



Rolf Watter / Andrew M. Garbarski*

La répartition des frais du procès en responsabilité (art. 756 CO)

Examen critique du projet de révision du droit de la société anonyme



Inhaltsübersicht

- I. Introduction
- II. Raison d'être et nature juridique de l'action intentée en dehors de la faillite de la société (art. 756 CO)
- III. Le privilège procédural de l'art. 756 al. 2 CO
 1. Origine et portée
 2. Importance pratique
 - 2.1 Généralités
 - 2.2 Illustrations chiffrées du risque financier encouru par l'actionnaire
 - a. Donnée de base
 - b. Procédure de première instance
 - c. Procédure de deuxième instance
 - d. Transaction en cours de procédure
 - e. Synthèse
- IV. L'abrogation de l'art. 756 al. 2 CO ou la volte-face du Conseil fédéral
 1. Avant-Projet et procédure de consultation
 - 1.1 Avant-projet du 2 décembre 2005
 - 1.2 Procédure de consultation
 2. Projet du 21 décembre 2007
 - 2.1 Généralités
 - 2.2 Problèmes soulevés par le renvoi au CPC
 3. Projet du 5 décembre 2008
 - 3.1 Retour au statu quo ex ante
 - 3.2 Examen critique de l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC
 - 3.3 Amélioration de la position de l'actionnaire
 - 3.4 La nouvelle vie de l'art. 756 al. 2 CO
- V. Conclusion

I. Introduction

Le 2 décembre 2005, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision du droit de la société anonyme et du droit comptable (l'«Avant-Projet»)¹, gui-

dé par la poursuite des quatre objectifs majeurs suivants: (i) renforcement de la gouvernance, (ii) assouplissement des règles relatives à la structure du capital, (iii) modernisation du régime de l'assemblée générale et (iv) réforme du droit comptable.

Prenant acte des résultats de la procédure de consultation, le Conseil fédéral a publié un projet de loi le 21 décembre 2007 (le «Projet 2007»)². Par ailleurs, un projet complémentaire est paru le 5 décembre 2008 (le «Projet 2008»)³.

En dépit de l'ampleur de cette révision, il est cependant renoncé à une refonte en profondeur des règles sur la responsabilité (art. 752 à 760 CO)⁴.

Aussi, sous réserve de quelques retouches, plutôt superficielles, les réaménagements dans ce domaine concernent essentiellement la solidarité de l'organe de révision⁵. Ce sujet sera examiné dans le détail dans une contribution distincte.

Par ailleurs, la révision du droit de la société anonyme touche aussi à l'art. 756 al. 2 CO, relatif à la répartition des frais de l'action en responsabilité intentée en dehors de la faillite.

Cette question étant appelée à être réglée par le nouveau Code de procédure civile («CPC»)⁶, le Projet 2007, à l'instar de l'Avant-Projet, prévoit de supprimer purement et simplement l'art. 756 al. 2 CO. En réalité, comme on le verra ci-après, l'abrogation – quelque peu précipitée – de cette disposition pourrait entraîner certaines conséquences qui ont visiblement échappé au Conseil fédéral. Celui-ci s'efforce toutefois de corriger le tir, en marge du Projet 2008.

* Prof. Rolf Watter, Docteur en droit, LL.M., avocat, est associé de l'Etude Bär & Karrer SA, Zurich. Andrew M. Garbarski, Docteur en droit, avocat, est collaborateur au sein de l'Etude Bär & Karrer SA, à Genève.

¹ L'Avant-Projet est disponible sous http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0007.File.tmp/VEfranz05113%20revOFJ_version%20finale%20Version%20EDA.pdf (consulté le 18 février 2009); le rapport explicatif («Rapport Explicatif») est disponible à l'adresse internet suivante: http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision.Par.0008.File.tmp/rapportexplicatifcomplet_version%20finale30.11.pdf.

² FF 2008, 1407 ss (Message) et 1571 ss (Projet).

³ FF 2009, 265 ss (Message) et 307 ss (Projet).

⁴ MICHAEL PFEIFER, Mögliche Auswirkungen der kleinen und der grossen Aktienrechtsrevision auf die Stellung und Haftung des Verwaltungsrats, PJA 2009, 13 et 15.

⁵ JEAN-LUC CHENAUX, La responsabilité du conseil d'administration dans la jurisprudence récente du Tribunal fédéral, in: Bohnet (édit.), Quelques actions en responsabilité, Neuchâtel 2008, N 5, 149 et note de bas de page 13.

⁶ FF 2009, 21 ss, le délai référendaire expirant le 16 avril 2009.

Indépendamment des tergiversations du Conseil fédéral, l'actualité du sujet commande qu'une contribution soit consacrée à la répartition des frais de l'action en responsabilité, d'autant qu'il s'agit d'une question importante, souvent cruciale dans le choix d'un actionnaire d'engager, ou non, une procédure judiciaire fondée sur l'art. 756 CO.

La première partie de la présente étude se limitera à quelques brefs rappels au sujet de l'action intentée hors faillite (*infra* II.). Nous examinerons ensuite le privilège procédural de l'art. 756 al. 2 CO, afin notamment de déterminer sa portée dans la pratique (*infra* III.). La troisième partie sera consacrée à la répartition des frais dans la révision du droit de la société anonyme, en parcourant successivement les solutions prévues par l'Avant-Projet, le Projet 2007 et, enfin, le Projet 2008 (*infra* IV.).

II. Raison d'être et nature juridique de l'action intentée en dehors de la faillite de la société (art. 756 CO)

La loi distingue selon que l'action en responsabilité est intentée alors que la société a été, ou non, déclarée en faillite⁷. Dans la première hypothèse, c'est l'art. 757 CO qui est applicable. Inversement, tant que la société n'est pas en faillite, seul l'art. 756 CO entre en ligne de compte⁸.

L'art. 756 al. 1 CO, 1^{ère} phrase, dispose que «pour le dommage causé à la société, la société et chaque actionnaire ont le droit d'intenter action». Autrement dit, la société peut ouvrir action contre l'un, plusieurs ou tous ses administrateurs du chef du dommage (direct)⁹ qu'ils lui ont causé¹⁰. L'organe de révision s'expose, lui aussi, à d'éventuels procès en responsabilité hors faillite¹¹.

La décision d'agir en justice revient au conseil d'administration et relève de sa compétence de gestion¹². Dans

la mesure où cet organe a notamment le devoir de préserver le patrimoine de la société, avec toute la diligence nécessaire¹³, il lui appartient, le cas échéant, de poursuivre les dirigeants (anciens ou actuels) qui auraient causé un dommage à cette dernière. S'il omet de le faire, nonobstant des indices concrets de manquements¹⁴, le conseil d'administration pourrait engager sa propre responsabilité¹⁵. Cela suppose toutefois, à notre avis, que les chances de succès d'une action en justice apparaissent relativement élevées¹⁶.

Quoi qu'il en soit, il s'avère que l'action sociale intentée par le conseil d'administration est plutôt rare dans la pratique, à cause notamment des *conflits d'intérêts* qu'elle suscite. En effet, on pourrait reprocher au conseil une violation de son obligation de surveillance le rendant lui-même défendeur à l'action, notamment s'il a délégué certaines tâches à un comité qui n'a pas rempli ses devoirs¹⁷. Il arrive aussi que le conseil d'administration ait consenti aux agissements dommageables, voire qu'il ait lui-même participé à ces derniers¹⁸. Il est vrai

PETER FORSTMOSER/THOMAS SPRECHER/GIAN ANDRI TÖNDURY, *Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht/Personal Liability under Swiss Corporate Law*, Zurich 2005, N 190; LUKAS HANDSCHIN, *Die Verantwortlichkeitsklage des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft*, in: Aargauischer Anwaltsverband (édit.), *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, Zurich/Bâle/Genève 2005, 239; MATTHEW T. REITER, *Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren*, in: Weber (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zurich 2003, 175.

¹³ Art. 717 al. 1 CO; BÖCKLI (n. 10), § 18 N 394. Voir notamment ATF 97 IV 10 consid. 2, JdT 1971 I 103; ANDREW M. GARBARSKI, *La responsabilité civile et pénale des organes dirigeants de sociétés anonymes*, Zurich/Genève/Bâle 2006, 376 et les références citées.

¹⁴ De tels indices peuvent apparaître, par exemple, en marge d'un contrôle spécial (art. 697a ss CO); ils peuvent aussi résulter des constats faits par un expert nommé par l'assemblée générale, conformément à l'art. 731a al. 3 CO. Sur cette dernière institution, voir la contribution de ROLAND TRUFFER, *Die Sachverständigen zur Prüfung der Geschäftsführung* (Art. 731a Abs. 3 OR), in: Vogt/Stupp/Dubs (édit.), *Unternehmen – Transaktion – Recht*, Liber Amicorum Watter, Zurich/St-Gall 2008, 405 ss.

¹⁵ Voir dans ce sens la décision de l'Obergericht de Zurich du 24 janvier 2008, in: ZR 107 (2008), 191 s. Voir aussi FORSTMOSER (n. 9), N 800, avec référence à un arrêt non publié du Tribunal fédéral du 9 novembre 1976, consid. 6. Le Tribunal fédéral précise, par ailleurs, qu'en cas de soupçons, le conseil d'administration doit faire preuve d'une attention plus élevée dans la surveillance des personnes visées et, le cas échéant, prendre les mesures qui s'imposent (arrêt 4C.358/2005 du 12 février 2007 consid. 5.2.1 *in fine*, considérant non publié aux ATF 133 III 116); voir ROLF WATTER/KATJA ROTH PELLANDA, in: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (édit.), *Obligationenrecht II*, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 717, N 13.

¹⁶ En tout cas au-delà de 50%, par analogie à l'*International Accounting Standard* (IAS) 37, à teneur duquel les créances potentielles (*Contingent Assets*) doivent être mentionnées à l'appui des états financiers lorsqu'une rentrée d'argent est probable (IAS 37.34 *cum* 37.89), c'est-à-dire dépasse 50%.

¹⁷ LUKAS GLANZMANN, *Die Verantwortlichkeitsklage unter Corporate-Governance-Aspekten*, RDS 119 (2000) II, 170; SUSANNE KALSS, *Durchsetzung der Innenhaftung der Leitungsorgane von Aktiengesellschaften*, RDS 124 (2005) II, 655; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 4.

¹⁸ ROLAND BACHMANN, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs*, PJA 2003, 502; BÖCKLI (n. 10), § 18 N 225; PFIFFNER (n. 11), N 800.

⁷ Voir notamment les notes marginales des art. 756 et 757 CO.

⁸ BERNARD CORBOZ, in: *Commentaire romand, Tercier/Amstutz* (édit.), *Code des obligations II*, Bâle 2008, art. 756, N 2.

⁹ A l'inverse des actionnaires et des créanciers sociaux, la société ne peut subir qu'un dommage direct. Parmi beaucoup d'autres, voir PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2^{ème} édition, Zurich 1987, N 187 et 190, spéc. note de bas de page 382; PATRICK UMBACH/ROLF H. WEBER, *Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen*, in: Weber (édit.), *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, Zurich 2003, 117.

¹⁰ PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 3^{ème} édition, Zurich 2004, § 18 N 223 s.; PETER WIDMER/DIETER GERICKE/STEFAN WALLER, in: *Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter* (édit.), *Obligationenrecht II*, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 756, N 3.

¹¹ DANIEL C. PFIFFNER, *Revisionsstelle und Corporate Governance*, Zurich/St-Gall 2008, N 800.

¹² Art. 716 al. 2 et 717 al. 1 CO. HANS CASPAR VON DER CRONE/ANTONIO CARBONARA/SILVIA HUNZIKER, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, Bâle/Genève/Munich 2006, 64; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 36 N 18;

que l'assemblée générale peut imposer d'intenter action¹⁹ et notamment désigner un représentant à la société dans la procédure²⁰. Dans la pratique, toutefois, les administrateurs sont rarement actionnés par la société, dès lors qu'ils sont élus par l'assemblée générale²¹ et, en principe, jouissent de la confiance des actionnaires²².

La situation peut néanmoins se présenter sous un autre jour en cas de **prise de contrôle** d'une société²³. Compte tenu du renversement des rapports de force qui se produit au sein de l'assemblée générale, les nouveaux propriétaires sont beaucoup moins réticents à actionner les dirigeants sortants²⁴. Cette situation peut se révéler d'autant plus délicate pour les personnes visées que les polices D&O comportent souvent une clause faisant tomber immédiatement la couverture d'assurance, notamment dans l'hypothèse d'une prise de contrôle hostile²⁵.

Nonobstant ce qui précède, afin de favoriser l'exercice des actions en responsabilité hors faillite, le législateur a également aménagé un droit d'agir en faveur des actionnaires, en particulier pour le cas où le conseil d'administration renonce à le faire²⁶. A priori, les actionnaires ont un certain intérêt à ce que le patrimoine de la société et la valeur de leurs participations soient préservés²⁷.

En ce qui concerne la nature juridique de cette action, le Tribunal fédéral a confirmé, dans une jurisprudence récente²⁸, que l'actionnaire ne fait pas valoir un droit

propre, mais bien une créance appartenant à la société²⁹, avec pour conséquence que seules les exceptions opposables à cette dernière, par exemple la décharge, peuvent être invoquées contre l'actionnaire demandeur³⁰.

III. Le privilège procédural de l'art. 756 al. 2 CO

1. Origine et portée

L'actionnaire qui agit en dommages-intérêts, hors faillite, court le risque de devoir supporter d'importants frais en cas d'issue négative de son action, ces frais étant calculés sur la base de la valeur litigieuse, c'est-à-dire des conclusions prises contre les défendeurs³¹. L'intérêt personnel de l'actionnaire demandeur au succès de l'action est, à cet égard, sans importance³².

Il y a donc souvent une disproportion évidente entre les chances de l'actionnaire de remporter le procès, d'une part, et les risques financiers inhérents à la procédure, d'autre part, cela d'autant plus que l'actionnaire agit, hors faillite, en paiement de dommages-intérêts à la société³³. Partant, même en cas de gain du procès, l'actionnaire n'en profite – virtuellement – que dans la mesure de sa participation³⁴.

¹⁹ Art. 693 al. 3 ch. 4 CO. CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 4; HANDSCHIN (n. 12), 243; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 4.

²⁰ ATF 132 III 707 consid. 3, où le Tribunal fédéral a jugé que l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO (exclusion des droits de vote privilégiés) est également applicable à la désignation de la personne chargée de représenter la société dans la procédure. Voir déjà dans ce sens HANDSCHIN (n. 12), 246.

²¹ Art. 698 al. 2 ch. 2 CO.

²² CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 5. Voir déjà le Message à l'appui de la révision de 1991, FF 1983, 964: «[...] les sociétés manifestent pour le moins de la retenue à introduire des actions en responsabilité contre leurs organes [...]».

²³ MAX HALLER, Organhaftung und Versicherung, Zurich 2008, N 386, spéc. note de bas de page 931; HANDSCHIN (n. 12), 239.

²⁴ Message, FF 1983, 964. Voir aussi BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 4 *in fine*.

²⁵ Dans la mesure où la nouvelle police d'assurance n'est généralement applicable que postérieurement à la prise de contrôle, les anciens dirigeants peuvent se retrouver sans aucune couverture d'assurance (ce qu'ils ignorent souvent). Une solution envisageable consiste à conclure une assurance qui déploie ses effets au-delà de la prise de contrôle et couvre les dommages causés avant celle-ci («run-off»). Voir HALLER (n. 23), N 386, spéc. note de bas de page 931 et N 680 s.

²⁶ Voir le texte de l'art. 756 al. 1 1^{ère} phrase CO. VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (n. 12), 64.

²⁷ GLANZMANN (n. 17), 172; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 2.

²⁸ ATF 132 III 342 consid. 4.3. Voir déjà dans ce sens ATF 131 III 306 consid. 3.1.1, SJ 2005 I 385; ATF 131 III 640 consid. 4.1. Voir aussi ATF 131 III 640 consid. 4.1 et ANDREW M. GARBARSKI, Quelques développements récents à propos de l'action en responsabilité dirigée contre les organes dirigeants de sociétés anonymes, GesKR 2006, 210.

²⁹ «Prozessstandschaft». GARBARSKI (n. 13), 74. Du même avis, notamment BACHMANN (n. 18), 501; HARALD BÄRTSCHI, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zurich 2001, 153; BÖCKLI (n. 10), § 18 N 226 et 237; CHENAUX (n. 5), N 34, 161; CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 15; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (n. 12), 64 s.; ERIC SIBBERN, Einfluss der Generalversammlung auf die Geschäftsführung: Delegation vs. Konsultation, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift von der Crone, Zurich 2007, 245; *Contra* HANDSCHIN (n. 12), 247 et 249; *Dépassé*, à notre sens, CHENAUX (n. 5), N 34, 161, pour qui la jurisprudence rendue ces dernières années n'aurait pas tranché définitivement la question de la nature juridique de l'action.

³⁰ BÖCKLI (n. 10), § 18 N 228 s.; GLANZMANN (n. 17), 173; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 10. Voir aussi CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 16 s.

³¹ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (n. 12), 62. Voir aussi le Message, FF 1983, 964.

³² BÄRTSCHI (n. 29), 339; ANDREAS CASUTT, Rechtliche Aspekte der Verteilung der Prozesskosten im Anfechtungs- und Verantwortlichkeitsprozess, in: Schluop/Isler (édit.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift Forstmoser, Zurich 1993, 81; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 12), § 36 N 122; GLANZMANN (n. 17), 176.

³³ BÄRTSCHI (n. 29), 339 s.; CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 19; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (n. 12), N 271; GARBARSKI (n. 13), 76.

³⁴ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (n. 12), N 197. Les petits actionnaires ne devraient donc guère avoir un intérêt à agir selon l'art. 756 CO. Voir BÄRTSCHI (n. 29), 342; HALLER (n. 23), N 284 et 290; KALSS (n. 17), 669; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 14. Voir aussi ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 10^{ème} édition, Berne 2007, § 16 N 584 et MARC BAUEN/ROBERT BERNET/NICOLAS ROULLER, La société anonyme suisse, Genève/Zurich/Bâle 2007, N 615, spéc. note de bas de page 149.

Aussi, afin de faciliter le droit d'agir des actionnaires³⁵, le législateur a introduit l'art. 756 al. 2 CO à l'occasion de la révision de 1991. Cette disposition, réservée à l'action en réparation de leur dommage indirect³⁶, a la teneur suivante: «*Si, compte tenu de l'état de fait et de droit, l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir, le juge répartit les frais selon sa libre appréciation entre le demandeur et la société, dans la mesure où il ne les met pas à la charge du défendeur*».

On considère généralement que l'actionnaire avait de «*bonnes raisons d'agir*» lorsqu'il a préalablement fait usage de son droit aux renseignements et à la consultation³⁷. En revanche, il serait excessif d'exiger que l'actionnaire ait aussi requis l'institution d'un contrôle spécial³⁸.

Par «*frais*», au sens de l'art. 756 al. 2 CO, sont visés les frais judiciaires et les dépens, entendus comme frais d'avocat encourus par la partie adverse³⁹. En revanche, le temps que l'actionnaire consacre personnellement à la procédure judiciaire, notamment en vue de préparer son action (consultation d'un avocat, recherches, réunion de preuves documentaires, etc.), ne fait l'objet d'aucune compensation financière⁴⁰. L'actionnaire est également condamné à tolérer d'autres désagréments que pourrait entraîner le procès, tels que la perte d'énergie ou d'éventuelles angoisses⁴¹.

On relèvera, enfin, que la particularité du mécanisme prévu par l'art. 756 al. 2 CO est de pouvoir conduire à une condamnation de la société aux frais, bien qu'elle ne soit **pas partie à la procédure**⁴². Aussi, avant d'appliquer cette disposition, le juge doit s'assurer que le droit d'être entendu de la société a été respecté, en lui offrant notamment la possibilité de se déterminer sur la question de la répartition des frais et dépens⁴³.

2. Importance pratique

2.1 Généralités

Nonobstant le but louable, évoqué plus haut⁴⁴, que poursuit l'art. 756 al. 2 CO, cette règle ne laisse pas moins subsister une incertitude considérable pour le demandeur⁴⁵.

En effet, le plus souvent, l'actionnaire ne peut que difficilement se procurer les informations et documents nécessaires pour décider du bien-fondé et de l'opportunité d'une action en responsabilité⁴⁶. Ensuite, le juge ne répartit les frais entre le demandeur et la société qu'à l'issue de la procédure⁴⁷ et selon sa libre appréciation, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce⁴⁸. Il bénéficie donc d'une latitude de jugement importante⁴⁹.

A cela s'ajoute que l'art. 756 al. 2 CO ne traite que des frais que le *tribunal* met à la charge de la partie succom-

³⁵ CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 19; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 14 s.

³⁶ CASUTT (n. 32), 82; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (n. 12), N 272; voir aussi VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (n. 12), 63 et ANDREAS BINDER/VITO ROBERTO, in: Amstutz et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007, art. 756, N 4.

³⁷ Art. 697 CO. BÖCKLI (n. 10), § 18 N 233; CASUTT (n. 32), 86 s.; CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 25; GLANZMANN (n. 17), 177 note de bas de page 266.

³⁸ Art. 697a ss CO. BÖCKLI (n. 10), § 18 N 233; CASUTT (n. 32), 86 s.; GARBARSKI (n. 13), 77; GLANZMANN (n. 17), 177 note de bas de page 266; ALEXANDER NIKITINE, Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Zurich 2007, 92; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 16. Voir en outre les considérations *infra* IV.3.2.

³⁹ «*Parteientschädigung*». Voir JEAN-MARC RAPP, La répartition des frais selon l'art. 756 al. 2 CO, in: Haldy/Rapp/Ferrari (édit.), Etudes de procédure et d'arbitrage, Mélanges Poudret, Lausanne 1999, 173 ss; ERNST F. SCHMID, Zur prozessualen Umsetzung der Kostenpflicht der Gesellschaft im vom Aktionär eingeleiteten Verantwortlichkeitsprozess (Art. 756 Abs. 2 OR), in: Schlupe/Isler (édit.), Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Festschrift Forstmoser, Zurich 1993, 345 s. Voir aussi FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY (n. 12), N 272; *Contra* PETER V. KUNZ, Die Klagen im Schweizer Aktienrecht, Zurich 1997, 94 et note de bas de page 49, lequel considère que l'art. 756 al. 2 CO ne vise que les frais judiciaires, à l'exclusion des dépens.

⁴⁰ BERNARD BERTOSSA/LOUIS GAILLARD/JAQUES GUYET/ANDRÉ SCHMIDT, Commentaire de la loi de procédure civile genevoise, Genève, art. 181, N 4. Le remboursement de telles dépenses fondé sur une règle de droit matériel (art. 41 et 42 CO, par exemple), est toutefois réservé.

⁴¹ KALSS (n. 17), 646.

⁴² **Message**, FF 1983, 965: «*Cette règle sort de l'ordinaire dans la mesure où les frais du procès sont mis à la charge de la société, bien qu'elle ne soit pas du tout partie au procès et n'y participe pas*». Arrêt du Tribunal fédéral 4C.399/2001 du 21 novembre 2002 consid. 7. Voir aussi Urs BERTSCHINGER, in: Kren Kostkiewicz/Bertschinger/Breitschmid/Schwander (édit.), Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zurich 2002, art. 756, N 15; CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 26; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 15; *Critiques*, PETER FORSTMOSER, Vom alten zum neuen Aktienrecht, RSJ 88 (1992), 142 et RAPP (n. 39), 173.

⁴³ GARBARSKI (n. 13), 78 s.; RAPP (n. 39), 173; SCHMID (n. 39), 346 s.; PETER WIDMER, Die Verantwortlichkeit, PJA 1992, 797; BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 17.

⁴⁴ Cf. *supra* III.1.

⁴⁵ VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (n. 12), 63; GLANZMANN (n. 17), 177; STEFAN HASENBÖHLER, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, Zurich 2003, 172 s. *Plus optimiste*, Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, Gemeinsame Einklagung für den Gesamtschaden – Versuch einer prozessualen Einordnung von Art. 759 Abs. 2 OR, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift von der Crone, Zurich 2007, 445.

⁴⁶ HANS CASPAR VON DER CRONE, Freiheit und Verantwortung in der Corporate Governance, in: Forstmoser/von der Crone/Weber/Zobl (édit.), Corporate Governance, Symposium Meier-Hayoz, Zurich 2002, 76.

⁴⁷ NIKITINE (n. 38), 92. Voir aussi ANDREAS BINDER, Die aktienrechtliche Rückerstattung ungerechtfertigter Leistungen, GesKR Sondernummer 2008, 70 et KALSS (n. 17), 683.

⁴⁸ CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 21 ss.

⁴⁹ CASUTT (n. 32), 87 ss et les références citées en note de bas de page 38; VON DER CRONE (n. 46), 76; HALLER (n. 23), N 285; SCHMID (n. 39), 347.

bante⁵⁰. Or, lorsque l'actionnaire obtient gain de cause, les dépens auxquels sont condamnés les défendeurs ne couvrent, en règle générale, qu'une partie des frais d'avocat qu'il a effectivement encourus en marge du procès⁵¹, étant également rappelé que le temps que l'actionnaire a lui-même consacré à l'affaire n'est jamais indemnisé⁵².

Inversement, si l'actionnaire succombe, le juge peut, certes, le décharger de tout ou partie des frais et des dépens alloués aux défendeurs, en les faisant supporter à la société conformément à l'art. 756 al. 2 CO. Dans cette hypothèse, cependant, l'actionnaire devra assumer seul l'intégralité de ses honoraires d'avocat, qu'il aura, en principe, avancés de sa propre poche⁵³.

Ces considérations seront illustrées ci-après au moyen d'exemples chiffrés⁵⁴.

Au vu de ce qui précède et sous réserve de l'hypothèse d'une prise de contrôle, évoquée plus haut⁵⁵, il n'y a donc rien d'étonnant à ce que l'action sociale des actionnaires soit, jusqu'ici, restée exceptionnelle dans la pratique⁵⁶.

Ainsi que le résume TRIGO TRINDADE, «*la disproportion entre les frais que l'actionnaire doit avancer – voire éventuellement supporter – pour mener la procédure et le bénéfice qu'il peut en escompter, le fait qu'une procédure couronnée de succès ne prive pas les organes responsables du droit de gérer (notamment) les sommes versées par eux à la société à titre de dommages-intérêts et, enfin, la nature de «bien public» de l'action, dont tous les actionnaires qui n'ont déployé aucun effort profitent au même titre que l'actionnaire qui s'est démené pour agir*»⁵⁷, sont autant de facteurs qui dissuadent les actionnaires à agir.

Par ailleurs, il sied de relever que la situation n'a guère été favorisée par la jurisprudence du Tribunal fédéral. Par le jeu d'une interprétation audacieuse de l'art. 759 al. 2

CO⁵⁸, notre Haute Cour a, de fait, restreint l'application de l'art. 756 CO aux procès de première instance⁵⁹, ce qui réduit encore plus l'intérêt que cette action pourrait présenter pour les actionnaires⁶⁰.

2.2 Illustrations chiffrées du risque financier encouru par l'actionnaire⁶¹

a. Donnée de base

Supposons un actionnaire A, lequel détient une participation de 5 % dans une société B, au capital-actions de CHF 50 millions (correspondant aussi à la valeur de la société B).

En raison des agissements des administrateurs indéliçats C et D, *la société B subit un dommage de CHF 5 millions*. En conséquence, la valeur de la participation de A recule de CHF 2.5 millions à CHF 2.25 millions; son dommage s'élève ainsi, par ricochet, à CHF 250 000.

A décide d'agir en responsabilité contre les administrateurs C et D, dans la mesure où la société B renonce à le faire. Son action est introduite devant le Tribunal de première instance, à Genève.

b. Procédure de première instance

ba. Généralités

Conformément aux règles genevoises de procédure, A doit, sous peine d'irrecevabilité de sa demande⁶², régler un émoluments de mise au rôle de CHF 52 800 environ, lequel est calculé d'après la valeur litigieuse de CHF 5 millions⁶³.

Compte tenu notamment de la complexité et de l'importance de l'affaire, A pourrait devoir payer des honoraires d'avocat de l'ordre de CHF 200 000.

Par ailleurs, le travail et le temps que A consacre au procès (entretiens et correspondance avec son conseil,

⁵⁰ BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 15.

⁵¹ Arrêts du Tribunal fédéral 2A_25/2008 du 18 juin 2008, consid. 4.2.2 et 4P.116/2006 du 6 juillet 2006, consid. 3.4.3; voir aussi NIKITINE (n. 38), 72 s., spéc. note de bas de page 354.

⁵² Cf. *supra* sous note de bas de page 41.

⁵³ NIKITINE (n. 38), 92; voir aussi KUNZ (n. 39), 95. Dans le même sens, en lien avec l'art. 678 CO, PETER BÖCKLI/CLAIRE HUGUENIN/FRANÇOIS DESSEMONTET, in: Dessemontet/Blanc/Perrin (édit.), Le Gouvernement d'entreprise, Rapport du groupe de travail en vue de la révision partielle du droit de la société anonyme, CEDIDAC n° 59, Lausanne 2004, 212 (cet ouvrage correspond à la traduction française du rapport publié sur le site de l'Office fédéral de la justice, http://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/themen/wirtschaft/ref_gesetzgebung/ref_aktienrechtsrevision.html [consulté le 18 février 2009]).

⁵⁴ Cf. *infra* III.2.2.

⁵⁵ Cf. *supra* II., spéc. sous note de bas de page 23.

⁵⁶ En allemand, on parlerait volontiers d'un «Papiertiger». Pour un des rares cas d'application, voir l'ATF 131 III 640.

⁵⁷ RITA TRIGO TRINDADE, Chacun pour soi, un pour tous, tous pour un, in: Héritier Lachat/Hirsch (édit.), De Lege Ferenda, Réflexions sur le droit désirable en l'honneur du Professeur Hirsch, Genève 2004, 173.

⁵⁸ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral du 15 octobre 1998 consid. 4c, in: SJ 1999 I, 349; ATF 122 III 324, JdT 1997 I 255 (rés.); ATF 125 III 138 consid. 2c, JdT 2001 I 285 et, dernièrement, arrêt 4A_267/2008 du 8 décembre 2008 consid. 7. Sur ces questions, voir GARBARSKI (n. 13), 252 ss.

⁵⁹ CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 28; Critique BÄRTSCHI (n. 29), 127; BÖCKLI (n. 10), § 18 N 234, spéc. note de bas de page 356 et N 514; BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (n. 53), 160. Voir aussi GARBARSKI (n. 13), 254 s.; NIKITINE (n. 38), 92; ERNST F. SCHMID, Prozessuale zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, in: Zindel/Peyer/Schott (édit.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festschrift Forstmoser, Zurich 2008, 619 et BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 759, N 8.

⁶⁰ Du même avis, HALLER (n. 23), N 290. Voir aussi CHENAUX (n. 5), N 102, 193.

⁶¹ Nous remercions Monsieur FRANÇOIS CHAIX, Vice-Président de la Cour de justice de Genève, pour sa relecture et ses conseils en lien avec les questions de procédure civile examinées dans ce chapitre.

⁶² Art. 3 al. 1 du Règlement fixant le tarif des greffes en matière civile (RTGMC), RS/GE E 3 05.10.

⁶³ Art. 5 al. 1 cum art. 8 et 11 al. 1 lit e RTGMC.

élaboration du dossier, notamment recherche et réunion des preuves documentaires, relecture des projets d'écritures que lui soumet son avocat, comparution aux audiences, etc.) pourraient représenter une charge d'environ CHF 40 000.

Autrement dit, le risque financier encouru par A en lien avec la première instance est approximativement de CHF 292 800, montant que l'on peut sans autre arrondir à CHF 295 000, pour tenir compte des autres avances que A pourrait être amené à effectuer en cours de procédure (indemnités avancées aux témoins ou aux experts, frais de voyage et de séjour, etc.)⁶⁴.

Aussi, il découle de ce qui précède que le risque auquel s'expose A dépasse, en soi, le produit qu'il pourrait retirer de son action. En effet, comme évoqué plus haut⁶⁵, compte tenu de sa participation dans la société, le dommage (indirect) subi par A ascende à CHF 250 000.

bb. Hypothèse n° 1: l'actionnaire obtient intégralement gain de cause

Dans l'hypothèse où A obtient entièrement gain de cause en première instance, le Tribunal condamnera les défendeurs C et D en tous les dépens, par quoi on entend, dans la terminologie genevoise⁶⁶, les «frais de la cause» (i.e. frais judiciaires), d'une part, et l'«indemnité de procédure» valant participation aux honoraires d'avocat (i.e. dépens à proprement parler), d'autre part⁶⁷.

- Dans notre exemple, les frais de la cause comprendront notamment les droits de greffe payés par A, ainsi que les autres avances effectuées par ce dernier en cours de procédure, en relation directe avec l'instruction et le jugement⁶⁸.
- En ce qui concerne l'indemnité de procédure, l'examen de la jurisprudence genevoise auquel s'est récemment livré CHAIX⁶⁹ enseigne que les montants octroyés par le Tribunal de première instance sont très disparates⁷⁰, en particulier dans les affaires dont la valeur litigieuse est nettement supérieure à CHF 1 million, car la règle des pourcentages n'y paraît plus adaptée⁷¹. Il est donc impossible de procéder à une synthèse⁷².

Compte tenu de la complexité des questions juridiques qui se posent usuellement dans les procès en responsabilité, du degré possible d'opposition manifesté par les défendeurs C et D, de la valeur litigieuse évoquée ci-dessus (CHF 5 millions) et de la durée probable de la procédure, il y a lieu, pour les besoins de notre exemple, d'arrêter l'indemnité de procédure à CHF 100 000 environ, étant par ailleurs rappelé que le droit d'obtenir une telle indemnité ne confère pas celui de prétendre à une somme d'argent couvrant l'ensemble des honoraires de son mandataire⁷³.

⁶⁴ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 181, N 3.

⁶⁵ Cf. *supra* III.2.2a.

⁶⁶ FRANÇOIS CHAIX, L'indemnité de procédure au sens de l'art. 181 de la Loi de procédure civile genevoise (LPC), in: Jeanneret/Hari (édit.), *Défis de l'avocat au XXI^e siècle*, Mélanges Burger, Genève 2008, 347.

⁶⁷ Art. 176 al. 1 *cum* art. 181 de la Loi de procédure civile (LPC), RS/GE E 3 05.

A Genève, le montant de l'indemnité de procédure n'est pas réglé de manière forfaitaire par un tarif (BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 181, N 4; CHAIX (n. 66), 348 s.). Le juge doit donc la fixer en équité, en tenant compte notamment de l'importance de la cause, de ses difficultés et de l'ampleur de la procédure (art. 181 al. 3 et 4 LPC/GE. Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 2A_25/2008 du 18 juin 2008, consid. 4.2.1). Le juge doit aussi estimer l'ampleur du travail fourni et le temps consacré par le mandataire professionnel, mais sans tenir compte des procédés inutiles ou superflus (arrêt du Tribunal fédéral 4P.116/2006 du 6 juillet 2006, consid. 3.3 et 3.4.3).

Selon la jurisprudence cantonale, dans les affaires pécuniaires ordinaires, l'indemnité de procédure peut être généralement fixée, en première instance, entre 5 et 10 % du montant litigieux (arrêt de la Cour de justice du Canton de Genève du 22 juin 2007 [ACJC/857/2007] consid. 2.3 et les références citées. Voir aussi CHAIX (n. 66), 352). Cette règle n'est toutefois pas absolue; en particulier, plus la valeur litigieuse est élevée, plus le pourcentage déterminant doit diminuer pour que la rémunération de l'avocat reste dans un rapport raisonnable avec les prestations fournies (arrêt du Tribunal fédéral 2A_25/2008 du 18 juin 2008, consid. 4.2.3. Voir aussi l'arrêt de la Cour de justice du Canton de Genève du 16 décembre 2005 [ACJC/1492/2005] consid. 6.1 et BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 181, N 4 *in fine*).

On précisera enfin que, dans deux affaires relativement récentes, le Tribunal fédéral, se référant à une circulaire de l'Ordre des avocats genevois du 4 juin 1997 (www.odage.ch), a considéré que

le juge pouvait, dans une certaine mesure, tenir compte d'une majoration des honoraires de base de CHF 400 recommandés par cette circulaire, à tout le moins lorsque la valeur litigieuse dépasse CHF 2 millions. Dans la première affaire (arrêt 4D_43/2007 du 23 janvier 2008, consid. 2.3 et 2.4), le Tribunal fédéral a estimé qu'une majoration de 50 % du taux horaire de base n'était pas arbitraire (valeur litigieuse: CHF 578 millions). En revanche, dans la seconde affaire (arrêt 2C_25/2008 du 18 juin 2008, consid. 4.2.5), notre Haute Cour a qualifiée de choquante l'indemnité de procédure de CHF 750 000, résultant d'une majoration de 300 % des honoraires de base (ce qui revient à retenir un taux horaire de CHF 1600), et cela même si la valeur litigieuse était importante (près de CHF 40 millions).

⁶⁸ Voir l'énumération (en soi exhaustive) qui figure à l'art. 181 al. 2 LPC/GE.

⁶⁹ CHAIX (n. 66), 353 s. et les références citées.

⁷⁰ Le Tribunal fédéral précise, lui aussi, que «les affaires judiciaires sont à ce point différentes les unes des autres que toute comparaison est pratiquement impossible» (arrêt 4P.140/2002 du 17 septembre 2002, consid. 2.3).

⁷¹ A titre d'exemple, on relèvera que dans l'affaire portée devant le Tribunal fédéral dans la cause 2A_25/2008 du 18 juin 2008 (action en responsabilité contre l'Etat de Genève), où la valeur litigieuse était de l'ordre de CHF 40 millions, la Cour de justice, statuant en appel, avait retenu une indemnité de procédure de CHF 750 000 pour la procédure de première instance. En revanche, dans l'affaire examinée par le Tribunal fédéral dans la cause 4P.116/2006 du 6 juillet 2006 (opposition à taxe relative à une procédure d'appel en cause dans un procès en responsabilité contre l'organe de révision, dont la valeur litigieuse s'élevait, dans sa globalité, à près de CHF 3 milliards), le recourant s'était plaint de l'indemnité de procédure de CHF 3000 allouée par la Cour de justice pour les procédures de première et deuxième instance sur appel en cause (la note d'honoraires de ses conseils s'élevait à environ CHF 81 000).

⁷² CHAIX (n. 66), 354. Voir cependant la casuistique, «bien que sujette à de fortes variations», relayée par la Cour de justice de Genève dans son arrêt du 22 juin 2007 (ACJC/857/2007) consid. 2.4.

⁷³ Cf. *supra* sous note de bas de page 51.

Par conséquent, même si A obtient le plein de ses conclusions (i.e. CHF 5 millions à titre de dommages-intérêts), il ne récupère que CHF 155 000 (52 800+2200+100 000) auprès des défendeurs C et D, sur les CHF 295 000 «investis» dans le procès. Autrement dit, un montant de CHF 140 000 n'est pas indemnisé et reste à la charge de A.

Mise en perspective avec le gain de CHF 250 000 que A retire indirectement de son action⁷⁴, l'opération se solde néanmoins pour lui, dans cette première hypothèse, par un **excédent de CHF 110 000** (250 000–140 000).

On précisera cependant qu'un tel excédent reste purement virtuel, puisque l'art. 756 al. 1 CO impose à l'actionnaire de prendre des conclusions en paiement à la société, et non à lui-même.

Or, même si les défendeurs C et D acceptent de verser à la société B les montants auxquels ils ont été condamnés, et pour autant qu'ils soient en mesure de le faire, l'actionnaire A ne pourra en principe pas exercer la moindre influence sur l'utilisation qui en sera décidée par la société, respectivement par son conseil d'administration⁷⁵. A court ainsi le risque supplémentaire que cet argent soit investi dans des projets peu rentables, sinon déficitaires, avec pour conséquence, en définitive, qu'il n'en retire pas le moindre avantage, que ce soit sous la forme d'un accroissement de la valeur de sa participation ou, à tout le moins, de dividendes.

bc. Hypothèse n° 2: l'actionnaire obtient partiellement gain de cause

Supposons que A n'obtienne que partiellement gain de cause, en ce sens que le Tribunal condamne C et D à CHF 2.5 millions seulement, sur les CHF 5 millions réclamés en justice, et, partant, décide de réduire d'un tiers les frais de la cause ainsi que l'indemnité de procédure qui sont dus à A⁷⁶.

Confrontée aux chiffres retenus plus haut⁷⁷, une telle issue aurait pour conséquence que A, lequel a dépensé CHF 295 000 en marge de la procédure de première instance⁷⁸, ne récupère qu'environ CHF 103 333 ($155\,000 \times \frac{2}{3}$), ce qui laisse subsister un solde non indemnisé de CHF 191 700.

Compte tenu du gain de CHF 125 000 ($250\,000 \times \frac{1}{2}$) qu'il retire de son action, à tout le moins virtuellement⁷⁹, A essuie une **perte de CHF 66 700** (125 000–191 700) dans ce cas de figure.

bd. Hypothèse n° 3: l'actionnaire est intégralement débouté

Enfin, si les conclusions dirigées contre C et D sont intégralement rejetées par le Tribunal, ce dernier condamnera en principe A au paiement de la totalité des frais de la cause, d'une part, ainsi qu'à une indemnité de procédure valant participation aux honoraires d'avocat des défendeurs, d'autre part. A cet égard, on rappellera que, par le jeu de l'art. 759 al. 2 CO, A sera en principe traité comme s'il n'avait eu qu'une seule partie adverse⁸⁰.

Comme exposé ci-dessus⁸¹, la fixation de l'indemnité de procédure relève d'abord de la libre appréciation du juge, qui rend une décision en équité, en s'inspirant des critères reconnus en la matière.

En admettant, par exemple, que l'indemnité de procédure allouée aux défendeurs C et D s'élève à CHF 75 000, A devrait payer CHF 130 000 à titre de «dépens» dans cette hypothèse (75 000 + 52 800 + 2200).

Or, bien que le juge puisse décider de mettre ces postes à la charge de la société B, conformément à l'art. 756 al. 2 CO, il n'en demeure pas moins que A devra prendre sur lui l'intégralité des honoraires de son mandataire (CHF 200 000) ainsi que les autres frais supportés en lien avec la procédure (CHF 40 000)⁸².

En conclusion, s'il est complètement débouté en première instance et pour autant que le tribunal se montre particulièrement clément à son égard, A se retrouve avec une **ardoise de CHF 240 000**. Si le juge estime que A n'avait pas de bonnes raisons d'intenter action, la charge financière de A **pourrait même atteindre jusqu'à CHF 370 000** (130 000 + 240 000).

c. Procédure de deuxième instance

ca. Généralités

La procédure d'appel emporte notamment pour l'appelant l'obligation de payer un émolument de mise au rôle⁸³, sous peine d'irrecevabilité⁸⁴. A teneur de l'art. 308 al. 1 LPC/GE, les dépens d'appel sont, en effet, séparés de ceux de première instance.

Autrement dit, en matière de dépens, le litige devant la juridiction d'appel constitue une instance distincte qui donne lieu à propres taxation et répartition des dépens⁸⁵. La taxation tiendra compte des frais spécifiques à l'appel et de l'activité déployée devant la Cour de justice, alors

⁷⁴ Cf. *supra* III.2.2.a.

⁷⁵ TRIGO TRINDADE (n. 57), 173.

⁷⁶ La réduction des dépens est expressément prévue par l'art. 176 al. 2 LPC/GE. Voir notamment CHAIX (n. 66), 351.

⁷⁷ Cf. *supra* III.2.2.a. et III.2.2.bb.

⁷⁸ Cf. *supra* III.2.2.b.

⁷⁹ Cf. *supra* III.2.2.bb.

⁸⁰ Voir les références citées en note de bas de page 58.

⁸¹ Cf. *supra* sous note de bas de page 67.

⁸² Cf. *supra* III.2.2.a.

⁸³ Art. 11 RTGMC, cette disposition figurant dans le Titre II, Chapitre I, consacré à la procédure contentieuse devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice.

⁸⁴ Arrêt du Tribunal fédéral du 4 novembre 1988 consid. 2, in: SJ 1989, 155, cité par BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 300, N 10.

⁸⁵ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 308, N 1.

que la répartition des dépens se fondera sur le sort de l'appel lui-même⁸⁶.

Au surplus, les règles exposées ci-dessus, notamment en matière de répartition des dépens⁸⁷, s'appliquent en principe *mutatis mutandis* en appel⁸⁸. Il ne semble donc pas nécessaire de renouveler l'exercice pour la procédure devant la Cour de justice.

CHAIX précise néanmoins que, «pour déterminer l'indemnité de procédure valant pour le travail fourni devant l'instance d'appel, la règle des pourcentages doit s'effacer au profit de critères plus propres à apprécier l'ampleur du travail réellement effectué par l'avocat»⁸⁹. Cette indemnité serait donc en premier lieu déterminée en fonction du temps consacré à la rédaction des écritures devant la Cour et de la difficulté de la cause. La valeur litigieuse ne revêtirait qu'un rôle secondaire, en tant qu'elle serait prise en compte «[...] pour arrondir – vers le haut ou le bas – le montant retenu»⁹⁰.

Par ailleurs, compte tenu du caractère essentiellement écrit de la procédure devant l'instance d'appel, en principe plus courte aussi, les sommes allouées, notamment à titre d'indemnité valant participation aux honoraires d'avocat, sont généralement moins élevées qu'en première instance⁹¹.

cb. Effets d'une procédure de deuxième instance sur le risque financier encouru par l'actionnaire

Si A entend appeler du jugement de première instance, il doit payer un émoluments de mise au rôle, calculé d'après les conclusions qui demeurent litigieuses en appel⁹².

Par ailleurs, l'indemnité de procédure qui pourrait être allouée à l'actionnaire A en cas de gain du procès ne couvrira en principe pas la totalité des honoraires facturés par son mandataire⁹³. On rappelle également que A s'expose aussi à devoir supporter d'autres frais en lien avec la procédure, lesquels ne sont jamais indemnisés⁹⁴.

A cela s'ajoute, enfin, que la jurisprudence du Tribunal fédéral relative à l'art. 759 al. 2 CO, à teneur de laquelle l'actionnaire demandeur est traité, sous l'angle des frais

et dépens, comme s'il n'avait eu qu'une seule partie adverse, n'est en principe plus applicable en deuxième instance⁹⁵.

En définitive, indépendamment de l'issue de la procédure d'appel et des montants qui pourraient être alloués à la partie victorieuse à titre de «dépens», il apparaît ainsi qu'une telle procédure accroît de façon significative la charge et le risque financiers de l'actionnaire A.

d. Transaction en cours de procédure

da. Généralités

Il arrive souvent que les parties mettent un terme à leur litige en cours de procédure, par une transaction.

Dans ce cas, les parties compensent généralement les frais et dépens, en ce sens qu'elles conviennent de conserver la charge des frais et honoraires qu'elles ont exposés à l'occasion du procès⁹⁶. Par ailleurs, conformément à l'art. 23 RTGMC, en cas de transaction, le juge peut, sur requête, mais au plus tard à la clôture de l'instance, ordonner la restitution des émoluments perçus, au maximum à concurrence des $\frac{3}{4}$, mais non en deçà d'un solde de CHF 1000.

db. Effets d'une transaction sur le risque financier encouru par l'actionnaire

On doit se demander si, dans notre exemple⁹⁷, une transaction passée en cours de procédure constituerait une opération rentable pour l'actionnaire A.

Supposons que l'actionnaire A et les administrateurs C et D entendent transiger leur litige à la moitié de la procédure de première instance et que, parvenu à ce stade, A ait déjà dû supporter la moitié des honoraires d'avocat (i.e. CHF 100 000) ainsi que la moitié des autres frais (i.e. CHF 20 000) et des avances requises en lien avec la procédure (i.e. CHF 1400), exposés ci-dessus⁹⁸. On rappelle, par ailleurs, que A a également payé un émoluments de mise au rôle de CHF 52 800. Au moment de transiger, les dépenses consenties par A ascendent ainsi à CHF 174 200 (121 400 + 52 800).

Dans l'hypothèse où les parties conviennent de mettre un terme au litige pour CHF 2.5 millions (au lieu des CHF 5 millions réclamés par A), le résultat pour A se présente comme suit: compte tenu de sa participation de 5 %, il obtient (virtuellement) CHF 125 000 sur le montant que C et D acceptent de payer à la société B. Par ailleurs, en application de l'art. 23 RTGMC⁹⁹, A est légitimé de requérir le remboursement de l'émoluments d'introduction, mais au maximum (et en théorie) à concurrence de CHF 39 600 (52 800 x $\frac{3}{4}$).

⁸⁶ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 308, N 1.

⁸⁷ Cf. *supra* III.2.2b, notamment la note de bas de page 67.

⁸⁸ L'art. 313 LPC/GE renvoie aux art. 176 à 185 LPC/GE.

⁸⁹ CHAIX (n. 66), 354, avec référence à l'arrêt du Tribunal fédéral 4P.140/2002 du 17 septembre 2002, consid. 2.3.

⁹⁰ CHAIX (n. 66), 354.

⁹¹ CHAIX (n. 66), 350. Voir, par exemple, l'arrêt du Tribunal fédéral 2A_25/2008 du 18 juin 2008, où il est indiqué que les juridictions cantonales ont alloué une indemnité de procédure de CHF 750 000 en première instance et de CHF 100 000, respectivement, en deuxième instance.

⁹² Dans notre exemple, si les conclusions de l'actionnaire A ont été intégralement rejetées en première instance et, partant, persiste en appel au paiement de CHF 5 millions contre les administrateurs C et D, il devra payer des droits de greffe de CHF 52 800 (cf. *supra* III.2.2ba.).

⁹³ Cf. *supra* note de bas de page 51.

⁹⁴ Cf. *supra* notes de bas de page 40 et 41.

⁹⁵ Voir les références citées en notes de bas de page 58 et 59.

⁹⁶ BERTOSSA/GAILLARD/GUYET/SCHMIDT (n. 40), art. 176, N 9.

⁹⁷ Cf. *supra* III.2.2a.

⁹⁸ Cf. *supra* III.2.2ba.

⁹⁹ Cf. *supra* III.2.2da. *in fine*.

En conclusion, une transaction entraînerait, pour A, un *découvert de CHF 9600* (164 600–174 200) et ne présente donc aucun avantage pour lui, sauf à limiter l'étendue de sa perte dans l'hypothèse où le procès ne se développe pas comme prévu.

Aussi, à l'exception de ce cas de figure, l'actionnaire A aurait tout intérêt à subordonner la transaction à la condition que les dépenses qu'il a dû consentir en marge du procès (honoraires d'avocat, autres frais, part non restituée de l'émolument de mise au rôle, etc.) lui soient partiellement ou intégralement remboursées, par imputation sur le montant que les défendeurs C et D ont accepté de payer à la société B.

A notre sens, rien ne s'oppose à ce que le conseil d'administration de la société B accepte de telles conditions.

En l'occurrence, à supposer que l'ensemble des frais exposés par A soient rétrocedés à ce dernier (ils totalisent CHF 121 400 + 13 200¹⁰⁰ = 134 600), la situation serait la suivante: C et D paient CHF 2.5 millions, sur lesquels sont prélevés CHF 134 600 en faveur de A à titre de défraiement. Le solde, soit CHF 2 365 400, est versé à la société B. Au vu de sa participation (5 %), l'actionnaire en retire (virtuellement) un *gain net de CHF 118 270*. Structurée de cette façon, l'opération est nettement plus intéressante pour lui.

e. Synthèse

Les explications qui précèdent démontrent combien le risque financier encouru par un actionnaire qui agit selon l'art. 756 CO est considérable, sinon démesuré, et cela même lorsque, comme dans l'exemple illustré ci-dessus¹⁰¹, sa participation dans la société est relativement importante.

Au vu notamment des frais qui demeurent à la charge de l'actionnaire, quel que soit le résultat du procès (honoraires d'avocat non couverts par d'éventuels dépens¹⁰², autres frais non compensés, etc.), et compte tenu du fait qu'il n'est fixé sur le sort des frais et dépens de la procédure qu'à l'issue de celle-ci¹⁰³, l'actionnaire doit donc se montrer extrêmement prudent avant d'entreprendre quoi que ce soit, notamment en évaluant soigneusement ses chances de succès.

En effet, comme évoqué ci-dessus¹⁰⁴, une procédure judiciaire pourrait déjà aboutir à un résultat déficitaire pour le demandeur, même s'il obtient gain de cause à concurrence de la moitié de ses conclusions. Par ailleurs,

la situation est susceptible de se détériorer dans l'hypothèse où il appelle du jugement de première instance¹⁰⁵.

Par conséquent, à notre sens, en application de la réglementation actuelle, un actionnaire devrait renoncer à engager un procès à chaque fois que ses chances de succès et la solvabilité des défendeurs n'atteignent pas au moins 80–90 %, ce qui témoigne de l'obstacle auquel le plaideur est confronté.

En conclusion, l'art. 756 al. 2 CO n'est pas satisfaisant et une refonte de cette disposition paraît s'imposer, si l'on entend réellement faciliter les actions en responsabilité introduites hors faillite.

Les développements qui suivent permettront de vérifier dans quelle mesure cette préoccupation a été prise en considération dans le cadre de l'actuelle révision du droit de la société anonyme¹⁰⁶.

IV. L'abrogation de l'art. 756 al. 2 CO ou la volte-face du Conseil fédéral

1. Avant-Projet et procédure de consultation

1.1 Avant-projet du 2 décembre 2005

L'Avant-Projet a totalement passé sous silence les difficultés d'application et les problèmes que soulève l'art. 756 CO, évoqués ci-dessus¹⁰⁷.

L'Avant-projet n'a pas non plus tenu compte des recommandations émises par le groupe de travail BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET dans son rapport du 30 septembre 2003¹⁰⁸. Dans le but d'encourager la démarche des actionnaires qui sont disposés à agir en dommages-intérêts en dehors de la faillite de la société, essentiellement dans l'intérêt de cette dernière, BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET avaient en effet suggéré de reformuler l'art. 756 al. 2 CO de la manière suivante:

«La société supporte les frais et dépens dans toutes les instances judiciaires, lorsque le demandeur avait de bonnes raisons d'intenter action et qu'il n'a pas agi de manière abusive»¹⁰⁹.

En effet, il aurait sans doute été souhaitable de durcir le régime de responsabilité qui est applicable hors faillite.

Compte tenu des faiblesses inhérentes à l'art. 756 CO, tel qu'il est conçu et interprété actuellement¹¹⁰, les organes dirigeants ne courent pratiquement aucun risque d'être actionnés en dommages-intérêts aussi longtemps

¹⁰⁰ Ce montant correspond à la part non récupérée de l'émolument d'introduction (52 800 x ¼).

¹⁰¹ Cf. *supra* III.2.2a.

¹⁰² «Indemnité de procédure» dans la terminologie genevoise; cf. *supra* sous note de bas de page 66.

¹⁰³ Cf. *supra* sous note de bas de page 47.

¹⁰⁴ Cf. *supra* III.2.2bc.

¹⁰⁵ Cf. *supra* III.2.2cb.

¹⁰⁶ Cf. *infra* IV.

¹⁰⁷ Cf. *supra* III.2.

¹⁰⁸ BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (n. 53), 160 et 284.

¹⁰⁹ BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (n. 53), 284.

¹¹⁰ Cf. *supra* III.2.

que la société n'a pas été déclarée en faillite¹¹¹, d'autant que la loi ne permet pas aux créanciers sociaux d'agir dans cette hypothèse¹¹².

Par ailleurs, on relèvera que, de fait, il existe une **inégalité de traitement** importante entre l'actionnaire demandeur et les dirigeants sociaux en ce qui concerne la prise en charge de leurs frais d'avocat respectifs.

En effet, comme évoqué ci-dessus¹¹³, l'actionnaire doit payer de sa poche les honoraires de son conseil; en outre, même s'il obtient gain de cause, les dépens que le tribunal alloue à l'actionnaire, à l'issue de la procédure, ne représentent souvent qu'une partie des montants que ce dernier aura effectivement supportés à ce titre. Enfin, le temps que l'actionnaire consacre à la procédure n'est jamais indemnisé.

Inversement, les organes dirigeants bénéficient souvent de polices d'assurances (en particulier D&O), conclues par la société¹¹⁴. Ces polices couvrent généralement les frais engendrés par leur défense dans les procès en responsabilité¹¹⁵, peu importe, à cet égard, que l'actionnaire exerce contre eux une prétention qui, matériellement, appartient à la société¹¹⁶. Il arrive aussi que cette dernière avance à ses organes, par exemple sous la forme d'un prêt¹¹⁷, les montants nécessaires pour assurer leur défense ou encore qu'elle s'engage, à certaines conditions, à les décharger des frais qu'ils pourraient être amenés à supporter («*indemnification*»)¹¹⁸.

Au vu de ce qui précède, il semble donc nécessaire de rétablir un certain équilibre, notamment en améliorant la position de l'actionnaire qui agit en justice pour le compte de la société. Cette question sera examinée plus avant¹¹⁹.

Quoi qu'il en soit, la seule modification que l'Avant-projet a proposé d'apporter à l'art. 756 CO est l'abrogation de son alinéa 2, la répartition des frais de l'action en responsabilité étant appelée à être réglée par la procédure civile fédérale unifiée¹²⁰.

1.2 Procédure de consultation

La procédure de consultation, qui s'est déroulée du 2 décembre 2005 au 31 mai 2006, n'a pas réservé de surprises en lien avec l'art. 756 CO. Ainsi qu'il sera exposé dans une contribution distincte, en matière de responsabilité, les prises de position ont surtout porté sur la question (très controversée) de la limitation de la solidarité de l'organe de révision.

Cela étant, parmi les prises de position soumises à l'Office fédéral de la justice, celle du canton d'Argovie mérite d'être brièvement mentionnée ici.

Une des conséquences de l'art. 756 al. 2 CO est que le juge appelé à statuer sur les frais et dépens se livre à une appréciation *ex post*, en ce sens que c'est à la fin de la procédure seulement qu'il décide si, «*compte tenu de l'état de fait et de droit, l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir*»¹²¹. Jusqu'à ce stade, l'actionnaire prend sur lui la totalité du risque financier lié à l'action sociale, ce qui n'est pas satisfaisant¹²².

C'est la raison pour laquelle le canton d'Argovie a recommandé l'introduction d'une procédure sommaire, préliminaire, dont l'objet serait limité à l'examen, sous l'angle de la vraisemblance, du bien-fondé de l'action en dommages-intérêts que l'actionnaire se propose de mener pour le compte (et à la place) de la société¹²³. Si, à l'issue de cet examen préliminaire, la prétention paraît fondée, alors les frais de la procédure (principale) devraient être supportés par la société dans la mesure où ils ne peuvent pas être mis à la charge des défendeurs¹²⁴.

La proposition du canton d'Argovie, formulée de manière analogue par VON DER CRONE il y a quelques an-

¹¹¹ Sous réserve notamment d'une prise de contrôle, évoquée *supra* sous note de bas de page 23.

¹¹² BÖCKLI (n. 10), § 18 N 236; CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 9; VON DER CRONE/CARBONARA/HUNZIKER (n. 12), 66; GARBARSKI (n. 13), 81 s.; HANDSCHIN (n. 12), 238 s. On rappelle néanmoins que les créanciers peuvent agir en tout temps en réparation de leur dommage direct lorsque la société n'a subi aucun préjudice. Voir notamment ATF 132 III 564 consid. 3.2.1 et la jurisprudence citée; PETER R. ISLER, Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen, in: Weber/Isler (édit.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV, Zurich 2008, 94.

¹¹³ Cf. *supra* III.2. et les références citées en notes de bas de page 41, 51 et 53.

¹¹⁴ HALLER (n. 23), N 630.

¹¹⁵ Voir par exemple DANIEL DAENIKER, Versicherung, Prozesskostensatz und Freistellung (*Indemnification*) von Organpersonen, in: von der Crone/Weber/Zäch/Zobl (édit.), Neuere Tendenzen zum Gesellschaftsrecht, Festschrift Forstmoser, Zurich 2003, 531. Voir aussi HALLER (n. 23), N 387.

¹¹⁶ «*Company versus insured*». Pour le tout, voir HALLER (n. 23), N 660 s. et 663 ss. Sur la nature juridique de l'action intentée par l'actionnaire, voir *supra* II. *in fine*.

¹¹⁷ BÖCKLI (n. 10), § 18 N 853 ss; DAENIKER (n. 115), 533 ss; HALLER (n. 23), N 635 s.

¹¹⁸ HALLER (n. 23), N 635 et les références citées.

¹¹⁹ Cf. *infra* IV.3.

¹²⁰ Rapport Explicatif (n. 1), 84.

¹²¹ Voir le texte de l'art. 756 al. 2 CO *in initio*.

¹²² CHK-BINDER/ROBERTO (n. 36), art. 756, N 16. Voir aussi BINDER (n. 47), 70 et NIKITINE (n. 38), 92.

¹²³ La Fédération Suisse des Avocats (FSA) s'est elle aussi montrée favorable à l'introduction d'une telle procédure sommaire, essentiellement dans le but de réduire les frais que la société pourrait être appelée à supporter en lien avec une procédure initiée par un actionnaire. Voir la prise de position de la FSA du 9 juin 2006, partie introductive, 4 et le tableau systématique, 17 ss, disponible à l'adresse suivante: http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision/vernehmlassung.Par.0003.File.tmp/Verbaende_03.pdf (consulté le 18 février 2009).

¹²⁴ Pour le tout, voir la prise de position du canton d'Argovie du 24 mai 2006, 7, disponible à l'adresse <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/aktienrechtrevision/vernehmlassung.Par.0001.File.tmp/Kantone.pdf> (consulté le 18 février 2009).

nées déjà¹²⁵, n'a toutefois pas été retenue, ni même commentée, à l'issue de la procédure de consultation, dans le Projet 2007¹²⁶.

2. Projet du 21 décembre 2007

2.1 Généralités

Le Projet 2007 prévoit, lui aussi, l'abrogation de l'art. 756 al. 2 CO et s'inscrit ainsi dans la continuité logique de l'Avant-projet.

Le projet de Code de procédure civile suisse («P-CPC») ayant été publié dans l'intervalle¹²⁷, le Message du Conseil fédéral accompagnant le Projet 2007 précise, en outre, que la répartition des frais de l'action en responsabilité sera traitée à l'avenir par l'art. 105 al. 1 lit. b et f P-CPC. La couleur avait, en réalité, déjà été annoncée en marge de la publication du P-CPC¹²⁸.

A l'inverse cependant de ce que suggère la terminologie malheureuse utilisée dans la version française du Message précité¹²⁹, lequel se réfère à une «plainte» et au «plaignant», c'est bien d'une «demande», respectivement du «demandeur», dont il est question¹³⁰.

Quoi qu'il en soit, le choix opéré par le Projet 2007 d'abroger l'art. 756 al. 2 CO, en renvoyant au P-CPC, est-il judicieux et convaincant? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner dans le paragraphe ci-après¹³¹.

Compte tenu du fait que le CPC a été adopté par les Chambres fédérales le 19 décembre 2008¹³², c'est au texte définitif de la loi qu'il sera fait référence dans les développements qui suivent, d'autant que les dispositions du P-CPC qui traitent de la répartition des frais (art. 104 à 106 P-CPC)¹³³ n'ont subi que quelques retouches rédactionnelles. A noter toutefois que leur numérotation a

été décalée, puisqu'il s'agit désormais des art. 106 à 108 CPC¹³⁴.

2.2 Problèmes soulevés par le renvoi au CPC

L'art. 107 al. 1 lit. b et f CPC a la teneur suivante:

«Le tribunal peut s'écarter des règles générales et répartir les frais selon sa libre appréciation dans les cas suivants:

[...]

b. une partie a intenté le procès de bonne foi;

[...]

f. des circonstances particulières rendent la répartition en fonction du sort de la cause inéquitable».

Ainsi que cela résulte de son texte, la bonne compréhension de l'art. 107 CPC commande qu'il soit lu dans le prolongement de la règle générale exprimée à l'art. 106 CPC (intitulé «Règles générales de répartition»), dont il constitue une atténuation¹³⁵.

L'art. 106 CPC dispose ce qui suit:

«1. Les frais sont mis à la charge de la partie succombante. La partie succombante est le demandeur lorsque le tribunal n'entre pas en matière et en cas de désistement d'action; elle est le défendeur en cas d'acquiescement.

2. Lorsqu'aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, les frais sont répartis selon le sort de la cause.

3. Lorsque plusieurs personnes participent au procès en tant que parties principales ou accessoires, le tribunal détermine la part de chacune aux frais du procès. Il peut les tenir pour solidairement responsables».

Il apparaît ainsi que les art. 106 et 107 CPC ne traitent que de la répartition des frais de la procédure entre les parties au procès.

Le Message du Conseil fédéral ne dit d'ailleurs pas autre chose à propos des dispositions correspondantes du P-CPC¹³⁶. Il précise, en outre, que «la répartition en équité de l'art. 105 permet d'abroger les règles similaires de maintes lois fédérales, en matière notamment de contestation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires (art. 706a, al. 3, CO) et de responsabilité en droit de la société anonyme (art. 756, al. 2, CO [...])».

Ce passage du Message appelle les commentaires suivants.

L'action en annulation des décisions de l'assemblée générale¹³⁷ étant exclusivement dirigée contre la société¹³⁸

¹²⁵ VON DER CRONE (n. 46), 76.

¹²⁶ FF 2008, 1571 ss, spéc. 1607.

¹²⁷ FF 2006, 6841 ss (Message du 28 juin 2006) et 7019 ss (texte du projet).

¹²⁸ Message, FF 2006, 6909: «La répartition en équité de l'art. 105 permet d'abroger les règles similaires de maintes lois fédérales, en matière notamment de contestation des décisions de l'assemblée générale des actionnaires (art. 706a, al. 3, CO) et de responsabilité en droit de la société anonyme (art. 756, al. 2, CO [...])». Voir aussi BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 15.

¹²⁹ Message, FF 2008, 1512.

¹³⁰ Voir en effet le texte de l'art. 105 P-CPC (FF 2006, 7041) ainsi que le passage correspondant du Message, FF 2006, 6908 s. La version allemande du Message à l'appui du Projet 2007 parle d'ailleurs de «Klage», de «Klägerin» et de «Kläger», respectivement (FF 2008, 1693).

¹³¹ Cf. *infra* IV.2.2.

¹³² FF 2009, 21, le délai référendaire expirant le 16 avril 2009.

¹³³ FF 2006, 7041. Le chapitre 2 du P-CPC, «Répartition et liquidation des frais», a été intitulé «Répartition et règlement des frais» dans le CPC.

¹³⁴ FF 2009, 43 s.

¹³⁵ Message, FF 2006, 6908.

¹³⁶ FF 2006, 6908 s.

¹³⁷ Art. 706 et 706a CO.

¹³⁸ ATF 122 III 279 consid. 3c aa), JdT 1998 I 605; HENRY PETER/FRANCESCA CAVADINI, in: Commentaire romand, Tercier/Amstutz (édit.), Code des obligations II, Bâle 2008, art. 706, N 18; BRIGITTE TANNER, in: Amstutz et al. (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Zurich 2007, art. 706, N 10.

(laquelle est donc partie à la procédure), rien ne s'oppose, en effet, à ce que l'art. 706a al. 3 CO, qui traite de la répartition des frais et dépens, soit remplacé, à l'avenir, par une règle générale d'équité, telle que l'art. 107 CPC. Sur ce point, la démarche du Conseil fédéral ne saurait, fondamentalement, prêter le flanc à la critique¹³⁹.

En revanche, on ne peut pas en dire autant s'agissant de l'action sociale intentée par un actionnaire, conformément à l'art. 756 CO. On rappelle que la particularité du mécanisme prévu par l'art. 756 al. 2 CO réside précisément en ce qu'il permet de condamner la société aux frais d'une procédure à laquelle elle n'est pas partie¹⁴⁰.

Or, à rigueur de texte, une telle faculté ne paraît pas (plus) envisageable sur la base de l'art. 107 CPC, celui-ci ne réglant que la répartition des frais entre les parties au procès. En l'absence d'une disposition *spéciale* comparable à l'art. 756 al. 2 CO, l'on ne discerne pas sur quelle base les frais de la procédure pourraient être mis à la charge de la société, en équité, à chaque fois que cette dernière n'est pas, elle aussi, partie au procès en responsabilité engagé par l'un de ses actionnaires¹⁴¹.

L'abrogation de l'art. 756 al. 2 CO, telle qu'envisagée de façon coordonnée par le Projet 2007 et le CPC¹⁴², conduirait ainsi maladroitement à une **lacune de la loi**¹⁴³, l'art. 108 CPC n'étant d'aucun secours à cet égard¹⁴⁴. Tout au plus l'art. 107 CPC pourrait-il être appliqué par analogie¹⁴⁵, ce qui aurait pour effet de réduire encore davantage la popularité dont jouit l'action intentée par un actionnaire hors faillite¹⁴⁶, cette action étant déjà mise à mal par une jurisprudence restrictive du Tribunal fédéral¹⁴⁷.

Par ailleurs, au vu de la subsidiarité de l'art. 107 CPC par rapport à l'art. 106 CPC, le juge n'examinerait guère plus d'office si, et dans quelle mesure, les frais du procès doivent être mis à la charge de la société au lieu de l'actionnaire demandeur; de fait, ce dernier serait vraisemblablement contraint d'alléguer et d'établir spontanément qu'il a intenté le procès de bonne foi¹⁴⁸.

A la suite de HALLER¹⁴⁹, on signalera, enfin, que l'hypothèse du «*petit actionnaire*» que le Message évoque comme cas d'application possible de l'art. 107 al. 1 lit. b CPC, en tant qu'il aurait besoin d'un traitement de faveur compte tenu de l'*«inégalité économique»* ou de *«l'intérêt public à ce que la protection de l'actionnaire [...] soit effectivement appliquée»*¹⁵⁰ est pour le moins déroutante, à double titre.

D'une part, le Message laisse penser qu'il s'agirait d'une norme à caractère social, ce qui est erroné, la capacité financière des parties au procès étant étrangère à la *ratio* de l'art. 107 al. 1 lit. b CPC¹⁵¹. D'autre part, le Message suggère que l'application de la réglementation actuelle serait, dans les faits, limitée aux petits actionnaires. Or, tel n'est pas le cas. Comme indiqué ci-dessus¹⁵², l'action fondée sur l'art. 756 CO ne présente pas vraiment d'intérêt pour eux, dès lors que le bénéfice que les actionnaires pourraient (indirectement) en retirer dépend, précisément, de l'étendue de leur participation au capital de la société.

3. Projet du 5 décembre 2008

3.1 Retour au statu quo ex ante?

Au vu notamment des incohérences relevées ci-dessus, le Projet 2007 a naturellement suscité des réactions dans la doctrine¹⁵³. Cette dernière insiste notamment sur la nécessité qu'une disposition spéciale traitant de la prise en charge des frais et dépens, à l'instar de l'art. 756 al. 2 CO, soit maintenue dans le droit de la société anonyme¹⁵⁴.

¹³⁹ Message, FF 2006, 6909, avec référence à l'art. 706a al. 3 CO.

¹⁴⁰ Cf. *supra* III.1., sous note de bas de page 42 et les références citées.

¹⁴¹ Du même avis, HALLER (n. 23), N 300 et BSK OR II-WIDMER/GERICKE/WALLER (n. 10), art. 756, N 15 *in fine*. Or, ainsi que le souligne CORBOZ (CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 10), si un actionnaire agit en dommages-intérêts hors faillite, c'est nécessairement que la société a renoncé à le faire et n'est donc pas partie à la procédure (voir déjà le Message, FF 1983, 965). On ne peut pas imaginer, en effet, qu'un actionnaire prenne les risques d'une action en responsabilité tant qu'il y a des chances que la société les prendra à sa place. Voir aussi, dans le même sens, BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (n. 53), 284.

¹⁴² Cf. *supra* IV.2.

¹⁴³ HALLER (n. 23), N 300 ss; RASHID BAHAR/RITA TRIGO TRINDADE, Revision des Verantwortlichkeitsrechts: Differenzierte Solidarhaftung der Revisionsstelle und übrige Änderungen, GesKR Sondernummer 2008, 156.

¹⁴⁴ HALLER (n. 23), N 300, avec référence à l'art. 106 P-CPC («*Frais inutiles*»). L'art. 108 CPC («*Frais causés inutilement*») dispose que «*Les frais causés inutilement sont mis à la charge de la personne qui les a engendrés*».

¹⁴⁵ BAHAR/TRIGO TRINDADE (n. 143), 156 s.

¹⁴⁶ Contrairement à ce que suggère PETER BÖCKLI, Zum Vorentwurf für eine Revision des Aktien- und Rechnungslegungsrechts, GesKR 2006, 13, note de bas de page 127, les conséquences vont donc bien au-delà d'une simple «*retouche*».

¹⁴⁷ Cf. *supra* III.2. et les références citées en notes de bas de page 58 et 59.

¹⁴⁸ HALLER (n. 23), N 298 s. Voir aussi ADRIAN STAEHELIN/DANIEL STAEHELIN/PASCAL GROLIMUND, Zivilprozessrecht, Zurich 2008, § 16 N 36, lesquels signalent que l'art. 105 P-CPC (art. 107 CPC) constitue une exception et ne devra être appliqué qu'avec retenue.

¹⁴⁹ HALLER (n. 23), N 298.

¹⁵⁰ FF 2006, 6908 s.

¹⁵¹ Dans le même sens, STAEHELIN/STAEHELIN/GROLIMUND (n. 149), § 16 N 36.

¹⁵² Cf. *supra* sous note de bas de page 34.

¹⁵³ Voir notamment BAHAR/TRIGO TRINDADE (n. 144), 156 s. et HALLER (n. 23), N 300 ss.

¹⁵⁴ BAHAR/TRIGO TRINDADE (n. 143), 156 s. Dans ce sens, voir aussi la prise de position du canton d'Argovie (n. 125), 7: «*Es stellt sich die Frage, ob die Prozesskosten der Verantwortlichkeitsklage als lex specialis zur Schweizerischen Zivilprozessordnung nicht einer separaten Regelung bedürfen*» et BINDER (n. 47), 70; Contra ERNST F. SCHMID, Prozessuales zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage, in: Zindel/Peyer/Schott (édit.), Wirtschaftsrecht in Bewegung, Festschrift Forstmoser, Zurich 2008, 602 s.

Dans le Projet 2008¹⁵⁵, publié quelques jours seulement avant le vote final sur le CPC¹⁵⁶, le Conseil fédéral admet implicitement que l'art. 107 al. 1 lit. b et f CPC¹⁵⁷ ne pourra pas déployer les mêmes effets que l'art. 756 al. 2 CO¹⁵⁸, contrairement à ce qui avait été initialement annoncé, à tort, en marge du P-CPC et du Projet 2007¹⁵⁹.

On rappelle, en effet, que les frais du procès ne sauraient être mis à la charge de la société, sur la base de l'art. 107 CPC, lorsqu'elle n'y est pas partie¹⁶⁰.

Le Projet 2008 entend corriger cette bévue par l'introduction d'un art. 107 al. 1^{bis} P-CPC, reproduit ci-dessous, étant précisé toutefois que cette disposition complémentaire n'a pas pu être intégrée dans le CPC avant son adoption par le Parlement¹⁶¹:

«En cas de rejet d'une action du droit des sociétés en paiement à la société (art. 678 et 756 CO), le tribunal peut répartir les frais entre la société et le demandeur selon son appréciation»¹⁶².

Se référant à l'art. 756 al. 2 CO, le Message précise que l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC constituerait un «retour à l'état de droit actuel»¹⁶³. Il s'en démarquerait toutefois en tant qu'il renonce à mentionner explicitement les critères qui doivent guider le juge dans la répartition des frais entre la société et l'actionnaire demandeur¹⁶⁴.

Ces deux éléments sont examinés dans le paragraphe qui suit¹⁶⁵.

3.2 Examen critique de l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC

De manière générale, la démarche du Conseil fédéral doit être saluée, puisque, de toute évidence, l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC vise à combler une lacune qui aurait été entraînée par l'abrogation de l'art. 756 al. 2 CO¹⁶⁶.

Cela étant, l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC constitue-t-il réellement un «retour à l'état du droit actuel», comme indiqué dans le Message?¹⁶⁷

Comme évoqué précédemment¹⁶⁸, l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC renonce à mentionner explicitement les critères que le juge doit prendre en considération lorsqu'il statue sur la répartition des frais entre l'actionnaire demandeur et la société. Le Message relève, bien plus, que «le tribunal doit tenir compte de toutes les circonstances déterminantes du cas d'espèce [...]»¹⁶⁹.

A notre sens, le juge devra en tous cas se demander si l'actionnaire avait de bonnes raisons d'agir, au vu de l'état de fait et de droit, au moment où il a intenté l'action¹⁷⁰. L'actionnaire doit avoir agi de bonne foi et avec prudence, en ce sens que plus ses démarches étaient audacieuses, et plus la part des frais mis à sa charge sera importante¹⁷¹. Au vu du risque financier encouru par l'actionnaire demandeur et de l'intérêt souvent réduit, sinon inexistant, qu'il peut personnellement tirer d'une action fondée sur l'art. 756 al. 1 CO¹⁷², on imagine mal toutefois qu'un actionnaire engage une telle procédure sans disposer de motifs légitimes.

Autrement dit, les frais ne devraient être mis à la charge de l'actionnaire que s'il était de mauvaise foi ou lorsque ses démarches apparaissent comme manifestement téméraires¹⁷³.

Par ailleurs, compte tenu de la formulation très large de l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC, le juge devrait aussi pouvoir tenir compte d'autres critères, notamment l'intérêt que l'action pourrait présenter pour des tiers (en particulier les autres actionnaires), l'étendue de la participation du demandeur¹⁷⁴, l'attitude des parties durant le procès ou

¹⁵⁵ FF 2009, 265 ss (Message) et 307 ss (Projet).

¹⁵⁶ Cf. *supra* sous note de bas de page 133.

¹⁵⁷ Comme indiqué précédemment (cf. *supra* IV.2.1 *in fine*), il est volontairement fait référence ici aux dispositions du CPC, en particulier à leur (nouvelle) numérotation, même si le Projet 2008, au vu de la date de sa parution, cite encore les dispositions correspondantes du P-CPC.

¹⁵⁸ Message, FF 2009, 292: «Le [P-CPC] renonçait cependant à prévoir que les frais puissent être mis à la charge de la société si cette dernière n'est pas partie».

¹⁵⁹ Cf. *supra* IV.2.2.

¹⁶⁰ Cf. *supra* sous note de bas de page 142. Voir aussi le Message, FF 2009, 292: «L'art. 105 P CPC prévoit donc une règle d'équité qui permet au juge de répartir les frais selon sa libre appréciation entre le demandeur et le défendeur».

¹⁶¹ Les premières retouches au CPC sont donc déjà clairement annoncées. A noter que le Projet 2008 fait encore référence à l'ancienne numérotation (art. 105 al. 1^{bis} CPC; FF 2009, 310). Dans sa teneur votée par le Parlement le 19 décembre 2008, c'est bien de l'art. 107 al. 1^{bis} CPC dont il est question.

¹⁶² FF 2009, 310. Le fait que l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC mentionne aussi l'action en restitution des prestations (art. 678 CO) doit être salué. En effet, en dépit des propositions faites par BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (n. 53), 159 et 212 s., ni l'Avant-Projet (n. 1), ni le Projet 2007 (FF 2008, 1589 s.), n'avaient prévu la possibilité de faire supporter les frais de cette action à la société; voir notamment BINDER (n. 47), 70. Par ailleurs, en droit actuel, la doctrine est plutôt réservée s'agissant d'une application par analogie de l'art. 756 al. 2 CO à l'action en restitution des prestations; voir PETER KURER, in: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (édit.), Obligationenrecht II, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 678, N 33 et les références citées.

¹⁶³ FF 2009, 292. Le Message signale, en outre, que la règle de l'art. 107 al. 1 CPC restera applicable aux autres litiges du droit des sociétés, la société étant en principe elle-même partie à la procédure; voir aussi *supra* sous note de bas de page 140.

¹⁶⁴ FF 2009, 292.

¹⁶⁵ Cf. *infra* IV.3.2.

¹⁶⁶ Cf. *supra* sous note de bas de page 144.

¹⁶⁷ FF 2009, 292.

¹⁶⁸ Cf. *supra* note de bas de page 165.

¹⁶⁹ FF 2009, 293.

¹⁷⁰ Voir le texte de l'art. 756 al. 2 CO. Voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7 (au sujet de l'art. 706a CO).

¹⁷¹ CR CO II-CORBOZ (n. 8), art. 756, N 24.

¹⁷² Cf. *supra* III.2.

¹⁷³ En cela, nous rejoignons la proposition qui avait été faite par BÖCKLI/HUGUENIN/DESSEMONTET (n. 53), 160 et 284.

¹⁷⁴ Plus la participation de l'actionnaire est faible, moins l'issue de l'action ne sert ses intérêts personnels, et plus son initiative d'agir en faveur de l'ensemble des actionnaires devrait être

encore la position adoptée par les organes de la société avant l'introduction de l'action¹⁷⁵.

Quoi qu'il en soit, le juge bénéficiera d'une liberté d'appréciation importante avec l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC¹⁷⁶. Cela ne devrait guère être de nature à inciter les actionnaires à agir plus souvent en justice, d'autant moins que le tribunal, à l'instar du droit actuel¹⁷⁷, ne statuera en principe qu'à l'issue de la procédure sur la répartition des frais entre l'actionnaire et la société¹⁷⁸.

En définitive, il apparaît que l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC ne changera fondamentalement rien au problème du risque financier majeur que l'actionnaire encourt en marge de l'action fondée sur l'art. 756 al. 1 CO¹⁷⁹.

Il semble donc nécessaire de vérifier s'il n'existe pas, *de lege ferenda*, des moyens susceptibles d'améliorer la position de l'actionnaire et qui mériteraient d'être examinés plus attentivement par les milieux intéressés dans le cadre de l'actuelle révision du droit de la société anonyme¹⁸⁰.

3.3 Amélioration de la position de l'actionnaire

En premier lieu, conformément à ce qui a été exposé plus haut¹⁸¹, on pourrait notamment songer à l'introduction d'une **procédure préliminaire**, sommaire, dont l'objet serait limité à l'examen du bien-fondé du procès en responsabilité que l'actionnaire est disposé à intenter pour le compte de la société («*Klagezulassungsverfahren*»).

Si, à l'issue de cette procédure préliminaire, la prétention paraît fondée, les frais engendrés par une procédure

au fond devraient être supportés par la société, à l'exclusion de l'actionnaire, dans la mesure où ils ne sont pas mis à la charge des défendeurs¹⁸². Inversement, si l'examen préliminaire aboutit à la conclusion que la prétention semble mal fondée, mais que l'actionnaire prend néanmoins le risque d'intenter une action en responsabilité, il n'y aurait, en soi, rien de choquant à ce qu'il doive prendre en charge les frais du procès en cas de perte de celui-ci.

Ce système, au demeurant connu de certaines législations étrangères¹⁸³, présente un avantage important pour l'actionnaire en termes de *prévisibilité*, puisqu'il est fixé d'entrée de cause sur la question des frais qu'il pourrait devoir supporter en cas de procès¹⁸⁴.

Une autre solution, inspirée du mécanisme applicable en cas de faillite (art. 757 al. 2 2^{ème} phrase CO), consisterait à accorder à l'actionnaire qui prend l'initiative d'une procédure judiciaire un **droit de priorité** sur le produit de son action, par exemple à concurrence de son dommage (indirect) et de ses frais¹⁸⁵.

Dans un tel système, l'incitation économique à l'ouverture d'une action est indéniable¹⁸⁶.

Pour tenir compte du caractère «altruiste» de l'action fondée sur l'art. 756 CO¹⁸⁷ et, partant, éviter que l'actionnaire ne limite sa demande au montant qui pourrait potentiellement lui revenir, par le jeu d'un tel droit de priorité¹⁸⁸, il conviendrait vraisemblablement de l'obliger à agir pour la totalité du dommage subi par la société.

«récompensée», au stade de la répartition des frais. Dans ce sens, voir les réflexions dans l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.399/2001 du 21 novembre 2002 consid. 7 *in fine*.

¹⁷⁵ Si le conseil d'administration a renoncé à agir en responsabilité nonobstant l'existence d'indices concrets de manquements commis par certains organes dirigeants, par exemple parce qu'il cherchait à les «couvrir», il semblerait légitime que la part des frais mis à la charge de la société soit plus importante. Voir notamment KALSS (n. 17), 683; en lien avec l'art. 706a CO, voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_43/2007 du 11 juillet 2007, consid. 7 ainsi que DIETER DUBS/ROLAND TRUFFER, in: Basler Kommentar, Honsell/Vogt/Watter (édit.), Obligationenrecht II, 3^{ème} édition, Bâle 2008, art. 706a, N 10.

¹⁷⁶ En attendant de voir comment la jurisprudence dessinera les contours de l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC, il ne peut être exclu que la marge de manœuvre du juge sera encore plus importante qu'en application de l'art. 756 al. 2 CO.

¹⁷⁷ Cf. *supra* sous note de bas de page 47.

¹⁷⁸ L'art. 104 al. 1 CPC dispose que «*Le tribunal statue sur les frais en règle générale dans la décision finale*».

¹⁷⁹ Voir les illustrations pratiques *supra* III.2. Par ailleurs, comme indiqué *supra* IV.2.2, la question des frais de justice et des dépens, lesquels peuvent être mis à la charge de la société en tout ou en partie (art. 756 al. 2 CO), n'est tranchée par le tribunal qu'à la fin de la procédure. En outre, l'actionnaire doit financer les honoraires de son conseil par ses propres moyens et même s'il obtient gain de cause, les dépens qui lui sont alloués par le tribunal ne couvrent que rarement la totalité des frais supportés à ce titre.

¹⁸⁰ Cf. *infra* IV.3.3.

¹⁸¹ Cf. *supra* IV.1.2.

¹⁸² KALSS (n. 17), 680.

¹⁸³ Notamment le droit allemand (§ 148 AktG) et le droit anglais (R 19.9 [3] et [7] Civil Procedures Rules 1998). Sur ces questions, voir en particulier KALSS (n. 17), 680, 693 et 697.

¹⁸⁴ BINDER (n. 47), 70.

¹⁸⁵ TRIGO TRINDADE (n. 57), 173.

¹⁸⁶ Dans ce sens également, en lien avec l'art. 678 P-CO 2008, OLIVIER BLANC/FLORIAN ZIHLER, Die neuen aktienrechtlichen Vergütungsregeln gemäss dem Entwurf vom 5. Dezember 2008, GesKR 2009, 83 s. Ces auteurs semblent néanmoins opposés, dans le contexte de l'action en restitution de prestations indues, à l'introduction d'un droit de priorité de l'actionnaire sur le produit du procès. Ils estiment, d'une part, qu'un tel privilège pourrait conduire à une violation de l'art. 680 al. 2 CO (restitution non autorisée de versements) et, d'autre part, que la question de la répartition des frais de l'action est déjà largement traitée en marge du Projet 2008, notamment par l'art. 107 al. 1^{bis} P-CPC (cf. *supra* sous note de pas de page 163).

¹⁸⁷ Cette action étant exercée avant tout dans l'intérêt et pour le compte de la société.

¹⁸⁸ La pratique montre en effet que, dans la faillite (art. 757 CO), les cessionnaires des droits de la masse limitent en principe leur demande à leur propre dommage.

3.4 La nouvelle vie de l'art. 756 al. 2 CO

Le Projet 2007 prévoyait l'abrogation pure et simple de l'art. 756 al. 2 CO¹⁸⁹, la répartition des frais de la procédure étant appelée à être réglée par le CPC¹⁹⁰.

Toutefois, dans la foulée des modifications exposées ci-dessus¹⁹¹, le Projet 2008 propose aussi de maintenir le second alinéa de l'art. 756 P-CO 2008, en remplaçant sa teneur comme suit:

«L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action en responsabilité. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès».

Comme évoqué précédemment¹⁹², par le jeu de l'art. 693 al. 3 ch. 4 CO, le droit positif permet déjà à l'assemblée générale d'imposer au conseil d'administration l'introduction d'une action en responsabilité, hors faillite.

Le Conseil fédéral estime cependant qu'il est opportun de traiter ce point explicitement dans la loi, notamment pour souligner que les actionnaires ont, indirectement, les moyens de faire ouvrir une telle action en faveur de la société, sans devoir supporter eux-mêmes les risques liés aux coûts du procès¹⁹³. Il est, au demeurant, proposé une règle identique pour l'action en restitution des prestations indues¹⁹⁴.

V. Conclusion

L'art. 756 al. 2 CO, introduit dans la loi il y a plus de 17 ans, n'a manifestement pas suffi à atteindre l'objectif que s'était fixé le législateur, à savoir celui de faciliter les démarches de l'actionnaire qui est disposé, hors faillite, à agir en responsabilité pour le compte et à la place de la société¹⁹⁵.

La jurisprudence, quasi inexistante dans ce domaine, témoigne de cet échec.

Au vu de ce qui précède, il est surprenant que ni l'Avant-Projet, ni le Projet 2007 ou encore le Projet 2008 ne se soient intéressés de plus près à la répartition des frais de l'action en responsabilité, au seul motif que cette question serait, à l'avenir, réglée par le CPC¹⁹⁶.

A l'heure où nous écrivons ces lignes, la révision du droit de la société anonyme est sur le point d'être débattue au Parlement. Aussi, nous espérons que la présente contribution saura attirer l'attention des milieux concernés sur l'une des principales lacunes dont souffrent les projets du Conseil fédéral, en matière de responsabilité.

Si l'on entend améliorer la situation de l'actionnaire qui agit hors faillite (art. 756 CO), il paraît impératif de revoir la réglementation actuelle. Les exemples chiffrés, exposés ci-dessus¹⁹⁷, confirment cette nécessité.

Ces exemples démontrent, en effet, qu'en raison du risque financier exagérément élevé, sinon prohibitif, encouru par le demandeur, même un actionnaire relativement important, qui détient une participation de 5 % dans une société dont la valeur ascende à plusieurs dizaines de millions de francs, n'a en définitive aucun intérêt à engager une procédure judiciaire fondée sur l'art. 756 CO, y compris dans l'hypothèse où la société a subi un préjudice élevé, de l'ordre de 10 % de sa valeur.

Cette situation n'est pas satisfaisante.

En tout état, la présente contribution rappelle qu'il existe des solutions alternatives peu compliquées, qui permettraient notamment de rétablir un certain équilibre entre le risque financier supporté par l'actionnaire demandeur, d'une part, et le bénéficiaire qu'il est, en fin de compte, susceptible de retirer de son action, d'autre part¹⁹⁸.

¹⁸⁹ FF 2008, 1607.

¹⁹⁰ Cf. *supra* IV.2.1.

¹⁹¹ Cf. *supra* IV.3.1.

¹⁹² Cf. *supra* sous note de bas de page 19.

¹⁹³ Message, FF 2009, 282 s.

¹⁹⁴ Art. 678 al. 5 P-CO: «L'assemblée générale peut décider que la société intente l'action en restitution. Elle peut charger le conseil d'administration ou un représentant de conduire le procès» (FF 2009, 308). Voir aussi le Message, FF 2009, 282.

¹⁹⁵ Message, FF 1983, 965.

¹⁹⁶ A cet égard, on rappelle qu'à teneur du Message accompagnant le Projet 2008, la proposition la plus récente du Conseil fédéral (i.e. introduction d'un art. 107 al. 1^{bis} P-CPC) consacre un «retour à l'état de droit actuel» (FF 2009, 292; voir aussi *supra* IV.3.1).

¹⁹⁷ Cf. *supra* III.2.2.

¹⁹⁸ Cf. *supra* IV.3.3.