

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENEVE

POUVOIR JUDICIAIRE

C/19409/2005

ACJC/342/2007

**ARRÊT**

**DE LA COUR DE JUSTICE**

**Chambre civile**  
statuant en instance unique

**AUDIENCE DU VENDREDI 16 MARS 2007**

Entre

**X**\_\_\_\_\_, demanderesse suivant demande en validation des mesures provisionnelles déposée au greffe de la Cour de céans le 1er septembre 2005, comparant par Me Philippe Neyroud, avocat, 8-10, rue de Hesse, case postale 5715, 1211 Genève 11, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes,

et

**Y**\_\_\_\_\_, défenderesse, comparant par Me Shelby Du Pasquier, avocat, 30, route de Chêne, 1208 Genève, en l'étude duquel elle fait élection de domicile aux fins des présentes.

Le présent arrêt est communiqué aux parties par plis recommandés du 22.03.2007.

---

---

**EN FAIT**

- A.** Par arrêt interlocutoire du 14 septembre 2006, la Cour de céans a constaté que la société Y\_\_\_\_\_, défenderesse, avait violé l'art. 12 al. 1bis LDA en proposant à la vente ou à la location des DVD (*Digital Versatile Disk*) des films W\_\_\_\_\_ et V\_\_\_\_\_ durant la période pendant laquelle ils étaient projetés au cinéma à Genève.

En substance, la Cour a retenu que la société X\_\_\_\_\_, demanderesse, était titulaire des droits d'exploitation de ces films en Suisse à titre exclusif. Comme l'art. 12 al. 1bis LDA avait pour but de préserver l'exploitation en cascade des œuvres cinématographiques, soit d'abord au cinéma, puis en vente ou en location sous la forme de DVD, puis par le biais de chaînes de télévision payantes et, enfin, sur les autres chaînes de télévision, la mise en vente ou en location des films avant ou pendant leur exploitation en salle contrevenait à la loi et engageait en principe la responsabilité de Y\_\_\_\_\_. La suite de la procédure a été réservée, de manière à déterminer l'existence et le montant du dommage allégué par la demanderesse ainsi que pour vérifier que les autres conditions relatives à la réparation du dommage sont réalisées.

Interrogée sur la suite de la procédure, la demanderesse a souhaité faire entendre des témoins. De son côté, la défenderesse a refusé de fournir les pièces sollicitées à titre préalable par sa partie adverse et permettant de déterminer le nombre de ventes ou de locations pendant la période litigieuse. Après l'audition des témoins, aucun autre acte d'instruction n'a été sollicité.

- B.** Les faits pertinents pour apprécier les conditions de la responsabilité de la défenderesse et pour déterminer l'existence et le montant du dommage sont les suivants.

**a.** Le film W\_\_\_\_\_ a été projeté dans les salles de cinéma genevoises du 23 mars au 26 juillet 2005.

Le film V\_\_\_\_\_, quant à lui, a fait l'objet à Genève d'une exploitation en salles du 25 mai au 28 juin 2005.

**b.** Le 16 mai 2005, X\_\_\_\_\_ a constaté que ces deux films étaient disponibles sous forme de DVD auprès des magasins exploités par Y\_\_\_\_\_. Elle a notamment photocopié les codes barre de ces articles.

Entendue devant la Cour le 6 juillet 2005, Y\_\_\_\_\_ a admis avoir mis en location, dès le 16 mai 2005, quatre exemplaires du premier film, en langue russe et anglaise, et deux exemplaires du second, en langue anglaise. Elle a par ailleurs produit une facture datée du 17 mai 2005 et portant sur l'acquisition de trois exemplaires de chacun de ces films pour les zones respectivement 5 et 1. Au vu de la

date de cette facture, ces DVD sont des exemplaires supplémentaires par rapport à ceux disponibles le 16 mai 2005.

Le 10 juin 2005, Y\_\_\_\_\_ a commandé 182 exemplaires supplémentaires du film W\_\_\_\_\_, lesquels ont été livrés le 29 juin suivant.

**c.** La mise en location ou la vente des DVD des films litigieux par Y\_\_\_\_\_ a duré jusqu'au 4 juillet 2005.

A cette date, 177 exemplaires du film W\_\_\_\_\_ et 3 exemplaires du film V\_\_\_\_\_ ont été saisis par huissier judiciaire à la suite d'une décision de saisie provisionnelle rendue par la Cour le 29 juin 2005.

**d.** Selon ses propres observations, X\_\_\_\_\_ constate que, dans les premiers temps de location d'un DVD, alors que le film est encore à l'affiche au cinéma, il est très difficile de trouver un exemplaire disponible, ceux-ci étant tous loués. Elle en déduit que les films litigieux ont été loués tous les jours pendant leurs 14 premiers jours de location, puis deux jours sur trois dès la troisième semaine.

Y\_\_\_\_\_ n'a produit aucun document permettant de déterminer la vente et/ou la location des DVD des films litigieux entre le 16 mai et le 4 juillet 2005. Elle a expliqué que sa comptabilité ne permettait pas de fournir de telles indications. Son conseil a ajouté que, de toute manière, elle s'opposerait à donner de telles informations, puisque les prétentions de la demanderesse étaient infondées.

Il ressort des enquêtes que, durant leur exploitation en Suisse romande, les films litigieux ont connu un prix moyen du billet de cinéma de 13 fr. 40 pour le film W\_\_\_\_\_ et de 12 fr. 90 pour le film V\_\_\_\_\_. Selon l'aperçu cinématographique suisse 2005, édité par l'Office fédéral de la statistique, la recette billet se répartit en trois grands groupes : les diverses taxes, les droits d'auteur et la redevance pour la location du film; le solde reste à l'exploitant de salle pour ses propres besoins. L'ordre de grandeur moyen de la redevance - qui retourne au distributeur - est de 43% (p. 16 de l'étude). Selon les pièces produites par X\_\_\_\_\_, la redevance pour les films litigieux est passée de 50%, en début d'exploitation, à 30%, en fin d'exploitation en salles. En outre, X\_\_\_\_\_ s'est obligée contractuellement à verser une part de sa redevance aux producteurs de film: une employée a confirmé que tel serait le cas sur tous les montants touchés à titre de dommages-intérêts dans la présente procédure.

X\_\_\_\_\_ estime que chaque location auprès de Y\_\_\_\_\_ a entraîné une perte moyenne de deux spectateurs en salle.

**e.** Selon les témoins entendus par la Cour, aucune enquête n'a été effectuée par les milieux du cinéma pour démontrer une corrélation entre la location de DVD et la perte de spectateurs en salle.

Plusieurs exploitants de salles ont cependant indiqué qu'à leur avis, la mise sur le marché des DVD pendant l'exploitation en salles diminuait la fréquentation de celles-ci, réduisait le nombre de séances et accélérait le retrait du film par rapport à ce qui était prévu à l'origine. En comparant les chiffres d'affaires réalisés pour les différentes régions de Suisse en 2005, on constatait que la baisse était de 13% en Suisse romande et de 6 à 7% seulement en Suisse allemande : pour les professionnels interrogés par la Cour, cette différence s'expliquait par le fait que les DVD de zone 1 comprennent également la langue française (pour le Québec), ce qui facilite une commercialisation dans les régions francophones. Ce constat a été posé en particulier pour les deux films litigieux, par un témoin employé d'X\_\_\_\_\_.

Les exploitants de salles entendus par la Cour ont admis que d'autres facteurs que la seule mise à disposition de DVD pendant l'exploitation en salle peuvent avoir une influence sur le chiffre d'affaire. Ils ont cité les conditions météorologiques, la présence d'importantes manifestations sportives telles que les Jeux Olympiques ou la notoriété particulière d'un acteur. Dans le cas des deux films litigieux, aucune de ces circonstances n'avait cependant joué de rôle déterminant. D'autres exploitants ont ajouté que la mise à disposition de DVD portait préjudice à l'image d'un film : ils ont affirmé avoir entendu des spectateurs dire qu'un film "ne valait rien parce qu'il était déjà sorti en DVD".

Enfin, Y\_\_\_\_\_ a produit un sondage réalisé auprès de ses clients. Il en ressort qu'un nombre estimé à 6% serait allé au cinéma voir les films litigieux s'il n'avaient pas été disponibles en location ou en vente en Suisse. Sur ce nombre, la moitié serait allée en France voisine, ce qui ramènerait la part de spectateurs perdus par X\_\_\_\_\_ à 3% seulement.

- C. Dans ses écritures après enquêtes, X\_\_\_\_\_ a conclu au paiement par Y\_\_\_\_\_ de la somme de 23'293 fr. 35 avec intérêts à 5% dès le 28 juin 2005 à titre de dommage. Ce préjudice se décompose de la manière suivante: 18'170 fr. 40 représentent les pertes de spectateurs en rapport avec le film W\_\_\_\_\_, et 2'425 fr. 20 celles en rapport avec le film V\_\_\_\_\_. A cela s'ajoutent les frais d'huissier judiciaire à hauteur de 2'697 fr. 75.

Y\_\_\_\_\_ conclut également à la remise des profits réalisés par X\_\_\_\_\_ avec les films litigieux. Sur la base des mêmes estimations qu'en matière de dommage, elle arrête ce poste à 10'808 fr. avec intérêts à 5% dès le 28 juin 2005. Enfin, elle se déclare d'accord d'imputer de son dommage les profits restitués à titre de la gestion d'affaires et conclut à la condamnation de Y\_\_\_\_\_ en tous les dépens.

De son côté, Y\_\_\_\_\_ a conclu au déboutement de la demanderesse avec suite de frais et dépens. Elle a principalement soutenu qu'X\_\_\_\_\_ n'avait démontré ni

l'existence de son dommage, ni la présence d'un lien de causalité entre celui-ci et l'acte illicite qui lui était reproché.

Lors des plaidoiries du 9 février 2007, Y\_\_\_\_\_ a fait valoir un fait nouveau sous la forme d'une émission de télévision diffusée le 23 janvier 2007, au cours de laquelle l'un des témoins entendus par la Cour s'exprimait sur la concurrence des DVD pour le cinéma. La copie de l'émission a été produite par X\_\_\_\_\_ et visionnée par la Cour : il n'en résulte aucun fait nouveau déterminant par rapport au résultat des enquêtes; il en va ainsi de la référence, dans cette émission télévisée, aux conditions météorologiques qui peuvent avoir une certaine influence sur le résultat de l'exploitation d'un film en salles.

D. L'argumentation juridique des parties sera examinée ci-après, dans la mesure utile.

### **EN DROIT**

1. Le caractère illicite de la mise à disposition par la défenderesse de DVD des films W\_\_\_\_\_ et V\_\_\_\_\_ durant la période comprise entre le 16 mars et 4 juillet 2005 a été admis par arrêt de la Cour de céans du 14 septembre 2006. Point n'est besoin d'y revenir.
2. Celui qui subit une violation des droits d'auteur dont il est titulaire peut recourir, notamment, aux actions prévues par le Code des obligations tendant au paiement de dommages-intérêts, à la réparation du tort moral ainsi qu'à la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 62 al. 2 LDA). Les actions en dommages-intérêts et en remise de gain ne sont pas cumulables: le lésé doit ainsi choisir, soit de se voir indemnisé de son préjudice, soit de se voir remettre le gain réalisé par celui qui viole le droit de propriété intellectuelle (ATF 97 II 169 consid. 3a; arrêt du Tribunal cantonal de St-Gall du 23 février 1999 consid. 2, publié in Sic! 1999 p. 631).

La demanderesse fonde d'abord son argumentation sur les règles de la responsabilité aquilienne.

**2.1** L'action en dommages et intérêts exige, conformément à l'art. 41 CO, la réunion de quatre conditions, soit un dommage, l'illicéité du comportement, la faute de la personne qui a causé le dommage ainsi qu'un rapport de causalité entre l'acte illicite et le dommage.

La condition d'illicéité est déjà acquise en l'espèce (cf. consid. 1). Quant à la condition du dommage, elle fera l'objet d'un examen ultérieur (cf. consid. 3). Restent la faute et le rapport de causalité, qui sont tous deux niés par la défenderesse.

**2.2** La faute consiste dans le manquement à la diligence que l'on peut raisonnablement attendre de l'auteur de l'atteinte illicite. Pour déterminer la diligence

due, le juge doit comparer le comportement qu'a eu l'auteur à celui qu'une personne raisonnable aurait dans les circonstances objectives du cas. A cela s'ajoute que l'auteur doit agir intentionnellement ou par négligence (WERRO, La responsabilité civile, Berne 2005, n. 241, 242 et 276 ss).

L'examen du dossier permet de retenir que la défenderesse a sciemment mis sur le marché des DVD des films litigieux alors que l'exploitation en salles de ces films-là n'était pas terminée. Professionnelle du monde du cinéma, elle ne pouvait ignorer que ce comportement contrevenait aux règles de propriété intellectuelle. Dès lors, sa faute est établie.

**2.3** Lorsque la relation de causalité naturelle entre un comportement donné et un certain résultat est retenue, il faut encore que ce comportement soit dans un rapport de causalité adéquate, c'est-à-dire, qu'il ait été propre, selon le cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie, à entraîner un résultat du genre de celui qui s'est produit (ATF 123 III 110 consid. 3a).

La défenderesse conteste l'existence du lien de causalité entre la mise à disposition des DVD litigieux et la baisse de fréquentation des salles de cinéma. Dans son arrêt du 14 septembre 2006, la Cour a déjà eu l'occasion d'aborder cette question (consid. 5.2) : elle a ainsi retenu que cela fait partie du cours ordinaire des choses et de l'expérience générale de la vie que, sur l'ensemble des clients louant les DVD litigieux, certains d'entre eux seraient allés au cinéma si ces DVD n'avaient pas été disponibles auprès de la défenderesse; elle s'est également référée au sondage effectué par la défenderesse qui indiquait que 6% de ses clients seraient allés voir les films au cinéma si ceux-ci n'avaient pas été disponibles sous forme de DVD. L'existence de cette causalité a été confirmée par les enquêtes auxquelles a procédé la Cour. Même si aucune étude statistique n'a été réalisée sur le sujet, plusieurs témoins ont donné des éléments démontrant une corrélation entre l'activité de la défenderesse et la baisse des recettes en salles: la différence de baisse du chiffre d'affaires entre la Suisse alémanique et la Suisse romande démontre l'influence des DVD en langue française sur le public francophone; aucun événement particulier - tel que l'existence de grandes manifestations sportives - ne s'est déroulé pendant la projection des films litigieux et ne serait susceptible d'expliquer la différence entre les attentes des distributeurs - fondées sur les observations réalisées dans d'autres pays ou régions de Suisse - et les résultats effectifs de ces films; enfin, selon un autre témoignage, le film disponible en DVD subit un déficit d'image.

Toutes ces circonstances de fait permettent de retenir que la mise à disposition des DVD litigieux durant leur exploitation en salles se trouve en lien de causalité adéquate avec le préjudice invoqué par la demanderesse.

- 
3. La défenderesse conteste tant l'existence que la quotité du dommage allégué par la demanderesse.

**3.1** Le dommage réside dans la diminution involontaire de la fortune nette. Il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait eu si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Le dommage peut se présenter sous la forme d'une diminution de l'actif, d'une augmentation du passif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 129 III 18 consid. 2.4 p. 23). En matière de propriété intellectuelle, la preuve du dommage se fera essentiellement par celle du gain manqué (ATF 132 III 379 consid. 3.2.1). Dès lors, la critique de la demanderesse sur la question de savoir s'il s'agit d'un dommage direct ou d'un préjudice réfléchi est sans portée.

A teneur de l'art. 42 al. 1 CO, qui reprend le contenu de l'art. 8 CC, la preuve du dommage incombe au demandeur. Ainsi, la loi impose à la victime d'un dommage le fardeau de l'alléguer puis - si ce fait est contesté - de le prouver. En principe, l'échec de cette preuve a pour conséquence d'entraîner l'absence de toute indemnisation (CHAIX, La fixation du dommage par le juge, in *Le préjudice : une notion en devenir - Journée de la responsabilité civile 2004*, Genève - Zurich - Bâle 2005, p. 42).

L'art. 42 al. 2 CO prévoit un régime d'exception pour certaines situations particulières. Il en est ainsi du cas où le dommage est absolument impossible à chiffrer (ATF 129 III 135 consid. 2.2), de celui où la preuve d'un montant chiffré est impossible à apporter (ATF 111 II 164 consid. 1a) ou de celui où le coût de l'administration de la preuve serait hors de proportion avec le montant du dommage allégué (ATF 105 II 87 consid. 3). Pour ces situations, la loi instaure un allègement du fardeau de la preuve. Comme se plaît à le rappeler la jurisprudence, cet allègement n'équivaut cependant pas à une suppression du fardeau de la preuve : dès lors, l'art. 42 al. 2 CO ne doit pas être utilisé comme un oreiller de paresse ou une solution de facilité destinés aux plaideurs négligents (arrêt 4C.412/2004 du 23 février 2005 publié in SJ 2005 I 329 consid. 3.2.1; ATF 122 III 219 consid. 3a). Une "certaine difficulté" dans l'apport de la preuve ne suffit ainsi pas pour recourir à l'art. 42 al. 2 CO (arrêt non publié 4C.110/2002 du 25 juin 2002 consid. 3.3).

Même si l'art. 42 al. 2 CO tend à instaurer une preuve facilitée en faveur du lésé, cette disposition ne le libère pas de la charge de fournir au juge, dans la mesure où c'est possible et où on peut l'attendre de lui, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du dommage et permettant ou facilitant son estimation; elle n'accorde en particulier pas au lésé la faculté de formuler sans indications plus précises des prétentions en dommages-intérêts de n'importe quelle ampleur (ATF 131 III 360 consid. 5.1). Il appartient en d'autres termes à la victime de décrire avec suffisamment de précision tous les éléments de faits permettant de mettre en

---

œuvre les critères issus de l'art. 42 al. 2 CO; au terme des mesures probatoires, il revient au juge d'apprécier ces faits.

**3.2** Dans la mesure où l'art. 42 al. 2 CO relève de l'établissement des faits, les règles cantonales de procédure s'appliquent : ainsi, la partie qui détient une pièce utile à la solution du litige peut être appelée à collaborer à l'apport de cette pièce, même si le fardeau de la preuve ne lui incombe pas; en cas de refus sans motif légitime, le fait allégué par la partie adverse peut être tenu pour avéré (cf. art. 186 al. 2 LPC). De même, le silence et toute réponse évasive peuvent être pris pour un aveu des faits régulièrement articulés par la partie adverse (cf. art. 126 al. 3 LPC).

En l'espèce, la preuve chiffrée de la perte de gain de la demanderesse en raison de l'activité illicite de la défenderesse est absolument impossible à établir. La preuve de ce préjudice est donc alléguée conformément à l'art. 42 al. 2 CO. Respectant les exigences de cette dernière disposition, la demanderesse a allégué de manière précise les faits à sa disposition et qui étaient susceptibles de déterminer son dommage. Elle est partie du nombre de DVD qui se trouvaient dans les locaux de la défenderesse durant la période litigieuse; se fondant sur ses propres constatations, elle a exposé qu'un DVD est loué chaque jour durant les deux premières semaines de mise à disposition, puis deux jours sur trois seulement; elle a fait confirmer par témoin le prix moyen des places de cinéma des films litigieux; le taux de sa redevance s'élève en moyenne à 43% du prix du billet de cinéma; enfin, la demanderesse estime que la location d'un DVD a entraîné pour elle une perte de deux spectateurs en salle.

Certains de ces allégués ont été prouvés (prix moyen du billet, nombre de DVD en possession de la défenderesse) et d'autres résultent de statistiques suffisamment fiables pour être retenues (redevance moyenne). D'autres en revanche, résultent d'observations propres à la demanderesse ou de simples estimations de sa part (fréquence de location des DVD, perte de spectateurs en salle). Pour ces deux derniers paramètres du dommage, le niveau habituellement requis pour une preuve complète n'est pas atteint, ce qui - de l'avis de la défenderesse - devrait conduire au rejet complet des prétentions pour défaut de preuve du dommage.

Il est cependant temps de rappeler que, dans la présente procédure, la défenderesse aurait aisément pu démontrer le nombre de locations et de ventes des DVD litigieux. Une organisation rationnelle de l'entreprise de la défenderesse - professionnelle de la location de DVD - doit en effet lui permettre de connaître en tout temps le nombre et le titre des DVD mis en location. Le système de code barre qu'elle utilise sur ses DVD a d'ailleurs justement pour but de faciliter ce traitement de l'information. Dans ces circonstances, ses affirmations selon lesquelles son organisation interne ne lui permettait pas de connaître la fréquence des locations de titres déterminés de films ne convainquent absolument pas. Le fait qu'elle ait ajouté que, de toute manière, elle ne souhaitait pas communiquer ces infor-

mations renforce la conviction de la Cour qu'elle dispose d'une information utile pour la solution du litige, mais qu'elle ne veut - délibérément et sans qu'aucun motif objectif ne justifie cette décision - pas la divulguer dans le présent litige.

**3.3** Au vu de ce qui précède, le choix de la défenderesse de ne pas révéler le nombre de locations et/ou de ventes pendant la période litigieuse doit emporter des conséquences de nature procédurale. Les allégués non prouvés de la demanderesse mais rendus suffisamment vraisemblables par l'instruction de la cause seront dès lors tenus pour avérés.

La fréquence de location des DVD alléguée par la demanderesse est vraisemblable. Il est en effet notoire que, dans le domaine des œuvres cinématographiques, la demande est plus forte lorsque débute la mise à disposition des DVD. Cela vaut d'autant plus lorsque - comme en l'espèce - cette exploitation coïncide avec la projection en salles, voire la précède. La fréquence alléguée par la demanderesse sera donc retenue, avec la précision que le taux de location tous les jours ne peut s'appliquer que du 16 au 29 mai 2005, première période de mise à disposition sous forme de DVD des films litigieux. Pour la période ultérieure, la location deux jours sur trois paraît plus probable.

S'agissant de la perte des spectateurs de cinéma en raison de la location de DVD, la demanderesse a expliqué dans ses premières écritures qu'un DVD peut être loué par une personne seule, par un couple, par une famille ou un groupe d'amis. Le nombre de personnes visionnant le DVD peut donc facilement être compris entre une et six. Dès lors, une moyenne de deux spectateurs de cinéma perdus pour chaque location de DVD semble raisonnable et sera retenue par la Cour.

**3.4** Au vu des éléments qui précèdent, le calcul du dommage a lieu de la manière suivante.

S'agissant du premier film, quatre exemplaires se trouvaient disponibles auprès de la défenderesse entre le 16 mai et le 4 juillet 2005, soit pendant 50 jours. En tenant compte d'une location chaque jour pendant les 14 premiers jours (56 locations), puis deux jours sur trois pendant les 36 jours suivants (96 locations), on parvient à **152 locations** pour ces quatre exemplaires. Trois autres exemplaires se trouvaient disponibles auprès de la défenderesse entre le 17 mai et 4 juillet 2005, soit pendant 49 jours. En tenant compte d'une location chaque jour pendant les 13 premiers jours (39 locations), puis deux jours sur trois pendant les 36 jours suivants (72 locations), on parvient à **111 locations** pour ces trois exemplaires. Enfin, 182 exemplaires étaient disponibles du 29 juin au 4 juillet, soit pendant 6 jours. En tenant compte d'une location deux jours sur trois, on parvient à **728 locations**. Le premier film a ainsi pu être loué au total à **991 reprises** durant la période litigieuse. La perte de gain pour la demanderesse s'élève donc à **11'420 fr.** (991 x 2

---

[clients perdus] x 13 fr. 40 [prix moyen du billet] = 26'558 fr., dont le 43% représente la redevance perdue par la demanderesse).

S'agissant du second film, deux exemplaires se trouvaient disponibles auprès de la défenderesse entre le 16 mai et le 4 juillet 2005, soit pendant 50 jours. En tenant compte d'une location chaque jour pendant les 14 premiers jours (28 locations), puis deux jours sur trois pendant les 36 jours suivants (48 locations), on parvient à **76 locations** pour ces deux exemplaires. Trois autres exemplaires se trouvaient disponibles auprès de la défenderesse entre le 17 mai et 4 juillet 2005, soit pendant 49 jours. En tenant compte d'une location chaque jour pendant les 13 premiers jours (39 locations), puis deux jours sur trois pendant les 36 jours suivants (72 locations), on parvient à **111 locations** pour ces trois exemplaires. Le second film a ainsi pu être loué au total à **187 reprises** durant la période litigieuse. La perte de gain pour la demanderesse s'élève donc à **2'075 fr.** ( $187 \times 2$  [clients perdus] x 12 fr. 90 [prix moyen du billet] = 4'825 fr., dont le 43% représente la redevance perdue par la demanderesse).

Le montant des gains manqués doit être entièrement versé à la demanderesse, indépendamment des éventuelles sommes qu'elle sera amenée à reverser au producteur des films : il s'agit en effet d'engagements contractuels de la demanderesse, ce qui n'entraînera pas d'enrichissement de sa part lors de l'allocation du dommage prononcé par la Cour. A ces montants, il convient d'ajouter les frais d'huissiers judiciaires que la demanderesse a dû supporter à cause du comportement illicite de la demanderesse (2'697 fr. 75). Le montant total du dommage subi par la demanderesse s'élève ainsi à **16'192 fr. 75**. Comme cette somme porte en principe intérêts à 5% dès la commission de l'acte illicite (PICHONNAZ, Commentaire romand, n. 31 ad art. 102 CO), les intérêts sollicités par la demanderesse dès le 28 juin 2005 seront accordés.

**3.5** La défenderesse fait valoir que le dommage ne devrait pas être entièrement réparé, dans la mesure où la défenderesse n'aurait pas rempli son incombance de réduire son préjudice. Elle soutient, d'une part, que la demanderesse n'aurait pas pris de mesures pour empêcher la diffusion des DVD litigieux par d'autres commerçants qu'elle-même; elle prétend, d'autre part, que la demanderesse a touché des redevances pour la vente des DVD litigieux, redevances qu'elle chiffre à 5'094 fr. 80 et qu'il conviendrait d'imputer sur le préjudice allégué.

Le premier argument lié à une éventuelle faute concomitante ne résiste pas à l'examen : il ressort en effet de la procédure que la demanderesse a rapidement saisi la justice d'une demande de mesures provisionnelles tendant à interdire la commercialisation par la défenderesse des DVD litigieux et ayant conduit à la saisie des DVD. A l'égard de l'activité déployée par la défenderesse, on ne peut donc pas parler de tolérance et encore moins de faute concomitante. En ce qui concerne les autres acteurs de location de DVD qui - selon les allégués non prouvés de la

défenderesse - auraient également commercialisé les films litigieux pendant leur exploitation en salles, on doit constater que l'éventuel dommage causé par cette (autre) activité illicite ne fait pas partie du préjudice invoqué par la demanderesse, lequel se fonde exclusivement sur l'activité déployée par la défenderesse. Dès lors, il n'y a pas place ici pour appliquer l'art. 44 CO.

Le second argument a été articulé pour la première fois par la défenderesse dans ses écritures après enquêtes. Pour la première fois également, elle allègue que la marge bénéficiaire sur la vente d'un DVD serait de 60% pour la demanderesse et que la demanderesse toucherait de la SUISA 7 fr. 30 par support audiovisuel vendu. Lorsque s'applique la maxime des débats, les parties doivent présenter tous leurs moyens d'attaque et de défense en une seule fois et à un moment donné de la procédure (HOHL, Procédure civile, tome I n. 806 ss). A Genève, en procédure ordinaire, ce moment correspond au début de l'administration des preuves : en effet, l'assignation et les écritures autorisées en application des art. 122, 123 et 133 LPC sont réputées exposer de manière complète et exhaustive les données de fait du litige opposant les parties (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, n. 1 ad art. 125 LPC). Sauf fait nouveau proprement dit, les parties ne peuvent compléter leurs allégués de fait après l'administration des preuves. Dans la mesure où la défenderesse présente dans ses écritures après enquêtes une argumentation nouvelle fondée sur des faits qui n'ont jamais été allégués auparavant, la Cour ne peut entrer en matière. De toute manière, la partie adverse n'a pas pu s'exprimer sur ces allégués de fait et aucune mesure d'instruction n'a pu les confirmer. Dans ces conditions, l'argumentation de la défenderesse - même recevable - ne serait pas fondée.

4. La demanderesse fonde également son action sur les règles de la gestion d'affaires sans mandat pour obtenir la restitution des profits illicites réalisés par la défenderesse.

En se fondant sur le nombre de locations retenus ci-dessus (consid. 3.4) et en prenant en compte le prix de location allégué par la demanderesse (7 fr. par DVD), on parvient à 8'246 fr. pour les 1'178 locations illicites. Ce montant est inférieur à celui du gain manqué: dans la mesure où les prétentions en dommages-intérêts et celles en remise des profits illicites s'excluent les unes les autres, la demanderesse n'a aucun intérêt juridique à fonder son action sur cette base légale. Dès lors, il ne sera pas tenu compte de ce mode de réparation.

5. La défenderesse qui succombe, sera condamnée aux dépens, lesquels comprennent une indemnité de procédure à titre de participation aux honoraires d'avocat de sa partie adverse (art. 176 al. 1 et 181 LPC).
6. Les dernières conclusions de la demanderesse s'élèvent à 23'293 fr. 35, somme à laquelle il n'y a pas lieu d'ajouter les conclusions en matière de remise de gain

puisque le principe d'une imputation est admis. La valeur litigieuse au sens de l'art. 51 LTF est donc inférieure à 30'000 fr.

\* \* \* \* \*

**PAR CES MOTIFS,  
LA COUR :**

**Au fond :**

Condamne Y\_\_\_\_\_ à verser à X\_\_\_\_\_ la somme de 16'192 fr. 75 avec intérêts à 5% dès le 28 juin 2005.

Condamne Y\_\_\_\_\_ aux dépens de la procédure, lesquels comprennent une indemnité de procédure de 4'000 fr. à titre de participation aux honoraires d'avocat de sa partie adverse.

Déboute les parties de toutes autres conclusions.

**Siégeant :**

Madame Marguerite JACOT-DES-COMBES, présidente; Messieurs François CHAIX et Daniel DEVAUD, juges; Monsieur Jean-Daniel PAULI, greffier.

La présidente :

Marguerite JACOT-DES-COMBES

Le greffier :

Jean-Daniel PAULI

**Indication des voies de recours:**

*Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière civile; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 72 à 77 et 90 ss de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110). Il connaît également des recours constitutionnels subsidiaires; la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 113 à 119 et 90 ss LTF. Dans les deux cas, le recours motivé doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué. L'art. 119 al. 1 LTF prévoit que si une partie forme un recours ordinaire et un recours constitutionnel, elle doit déposer les deux recours dans un seul mémoire.*

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

*Valeur litigieuse des conclusions pécuniaires au sens de la LTF : cf. considérant 6.*