

Sébastien Bettschart / Damien Conus*

Responsabilité d'une banque pour son directeur adjoint

Commentaire des arrêts du Tribunal fédéral 4A_544/2008 du 10 février 2009, 4A_48/2009 et 4A_50/2009 du 26 mars 2009

Sommaire

- I. Faits
- II. Considérants en droit
 1. Instances cantonales
 2. Tribunal fédéral
 - 2.1 Absence d'une responsabilité pour le fait d'organes (art. 55 al. 2 CC)
 - 2.2 Existence d'une responsabilité pour le fait d'employés (art. 55 al. 1 CO)
- III. Commentaire
 1. Droit applicable
 2. Fondement à la responsabilité de la Banque X
 3. Définition de l'organe en droit des sociétés
 4. Appréciation

Préambule

1. Le Tribunal fédéral rejette toute responsabilité d'une banque pour le fait de ses organes (art. 55 al. 2 CC), au motif que l'auteur des actes illicites, en dépit de son titre de directeur adjoint, n'est pas un organe et que la banque n'a jamais créé l'apparence que son directeur adjoint pouvait être autre chose qu'un employé subordonné exerçant une fonction de cadre.

2. Le Tribunal fédéral admet que la banque doit être tenue responsable en sa qualité d'employeur (art. 55 al. 1 CO) car, les conditions d'une telle responsabilité étant remplies, la banque n'a pas réussi à apporter la preuve qu'elle avait surveillé son employé avec toute la diligence commandée par les circonstances.

3. Les arrêts du Tribunal fédéral, en ce qu'ils conduisent à refuser la qualité d'organe à un directeur adjoint d'une banque, sont excessivement restrictifs et ne correspondent pas à l'approche suivie par la jurisprudence et la doctrine. Leur portée doit toutefois être relativisée.

I. Faits

Le Tribunal fédéral a rendu récemment *trois arrêts, non destinés à publication*, sur la notion d'organe et la responsabilité d'une banque pour les actes d'un directeur adjoint.

Le complexe de faits qui est à la base du raisonnement du Tribunal fédéral est à chaque fois identique: A, directeur adjoint de la Banque X, établissement bancaire de droit anglais ayant son siège en Grande-Bretagne et une succursale à Genève, a proposé à différentes personnes des services de nature bancaire, en mettant en avant sa position au sein de la Banque X.

Les *services proposés diffèrent* toutefois selon l'arrêt concerné:

- Dans l'arrêt 4A_544/2008, A a proposé à un exploitant d'une boutique de prêt-à-porter de regrouper ses placements avec ceux d'autres modestes épargnants et de les verser sur un compte ouvert au nom de A auprès de la Banque X, afin de permettre à l'exploitant de bénéficier des services de la Banque X quand bien même, selon A, la somme des placements de l'exploitant n'atteignait pas le montant minimal de CHF 1 mio., exigé par la Banque X pour ouvrir un compte en ses livres;
- Dans l'arrêt 4A_48/2008, A a proposé à un médecin travaillant pour un laboratoire pharmaceutique de verser une certaine somme sur un compte ouvert auprès de la Banque X au nom de A avec un taux de rendement de plus de 55% sur trois mois;
- Dans l'arrêt 4A_50/2008, A a proposé à un homme d'affaires actif dans le domaine de l'immobilier de verser divers montants sur un compte ouvert auprès de la Banque X au nom de A avec des taux de rendement variant entre 13,5% et 19,4%.

Dans les trois cas, la Banque X a refusé de rembourser aux lésés les sommes qui avaient été perdues.

Pour le reste, il convient de noter les *éléments supplémentaires suivants*:

- A a passé 33 ans au sein de la Banque X. Il avait, au moment des faits, deux supérieurs qui n'ont appa-

* Sébastien Bettschart, chargé de cours à l'Université de Fribourg, Dr en droit, LL.M. (NYU) et Damien Conus, LL.M. (Berkeley), avocats, Tavernier Tschanz, Genève.

remment développé aucun soupçon à l'encontre de leur collègue, bien que l'enquête ait démontré que A avait, pendant au moins dix ans, utilisé diverses techniques pour offrir à un total de 29 victimes l'accès à des opérations fictives comportant des rendements extrêmement élevés¹. Un audit interne commandé par la Banque X à la suite de ces faits a révélé que plusieurs comportements suspects de A avaient pourtant été observés par certains collègues, mais ces observations n'avaient jamais été suivies de mesures;

- De par sa fonction, A disposait, au sein de la succursale, d'un bureau de grande dimension, des services d'une secrétaire et de cartes de visite à l'en-tête de la Banque X; il était inscrit au Registre du commerce;
- Les responsabilités confiées à A concernaient le département des équipements et immeubles de la Banque X. A n'avait ainsi aucune raison de recevoir une clientèle, d'encaisser des fonds ou de gérer des avoirs, même si, dès 1998, la Banque X avait mis en place une politique d'encouragement pour que ses employés lui fournissent de nouveaux clients contre rémunération.

II. Considérants en droit

1. Instances cantonales

Les instances cantonales ont considéré, dans chaque cas d'espèce, que la Banque X devait être tenue responsable de l'acte illicite commis par A, au motif que A avait la qualité d'organe apparent de la Banque X et que, de surcroît – ou, du moins, à défaut – les conditions d'une responsabilité de l'employeur étaient réunies.

Dans deux cas², la Cour cantonale a réduit le montant des dommages-intérêts auxquels la Banque X avait été condamnée en première instance pour tenir compte de l'existence d'une faute concomitante des lésés, qui auraient dû se rendre compte du caractère insolite des opérations proposées, principalement en raison du taux d'intérêt qui leur avait été garanti.

2. Tribunal fédéral^{3,4}

2.1 Absence d'une responsabilité pour le fait d'organes (art. 55 al. 2 CC)

Pour le Tribunal fédéral, la notion d'*organe* désigne une personne (ou un groupe de personnes) qui participe ef-

fectivement et de manière décisive à la formation de la volonté sociale, durablement et dans un vaste domaine dépassant les affaires courantes⁵. Cette qualité connaît trois sources:

- *La loi ou les statuts*. L'organe est alors dit *formel*, puisqu'il désigne une personne (ou un groupe de personnes) qui, à l'instar du conseil d'administration, est chargée, de par la loi ou les statuts, de gérer et de représenter la personne morale;
- *L'exercice effectif de la fonction*. L'organe est alors dit *de fait*, puisqu'il désigne une personne (ou un groupe de personnes) qui, à l'instar de l'actionnaire unique d'une société anonyme, n'a pas officiellement cette qualité alors même qu'elle dirige en réalité elle-même, de manière effective, décisive et durable, la personne morale, dans un vaste domaine dépassant les affaires courantes;
- *L'apparence créée par la personne morale elle-même*. L'organe est alors dit *apparent* puisqu'il désigne une personne (ou un groupe de personnes) à qui la personne morale a donné l'apparence, auprès de tiers, qu'elle avait les pouvoirs de l'organe⁶. Le Tribunal fédéral précise que l'apparence dont il s'agit n'influence pas le contenu de la notion d'organe, et notamment les pouvoirs qui seraient conférés à l'organe; elle n'est que le fondement de la qualité d'organe reconnue à une personne qui n'a en réalité aucun des pouvoirs qui y sont liés.

Pour le Tribunal fédéral, A ne tombe dans aucune des catégories d'organe mentionnées. En particulier, contrairement aux instances cantonales, le Tribunal fédéral considère que la Banque X n'a jamais créé l'apparence que son directeur adjoint pouvait être autre chose qu'un employé subordonné exerçant une fonction de cadre, en

et le lésé n'ont pas leur résidence habituelle dans le même Etat, le droit applicable à l'action en responsabilité extracontractuelle fondée sur un acte illicite de nature purement patrimoniale est celui du lieu où se trouve la valeur patrimoniale au moment de l'acte illicite, du moins lorsque la valeur patrimoniale est identifiable de manière précise (c. 2.1). Cf. ég. ATF 125 III 103 = JdT 2000 I 362 c. 3b (arrêt de principe), commenté par Daniel GIRSBERGER, *Erfolgsort bei grenzüberschreitenden Vermögensdelikten – Bemerkungen zum BGE 125 III 103*, PJA 2000, 117 ss.

⁴ Le Tribunal fédéral confirme (implicitement) la position des instances cantonales selon laquelle il ne saurait être question, en l'espèce, de fonder un chef de responsabilité de la Banque X sur l'existence d'un rapport contractuel qui résulterait d'actes accomplis par un prétendu représentant au bénéfice de pouvoirs de représentation apparents (art. 32 al. 2 CO) (c. 2.2). Aucune circonstance des cas d'espèce ne permettait en effet aux lésés de penser qu'ils avaient pu conclure un contrat avec la Banque X: les lésés n'ont signé aucun contrat avec la Banque X, ils n'avaient aucun compte personnel dans les livres de la Banque X dont on leur aurait, par exemple, communiqué les coordonnées, ni n'ont jamais reçu de la Banque X quelque correspondance que ce soit.

⁵ C. 2.3.

⁶ A noter que la définition donnée par le Tribunal fédéral est maladroite en ce que serait un organe apparent «celui qui a été désigné (sic) par la personne morale comme disposant des pouvoirs de l'organe».

¹ Ces éléments de fait sont tirés d'un arrêt non publié du Tribunal fédéral, rendu dans le cadre du litige opposant l'un des supérieurs de A à la Banque X suite au licenciement de ce supérieur, le licenciement ayant été jugé abusif par le Tribunal fédéral (cf. Arrêt du Tribunal fédéral C.110/2005 du 6 juillet 2005).

² 4A_48/2008 et 4A_50/2008, lettre C *in fine*.

³ Le Tribunal fédéral confirme son interprétation de l'art. 133 al. 2 LDIP (notion de lieu du résultat) en ce sens que, lorsque l'auteur

particulier qu'il pouvait être l'un de ses organes⁷. Par conséquent, la responsabilité de la Banque X ne saurait être engagée sur la base de l'art. 55 al. 2 CC.

2.2 Existence d'une responsabilité pour le fait d'employés (art. 55 al. 1 CO)

A une réserve près, les conditions posées à l'existence d'un chef de responsabilité de l'employeur pour le fait de ses employés⁸ n'étaient pas contestées⁹: A était un employé de la Banque X, qui avait commis des *actes illicites* (pour lesquels il avait été condamné pénalement) qui ont été la *cause* du dommage invoqué par les lésés. La seule question qui restait litigieuse était donc celle de savoir si A avait commis ces actes illicites dans l'*accomplissement de son travail* au service de son employeur.

Le Tribunal fédéral se livre à une analyse détaillée de cette notion assez difficile à cerner¹⁰. Il s'agit ainsi d'établir une *relation directe et fonctionnelle* entre l'activité confiée au travailleur et l'acte dommageable que celui-ci commet. Le Tribunal fédéral admet en l'espèce l'existence d'un tel lien. La Banque X ayant incité ses employés à apporter de nouveaux clients dans le cadre d'un plan d'encouragement, A avait donc, dans ses efforts de démarchage, bien agi dans le cadre des missions qu'il était en droit d'accomplir pour son employeur.

Les conditions de la responsabilité de l'employeur étant réunies, le Tribunal fédéral examine en détail l'existence d'une éventuelle *preuve libératoire* et rappelle que, selon sa jurisprudence, un défaut dans l'organisation de l'employeur suffit pour que la preuve échoue. Il précise à cet égard qu'une banque «*doit toujours compter avec le risque qu'un employé utilise les locaux et le papier à son en-tête pour se livrer à des opérations de type bancaire à son seul profit et à l'insu de la banque*»¹¹.

En l'espèce, la Banque X n'a pas apporté la preuve qu'elle avait surveillé son employé avec toute la diligence commandée par les circonstances, en particulier parce que le comportement de A aurait dû susciter des interrogations du fait notamment qu'il recevait des clients dans

son bureau, contrairement à ce qui était attendu de lui selon son cahier des charges.

III. Commentaire

Ces trois arrêts sont l'occasion de revenir brièvement sur certains aspects de la notion d'*organe*, telle que définie par le Tribunal fédéral et appliquée en l'espèce au directeur adjoint d'une banque.

D'autres aspects intéressants – notamment liés à la responsabilité de l'employeur (art. 55 al. 1 CO) – ne seront pas abordés ici, faute de place.

1. Droit applicable

L'exclusion de l'art. 722 CO opérée à titre liminaire par le Tribunal fédéral, au motif qu'il s'agissait d'une société qui n'était pas organisée selon le droit suisse, ne nous semble pas d'emblée évidente du point de vue du droit international privé; le simple fait que cette disposition se situe au Titre 26 du CO n'emporte en effet pas d'office son exclusion¹².

La question n'a toutefois guère de portée pratique puisque l'art. 722 CO est, comme le souligne le Tribunal fédéral¹³, en soi inutile puisque répétitif de la disposition générale prévue à l'art. 55 al. 2 CC¹⁴.

S'il ne fait guère de doute que les prétentions des lésés à l'encontre de la Banque X sont en l'espèce régies par le droit suisse (art. 133 al. 2 LDIP), il convient de relever que, conformément à une jurisprudence antérieure du Tribunal fédéral et à la doctrine, c'est bien le statut délictuel (et donc le droit suisse, *cf.* art. 142 al. 1 LDIP) – et non le statut applicable à la société (et donc le droit de l'Etat en vertu duquel elle est organisée, *cf.* art. 154 al. 1 LDIP) – qui régit la question du *cercle des responsables*, notamment la question de savoir si une personne (morale) peut être tenue responsable pour ses organes et ses auxiliaires¹⁵.

2. Fondement à la responsabilité de la Banque X

Sur le fond, la question d'une éventuelle responsabilité *contractuelle* de la Banque X n'entraîne pas en considé-

⁷ A cet égard, la mention du titre de directeur adjoint sur les cartes de visite de A imprimées à l'en-tête de la Banque X, l'octroi d'un grand bureau et des services d'une secrétaire ou l'inscription de A au Registre du commerce sont des éléments qui ne sont pas suffisants, même mis en relation, pour en déduire qu'un tiers puisse, selon le principe de la confiance, considérer que la Banque X a donné, par son comportement, l'apparence que A était l'un de ses organes.

⁸ La responsabilité d'un employeur pour le fait de ses employés suppose que les conditions suivantes soient réunies: (i) un employé (ii) doit avoir commis un acte illicite, (iii) dans le cadre de son activité au service de son employeur, (iv) qui soit la cause, naturelle et adéquate, (v) de l'existence d'un dommage. L'employeur peut se libérer de sa responsabilité en apportant la preuve libératoire que lui offre la loi, à savoir qu'il a correctement choisi, instruit et surveillé l'employé qui est l'auteur du dommage.

⁹ C. 2.4.

¹⁰ C. 2.4.

¹¹ C. 2.5.

¹² Sur le statut (sociétal ou délictuel) en droit international privé de la responsabilité de la société pour des actes illicites commis par ses organes, *cf.* BERNARD DUTOIT, *Droit international privé*, 4^e éd., Bâle, Genève et Munich 2005, art. 155 N 5; ZK IPRG – VISCHER, art. 155 N 16 s.

¹³ C. 2.3.

¹⁴ CR CO II – PETER/CAVADINI, art. 722 N 1.

¹⁵ Cette question est longtemps restée indécise mais a été finalement tranchée dans l'ATF 110 II 188 c. 3. *Cf.* ég. DUTOIT (n. 12), art. 142 N 2; ZK IPRG – VISCHER, art. 142 N 10 s.; BSK IPRG – VON PLANTA/EBERHARD, art. 155 N 7.

ration, compte tenu des circonstances d'espèce qui permettraient d'exclure toute représentation apparente de la Banque X par son directeur adjoint aux termes et conditions de l'art. 32 al. 2 CO¹⁶.

La question centrale que devait résoudre le Tribunal fédéral était de décider si la Banque X devait être tenue responsable sur la base de l'art. 55 al. 2 CC ou de l'art. 55 al. 1 CO. Cela revient en réalité à déterminer si A avait agi en qualité d'organe ou de simple auxiliaire de la Banque X, les deux qualifications s'excluant l'une l'autre¹⁷.

De manière générale, l'art. 55 al. 2 CC est souvent plus favorable au lésé que l'art. 55 al. 1 CO¹⁸ dans la mesure où la personne morale recherchée sur la base de la première disposition ne peut apporter la preuve libératoire qu'elle a choisi, instruit et surveillé son organe avec soin (*curae in eligendo, instruendo et custodiendo*), contrairement à l'employeur recherché sur la base de l'art. 55 al. 1 CO. En revanche, dans le cadre de l'art. 55 al. 2 CC, le lésé doit prouver la faute de l'organe (considérée de manière objective¹⁹), alors que l'employeur répond du dommage causé par ses auxiliaires même si aucune faute ne peut leur être reprochée²⁰.

En l'occurrence, le Tribunal fédéral a dénié au directeur adjoint de la Banque X la qualité d'organe et a par conséquent rejeté toute responsabilité de la Banque X sur la base de l'art. 55 al. 2 CC²¹.

3. Définition de l'organe en droit des sociétés

Le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence restrictive tendant à limiter la qualité d'organe aux personnes ou groupe de personnes qui participent effectivement, durablement et d'une façon décisive à la formation de la volonté sociale²². Cette définition fonctionnelle de l'organe social, sous une forme ou une autre, vaut, à tout le moins dans les grandes lignes, de manière générale en droit des sociétés, notamment en ce qu'elle touche aux art. 55 CC (resp. 722 CO) et 754 CO²³.

A la question de savoir si le directeur adjoint est un *organe formel*²⁴, le Tribunal fédéral répond que l'on considère généralement que seul le premier niveau hiérarchique de la direction, c'est-à-dire celui qui dépend directement du conseil d'administration, a qualité d'organe formel. En l'espèce, pour le Tribunal fédéral, le directeur adjoint avait deux supérieurs successifs et ne pouvait donc avoir la qualité d'organe formel²⁵.

A notre connaissance, le Tribunal fédéral ne s'était jamais prononcé de manière aussi catégorique sur cette question. Bien au contraire, la jurisprudence et la doctrine, notamment celle citée par le Tribunal fédéral²⁶, ne semblent pas faire une distinction au sein même de la direction, mais bien une distinction entre la direction, d'une part, et les étages inférieurs à la direction, d'autre part²⁷.

Selon cette approche, *tous les membres de la direction* d'une société qui se verraient valablement déléguer la gestion de la société (art. 716b CO) seraient, par définition, présumés être des organes *formels* de la société, *quel que soit leur pouvoir décisionnel effectif*.

On parviendrait d'ailleurs au même résultat si l'on considère que la Banque X avait de par son propre fait –

N 457 ss; PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, § 19 N 8; BSK ZGB I – HUGUENIN, art. 54/55 N 15 s.; ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 10^e éd., Berne 2007, § 2 N 30; BSK OR II – WATTER, art. 722 N 6; BSK OR II – WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 6 s. Cf. toutefois ATF 117 II 570 = JdT 1993 I 80 c. 3 dans lequel le Tribunal fédéral distingue entre la notion d'organe de l'art. 55 CC et celle de l'art. 754 CO en réservant à l'organe de l'art. 754 CO une définition plus restrictive lorsque son comportement n'a provoqué qu'un dommage indirect aux créanciers; JEAN NICOLAS DRUEY, *Organ und Organisation, Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft*, SAS 1981, 77 ss.

²⁴ Faute d'autonomie décisionnelle, le Tribunal fédéral a jugé que le directeur adjoint ne pouvait avoir la qualité d'organe de fait; c. 2.3.

²⁵ C. 2.3.

²⁶ Cf. ATF 128 III 29 = JdT 2003 I 18 c. 3 (dans lequel le Tribunal fédéral discute la qualité d'organe de fait d'une personne qui n'avait *aucune fonction officielle* dans la société) et ATF 117 II 570 = JdT 1993 I 80 c. 3 (dans lequel le Tribunal fédéral discute de la qualité d'organe de fait de trois *fondés de procuration*).

²⁷ Cf. notamment ATF 128 III 29 = JdT 2003 I 18 c. 3a (dans lequel le Tribunal fédéral distingue entre «*die oberste, der Verwaltung direkt unterstellte Geschäftsleitung*» et «*das Kader unterhalb der Direktion*»); ATF 121 III 176 c. 4b (Caves Mövenpick) dans lequel la qualité d'organe revenait «*manifestement*» à la personne en cause en sa qualité de *directeur adjoint*, seule son activité en qualité de fondé de procuration faisant l'objet de l'attention du Tribunal fédéral. Pour la doctrine cf. notamment PETER BÖCKLI, *Schweizer Aktienrecht*, 4^e éd., Zurich, Bâle et Genève 2009, § 18 N 108: «*Für die Praxis steht fest, dass jedenfalls die Mitglieder der Geschäftsleitung per definitionem «Organe» sind, die Direktoren in fast allen denkbaren Fällen, während umgekehrt Personen, die die in der Schweiz übliche Stellung eines Prokuristen einnehmen, nur in spezifischen Ausnahmefällen noch im Sinne des Verantwortlichkeitsrechts als Organe bezeichnet werden können.*»; CR CO II – CORBOZ, art. 754 N 11; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 23), § 37 N 17, qui se place sous l'angle de l'apparence (cf. *infra* n. 29); MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (n. 23), § 2 N 31; BK – RIEMER, art. 54/55 N 25, 27 et 31 et les références citées.

¹⁶ Cf. *supra* n. 4.

¹⁷ HEINRICH HONSELL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich, Bâle et Genève 2005, § 13 N 48; HEINZ REY, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, 4^e éd., Zurich 2008, N 911 et 971; INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 4^e éd., Berne 2006, N 23.29; CR CO I – WERRO, art. 55 N 37; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, Berne 2005, § 2 N 504.

¹⁸ En outre, la prescription de plus longue durée du droit pénal ne s'applique que dans le cadre de l'art. 55 CC, et non dans celui de l'art. 55 CO; cf. WERRO (n. 17), § 2 N 510.

¹⁹ REY (n. 17), N 843 ss.

²⁰ HONSELL (n. 17), § 13 N 52.

²¹ Il a retenu en revanche le chef de responsabilité fondé sur l'art. 55 al. 1 CO, considérant que A était un employé de la Banque X et que celle-ci n'était pas parvenue à apporter la preuve libératoire de sa responsabilité, cf. *supra* pt. II./2.2.

²² C. 2.3.

²³ ROLANDVONBÜREN/WALTERA.STOFFEL/ROLF.H.WEBER, *Grundriss des Aktienrechts*, 2^e éd., Zurich, Bâle et Genève 2007,

notamment en inscrivant le directeur adjoint *es qualitäts* au Registre du commerce²⁸ – donné l'apparence que A était l'un de ses organes (*organe apparent*), les tiers pouvant inférer du titre même de directeur (adjoint) des compétences d'organe²⁹.

Les trois arrêts discutés dans la présente contribution optent toutefois pour une approche plus *restrictive*.

4. Appréciation

Le Tribunal fédéral nous semble avoir donné une importance excessive au critère formel de la *hiérarchie interne*. Celle-ci, parce qu'elle est généralement inconnue des tiers, ne devrait servir tout au plus que d'indice³⁰.

En particulier, il ne faudrait pas déduire de ces trois arrêts (non destinés à la publication) que le Tribunal fédéral considère désormais, de manière schématique, que les membres de la direction ne sauraient être qualifiés d'organes³¹ lorsqu'ils exercent leur fonction dans une position subordonnée à un autre directeur, par hypothèse seul organe formel³².

Une telle approche, si elle devait être confirmée, ne tiendrait en effet pas compte de la *diversité des situations* existant en pratique et de la fonction et responsabilité dirigeante généralement attribuées aux postes de direction. Elle ne correspondrait pas non plus à l'approche suivie jusqu'ici par la jurisprudence et la doctrine, et sur lesquelles le Tribunal fédéral s'est d'ailleurs en partie appuyé pour étayer son raisonnement.

La portée de ces arrêts, en tant qu'ils concernent la définition de la notion d'organe, doit cependant être

relativisée dans la mesure où, quant au résultat, la responsabilité de la banque a été confirmée en l'espèce par le Tribunal fédéral, sur une base toutefois différente (art. 55 al. 1 CO).

²⁸ Il est vrai que ce point ne ressort pas indubitablement des trois arrêts du Tribunal fédéral; en pratique, il est fréquent en effet que les fonctions ne soient pas inscrites au Registre du commerce (FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 23), § 30 N 118; BSK OR II –Watter, art. 720 N 5 et art. 721 N 8). En l'espèce, à tout le moins, les pouvoirs de signature du directeur adjoint avaient été inscrits au Registre du commerce; en outre, la Banque X avait remis à A des cartes de visite faisant état de son titre de directeur adjoint.

²⁹ CR CO II – CORBOZ, art. 754 N 12; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL (n. 23), § 37 N 17: «Direktoren werden freilich regelmässig als Organe zufolge Kundgabe zu qualifizieren sein, da Dritte bei ihnen Organkompetenzen voraussetzen dürfen, selbst wenn der Titel nur dekorativer Natur sein sollte.»; PETER FORSTMOSER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2^e éd., Zurich 1987, N 655 et 679; BSK OR II – WIDMER/GERICKE/WALLER, art. 754 N 8. Cf. apparemment dans le même sens: ATF 121 III 176 cité *supra* en n. 27.

³⁰ Dans l'ATF 128 III 29 = JdT 2003 I 18 c. 3a, le Tribunal fédéral considérait encore cette question comme «secondaire».

³¹ Peu importe à cet égard que l'on considère qu'il s'agisse d'un organe «formel», «de fait», ou «apparent», ces subdivisions ayant un caractère essentiellement didactique; cf. aussi BÖCKLI (n. 27), § 18 note 233, sur l'inutilité de la distinction entre organe de fait et organe matériel.

³² On admettra cependant que d'autres éléments de fait, qui n'ont pas nécessairement été publiés (cf. *supra* n. 28), ont pu jouer un rôle dans le raisonnement du Tribunal fédéral.