consommateur comprendra ceux-ci comme formant raisonnablement un ensemble de prestations ou qu'il pourra qualifier les uns comme la conséquence logique des autres. Un pur parallèle spatial ou temporel des offres n'est pas de nature à fonder une similarité entre les services. Le même savoir-faire spécifique (know-how), le même but général, la proximité des domaines d'application, la substituabilité, la complémentarité, le même cercle de consommateurs ou encore le fait qu'il s'agisse de services fréquemment offerts en combinaison par des entreprises d'une certaine branche sont des éléments habituellement retenus comme indices de similarité des services par la doctrine et la jurisprudence. Toutefois, aucun de ces critères n'est en soi déterminant et suffisant et chaque cas doit être examiné séparément (arrêts du TAF B-502/2009 du 3 novembre 2009 Premium Ingredients International [fig.]/Premium Ingredients [fig.] consid. 4; B-7485/2006 du 4 février 2008 consid. 6 Booster/Turbo Booster). Par ailleurs, il peut y avoir une similitude entre des services relevant de classes internationales différentes (SCHLOSSER/MARADAN, in Commentaire romand - Propriété intellectuelle, de Werra/Gilliéron [éd.], Bâle 2013, n. 161 ad art. 3 LPM).

2.3.2 En l'espèce, il convient de déterminer si les services d'"exploitation de cafés, restaurants, bars" (classe 42) effectivement offerts par la demanderesse sont des services similaires aux services "divertissement; activités culturelles" (classe 41), respectivement d'organisation et de production de spectacles (cf. but social), offerts par la défenderesse.

Les services de "divertissement, activités culturelles" ou d'organisation ou de production de spectacles ne sont pas proposés, en règle générale, sur le marché par la branche des cafetiers-restaurateurs. En principe, ces derniers se consacrent en priorité à l'accueil d'hôtes et à la préparation de mets et de boissons à consommer. Même si un certain chevauchement entre les groupes de consommateurs est envisageable, les services de restauration et ceux de divertissement sont généralement fournis par des sociétés différentes (cf. décision de la CREPI du 8 avril 2004 Yello/Yellow [fig.] consid. 5, parue in Sic! 2004 p. 778, dans laquelle la similitude a été niée entre les services "divertissement, en particulier représentations musicales", d'une part, et "restauration", "exploitation d'un bar", d'autre part), au savoir-faire différent.

Toute similarité entre les services offerts par la demanderesse et ceux offerts par la défenderesse est par conséquent exclue.

2.4 Lorsqu'une similarité entre les services peut être exclue, il n'est plus nécessaire d'examiner la similarité entre les signes, puisque dans ces cas, un risque de confusion est *a priori* exclu (cf. arrêts du TAF B-3030/2010 du 2 novembre 2010 ETI/E.B.I. consid. 3 et 6; B-502/2009 précité consid. 3). Il n'est pas nécessaire non plus d'examiner si la demanderesse a trop tardé avant d'agir en justice, de sorte que son droit à la marque serait périmé (art. 2 al. 2 CC).

Au vu de ce qui précède, le grief de violation de la marque "A_____S" soulevé par la demanderesse n'est pas fondé.

- 3.** La demanderesse considère, deuxièmement, que la raison sociale "Swiss A_____ Prod SA" constitue un usage indu de la raison "A_____SGROUP SA", de sorte que la première est illicite en application des dispositions du Code des obligations.

3.1 De la raison de commerce prioritaire

3.1.1 En vertu de l'art. 956 al. 1 CO, dès que la raison de commerce d'une société commerciale, notamment, a été inscrite sur le registre et publiée dans la Feuille officielle suisse du commerce, l'ayant droit en a l'usage exclusif. Celui qui subit un préjudice du fait de l'usage indu d'une raison de commerce peut demander au juge d'y mettre fin et, s'il y a faute, réclamer des dommages-intérêts (art. 956 al. 2 CO).

A teneur de l'art. 951 al. 2 CO, la raison de commerce de la société anonyme, de la société à responsabilité limitée et de la société coopérative doit se distinguer nettement de toute autre raison d'une société revêtant l'une de ces formes déjà inscrite en Suisse. Sur la base de son droit d'exclusivité, le titulaire d'une raison de commerce antérieure peut donc agir contre le titulaire d'une raison postérieure et lui en interdire l'usage s'il existe un risque de confusion entre les deux raisons sociales (arrêt du Tribunal fédéral 4A_315/2009 du 19 juillet 2010 consid. 2.1).

3.1.2 En l'espèce, la raison sociale "A_____SGROUP SA" a été inscrite au registre du commerce le 20 juillet 1999, soit antérieurement à la raison "Swiss A_____ Prod SA" dont l'inscription remonte au 8 août 2008. La demanderesse peut ainsi se prévaloir de la protection de l'art. 951 CO pour sa raison de commerce qui est prioritaire.

3.2 Dans un premier temps, il s'agit de déterminer si les deux raisons de commerce sont identiques ou similaires.

3.2.1 Est prohibé non seulement l'usage d'une raison de commerce identique à celle dont le titulaire a le droit exclusif, mais aussi l'utilisation d'une raison semblable, qui ne se différencie pas suffisamment de celle inscrite au point de créer un risque de confusion (ATF 131 III 572 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 4C.197/2003 du 5 mai 2004 consid. 5.3 non publié aux ATF 130 III 478).

3.2.2 En l'espèce, mis à part l'acronyme SA - mention obligatoire de la forme juridique identique des parties (art. 45 al. 1 let. d ORC et 950 CO) -, les deux raisons sociales à comparer sont constituées d'un mot pour la demanderesse et de trois mots pour la défenderesse. Les deux raisons sociales ne sont pas semblables dans la suite des éléments verbaux, parce que l'une commence par "A_____" et l'autre par "Swiss". De plus, la raison sociale de la défenderesse ne reprend pas entièrement celle de la demanderesse : seule la première partie de la raison sociale de la demanderesse, soit "A_____", est commune aux deux raisons sociales et doit avant tout être comprise comme un prénom. Il s'ensuit que les raisons de commerce des parties ne sont pas identiques.

Il convient d'admettre néanmoins que le prénom "A_____" ne dispose pas de signification descriptive en relation avec le but social de la demanderesse, de lui attribuer dès lors une force distinctive et un champ de protection normaux et de le considérer comme un élément essentiel de sa raison de commerce. En raison de la présence de l'élément essentiel "A_____" dans les deux raisons de commerce en question, il faut donc considérer qu'elles sont similaires.

3.3 Vu la similarité des raisons de commerce "A_____SGROUP SA" et "Swiss A_____ Prod SA", il sied de déterminer, dans un deuxième temps, s'il existe un risque de confusion entre elles.

3.3.1 Les dispositions légales sur les raisons de commerce tendent à éviter des confusions dans le public ; celui-ci comprend la clientèle des entreprises concernées et les autorités ou services publics (ATF 95 II 456 consid. 2; arrêt du Tribunal fédéral 4C.169/2005 du 5 septembre 2005 consid. 2). De jurisprudence constante, la protection accordée par le droit des raisons de commerce n'est pas subordonnée à une condition ayant pour objet que les entreprises concernées soient actives dans la même branche. Toutefois, les exigences à respecter pour différencier les raisons de commerce sont plus sévères lorsque les entreprises

concernées peuvent se trouver en concurrence, selon leurs dispositions statutaires, ou s'adresser au même cercle de clients (ATF 100 II 224 consid. 2; 97 II 234 consid. 1; arrêt du Tribunal fédéral 4C.206/1999 du 14 mars 2000 consid. 2b).

S'il existe un rapport de concurrence ou des buts statutaires identiques, les raisons doivent se distinguer de manière particulièrement nette (ATF 131 III 572 consid. 4.4; 118 II 322 consid. 1; arrêts du Tribunal fédéral 4A_717/2011 du 28 mars 2012 consid. 2.1; 4A_315/2009 précité consid. 2.1). En règle générale, les adjonctions descriptives se rapportant au siège, à la forme juridique ou au domaine d'activité ne sont pas en mesure d'éliminer le risque de confusion engendré par les éléments caractéristiques (arrêt du Tribunal fédéral 4C.165/2001 du 16 juillet 2002 consid. 1.1).

La notion de risque de confusion est la même dans tout le droit relatif aux signes distinctifs; dire, sur la base des faits constatés, s'il existe un risque de confusion, est une question de droit. Il faut, d'une part, examiner les signes à comparer dans leur ensemble et, d'autre part, se demander ce que le destinataire moyen conserve en mémoire (ATF 128 III 401 consid. 5; arrêts du Tribunal fédéral 6B_298/2013 du 16 janvier 2014 consid. 1.1.2; 4A_315/2009 précité consid. 2.1).

Le risque de confusion signifie qu'un signe distinctif, à considérer le domaine de protection que lui confère le droit des raisons de commerce, le droit au nom, le droit des marques ou le droit de la concurrence, est mis en danger par des signes identiques ou semblables dans sa fonction d'individualisation de personnes ou d'objets déterminés. Ainsi, des personnes qui ne sont pas titulaires du droit exclusif à l'usage d'un signe peuvent provoquer, en utilisant des signes identiques ou semblables à celui-ci, des méprises en ce sens que les destinataires vont tenir les personnes ou les objets distingués par de tels signes pour ceux qui sont individualisés par le signe protégé en droit de la propriété intellectuelle (confusion dite directe). La confusion peut également résider dans le fait que, dans le même cas de figure, les destinataires parviennent certes à distinguer les signes, par exemple des raisons sociales, mais sont fondés à croire qu'il y a des liens juridiques ou économiques entre l'utilisateur de la raison et le titulaire de la raison valablement enregistrée (confusion dite indirecte; ATF 131 III 572 consid. 3; 128 III 146 consid. 2a).

Que des erreurs soient effectivement survenues peut constituer un indice utile pour conclure à l'existence d'un risque de confusion (ATF 122 III 369 consid. 2c; arrêt du Tribunal fédéral 4A_315/2009 précité consid. 2.1). Cependant, quelques confusions constatées en fait ne suffisent pas à elles seules pour établir que deux raisons ne se distinguent pas assez. Le droit des raisons sociales ne veut pas exclure toute possibilité de confusion si elle demeure assez peu probable pour le destinataire moyen (ATF 122 III 369 consid. 2c; 91 II 17 consid. 6; arrêt du Tribunal fédéral 4C.169/2005 précité consid. 3).

3.3.2 En l'espèce, les confusions ou rattachements entre les parties, relatés par les témoins qui ont été entendus, n'émanent pas de destinataires moyens, mais de personnes qui ont personnellement collaboré avec les administrateurs de la demanderesse ou travaillé pour la demanderesse, de sorte qu'ils ne suffisent pas à eux seuls pour établir que les deux raisons sociales ne se distinguent pas assez.

De plus, si les sociétés en litige sont certes toutes deux actives à _____ (GE), il a été établi que leurs activités effectives se distinguent nettement et que, par conséquent, leurs clientèles sont différentes.

Toutefois, les parties ont des buts statutaires en grande partie identiques. Il convient dès lors d'apprécier avec une rigueur particulière si les raisons de commerce qui contiennent le même élément essentiel "A_____" se distinguent de manière particulièrement nette. Or, le terme anglais "Swiss" tend à signifier que la défenderesse déploie ses activités sur le territoire suisse et le terme "Prod" a un caractère descriptif en relation avec les services en cause : ce ne sont pas des éléments additionnels de fantaisie ou patronymiques, propres à octroyer à la raison de commerce de la défenderesse une force distinctive suffisante.

Vu le manque de distinction particulièrement nette, un risque de confusion, au moins indirect, entre les raisons de commerce des parties doit être admis.

3.4 Il reste à déterminer si la demanderesse a laissé périmer ses droits en tardant à agir.

3.4.1 A l'instar d'autres droits, les actions défensives en matière de raisons sociales, de droits de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale peuvent s'éteindre lorsqu'elles sont mises en œuvre trop tard. La péremption pour avoir tardé à agir ne doit cependant pas être admise facilement car, selon l'art. 2 al. 2 CC, un droit ne sera pas protégé que si son exercice est manifestement abusif (ATF 117 II 575 consid. 4; 114 II 106 consid. 4; arrêt du Tribunal fédéral 4A_48/2008 du 10 juin 2008 consid. 3). La péremption suppose que l'ayant droit ait toléré la violation de ses droits pendant une longue période sans s'y opposer et que l'auteur de la violation ait entre-temps acquis lui-même une position digne de protection ("eigener wertvoller Besitzstand"; ATF 117 II 575 consid. 4a; arrêts du Tribunal fédéral 4A_638/2009 du 1er avril 2010 consid. 3.2 non reproduit aux ATF 136 III 225; 4C.371/2005 du 2 mars 2006 consid. 3.1).

Ainsi, il faut en principe que le lésé ait eu connaissance de la violation de ses droits et qu'il soit néanmoins resté inactif (arrêt du Tribunal fédéral 4C.76/2005 du 30 juin 2005 consid. 3.2 non publié aux ATF 131 III 581), la preuve de cette connaissance incombant à l'auteur de la violation. Plus le lésé attend pour intenter action, moins le concurrent doit escompter de bonne foi qu'il sera contraint d'abandonner la situation qu'il s'est acquise (ATF 109 II 338 consid. 2a).

Savoir après combien de temps d'inactivité du lésé la péremption doit être admise dépend des circonstances de l'espèce. La jurisprudence récente en matière de signes distinctifs fait état d'une période oscillant entre quatre et huit ans (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.76/2005 précité consid. 3.2), mais dans des cas particuliers, il a été admis que la péremption pouvait déjà être acquise au bout d'une année et demie (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.125/1997 du 21 octobre 1997, reproduit in JdT 1998 I 347 [péremption de droits d'auteurs]) ou deux ans (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4C.371/2005 précité). Dans une décision plus ancienne, le Tribunal fédéral avait même exigé du lésé qu'il agisse dans l'année de la découverte de la violation (ATF 69 II 53 consid. 5; SCHLOSSER, La péremption en matière de signes distinctifs, in sic! 2006 p. 549 ss, p. 555). L'écoulement du temps n'est toutefois pas à lui seul déterminant pour retenir un abus de droit. Il s'agit de se mettre à la place de l'usurpateur et de voir s'il pouvait raisonnablement et objectivement admettre, au vu du comportement de l'ayant droit, que celui-ci avait renoncé à agir (cf. arrêts du Tribunal fédéral 4C.76/2005 précité consid. 3.2; 4C.125/1997 précité consid. 2a). Plus la période pendant laquelle l'ayant droit tolère l'usage concurrent est longue, plus l'auteur de la violation sera fondé à admettre, selon les règles de la bonne foi, que l'ayant droit continuera à tolérer la violation et qu'on ne pourra exiger de lui qu'il doive abandonner la situation acquise (ATF 117 II 575 consid. 4a; 109 II 340 consid. 2a).

S'agissant enfin de la position acquise sur le marché, ce qui est décisif est que la raison sociale de l'auteur de la violation se soit imposée dans le public comme étant le signe distinctif de l'entreprise ensuite d'un long et paisible usage, et que le défendeur se soit ainsi créé une position concurrentielle avantageuse. Pour que la position acquise soit en outre digne de protection, il faut que l'auteur de la violation ait acquis une position dans la concurrence qui soit si marquée qu'y renoncer entraînerait pour lui des désavantages justifiant que l'ayant droit supporte l'inconvénient de ne plus pouvoir faire valoir son droit exclusif à l'encontre de l'auteur de la violation (ATF 117 II 575 consid. 6a; arrêt du Tribunal fédéral 4C.76/2005 précité consid. 3.2). Il faut enfin que le concurrent ait acquis cette position de bonne foi, en croyant que son comportement était permis ou en se fondant sur l'apparence de tolérance créé par l'inactivité de l'ayant droit (arrêt 4C.76/2005 précité consid. 3.2 *in fine*).

L'ayant droit peut rester inactif aussi longtemps que cela se justifie pour évaluer si les conséquences économiques de la violation rendent une réaction nécessaire et utile. Même si le risque de confusion est manifeste, le titulaire du signe le plus ancien doit être autorisé à observer dans un premier temps la manière dont la coexistence des signes évolue ainsi que son influence sur le marché. Un tel temps de réflexion doit en particulier être reconnu à l'ayant droit lorsque l'ampleur de l'activité de l'auteur de l'atteinte n'est pas encore connue, de telle sorte que le potentiel de nuisance de ce dernier ne peut être évalué. Avant d'agir en justice, le titulaire des droits prioritaires doit avoir préalablement été en mesure d'apprécier

l'importance de la violation et les inconvénients qui en résultent pour lui; il doit savoir si le signe adverse est véritablement incompatible avec le sien au point d'engendrer un dommage sérieux. Il est dès lors légitimé à attendre de connaître les implications concrètes de la coexistence des signes distinctifs en présence, notamment la survenance ou non de cas de confusion (SCHLOSSER, op. cit., p. 557 s.). L'attente se justifie plus particulièrement en ce qui concerne les raisons de commerce, où l'on ne perçoit souvent qu'après l'écoulement d'une période relativement longue les implications de leur coexistence (ATF 88 II 176 consid. 3).

Pour faire échec à la péremption, le lésé doit agir en justice ou à tout le moins mettre l'auteur de la violation en demeure de cesser son comportement illicite. La mise en demeure peut être répétée, mais pas indéfiniment : des mises en demeure non suivies d'effet peuvent conforter l'auteur de l'atteinte dans la conviction que l'ayant droit ne songe pas sérieusement à faire valoir ses droits en justice, en sorte que la péremption peut survenir malgré de telles interpellations (SCHLOSSER, op. cit., p. 567).

Si la première mise en demeure a ainsi pour effet de faire courir un nouveau "délai de péremption", on ne peut pas être aussi catégorique à propos des suivantes. Au fil du temps, leur destinataire aura tendance à les prendre de moins en moins au sérieux. S'il est sans doute exagéré d'affirmer que l'ayant droit ne doit pas attendre trop longtemps, après des mises en demeure infructueuses, avant d'ouvrir action, il est en revanche certain qu'il ne pourra attendre indéfiniment en se berçant de l'illusion que ses interpellations répétées le prémuniraient à jamais contre la péremption (SCHLOSSER, op. cit., p. 560).

3.4.2 En l'espèce, le 16 mars 2010, puis le 5 mai 2010, la demanderesse a invoqué une violation de la marque "A_____S" à l'encontre de la défenderesse et a enjoint cette dernière de requérir une modification de sa raison de commerce, sous peine d'agir judiciairement. La défenderesse n'a pas réagi à ces deux mises en demeure dans les délais accordés. Un an plus tard, soit le 16 août 2011, la demanderesse a formulé une nouvelle mise en demeure pour collision de raisons de commerce, réitérée le 24 octobre 2011. Malgré un délai fixé au 10 novembre 2011 pour se conformer à ses requêtes, resté à nouveau infructueux, la demanderesse n'a ouvert action contre la défenderesse que le 20 juin 2012.

Les mises en demeure répétées émises par la demanderesse n'ont donc pas débouché rapidement sur des suites judiciaires. Or, il pouvait être attendu de la demanderesse qu'elle soit d'autant plus réactive que les parties sont sises dans la même ville, que le marché sur lequel la défenderesse est active est particulièrement ciblé et se déploie sur un territoire limité (la Suisse romande et _____ (GE) en particulier). Qui plus est, la défenderesse faisait état de ses activités à grand renfort de publicités parues dans les journaux ou même

placardées sur un tram entier et, entre la première mise en demeure et l'ouverture de l'action à son encontre, elle a organisé plus d'une trentaine de pièces de théâtres ou de spectacles.

Dès mars 2010, la demanderesse a exigé la modification de la raison de commerce de la défenderesse : la similarité de celle-ci avec la sienne était d'emblée claire pour elle. La demanderesse était, alors, en mesure d'apprécier immédiatement l'importance de la violation et d'ouvrir action, sans attendre juin 2012. La défenderesse a donc, durant ce laps de temps de plus de deux ans, et compte tenu des mises en demeure non suivies d'effet, pu être confortée dans le sentiment qu'elle agissait dans son bon droit ou que son comportement était en réalité toléré. L'inaction de la demanderesse entraîne ainsi la péremption de ses droits. Celle-ci ne peut donc plus faire valoir son droit exclusif à sa raison de commerce, au sens des art. 951 et 956 CO, à l'encontre de la défenderesse.

A titre superfétatoire, il sera relevé que lorsqu'elle a fait l'objet d'un premier avertissement de la part de la demanderesse pour collision de raisons de commerce, la défenderesse jouissait déjà d'une situation acquise digne de protection. En effet, en quelques années, la défenderesse a pris une place importante parmi les sociétés d'organisation et de production de spectacles en Suisse romande; elle y a acquis une notoriété certaine et la place de numéro 1 dans le domaine de la production des pièces de théâtre de la scène parisienne, ce qu'ont confirmé des acteurs du marché (concurrent, responsable de billetterie ou directeur de salle de spectacle). L'intérêt de la demanderesse à la suppression de l'usage par la défenderesse de sa raison de commerce est proportionnellement bien moindre : la demanderesse n'offre pas les mêmes services et n'a pas la même clientèle que la défenderesse et, malgré leur coexistence des années durant, des confusions dans le grand public ou dans le milieu professionnel n'ont pas été établies. En conséquence, la défenderesse ne peut être raisonnablement tenue d'abandonner la position qu'elle a acquise sur le marché.

- 4.** La demanderesse considère finalement que la défenderesse commet, en utilisant la raison sociale "Swiss A_____ Prod SA", un acte de concurrence déloyale au sens de l'art. 3 let. d LCD.

4.1 Il est admissible de fonder une action à la fois sur les dispositions régissant les raisons de commerce et sur celles qui règlent la concurrence déloyale lorsque les parties se trouvent en concurrence économique (ATF 100 II 395 consid. 1; 97 II 153 consid. 4).

4.1.1 Aux termes de l'art. 3 let. d LCD, agit de façon déloyale celui qui prend des mesures qui sont de nature à faire naître une confusion avec les marchandises, les œuvres, les prestations ou les affaires d'autrui. La confusion peut résulter de

l'utilisation de dénominations ou de raisons sociales similaires (TROLLER, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2e éd., Bâle/Genève/Munich 2006, p. 355).

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. Certes, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent. 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. 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 influencer sur la concurrence. Il n'est en revanche pas nécessaire que l'auteur ait la volonté d'influencer l'activité économique. La LCD ne protège donc pas la bonne foi de manière générale, mais tend seulement à garantir une concurrence loyale (ATF 136 III 23 consid. 9.1; 132 III 414 consid. 3.1; 126 III 198 consid. 2c/aa; 124 III 297 consid. 5d; 120 II 76 consid. 3a; arrêts du Tribunal fédéral 4A_300/2013 du 2 octobre 2013 consid. 6.1; 4P.291/2000 du 19 février 2001 consid. 2c, paru in sic! 2001 p. 317 ss).

4.1.2 En l'espèce, au vu des principes rappelés ci-dessus, la question n'est donc pas de savoir si les parties sont en concurrence l'une avec l'autre, mais de déterminer si les actes reprochés à la défenderesse sont de nature à influencer la concurrence, c'est-à-dire la compétition économique entre des personnes qui offrent leurs prestations (cf. arrêt du Tribunal fédéral 4P.291/2000 précité consid. 2c). Or, la demanderesse est active dans le domaine de la restauration, tandis que la défenderesse organise et produit des concerts et des spectacles. Elles exercent dès lors des activités différentes et ont chacune une clientèle différente : on ne voit pas comment ces deux activités économiques peuvent entrer en concurrence réciproque.

La condition de la concurrence économique n'étant manifestement pas réalisée *in casu* - il en irait autrement, la demanderesse a de toute façon laissé périmer ses droits en tardant à agir (cf. consid. 3.4.1) -, le grief de la demanderesse basé sur la LCD n'est dès lors pas fondé.

5. Au vu de ce qui précède, la demande, entièrement mal fondée, sera rejetée.
6. Les frais judiciaires seront arrêtés à 15'000 fr. et mis à la charge de la demanderesse, qui succombe (art. 95 al. 2, 96, 104 al. 1, 105 et 106 al. 1 CPC; art. 17 du Règlement fixant le tarif des frais en matière civile [RTFMC; E 1 05.10]). Ces frais sont partiellement compensés avec l'avance de 10'490 fr.

fournie par elle, avance qui reste acquise à l'Etat à due concurrence (art. 111 al. 1 CPC).

La demanderesse sera condamnée à verser à l'Etat, soit pour lui les services financiers du Pouvoir judiciaire, le solde de 4'510 fr. (art. 111 al. 1 *in fine* CPC).

La demanderesse sera en outre condamnée à verser à la défenderesse des dépens arrêtés à 18'000 fr., débours et TVA compris (art. 95 al. 3 et 96 CPC; art. 20, 23, 25 et 26 LaCC; art. 85 RTFMC).

7. La présente décision est susceptible d'un recours en matière civile au Tribunal fédéral, dont la recevabilité n'est pas soumise à l'exigence d'une valeur litigieuse (art. 72 al. 1 et 74 al. 2 let. b LTF).

* * * * *

PAR CES MOTIFS,
La Chambre civile :
statuant en instance cantonale unique :

A la forme :

Déclare recevable la demande formée le 20 juin 2012 par X_____ à l'encontre de Y_____.

Au fond :

Déboute X_____ de toutes ses conclusions.

Arrête les frais judiciaires à 15'000 fr.

Les met à la charge de X_____ et dit qu'ils sont compensés à due concurrence avec l'avance de frais de 10'490 fr. fournie par cette dernière, qui reste acquise à l'Etat.

Condamne X_____ à payer à l'Etat de Genève, soit pour lui les Services financiers du Pouvoir judiciaire, la somme de 4'510 fr. à titre de solde de frais.

Condamne X_____ à verser à Y_____ la somme de 18'000 fr. à titre de dépens.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

Siégeant :

Monsieur Grégory BOVEY, président; Madame Sylvie DROIN et Madame Alix FRANCOTTE CONUS, juges; Madame Nathalie DESCHAMPS, greffière.

Le président :

Grégory BOVEY

La greffière :

Nathalie DESCHAMPS

Indication des voies de recours :

Conformément aux art. 72 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF : RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification avec expédition complète (art. 100 al. 1 LTF) par-devant le Tribunal fédéral par la voie du recours en matière civile.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14.