

## **BGer 4C.167/2006 vom 16. Mai 2007**

Bundesgericht, 2007-05-16, FR

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4C.167\\_2006](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4C.167_2006)

FR: TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007

IT: TF 4C.167/2006 del 16 maggio 2007

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

L'arrêt querellé a été rendu avant l'entrée en vigueur, le 1er janvier 2007, de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral (LTF; RS 173.110). Par conséquent, la procédure reste soumise à l'ancienne loi fédérale d'organisation judiciaire (OJ; art. 132 al. 1 LTF).

#### **E. 2**

Selon la publication faite dans la Feuille officielle suisse du commerce (FOSC) n° 194 du 6 octobre 2006, BNP a repris les actifs et les passifs de UEB à la suite d'une fusion et la raison sociale UEB (Switzerland) a été radiée. Il s'ensuit que, dans la procédure fédérale, BNP a succédé de plein droit à la société radiée ( art. 40 OJ et art. 17 al. 3 PCF ; art. 22 LFus [RS 221.301]; ATF 106 II 346 consid. 1; plus récemment, arrêt 4P.288/2004 du 5 août 2005, consid. 1).

#### **E. 3**

Comme il est indiqué dans l'arrêt sur le recours de droit public interjeté parallèlement par le défendeur, les moyens soulevés dans les deux procédures commandent de renoncer à surseoir à l'arrêt sur le recours en réforme jusqu'à droit connu sur le recours de droit public et de traiter les deux recours simultanément, en dérogation à la règle générale de l' art. 57 al. 5 OJ .

#### **E. 4**

Interjeté dans un litige reposant sur la LCD par une partie qui a été déboutée et dirigé contre un arrêt final rendu en instance cantonale unique par le tribunal supérieur du canton de Genève ( art. 48 al. 1 OJ ; art. 1er de la loi genevoise du 3 mai 2001 sur la concurrence déloyale, les liquidations et opérations analogues et sur les jeux-concours publicitaires) sur une contestation civile dont la valeur litigieuse dépasse très largement le seuil de 8'000 fr. (l' art. 45 OJ n'étant pas applicable aux actions fondées sur la LCD, cf. Poudret, COJ II, n. 2.2 ad art 45 OJ ), le recours est en principe recevable, puisqu'il a été déposé en temps utile ( art. 54 al. 1 OJ ) et dans les formes requises ( art. 55 OJ ).

#### **E. 5**

Invoquant l' art. 8 CC , le défendeur reproche à la cour cantonale d'avoir renversé le fardeau de la preuve en lui imposant de démontrer la véracité des informations contenues dans l'article du 31 janvier 2003, concernant en particulier l'existence d'un compte privé d'un ministre guinéen auprès de UEB et l'absence de réaction du représentant de UEB contacté pour donner son avis sur le fait que le même collaborateur aurait traité les affaires mauricienne et guinéenne.

#### **E. 5.1**

A teneur de l' art. 8 CC , chaque partie doit, si la loi ne prescrit pas le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit.

Cette disposition s'applique en matière de concurrence déloyale ( ATF 114 II 91 consid. 3), en particulier aux procédures pour actes de concurrence déloyale commis par un organe de presse. Selon la jurisprudence, il appartient à la personne qui se dit lésée par l'acte de concurrence déloyale de prouver les faits sur lesquels elle fonde ses prétentions. La seule exception prévue par la loi en matière de presse se rapporte à un cas particulier: le juge peut, s'il l'estime approprié dans un cas d'espèce, exiger de l'annonceur qu'il apporte des preuves de l'exactitude matérielle de données de fait contenues dans la publicité ( art. 13a LCD ). Selon le texte et la systématique de la loi, il s'agit d'une exception à la règle, et non d'un principe général applicable dans tous les cas de concurrence déloyale par voie de presse (cf. Mario Pedrazzini/Federico Pedrazzini, *Unlauterer Wettbewerb UWG*, 2e éd., n. 20.05 ss; Georg Rauber, *Lauterkeitsrecht*, in *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR)*, vol. V/1, 2e éd., p. 278; cf. Alois Troller, *Immaterialgüterrecht*, vol. II, 3e éd., p. 1057).

Carl Baudenbacher conteste ce point de vue en s'appuyant sur l' art. 173 al. 2 CP relatif à la preuve de la vérité ou de la bonne foi en matière de délits contre l'honneur. En droit pénal, la preuve de la vérité, ou du moins de la bonne foi, doit être fournie par l'auteur des propos attentatoires à l'honneur. Baudenbacher est d'avis que rien ne justifie d'appliquer une règle différente sur le plan civil. Sans méconnaître qu'il va à l'encontre du texte des art. 3 et 13a LCD , il soutient que le fardeau de la preuve de la véracité incombe à l'auteur des faits relatés dans l'article de presse (*Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG*, n. 87 ss ad art. 3 let. a LCD ).

La décision du législateur de faire supporter la preuve de la vérité ou de la bonne foi à l'auteur d'un délit contre l'honneur tient à des motifs liés à la spécificité tant des infractions intentionnelles que des procédures pénales en matière d'atteintes à l'honneur (cf. Günter Stratenwerth, *Schweizerisches Strafrecht, BT I*, 6e éd., § 11, n. 28 ss). Ces motifs ne peuvent pas sans autre être transposés dans une procédure civile, qui porte sur des actes qui ne sont pas nécessairement constitutifs d'une atteinte à l'honneur et qui peuvent avoir été commis par négligence, voire sans faute (cf. ATF 94 II 329 consid. 3a; Pedrazzini/Pedrazzini, *op. cit.*, n. 4.79).

Cela étant, la question n'a pas besoin d'être tranchée en l'espèce, dès lors que l'autorité cantonale s'est expressément abstenue de se prononcer sur la controverse, contrairement à ce que le défendeur soutient. En effet, les juges genevois se sont bornés à relever que lorsqu'un article de presse reproduisait les déclarations d'un tiers, il appartenait au journaliste d'établir que la personne citée avait effectivement tenu le propos qu'on lui prêtait dans l'article.

Au demeurant, lorsque l'appréciation des preuves convainc le juge qu'un fait est établi à satisfaction de droit ou réfuté, la question de la répartition du fardeau de la preuve ne se pose plus et le grief tiré de la violation de l' art. 8 CC devient sans objet. Il s'agit alors d'une question d'appréciation des preuves qui relève du recours de droit public (cf. ATF 127 III 519 consid. 2a).

## **E. 5.2**

En l'espèce, l'autorité cantonale, sur la base de plusieurs éléments, a constaté que l'allégation relative au compte privé d'un ministre guinéen était fautive. La question du

fardeau de la preuve ne se pose donc pas. La critique du défendeur porte d'ailleurs pour l'essentiel sur l'appréciation des preuves administrées; dans cette mesure, elle n'est pas recevable.

Certes, la Cour de justice a relevé que le journaliste avait refusé de donner l'origine de son information en se prévalant de la protection de sa source. Mais elle n'a pas retenu que l'information était inexacte au motif que le défendeur n'en avait pas démontré la justesse; elle n'a pas renversé le fardeau de la preuve en le faisant supporter au défendeur en tant que rédacteur en chef. Quoi qu'en dise le défendeur, la liberté de la presse et le droit à la protection des sources ne sont pas mis en cause; ni l'une ni l'autre n'impliquent que les informations fournies par une source non divulguée doivent nécessairement être considérées comme véridiques.

### **E. 5.3**

En outre, les juges genevois ont retenu que l'article était faux dans la mesure où il y est écrit que, contactée par téléphone, UEB n'a pas donné suite à l'information selon laquelle le même collaborateur avait traité l'affaire mauricienne et rencontré le ministre guinéen. L'autorité cantonale a retenu que l'absence de réaction de la banque était une information inexacte, car le défendeur n'avait pas établi que le représentant de UEB avait eu le comportement qui lui était prêté dans l'article.

Le fait qu'une partie dispose d'un moyen de preuve auquel l'autre partie n'a pas accès, ne conduit pas à un renversement du fardeau de la preuve. Dans un tel cas, l'omission de la première partie à apporter cette preuve peut, le cas échéant, être interprétée en défaveur de cette partie; il s'agit alors d'une question d'appréciation des preuves, non de fardeau de la preuve (cf. Max Kummer, Berner Kommentar, n. 184 et 186 ad art. 8 CC ). En l'espèce, le point litigieux porte sur le contenu d'une discussion entre le journaliste et un représentant de UEB; il ne s'agit pas d'une situation où seule une partie peut fournir la preuve.

Conformément à l' art. 8 CC , il appartenait à la banque de démontrer que l'article était faux sur le point en question. A défaut de preuve de l'une ou l'autre version, l'autorité cantonale aurait dû trancher en faveur du défendeur. Il ne saurait dès lors être retenu que l'information sur l'attitude de la banque contactée par le journaliste était fausse.

### **E. 6**

Le défendeur se plaint d'une mauvaise application de l' art. 3 let. a LCD . Il soutient que la cour cantonale a admis à tort que les deux articles litigieux dénigraient UEB.

#### **E. 6.1**

Aux termes de l' art. 3 let. a LCD , agit de façon déloyale celui qui dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes.

##### **E. 6.1.1**

L'application de la LCD ne suppose pas qu'il existe un rapport de concurrence entre l'auteur et le lésé. L'auteur peut être n'importe qui; il suffit que son comportement exerce une influence sur les relations entre concurrents ou entre fournisseurs et clients, c'est-à-dire qu'il ait un impact sur le marché et la concurrence économique. Le comportement de l'auteur doit être dirigé contre le jeu normal de la concurrence et être objectivement propre à influencer le marché ( ATF 131 III 384 consid. 3; 126 III 198 consid. 2c/aa; 120 II 76 consid. 3a).

Partant, des journalistes ou des entreprises de presse peuvent être actionnés s'ils ne s'en tiennent pas aux règles de la concurrence loyale et donnent sur des tiers des informations inexactes ou fallacieuses ( ATF 124 IV 162 consid. 3; 123 III 354 consid. 2a; Kamen Troller, Précis du droit suisse des biens immatériels, 2e éd., p. 348 ss; Lucas David/Reto Jacobs, Schweizerisches Wettbewerbsrecht, 4e éd., ch. 732, p. 192; Roland von Büren/Eugen Marbach, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 2e éd., n. 882; Rauber, op. cit., p. 269; Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 17.08 ss). La qualité pour défendre appartient à toutes les personnes qui ont contribué directement à la propagation des propos déloyaux; en font partie, outre le journaliste auteur de l'article, l'éditeur, le rédacteur responsable et le diffuseur du produit de presse (Baudenbacher, op. cit., n. 29 ad art. 11 LCD ).

### **E. 6.1.2**

Dénigrer signifie s'efforcer de noircir, de faire mépriser (quelqu'un ou quelque chose) en disant du mal, en attaquant, en niant les qualités. Un propos est dénigrant lorsqu'il rend méprisable le concurrent, ses marchandises, etc. Tout propos négatif ne suffit pas: il doit revêtir un certain caractère de gravité. Dénigre par exemple un produit mis sur le marché celui qui le dépeint comme sans valeur, d'un prix surfait, inutilisable, entaché de défauts ou nuisible ( ATF 122 IV 33 consid. 2c). Une allégation n'est pas déjà illicite au sens de l' art. 3 let. a LCD du seul fait qu'elle dénigre les marchandises d'un concurrent; il faut encore qu'elle soit inexacte - c'est-à-dire contraire à la réalité - ou bien fallacieuse - soit exacte en elle-même, mais susceptible, par la manière dont elle est présentée ou en raison de l'ensemble des circonstances, d'éveiller chez le destinataire une impression fautive - ou encore inutilement blessante - à savoir qu'elle donne du concurrent, respectivement de ses prestations au sens large, une image négative, outrancière, que la lutte économique ne saurait justifier ( ATF 124 III 72 consid. 2b/aa p. 76; arrêt 4C.224/2005 du 12 décembre 2005, consid. 3.2, reproduit in SJ 2006 I p. 274; 4C.205/2000 du 13 septembre 2000, consid. 2a, reproduit in sic! 9/2000 p. 808/809; arrêt 4C.109/2000 du 26 juillet 2000, consid. 2b, reproduit in sic! 8/2000 p. 713).

La presse ne jouit d'aucune position particulière en droit de la concurrence. Si sa responsabilité obéit aux principes généraux, la notion de caractère déloyal (Unlauterkeit), c'est-à-dire d'illicéité, doit cependant être interprétée conformément à la Constitution, en particulier à la lumière de l' art. 16 Cst. (libertés d'opinion et d'information) et 17 Cst. (liberté des médias) (Baudenbacher, op. cit., n. 24 ad art. 11 LCD ; Andreas Auer/Giorgio Malinverni/Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. II, ch. 544/545, p. 282 ss). L'application de la LCD ne doit pas faire obstacle au but assigné par le Constituant à la fonction même des médias dans le monde économique, qui consiste à susciter un débat, informer le public sur les faits d'intérêt général, sur les événements économiques, de façon à favoriser l'échange des opinions et la discussion publique (cf. Jean-François Aubert/Pascal Mahon, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, n. 6 ad art. 17 Cst. ; Auer/Malinverni/Hottelier, op. cit., ch. 545, p. 283). A cet égard, la doctrine a souligné la difficulté qu'il y a de concilier la liberté des médias consacrée par le droit constitutionnel et la nécessité de garantir une concurrence loyale; elle a exprimé ses craintes qu'une application trop rigide de la LCD puisse entraver l'activité des médias, singulièrement le journalisme économique (cf. von Büren/Marbach, op. cit., n. 921 ss; Andreas Meili, Wirtschaftsjournalismus im Konflikt zwischen freier Meinungsäusserung und Lauterkeitsrecht, Medialex 1998, p. 75 ss; Martin Taufer, Einbezug von Dritten im UWG, thèse Zurich 1997, p. 85 à 93). Le Tribunal fédéral en a conclu que si l'on veut

interpréter la LCD d'une manière conforme à la Constitution et tenir compte notamment du droit fondamental à la liberté d'opinion, il convient de n'admettre qu'avec retenue l'existence d'un dénigrement déloyal commis par voie de presse ( ATF 123 IV 211 consid. 3; arrêt précité du 12 décembre 2005, consid. 3.2; arrêt 6S.648/1994 du 13 décembre 1994, consid. 2c/aa, reproduit in SMI 1995 II p. 438; plus nuancé: arrêt 6S. 858/1999 du 16 août 2001, consid. 7 b/cc, reproduit in sic! 8/2001 p. 754).

Pour déterminer si une ou plusieurs expressions contenues dans un article de presse sont dénigrantes au sens de l' art. 3 let. a LCD , il y a lieu de se fonder sur l'impression que se forge le lecteur moyen non prévenu; il s'agit là d'une question ressortissant à l'application du droit ( ATF 126 III 209 consid. 3a; 119 II 97 consid. 4a). Chaque déclaration incriminée doit être passée séparément au crible de l' art. 3 let. a LCD . En effet, il ne suffit pas de créer une impression d'ensemble négative pour qu'il y ait dénigrement déloyal, même si l'impression d'ensemble peut jouer un rôle pour interpréter les différentes allégations dans le contexte où elles ont été émises ( ATF 124 IV 162 consid. 3).

### **E. 6.2.1**

La Cour de justice a jugé que le défendeur avait dénigré UEB de manière déloyale en donnant l'impression, dans l'article de l'édition des 25/26 janvier 2003 (alinéa 1er) qu'il a approuvé, que la banque avait, à un moment donné, participé activement à une affaire illicite; le passage litigieux est celui où il est écrit que, selon un rapport interne, UEB avait «envisagé» une «participation» à un «montage financier» lié à la corruption et au financement occulte d'un parti politique à l'île Maurice. Nonobstant la précision que la banque assurait avoir immédiatement renoncé à l'affaire en raison de son caractère illicite, l'autorité cantonale y a vu un dénigrement au motif qu'à défaut d'autre précision, il découlait du passage précité l'impression que UEB s'était, à un moment donné, activement impliquée dans l'affaire.

Le passage en question est certes ambigu. Envisager une participation à une opération bancaire signifie la prendre en considération, ne pas l'écarter d'emblée. A défaut de fournir de plus amples précisions sur les renseignements dont UEB disposait au moment où elle avait envisagé d'entrer en relation d'affaires avec les clients mauriciens, le passage en cause peut être compris dans le sens que la banque avait envisagé l'affaire en connaissance de cause, qu'elle avait dès lors été prête, à un moment donné, à participer à une affaire qu'elle savait illégale.

Cette impression est toutefois corrigée, ou du moins largement relativisée, par la phrase suivant le passage en cause, dans laquelle il est relevé que UEB ne conteste pas le contenu du rapport interne, mais précise avoir immédiatement renoncé à l'affaire à cause de son caractère illicite. Or, la renonciation immédiate à un acte envisagé sous-entend que l'acte n'a pas atteint le stade de la réalisation et que la décision d'y renoncer a été prise sans longue hésitation. On ne saurait dès lors suivre l'autorité cantonale lorsqu'elle déduit de l'article que UEB se voit reprocher «une participation active» à une affaire illégale. En outre, de l'article en question, il ressort qu'en toile de fond, un long litige oppose Eric Stauffer à UEB et que celui-là a déjà déposé contre celle-ci diverses plaintes, lesquelles ont toutes été classées faute d'indices, tant par le Ministère public du canton de Genève que par celui de la Confédération; cela permet au lecteur moyen de faire la part des choses.

Il est certes désagréable pour UEB de se voir citée en relation avec des affaires de corruption et de financement illégal à l'île Maurice. Mais l'information n'est pas fautive dès

lors qu'il n'est pas contesté que des contacts ont eu lieu avec des personnages impliqués. En revanche, il ressort de l'article que la banque n'a finalement pas conclu l'affaire et qu'elle y a renoncé à cause de son caractère illicite. Dans ces conditions, contrairement à l'opinion de la cour cantonale, on ne saurait admettre que l'article donne de UEB une image négative dans le sens qu'elle se livre à des affaires illégales.

#### **E. 6.2.2**

Selon l'arrêt attaqué, UEB a également été dénigrée dans l'article du 31 janvier 2003. Au début de cet article, il est écrit que l'Office des faillites réclame «15 millions» à UEB. D'après la cour cantonale, le lecteur moyen comprend par là qu'il s'agit d'une simple communication à un débiteur potentiel et que la réalité de la prétention, élevée par Eric Stauffer, n'est pas établie. En conséquence, les juges genevois ont considéré la publication comme admissible dans cette mesure. Néanmoins, ils ont tenu la présentation des faits pour fallacieuse parce que l'article ne relève pas que l'information a été fournie par Eric Stauffer et ne dit mot de la vraisemblance de la créance.

Pour une banque, il n'y a rien de méprisable à être en litige avec un prétendu créancier au sujet d'une commission d'un montant très important et à être engagée dans une procédure. L'autorité cantonale ne le soutient d'ailleurs pas et relève, au contraire, que la publication est admissible. Le passage en question ne revêt ainsi pas un caractère dénigrant. Le fait que l'article ne mentionne pas certains éléments propres à se faire une idée plus précise sur le fond du litige et le bien-fondé de la créance en cause n'y change rien.

#### **E. 6.2.3**

L'article du 31 janvier 2003 reproduit ensuite les propos d'Eric Stauffer selon lesquels UEB aurait finalement accepté le dépôt de fonds publics provenant de l'Ile Maurice, mais le nierait afin d'éviter de payer à l'homme d'affaires la commission prévue. L'autorité cantonale reproche au passage en cause de n'apporter aucune nuance, en particulier de taire la part d'Eric Stauffer dans la préparation de l'affaire mauricienne, et d'éveiller ainsi, dans l'esprit du lecteur, une fausse impression sur le rôle joué par UEB.

Sous le titre «affaire relancée», l'article ne fait que rapporter la thèse d'Eric Stauffer, sans se prononcer sur sa véracité. Il y est aussi écrit que UEB a toujours nié avoir passé un contrat avec des membres du gouvernement mauricien et que les autorités pénales lui ont donné raison jusqu'à ce jour. L'article relate le litige entre Eric Stauffer et UEB, en exposant les deux versions et sans prendre parti. Cela n'est pas constitutif de dénigrement.

#### **E. 6.2.4**

L'article du 31 janvier 2003 mentionne enfin que UEB a ouvert un compte privé au nom du ministre des finances guinéen et qu'un montant de 193'500 € a été déposé sur ce compte. Comme la cour cantonale l'a constaté souverainement (cf. art. 63 al. 2 OJ), cette information est inexacte.

A partir de cette fausse allégation, l'article laisse entendre que UEB a prêté main forte au ministre précité pour mettre de l'argent à l'abri en Suisse. Le lecteur moyen non prévenu ne peut qu'en retirer l'impression que la banque, dans ce cas, s'est consciemment faite la complice d'une opération illicite d'enrichissement personnel d'un membre d'un gouvernement étranger qui s'est approprié des fonds publics. Par conséquent, l'allégation inexacte rapportée dans l'article du 31 janvier 2003 est constitutive de dénigrement. Sur ce point, c'est à bon droit que la cour cantonale a admis un comportement déloyal au sens de l'

art. 3 let. a LCD .

### **E. 6.3**

En résumé, parmi les quatre allégations qualifiées de dénigrantes par la Cour de justice, seule l'allégation inexacte relative au compte privé du ministre guinéen, figurant dans l'article du 31 janvier 2003, constitue un acte déloyal au sens de l' art. 3 let. a LCD .

### **E. 7**

Le défendeur se plaint également d'une violation des art. 41 et 42 CO . Il reproche à l'autorité cantonale d'avoir méconnu la notion de dommage au sens de l' art. 41 CO et la portée de l' art. 42 al. 2 CO . Par ailleurs, il fait grief à la Cour de justice d'avoir admis un lien de causalité adéquate et une faute en violation de l' art. 41 CO .

#### **E. 7.1**

A teneur de l' art. 42 al. 2 CO , lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. Cette disposition édicte une règle de preuve de droit fédéral dont le but est de faciliter au lésé l'établissement du dommage. Elle s'applique aussi bien à la preuve de l'existence du dommage qu'à celle de son étendue ( ATF 122 III 219 consid. 3a p. 221 et les références). Savoir si c'est à bon droit que le juge a fait usage de cette règle est une question de droit fédéral qui peut faire l'objet d'un recours en réforme. En revanche, la détermination équitable de l'existence et du montant du dommage sont des questions de fait, sur lesquelles l'autorité cantonale se prononce définitivement. Le pouvoir d'estimation élargi découlant de l' art. 42 al. 2 CO n'est pas un pouvoir d'appréciation juridique (au sens de l' art. 4 CC ); déterminer s'il y a un dommage et, le cas échéant, quel est son montant relève de la constatation des faits ( ATF 131 III 360 consid. 5.1; 122 III 219 consid. 3b p. 222). Cette constatation n'est pas susceptible d'être mise en cause par le biais d'un recours en réforme; elle peut uniquement faire l'objet d'un recours de droit public pour violation de l'interdiction constitutionnelle de l'arbitraire.

A titre exceptionnel, le Tribunal fédéral peut toutefois revoir une constatation du juge cantonal, lorsque celle-ci est fondée uniquement sur l'expérience générale de la vie et formulée en termes abstraits lui conférant le caractère d'une norme valable non seulement pour le cas d'espèce, mais pour tous les cas du même genre. En revanche, une décision cantonale qui ne se réfère à l'expérience générale de la vie que pour constater l'existence ou le montant du dommage dans un cas particulier, compte tenu des preuves administrées ou d'autres facteurs d'appréciation, échappe au contrôle du Tribunal fédéral saisi d'un recours en réforme ( ATF 122 III 61 consid. 2c/bb p. 65).

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 du préjudice et permettant l'évaluation ex aequo et bono du montant du dommage. Les circonstances alléguées par le lésé doivent faire apparaître un dommage comme pratiquement certain; une simple possibilité ne suffit pas pour allouer des dommages-intérêts. L'exception de l' art. 42 al. 2 CO à la règle du fardeau de la preuve doit être appliquée de manière restrictive ( ATF 122 III 219 consid. 3a p. 221; cf. également ATF 128 III 271 consid. 2b/aa p. 276/277; François Chaix, La fixation du dommage par le juge ( art. 42 al. 2 CO ), in Le préjudice - une notion en devenir, Zurich 2005, p. 39 ss, n. 22; Franz Werro, La responsabilité civile, n. 964; Roland Brehm, Commentaire bernois, n.

52 ad art. 42 CO ; Alfred Keller, *Haftpflicht im Privatrecht*, vol. I, 6e éd., p. 77). Ainsi, des allégations fallacieuses, publiées dans un organe de presse largement distribué, sont certes susceptibles de causer un dommage, mais cela n'est pas nécessairement toujours le cas. Selon la jurisprudence récente, la seule expérience générale de la vie ne permet pas d'établir, dans une telle situation, l'existence d'un dommage ni son ordre de grandeur ( ATF 122 III 219 consid. 4 p. 224). Il appartient dès lors au lésé d'apporter des éléments concrets, quitte à prendre, le cas échéant, des mesures de protection des secrets d'affaires; à défaut, il n'y a pas place pour une application de l' art. 42 al. 2 CO . Antérieurement, la pratique était, semble-t-il, moins restrictive (cf. ATF 83 II 154 consid. 6b; 79 II 409 consid. 5); cette jurisprudence a été expressément abandonnée ( ATF 122 III 219 consid. 3a et 4).

### **E. 7.2**

En l'espèce, l'autorité cantonale est d'avis que UEB a subi un tort commercial indiscutable, qu'elle ne chiffre toutefois pas, sans indiquer de motif pour justifier cette conclusion et nonobstant le fait que l'instruction n'a pas démontré que des clients auraient effectivement quitté l'établissement genevois de la banque en raison des publications incriminées. UEB n'avait pas allégué de faits à ce sujet dans sa demande. L'autorité cantonale n'a pas non plus constaté de faits qui seraient ressortis de l'instruction. L'existence d'un dommage a ainsi été admise comme une constatation de portée générale, valable dans tous les cas similaires de concurrence déloyale par voie de presse, fondée sur la seule expérience de la vie. Sur ce point, il y a violation du droit fédéral.

La Cour de justice se réfère ensuite à des perturbations au niveau de l'exploitation de l'établissement et dans l'esprit du personnel, ainsi qu'au temps perdu par plusieurs collaborateurs. Là encore, UEB n'a pas présenté d'allégués concrets à ce sujet et l'autorité cantonale n'a pas constaté des faits qui seraient ressortis de l'instruction. Or, il était possible de préciser ces éléments et leur incidence financière, ainsi que d'offrir des moyens de preuve. Dans ces circonstances, il n'y a pas place pour une estimation de ces postes du dommage conformément à l' art. 42 al. 2 CO .

Le moyen tiré de la violation de l' art. 42 al. 2 CO est fondé. La condamnation du défendeur à payer le montant de 50'000 fr. sera ainsi annulée, de sorte que les autres moyens relatifs au dommage, à la causalité et à la faute sont sans objet.

### **E. 8**

Le recours est admis dans la mesure où certains passages des articles litigieux ont été qualifiés à tort de déloyaux dans l'arrêt attaqué; en outre, la cour cantonale a violé le droit fédéral en se référant à l' art. 42 al. 2 CO pour admettre l'existence d'un dommage et calculer ce dernier.

Comme relevé plus haut, UEB n'a pas allégué, dans sa demande, de faits relatifs à un dommage lié à un tort commercial ou à des perturbations au niveau interne. En outre, la cour cantonale n'a pas constaté à cet égard de faits qui seraient ressortis de l'instruction. Dans sa réponse au recours, la demanderesse soutient toutefois avoir valablement introduit et prouvé de tels faits en cours de procédure. La cour de céans n'est dès lors pas en mesure de juger la cause, qui sera renvoyée à l'autorité cantonale pour nouvelle décision dans le sens des considérants.

### **E. 9**

Le défendeur et la demanderesse obtiennent chacun partiellement gain de cause. Il se justifie dès lors de mettre les frais judiciaires par moitié à la charge de chaque partie ( art. 156 al. 3 OJ ) et de compenser les dépens ( art. 159 al. 3 OJ ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.