

# La détermination des dommages et intérêts

STEFAN MARTIN

# INTRODUCTION

---

# Fixation des dommages-intérêts

**Aucun changement depuis 1977**

## **Régime général**

La juridiction saisie détermine le montant des dommages-intérêts en tenant compte des **conséquences économiques négatives**, dont le **manque à gagner**, **subies par la partie lésée**, les **bénéfices réalisés par l'auteur** de l'atteinte et le **préjudice moral** causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte.

## **Droit d'auteur**

Article 76 Sanctions civiles

- 1) Les titulaires, dont un droit a été reconnu violé, ont le droit d'obtenir le paiement, par l'auteur de la violation, de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi en conséquence de l'acte de violation, ainsi que le paiement des frais occasionnés par l'acte de violation, y compris les frais de justice.
- 2) Le montant des dommages-intérêts est fixé conformément aux dispositions pertinentes du code civil national, compte tenu de l'importance du préjudice matériel et moral subi par le titulaire du droit, ainsi que de l'importance des gains que l'auteur de la violation a retirés de celle-ci.

# La question du cumul

---

# Cumul manque à gagner et attribution des profits du contrefacteur

La juridiction saisie détermine le montant des dommages-intérêts en tenant compte des conséquences économiques négatives, dont le manque à gagner, subies par la partie lésée, les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte et le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte

Selon une méthode littérale ou grammaticale .... **non**

Selon une méthode historique et contextuelle ... **non** indemnisation de tout le dommage mais que du dommage réparation intégrale

Selon une méthode téléologique ... **peut-être** dissuasion de la contrefaçon

# Cumul manque à gagner et attribution des profits du contrefacteur

Selon les auteurs du Code commenté ....**non**

# L'octroi d'une somme forfaitaire

---

# La somme forfaitaire

Somme supérieure au prix d'une licence négociée

Assiette: chiffre d'affaires hors taxe réalisé par le contrefacteur grâce à la masse des produits contrefaisants

Rapport d'information de la commission des lois n° 296, Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007, MM. L. Béteille et R. Yung)

Ne semble pas prévue dans le texte de l'Accord de 2015 ... **exclue?**

# **Le manque à gagner subie par la partie lésée (lucrum cessans)**

---

# Le manque à gagner

**1ere étape:** déterminer la totalité de la masse contrefaisante depuis le 1er acte de contrefaçon jusqu'à la cessation

► Divergence en jurisprudence

✓ Nombre de produits fabriqués ou importés par le contrefacteur

ou

✓ Produits effectivement vendus par le contrefacteur

# Le manque à gagner

**2 ème étape:** Déterminer le taux de report

- ▶ Capacité du titulaire de vendre la masse contrefaisante sans investissement additionnel
- ▶ Capacité de production du titulaire
- ▶ Capacité de commercialisation du titulaire
- ▶ Analyse du marché
  - ✓ Monopole: pas de produit substituable: taux de report 100%
  - ✓ Peu de concurrents: marché étroit/ taux de report élevé
  - ✓ Client commun: taux de report 100%
  - ✓ Marché saturé: taux de report faible

# Le manque à gagner

- ✓ Fidélité des clients: taux de report élevé
- ✓ Prix de vente du produit « légitime »: supérieur au produit contrefait/taux de report plus faible industrie du luxe par ex.
- ✓ Marché sur appel d'offre: pas de report possible
- ✓ L'importance du droit de propriété intellectuelle: ce droit est-il déterminant dans l'achat du produit
- ✓ Cette 2eme étape permet de déterminer les ventes effectivement perdues

# Le manque à gagner

**3<sup>ème</sup> étape:** déterminer le taux de marge bénéficiaire pour ces ventes

- ▶ Divergence en jurisprudence: taux de marge du contrefacteur ou du titulaire des droits?
- ▶ Marge brute ou nette?
- ▶ Marge brute: prix de vente moins charges variables directement imputables à l'activité: ex prix de vente moins prix d'achat; couts variables de fabrication: matières premières, énergie, main d'oeuvre supplémentaire, transport externe
- ▶ Marge nette: marge brute moins frais fixes qui demeurent invariables quelque soit le niveau d'activités: salaires, loyer, équipement, transport interne, frais généraux
- ▶ Tendance en jurisprudence à favoriser la marge brute

# Le manque à gagner

Quid de la situation du titulaire qui n'exploite pas son droit

# Illustration

- ✓ Diffusion illégale en streaming d'œuvres de France Télévisions
- ✓ France Télévisions ne produit aucun élément sur le montant des licences consenties aux sociétés de téléphonie mobile ou aux fournisseurs d'accès à internet pour la diffusion de ses programmes
- ✓ Chiffre d'affaire du contrefacteur: recettes publicitaires 1.6 millions
- ✓ 75% des œuvres diffusées appartiennent à France Télévisions
- ✓ Profit brut: 1,2 millions
- ✓ Le défendeur ne fournit aucun élément sur sa marge
- ✓ Dommages alloués au titre du préjudice subi: 1 million

*Nota bene:* Le juge aurait pu demander à France Télévisions de justifier son préjudice

# La perte subie

---

# Le dommage

- ▶ L'érosion des prix qui peut entraîner une **perte de chance** d'offrir le produit à des conditions satisfaisantes;
- ▶ L'atteinte aux investissements réalisés par le breveté en recherche et développement
- ▶ L'impossibilité de concéder des licences du fait du trouble commercial causé par la contrefaçon ou la résiliation d'un contrat de licence du fait de la contrefaçon
- ▶ Les frais enquête
- ▶ Les dépenses liées à la lutte contre la contrefaçon

Source: AIPPI, Rapport du groupe français Congrès de Sydney 2017

# Le dommage

- ▶ L'avilissement de la marque
- ▶ Atteinte à l'image, diffusion massive de produits similaires alors que le produit original s'adressait à une certaine clientèle,
- ▶ Distribution de produits de moindre qualité,
- ▶ Commercialisation des produits identiques à moindre prix (le client pourrait s'estimer berné)
- ▶ Confusion en jurisprudence qualification de dommage moral
- ▶ Coût de reconstitution de la marque
  - ✓ Promotion
  - ✓ Publicité
  - ✓ Communication

# Le dommage

Les moyens de preuve

- ✓ Etude image qualitative
- ✓ Expert marketing
- ✓ Expert communication
- ✓ Sondage

**L'attribution ou le calcul des dommages  
sur la base des bénéfices réalisés par  
l'auteur de l'atteinte**

---

# Le principe de l'attribution

Assimilation à la gestion d'affaire

Enrichissement sans cause

Effet dissuasif

# Les avantages

Lorsque le titulaire n'exploite pas ou faiblement

Capacité du contrefacteur supérieures à celles du titulaire

Lorsque le différentiel de prix de vente ou de marge favorise le contrefacteur en raison de son organisation interne

# Bénéfices ...

- ✓ L'accord ne définit pas la notion de bénéfice
- ✓ Bénéfices nets, marges sur charges indirectes, marges additionnelles sur charges variables
- ✓ Prix de vente moins charges variables et frais fixes directement imputables à la fabrication ou l'importation de produits contrefaits

# Le dommage moral

---

## En guise d'introduction

Cette notion n'est pas sans rappeler les réflexions de Léon DUGUIT : « Je n'ai jamais dîné avec une personne morale », et Jean-Claude SOYER : « moi non plus, mais je l'ai vu payer l'addition »

# Definition

- ✓ Dommage aux sentiments?
- ✓ Atteinte a la considération, à l'image, à la réputation, à la culture, aux valeurs de la personne morale

# Definition

- ✓ CA Versailles, 11 mars 1993, Gaz.Pal, no. 1, p.141
- ✓ Antenne 2 vs TF1
- ✓ Confusion quant à l'identité du plagieur auprès du public
- ✓ Atteinte à la réputation d'Antenne 2

# Les critères d'évaluation du préjudice

- ▶ La gravité de la faute
- ▶ L'importance de la victime vs principe d'égalité des justiciables
- ▶ Protection de l'investissement

# Definition

- ✓ Le préjudice moral causé au titulaire des droits du fait de l'atteinte
- ✓ Quand est-il de l'atteinte à la réputation de la marque?
- ✓ La marque est un actif ... l'atteinte est donc de nature patrimoniale ...

# Les comportements fautifs

- ▶ Diffusion massive de produits similaires alors que le produit original s'adressait à une certaine clientèle (industrie du luxe par ex.)
- ▶ Distribution de produits de moindre qualité
- ▶ Commercialisation des produits identiques à moindre prix (le client pourrait s'estimer berné)

# Le prejudice moral

- ▶ Dégradation de l'image du titulaire: communication négative sur les réseaux sociaux
- ▶ Banalisation et vulgarisation du produit
- ▶ Perte de confiance des salariés dans l'avenir de la société se traduisant par exemple par un taux accru de démission, une difficulté à recruter,,  
...

# La preuve du préjudice moral

- Le sondage d'opinion auprès de la clientèle de la société commerciale
- Montant des investissements réalisés afin de rétablir l'image de la société commerciale
- Montant des investissements consentis afin de préserver l'équilibre interne de la société commerciale.

# Les comportements fautifs

Atteinte à l'image de la marque:

- ▶ Diffusion massive de produits similaires alors que le produit original s'adressait à une certaine clientèle
- ▶ Distribution de produits de moindre qualité
- ▶ Commercialisation des produits identiques à moindre prix (le client pourrait s'estimer berné)

# Les éléments de fait

- ▶ L'érosion des prix qui peut entraîner une perte de chance d'offrir le produit à des conditions satisfaisantes;
- ▶ L'atteinte aux investissements réalisés par le breveté en recherche et développement et en publicité ;
- ▶ La perte de chance;
- ▶ L'impossibilité de concéder des licences du fait du trouble commercial causé par la contrefaçon ou la résiliation d'un contrat de licence du fait de la contrefaçon

Source: AIPPI, Rapport du groupe français Congrès de Sydney 2017

# Le prejudice moral

- ▶ Dégradation de l'image de marque du titulaire: communication négative sur les réseaux sociaux
- ▶ Banalisation et vulgarisation du produit,
- ▶ Perte de confiance des salariés dans l'avenir de la société se traduisant par exemple par un taux accru de démission, une difficulté à recruter, une communication négative sur les réseaux sociaux, ...

# La preuve du préjudice moral

- Preuve: a charge du demandeur

Cass. Com. 12 février 2020, n° 17-31614:

Présomption de préjudice qui « répond à la nécessité de permettre aux juges une moindre exigence probatoire, lorsque le préjudice est particulièrement difficile à démontrer »

# Les éléments de preuve du préjudice moral

- ▶ Etudes de marché, de notoriété, coupures de presse datées pour établir la notoriété de la marque ou du modèle et démontrer les investissements réalisés,
- ▶ Sondages d'opinion auprès de la clientèle du demandeur,
- ▶ Budgets de promotion et de publicité certifiés conformes, frais de marketing et de promotion pour remédier au dommage,
- ▶ Analyses de marché et de l'évolution des parts de marché,
- ▶ Surcoûts internes pour remédier à la perte de confiance des salariés,
- ▶ Licences consenties

Source: Cour d'appel de Paris, mise à jour : 01/03/2021, Fiche no. 5  
« Comment réparer le préjudice moral (extrapatrimonial)

# Le prejudice moral

- Appréciation souveraine des juges du fond ... violation du devoir de motivation

La Cour de cassation juge traditionnellement que « Le juge apprécie souverainement le montant du préjudice, dont il justifie l'existence par la seule évaluation qu'il en fait, **sans être tenu d'en préciser les divers éléments** » (Ass. plén., 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640, Bull. 1999, Ass. plén., n° 3 ; Ch. mixte., 6 septembre 2002, pourvoi n° 98-22.981, Bull. 2002, Ch. mixte, n° 4 ; 2e Civ., 21 avril 2005, pourvoi n° 04-06.023, Bull. 2005, II, n° 112 ; Com., 16 janvier 2007, pourvoi n° 05-16.222 ; 1re Civ., 11 juin 2009, pourvoi n° 08-15.954 ; 3e Civ., 10 mars 2010, pourvoi n° 08-15.950, 08-15.332 ; Com., 24 mai 2017, pourvoi n° 15-21.179).

# Le prejudice moral

- Exclusion de l'évaluation forfaitaire

« [le juge] ne peut allouer une réparation forfaitaire (1re Civ., 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.820, Bull. 1996, I, n° 296 ; Com., 23 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.665 ; 3e Civ., 7 juin 2011, pourvoi n° 09-17.103 ; 2e Civ., 13 décembre 2012, pourvoi n° 11-26.852 ; Com., 3 juillet 2019, pourvoi n° 17-18.681), c'est-à-dire sans rapport avec l'étendue du préjudice subi.

# Quelques pistes de réflexion

---

# Les récidivistes notoires ... les associations criminelles

- ✓ Les dommages punitifs
- ✓ Le cumul
- ✓ Les dépens majorés

# Autres

- ✓ Le rôle de l'expert judiciaire
- ✓ Le rôle de la saisie description
- ✓ Les ordonnances de blocage
- ✓ Saisie préventives des actifs du contrefacteur

**MERCI DE M'AVOIR ÉCOUTÉ !**

