

## 17 Allemagne : les dommages-intérêts pour contrefaçon des droits de propriété industrielle après la loi sur l'amélioration du respect des droits de propriété intellectuelle



Pr DR PETER MEIER-BECK,  
président de chambre,  
Bundesgerichtshof, Karlsruhe



Pierre VÉRON,  
avocat à la cour, Véron & Associés,  
président d'honneur de l'EPLAW,  
(European Patent Lawyers Association)

Comment les tribunaux allemands ont-ils mis en pratique les prescriptions de l'article 13, sur les dommages-intérêts, de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle ? L'étude répond à cette question en présentant les développements jurisprudentiels ayant suivi la décision *Gemeinkostenanteil*, du 2 novembre 2000 du *Bundesgerichtshof*, et en suggérant que, puisque les trois approches préconisées (profit perdu par la victime, bénéfice réalisé par le contrefacteur, redevance indemnitaire) visent à indemniser un même dommage, elles devraient être interprétées pour converger.

### Avant-propos

1 - Cette revue a publié en 2004 la traduction d'une étude du président Meier-Beck<sup>1</sup>, qui dressait un tableau complet de l'état de la jurisprudence allemande au lendemain de la décision *Gemeinkostenanteil*<sup>2</sup> du 2 novembre 2000 du *Bundesgerichtshof*, selon laquelle, pour déterminer le profit du contrefacteur, il ne faut pas déduire du chiffre d'affaires généré par la contrefaçon l'ensemble des coûts du contrefacteur, mais seulement les coûts variables de fabrication et de commercialisation des produits contrefaisants. Après cette décision, le montant des dommages-intérêts alloués par les tribunaux allemands a sensiblement augmenté. Depuis lors, la directive 2004/48/CE<sup>3</sup> relative au respect des droits de propriété intellectuelle est entrée en vigueur et a été transposée en droit allemand par la loi sur l'amélioration du respect des droits de propriété intellectuelle du 7 juillet 2008. Après quelques années d'application du droit issu de cette directive, le président Meier-Beck a publié, dans le n° 5/2012 de la revue *Wettbewerb in Recht und Praxis (Droit et pratique de la concurrence)*, une étude intitulée « *Schadenskompensation bei der Verletzung gewerblicher Schutzrechte nach dem Durchsetzungsgesetz* » (*Les dommages-intérêts pour contrefaçon des droits de propriété industrielle après la loi sur l'amélioration du respect des droits de propriété intellectuelle*) qui en dresse le tableau. Il est toujours intéressant de voir comment leur héritage culturel national conduit les juges européens de brevets à appliquer différemment des textes tout à fait similaires. Au cas particulier, il

est passionnant d'apprendre, à la lecture de cette étude, que les juges allemands ont admis, comme les juges français, que la directive imposait une nouvelle approche de la réparation du préjudice causé par la contrefaçon. Mais les pistes de réflexion qu'ils ont tracées sont assez différentes. En France, ceux qui pensent que la directive n'a, somme toute, rien changé et que le droit français commande toujours de réparer « le préjudice, tout le préjudice et rien que le préjudice » s'opposent à ceux qui pensent qu'elle a révolutionné la question en permettant au juge d'allouer à la victime la totalité du bénéfice retiré par le contrefacteur de la contrefaçon, voire son chiffre d'affaires, voire même, dans certains jugements extrêmes, le bénéfice du contrefacteur plus le profit perdu par la victime. Au contraire, en Allemagne, la réflexion exposée par le président Meier-Beck montre que les juges recherchent le moyen de concilier les trois approches préconisées par la directive (profit perdu de la victime, bénéfice du contrefacteur, redevance indemnitaire) ; plus précisément, l'analyse très fine de ce haut magistrat montre que les trois méthodes visent toujours, au bout du compte, à indemniser un même dommage et que la voie de la sagesse pourrait bien consister à les interpréter comme si elles devaient converger : le bénéfice du contrefacteur ne devrait-il pas, en définitive, être considéré comme le profit qu'aurait perdu la victime si elle avait exploité son droit exclusif ; la redevance indemnitaire ne devrait-elle pas, justement parce que ce n'est pas une redevance contractuelle, aboutir à priver le contrefacteur du bénéfice illégitime qu'il a réalisé ? Ces pistes de réflexion sont bien stimulantes.

Ndlr : Version écrite d'une communication présentée par l'auteur le 1<sup>er</sup> mars 2012 à Cologne. La forme de la communication a été conservée. Publié avec l'aimable autorisation de la revue *Wettbewerb in Recht und Praxis (Droit et pratique de la concurrence)*. Traduit de l'allemand par le cabinet d'avocats Véron & Associés.

1. *Propr. industr.* 2004, étude 19.
2. *BGH Z 366, 2001, aff. Gemeinkostenanteil (attribution des coûts fixes) : GRUR 329, 33 IIC 900 (2002).*
3. *PE et Cons. UE, dir. 2004/48/CE, 29 avr. 2004 : JOUE n° L 195, 2 juill. 2004.*

### 1. Introduction

2 - Article 13 de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle et les dispositions adoptées aux fins de sa transposition des articles 97, alinéa 2, de la loi allemande sur le droit d'auteur (*UrhG*), 139, alinéa 2, de la loi sur les brevets (*PatG*), 24, alinéa 2, de la loi sur les modèles d'utilité (*GbmG*), 42,

alinéa 2, de la loi sur les dessins et modèles (*GeschmG*), 37, alinéa 2, de la loi sur les obtentions végétales (*SortSchG*) et 14, alinéa 6, de la loi sur les marques (*MarkenG*), telles qu'issues de la loi sur l'amélioration du respect des droits de propriété intellectuelle du 7 juillet 2008 (ci-après « *loi de transposition* »), ont donné à la réparation du préjudice causé par la contrefaçon une base juridique entièrement nouvelle, issue du droit communautaire (aujourd'hui, du droit de l'Union européenne), qui doit être interprétée en conséquence selon les principes de l'interprétation conforme à la directive. En pratique, la prise de conscience de cette mutation a été lente, certainement parce que la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle et la loi de transposition semblaient n'avoir fait qu'inscrire expressément dans la loi la trilogie des « méthodes de calcul des dommages-intérêts » familière au praticien allemand depuis plus d'un siècle. Cette vision des choses méconnaît néanmoins que cette base juridique issue du droit de l'Union européenne ne permet plus de comprendre l'article 14, alinéa 6, de la *MarkenG* – qui sera considéré ici comme représentatif des dispositions équivalentes des autres lois de protection des droits de propriété intellectuelle – (uniquement) à partir du contexte du droit allemand et de la tradition juridique allemande<sup>4</sup>. Plus de dix ans après la décision *Gemeinkostenanteil* du *Bundesgerichtshof*<sup>5</sup> sur la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur, qui a durablement transformé la pratique allemande des dommages-intérêts, avec une motivation essentiellement fondée sur la gestion d'affaires, et cela bien au-delà du droit des dessins et modèles, seul concerné à l'origine<sup>6</sup>, le moment semble venu de procéder à un réexamen, auquel j'ai essayé de contribuer<sup>7</sup> dans les *Mélanges en l'honneur de Michael Loschelder*, et sur lequel je souhaiterais revenir dans le cadre de la présente communication.

## 2. Base juridique

3 - L'article 13, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase, de la directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle est tout sauf clair et univoque. Il dispose que les autorités judiciaires, lorsqu'elles fixent les dommages-intérêts :

(...) a) prennent en considération tous les aspects appropriés tels que les conséquences économiques négatives, notamment le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices injustement réalisés par le contrevenant et, dans des cas appropriés, des éléments autres que des facteurs économiques, comme le préjudice moral causé au titulaire du droit du fait de l'atteinte.

ou

b) à titre d'alternative, peuvent décider, dans des cas appropriés, de fixer un montant forfaitaire de dommages-intérêts, sur la base d'éléments tels que, au moins, le montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question.

Le législateur allemand n'a pratiquement rien fait d'autre que de reprendre littéralement le texte de la directive 2004/48/CE. Selon l'article 14, alinéa 6, 2<sup>e</sup> phrase de la *MarkenG* « *il est possible* »

lors de « *la détermination des dommages-intérêts* » de « *prendre en considération* », également, les bénéfices réalisés par le contrefacteur ; selon la troisième phrase du même texte, la demande en réparation peut être « *calculée* » sur la base d'une licence indemnitaire (*Lizenzanalogie*). Tout au plus est-il frappant de voir que le législateur allemand a utilisé le terme « *calculer* » précisément en rapport avec la licence indemnitaire qui, d'après la directive, apparaît comme une forme alternative de réparation du préjudice par l'octroi d'un montant forfaitaire (« *Pauschalbetrags* » ; « *lump sum* ») et se prête donc à un « *calcul* », au sens d'un chiffrage exact du montant de la réparation par application d'une formule mathématique, du moins dans la mesure où la redevance de licence indemnitaire à verser pour la réparation du préjudice peut être calculée à partir des paramètres que sont le chiffre d'affaires soumis à licence et le taux de redevance. La précision de cette opération de calcul ne peut cependant dissimuler que, au moins, le paramètre que constitue le taux de redevance, se dérobe à une détermination certaine et que, par conséquent, le résultat de l'opération ne représente, lui aussi, rien d'autre qu'une estimation par le juge du montant de l'indemnisation appropriée pour réparer le préjudice. Le texte de la loi qui, à la différence du texte de la directive, ne mentionne pas l'« *appréciation* » judiciaire,<sup>8</sup> ne saurait faire oublier que le montant dû par application du droit allemand ne résulte pas de la loi seule mais du pouvoir d'appréciation accordé au tribunal dans le cadre de l'application de la loi.

4 - Ce n'est pas qu'un simple détail : c'est la spécificité de la demande de dommages-intérêts pour contrefaçon de droits de propriété intellectuelle. La partie lésée n'a pas – au choix – droit à la réparation de son préjudice, à la restitution des bénéfices du contrefacteur ou au paiement d'une redevance de licence appropriée (en réparation du dommage) : elle a le droit à des dommages-intérêts dont la loi propose plusieurs méthodes d'évaluation. La dixième chambre civile (*Zivilsenat X*) du BGH (*Bundesgerichtshof*), dans sa décision *Zerkleinerungsvorrichtung*<sup>9</sup>, a souligné, en se référant aux décisions sur ce sujet de la première chambre civile (*Zivilsenat I*) du BGH, que les trois types d'évaluation n'étaient que des « *variations dans la détermination du même et unique préjudice* », et non des demandes distinctes ayant des bases juridiques différentes, de sorte qu'il n'y avait aucune obligation de choix<sup>10</sup>. Il serait encore plus exact de préciser avec Monsieur Melullis<sup>11</sup> qu'il s'agit de différentes méthodes de détermination d'un montant approprié, nécessaire à la réparation du préjudice du titulaire du droit. Le préjudice, qui doit être ainsi réparé, réside d'abord dans l'atteinte au droit absolu et aux attributs qui sont, à travers lui, réservés au titulaire<sup>12</sup>. Par-delà la diversité des méthodes, il est toujours question de la même chose finalement : déterminer la valeur

8. À ne pas comprendre ici au sens administratif, mais au sens littéral du pouvoir judiciaire « d'appréciation » du montant apte à compenser de façon appropriée le préjudice subi par la partie lésée.

9. BGH, 23 sept. 2007, X ZR 60/06, aff. *Zerkleinerungsvorrichtung* : BGHZ 173, 374.

10. En se référant à BGH, 12 janv. 1966, IB ZR 3/64, déc. *Meßmer-Tee II* : BGHZ 44, 372, 373 ; GRUR 1966, 375. – BGH, 17 juin 1992, I ZR 107/90, aff. *Tchibo/Rolex II* : BGHZ 119, 19, 23 ; GRUR 1993, 55, WRP 1992, 700. – Gloy/Loschelder/Melullis, Hdb. WettbewerbsR, 3<sup>e</sup> éd. 2005, § 23, n° 51 ; Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren, 9<sup>e</sup> éd. 2007, chap. 34, n° 25. Il n'en demeure pas moins que la partie lésée peut choisir la méthode d'évaluation. Cela s'impose déjà parce que, sans cela, elle serait privée de l'avantage qu'il y a à devoir exposer, au moyen de la méthode qui lui paraît la plus adaptée, les éléments nécessaires au tribunal pour l'appréciation de sa demande.

11. Melullis, GRUR Int 2008, 679, 682.

12. BGH, 25 sept. 2007, X ZR 60/06, aff. *Zerkleinerungsvorrichtung* : BGHZ 173, 374 n° 16. – BGH, 14 mai 2009, I ZR 98/06, aff. *Tripp-Trapp-Stuhl* : BGHZ 181, 98, n° 69 ; WRP 2009, 129. – Melullis : GRUR Int. 2008, 679, 682. – V. aff. *Ungern-Sternberg* : GRUR 2009, 460, 462. – Aucune indication contraire ne ressort de la décision BGH, 20 mai 2008, X ZR 180/05, aff. *Tintenpatrone* : BGHZ 176, 311, n° 6. – Contrairement à l'avis de *Ungern-Sternberg* : GRUR 2010, 380, 393 – malgré une formulation peut-être un peu ambiguë. Celle-ci indique également qu'en règle générale, un acte de contrefaçon suffit pour établir un certain degré de vraisemblance nécessaire à la constatation de l'obligation de réparer le préjudice.

4. V. *Ungern-Sternberg* : GRUR 2009, 460, 462 et s.

5. BGH, 2 nov. 2000, I ZR 246/98, aff. *Gemeinkostenanteil* : BGHZ 143, 366 ; WRP 2001, 276.

6. V. à ce sujet seulement, *Grabinski*, GRUR 2009, 260, 262, avec d'autres références. – Concernant l'application au droit d'auteur, BGH, 7 févr. 2002, I ZR 304/99, aff. *Unikatrahmen* : BGHZ 150, 32 ; WRP 2002, 552. – Au droit des marques, BGH, 6 oct. 2005, I ZR 322/02 : GRUR 2006, 419. – À la concurrence déloyale, BGH, 21 sept. 2006, I ZR 6/04, aff. *Steckverbindergehäuse* : GRUR 2007, 431. – Réticent concernant l'application au droit des brevets, BGH 27 févr. 2007, X ZR 113/04, aff. *Rohrschweißverfahren* : GRUR 2007, 773, n° 35. La 10<sup>e</sup> chambre civile du BGH (*Zivilsenat X*) n'avait pas encore eu l'occasion de se pencher de plus près sur la question de la restitution du bénéfice du contrefacteur à la suite de la décision *Gemeinkostenanteil*.

7. Meier-Beck : *Festschrift Loschelder*, 2010, p. 221 et s.

économique du titre de propriété intellectuelle, le potentiel de rentabilité inhérent à ce titre, appréhendé grâce aux bénéfices que le titulaire du titre de propriété intellectuelle attendait mais dont il a été privé, grâce aux bénéfices réels du contrefacteur ou encore grâce à l'espérance de gain sur laquelle les parties, en signant un contrat de licence sur l'utilisation du titre de propriété intellectuelle, pouvaient raisonnablement compter.

Tel est également le point de vue de la directive 2004/48/CE. Dans la version allemande<sup>13</sup> du considérant 26, ceci n'est exprimé que de façon imparfaite lorsqu'il est dit que « *en vue de réparer le préjudice [Schaden in allemand] subi (...) le montant des dommages-intérêts [Schaden en allemand] octroyés au titulaire du droit devrait prendre en considération tous les aspects appropriés, tels que le manque à gagner subi par le titulaire du droit ou les bénéfices injustement réalisés par le contrefacteur et, le cas échéant, tout préjudice moral causé au titulaire du droit* » ; à titre d'alternative, par exemple s'il est difficile de déterminer le montant du préjudice véritablement subi, « *le montant des dommages-intérêts pourrait également être calculé (...) à partir d'éléments tels que les redevances ou les droits qui auraient été dus si le contrevenant avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit de propriété intellectuelle en question* ». Le terme « *Schaden* » est utilisé ici à la fois pour désigner ce qui, dans la version anglaise, est appelé « *prejudice* », d'une part, et « *damages* » d'autre part, et « *préjudice* » et « *dommages-intérêts* » dans la version française<sup>14</sup>. Lorsque l'étendue exacte du préjudice est difficile à déterminer, on ne peut donc pas déterminer le préjudice lui-même mais plutôt l'indemnisation [*Schadensersatz* en allemand] (la réparation) à l'aide d'éléments tels que la redevance indemnitaire.

Il en va de même des bénéfices réalisés par le contrefacteur. Ils n'ont pas davantage de lien direct avec le préjudice subi par le titulaire du titre de propriété intellectuelle<sup>15</sup>. Les bénéfices que le contrefacteur a réalisés peuvent, certes, refléter les bénéfices que la partie lésée aurait pu réaliser. Toutefois, un tel lien n'est pas nécessaire. Ainsi, selon une jurisprudence allemande constante, il est indifférent de savoir si la partie lésée aurait pu réaliser ou non les bénéfices que le contrefacteur a réalisés, comme de savoir si la partie lésée a vraiment une activité grâce à laquelle elle aurait pu, en théorie, réaliser de tels bénéfices<sup>16</sup>. Dans le cadre d'une interprétation autonome du droit de l'Union européenne, cette jurisprudence traditionnelle allemande ne s'impose plus nécessairement. Elle doit toutefois être maintenue car la raison profonde du recours aux bénéfices du contrefacteur ne peut être – contrairement à l'impression que donne l'exigence d'une prise en compte de toutes les circonstances, et pas seulement dans la version allemande de la directive – de déterminer, d'une part, le manque à gagner de la partie lésée et, d'autre part, les bénéfices réalisés par le contrefacteur pour déduire de ces deux éléments (ainsi que d'autres éléments le cas échéant) un montant compensatoire approprié (par

exemple sous la forme d'une moyenne entre ces deux montants)<sup>17</sup>. Bien au contraire, le recours aux bénéfices du contrefacteur doit permettre à la partie lésée de renforcer le respect de ses droits et d'obtenir une réparation du préjudice subi sans devoir révéler au contrefacteur, en détails, sa structure de coûts et, par conséquent, ses possibilités de bénéfices. À l'instar de la licence indemnitaire, la détermination des bénéfices du contrefacteur ne sert pas à la détermination du préjudice subi par le titulaire du droit mais à la détermination du montant approprié et nécessaire pour la réparation du préjudice subi. Tel est l'objectif que doivent viser l'interprétation et l'application des méthodes de réparation.

### 3. Conséquences sur la méthodologie de la réparation du préjudice

5 - Cette analyse a des conséquences tant pour la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur que pour la réparation du préjudice par une redevance indemnitaire et l'évaluation de cette réparation.

#### A. - Restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur

6 - La nouvelle rédaction de la loi, issue de la transposition de la directive 2004/48/CE, révisé tout d'abord l'idée – qui était déjà peu convaincante auparavant<sup>18</sup> – selon laquelle le contrefacteur devrait être traité comme s'il avait utilisé le titre de protection comme un gérant d'affaires et, en raison de la particulière facilité avec laquelle les droits de propriété incorporelle peuvent être violés et de leur besoin particulier de protection, la partie lésée se retrouverait même dans le cas d'une contrefaçon par négligence, dans la situation du maître de l'affaire dans le cadre de la gestion d'affaires telle que prévue à l'article 687, alinéa 2, *BGB*<sup>19</sup>. La restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur selon la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle et selon l'article 14, alinéa 6, de la loi sur les marques nouvelle version, sert à réparer le préjudice et n'a rien à voir, directement ou indirectement, avec la gestion d'affaires<sup>20</sup> – inconnue de nombreux autres droits nationaux<sup>21</sup>.

Par conséquent, le refus de déduire les frais généraux des bénéfices réalisés et devant être restitués, ne peut pas être justifié par le fait qu'une telle déduction irait à l'encontre de l'idée selon laquelle le contrefacteur devrait être traité, à l'égard de la partie lésée, comme s'il avait réalisé la fabrication et la commercialisation des objets contrefaisant le titre de propriété industrielle en qualité de gérant d'affaires dans la gestion d'affaires qu'il s'est arrogée ; auquel cas, il ne pourrait réclamer, selon l'article 687, alinéa 2, phrase 2 et l'article 684, phrase 1, *BGB*, le remboursement de ses dépenses, que sur le fondement des dispositions relatives à la restitution d'un enrichissement sans cause<sup>22</sup>. Il me paraît tout aussi peu

13. « *um den Schaden auszugleichen... sollten bei der Festsetzung der Höhe des an den Rechtsinhaber zu zahlenden Schadensersatzes alle einschlägigen Aspekte berücksichtigt werden, wie z. B. Gewinneinbußen des Rechtsinhabers oder zu Unrecht erzielte Gewinne des Verletzers sowie gegebenenfalls der immaterielle Schaden, der dem Rechtsinhaber entstanden ist* ».

14. Le texte anglais se lit comme suit : « *With a view to compensating for the prejudice suffered the amount of damages awarded to the rightholder should take account of all appropriate aspects, such as loss of earnings incurred by the rightholder, or unfair profits made by the Infringer and, where appropriate, any moral prejudice caused to the rightholder. As an alternative, for example where it would be difficult to determine the amount of the actual prejudice suffered, the amount or the damages might be derived from elements such as the royalties or fees which would have been due if the Infringer had requested authorisation to use the intellectual property right in question.* » D'autres versions linguistiques font la même distinction (par exemple, en italien : *danno et risarcimento* ; en espagnol : *perjuicio et indemnización* ; en néerlandais : *schade et schadevergoeding*).

15. Melullis, *GRUR Int.* 2008, 679, 680, 683.

16. V. seulement, *BGH*, 10 janv. 1973, *IZR 39/71*, *aff. Modeneinheit* ; *BGHZ* 60, 168, 173. – *BGH*, 30 nov. 1976, *XZR 81/92*, *aff. Kunststoffhohlprofil* ; *BGHZ* 68, 90, 94.

17. Bien que le texte de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle ainsi que son texte de transposition dans le droit allemand pourraient aller en sens contraire, l'interdiction de combiner les méthodes, en tous les cas, continue de s'appliquer en principe, V. *BGH*, 29 juill. 2009, *IZR 87/07* ; *GRUR* 2010, 237, n° 12 – *Zoladex, Teplitzky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren*, 10<sup>e</sup> éd. 2010, chap. 34, n° 23 et s. – V. *Ungern Sternberg* ; *GRUR* 2010, 386, 394. – V. *Wolff* : *Wandlke/Bullinger, Urheberrecht*, 3<sup>e</sup> éd. 2009, § 97, n° 61 ; réalisant une distinction, *Büscher*, in *Büscher/Dittmer/Schiwy, Gewerblicher Rechtsschutz, Urheberrecht, Medienrecht*, 2<sup>e</sup> éd. 2011, § 14, *MarkenG*, n° 660 et s. ; manifestement d'une autre opinion, *Fezer, Markenrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, § 14, n° 1043 et s. (« *historisches Relikt* »).

18. V. déjà, *aff. Melullis* ; *GRUR Int.* 2008, 679, 680.

19. *BGH*, 2 nov. 2000, *IZR 246/98*, *aff. Gemeinkostenanteil* ; *BGHZ* 145, 366, 371 et s. ; *WRP* 2001, 276, citant seulement la décision *Gemeinkostenanteil BGH*, 21 sept. 2006, *IZR 6/04*, *aff. Steckverbindergehäuse* ; *GRUR* 2007, 431, n° 26.

20. Se prononçant également contre un recours à l'article 687, alinéa 2, *BGB*, V. *Fezer, Markenrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, § 14, n° 1024 in fine.

21. *Grabinski* ; *GRUR* 2009, 260, 261, citant d'autres références.

22. En ce sens, *BGH*, 2 nov. 2000, *IZR 246/98*, *aff. Gemeinkostenanteil* ; *BGHZ* 145, 366, 373 et s. ; *WRP* 2001, 276.

opportun de continuer à invoquer l'idée de faire comme si la partie lésée dirigeait elle-même une entreprise, dans laquelle elle aurait pu réaliser les mêmes prestations de production et de commercialisation que le contrefacteur avec son entreprise, cette fiction devant réduire les possibilités du contrefacteur de déduire les frais qu'il a engagés<sup>23</sup>.

Cependant, cela ne signifie pas que la décision *Gemeinkostenanteil* et la jurisprudence qui en découle seraient totalement obsolètes. Le *Bundesgerichtshof* a essentiellement motivé son recours à la gestion d'affaires en considérant que le droit de se voir attribuer les bénéfices réalisés par le contrefacteur ne serait pas un droit à réparation du préjudice réellement subi mais viserait plutôt à une juste réparation du préjudice patrimonial que le titulaire du droit contrefait a subi<sup>24</sup>. De par la nature même des droits de propriété incorporelle, il est difficile (presque impossible), dans chaque cas particulier, de constater et de prouver les bénéfices qui ont échappé au titulaire du droit parce que le contrefacteur a empiété sur son droit exclusif et a ainsi porté atteinte à ses propres possibilités d'exploiter le droit. Il serait cependant injuste de laisser au contrefacteur des bénéfices qui reposeraient sur l'utilisation non autorisée du droit exclusif<sup>25</sup>. Par conséquent, le *Bundesgerichtshof* s'est fondé, pour interdire la déduction des frais généraux, sur l'idée que les bénéfices tirés de la contrefaçon ne seraient en général pas complètement restitués, s'il était permis au contrefacteur, de façon inconditionnelle, de déduire de ses recettes une partie des frais généraux lui laissant ainsi une part de marge correspondant à ses coûts fixes. Cela serait en contradiction avec le sens et le but de la réparation du préjudice sous la forme de la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur et notamment avec l'idée selon laquelle la partie lésée se retrouverait, par la restitution des bénéfices du contrefacteur, placée dans la même situation que si elle avait réalisé les mêmes bénéfices que le contrefacteur en l'absence de contrefaçon<sup>26</sup>. Ces réflexions sont toujours exactes et continuent à justifier, pour la détermination des bénéfices du contrefacteur, de ne pas déduire indistinctement du chiffre d'affaires tiré de la contrefaçon une part des frais généraux – comme il était habituel avant la décision *Gemeinkostenanteil*.

En effet, pour la détermination des bénéfices du contrefacteur, dans le cadre de l'article 14, alinéa 6, de la loi sur les marques nouvelle rédaction, le principe est que les frais généraux, quelle que soit leur nature, peuvent continuer à ne pas être pris en compte pour la seule raison qu'il s'agit de frais généraux au sens économique et donc de frais qui ne peuvent pas être directement imputés au produit contrefaisant<sup>27</sup>.

7 - L'absence d'importance de l'imputabilité directe au sens économique est déjà établie dans la décision *Gemeinkostenanteil*, car elle vise « les frais généraux (qui), par exception, peuvent être imputés directement aux objets contrefaisants »<sup>28</sup>. Du point de vue économique, ceci est contradictoire, car les frais qui peuvent être imputés directement à une unité de production sont des coûts de cette unité et pas des frais généraux, lesquels sont caractérisés, à l'inverse, par le fait qu'ils ne peuvent pas (et ne devraient pas) être imputés directement. En effet, dans ce cas, les coûts fixes sont nécessairement des frais généraux parce qu'ils ne dépendent pas

du niveau d'activité<sup>29</sup> et, par conséquent, ne peuvent pas être rattachés directement et dans un rapport de causalité à une prestation économique isolée. On voit donc que, pour apprécier « l'imputabilité directe » des frais généraux, il faut trancher selon des considérations juridiques et non économiques – et ces considérations doivent découler du sens et du but de la détermination des bénéfices que le contrefacteur a réalisés et qu'il doit restituer, en tant que détermination de la réparation appropriée de l'atteinte au droit exclusif<sup>30</sup>. Un tel critère devrait aussi faire consensus au sein de l'Union européenne et il me semble approprié de rediriger la jurisprudence allemande, qui donne parfois l'impression de suivre son « petit chemin », sur la « grand-route » de l'évolution juridique européenne.

8 - Que les frais ne puissent pas être imputés directement à un produit ne signifie pas qu'il n'existerait pas de rapport entre la production et la commercialisation du produit et ces frais. Naturellement, il existe un rapport entre la taille de la division commerciale d'une entreprise et la somme de tous les produits qui sont à vendre, et tout chef d'entreprise vise à atteindre le niveau de frais de commercialisation juste suffisant pour pouvoir réaliser toutes les ventes nécessaires pour écouler les quantités produites. Toute aussi relative est la distinction entre coûts variables et coûts fixes ; sur le long terme, tous les coûts sont variables car les capacités peuvent et doivent être adaptées à l'activité par des décisions entrepreneuriales appropriées<sup>31</sup>. D'un point de vue juridique, l'on ne peut pas non plus s'attacher de manière décisive au point de savoir si les coûts peuvent trouver leur origine, par un lien de causalité, dans la décision de fabrication d'un produit contrefaisant. Ceci n'est souvent pas le cas des frais généraux, qui ont déjà trouvé leur origine dans le passé. Dans le cadre d'une telle approche « scientifique » de la causalité, l'appréciation juridique ne peut cependant pas – comme souvent – rester de côté. Elle doit au contraire chercher à savoir si les coûts peuvent être imputés aux actes de contrefaçon parce qu'ils ne seraient pas nés ou n'auraient pas atteint un tel niveau sans ces actes de contrefaçon<sup>32</sup> ou seraient nés, certes, mais auraient été « couverts » autrement<sup>33</sup>. C'est seulement ainsi qu'il peut être obtenu que les bénéfices que le contrefacteur a réalisés par l'utilisation du bien incorporel d'autrui, et uniquement ceux-là, soient retenus et que sur leur base soit déterminé, en réparation du préjudice subi par le titulaire du droit, un montant qui reflète la valeur patrimoniale et la rentabilité du droit de propriété intellectuelle, que l'ordre juridique attribue à son titulaire, tels qu'ils ont été illégitimement exploités par le contrefacteur.

Dans la jurisprudence du *Bundesgerichtshof*, cette idée s'est concrétisée dans la décision *Steckverbindergehäuse*<sup>34</sup>, qui a souligné que, pour la répartition des coûts, il serait indispensable d'élaborer une certaine typologie, qui tiendrait suffisamment compte, d'une part, des contraintes pratiques et, d'autre part, des principes du droit de la réparation du préjudice et de l'objectif qui est d'obtenir, avec les dommages-intérêts, une réparation juste du préjudice causé à la partie lésée. Dans cette perspective, la première chambre civile du BGH a considéré, entre autres, que « les coûts salariaux se rapportant à la production litigieuse » étaient susceptibles d'être pris en considération<sup>35</sup>. Pour ce faire, des appréciations de causalité ne sont pas fondamentalement

23. V. toutefois, *Ungern-Sternberg*, in *Festschrift Loewenheim*, 2009, p. 351 et 357.

24. En se référant à *BGH*, 2 févr. 1995, IZR 16/93, aff. *Objektive Schadensberechnung* : *WRP* 1995, 393 ; *GRUR* 1995, 349, 352.

25. *BGH*, 2 nov. 2000, IZR 246/98, aff. *Gemeinkostenanteil* : *BGHZ* 145, 366, 371 ; *WRP* 2001, 276. – Se référant à *BGH*, 17 juin 1992, IZR 107/90, *Tchibo c/ Rolex II* : *BGHZ* 119, 20, 30 ; *WRP* 1992, 700.

26. *BGH*, 2 nov. 2000, IZR 246/98, aff. *Gemeinkostenanteil* : *BGHZ* 145, 366, 373 ; *WRP* 2001, 276.

27. V. au sujet d'une approche par des concepts économiques et son inadéquation pour une distinction juridique entre les coûts qui peuvent être déduits de ceux qui ne le peuvent pas, V. *Meier-Beck*, *GRUR* 2005, 617, 620 et s.

28. *BGH*, 2 nov. 2000, IZR 246/98, aff. *Gemeinkostenanteil* : *BGHZ* 145, 366, 373 ; *WRP* 2001, 276.

29. Il convient ici de comprendre le niveau d'exploitation de la capacité actuelle (de production).

30. *BGH*, 27 févr. 2007, X ZR 113/04, aff. *Rohrschweißverfahren* : *GRUR* 2007, 773, n° 35.

31. *Haft / Reimann*, *Mitt.* 2003, 437, 445 ; *Meier-Beck* : *GRUR* 2005, 617, 621.

32. Également, *Pross*, dans : *Festschrift Tilmann*, 2003, p. 884 et s. ; à ce sujet plus récemment, *OLG Düsseldorf*, 8 sept. 2011, 2 U 77/09, *Schräg-Raffstore* : *InstGE* 13, 199, 203 et s.

33. V. plus en détails, *Meier-Beck*, *GRUR* 2005, 617, 621 et s.

34. *BGH*, 21 sept. 2006, IZR 6/04, aff. *Steckverbindergehäuse* : *GRUR* 2007, 431, n° 30.

35. *BGH*, 21 sept. 2006, IZR 6/04, aff. *Steckverbindergehäuse* : *GRUR* 2007, 431, n° 31.

nécessaires ; ce n'est que dans des cas exceptionnels qu'une autre appréciation sera prise en considération<sup>36</sup>.

## B. - Réparation du préjudice par une redevance indemnitaire

9 - Comme les différentes méthodes d'évaluation des dommages-intérêts servent à la réparation d'un seul et même préjudice subi par le titulaire du droit du fait des actes de contrefaçon, elles doivent être économiquement équivalentes et conduire, en tout cas, en général, à partir d'un même point de départ théorique, à des résultats concordants, même lorsque la partie lésée exploite le droit de propriété intellectuelle<sup>37</sup>. Naturellement, il ne peut s'agir ici que d'une concordance sur l'essentiel car, comme les trois méthodes dépendent toutes, dans une certaine mesure, d'estimations, une concordance exacte est pratiquement exclue. En outre, c'est précisément le sens de la pluralité de méthodes que de pouvoir choisir au cas par cas celle qui permet d'obtenir, de la façon la plus simple, un résultat approprié et garantissant une pleine réparation du préjudice. Ce serait, en tout cas, un contresens en règle générale, que de vouloir juger de l'adéquation du résultat obtenu en vérifiant si les deux autres méthodes conduisent au même résultat et, le cas échéant, de corriger ce résultat à la lumière d'une telle comparaison<sup>38</sup>.

D'un autre côté, le fait que, à la suite de la décision *Gemeinkostenanteil*, dans les dix dernières années, pour autant qu'on puisse en juger, la détermination des dommages-intérêts d'après les bénéfices du contrefacteur<sup>39</sup> a été choisie comme fondement des demandes, sinon dans la majorité, tout au moins dans un nombre important de litiges judiciaires, alors même qu'il s'agit d'une méthode qui n'est précisément pas particulièrement aisée à mettre en œuvre en pratique, donne à réfléchir. Cela indique soit qu'un certain nombre de demandeurs se berçaient d'illusions quant au « revenu exceptionnel » susceptible d'être obtenu de cette manière, soit que, réellement, peuvent être obtenus de cette façon des montants de dommages-intérêts radicalement différents de ce qui est considéré comme susceptible d'être obtenu sur le fondement de la redevance indemnitaire.

10 - La première explication serait compréhensible dans la mesure où la décision *Gemeinkostenanteil* visait bien à faire que les bénéfices à restituer, dans cette affaire, puissent être dix fois plus élevés que s'ils devaient être calculés après déduction des frais généraux directs. Mais la seconde explication ne doit pas être écartée non plus d'un revers de main, elle laisse toutefois ouverte la question de savoir si la différence s'explique par le fait que des montants excessifs de dommages-intérêts ont été attribués au titre des bénéfices supposés du contrefacteur ou par le fait que, avec la redevance indemnitaire telle que pratiquée jusqu'alors, il n'a été obtenu aucune réparation entière du préjudice subi par le titulaire du droit réparation.

Je ne peux pas le prouver de façon empirique mais je suppose que chacune des trois explications est partiellement fondée et peut-être le défaut du droit allemand de la réparation du préjudice ne pourrait-il être corrigé que si, aussi bien s'agissant des bénéfices du contrefacteur que de la redevance indemnitaire, il est tenu plus grand compte de l'idée que les bénéfices du contrefacteur comme la redevance indemnitaire ne sont que des moyens dirigés vers un seul et même but, à savoir trouver un critère pour déterminer

comment peut être estimée (approchée), de manière pratique et efficace, la somme d'argent nécessaire mais aussi suffisante pour réparer le préjudice subi par la partie lésée, et cela tout en ménageant autant que possible les informations confidentielles de la partie lésée mais également – dans la mesure du possible – ceux du contrefacteur.

11 - En ce qui concerne le caractère pratique et efficace, la méthode de la redevance indemnitaire, jusqu'à la décision *Gemeinkostenanteil*, présentait des avantages incomparables qui faisaient d'elle la méthode de choix dans la grande majorité des procès en liquidation des dommages-intérêts. On ne peut pas dire que la restitution des bénéfices réalisés par le contrefacteur s'est avérée être une méthode aussi pratique et efficace. Mais il a aussi toujours été déploré que la redevance indemnitaire ne parvenait pas à une réparation appropriée du préjudice parce que le contrefacteur n'était finalement pas (pour l'essentiel) en plus mauvaise situation qu'un preneur de licence contractuelle<sup>40</sup> ; la position forte de la licence indemnitaire, jusqu'à la décision *Gemeinkostenanteil*, peut donc s'expliquer aussi par pure nécessité, à savoir par le fait que la « mise à nu » nécessaire de la partie lésée, afin de pouvoir solliciter des bénéfices dont il a été privé, était extrêmement peu appréciée des titulaires de titre de protection ; en outre, la méthode consistant à produire une expertise économique pour déterminer les bénéfices était coûteuse ; l'alternative des bénéfices réalisés par le contrefacteur était tout aussi peu convaincante parce que le contrefacteur prenait soin de se faire passer pour pauvre, par l'imputation adroite et difficilement vérifiable des frais généraux<sup>41</sup>.

12 - Mais, s'il est exact que les trois méthodes cherchent à réparer un seul et même préjudice et, par conséquent, doivent conduire fondamentalement à des résultats concordants, les avantages pratiques évidents de la redevance indemnitaire poussent à se demander si elle n'est pas passée récemment à tort au second plan.

La jurisprudence, déjà avant la décision *Gemeinkostenanteil*, s'est efforcée de tenir compte de ce que la redevance indemnitaire n'est pas une redevance de licence contractuelle « habituelle », mais repose sur une licence fictive qui sert à compenser un préjudice. Certes, elle a toujours considéré comme inadmissible une « majoration à titre de pénalité » de cette redevance de licence, sauf, par exception, en droit d'auteur. Toutefois, il devait être tenu compte de ce qui distingue la licence fictive d'un contrat de licence habituel. D'une part, il pouvait, à ce titre, être tenu compte de ce que, lorsque, par exemple, le brevet, objet de la licence, est déclaré nul, le licencié contractuel ne récupère jamais les redevances de licence versées par le passé mais est simplement dispensé de verser des redevances pour l'avenir. Comme le contrefacteur de brevet n'est tenu, dans ce cas, à aucun versement pour le passé, la redevance de licence dans son « contrat de licence » fictif est plus élevée : il est traité comme un licencié dont le contrat de licence prévoit – ce qui est inhabituel mais naturellement peut être stipulé – que toutes les redevances payées doivent lui être restituées si le brevet, objet de la licence, devait être, un jour, déclaré nul. La jurisprudence part de l'idée que, pour une telle « assurance risque », une prime serait convenue sous la forme d'une redevance de licence plus élevée<sup>42</sup>. D'autre part, de nombreux contrats de licence offrent au donneur de licence le droit de contrôler la comptabilité du licencié. Dans le contexte d'une contrefaçon, le titulaire du droit contrefait n'a pas un tel droit à contrôler la comptabilité du contrefacteur mais ne peut exiger que des informations sur l'étendue de la contrefaçon. La jurisprudence accepte que, ici aussi, une prime doive être payée sous la forme d'une redevance

36. Est donc préoccupante sur ce point la décision de l'OLG Düsseldorf, 8 sept. 2011, 2 U 77/09, *Schräg-Raffstore* : InstGE 13, 199, 204 et s., dans laquelle la déduction des coûts salariaux directs des bénéfices n'a pas été autorisée.

37. V. Melullis, GRUR Int. 2008, 679, 684.

38. Il ne devrait pas y être fait exception, pour des raisons pratiques, même lorsque dans un cas donné, s'agissant d'un titulaire exploitant, on en arrive à des résultats clairement divergents selon la méthode utilisée, en raison des circonstances particulières de l'affaire.

39. V., par exemple, pour la description de la riche casuistique *Mes*, Patentgesetz (loi allemande sur les brevets), 3<sup>e</sup> éd. 2011, § 139, n° 148 et s. ; Schulte / Kühnen, Patentgesetz, 8<sup>e</sup> éd. 2008, § 139, n° 123 et s.

40. V. déjà, Tetzner, GRUR 2009, 6, 7 ; Bodewig / Wandtke, GRUR 2008, 220, 225, chacun citant encore d'autres références.

41. V. von der Osten, GRUR 1998, 284, 285 et s. ; Pross, dans : Festschrift Tilmann, 2003, p. 881 ; Meier-Beck, GRUR 2005, 617, 623 ; Rojahn, GRUR 2005, 623, 625 ; Grabinski, GRUR 2009, 260, 262.

42. LG Düsseldorf, 1<sup>er</sup> juin 1999, 4 O 11/96, aff. Reaktanzschleife : GRUR 2000, 690, 692.

de licence plus élevée<sup>43</sup>. Enfin, un droit à percevoir des intérêts, indépendamment de toute idée de retard, est reconnu au titulaire<sup>44</sup>.

Par la prise en considération de ces circonstances, il s'agit toutefois plutôt de « corrections fines » de la redevance de licence indemnitaire qui doit être versée à titre de dommages-intérêts. L'idée qui fonde tout contrat de licence, selon laquelle le droit d'utilisation du titre de protection est accordé dans l'intérêt commun des deux parties, n'a pas été remise en cause. Le preneur de licence espère tirer un avantage en termes de bénéfices, de l'utilisation du droit de propriété intellectuelle, dans sa production ou lors de la commercialisation de son produit ou de ses services, tandis que le donneur de licence souhaite participer à cette perspective d'augmentation des bénéfices grâce aux redevances de licence qui doivent lui être payées. Cette idée fondamentale de bénéfices à partager – peu importe dans quelle mesure – issu de l'utilisation du titre de protection, n'est pas exacte s'il est fait appel à la redevance indemnitaire pour compenser le préjudice que le titulaire a subi par l'utilisation injustifiée de son droit de propriété intellectuelle<sup>45</sup>.

Car les bénéfices, que le contrefacteur réalise par cette utilisation, sont dus en totalité au titulaire du droit, comme il ressort justement de la décision *Gemeinkostenanteil*. Par conséquent, c'est une erreur de calculer la redevance de licence fictive, qui est destinée à la réparation du préjudice, fondamentalement comme si elle était convenue dans un contrat, dans lequel le titulaire du droit de propriété intellectuelle accorderait, au preneur de licence, le droit d'utiliser l'objet de son titre. Semble ainsi s'imposer l'idée qu'une multiplication par deux du droit de licence, par rapport à celui convenu habituellement par contrat, se justifie<sup>46</sup>. Les réserves, selon lesquelles il y aurait ici une inadmissible majoration à titre de pénalité<sup>47</sup>, sont infondées et devraient, si elles étaient justes, conduire, de la même façon, à une détermination des bénéfices du

contrefacteur selon des critères qui conduiraient au moins à des montants de dommages-intérêts à hauteur d'une redevance de licence double, et ces montants pourraient même être encore supérieurs. Il n'y a aucune raison de supposer que les résultats des différentes méthodes de réparation du préjudice devraient, voire seraient censés, diverger au motif que le prélèvement des bénéfices réalisés par le contrefacteur aurait un effet dissuasif qui lui serait tout à fait spécifique<sup>48</sup>. Cela est, au contraire, d'autant moins évident que l'article 13, alinéa 2, de la directive relative au respect des droits de propriété intellectuelle prévoit également la restitution des bénéfices en cas d'actes non délibérés du contrefacteur, comme une faculté pour le législateur européen.

#### 4. Conclusion

13 - La directive 2004/48/CE relative au respect des droits de propriété intellectuelle et les nouvelles dispositions sur l'indemnisation du préjudice, adoptées aux fins de transposition de la directive, prévues par la loi sur les marques ainsi que par les autres lois relatives à la protection de la propriété intellectuelle, ont renforcé l'idée que les différentes méthodes traditionnellement désignées comme méthodes d'évaluation du préjudice, ou mieux encore, comme méthodes de réparation d'un préjudice (réparation du manque à gagner, restitution des bénéfices du contrefacteur, licence indemnitaire), poursuivent un seul et même objectif, à savoir la réparation du préjudice que le titulaire du droit subit du fait de la violation, par le contrefacteur, de son droit exclusif d'utiliser l'objet de la protection incorporelle.

Correctement appliquées, les différentes méthodes doivent donc également mener à des résultats concordants (pour l'essentiel). Cela oblige à combattre les excès qui pourraient survenir, à la suite de la décision *Gemeinkostenanteil*, dans l'évaluation de la somme à restituer au titre des bénéfices réalisés par le contrefacteur, lorsque l'on perd de vue l'idée d'une réparation. D'un autre côté, il convient également de prêter attention, dans le cadre de la redevance indemnitaire, au principe selon lequel les bénéfices tirés de l'utilisation du titre de propriété intellectuelle reviennent dans leur intégralité au seul titulaire du droit de propriété intellectuelle. Le contrat de licence fictif sur lequel repose l'attribution d'une redevance indemnitaire n'est donc pas conclu dans l'intérêt mutuel du « donneur de licence » et du « preneur de licence » ; au contraire, la redevance de licence est, elle aussi, destinée et appropriée à la « restitution des bénéfices du contrefacteur » et donc à la réparation du préjudice dans sa totalité, et conduit idéalement à un résultat concordant pour l'essentiel avec celui des deux autres méthodes. ■

**Mots-Clés :** Droits de propriété industrielle - Contrefaçon - Dommages-intérêts - Droit allemand

43. LG Düsseldorf, 20 mai 1999, 4 O 295/95, aff. *Teigportionierovrichtung* : GRUR 2000, 309, 311.

44. BGH, 24 nov. 1981, XZR 7/80, aff. *Kunststoffhohlprofil II* : BGHZ 82, 299, 309 et s. – BGH, 29 juill. 2009, IZR 169/07 : GRUR 2010, 239, n° 55, BTK. – Pour d'autres points de vue, V. Telzner, GRUR 2009, 6, 10 et s.

45. Melullis, GRUR Int. 2008, 679, 684.

46. V. également la prise de position du Bundesrat (BR-Drucks, 64/07, 9 mars 2007, qui propose « de permettre au titulaire des droits d'exiger, sous certaines conditions, une redevance de licence double au titre des bénéfices prétendument réalisés par le contrefacteur » ; Teplitzky, *Wettbewerbsrechtliche Ansprüche und Verfahren*, 10<sup>e</sup> éd. 2010, chap. 34, n° 30 b, qui plaide en faveur d'un supplément à verser par le contrefacteur adapté au cas d'espèce, notamment au besoin de prévention ou au niveau de responsabilité. Plutôt que de chercher à déterminer – ce qui sera bien difficile à faire – le facteur d'augmentation approprié, 100 %, moins de 100 % ou plus de 100 %, il conviendrait mieux d'envisager comme principe une multiplication forfaitaire par deux.

47. En ce sens toutefois manifestement, Ungern Sternberg, GRUR 2009, 460, 464, qui souligne cependant ailleurs que, même lors d'un calcul des dommages-intérêts grâce à la licence indemnitaire, vaudrait l'exigence de dommages-intérêts efficaces, proportionnels et dissuasifs (*dir.*, art. 3, al. 2), d'un montant qui doit permettre une réparation « surcompensatoire » par les bénéfices réalisés par le contrefacteur (*ibid.* p. 463). Köhler également (dans : Köhler / Bornkamm, UWG, 30<sup>e</sup> éd. 2012, § 9, n° 44) estime qu'il convient de continuer de rejeter le principe d'un supplément versé par le contrefacteur car la partie lésée ne serait pas limitée au calcul du préjudice par la licence indemnitaire mais pourrait, à titre alternatif, exiger les bénéfices réalisés par le contrefacteur et le faire en outre à titre préventif.

48. V. également, Fezer, *Markenrecht*, 4<sup>e</sup> éd. 2009, § 14, n° 1028 : « le calcul des dommages-intérêts en considération de la redevance de licence appropriée appréhende le préjudice du point de vue de la prévention et de la sanction » ; n° 1044 : « la conséquence d'une prise en compte des bénéfices est en règle générale une augmentation de la redevance de licence versée à titre de dommages et intérêts ».