

Domages-intérêts sous forme de remise du gain suite à la violation de droit d'auteur

BENHAMOU, Yaniv

Abstract

Commentaire de l'arrêt du 14 mai 2009 de la Cour de justice fédérale allemande (I ZR 98/06) dans l'affaire "TrippTrapp v. Alpha"

BENHAMOU, Yaniv. Domages-intérêts sous forme de remise du gain suite à la violation de droit d'auteur. *Sic !*, 2009, p. 896-903

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:75598>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



Dommmages-intérêts sous forme de remise du gain suite à la violation de droit d'auteur Cour de justice fédérale allemande du 14 mai 2009 (I ZR 98/06) dans l'affaire "Tripp-Trapp v. Alpha"

Selon le BGH, en cas d'action en dommages-intérêts sous forme de remise du gain, l'examen de la causalité suppose de tenir compte de différents facteurs et de distinguer entre la violation de droit d'auteur (la reprise des éléments esthétiques) et les autres éléments de l'objet concerné (fonctionnalité, prix). En cas d'œuvre des arts appliqués, cet examen est délicat car la fonctionnalité joue un rôle important dans la décision d'achat de l'objet. Après le rappel des principes relatifs à la remise du gain (fiction, prévention, sanction), le BGH admet également que le demandeur puisse réclamer la remise du gain à chaque contrevenant de la chaîne de distribution (Verletzerkette).

Nach der Rechtsprechung des BGH muss bei der Prüfung der Kausalität bei einer Klage auf Gewinnherausgabe verschiedenen Faktoren Rechnung getragen werden, namentlich ist zwischen der Verletzung des Urheberrechts (Übernahme ästhetischer Elemente) und anderen Eigenschaften des betroffenen Objekts (Funktionalität, Preis) zu unterscheiden. Bei Werken der angewandten Kunst ist diese Prüfung schwierig, weil die Funktionalität für den Kaufentscheid eine wichtige Rolle spielt. Nachdem der BGH die Prinzipien der Gewinnherausgabe in Erinnerung ruft (Fiktion, Prävention, Sanktion), hält er fest, dass der Kläger die Herausgabe des Gewinns auch von jedem Verletzer in der Handelskette verlangen kann (Verletzerkette).

Yaniv Benhamou *

**** sic! 2009 page 896 ****

I. Introduction

II. Etat de fait et résumé de la décision de la Cour d'appel

III. Considérants du BGH

1. Œuvre dérivée v. libre utilisation (N 19-31)
2. Calcul (N 32-58)
3. Chaîne de contrevenants (Verletzerkette) (N 59-79)

IV. Commentaires

1. Déduction des frais
2. Causalité
3. Faute
4. Chaîne de contrevenants (Verletzerkette)

V. Conclusion

I. Introduction

La décision I ZR 98/06 ¹ de la Cour de justice fédérale allemande (BGH) concerne l'action en dommages-intérêts sous forme de remise du gain, suite à la fabrication et à la distribution illicites de chaises pour enfant "Alpha" d'apparence similaire aux chaises pour enfant "Tripp-Trapp".

La question des dommages-intérêts suite à la violation de droits d'auteur pose de nombreuses difficultés de preuve. Afin de pallier ces difficultés, la jurisprudence reconnaît, dans le cadre de l'action en dommages-intérêts, trois méthodes de calcul du dommage (triple méthode de calcul; dommage concret, méthode de l'analogie avec la licence et remise du gain).

La décision I ZR 98/06 concerne la troisième méthode de calcul, soit la remise du gain. S'agissant de la déduction des frais, elle n'apporte pas de nouveauté et semble être conforme à la jurisprudence récente. En revanche, s'agissant de la causalité, elle apporte plusieurs éclaircissements. Elle rappelle que différents facteurs doivent être pris en considération et qu'il convient de distinguer entre la violation (la reprise des éléments esthétiques) et les autres éléments de l'objet concerné (fonctionnalité, prix). Par ailleurs, en cas d'œuvre des arts appliqués, la question de la causalité est d'autant plus délicate que la fonctionnalité de l'objet joue un rôle important dans la décision d'achat. Le demandeur est ainsi confronté à d'importantes difficultés de preuve.

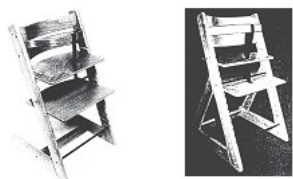
La décision I ZR 98/06 traite également de la question des dommages-intérêts dans le contexte d'une chaîne de contrevenants (*Verletzerkette*). A cet égard, après le rappel des principes relatifs à la remise du gain (fiction, prévention, sanction), le BGH permet au demandeur de réclamer la remise du gain à chaque contrevenant de la chaîne de distribution.

II. Etat de fait et résumé de la décision de la Cour d'appel

Le demandeur est une société norvégienne spécialisée dans la fabrication de meubles. Depuis 1972, elle a obtenu d'un designer norvégien le droit de fabriquer et de distribuer la

**** sic! 2009 page 897 ****

chaise pour enfant "Tripp-Trapp", constituée de deux barres parallèles en bois en forme de "L". Le défendeur commercialise une chaise pour enfant "Alpha" d'apparence similaire à la chaise "Tripp-Trapp", également constituée de deux barres parallèles en bois en forme de "L". Toutefois, à la différence de la chaise "Tripp-Trapp", elle comporte à l'arrière deux barres supplémentaires de renforcement. Les deux chaises sont ainsi représentées:



De 1997 à 2002, le défendeur a vendu en Allemagne 66 544 chaises "Alpha", soit 44 013 "Alpha" livrées par Hauck Hong Kong Ltd. et 22 531 "Alpha" livrées par Hauck GmbH & Co. KG.

S'estimant lésé dans son droit exclusif sur la chaise "Tripp-Trapp", le demandeur a déposé devant l'OLG Hambourg, à l'encontre du défendeur, une action tendant à la reddition des comptes (*Auskunftserteilung*) et en fixation des dommages-intérêts (*Schadensersatzfeststellung*). Le défendeur a conclu à libération, contestant avoir violé le droit exclusif sur la chaise "Tripp-Trapp". Par arrêt du 24 avril 2006², l'OLG a constaté le caractère illicite de l'atteinte subie par le demandeur, en considérant la chaise "Tripp-Trapp" comme une œuvre d'art appliqué (§ 2 al. 1 ch. 4 UrhG) et la chaise "Alpha" comme une œuvre dérivée de la chaise "Tripp-Trapp" réalisée sans l'autorisation de son titulaire. Il a reconnu au demandeur le droit à des dommages-intérêts sous forme de remise du gain et considéré que le gain s'élevait à € 445 851,69. Cependant, il a réduit ce montant de 44 585,16 (10% de € 445 851,69) en raison de l'impression optique différente, autrement dit afin de tenir compte du fait que la chaise "Alpha" n'est qu'une imitation et non une copie de "Tripp-Trapp". Il a également déduit € 44 013 (1 par chaise) de frais généraux. Il en résulterait donc € 357 253,52 de dommages-intérêts. Enfin, il a refusé au demandeur la possibilité de réclamer des dommages-intérêts pour la distribution des 22 531 chaises "Alpha" livrées par Hauck GmbH & Co. KG. En effet, le demandeur avait déjà obtenu contre Hauck GmbH & Co. KG la remise du gain résultant de la violation et il ne pouvait pas demander la remise du gain à tous les échelons de la chaîne de distribution.

Chacune des parties demande à la Cour fédérale allemande (ci-après BGH) d'annuler la décision de la Cour d'appel et de rejeter les prétentions de l'autre partie.

III. Considérants du BGH

1. Œuvre dérivée v. libre utilisation (N 19-31)

Le BGH rejette l'argument du défendeur, selon lequel la chaise "Alpha" représenterait une libre utilisation, et non une œuvre dérivée de Tripp-Trapp³. Il rappelle tout d'abord que la chaise "Tripp-Trapp" est une œuvre des arts appliqués (§ 2 al. 1 UrhG) et que toute œuvre dérivée nécessite l'autorisation du titulaire de l'œuvre première (§ 23 UrhG).

Pour savoir s'il s'agit d'une œuvre dérivée (§ 23 UrhG) ou d'une libre utilisation (§ 24 al. 1 UrhG), il convient de comparer les deux œuvres et l'impression d'ensemble qu'elles dégagent, en se basant sur le jugement d'un observateur ayant une certaine connaissance de l'art. La différence de l'"Alpha" réside dans la barre arrière supplémentaire de renforcement. Prise isolément,

**** sic! 2009 page 898 ****

cette différence donne l'impression d'un triangle stable et fermé, alors que "Tripp-Trapp" donne l'impression d'un triangle ouvert et aéré. Cependant, l'"Alpha" reprend les traits caractéristiques

(*künstlerische Züge*) de "Tripp-Trapp" (forme de base, structure, dimension), de sorte que l'observateur qui connaît la forme en "L" de "Tripp-Trapp" reconnaît du premier coup d'œil qu'il s'agit d'une copie de "Tripp-Trapp". Ainsi, les différences sont insuffisantes pour que l'impression d'ensemble de l'"Alpha" efface les traits caractéristiques de "Tripp-Trapp". Le défendeur a donc bien violé le droit d'auteur du demandeur ⁴.

2. Calcul (N 32-58)

Conformément à la jurisprudence établie en propriété intellectuelle et à la triple méthode de calcul du dommage, le BGH admet la fixation des dommages-intérêts suivant la méthode de la remise du gain.

Il calcule séparément le gain résultant de la vente des 44 013 chaises "Alpha" livrées par Hauck Ltd. Hong Kong ⁵ et celui résultant de la vente des 22 531 chaises "Alpha" livrées par Hauck GmbH & Co ⁶, mais le procédé est le même; il convient de déduire tous les frais attribuables à la distribution des chaises "Alpha" et de ne restituer que le gain en lien de causalité avec la violation ⁷.

a) Déduction des frais

Le BGH approuve le raisonnement de la Cour d'appel qui admet la déduction de € 1/chaise de frais, dans la mesure où il convient de déduire du bénéfice brut tous les frais attribuables à la fabrication et à la distribution des produits contrefaisants (cf. *Gemeinkostenanteil; Steckverbindergehäuse*). Il considère que € 1/chaise représente un montant forfaitaire pour le transport et la distribution des chaises "Alpha" et qu'il est déductible car il est attribuable aux chaises "Alpha" violant le droit d'utilisation du demandeur. ⁸

Le BGH précise également que le défendeur peut au moins réclamer € 1/chaise, mais que ce montant ne couvre pas nécessairement tous les frais de distribution ⁹.

b) Causalité

Le BGH approuve le raisonnement de la Cour d'appel qui réduit le profit de 10% en raison de la causalité. Il rappelle que, selon la causalité, il convient de ne restituer que le gain reposant sur la violation et de se demander quel est l'impact des traits caractéristiques de l'œuvre première sur la décision d'achat de l'œuvre dérivée ¹⁰.

Le BGH critique toutefois la motivation de la Cour d'appel car elle a justifié la réduction sur la différence visuelle, autrement dit sur le fait qu'il ne s'agit pas d'une copie servile mais d'une imitation, alors qu'elle aurait dû également se fonder sur la fonctionnalité de l'objet ¹¹. S'agissant de la différence visuelle, la Cour d'appel s'est contentée d'observer que la caractéristique principale de "Tripp-Trapp" réside dans la forme en "L" que l'"Alpha" n'a pas reprise, alors que, selon le BGH, la Cour aurait dû justifier davantage en quoi le fait de ne pas reprendre la forme en "L" ne conduit qu'à une réduction de 10% ¹².

S'agissant de la fonctionnalité, le BGH rappelle qu'il faut non seulement se fonder sur l'apparence de l'objet mais également sur d'autres circonstances, telles que la fonctionnalité et le prix de l'objet ¹³. En cas de copie servile, l'intégralité du profit reposant sur la violation doit être en principe restitué. Ce n'est toutefois pas le cas ici car il s'agit d'une œuvre des arts appliqués. ¹⁴ Les œuvres des arts appliqués se distinguent des œuvres purement artistiques car elles ont, en plus de leurs éléments esthétiques, une fonction utilitaire. L'achat d'une œuvre des arts appliqués est motivé non seulement par sa forme esthétique mais également par sa fonction utilitaire. En cas d'achat d'œuvre des arts appliqués, afin de réclamer la remise du gain, le demandeur doit prouver que la décision d'achat repose sur l'esthétique de l'œuvre originale, et non sur sa fonctionnalité ¹⁵. Le BGH précise également que les éléments esthétiques et fonctionnels s'apprécient différemment suivant le type d'objet. Par exemple, la fonctionnalité d'un meuble joue un rôle plus important dans la décision d'achat que celle d'un bijou ¹⁶.

Lors de l'examen de la causalité, le BGH aborde la question de la faute. Il rappelle tout d'abord qu'il est controversé de savoir si le degré de faute a une incidence sur le montant de la remise du gain ¹⁷. Il explique ensuite que, si le distributeur a un devoir de diligence moins étendu que le fabricant, le défendeur ne peut prétendre à une faute légère dans le cas d'espèce. En effet, en 1997 déjà, "Tripp-Trapp" était un meuble connu et précurseur dans le domaine de mobiliers pour enfant. Le défendeur, spécialisé dans la distribution d'objets utilitaires pour enfant, devait connaître l'existence de la chaise "Tripp-Trapp" lorsqu'il a commandé la livraison des chaises Alpha. Il ne pouvait écarter la possibilité de violer le droit d'auteur sur la chaise "Tripp-Trapp" et simplement se fier à l'assurance du livreur. ¹⁸

c) Ordre: déduction puis causalité

Le BGH reproche à la Cour d'appel d'avoir appliqué tout d'abord l'examen de la causalité puis la déduction des frais, alors qu'elle aurait dû faire l'opération inverse ¹⁹. Sur le bénéfice brut, il convient d'appliquer tout d'abord la déduction des frais puis la réduction du montant résultant de la causalité.

**** sic! 2009 page 899 ****

Pour les 44 013 chaises "Alpha" livrées par Hauck Ltd. Hong Kong ²⁰, le calcul du gain est le suivant: sur le bénéfice brut de € 445 851,69, on déduit € 1/chaise de frais de distribution (€ 44 013), de sorte que le bénéfice net est de € 401 838,69. Sur ce montant, on réduit encore 10% (€ 40 183,87) en raison de la causalité, de sorte que le montant des dommages-intérêts serait de € 361 654,82 ²¹.

Pour les 22 531 chaises "Alpha" livrées par Hauck GmbH & Co ²², le calcul du gain est le suivant: sur le bénéfice brut € 196 470,32, on déduit € 1/chaise de frais de distribution (€ 22 531), de sorte que le bénéfice net est de € 173 939,32. Sur ce montant, on réduit encore 10% (€ 17 393,93) en raison de la causalité, de sorte que le montant des dommages-intérêts serait de € 156 545,39.

3. Chaîne de contrevenants (*Verletzerkette*) (N 59-79)

Le BGH reproche à la Cour d'appel de ne pas tenir compte à la fois du gain du fabricant et de celui du distributeur. ²³

Selon la Cour d'appel, le demandeur ne peut pas réclamer des dommages-intérêts pour les 22 531 "Alpha" livrées par Hauck GmbH & Co. KG car il les a déjà obtenus auprès de Hauck GmbH & Co. KG en tant que distributeur (cf. décision 99/06) et il ne peut pas réclamer de dommages-intérêts à tous les échelons de la chaîne de contrevenants, en l'espèce tant au fabricant qu'au distributeur du produit. En effet, il convient d'éviter que le demandeur soit mieux traité dans le cas d'une chaîne de contrevenants qu'en cas d'une seule violation.

Au contraire, selon le BGH, le demandeur peut en principe réclamer des dommages-intérêts à chaque contrevenant à l'intérieur d'une chaîne de distribution ²⁴.

a) Rappel des principes de la remise du gain

Avant de se concentrer sur cette problématique, le BGH rappelle certains principes de la remise du gain: dans le calcul du gain, on part de la fiction que le titulaire aurait réalisé le même gain que le contrevenant en l'absence de la violation et ce gain ne serait pas diminué par le paiement de dommages-intérêts aux distributeurs ²⁵. La remise du gain n'est pas une prétention en réparation du dommage concret mais une compensation équitable de l'atteinte au patrimoine subi par le titulaire. Il serait injuste que le contrevenant puisse garder le gain qui repose sur une utilisation illicite. La remise du gain a également un rôle de sanction des comportements et de prévention contre les violations ²⁶.

b) Prise en compte/cumul des gains du fabricant et du distributeur

Le BGH explique ensuite que chaque contrevenant d'une chaîne de distribution porte atteinte au droit de mise en circulation du titulaire et est ainsi tenu de lui verser des dommages-intérêts (§ 97 al. 1 UrhG). Plusieurs contrevenants sont solidairement responsables selon § 830 al. 1 phr. 2 ou § 840 al. 1 BGB, lorsqu'ils sont responsables pour le même dommage. Ces deux dispositions supposent l'existence d'un seul et même dommage. En cas de violation du droit exclusif, il existe un dommage résultant de l'atteinte à la possibilité d'utilisation (*Nutzungsmöglichkeit*). Chaque contrevenant à l'intérieur d'une chaîne de distribution porte atteinte au droit exclusif du titulaire de mise en circulation. La responsabilité solidaire de plusieurs contrevenants dans une chaîne de distribution ne dépend pas de savoir si les violations sont identiques mais plutôt si elles ont causé le même dommage. ²⁷

Il conclut que le titulaire a droit à € 610 954,57 de dommages-intérêts, soit 361 654,82 pour la distribution des chaises "Alpha" livrées par Hauck Hong Kong Ltd. et 156 545,39 pour la distribution des chaises "Alpha" livrées par Hauck GmbH & Co. KG ²⁸.

IV. Commentaires

1. Déduction des frais

En droit allemand ²⁹ et en droit suisse ³⁰, l'étendue du gain porte sur le bénéfice net, autrement dit le gain brut augmenté des intérêts moins les frais. Dans la décision I ZR 98/06, le BGH admet la déduction de € 1/chaise, en rappelant que de tels frais représentent un *montant forfaitaire, non des frais généraux*. Il statue ainsi conformément à la jurisprudence récente, particulièrement à la décision "Gemeinkostenanteil", dans laquelle le BGH a admis la déduction des frais nécessaires à la fabrication

et à la distribution du produit (p.ex. frais d'acquisition de matériel, de distribution ou de transport) mais refusé la déduction des frais généraux (p.ex. salaires, frais administratifs, frais d'assurance et de location) ³¹. En droit suisse, la jurisprudence et la doctrine majoritaire suivent la même approche ³².

En outre le BGH précise que le défendeur peut *au moins* réclamer € 1/chaise et que ce montant ne *couvre pas nécessairement tous les frais* de distribution. Il semble ainsi autoriser la déduction plus large de frais. Cette approche rappelle la décision "Steckverbindergehäuse", dans laquelle le BGH a admis la déduction de nombreux frais (frais de matériel, de production, d'énergie, de personnel, d'amortissement et d'investissement des machines d'emballage et de commercialisation) ³³.

Enfin, le BGH rappelle qu'il convient d'appliquer la *déduction des*

**** sic! 2009 page 900 ****

frais avant la causalité, et non l'inverse, au risque d'étendre la réduction aux frais de distribution. Cela a une certaine importance, car le résultat peut être sensiblement différent suivant l'ordre choisi. Par exemple, pour la distribution des 44 013 "Alpha" livrées par Hauck Hong Kong Ltd., l'indemnité est de € 361 654,82 selon l'ordre exact, alors qu'elle aurait été de € 357 253,52 selon l'ordre erroné.

2. Causalité

a) Difficultés de preuve: l'exemple Tripp-Trapp

Selon la causalité, il convient de ne restituer que le gain reposant sur la violation ³⁴ et de se demander quel est l'impact de la violation sur la décision d'achat du produit contrefait ³⁵. Dans la décision I ZR 98/06, le BGH approuve la réduction de 10% mais critique la motivation de la Cour d'appel car celle-ci justifie la réduction en se fondant sur la différence visuelle, alors qu'elle aurait dû également se fonder sur la fonctionnalité. Les instances inférieures se fondent essentiellement sur l'étendue de la reprise des traits caractéristiques et sur le fait qu'il s'agit d'une imitation, non d'une copie, alors que le BGH se fonde sur la fonctionnalité de l'objet. Le BGH rappelle ainsi qu'il existe plusieurs facteurs à prendre en considération et qu'il convient de distinguer entre les éléments contrefaisants (reprise des éléments esthétiques) et les autres (fonctionnalité, prix, utilisations d'autres droits).

Or, la décision "Tripp-Trapp" montre qu'une telle opération est difficile: pourquoi achète-t-on une chaise "Tripp-Trapp" et non une "Alpha"? Est-ce en raison de son aspect esthétique (impression de légèreté, forme en "L") ou plutôt en raison de sa fonctionnalité (possibilité d'ajuster les planches suivant la taille de l'enfant), de la marque, du prix?

Il convient tout d'abord de tenir compte du fait qu'il s'agit d'une *imitation*, non d'une *copie* et, cas échéant, de déterminer l'impact des traits caractéristiques de l'œuvre première sur la décision d'achat de l'œuvre dérivée. Dans l'affaire "Tripp-Trapp", le BGH explique que, en cas de copie, l'intégralité du gain doit être en principe restitué ³⁶. Par ailleurs, il reproche à la Cour d'appel de ne pas avoir justifié en quoi la différence visuelle ne conduit pas à une réduction supérieure. On peut donc imaginer qu'il aurait admis une réduction supérieure à 10%. A titre d'exemple, dans une affaire en droit des marques, la Cour a admis une réduction bien supérieure à l'affaire "Tripp-Trapp" du fait que le signe contrefaisant (signe à quatre lignes) était *similaire*, non identique, au signe original (signe "Adidas" à trois lignes), de sorte que seuls 20% des bénéficiaires étaient réputés attribuables à la violation ³⁷.

En cas d'œuvre des arts appliqués, la fonctionnalité joue également un rôle important dans la décision d'achat. En effet, dans l'affaire "Tripp-Trapp", la *fonctionnalité* semble être l'argument d'achat principal car les consommateurs, des parents prévoyants, achètent la chaise non seulement pour sa forme harmonieuse et légère (esthétique) mais surtout pour la possibilité d'ajuster les planches suivant la taille de leur enfant (fonctionnalité) ³⁸. Compte tenu de l'importance de la fonctionnalité, la réduction aurait pu être, selon nous, supérieure à 10%. Il est intéressant d'observer que le BGH traite différemment les œuvres purement artistiques et les œuvres des arts appliqués, les premières étant analysées sous l'angle de l'individualité, les deuxièmes étant analysées également sous l'angle de la fonctionnalité. Il distingue également le type d'œuvre des arts appliqués car certains objets (p.ex. meubles) offrent une fonctionnalité plus importante que d'autres (p.ex. bijou). En somme, plus la fonctionnalité influence la décision d'achat, plus la causalité est difficile à prouver car l'impact de la violation s'efface devant celui de la fonctionnalité. La causalité semble donc plus difficile à prouver à l'égard des œuvres des arts appliqués qu'à l'égard des œuvres purement artistiques et suivant le type d'œuvre des arts appliqués. On peut se demander si cette différenciation est justifiée et si le concept de la causalité ne devrait pas être uniforme à l'égard de toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur.

Le *prix*³⁹ et l'utilisation d'*autres droits* (marque connue du défendeur, invention brevetée) ⁴⁰ peuvent

également influencer la décision d'achat. Ce n'est toutefois pas le cas en l'espèce car le prix des deux chaises était à peu près équivalent et la marque "Alpha" n'était, semble-t-il, pas particulièrement connue. C'est certainement cette raison qui a conduit le BGH à mentionner le prix comme facteur agissant sur la causalité sans en tenir compte.

Enfin, il y a controverse sur le point de savoir si l'*activité propre du gérant* (efforts commerciaux particuliers, politique de marketing et de communication, organisation de l'entreprise, réseau de distribution, relations commerciales privilégiées) joue un rôle dans l'examen de la causalité ⁴¹. Selon nous, la prise en compte de l'activité du gérant dans la causalité doit être admise avec beaucoup de prudence car elle peut être en contradiction avec les principes de base de la remise du gain. En effet, le demandeur n'a pas besoin de démontrer l'existence d'un dommage, il peut réclamer la remise du gain, même s'il apparaît que le demandeur n'aurait lui-même jamais réalisé un tel gain (p.ex. lorsque le lésé est une personne physique qui n'aurait pas pu faire la même utilisation

**** sic! 2009 page 901 ****

de l'œuvre que le contrevenant ⁴² ou lorsque le demandeur est une PME locale et le défendeur une grande entreprise internationale ⁴³).

En conclusion, l'examen de la causalité suppose de tenir compte de nombreux facteurs agissant sur la décision d'achat et de déterminer le gain en fonction de ces différents facteurs. En l'espèce, cet examen aurait dû selon nous justifier une réduction supérieure à 10%, car l'"Alpha" n'est qu'une imitation, non une copie de "Tripp-Trapp", et la fonctionnalité joue un rôle important dans la décision d'achat.

b) Evaluation forfaitaire: proposition d'une méthode

L'analyse de la causalité soulève la question de savoir comment fixer le montant de la réduction. Le BGH et les instances inférieures le font ici de manière forfaitaire, soit en acceptant une réduction forfaitaire de 10%. Or, comment justifier une réduction forfaitaire, alors que le gain doit en principe être calculé de manière précise par le demandeur? ⁴⁴

Le demandeur doit prouver le gain qu'il souhaite récupérer. Il bénéficie toutefois d'un allègement du fardeau de la preuve: il doit uniquement prouver la vraisemblance du lien de causalité ⁴⁵, tandis que le défendeur doit prouver les frais auxquels il a dû consentir ⁴⁶.

Le juge dispose ensuite d'un large pouvoir d'appréciation pour évaluer l'impact des différents éléments sur la décision d'achat (§ 287 D-ZPO et art. 42 al. 2 CO) ⁴⁷. On pourrait imaginer la méthode suivante: le juge devrait déterminer l'influence (en pourcentage) exercée par chaque facteur sur la décision d'achat (esthétique, fonctionnalité, prix, autres droits). En l'espèce, on pourrait considérer que la décision d'achat est motivée selon la répartition suivante: 70% pour l'esthétique, 30% pour la fonctionnalité et 0% pour la marque et le prix. En admettant cette répartition, on ne devrait retenir que 70% du gain.

3. Faute

Le BGH rappelle que la faute n'a en principe aucune incidence sur l'indemnité mais qu'il est controversé de savoir si elle en a une sur la remise du gain ⁴⁸. Cela illustre bien les différences entre le droit allemand et le droit suisse concernant la question de la faute.

En droit allemand, l'action en dommages-intérêts (§ 249 BGB) est gouvernée par le principe de compensation (*Ausgleichsfunktion*) et vise à couvrir l'entier du préjudice indépendamment du degré de faute du lésant (*Totalreparation*) ⁴⁹. A côté de l'action en dommages-intérêts, la jurisprudence reconnaît la possibilité de réclamer la remise du gain sur l'action en gestion d'affaire sans mandat (§§ 687 al. 2, 681, 667 BGB) ⁵⁰. Le BGH précise qu'il est controversé de savoir si le degré de faute a une incidence sur la remise du gain, car l'application directe de la gestion d'affaire sans mandat suppose l'intention du contrevenant (§ 687 al. 2 BGB) ⁵¹. Afin d'étendre cette prétention à la négligence, le BGH l'applique dans le cadre de l'action en dommages-intérêts sur la base d'une fiction (non sur une application analogique ou directe de § 687 al. 2) ⁵².

En droit suisse, l'action en dommages-intérêts (art. 41 ss CO) est également régie par le principe de compensation (*Ausgleichsfunktion*)⁵³. Toutefois, contrairement au droit allemand, la faute peut avoir une incidence sur l'indemnité car l'art. 43 al. 1 CO permet au juge de fixer le montant de la réparation suivant le degré de faute du responsable ⁵⁴, étant précisé que cette disposition permet une réduction de la réparation, non une augmentation. Par ailleurs, contrairement au droit allemand, la jurisprudence et la doctrine majoritaire appréhendent la remise du gain avant tout sous l'angle de la

gestion d'affaire (art. 423CO), qui suppose la mauvaise foi du contrevenant ⁵⁵. Celle-ci est définie comme "sachant ou devant savoir" et permet d'appréhender un maximum de comportements allant au delà de l'intention ⁵⁶.

4. Chaîne de contrevenants (*Verletzerkette*)

a) Rappel des principes de la remise du gain

Le BGH rappelle certains principes de base de la méthode. La remise du gain repose sur une fiction, selon laquelle le titulaire aurait réalisé le même gain que le contrevenant en l'absence de la violation ⁵⁷. Cette approche est similaire à la méthode de l'analogie avec la licence car il est indifférent de savoir si le titulaire aurait effectivement obtenu un tel gain ⁵⁸. Tant la méthode de la remise du gain que celle de l'analogie avec la licence se détachent de la notion de dommage concret, raison pour laquelle elles sont souvent qualifiées de calcul abstrait du dommage, de dommage objectif ou normatif-abstrait ⁵⁹.

En droit suisse, la situation est différente. Le Tribunal fédéral (TF) refuse de s'écarter de la notion traditionnelle de dommage et alloue des dommages-intérêts uniquement en cas de diminution du patrimoine ⁶⁰. S'agissant de l'analogie avec la licence, le demandeur doit prouver qu'un "contrat de licence aurait été conclu" en l'absence de la violation ⁶¹. S'agissant de l'approche fondée sur le gain, le demandeur doit prouver qu'il aurait vraisemblablement réalisé le même gain que le contrevenant ⁶². Afin de contourner ces difficultés de preuve, la doctrine majoritaire propose de rattacher ces deux méthodes à d'autres fondements

**** sic! 2009 page 902 ****

dogmatiques, particulièrement l'analogie avec la licence à l'action en enrichissement illégitime (art. 62CO) ou à la gestion intéressée (art. 423CO) et la remise du gain à la gestion d'affaire intéressée (art. 423CO) ⁶³. Ces autres fondements ont l'avantage de s'affranchir totalement de la condition de dommage et de laisser la dogmatique civile intacte.

Le BGH rappelle également que la remise du gain ne vise pas la réparation du dommage concret mais offre une compensation équitable et a une fonction de sanction et de prévention. En effet, la jurisprudence constante justifie la remise du gain sur les fonctions d'équité, de sanction et de prévention de la réparation ⁶⁴. Si cette approche s'écarte du pur principe de compensation, elle est pourtant conforme au droit européen. La directive 2004/48/CE relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle ⁶⁵ ancre à l'échelle européenne les conditions générales d'une action en dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle ⁶⁶. D'un côté, elle consacre le principe de compensation à l'art. 13 al. 1 ("adaptés au préjudice") et au consid. 26 ⁶⁷. D'un autre côté, elle laisse une importante marge d'appréciation aux Etats membres ⁶⁸ et consacre le principe de dissuasion à l'art. 3 al. 2 ⁶⁹. La directive semble ainsi encourager le détachement de la notion de dommage concret ⁷⁰. En droit suisse, la fonction de prévention est souvent invoquée en plus de la fonction indemnitaire mais ne permet pas de s'écarter de la notion traditionnelle de dommage. Les fonctions d'équité et de sanction sont en revanche rarement invoquées et le détachement du dommage concret pour l'instant rejeté. Selon nous, pour éventuellement admettre un détachement du dommage concret sur la base des principes d'équité, de sanction et de prévention, il conviendrait de définir les contours de ces principes et de garder à l'esprit la fonction indemnitaire de la réparation, laquelle ne doit pas s'effacer devant les autres.

Par ailleurs, le BGH affirme que, en cas de violation d'un droit d'utilisation, il existe un dommage du fait de l'atteinte à la possibilité d'utilisation (*Nutzungsmöglichkeit*), autrement dit du seul fait de la violation. La directive 2004/48/CE suit une approche similaire, en prévoyant un montant forfaitaire à l'art. 13 al. 1 let. b destiné à faciliter la preuve du préjudice, voire à présumer ce dernier, indépendamment des chances de conclure un contrat de licence ⁷¹. En droit suisse, une telle approche est pour l'instant refusée car elle est assimilée au dommage normatif et, à l'exception du dommage ménager (*Haushaltschaden*) ⁷² et de l'incapacité de continuer à donner des soins à un parent âgé (*Pflegeschieden*) ⁷³, le TF refuse d'indemniser les types de dommage ne correspondant à aucune diminution de patrimoine ⁷⁴.

b) Prise en compte des gains du fabricant et du distributeur

La décision traite de la remise du gain dans le cas d'une chaîne de contrevenants et de la question de savoir si le demandeur peut réclamer le gain à tous les contrevenants. L' OLG a considéré que, lorsque les violations sont de même nature, le demandeur ne peut réclamer le gain qu'une seule fois, et non à tous les échelons de la chaîne de distribution ⁷⁵. Le BGH rejette cette approche car, la responsabilité solidaire de plusieurs contrevenants dans une chaîne de distribution suppose que les contrevenants

aient causé le même dommage. Or, en l'espèce, chaque contrevenant à l'intérieur d'une chaîne de distribution porte atteinte au droit exclusif du titulaire ⁷⁶.

En conséquence, à chaque fois qu'une violation a lieu dans le cadre d'un réseau de distribution impliquant plusieurs contrevenants, le demandeur peut réclamer la remise du gain à tous les échelons de la chaîne de distribution (p.ex. fabricant et distributeur). Il pourra ainsi réclamer un gain supérieur à celui qu'il aurait lui-même réalisé ⁷⁷. Le BGH reconnaît que cette approche conduit à un certain détachement du § 249 BGB mais la justifie sur les principes de sanction et de prévention, conforme à la directive 2004/48/CE et à la jurisprudence allemande. En droit suisse, une telle justification est inutile car la remise du gain est en principe fondée sur la gestion d'affaire intéressée (art. 423CO), applicable indépendamment du dommage, respectivement indépendamment des gains que le lésé aurait pu réaliser.

V. Conclusion

Tant en droit allemand qu'en droit suisse, la causalité suppose de ne restituer que la part du gain reposant sur la violation. Si les décisions sont abondantes en la matière, elles précisent rarement les contours de la notion de causalité. La décision I ZR 98/09 rappelle que, selon la causalité, il convient de tenir compte non seulement de l'esthétique de l'œuvre (reprise des éléments esthétiques; copie ou imitation) mais également d'autres facteurs, tels que la fonctionnalité et le prix de l'objet. Il convient donc déterminer le gain en fonction de différents facteurs (esthétique, fonctionnalité, prix, utilisation d'autres droits).

La décision I ZR 98/06 illustre que la question de la causalité est pratiquement aussi difficile à résoudre que celle de l'établissement du dommage dans le cadre de l'action en dommages-intérêts ⁷⁸. En raison des difficultés et à la place de la remise du gain, le demandeur peut réclamer l'application d'une autre

**** sic! 2009 page 903 ****

méthode de calcul de l'indemnité, celle de l'analogie avec la licence (*Lizenzanalogie*). En Allemagne, la jurisprudence applique cette méthode sur la base d'une fiction, indépendamment de la preuve d'un dommage concret. En revanche, en Suisse, le TF ne l'applique que restrictivement et exige la preuve d'un dommage concret, de sorte qu'elle serait certainement rejetée dans une affaire comparable à celle de "Tripp-Trapp".

La décision I ZR 98/06 illustre également que la loi sur le droit d'auteur n'offre pas nécessairement une protection adéquate à l'égard des œuvres des arts appliqués, tant la fonctionnalité joue un rôle important dans la décision d'achat et tant il est difficile de prouver la causalité. Elle met également en évidence les différences entre le droit allemand et le droit suisse. Le droit allemand applique la remise du gain dans le cadre de la triple méthode de calcul du dommage, soit sur la base de l'action en dommages-intérêts (§ 249 BGB) et d'une application analogique de la gestion d'affaire (§ 687 al. 2 BGB). En droit suisse, la jurisprudence et la doctrine majoritaire refusent de s'écarter des principes du droit commun et distinguent généralement entre l'action en dommages-intérêts (art. 41CO), permettant la réparation du dommage (diminution involontaire de patrimoine) et la remise du gain (art. 423CO), permettant la restitution des profits illicites.

Enfin, la décision I ZR 98/06 rappelle que les principes de sanction et de prévention jouent un rôle important dans l'action en dommages-intérêts en droit allemand, dans la mesure où ils permettent de justifier le recours à la fiction et d'allouer au titulaire un gain supérieur à celui que ce dernier aurait réalisé. En droit suisse, le recours à ces principes est inutile car la remise du gain est en principe fondée sur l'art. 423CO, applicable indépendamment d'un quelconque dommage.

Actuellement, un projet de recherche (PRORAT), regroupant des Professeures et Professeurs de toutes les facultés de droit de Suisse, l'Institut suisse de droit comparé de Lausanne ainsi que l'Office fédéral de la justice, a pour but de formuler un projet pour une nouvelle partie générale du Code des obligations. Dans le cadre de ce projet, la question des dommages-intérêts est naturellement traitée. Il sera intéressant de voir quelles approches les membres du projet adopteront, notamment sous l'angle de la remise du gain, de la causalité et de la directive 2004/48/CE.

* lic. iur., assistant à la Faculté de droit de l'Université de Zurich.

¹ BGH, Décision du 14 mai 2009, I ZR 98/06, GRUR 2009, 856.

² OLG Hamburg, Décision du 24 avril 2006, 5 U 103/04, ZUM-RD 2007, 13. Décision de l'instance inférieure: LG Hamburg, Décision du 14 mai 2004, 308 O 485/03, BeckRS 2009, 21181.

³ BGH I ZR 98/06, N 25.

⁴ BGH I ZR 98/06, N 30, se référant aux N 23 ss.

⁵ BGH I ZR 98/06, N 32 ss.

⁶ BGH I ZR 98/06, N 59 ss.

⁷ BGH I ZR 98/06, N 33.

⁸ BGH I ZR 98/06, N 36-37.

⁹ BGH I ZR 98/06, N 39.

¹⁰ BGH I ZR 98/06, N 41.

¹¹ BGH I ZR 98/06, N 44 et 47.

¹² BGH I ZR 98/06, N 49.

¹³ BGH I ZR 98/06, N 45.

¹⁴ BGH I ZR 98/06, N 44.

¹⁵ BGH I ZR 98/06, N 45.

¹⁶ BGH I ZR 98/06, N 46.

¹⁷ BGH I ZR 98/06, N 54.

¹⁸ BGH I ZR 98/06, N 55.

¹⁹ BGH I ZR 98/06, N 34.

²⁰ BGH I ZR 98/06, N 32 ss.

²¹ BGH I ZR 98/06, N 58.

²² BGH I ZR 98/06, N 59 ss.

²³ BGH I ZR 98/06, N 59 ss.

²⁴ BGH I ZR 98/06, N 61.

²⁵ BGH I ZR 98/06, N 74.

²⁶ BGH I ZR 98/06, N 76.

²⁷ BGH I ZR 98/06, N 68-69.

²⁸ BGH I ZR 98/06, N 80.

²⁹ BGH, GRUR 2001, 329 ss, "Gemeinkostenanteil"; GRUR 2007, 431, "Steckverbindergehäuse"; J.B. Nordemann, Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 10^{ème} éd., Stuttgart 2008, § 97 N 80.

³⁰ ATF 134 III 306 ss, OGer Solothurn, RSPI 1989, 105 consid. 7, "Tausendfüssler"; J. Schmid, Zürcher Kommentar, Tome V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, 3^{ème} éd., Zürich 1993, OR 423 N 127; R.H. Weber, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3^{ème} éd., Bâle 2003, OR 423 N 95 et 102; A. Héritier Lachat, Commentaire romand Code des obligations I, Genève 2003, CO 423 N 19; A. Troller, Immaterialgüterrecht, Tome II, 3^{ème} éd., Bâle 1985, 995; B. Widmer, Vermögensrechtliche Ansprüche des Inhabers und des Lizenznehmers bei der Verletzung von Immaterialgüterrechten, Bâle 1985, 94.

³¹ GRUR 2001, 329 ss, "Gemeinkostenanteil"; Lehmann, GRUR Int. 2004, 762 ss. Cette décision a ensuite été régulièrement suivie par le BGH et les instances inférieures, cf. Nordemann (n. 29), § 97 N 80 et les réf. citées.

³² OGer Solothurn, RSPI 1989, 105 consid. 7, "Tausendfüssler"; R.M. Jenny, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zurich 2005, 154; P. Kohler, Vermögensausgleich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zurich 1999, 817; Schmid (n. 30), OR 423 N 118; Troller (n. 30), 995; Weber (n. 30), OR 423 N 18.

³³ BGH, GRUR 2007, 431, "Steckverbindergehäuse".

³⁴ En droit allemand: BGH, GRUR 2002, 532 ss, "Unikatrahmen"; OLG Frankfurt GRUR-RR, 2003, 274, "Vier-Streifen-Kennzeichnung"; BGH, GRUR 2001, 329 ss, "Gemeinkostenanteil": "der Verletzergewinn sei nur insoweit herauszugeben, als er auf der Rechtsverletzung beruhe"; R. Krasser, Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht, GRUR Int. 1980, 264. En droit Suisse: KGer St. Gallen, sic! 1999, 631 s., "Logo II"; Jenny (n. 32), N 281 (emploie le terme de *Gewinnaufteilung*); Schmid (n. 30), OR 423 N 108; Weber (n. 30), OR 423 N 14; Troller (n. 30), 995.

³⁵ BGH I ZR 98/06, N 41.

³⁶ BGH I ZR 98/06, N 44.

- 37 OLG Frankfurt, GRUR-RR, 2003, 274 ss, "Vier-Streifen-Kennzeichnung". A noter que, selon le BGH, le prix élevé des produits contrefaits avait également une influence sur la décision d'achat car il rendait les acheteurs attentifs aux caractéristiques du produit (qualité et confort du produit).
- 38 Cf. BGH I ZR 98/06, N 46: arguments invoqués par les instances inférieures.
- 39 BGH, GRUR 1993, 55 ss, "Tchibo-Rolex II" (droit des marques).
- 40 En droit allemand: W. Tilmann, Gewinnherausgabe im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht - Folgerungen aus der Entscheidung "Gemeinkostenanteil" GRUR 2003, 651. En droit suisse: Widmer (n. 30), 92.
- 41 En faveur: R. Schlosser, La mise en œuvre de la protection en droit des marques: aperçu à la lumière de la jurisprudence récente, SJ 2004 II 1, 13; Jenny (n. 32), N 281; Schmid (n. 30), OR 423 N 109; KGer St. Gallen, sic! 1999, 631 ss. En défaveur: en droit allemand, BGH, GRUR 2001, 329 ss, 332, "Gemeinkostenanteil". En droit suisse: Kohler (n. 32), 191.
- 42 LG Frankfurt a.M., ZUM 2003, 791 ss; Tilmann, 647.
- 43 En droit allemand: BGH, GRUR 2001, 329 ss, "Gemeinkostenanteil"; Tilmann, 651; En droit suisse: ATF 97 II 169 ss, 177; R. Schlosser (n. 41), 11.
- 44 ATF 134 III 306 consid. 4.1.4.
- 45 En droit allemand: W. Bernhardt/R. Krasser, Lehrbuch des Patentrechts, 4^{ème} éd., Munich 1986, 631. En droit suisse: Weber (n. 30), OR 423 N 14; Jenny (n. 32), N 281.
- 46 ATF 134 III 306; L. David, SIWR I/2, 2^{ème} éd., Bâle 1998, 121. Voir toutefois, Weber (n. 30), N 14: qui déduit automatiquement les frais et dépens encourus par le gérant intéressé.
- 47 En droit allemand: BGHZ 150, 32 ss, 43, "Unikatrahmen"; BGH, GRUR 2006, 419, "Noblesse"; BGHZ 119, 20, 30, "Tchibo/Rolex II". En droit suisse: ATF 134 III 306 consid. 4.1.2 et 4.1.4; 133 III 153 consid. 3.2, 3.5; Troller (n. 30), 1043; David (n. 46), 117; Schmid (n. 30), OR 432 N 109.
- 48 BGH I ZR 98/06, N 54.
- 49 Le législateur a refusé d'adopter la proposition du 43^{ème} Deutscher Juristentag de réduire le montant de la réparation en cas de négligence légère.
- 50 BGH, GRUR 1956, 427, "Paul Dahlke"; BGH, GRUR 1982, 286 ss, 289, "Fersenabstützvorrichtung"; BGH, GRUR 1987, 520 ss, 523, "Chanel Nr. 5".
- 51 § 687 al. 2 BGB: "Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, dass er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen".
- 52 BGH, GRUR 2001, 329 ss, "Gemeinkostenanteil"; GRUR 2007, 431 ss, "Steckverbindungsgehäuse"; BGH, GRUR 1973, 480, "Modeneuheit". P. Meier-Beck, Damages for Patent Infringement According to German Law - Basic Principles, Assessment and Enforcement, IIC 2004, 113 ss, 120.
- 53 H. Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4^{ème} éd., Zurich 2008, 4, en référence à la doctrine allemande: K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts I, 4^{ème} éd., Munich 1987, § 27 I 424.
- 54 Larenz (n. 53), § 27 I 423.
- 55 C. Chappuis, Gestion d'affaires imparfaite: du nouveau, Revue suisse de droit des affaires 2000, 201 ss; Héritier-Lachat (n. 30), CO 423 N 8; Jenny (n. 32), N 259; Schmid (n. 30), OR 423 N 35; Kohler (n. 30), 189. La condition d'un élément subjectif à l'art. 423 OR est toutefois controversée, cf. Weber (n. 30), OR 423 N 8 et les références citées.
- 56 ATF 126 III 69 consid. 2a, SJ 2000 I 243 consid. 2a. Cf. également sic! 2004, 90 consid. 6.2, "Logotype"; Héritier-Lachat, CO 423 N 9; C. Chappuis, Violation contractuelle et remise du gain, Mélanges Pierre Tercier, Genève et al. 2008, 159, citant les art. 29 al. 1, 29 al. 2, 39 al. 1, 64 OR: qui emploient des formules identiques.
- 57 BGH, GRUR 2001, 329 ss, 331, "Gemeinkostenanteil"; GRUR 2007, 431 ss, 433, "Steckverbindungsgehäuse"; BGH, GRUR 1973, 480, "Modeneuheit"; Meier-Beck (n. 52), 120.
- 58 Nordemann (n. 29), § 97 N 75.
- 59 A. Zahn, Die Herausgabe des Verletzergerwinnes, Cologne 2005, 10.
- 60 ATF 132 III 379 ss; 129 III 331 s. consid. 2.1, SJ 2003 I 629; ATF 128 III 22 consid. 2 e/aa, SJ 2002 I 209; ATF 126 III 388 consid. 11 a; V. Roberto, Schadenersatz, Gewinnabschöpfung und Bereicherungsanspruch bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, sic! 2008, Sondernummer, 25.
- 61 ATF 132 III 379 ss, "Milchschaumer": "dass ein Lizenzvertrag über das Schutzrecht hätte abgeschlossen werden können. Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt, wenn feststeht, dass eine Partei den ihr angebotenen Abschluss eines Lizenzvertrages - aus welchen Gründen auch immer - klar abgelehnt hat".
- 62 Jenny (n. 30), N 126.
- 63 Jenny (n. 30), N 160 (art. 41CO), N 195 (art. 62CO) et N 260 (art. 423CO); Roberto (n. 60), 23 ss; Locher GRUR Int. 2007, 275 ss.
- 64 BGH, GRUR 1972, 189, "Wandsteckdose II"; BGH, GRUR 1977, 539, 542, "Prozessrechner"; BGH, GRUR 1959, 379, 383, "Gasparone"; BGHZ 34, 320, 321, "Vitasulfal"; BGHZ 82, 299, 308, "Kunststoffhohlprofil II"; BGH, GRUR 2001, 329, 331, "Gemeinkostenanteil".
- 65 JOCE L 157 du 30 avril 2004, 45.
- 66 A. Wandtke/T. Bodewig, Die doppelte Lizenzgebühr als Berechnungsmethode im Lichte der Durchsetzungsrichtlinie, GRUR 2008, 220 ss.
- 67 Wandtke/Bodewig (n. 66), 221; N. Jansen, Konturen eines europäischen Schadensrechts, JZ 2005, 162; C. Herresthal, Kompensation von Verletzungen des geistigen Eigentums - Die Förderung von Markttransaktionen als Leitprinzip, in: R.M. Hilty/T. Jaeger/V. Kitz (éd.), 123 ss.
- 68 J.-C. Galloux, Propriétés incorporelles - propriétés industrielles. Chroniques, RTD com. 2004, 705 s.
- 69 Wandtke/Bodewig (n. 66), 222.
- 70 R. Knaak, Die EG-Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des Geistigen Eigentums und ihr Umsetzungsbedarf im deutschen Recht, GRUR Int. 2004, 747.

⁷¹ Galloux (n. 68), 153; C.-H. Massa/A. Strowel, La proposition de directive sur le respect des droits de propriété intellectuelle: déchirée entre le désir d'harmoniser les sanctions et le besoin de combattre la piraterie, Communication Commerce électronique, février 2004, n° 2, 15.

⁷² ATF 127 III 403 ss consid. 4.

⁷³ TF 4C.276/2001 du 26 mars 2002, consid. 6.

⁷⁴ ATF 126 III 392 ss consid. 11a, SJ 2001, I 156.

⁷⁵ OLG Hamburg, ZUM-RD 2007, 13, 24, "Tripp-Trapp".

⁷⁶ Dans le même sens, voir Nordemann (n. 29), § 97 N 76. Concernant la responsabilité solidaire en droit suisse, cf. David (n. 46), 107.

⁷⁷ Cf. Anm. zu BGH: Durch Abschöpfung des Verletzergewinns kann der Verletzte insgesamt mehr erhalten, als er bei ordnungsgemässer Verwertung seines Schutzrechts hätte bekommen können, Entscheidungsbesprechung von Schoene zum Urteil vom 14 mai 2009, I ZR 99/06, FD-GewRS 2009, 287238.

⁷⁸ Rey (n. 53), N 644 ss; P. Gilliéron, Les conséquences pécuniaires résultant de la violation des droits de propriété intellectuelle, RDS 2005, 260.