

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

4A 88/2019

Arrêt du 12 novembre 2019

Ire Cour de droit civil

Composition
Mmes les Juges fédérales
Kiss, Présidente, Hohl et Niquille.
Greffier : M. Piaget.

Participants à la procédure

A. _____ SA,
représentée par Me Laurent Maire,
recourante,

contre

B. _____,
représenté par Me Marc Lironi,
intimé.

Objet

Droit d'auteur, action en remise de gain
(art. 423 al. 1 CO), profit du gérant,
concours de causes?

recours contre l'arrêt de la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, du 18 décembre 2018 (C/3690/2013, ACJC/1811/2018).

Faits :

A.

A.a. Jusqu'au 3 novembre 2008 (date de la résiliation de son contrat de distribution), C. _____ SA - société inscrite au registre du commerce de Genève, active notamment dans la représentation et le commerce d'appareils électroniques - était l'un des distributeurs agréés de A. _____ SA - société de droit français sise à U. _____ active notamment dans la distribution et la commercialisation de chaînes de télévision - pour le territoire français.

A. _____ SA (ci-après également : A1. _____) fournit à ses distributeurs des cartes destinées à décrypter le signal audiovisuel des chaînes de télévision proposées dans son catalogue. Ces cartes sont " nationales ", ce qui signifie que les cartes françaises ne devraient pas permettre le décryptage sur le territoire suisse, et inversement. En réalité, les cartes françaises qui étaient obtenues par C. _____ SA pouvaient être utilisées par les clients situés en Suisse.

Il ne résulte pas de la procédure que des dispositions contractuelles auraient interdit aux abonnés d'utiliser une carte française en Suisse.

A.b. B. _____, actionnaire et administrateur unique de C. _____ SA, a réalisé la vente d'abonnements (et procédé au renouvellement de ceux-ci) à des clients domiciliés en Suisse, alors qu'il n'a jamais disposé d'autorisation de A1. _____ pour le représenter sur ce territoire et que, depuis novembre 2008, il n'était plus distributeur agréé du groupe.

Il procédait de la manière suivante : pour recevoir les cartes permettant de décrypter les chaînes souhaitées, il concluait des abonnements au nom de clients fictifs, mais en indiquant une adresse réelle en France (27 abonnements ont ainsi été conclus avec des clients [fictifs] domiciliés à Annemasse et 128 abonnements avec des clients [fictifs] domiciliés à Ambilly). Il recevait les cartes permettant le décryptage et les remettait à ses clients (réels) en Suisse. Les cartes étaient activées par A1. _____ lorsque le prix de l'abonnement correspondant (" prix officiel A1. _____ ") lui était

versé, de sorte que toutes les cartes reposaient sur un abonnement payé.

B. _____ facturait aux clients suisses des montants supérieurs à ceux prévus par A1. _____ pour les abonnements fournis à ses clients. Il versait le " prix officiel A1. _____ " à A1. _____ et conservait la différence en la justifiant par la fourniture de services supplémentaires octroyés aux clients concernés (ces services n'ont toutefois pas été établis). Selon les constatations cantonales, les informations sur le type d'abonnement conclu (soit 78 abonnements examinés dans le cadre de la procédure cantonale) et les montants payés ne sont disponibles que pour quatre clients, soit une infime partie de la totalité des clients ayant conclu un (ou des) abonnement (s). L'un d'eux (D. _____) a par exemple payé 999 fr. pour un abonnement annuel xxx; sur ce montant, B. _____ a reversé 420 fr. à A1. _____, soit le prix officiel qui aurait été facturé par celui-ci. Un autre client (E. _____) a payé 2'400 fr. (pour une année) pour l'abonnement " yyy " (au " prix officiel A1. _____ " de 1'200 fr./an); si cette carte lui permettait effectivement d'obtenir le décryptage souhaité (" yyy "), elle n'avait coûté que 192 fr. (montant reversé à A1. _____) à B. _____, celui-ci ayant en réalité " détourné " une carte (" zzz ") censée être délivrée exclusivement à une tierce personne disposant déjà d'un abonnement auprès de A1. _____ (cette carte lui permettant, si elle le désirait, de bénéficier à un prix très avantageux du décryptage pour un second écran à son domicile).

A.c. Par courrier du 10 mars 2009, A1. _____ a mis C. _____ SA en demeure de cesser son activité. Il lui a rappelé que leur relation contractuelle avait pris fin le 3 novembre 2008, qu'elle n'était pas non plus autorisée à renouveler les abonnements et il a relevé qu'elle avait surfacturé ses prestations, les prix pratiqués ne correspondant pas aux tarifs officiels. Il l'a également sommée de cesser de faire référence à A1. _____.

Malgré une nouvelle sommation datée du 24 juin 2009, B. _____ a continué à utiliser les signes distinctifs et les marques de A1. _____, se faisant ainsi indûment passer pour un revendeur officiel.

A.d. Le 17 décembre 2010, A1. _____ a déposé une plainte pénale à l'encontre de B. _____. Trois clients de C. _____ SA ont effectué la même démarche.

Par ordonnance pénale du 26 octobre 2011 entrée en force, le Ministère public a reconnu que B. _____ était coupable d'escroquerie, d'infraction à la loi sur la concurrence déloyale, d'infraction à la loi sur la protection des marques, ainsi que d'infraction à la loi sur le droit d'auteur. Il l'a condamné à une peine pécuniaire de 150 jours-amende (au bénéfice d'un sursis pendant un délai d'épreuve de trois ans) et à une amende de 5'200 fr.

B.

B.a. Le 17 juin 2013, A. _____ SA et A1. _____, succursale de Lausanne, ont ouvert action en paiement devant le Tribunal de première instance de Genève. La conciliation s'étant soldée par un échec, les demanderesses ont déposé leur demande le 17 septembre 2013 et elles ont conclu à ce que B. _____ leur verse le montant de 94'500 fr., intérêts en sus.

Le défendeur a conclu, au préalable, à l'irrecevabilité de la demande déposée par la succursale de A1. _____ et, principalement, au déboutement des demanderesses. Il a invoqué l'absence de légitimation active de la succursale, de même que le défaut de légitimation passive de sa propre personne, en tant que simple administrateur de C. _____ SA.

B.b. Par jugement du 16 juillet 2015, le Tribunal de première instance a reconnu la légitimation active de la succursale et celle, passive, du défendeur.

Par arrêt du 26 février 2016, la Cour de justice du canton de Genève, a admis partiellement l'appel interjeté par le défendeur et déclaré irrecevable la demande formée par la succursale. Elle a par contre reconnu que la théorie de la transparence (Durchgriff) devait être appliquée et que le défendeur avait bien la légitimation passive.

A. _____ SA (demanderesse) a réduit ses conclusions et sollicité le paiement de 70'872 fr., intérêts en sus.

Par jugement du 13 avril 2018, le Tribunal de première instance a condamné le défendeur à verser à sa partie adverse le montant de 56'438 fr., intérêts en sus.

B.c. Par arrêt du 18 décembre 2018, la Cour de justice du canton de Genève, Chambre civile, a admis partiellement l'appel formé par le défendeur, annulé le jugement entrepris et condamné le défendeur à verser à la demanderesse le montant de 1'188 fr., intérêts en sus.

C.

Contre cet arrêt cantonal, la demanderesse exerce un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle conclut, principalement, à sa réforme en ce sens que le défendeur soit condamné à lui payer la somme de 70'872 fr., intérêts en sus, subsidiairement à son annulation et à ce que la cause soit renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision. La recourante reproche à la cour précédente d'avoir établi les faits de manière arbitraire (art. 9 Cst.), d'avoir refusé d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO et d'avoir interprété de manière incorrecte l'art. 423 CO.

L'intimé conclut, principalement, à l'irrecevabilité du recours et, subsidiairement, à son rejet.

Chacune des parties a encore déposé des observations.

Considérant en droit :

1.

1.1. En première instance, le défendeur a été condamné à payer 56'438 fr. à la demanderesse. Il a formé appel et la cour cantonale l'a condamné à verser 1'188 fr. à cette dernière. Devant la Cour de céans, la recourante demanderesse conclut à la condamnation du défendeur à lui payer 70'872 fr. Ses conclusions, en tant qu'elles excèdent le montant de 56'438 fr., se heurtent à l'interdiction de la *reformatio in pejus* (ATF 141 III 53 consid. 5 p. 64; arrêt 4A 54/2017 du 29 janvier 2018 consid. 1.3.1 publié in Pra 2019 p. 349).

1.2. Pour le reste, formé en temps utile (art. 100 al. 1, 45 al. 1 LTF), dirigé contre une décision finale (art. 90 LTF), rendue sur appel du défendeur par le tribunal supérieur du canton (art. 75 LTF) dans une affaire relevant de la remise de gain (art. 72 al. 1 LTF), dont la valeur litigieuse excède 30'000 fr. (art. 74 al. 1 let. b LTF), le recours en matière civile est recevable au regard de ces dispositions.

1.3. Le Tribunal fédéral statue sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il ne peut s'en écarter que si ces faits ont été établis de façon manifestement inexacte - ce qui correspond à la notion d'arbitraire au sens de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2; 137 II 353 consid. 5.1) - ou en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF (art. 105 al. 2 LTF), et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

Concernant l'appréciation des preuves, le Tribunal fédéral n'intervient, du chef de l'art. 9 Cst., que si le juge du fait n'a manifestement pas compris le sens et la portée d'un moyen de preuve, a omis sans raisons objectives de tenir compte de preuves pertinentes ou a effectué, sur la base des éléments recueillis, des déductions insoutenables (ATF 137 III 226 consid. 4.2; 136 III 552 consid. 4.2; 134 V 53 consid. 4.3).

La critique de l'état de fait retenu est soumise au principe strict de l'allégation énoncé par l'art. 106 al. 2 LTF (ATF 140 III 264 consid. 2.3 p. 266 et les références). La partie qui entend attaquer les faits constatés par l'autorité précédente doit expliquer clairement et de manière circonstanciée en quoi ces conditions seraient réalisées (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18 et les références). Si la critique ne satisfait pas à ces exigences, les allégations relatives à un état de fait qui s'écarterait de celui de la décision attaquée ne pourront pas être prises en considération (ATF 140 III 16 consid. 1.3.1 p. 18). Les critiques de nature appellatoire sont irrecevables (ATF 130 I 258 consid. 1.3 p. 261 s.). Les faits nouveaux sont irrecevables devant le Tribunal fédéral (art. 99 al. 1 LTF).

La partie " III. FAITS " du mémoire de recours ne contient aucune critique répondant aux exigences strictes posées par les art. 97 al. 1 et 106 al. 2 LTF, de sorte qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de l'état de fait dressé par la cour cantonale.

1.4. Sous réserve de la violation des droits constitutionnels (art. 106 al. 2 LTF), le Tribunal fédéral applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF) à l'état de fait constaté dans l'arrêt cantonal ou, cas échéant, à l'état de fait qu'il aura rectifié. Il n'est toutefois lié ni par les motifs invoqués par les parties, ni par l'argumentation juridique retenue par l'autorité cantonale; il peut donc admettre le recours pour d'autres motifs que ceux invoqués par le recourant, comme il peut le rejeter en opérant une substitution de motifs (ATF 135 III 397 consid. 1.4 et l'arrêt cité).

2.

A1._____ n'ayant pas contesté avoir reçu, pour chaque abonnement, le montant qui lui était dû, seule est encore litigieuse la remise des sommes encaissées par le gérant, au détriment des clients suisses, en sus des montants correspondant aux " prix officiels A1._____ " déjà payés à la demanderesse. La question de savoir si des prix différents étaient pratiqués par A1._____ sur les territoires français et suisse n'a pas été examinée par les autorités précédentes et elle ne se pose pas devant la Cour de céans.

2.1. Le premier juge a considéré que les conditions d'une gestion d'affaires (sans mandat) imparfaite au sens de l'art. 423 CO étaient remplies. S'agissant du profit réalisé par le défendeur gérant, il a retenu que la demanderesse n'avait pas produit les pièces nécessaires permettant de déterminer les montants versés et les abonnements conclus (par les clients fictifs sur le territoire français). Il a toutefois estimé que le profit pouvait être établi en application de l'art. 42 al. 2 CO: il s'est fondé sur les prix connus, soit ceux proposés à quatre clients, et a extrapolé ces chiffres en fonction de tous les abonnements concernés.

2.2. L'examen entrepris par la cour cantonale, qui se concentre sur le (prétendu) profit réalisé par le gérant en application de l'art. 423 al. 1 CO, vise trois objets distincts.

Le premier objet regroupe la totalité des abonnements encore en vigueur (78 abonnements) après la résiliation de l'autorisation accordée au défendeur pour vendre des abonnements en France. En rapport avec cet objet, qui repose sur l'hypothèse que la demanderesse avait droit à la totalité du profit réalisé par le gérant (y compris les gains allant au-delà des "prix officiels A1. _____" facturés aux clients), la cour cantonale a rappelé que le fardeau de la preuve incombait à la demanderesse; celle-ci devait établir le profit total réalisé par le défendeur/sa société (qui avait facturé les abonnements aux clients suisses selon sa propre liste de prix majorés) et en déduire le prix des abonnements (selon les prix officiels A1. _____ reversés par le gérant à A1. _____) vendus en France par le gérant (ces abonnements, rattachés à des domiciles fictifs créés par le défendeur, étaient en réalité utilisés par les clients suisses). Le montant de la déduction devait être déterminé en fonction du nombre et du type d'abonnements conclus par les clients (fictifs). L'autorité précédente a jugé que le profit réalisé par la société du défendeur n'avait pas été "suffisamment prouvé" par la demanderesse. Elle a relevé que celle-ci, qui possédait pourtant les informations utiles, avait sciemment refusé de remettre certains documents permettant de déterminer précisément le nombre et le type d'abonnements qui avaient été conclus au nom des clients prétendument domiciliés en France, excepté pour quatre d'entre eux (cf. infra les 2e et 3e objets). Elle a conclu que la demanderesse n'avait pas produit les pièces que l'on pouvait attendre d'elle et qu'il était dès lors exclu d'appliquer l'art. 42 al. 2 CO.

Le deuxième objet concerne trois clients (F. _____, G. _____ et D. _____), comptés dans les 78 abonnements précités, dont les données, suffisamment précises, ont permis à la cour cantonale de calculer le profit généré par le défendeur (pour chacun de ces clients). L'autorité précédente s'est demandée s'il convenait de remettre à la demanderesse, à titre de profit découlant d'une gestion d'affaires imparfaite au sens de l'art. 423 CO, le produit de l'escroquerie commise au détriment des clients du défendeur. Elle a considéré qu'il s'agissait d'une "atteinte combinée" qui impliquait de déterminer la part du profit généré par la violation des droits de propriété intellectuelle et celle résultant de l'escroquerie commise au détriment des clients (en augmentant les prix sans justification et en induisant les clients astucieusement en erreur). Elle a retenu que le montant supplémentaire versé au défendeur (en sus du "prix officiel A1. _____"), était la conséquence principale de l'escroquerie commise par celui-ci, ce qui excluait la remise de cette part à la demanderesse en tant que profit réalisé au sens de l'art. 423 CO. Concrètement, pour le client D. _____, la part conservée par le défendeur (579 fr. = 999 fr. [prix payé par le client] - 420 fr. ["prix officiel A1. _____]) n'entrait pas dans le profit à remettre à la demanderesse. Pour ce client, celle-ci ne pouvait prétendre à aucun remboursement puisque le montant correspondant au "prix officiel A1. _____" lui avait déjà été remis par le défendeur.

Le troisième objet a trait au client E. _____, identifié dans les 78 abonnements précités, qui avait acquis un abonnement pour 2'400 fr. La cour cantonale a jugé que le profit du défendeur gérant correspondait à la différence entre le "prix officiel A1. _____" (1'380 fr.) et le montant qu'il avait reversé à la demanderesse (192 fr.), soit 1'188 fr., étant précisé que la différence entre le montant de 1'380 fr. et celui de 2'400 fr. résulte de l'escroquerie et qu'elle ne saurait être prise en compte dans le profit au sens de l'art. 423 CO.

3.

En l'occurrence, l'existence d'une gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi (et donc la réalisation des trois conditions y relatives) est admise.

La question litigieuse porte sur l'éventuel profit réalisé par le défendeur. Le raisonnement tenu par les juges cantonaux à cet égard repose sur une structure peu claire, ce qui ne facilite pas la compréhension de l'arrêt attaqué.

Il convient, pour bien cerner le débat, de commencer par résoudre la question centrale - ayant un rapport avec l'ensemble des (78) abonnements vendus aux clients suisses - qui est de savoir si la demanderesse peut prétendre, selon l'art. 423 al. 1 CO, à l'intégralité du profit réalisé par le défendeur (cf. infra consid. 3.1 et 3.2). Une fois ce point tranché, il sera possible d'examiner la situation des "trois clients" (cf. infra consid. 3.3), puis celle du "client E. _____" (cf. infra

consid. 3.4).

3.1. Selon l'art. 423 al. 1 CO, auquel renvoie l'art. 62 al. 2 LDA (de même que l'art. 55 al. 2 LPM et l'art. 9 al. 3 LCD), lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent.

3.1.1. Cette disposition vise l'hypothèse de la gestion d'affaires imparfaite de mauvaise foi (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 425). La gestion d'affaires est qualifiée d'imparfaite lorsque le gérant, qui intervient illicitement dans les affaires du maître, agit non pas dans l'intérêt de ce dernier, mais dans son propre intérêt ou celui d'un tiers. L'art. 423 CO a pour but essentiel d'éviter que le gérant, auteur de l'ingérence, ne profite de celle-ci et qu'il n'en conserve les profits (arrêts 4A 594/2012 du 28 février 2013 consid. 2.1.1; 6B 819/2013 du 27 mars 2014 consid. 6.1 et l'auteur cité). La doctrine en infère que la remise de gain remplit aujourd'hui également une fonction préventive (ou punitive) et plus seulement une fonction de rééquilibrage (TERCIER/BIERI/CARRON, *Les contrats spéciaux*, 5e éd. 2016, p. 799 n. 5435). Le maître, qui dispose d'une créance tendant à la restitution du profit réalisé par le gérant, peut faire valoir l'"action en remise de gain" (entre autres auteurs : TERCIER/BIERI/CARRON, *op. cit.*, p. 796 n. 5417).

Pour que la règle de l'art. 423 CO trouve application, trois conditions cumulatives doivent être réalisées:

1) Une atteinte illicite aux droits d'autrui (fondement juridique). L'intervention du gérant est illicite si elle a lieu sans cause, c'est-à-dire qu'elle ne repose ni sur un contrat ni sur la loi (TERCIER/BIERI/CARRON, *op. cit.*, p. 794 s. n. 5407; TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, *Propriété intellectuelle*, 2019, n. 1212 p. 396). En matière de droit d'auteur, toute utilisation non autorisée des droits appartenant à des tiers est considérée comme une intervention illicite (JÖRG SCHMID, *Die Geschäftsführung ohne Auftrag*, 1992, p. 332 n. 1040 et les auteurs cités; RALF SCHLOSSER, in *Commentaire romand, Propriété intellectuelle*, de Werra/Gilliéron [éd.], 2013, no 93 ad art. 62 LDA).

2) La volonté du gérant, auteur de l'ingérence, de gérer l'affaire exclusivement ou de manière prépondérante dans son propre intérêt (arrêts 4C.326/2003 du 25 mai 2004 consid. 3.5.1; 6B 819/2013 déjà cité consid. 6.1 qui, dans la perspective du droit pénal, se réfère à la "conscience et à la volonté" du gérant).

3) La mauvaise foi du gérant (ATF 129 III 422 consid. 4 p. 425; 126 III 69 consid. 2a p. 72). Il agit de mauvaise foi s'il sait ou doit savoir (art. 3 al. 2 CC) qu'il s'immisce dans la sphère d'autrui sans avoir de motif pour le faire (ATF 126 III 69 consid. 2a p. 72; arrêt 4A 594/2012 du 28 février 2013 consid. 2.1.1).

3.1.2. Si ces conditions sont remplies, le gérant est tenu de restituer au maître le profit (illégitime) qu'il a réalisé, soit tout avantage pécuniaire résultant de l'ingérence qui réside dans la différence entre le patrimoine effectif de l'auteur de la violation et la valeur qu'aurait ce patrimoine en l'absence de toute violation (ATF 134 III 306 consid. 4.1.1 p. 308). Le profit doit toutefois être en lien de causalité avec l'atteinte illicite incriminée (ATF 133 III 153 consid. 3.2 p. 161 s.; arrêt 4A 474/2012 du 8 février 2013 consid. 4.2 publié partiellement in *sic!* 2013 p. 360; ATF 35 II 643 consid. 11 p. 60; entre autres auteurs, cf. TERCIER/BIERI/CARRON, *op. cit.*, p. 797 n. 5421; PATRICK KOHLER, *Berechnung des Verletzergerwinns bei gut- und bösgläubigen Immaterialgüterrechtsverletzungen*, *sic!* 7/8 2008 p. 567; BEAT WIDMER, *Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten*, 1985, p. 91 et les auteurs cités).

La nature du lien de causalité suscite des discussions (CHRISTINE CHAPPUIS, *La restitution des profits illégitimes*, 1991, p. 48 ss, qui plaide pour le recours à la théorie de la causalité adéquate; SCHLOSSER, *op. cit.*, no 104 ad art. 62 LDA, qui penche pour la causalité naturelle; du même avis: TISSOT/KRAUS/SALVADÉ, *op. cit.*, n. 1215 p. 398; RUDOLF MOSER, *Die Herausgabe des widerrechtlich erzielten Gewinnes*, 1940, p. 189 ss; sur l'exigence d'un lien causal "direct" entre le profit et l'atteinte illicite, cf. SCHMID, *op. cit.*, p. 272 n. 842 et les auteurs cités; SCHMID, in *Zürcher Kommentar*, 3e éd. 1993, no 108 s. ad art. 423 CO, qui exige une "relation étroite"; RICHARD SUTER, *Echte und unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*, 1933, p. 136, qui parle d'une "relation spécifique"; dans un cas d'atteinte à la personnalité, cf. ATF 133 III 153 consid. 3.3 p. 162 et la critique de FRANZ WERRO, *Une remise du gain sans gain ?* in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, 2008, p. 501 ss). Il n'est toutefois pas nécessaire de s'y arrêter puisque, comme on le verra, le gain dont bénéficie le défendeur en l'espèce ne découle pas de l'atteinte illicite portée aux biens juridiques de la demanderesse.

Il incombe au maître de rapporter la preuve d'un lien de causalité entre l'atteinte illicite à ses biens juridiques et les profits nets réalisés par le gérant (arrêt 4A 474/2012 déjà cité consid. 4.2). S'agissant du degré de preuve requis, la vraisemblance prépondérante suffit (cf. ATF 133 III 153

consid. 3.3 p. 162; 133 III 81 consid. 4.2.2; 128 III 271 consid. 2b).

3.1.3. On est en présence d'une " atteinte combinée " (Kombinationseingriff) ou d'un " concours de causes " lorsque le profit réalisé par le gérant résulte aussi bien de l'atteinte aux biens juridiquement protégés d'un tiers (le maître) que de l'activité licite menée par le gérant lui-même (know-how, qualité de ses services, recours à une campagne de marketing particulièrement réussie, réseau de distribution performant, etc.). La restitution (au maître) ne peut alors porter que sur la partie du profit qui découle de l'atteinte, par le gérant, aux biens juridiquement protégés du maître (entre autres auteurs : MAX PETER AMREIN, Die Gewinnherausgabe als Rechtsfortwirkung, 1967, p. 42; SCHMID, op. cit., n. 842 p. 272, qui renvoie à Amrein; RETO M. JENNY, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, 2004, p. 156 n. 281; cf. ATF 35 II 643 consid. 11 p. 660 ss).

Ce concours de causes a été envisagé par le législateur puisque celui-ci a explicitement exprimé sa volonté de laisser le juge apprécier librement (parmi les divers facteurs ayant permis au gérant de réaliser un gain) la mesure dans laquelle celui-ci résulte de l'atteinte illicite aux biens du maître (en rapport avec la règle correspondante de l'ancienne LCD, cf. SCHMID, op. cit., n. 842 p. 272 et le renvoi à la note 186, n. 1071 ss p. 341 ss).

La réglementation relative à la remise de gain ayant été conçue dans une large mesure par voie prétorienne (jurisprudence fédérale), les travaux préparatoires ne contiennent que de rares informations générales à ce sujet (cf. MOSER, op. cit., p. 280 s.; en lien avec le Code des obligations, cf. SCHMID, op. cit., n. 779 p. 254). Le législateur n'a en particulier pas évoqué l'hypothèse - ici litigieuse - du gérant qui, ayant porté atteinte aux biens juridiques du maître (titulaire du droit d'auteur), aurait également commis une infraction pénale. En revenant aux fondements juridiques sous-jacents (pour la remise de gain, cf. supra consid. 3.1.1 première condition), on peut toutefois poser la distinction suivante:

a) Si le gérant commet une infraction pénale au détriment du (seul) maître, la totalité du profit qu'il réalise devra être restituée à celui-ci. C'est le cas lorsque le gérant soustrait, en l'absence du maître, un produit (exemple du lait volé cité par la doctrine) pour le commercialiser et encaisser le bénéfice de la vente (cf. MOSER, op. cit., p. 136; en droit allemand, cf. BERTRAM EBERT, Die Geschäftsanmassung, 2000, p. 232).

b) Si, comme c'est le cas en l'espèce, le gérant commet une infraction pénale au détriment d'une tierce personne, la part du profit qui en découle (soit le produit de l'infraction) ne devra pas être restitué au maître. C'est le cas du gérant qui, disposant du lait volé (cf. exemple précédent), altère volontairement le produit (en y ajoutant de l'eau) pour tromper le consommateur (escroquerie) et augmenter le volume de ses ventes et, partant, accroître le bénéfice en résultant (cf. MOSER, op. cit., p. 136). Dans cette situation, le comportement du gérant, qui s'est enrichi illégitimement aux dépens du consommateur (lésé), donne naissance à un (nouveau) fondement juridique (distinct de celui à l'origine de la remise de gain) permettant exclusivement à ce lésé de faire valoir sa prétention tendant au remboursement du montant qu'il a versé sans cause (cf. MOSER, op. cit., p. 136, qui souligne que l'attribution de cette prétention au maître - et non au consommateur lésé - n'aurait aucun fondement juridique valable; en droit allemand, cf. HARMUS HAINES, Bereicherungsansprüche bei Warenzeichenverletzungen und unlauterem Wettbewerb, 1970, p. 145 s., qui confirme l'opinion de Moser). Sur le plan comptable, le produit de l'infraction pénale, bien qu'entre les mains du gérant, est inscrit au passif de son bilan et son unique titulaire (créancier) est le client lésé.

3.1.4. Dans la mesure où la restitution porte sur l'enrichissement net du gérant, le maître a la charge de prouver le montant de la recette brute, alors que le gérant doit établir le montant des coûts engagés. Une évaluation par application analogique de l'art. 42 al. 2 CO n'est admissible que si les conditions en sont remplies. La preuve facilitée prévue par cette règle ne libère pas le demandeur de la charge de fournir au juge, dans la mesure où cela est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait qui constituent des indices de l'existence du profit et qui permettent ou facilitent son estimation; elle n'accorde pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en remise de gain de n'importe quelle ampleur (ATF 134 III 306 consid. 4.1.2; 131 III 360 consid. 5.1 p. 363 s.; 122 III 219 consid. 3a).

Par conséquent, si le lésé ne satisfait pas entièrement à son devoir de fournir des éléments utiles à l'estimation, l'une des conditions dont dépend l'application de l'art. 42 al. 2 CO n'est pas réalisée, alors même que, le cas échéant, l'existence d'un dommage est certaine. Le lésé est alors déchu du bénéfice de cette disposition; la preuve du dommage n'est pas rapportée et, en conséquence, conformément au principe de l'art. 8 CC, le juge doit refuser la réparation (ATF 143 III 297 consid. 8.2.5.2 p. 323; 134 III 306 consid. 4.1.2 p. 309 et 4.2 p. 312).

3.2. La recourante est d'avis que les juges cantonaux ont violé l'art. 423 CO en refusant de lui

accorder, à titre de profit découlant d'une gestion d'affaires imparfaite, le produit de l'escroquerie commise au détriment des clients de l'intimé. Selon elle, la commission de cette infraction pénale dans le contexte ici examiné est une " utilisation abusive d'un droit de propriété intellectuelle ". Le maître aurait droit à la restitution de tous les avantages acquis par le gérant, soit à un montant équivalant à la totalité de l'augmentation de la fortune du gérant. Il importerait peu de savoir si, en l'absence de violation, le maître aurait lui-même réalisé un bénéfice de même ampleur, le montant de celui-ci n'étant à cet égard pas déterminant. Il est ici rappelé que seule est litigieuse la remise des montants encaissés par le gérant, au détriment des clients suisses, en sus des montants correspondant aux " prix officiels A1. _____ " déjà versés à la demanderesse (cf. supra consid. 2).

3.2.1. Contrairement à ce qu'affirment les magistrats cantonaux, on ne se trouve pas en présence d'une " atteinte combinée " (ou d'un concours de causes) dans le sens défini plus haut (cf. supra consid. 3.1.3), puisque l'atteinte illicite portée à la sphère juridique de la demanderesse (en qualité de maître) ne concourt pas avec une activité licite menée par le défendeur (comme la concrétisation d'un know-how personnel).

En amenant, par une construction astucieuse, ses clients à lui payer des montants surfacturés, le défendeur a en réalité adopté un comportement constitutif d'escroquerie. Celui-ci lui a permis de s'enrichir illégitimement aux dépens des clients lésés, donnant ainsi naissance à un (nouveau) fondement juridique (distinct de celui applicable pour la remise de gain). Le produit de l'infraction pénale représente des montants qui, sur le plan comptable, sont inscrits au passif du bilan du défendeur, dont les clients (suisses) lésés sont créanciers, et seuls ceux-ci peuvent faire valoir une prétention tendant au remboursement de ces montants versés sans cause.

Lorsque la recourante soutient que le défendeur, en commettant l'escroquerie, a (par là-même) utilisé de manière abusive un droit de propriété intellectuelle (ce qui permettrait l'application de l'art. 423 CO), elle confond les deux fondements juridiques qui impliquent chacun une prétention distincte au bénéfice de créanciers différents. Cela étant, le fait que la vente des abonnements - organisée par le défendeur en violation du droit d'auteur - a été l'occasion de l'escroquerie (aux dépens des clients lésés) ne fait pas automatiquement de celle-ci une violation du droit d'auteur de la demanderesse.

En conclusion, l'enrichissement du défendeur découle de la mise en scène, constitutive d'une infraction pénale, que celui-ci a élaborée au préjudice de ses clients. Lésés par les agissements du défendeur, ce sont ces clients qui, sur le plan civil, sont légitimés à demander la restitution de l'indu au défendeur qui s'est enrichi illégitimement (art. 62 ss CO; cf. éventuellement aussi l'art. 70 CP sur la confiscation de valeurs patrimoniales). La demanderesse ne saurait dès lors prétendre au paiement d'un montant dont un tiers (le client lésé) est seul créancier et qui repose sur un fondement différent de celui qui sous-tend l'art. 423 CO.

3.2.2. Les arguments soulevés par la recourante ne permettent pas d'aboutir à une conclusion contraire.

C'est en vain qu'elle tente de faire un parallèle avec le cas, relevant du droit du bail, traité dans l'ATF 126 III 69 et qu'elle insiste sur le fait que, lorsqu'un profit est réalisé au moyen du patrimoine d'autrui, il doit revenir au titulaire de ce patrimoine, et non à l'auteur de l'acte (consid. 2b p. 73). La recourante feint d'ignorer que lorsque le Tribunal fédéral parle d'" immixtion illicite ", il se réfère au comportement du locataire - gérant d'affaires du bailleur - qui a commis un acte illicite en sous-louant la chose louée après l'extinction du bail principal. La relation à l'origine de ce précédent est celle qui lie le gérant (locataire) au maître (le bailleur) et on ne saurait en tirer d'emblée des enseignements pour une relation différente, comme celle examinée ici, nouée entre le gérant (le défendeur) et des tierces personnes (les clients lésés) victimes d'une escroquerie commise par le gérant.

On ne peut suivre la recourante lorsqu'elle tente d'expliquer que le dommage causé aux clients résulte exclusivement de la violation des droits d'auteur de la recourante et que l'escroquerie n'est pas en soi un fait exceptionnel qui romprait le lien de causalité entre l'atteinte aux droits de la recourante et le profit retiré par le défendeur. Comme on l'a vu, il ne s'agit en l'espèce pas de déterminer, dans le cadre d'un concours de causes (" atteinte combinée "), laquelle des causes est déterminante, et la critique est dès lors dénuée de fondement.

La recourante souligne encore que l'art. 423 CO a pour but essentiel d'éviter que l'auteur de l'ingérence ne profite de celle-ci et n'en conserve les profits. Elle suggère ainsi la fonction punitive de la règle. On ne saurait toutefois justifier ainsi l'attribution au maître également des gains illicites réalisés par le gérant. Cela reviendrait à ériger la simple fonction (descriptive) d'une règle en un critère décisif (comme si celui-ci découlait de la règle légale) et à ignorer l'existence des deux fondements juridiques - déterminants - qui ont été rappelés plus haut (la violation du droit d'auteur et l'enrichissement sans cause) qui impliquent chacun une prétention distincte au bénéfice de créanciers différents.

La recourante évoque encore un " fort sentiment d'injustice " en soulignant que la décision rendue par les juges précédents a pour résultat de laisser le défendeur, qui s'est enrichi, s'en sortir sans aucune sanction civile, ce qui encouragerait et légitimerait des actes malveillants. On ne saurait la suivre. En l'occurrence, le défendeur a été condamné pénalement. Sur le plan civil, il appartient aux clients lésés de réclamer la restitution du montant payé indûment. Il serait pour le moins inapproprié que la demanderesse puisse bénéficier du produit de l'infraction commise par le défendeur, alors même qu'elle n'est pas lésée et qu'une telle solution, si elle était admise, aurait pour effet de priver les véritables lésés de toute indemnisation, les montants dont les clients ont été spoliés étant crédités sur le compte de la demanderesse. A ce constat, on ne saurait opposer le fait que l'on ignore si tous les clients lésés vont effectivement réclamer le montant qu'ils ont payé sans cause. Cela reviendrait à nier l'existence d'une prétention au motif que celle-ci ne serait pas exercée par son créancier, ce qui ne saurait raisonnablement se concevoir.

Le moyen se révèle infondé et il est superflu d'examiner les griefs d'arbitraire (art. 9 Cst.) que soulève la recourante, qui reposent sur la prémisse - incorrecte - selon laquelle le défendeur gérant serait tenu de reverser au maître le produit d'une infraction pénale commise au détriment d'une tierce personne.

3.3. La prétention de la demanderesse relative aux " trois clients " repose sur la même prémisse (incorrecte) et la question se révèle dès lors d'emblée dénuée de toute pertinence.

3.4. Pour la situation du " client E. _____ ", qui a acquis un abonnement pour 2'400 fr., la cour cantonale a présenté une motivation différente. Elle a admis que la demanderesse pouvait se prévaloir du gain réalisé par le défendeur puisqu'il ne s'agissait pas de partir des prix majorés proposés par le défendeur, mais de calculer la différence (1'188 fr.) entre le montant reversé à la demanderesse par le gérant (192 fr.) et le " prix officiel A1. _____ " de 1'380 fr.

La recourante, qui a obtenu gain de cause sur ce point, n'émet aucune critique à ce sujet, mais elle reproche à la cour cantonale d'avoir refusé de lui octroyer en sus le solde payé par le client suisse (soit la différence entre 2'400 fr. et 1'380 fr.), victime de l'escroquerie commise par le gérant. Il a déjà été fait justice à ce grief ci-dessus et il n'y a donc pas lieu d'y revenir.

4.

Il résulte des considérations qui précèdent que le recours en matière civile doit être rejeté par substitution de motifs.

Les frais et les dépens sont mis à la charge de la recourante, qui succombe (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 et 2 LTF).

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :

1.

Le recours est rejeté.

2.

Les frais judiciaires, arrêtés à 4'000 fr., sont mis à la charge de la recourante.

3.

La recourante versera à l'intimé une indemnité de 5'000 fr. à titre de dépens.

4.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et à la Cour de justice du canton de Genève Chambre civile.

Lausanne, le 12 novembre 2019

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La Présidente : Kiss

Le Greffier : Piaget