

*Zur Diskussion / A discuter***Equivalence entre le bénéfice réalisé par l'auteur de l'atteinte et le gain manqué**

L'arrêt «SOS Serruriers» livre-t-il les bonnes clés?

RALPH SCHLOSSER*

Dans un arrêt «SOS Serruriers», le Tribunal fédéral a calculé le dommage en multipliant la marge bénéficiaire du lésé par le chiffre d'affaires réalisé par l'auteur de la violation. Une telle approche est discutable, car elle ne tient pas compte des nombreux facteurs susceptibles d'influer sur la réalisation du chiffre d'affaires du défendeur. Une mise en lumière critique s'impose.

Im Urteil «SOS Serruriers» hat das Bundesgericht den Schaden berechnet, indem es die Gewinnmarge des Verletzten mit den Umsatzzahlen des Verletzers multipliziert hat. Ein solcher Ansatz ist fragwürdig, da er zahlreiche Faktoren, die den Umsatz beeinflussen können, nicht berücksichtigt. Eine kritische Würdigung ist angezeigt.

- I. L'arrêt «SOS Serruriers» dans le contexte de la jurisprudence récente
- II. Les trois (ou deux?) méthodes d'évaluation du dommage
- III. Equivalence entre bénéfice de l'auteur de l'atteinte et gain manqué
 1. Le principe
 2. Le fardeau de la preuve

Résumé / Zusammenfassung**I. L'arrêt «SOS Serruriers» dans le contexte de la jurisprudence récente**

Depuis la fin de l'année 2005, le Tribunal fédéral a rendu plusieurs arrêts importants traitant des conséquences financières de violations de droits de propriété intellectuelle. Je veux parler des décisions «Milchschaumer»¹, «Rohrschelle»² et «Comcord»³. Quoi qu'ils ne soient pas restés sans critique, ces arrêts ont pu être décrits comme assurant un système plutôt cohérent⁴. La décision «SOS Serruriers» reproduite dans le présent numéro de la sic⁵ me paraît mettre à mal cette cohésion, à supposer qu'elle ait véritablement existé.

Dans l'arrêt «SOS Serruriers», le Tribunal fédéral a considéré comme conforme au droit fédéral la manière dont l'autorité cantonale a calculé le dommage de la demanderesse. De fait, les juges genevois ont multiplié la marge bénéficiaire de la partie lésée par le chiffre d'affaires réalisé par l'auteur de la violation pendant la période litigieuse. Le Tri-

bunal fédéral n'a rien trouvé à redire à cette méthode, qu'il a qualifiée de «rigoureuse». En particulier, le fait qu'il était établi que le marché en cause ne se limitait pas aux entreprises des parties n'était pas, selon lui, une circonstance propre à justifier une autre approche (consid. 5.2.2).

Pourtant, en ce point, la situation dans «SOS Serruriers» divergeait d'une précédente cause, dans laquelle le Tribunal fédéral a cautionné l'application d'une méthode similaire. Dans l'affaire «Textilfarben»⁶, en effet, le Tribunal de commerce de Berne avait calculé le dommage en multipliant la marge bénéficiaire usuelle de la demanderesse par le chiffre d'affaires réalisé par la défenderesse en relation avec ses produits contrefaisants. Toutefois, la cour avait retenu que les produits fabriqués à l'aide du brevet n'étaient pas substituables à des produits non contrefaisants. En cela, les circonstances se distinguaient donc de celles de l'affaire «SOS Serruriers». En effet, affirmer qu'il n'existe pas de produits *substituables* à ceux fabriqués à l'aide d'un brevet signifie que les parties au procès sont seules présentes sur le marché déterminant⁷, alors que tel n'était précisément pas le cas des parties opposées dans la procédure «SOS».

Pourquoi ce type d'élément revêt-il une importance au regard de la détermination du dommage? Pour

* Dr en droit, LL.M., avocat à Lausanne.

répondre à cette question, il convient préalablement de retourner aux sources, à savoir aux différentes méthodes d'évaluation du dommage.

II. Les trois (ou deux?) méthodes d'évaluation du dommage

De longue date, la jurisprudence admet, dans le domaine qui nous occupe, l'application alternative de *trois méthodes d'estimation du dommage*⁸:

- 1° le calcul de la perte de gain effective,
- 2° la méthode de la redevance équitable (*Lizenzanalogie*) et
- 3° l'approche fondée sur le gain réalisé par l'auteur de la violation.

Selon RETO M. JENNY, le Tribunal fédéral aurait réduit ces trois approches à deux dans un arrêt de 1971 publié aux ATF 97 II 169, la troisième méthode étant abandonnée car relevant de l'article 423 CO plutôt que de l'article 41 CO⁹. Je ne partage pas cette analyse. Certes, le Tribunal fédéral a observé, dans sa décision de 1971, qu'il convenait de distinguer nettement les prétentions en dommages-intérêts (art. 41 CO) de celles fondées sur la remise de gain (art. 423 CO). Mais il a explicitement retenu qu'il demeurerait admissible de prendre en compte le bénéfice du défendeur en tant qu'*indication* de la perte de gain subie par le demandeur, à condition toutefois que le demandeur établisse qu'il aurait lui-même obtenu le même gain en l'absence de l'activité contrefaisante du défendeur¹⁰. S'il est difficile de savoir si ce raisonnement doit être rattaché à la première méthode d'évaluation du dommage (calcul de la perte de gain effective) ou à la troisième (prise en compte du gain réalisé par l'auteur de la violation)¹¹, il ne me paraît en tous les cas pas pos-

sible de déduire de cet arrêt l'abandon de la troisième méthode.

Dans son arrêt «Milchschaumer», le Tribunal fédéral a du reste bel et bien évoqué les *trois* méthodes traditionnelles d'évaluation du dommage¹². Il est vrai que, dans la description qu'elle y a faite de la troisième méthode de calcul, la Haute Cour l'a assimilée à l'action en remise de gain de l'art. 423 CO. JENNY y voit une confirmation de sa thèse d'une réduction des méthodes d'estimation du dommage de trois à deux, l'ancienne troisième méthode étant désormais remplacée par l'action en remise de gain¹³. J'y vois plutôt le signe d'une grande confusion dans l'esprit des juges de Mon-Repos.

Le fait est que la troisième méthode de calcul du dommage, telle qu'elle est comprise dans son acception traditionnelle, ne se recoupe pas avec l'action en remise de gain. En effet, en tant que méthode d'estimation du dommage, la prise en compte du gain réalisé par le défendeur n'est possible qu'à la condition – on l'a dit – que le demandeur prouve qu'il aurait lui-même été en mesure de réaliser le même gain¹⁴. En termes de *logique*, cette méthode d'évaluation demeure dès lors valable. Seulement, depuis que l'application de l'art. 423 CO est reconnue dans tous les domaines de la propriété intellectuelle¹⁵, la prise en compte du gain de l'auteur de la violation ne conserve *plus aucune utilité* en tant que méthode de calcul du dommage (art. 41 CO), car l'action en remise de gain permet d'obtenir le même résultat à des conditions moins strictes, le point de savoir si le demandeur aurait réalisé le même gain que le défendeur étant ici indifférent.

C'est peut-être le lieu de se remémorer quelques éléments de nature historique. La triple méthode d'évaluation du dommage a été reprise du droit allemand¹⁶. Or en Allemagne, la jurisprudence a tou-

jours appliqué la troisième méthode de calcul à la manière d'une action en remise de gain, c'est-à-dire sans exiger du demandeur la preuve de ce qu'il aurait lui-même réalisé le même profit¹⁷. C'est là, me semble-t-il, une raison de plus pour abandonner en droit suisse cette troisième méthode de calcul, qui ne revêt plus aucune utilité depuis que l'action de l'art. 423 CO est en mesure de la supplanter dans la pratique¹⁸. Il n'appartient pas tant aux *tribunaux* de la réfuter (car elle n'est pas fautive), mais bien plutôt aux *plaidiers* de saisir qu'elle n'est pas à l'avantage des lésés.

Au demeurant, il n'en va à mon avis pas différemment de la deuxième méthode d'évaluation du dommage, celle de la redevance équitable (*Lizenzanalogie*). On sait que dans l'arrêt «Milchschaumer», le Tribunal fédéral a posé des conditions très strictes en la matière: l'ayant droit ne peut légitimement prétendre à un dédommagement équivalant à la redevance qu'il aurait retirée d'un contrat de licence qu'à la condition qu'il établisse qu'un tel contrat de licence aurait pu être conclu avec le contrefacteur¹⁹. Pareille preuve sera extrêmement difficile à rapporter. Or, dans le cadre de l'*action en remise de gain*, le demandeur peut obtenir une redevance équitable *sans avoir à faire cette preuve*²⁰, car l'auteur de l'atteinte doit remettre au lésé l'entier du gain réalisé, indépendamment du préjudice que ce dernier a pu (ou non) subir²¹.

III. Equivalence entre bénéfice de l'auteur de l'atteinte et gain manqué

1. Le principe

Il est temps de revenir à l'arrêt «SOS Serruriers». Le Tribunal fédéral n'y parle pas des différentes méthodes d'évaluation du dommage. Mais il

paraît indéniable que l'approche qu'il y a suivie ressortit à la *première méthode*, soit à l'estimation concrète du dommage. La détermination certaine du gain manqué n'étant pratiquement jamais possible²², l'application de l'art. 42 al. 2 CO constitue ici la règle²³.

Dans l'affaire «SOS Serruriers», la Cour de justice s'est basée uniquement sur le chiffre d'affaires réalisé par les défendeurs dans l'exploitation de leur serrurerie, qui était assortie du signe distinctif litigieux. Elle a multiplié ce chiffre d'affaires par la marge bénéficiaire du demandeur. Comme on l'a dit, le Tribunal fédéral a approuvé cette méthode, qu'il a qualifiée de «rigoureuse».

En réalité, l'approche en question est pour le moins discutable. Certes, il est incontestable que le chiffre d'affaires obtenu par le défendeur à raison de son activité contrefaisante peut être pris en compte en tant qu'*indice* du gain manqué du demandeur. A lui seul, il ne peut cependant suffire qu'à la condition qu'il soit établi que, sans la violation, ce chiffre d'affaires se serait ajouté à celui réalisé par le demandeur durant la même période. Or plusieurs facteurs peuvent faire obstacle à une telle équation. Ainsi, les ventes contrefaisantes du défendeur ont pu être favorisées par d'autres éléments que la seule violation des droits du demandeur, tels qu'un prix plus bas, une qualité particulière des produits ou une augmentation du pouvoir d'achat des consommateurs²⁴. Par ailleurs, l'équivalence entre le chiffre d'affaires de l'auteur de l'atteinte et le gain manqué du lésé fait défaut lorsque le contrefacteur a placé ses produits sur un autre marché que celui du demandeur²⁵. En outre, pareille équivalence est douteuse lorsque le demandeur se trouvait, au moment de l'atteinte, dans une phase de lancement de ses propres produits²⁶. De même encore, on peut difficilement présumer que le de-

mandeur aurait réalisé le même chiffre d'affaires que le défendeur lorsqu'il est avéré que les efforts commerciaux du demandeur étaient coûteux et laborieux²⁷.

D'une manière générale, et l'on en revient ici à la problématique abordée au début du présent article²⁸, l'équivalence ne peut être retenue que si les deux parties sont seules à occuper le marché. S'il existe au contraire d'autres compétiteurs, comme cela était le cas dans «SOS Serruriers», l'on ne peut sans autre admettre que le défendeur a grignoté les parts du seul demandeur. Il convient alors de procéder à une *analyse du marché*²⁹, pour déterminer quelle part des ventes effectuées par le défendeur est située en relation de cause à effet avec la violation des droits du demandeur.

Dans le même ordre d'idées, il faut bien voir que les droits de propriété intellectuelle n'influent le plus souvent que *partiellement* sur la décision d'achat du consommateur³⁰. Par ailleurs, force est d'admettre que le défendeur aurait souvent entraîné une baisse du chiffre d'affaires du demandeur *même sans violer ses droits*, singulièrement au moyen d'une imitation des produits du demandeur dans les limites de l'admissible³¹.

Pour tous ces motifs, l'équivalence entre ventes contrefaisantes et gain manqué, telle que retenue dans «SOS Serruriers», n'est pas admissible de manière aussi schématique.

2. Le fardeau de la preuve

Sans le dire, le Tribunal fédéral me paraît reconnaître, dans l'arrêt «SOS Serruriers» une *présomption* selon laquelle le demandeur aurait été en mesure de réaliser le même chiffre d'affaires que celui obtenu par le défendeur à raison de la violation³². Pour toutes les raisons invoquées dans la rubrique qui précède, une telle présomption n'est pas justifiée, du moins lorsqu'elle est formulée de

manière générale et abstraite³³. Pour que l'on puisse poser une telle présomption de fait générale et abstraite, il faudrait en effet que celle-ci repose sur l'expérience générale de la vie³⁴. Or l'expérience montre bien plutôt que tout dépend, dans ce domaine, des circonstances du cas d'espèce³⁵. Il appartient dès lors au demandeur de prouver les éléments propres à convaincre le tribunal de ce qu'il aurait réalisé le même chiffre d'affaires que le défendeur.

Toutefois, il est bien une situation où l'on peut à mon sens légitimement fonctionner au moyen d'une présomption: si le demandeur établit qu'il a subi une baisse de son chiffre d'affaires *dans une mesure équivalente* au chiffre d'affaires réalisé par le défendeur à raison de la vente des produits contrefaisants, le lien de causalité entre la violation de ses droits et la perte de gain peut être présumé³⁶. En pareille hypothèse, il incombera au défendeur de chercher à démontrer que ce parallélisme est dû à d'autres facteurs³⁷; la présomption est en effet réfragable.

Dans l'affaire «SOS Serruriers», le simple fait que les parties au procès n'étaient pas les seules à avoir été actives sur le marché déterminant suffisait à faire obstacle à l'équivalence pourtant retenue par la Cour de justice de Genève et le Tribunal fédéral. En effet, sans éléments en sens contraire, on doit en règle générale partir de la prémisse que le chiffre d'affaires du défendeur aurait été réparti entre les autres concurrents (dont fait partie le demandeur) dans la proportion de leurs parts de marché³⁸.

Pour autant, les exigences en termes de preuve du dommage ne doivent pas être trop élevées, faute de quoi les normes relatives aux conséquences financières de droits de propriété intellectuelle risqueraient d'être vidées de toute substance³⁹. L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve en ce sens que le deman-

deur peut se contenter d'établir la vraisemblance du gain qui lui a échappé du fait de l'atteinte à ses droits⁴⁰. A cet égard, il est invité à fournir au juge des indices de son dommage⁴¹. Parmi ces indices, l'on cite prioritairement, à côté de la baisse du chiffre d'affaires du demandeur, l'augmentation du chiffre d'affaires du défendeur⁴², en sorte que cet élément ne saurait être considéré comme dénué de pertinence. Seulement, il ne saurait suffire à lui seul⁴³, contrairement à ce qui a été retenu un peu rapidement dans la décision qui est critiquée dans ces lignes⁴⁴.

Il convient à cet égard d'en revenir à la règle énoncée par le Tribunal fédéral dans sa décision «Textilfarben»: si la demanderesse parvient à établir d'une part que les transactions conclues par la défenderesse sur les produits contrefaisants lui seraient revenues en l'absence de contrefaçon et, d'autre part, qu'elle serait parvenue à réaliser un bénéfice au moins aussi élevé que celui obtenu par la défenderesse, alors le gain de la défenderesse constitue sans conteste un indice du gain manqué de la demanderesse⁴⁵. En tous les cas, la demanderesse devra alléguer et prouver tous les éléments influant sur l'évolution de son bénéfice et susceptibles d'être établis de manière concrète⁴⁶.

Résumé

Dans son récent arrêt «SOS Serruriers», le Tribunal fédéral a approuvé la méthode d'évaluation du dommage suivie par l'autorité cantonale et qui avait consisté en ceci: multiplication de la marge bénéficiaire de l'ayant droit par le chiffre d'affaires réalisé par l'auteur de la violation pendant la période litigieuse.

La prise en compte du chiffre d'affaires ou du bénéfice réalisé par

l'auteur de la violation est certes admissible en soi. Toutefois, ces éléments ne peuvent pas être retenus tels quels comme base de calcul du dommage, mais devraient tout au plus servir d'indice de celui-ci.

De fait, le demandeur doit pouvoir établir qu'il aurait lui-même réalisé le bénéfice obtenu par le défendeur à l'aide de son activité contrefaisante. Or, plusieurs facteurs peuvent faire obstacle à une telle équation. En particulier, les ventes du défendeur ont pu être favorisées par d'autres éléments que la seule violation des droits du demandeur, tels qu'un prix plus bas ou une qualité particulière des produits. En outre, l'équivalence est douteuse lorsque le demandeur se trouvait, au moment de l'atteinte, dans une phase de lancement de ses propres produits. Par ailleurs, lorsque les parties au procès n'étaient pas les seules à occuper le marché pertinent, il n'est pas admissible d'attribuer sans autre au seul demandeur le chiffre d'affaires réalisé par le défendeur, car les autres concurrents ont également pu subir des pertes de ce chef.

Dans la décision «SOS Serruriers», le Tribunal fédéral ne s'est pas embarrassé de réflexions rigoureuses sur la preuve du lien de causalité entre activité contrefaisante et préjudice du demandeur. Si les tribunaux ne doivent certes pas se montrer trop exigeants en termes de preuve du dommage, il convient néanmoins d'appliquer de manière plus stricte les principes en la matière, ne serait-ce que pour renforcer la sécurité du droit.

Zusammenfassung

In seinem jüngsten Urteil «SOS Serruriers» hat das Bundesgericht eine von der kantonalen Vorinstanz angewendete Methode zur Schadensbemessung gebilligt, die darin besteht, die Gewinnmarge des Rechteinhabers mit

den Umsatzzahlen des Verletzers, welche dieser während der streitigen Periode erzielte, zu multiplizieren.

Die Berücksichtigung des Umsatzes oder des Gewinns, der vom Verletzer erzielt wurde, ist sicherlich zulässig. Allerdings dürfen diese Elemente nicht einfach unverändert als Berechnungsgrundlage für den Schaden herangezogen werden, sondern können höchstens als Indizien dafür dienen.

De facto muss der Kläger nachweisen können, dass er selber den Gewinn, den der Beklagte mit der Verletzungshandlung erwirtschaftet hat, auch gemacht hätte. Allerdings können mehrere Faktoren einer solchen Gleichung im Wege stehen. Die Verkäufe des Beklagten können insbesondere durch andere Elemente als allein die Verletzung der Rechte des Klägers begünstigt gewesen sein, beispielsweise durch einen tieferen Preis oder eine besondere Qualität der Produkte. Ferner ist die Gleichsetzung zweifelhaft, wenn der Kläger sich zum Zeitpunkt der Klage in einer Einführungsphase für seine eigenen Produkte befand. Wenn sodann die am Prozess beteiligten Parteien nicht die einzigen sind, welche den Markt besetzen, ist es unzulässig, den vom Verletzer erwirtschafteten Umsatz ohne Weiteres dem Kläger zuzurechnen, da die anderen Mitbewerber auch Einbussen erlitten haben können.

In der Entscheidung «SOS Serruriers» hat das Bundesgericht keine präzisen Überlegungen zum Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Verletzungshandlung und dem Schaden des Klägers angestellt. Auch wenn die Gerichte in Bezug auf den Nachweis des Schadens keine zu hohen Anforderungen stellen sollten, müssten dennoch die in diesem Bereich geltenden Grundsätze konsequenter angewendet werden, sei es auch nur um die Rechtssicherheit zu stärken.

- ¹ ATF 132 III 379.
- ² Sic! 2006, 774.
- ³ Sic! 2007, 754.
- ⁴ C'est le point de vue défendu par DAVID RUFSCHI dans un exposé présenté dans le cadre d'un séminaire de l'INGRES du 23 octobre 2007 intitulé «Finanzielle Wiedergutmachung bei Immaterialgüterrechtsverletzungen».
- ⁵ Ci-dessus, 147 ss.
- ⁶ Sic! 2005, 215.
- ⁷ R. M. JENNY/G.-A. CAPREZ, remarque à propos de l'arrêt «Textilfarben», sic! 2005, 219.
- ⁸ TH. FISCHER, Schadenberechnung im gewerblichen Rechtsschutz, Urheberrecht und unlauterer Wettbewerb, Bâle 1961, 9.
- ⁹ R. M. JENNY, Die Eingriffskondition bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zurich/Bâle/Genève 2005, n° 98.
- ¹⁰ ATF 97 II 169 consid. 3b; confirmé in ATF 98 II 325 consid. 5a.
- ¹¹ En faveur de cette seconde interprétation: P.-A. KILLIAS, La mise en oeuvre de la protection des signes distinctifs, Lausanne 2002, n° 299; PH. SPITZ, Haftung für Wettbewerbshandlungen, in: Tagungsband recht aktuell 2006, Aktuelle Entwicklungen im Haftpflichtrecht, Zurich/Bâle/Genève 2007, n° 33.
- ¹² ATF 132 III 379 consid. 3.2.
- ¹³ R. M. JENNY, remarque à propos de l'arrêt «Milchschaumer», sic! 2006, 495.
- ¹⁴ P. KOHLER, Vermögensausgleich bei Immaterialgüterrechtsverletzungen, Zurich 1999, 75; F. BLUMER, Patentverletzungsprozess, in: Schweizerisches und europäisches Patentrecht, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band VI, Bâle/Genève/Munich 2002, n° 17.116.
- ¹⁵ En droit des marques, la jurisprudence niait l'application de cette norme avant que l'art. 55 LPM n'y renvoie explicitement: J. SCHMID, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Fribourg 1992, n° 1001.
- ¹⁶ JENNY (n. 9), n° 98.
- ¹⁷ P. MEIER-BECK, Herausgabe des Verletzerertrags – Strafschadenersatz nach deutschem Recht?, GRUR 2005, 618.
- ¹⁸ JENNY (n. 9), n° 181, va plus loin, en soutenant qu'en tant que méthode d'évaluation du dommage, la prise en compte du gain du défendeur n'est pas admissible d'un point de vue dogmatique.
- ¹⁹ ATF 132 III 379 consid. 3.3.3.
- ²⁰ PH. SPITZ, Überlegungen zum entgangenen Gewinn und zur Gewinnherausgabe im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes, sic! 2007, 807 n. 80. Dans le même sens, me semble-t-il: F. LOCHER, Zu den vermögensrechtlichen Folgen von Immaterialgüterrechtsverletzungen nach schweizerischem Recht vor dem Hintergrund neuerer Gerichtsentscheide, GRUR Int. 2007, 281. D'un avis contraire: JENNY (n. 9), n° 296; ce n'est que dans le cadre de l'action en enrichissement illégitime que ce dernier auteur admet l'application de la *Lizenzanalogie* sans preuve concrète de ce qu'un contrat aurait pu être conclu entre les parties: JENNY (n. 13), 496.
- ²¹ PH. SPITZ, Gewinnherausgabe und sonstige Gewinnabschöpfung im Kartellrecht, in: Jusletter du 9 octobre 2006, n° 10.
- ²² Le gain manqué constituant toujours un événement hypothétique: SPITZ (n. 20), 796.
- ²³ SPITZ (n. 11), n° 33.
- ²⁴ JENNY (n. 9), n° 130. A propos du prix, voir aussi I. CHERMILLOD, Le droit suisse des marques, Lausanne 2007, 236 n. 765.
- ²⁵ JENNY/CAPREZ (n. 7), 219.
- ²⁶ TF, sic! 2006, 284 consid. 3.4, «Saugeinlagen für Lebensmittel».
- ²⁷ TF, sic! 2001, 330 consid. 6b, «Kantenleimmaschine». Voir aussi HGER Zurich, sic! 2007, 843 consid. 4.2.3/b, «Saugeinlagen für Lebensmittel II»: «Es geht nicht an, mangels einer eigenen gefestigten Marktposition hilfsweise auf die Gewinne der Beklagten zurückzugreifen».
- ²⁸ Ci-dessus, I.
- ²⁹ SPITZ (n. 11), n° 33. Voir aussi TF, sic! 2006, 284 consid. 3.4, «Saugeinlagen für Lebensmittel», où il est question de «Marktprognose».
- ³⁰ SPITZ (n. 20), 801.
- ³¹ SPITZ (n. 20), 800 et 801.
- ³² Voir déjà L. DAVID, SIWR I/2, 2^e éd., Bâle 1998, 116: «Im Sinne eines Analogieschlusses wird gemutmaßt, es wäre dem Schutzrechtsinhaber wohl möglich gewesen, einen gleichen Gewinn wie der Verletzer zu erwirtschaften». Le TF cite ce passage dans son arrêt «Milchschaumer»: ATF 132 III 379 consid. 3.2.3.
- ³³ JENNY (n. 9), n° 130: «Demnach ist die pauschale Vermutung verfehlt, wonach der vom Verletzer erzielte Absatz dem Verletzten zugute gekommen wäre».
- ³⁴ Voir F. HOHL, Procédure civile, tome II, Berne 2002, n° 3227.
- ³⁵ JENNY (n. 9), n° 130 n. 402: «... eine tatsächliche Vermutung ist nicht statthaft, da sie die Lebenserfahrung nicht gebietet, bzw. da sie den natürlichen Verhältnissen zuwiderläuft». Voir aussi FISCHER (n. 8), 55 s.: «Der Absatz des Verletzers fusst zu oft ganz oder teilweise auf anderen Ursachen als auf der Rechtsverletzung». Dans un sens proche: L. DAVID, Kommentar zum Markenschutzgesetz, 2^e éd., Bâle 1999, MSchG 55 N 36. Cf. encore SPITZ (n. 11), n° 50.
- ³⁶ FISCHER (n. 8), 53; JENNY (n. 9), n° 131. Voir aussi ATF 132 III 379 consid. 3.2.1, «Milchschaumer»: «Die Bemessung des direkten Schadens in der Form des entgangenen Gewinns ist insbesondere dann möglich und sinnvoll, wenn nachgewiesen werden kann, dass das Aufsuchen von patentverletzenden Produkten auf dem Markt zu einem Umsatzeinbruch, das heisst einem Knick bei den mit Zustimmung des Patentinhabers vermarkteten Produkten geführt hat».
- ³⁷ Cf. JENNY (n. 9), n° 126.
- ³⁸ Et encore faut-il reconnaître que le défendeur aurait dans certains cas, comme on l'a vu, réalisé lui-même une partie (voire l'intégralité) du chiffre d'affaires même en l'absence de violation des droits du demandeur: ci-dessus texte à n. 31.
- ³⁹ Dans un sens proche, en relation avec la remise de gain à raison d'une atteinte aux droits de la personnalité: ATF 133 III 153 consid. 3.3, «Willy Schnyder»: «Es dürfen deshalb an den Beweis nicht Anforderungen gestellt werden, welche die Durchsetzung der dem widerrechtlich Verletzten grundsätzlich zustehenden Ansprüche (...) von vornherein illusorisch machen (...)».
- ⁴⁰ JENNY (n. 9), n° 126.
- ⁴¹ ATF 133 III 462 consid. 4.4.2, «Réseau hospitalier fribourgeois»: «L'art. 42 al. 2 CO allège le fardeau de la preuve, mais ne dispense pas le lésé de fournir au juge, dans la mesure du possible, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence de préjudice et permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage.»
- ⁴² KOHLER (n. 14), 73. Voir déjà l'ATF 98 II 325 consid. 5a, où le TF a affirmé que le bénéfice de l'auteur de la lésion pouvait «constituer une indication utile pour le calcul de la perte de gain subie par le lésé». Voir aussi l'art. 13(1)(a) de la Directive 2004/48 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle.
- ⁴³ Voir dans ce sens TF, RSPI 1991, 124 consid. 4e, «Überschrittene Vertretungsmacht»: «Der Schadensbegriff umfasst auch den entgangenen Gewinn (lucrum cessans), für dessen Bemessung der anderorts erzielte Ertrag aus der Marken- oder Wettbewerbsverletzung durchaus ein Indiz abzugeben vermag, wobei zusätzlich die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die unterschiedlichen Betriebsstrukturen und Geschäftspraktiken der zu vergleichenden Konkurrenten zu berücksichtigen sind».
- ⁴⁴ Pour une analyse critique de l'arrêt «SOS Serruriers», voir aussi C. MARADAN, Détermination du gain manqué en cas de violation du droit à la marque – Gain manqué ou remise de gain?, in: Push-Service des arrêts, publié le 15 novembre 2007, spéc. n° 7.
- ⁴⁵ Sic! 2005, 215 consid. 1.5. Voir déjà, dans le même sens, TF, sic! 2001, 330 consid. 6b, «Kantenleimmaschine»: «Eine Verletzung dieser Grundsätze liegt jedoch insoweit vor, als das HGer bei der Bestimmung des Schadens des Beklagten auf den Gewinn der Klägerin abstellt. Es verkannte dabei, dass (...) die Berücksichtigung des Gewinns des Schädigers bei der Schadens-

schätzung bezüglich der Verletzung von Immaterialgüterrechten nur insoweit zugelassen wird, als im Sinne eines Analogieschlusses gemutmaßt werden kann, es wäre dem Schutzrechtsinhaber wohl möglich gewesen,

den gleichen Gewinn wie der Verleser zu erwirtschaften».

⁴⁶ TF, arrêt 4C.439/1998 consid. 2b, «Media Markt».