ATF 147 III 463 | TF, 01.09.2021, 4A_606/2020*

Un gain hypothétique et aléatoire ne constitue pas un dommage.

Faits

Un client charge sa banque d'acquérir pour son compte 25'000 actions au prix de 25 USD par action en vue de l'entrée à la bourse de New York d'une société (Twitter) le 7 novembre 2013. La veille, le bureau de représentation de la banque confirme l'achat de ces actions pour 25 USD par unité. La banque communique au client le 11 novembre 2013 que l'achat d'actions n'a pas pu être effectué. En cause, la demande d'achat d'actions qui était 30 fois supérieure à l'offre. Ce jour-là, la valeur de l'action atteignait 42.90 USD.

Le client ouvre une action en paiement contre la banque et conclut principalement à la délivrance de 25'000 actions contre le paiement de 625'000 USD, et subsidiairement au versement de la somme de 447'500 USD plus intérêts. Cette somme équivaut à la différence entre la valeur des actions au 11 novembre 2013 et leur valeur d'offre initiale.

Suite au décès du client en 2015, ses héritiers reprennent la procédure et retirent leur conclusion principale (la délivrance de 25'000 actions contre 625'000 USD), en concluant uniquement au versement de 447'500 USD. Les deux instances cantonales rejettent la demande. Les héritiers interjettent recours au Tribunal fédéral, qui est amené à se prononcer sur la certitude du dommage.

Droit

Le Tribunal fédéral n'examine que la question du dommage et rappelle qu'il correspond en principe à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant que ce même patrimoine aurait eu si l'événement dommageable ne s'était pas produit (théorie de la différence). Le Tribunal fédéral relève toutefois que, au lieu de déterminer la différence sur le patrimoine total (théorie de la différence), il est admis que le juge puisse, dans certains cas, se limiter à déterminer l'actif qui a diminué ou le passif qui a augmenté. Ainsi, lorsque la banque exécute des opérations boursières, le dommage à réparer peut être calculé en fonction de la perte subie en raison de cette opération.

Il précise qu'en cas de litiges ayant trait à une vente ou un achat d'actions, deux situations peuvent se présenter :

1. Soit le client a donné un ordre de vente d'actions qui n'a pas été respecté par le mandataire; la perte subie se calcule alors au moment où la vente aurait dû avoir lieu selon les instructions du client.
2. Soit le client a donné un ordre d'achat d'actions qui n'a pas été respecté par le mandataire; le dommage consiste en un gain manqué, la non-augmentation des actifs.

En l'espèce, le Tribunal fédéral souligne que les héritiers ne demandent pas l'indemnisation du montant supplémentaire (447'500 USD) qu'aurait dû débourser le client s'il avait acquis 25'000 actions le 11 novembre 2013. En effet, il n'a jamais effectué cet achat. Les héritiers formulent l'étendue de leur dommage sur une pure supposition : le fait que le client aurait pu réaliser un bénéfice le 11 novembre 2013 en revendant les actions qu'il croyait avoir achetées. Or, au moment déterminant de l'événement dommageable, soit le 7 novembre 2013, le cours futur de l'action était aléatoire: il pouvait monter, mais il pouvait aussi baisser les jours suivants. N'ayant pas pris le risque de donner l'ordre de revendre ses actions avant d'avoir appris, le 11 novembre 2013, qu'elles n'avaient pas été achetées, le client – et à sa suite ses héritiers – ne sont pas en mesure de prouver un dommage certain. Un gain hypothétique et aléatoire n'est pas suffisant. Les héritiers ne sauraient reporter sur la banque leur absence de prise de risque d'une revente.

Partant, le Tribunal fédéral rejette donc le recours.

Note

Il ressort clairement de cet arrêt que, si le client avait donné l'ordre à sa banque de vendre les titres litigieux *avant* d'apprendre qu'elle ne les avait pas acquis, il aurait pu démontrer l'existence d'un dommage.

Qu'en est-il si le 11 novembre 2013, *après* avoir appris que la banque ne disposait pas des titres, il l'avait (pour la forme et quelque peu artificiellement) instruite de vendre ? D'un côté, une telle démarche aurait permis au client de démontrer sa volonté de vendre à cet

instant et ce faisant de prouver l'étendue de son dommage. D'un autre, le Tribunal fédéral semble refuser au client une indemnisation car il aurait adopté un comportement opportuniste. Il estime en effet que le client ne saurait reporter sur la banque son absence de prise de risque.

Or par définition, le client qui donne artificiellement l'ordre à sa banque de procéder à la vente de titres dont elle ne dispose pas le fait car c'est opportun pour lui. On ne devrait néanmoins pas lui refuser systématiquement une indemnisation au motif qu'il n'a pris aucun risque. Seul devrait être déterminante la question de savoir si le client arrive à convaincre le Tribunal qu'il aurait réellement eu la volonté de vendre au moment où il prétend qu'il aurait vendu.

Cf. par ailleurs le commentaire de Célian Hirsch pour le CDBF.

Proposition de citation : Arnaud Nussbaumer-Laghzaoui, Le gain hypothétique en matière d'opérations boursières, in: https://lawinside.ch/1109/