
Jugement civil no 252 / 2002 (première chambre)

Audience publique du mercredi, dix juillet deux mille deux.

Numéro 65154 du rôle Composition :

M. Etienne SCHMIT, premier vice-président,
Mme Martine DISIVISCOUR, juge, Mme
Françoise WAGENER, juge, Mme
Monique BARBEL, greffier.

E n t r e :

la société du droit des Îles Vierges Britanniques **SOCl.) STARS LIMITED**, International Business Company, établie et ayant son siège social à (...), (...) (British Virgin Islands), (...), (...), inscrite au registre des International Business Companies des Îles Vierges Britanniques sous le numéro (...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie demanderesse aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Jean-Claude STEFFEN d'Esch/Alzette du 13 septembre 1999, comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat, demeurant à Luxembourg,

e t :

la société anonyme **BQUE1.) S.A.**, établie et ayant son siège social à (...), (...), inscrite au registre de commerce sous le numéro B-(...), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions,

partie défenderesse aux fins du prédict exploit STEFFEN,

comparant par Maître René DIEDERICH, avocat, demeurant à Luxembourg.

LE TRIBUNAL :

Où la société **SOC1.) STARS LIMITED** par l'organe de Maître Alex ENGEL, avocat, en remplacement de Maître Patrick KINSCH, avocat constitué.

Où la société anonyme **BQUE1.)** par l'organe de Maître Anne CALTEUX, avocat, en remplacement de Maître René DIEDERICH, avocat constitué.

L'affaire a été déposée au greffe du tribunal le 4 octobre 1999.

Vu l'ordonnance de clôture de l'instruction du 25 février 2002.

Entendu Mme le juge Françoise WAGENER en son rapport oral à l'audience du 25 février 2002.

Par exploit d'huissier de justice du 13 septembre 1999, la société de droit des Iles Vierges Britanniques **SOC1.) STARS LIMITED** (ci-après : la société **SOC1.) STARS**) a fait donner assignation à la société anonyme **BQUE1.)** (ci-après : la **BQUE1.)**) à comparaître devant ce tribunal, aux fins de l'entendre condamner au paiement de la somme de 148.983,66.-USD augmentée des intérêts au taux légal à partir du 31 octobre 1997, sinon à partir du 6 mai 1998, sinon à partir du 10 février 1999, jusqu'à solde.

1. La position de la société **SOC1.) STARS**

La demanderesse expose que les parties auraient conclu le 29 avril 1994 un contrat intitulé "custodian agreement" par le biais duquel la **BQUE1.)** se serait vu conférer la mission de banque dépositaire du portefeuille de valeurs mobilières détenu par la demanderesse. La défenderesse aurait eu, entre autres, la mission d'exécuter ou de faire exécuter par une société qu'elle contrôle, dénommée dans le contrat "nominee company" les instructions de la société **SOC1.) STARS**, ou d'une société mandatée par elle, instructions relatives à l'acquisition ou la revente des éléments d'actif de la société **SOC1.) STARS**.

En 1996, la société **SOC1.) STARS** aurait décidé de confier la mission de banque dépositaire à la **BQUE2.) BANK** de Detroit. La **BQUE1.)** serait restée chargée de la garde des avoirs de la demanderesse et aurait toujours eu pour mission de donner suite à ses instructions, non plus en vertu de l'accord du 29 avril 1994, mais en vertu de ses relations contractuelles avec **BQUE2.) BANK** et en qualité de sous-dépositaire de cette dernière.

Le 24 septembre 1997, la société **SOC1.) CAPITAL ASSOCIATES**, agissant pour le compte de la demanderesse, aurait fait parvenir à Mme A.), employée de la **BQUE1.)**, une série de projets d'instructions libellées au nom de la "nominee company" **BQUE1.)TRUST LIMITED** (ci-après : **BQUE1.)TRUST**), à faire parvenir à quatre destinataires différents, dont les fonds **SOC2.) Emerging Markets International** qui sont administrés par **SOC3.) Fund Services (Bahamas) Ltd**.

Par ces instructions, la société **BQUE1.)TRUST**, agissant pour le compte de la demanderesse, aurait demandé le rachat de 2.219 actions **SOC2.) Emerging Markets**, valeur au 30 septembre 1997. Il conviendrait de noter qu'il devait s'avérer par la suite que, conformément à une stipulation du règlement applicable au fonds **SOC2.) Emerging Markets**, un délai de vingt jours devait être observé entre la réception d'un ordre de rachat et l'exécution de cet ordre; par conséquent, un ordre reçu le 24 septembre 1997 voyait ses effets reportés au 31 octobre 1997, prochain jour de rachat séparé par un délai d'au moins vingt jours de la réception de l'ordre.

Le 25 septembre 1997, Mme A.) aurait préparé la transmission des instructions de **BQUE1.)TRUST** dûment signées à **SOC2.) Emerging Markets**. Il se serait toutefois avéré par la suite que ces instructions n'ont jamais été expédiées par la défenderesse à **SOC2.) Emerging Markets** au numéro de télécopieur indiqué par la société **SOC1.) CAPITAL ASSOCIATES** et ne sont jamais arrivées à leur destinataire.

En janvier 1998, la demanderesse se serait rendue compte que les instructions du 24 septembre 1997, n'ont jamais été exécutées, faute de transmission par la **BQUE1.)**. Elle aurait par conséquent, le 10 février 1998, réitéré ses instructions, et la **BQUE1.)** aurait cette fois transmis les instructions à **SOC2.) Emerging Markets** pour un rachat de 2.219 actions **SOC2.) Emerging Markets**, valeur au 28 février 1998.

La valeur de rachat des actions serait toutefois tombée de 246,31.- USD à 179,17.-USD, de sorte que le préjudice subi par la demanderesse, résultant de la non-transmission de l'instruction en temps utile se chiffrerait à la somme de 148.983,66.- USD.

Ce préjudice serait entièrement imputable à la **BQUE1.)** qui, " en omettant de transmettre les instructions de la demanderesse à **SOC2.) Emerging Markets**, aurait commis une faute lourde tant du point de vue de la facilité avec laquelle le service des organismes de placement collectif de la **BQUE1.)**, en sa qualité de professionnel, aurait pu l'éviter que du point de vue du caractère essentiel de l'obligation, pour une banque sous-dépositaire, d'exécuter les instructions reçues et du point de vue de la probabilité qu'un dommage naîtrait de l'inexécution pure et simple de l'instruction reçue. "

La **BQUE1.)** aurait encore " fautivement omis de vérifier, après le 25 septembre 1997, l'exécution de l'instruction qu'elle devait donner au nom de **BQUE1.)TRUST** à **SOC2.) Emerging Markets** et de s'assurer que les 2.119 actions soient dûment rachetées à **BQUE1.)TRUST** le 31 octobre 1997.

La demanderesse base principalement son action sur la responsabilité délictuelle de la **BQUE1.)** pour les fautes commises par ses employés. En ordre subsidiaire, la demanderesse entend engager la responsabilité contractuelle de la **BQUE1.)** pour les fautes commises dans l'exécution de ses obligations contractuelles qui comporteraient notamment l'obligation de transmettre les instructions reçues et d'en vérifier la bonne exécution.

La demanderesse évalue son préjudice à 148.983,66.- USD et conclut en ordre subsidiaire à l'institution d'une expertise pour déterminer le quantum de son préjudice résultant des fautes commises par la défenderesse.

2. La position de la **BQUE1.)**

La **BQUE1.)** conclut à l'irrecevabilité de la demande de la société **SOC1.)** STARS sur base de la responsabilité délictuelle, au motif que la demande serait basée en réalité sur une prétendue inexécution d'une instruction résultant directement du " custodian agreement " qui aurait toujours été en vigueur le 25 septembre 1997.

Aucune notification d'une prétendue résiliation de l'accord de la part de la société **SOC1.)** STARS, aucune notification de la part de la demanderesse ou de la part de la **BQUE2.)** BANK informant que cette dernière aurait repris les fonctions de la **BQUE1.)** ne serait parvenue à la défenderesse. De même, aucun accord relatif au remplacement de la banque dépositaire ou de prétendues fonctions de la banque sous-dépositaire du fonds **FDS1.)** n'aurait été conclu.

Au contraire, la **BQUE1.)** elle-même aurait décidé de résilier le " custodian agreement " en date du 5 novembre 1997 avec effet au 7 mai 1998, résiliation qui aurait été acceptée par la demanderesse sans réserve.

La **BQUE1.)** fait valoir qu'en tout état de cause, la demande basée sur " la responsabilité délictuelle de la **BQUE1.)** pour les fautes commises par ses préposés " ne serait pas fondée, aucune faute délictuelle consistant dans la violation d'une obligation légale ou d'une norme générale n'ayant été commise par un des préposés de la banque.

La demande devrait encore être déclarée non fondée sur base de la responsabilité contractuelle, alors qu'il résulterait des éléments du dossier que la **BQUE1.)** a expédié les instructions du 25 septembre 1997 à leur destinataire. La défenderesse n'aurait pas été en mesure d'opérer les vérifications de l'exécution des instructions et de déceler rapidement le problème du fait de certains blocages au niveau du transmis des informations imputables à la société **SOC1.)** STARS elle-même.

La **BQUE1.)** bénéficierait d'ailleurs d'une clause limitative de responsabilité résultant du " custodian agreement " en vertu de laquelle la banque dépositaire ne peut être rendue responsable en cas de défaillances techniques dans les modes de communication qui ne sont pas sous son contrôle.

La demanderesse parlerait d'une " faute lourde " dans son assignation, mais resterait en défaut de rapporter la preuve d'une négligence d'une extrême gravité dans le chef de la **BQUE1.**), respectivement une répétition de la faute qu'elle impute à la **BQUE1.**). Elle ne démontrerait pas non plus le caractère essentiel des obligations prétendument violées par la **BQUE1.**)

La défenderesse conclut finalement à un partage de responsabilités, au motif que la société **SOC1.)** STARS ne lui aurait jamais permis, malgré différentes demandes et rappels en ce sens, d'exercer correctement sa fonction de " custodian " et la société du groupe **SOC1.)**, en charge de la gestion de la comptabilité du fonds **FDS1.)**, ne se serait jamais inquiétée de ne pas voir créditées les sommes que le fonds aurait dû recevoir. Les négligences de la demanderesse auraient en conséquence contribué au dommage allégué et il appartiendrait à la société **SOC1.)** STARS de supporter la part du dommage qui lui est imputable, part que la défenderesse évalue sous toutes réserves à 75% du dommage.

Par ailleurs, à supposer que la responsabilité de la **BQUE1.)** pour non vérification de la bonne exécution de l'instruction puisse être retenue, le dommage que la société **SOC1.)** STARS affirme avoir subi ne serait pas en relation causale avec la prétendue faute de la **BQUE1.)**. En effet, les avis d'opérés ne seraient adressés par **SOC3.)** Fund Services que deux mois après l'envoi de l'instruction et un mois après exécution, de sorte que la **BQUE1.)** n'aurait pu réagir au plus tôt à cette date. En conséquence, le préjudice de la demanderesse pourrait être évalué tout au plus à la différence de valeur des actions litigieuses entre le 31 décembre 1997 et le 28 février 1998.

La défenderesse conclut à l'allocation d'une indemnité de procédure de 100.000.- francs sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile.

3. L'appréciation de la demande

3.1. Le cadre juridique

La demanderesse entend engager principalement la responsabilité délictuelle de la **BQUE1.)**, soutenant que le " custodian agreement " conclu entre parties aurait été résilié en 1996. En ordre subsidiaire, la demanderesse base son action sur les règles de la responsabilité contractuelle.

La **BQUE1.)** conclut à l'irrecevabilité de la demande basée sur la responsabilité délictuelle, au motif que le " custodian agreement " conclu entre parties aurait toujours été en vigueur au moment des instruction litigieuses.

Si en présence d'un contrat, une action introduite sur la base délictuelle est irrecevable, le demandeur est toutefois en droit de baser sa demande principalement sur la responsabilité contractuelle et subsidiairement sur la responsabilité délictuelle, voire même en ordre principal sur la responsabilité délictuelle et subsidiairement sur la responsabilité contractuelle. Dans cette hypothèse, il appartient au tribunal d'examiner d'abord la question de l'existence d'un contrat et de rejeter le cas échéant la base principale invoquée.

Il est constant en cause que suivant contrat intitulé “ custodian agreement ” conclu le 29 avril 1994 entre la société **SOC1.) STARS** en sa qualité de “ Company ” et de “ Settlor ” d’une part et la **BQUE1.)** en sa qualité de “ Custodian ” et de “ Trustee ” d’autre part, la défenderesse a été chargée de la mission de dépositaire du portefeuille de valeurs mobilières détenu par la société **SOC1.) STARS** et de l’exécution des instructions reçues de la demanderesse, instructions relatives à l’acquisition, respectivement à la revente d’actions ou de parts émises par d’autres fonds de placement et sociétés d’investissement.

La société **SOC1.) STARS** fait valoir qu’en 1996 elle aurait confié la mission de banque dépositaire à la **BQUE2.) BANK**, la défenderesse restant “ *chargée de la garde des avoirs d’**SOC1.) Stars** et de la mission de donner suite à ses instructions ; simplement qu’elle ne le faisait plus en vertu du custodian agreement du 29 avril 1994, mais en vertu de ses relations contractuelles avec **BQUE2.) Bank** et en qualité de sous-dépositaire de cette dernière* ” .

La défenderesse soutient que le “ custodian agreement ” aurait été en vigueur jusqu’au 7 mai 1998 ; la demanderesse ne lui aurait à aucun moment notifié la prétendue résiliation de l’accord conclu entre parties. Par ailleurs, elle n’aurait jamais été informée de ce que la **BQUE2.) BANK** aurait repris les fonctions de la **BQUE1.)** et, aucun accord relatif au remplacement de la banque dépositaire du fonds “ **FDS1.)** ” n’aurait été conclu entre parties.

Dans un courrier du 4 octobre 1996 la société **SOC1.) STARS** écrit (pièce 9 de la farde de Me **DIEDERICH**), “ *Please accept this letter as your authorization and instruction to transfer all assets currently held in our account to the account of **BQUE2.) Bank** fbo **SOC1.) Star Limited – Emerging Markets** which has recently established an account at **BQUE1.)** à Luxembourg ...* ”

Il en résulte que les avoirs de la société **SOC1.) STARS** ont été transférés sur un autre compte détenu auprès de la **BQUE1.)**. Cette dernière est dès lors toujours restée dépositaire des fonds de la société **SOC1.) STARS**. Elle a d’ailleurs, tel qu’il résulte des éléments du dossier, continué d’exécuter les instructions relatives au fonds **FDS1.)** reçues de la demanderesse et non pas de la **BQUE2.) BANK**.

Par ailleurs, et conformément à l’argumentation de la défenderesse, il ne résulte d’aucun élément du dossier que le contrat conclu entre parties intitulé “ custodian agreement ” aurait été résilié par la demanderesse, respectivement que les missions de la **BQUE1.)** auraient été modifiées voire révoquées.

Au contraire, par courrier du 5 novembre 1997, la **BQUE1.)** informe la société **SOC1.) STARS** que “ *... we have decided to no longer service your Company as Custodian and the purpose of this notice is to terminate the above referred agreement [custodian agreement] with effect from the close of business in Luxembourg May 7, 1998. ...* ”

Il se dégage des développements qui précèdent que le custodian agreement était toujours en vigueur au moment des instructions litigieuses, soit les 24 et 25 septembre 1997, de même que le 12 février 1998. La responsabilité éventuelle de la **BQUE1.)** est dès lors de nature contractuelle.

Par ailleurs, sans préjudice quant aux conventions qui puissent exister entre parties, le banquier joue le rôle de mandataire dans la transmission des ordres de bourse reçus par son client ; il agit pour le compte du client, mais traite avec l'agent de change en son nom propre. Il s'ensuit que la responsabilité éventuelle de la **BQUE1.)** résultant de sa fonction de transmission des instructions de la société **SOC1.) STARS** est de nature contractuelle.

La demande de la société **SOC1.) STARS** est partant irrecevable sur la base principale invoquée et doit être examinée sur base des règles de la responsabilité contractuelle.

3.2. Le bien-fondé de la demande

La société **SOC1.) STARS** entend engager la responsabilité de la **BQUE1.)** parce qu'elle n'aurait pas exécuté l'ordre de bourse lui transmis le 24 septembre 1997, ordre portant sur le rachat de 2.219 actions **SOC2.) Emerging Markets** valeur au 31 octobre 1997. La **BQUE1.)** aurait agi fautivement en omettant de transmettre les instructions lui conférées et en omettant de vérifier la bonne exécution de l'instruction et de s'assurer que les actions concernées soient dûment rachetées le 31 octobre 1997.

La **BQUE1.)** résiste à la demande en faisant valoir qu'elle aurait transmis l'instruction à **SOC2.) Emerging Markets**, tel qu'il résulterait des rapports de transmission de télécopie versées en cause. Par ailleurs, en ce qui concerne la prétendue obligation de vérification de la bonne exécution de l'ordre, la défenderesse fait valoir qu'elle n'aurait pas été en mesure de procéder à cette vérification du seul fait de la demanderesse et en raison de ce que les avis d'opérés de l'administrateur d'**SOC2.) Emerging Markets** n'auraient pas été adressés de manière systématique à la **BQUE1.)**.

Par ailleurs, la société du groupe **SOC1.)** gestionnaire et comptable du fonds **FDS1.)** ne se serait *“ nullement étonnée de ne pas recevoir les fonds obtenus par le fonds à la suite de la vente des parts du fonds **SOC2.)** ... à la différence de la **BQUE1.)**, cette société disposait des informations qui lui auraient permis de détecter l'absence d'exécution de l'instruction de la contrepartie ”*. Ce serait l'absence de réaction et de contrôle de la part de cette société du groupe qui aurait causé la survenance du dommage, de sorte qu'il n'y aurait pas de lien causal suffisamment tangible entre la prétendue faute de la banque et le dommage accru à la société **SOC1.) STARS**.

- la transmission de l'ordre du 24 septembre 1997

En vertu de l'article 2. du “ custodian agreement ” conclu entre parties en date du 29 avril 1994, la **BQUE1.)** s'est vu conférer les obligations suivantes :

“ The Custodian shall perform the following duties :

- A) To receive and hold in deposit either with itself or with other institutions or clearing systems ... all cash, securities and other assets owned by the Company,*
- B) To execute or procure the execution of, insofar as the assets of the Settlor allow it, the following transactions*

i) to receive on behalf of the Company the proceeds of the sales and transfers of the securities and other assets owned by the Company.

...

v) to execute pursuant to Proper Instructions from the Company or on its behalf all transfers of cash in relation with foreign exchange trades or investments ;

... ”

En exécution de cette convention, la demanderesse faisait parvenir à la **BQUE1.)** les instructions aux administrateurs de fonds dans lesquels étaient investis les avoirs de la société **SOC1.)** STARS. Ces instructions étaient libellées au nom de la société du groupe **BQUE1.)** à travers laquelle les valeurs mobilières faisant partie du portefeuille d'**SOC1.)** STARS étaient détenues (“ nominee company ”). La défenderesse devait, sur réception des instructions les faire signer par ceux de ses employés qui étaient les signataires autorisés de cette “ nominee company ” et les faire parvenir aussitôt à leur destinataire.

Il convient tout d’abord de relever que les opérations faisant l’objet du présent litige constituent des opérations de bourse, pour lesquelles le banquier intervient non pas pour servir d’intermédiaire direct entre les acheteurs et vendeurs, cette fonction étant le monopole des agents de change, mais seulement pour transmettre à ces derniers les ordres de leurs clients en vue de l’exécution en bourse.

Dans la transmission des ordres de bourse, le banquier joue le rôle d’un mandataire ; il agit pour le compte de son client, mais il traite avec l’agent de change en son nom propre. Le mandat conféré au banquier est un mandat de transmission d’exécution ; sa responsabilité se calque en principe sur celle du mandataire salarié qui assume une obligation de moyens, en ce qui concerne le succès de l’opération.

Conformément aux dispositions des articles 1991 et 1992 du code civil, le mandataire doit accomplir le mandat qu’il a accepté et doit répondre des fautes commises dans sa mission.

Le banquier doit se conformer scrupuleusement aux ordres de son client, qu’il soit un investisseur averti, un commerçant ou un investisseur privé occasionnel, cette qualité n’ayant une influence que sur l’obligation de renseignement de la banque. Il doit exécuter les ordres de son client sans retard et rendre compte de sa gestion.

Le banquier assume une obligation de moyens et il est tenu de fournir une diligence extrême et de prendre un certain nombre de précautions quant à la réception et la transmission des opérations en cause.

Il est constant en cause que par télécopie du 24 septembre 1997, la société **SOC1.)** CAPITAL ASSOCIATES L.P. a transmis à la **BQUE1.)** quatre instructions, aux fins de signature par deux personnes ayant la signature autorisée pour la “ nominee company ” **BQUE1.)**TRUST et aux fins de continuation à leur destinataire.

L'instruction actuellement en cause, à adresser à **SOC2.)** Emerging Markets a la teneur suivante :

“ September 24, 1997

SOC2.) Emerging Markets

Fund Service International

(...)

(...), Bahamas

Fax # : 242-(...)

Attn : B.)

RE : BQUE1.)TRUST Limited, Ref : O(...)

Dear Ms. B.) :

Please be advised that BQUE1.)TRUST Limited, REF : O(...) would like to redeem 2,219 shares from its position in SOC2.) Emerging Markets at the net asset value of Sepetmber 30, 1997.

Please have the redemption proceeds wire transferred to the following :

BQUE3.) & Trust Co.

Boston, MA

ABA # : 01(...)

Attn : Mutual Funds Division

A/C# : 9904-(...)

FBO : BQUE1.)TRUST Limited, REF : O(...)

A/C# : 06-(...) Yours truly.

Authorized signatory ”

La défenderesse soutient que Mme **A.)** de la **BQUE1.)** aurait, le 25 septembre 1997 continué l'instruction litigieuse dûment signée par deux employés de la **BQUE1.)** ayant la signature autorisée pour “ la nominee company ” **BQUE1.)** TRUST à Mme **B.)** au numéro de fax #242 (...) indiqué par la demanderesse.

Il résulte toutefois d'un courrier du 30 janvier 1998 adressé par Mme **B.)** à la société **SOC1.)** STARS versé en cause que “ ... we are able to confirm that this request was not received by our office prior to January 27, 1998. ... ”.

Le rapport de transmission versé au dossier indique qu'en date du 25 septembre 1997 à 15.31 heures, la **BQUE1.)**-OPC a transmis deux pages vers un numéro non identifié. Le rapport a la teneur suivante :

“ NO. NO.P. FICHE DATE HEURE DUREE PGES VERS MODE STATUT
572 414 25.09 15 :31 0 :00'41'' 2 23 EC M 34 OK ”.

Par ailleurs, en vertu du fichier de la centrale de télécopie de la **BQUE1.)** ayant trait à la télécopie litigieuse :

“ ****0012423943284 **3806 6525.09.9715 ;30** 325.00
*USA*4* 0* 0* *USA ***** 10* 97649* ”

Contrairement à l'argumentation de la défenderesse, les documents produits par la **BQUE1.)** ne permettent pas d'établir que la banque a réellement expédié l'instruction litigieuse à **SOC2.)** Markets Series. En effet, s'il résulte du rapport de transmission que deux pages ont été continuées à avec succès, le numéro du destinataire de la télécopie ne ressort pas dudit rapport de transmission. De même, si le fichier de la centrale de télécopie fait apparaître le numéro de fax de **SOC2.)** Markets Series, ledit document n'indique ni le nombre de pages transmises, ni si les pages envoyées ont été reçues par leur destinataire.

Il n'est partant pas établi que la **BQUE1.)** a transmis l'ordre de bourse litigieux reçu le 24 septembre 1997 par son client, la société **SOC1.)** STARS au destinataire.

- la vérification de la bonne exécution de l'ordre

La société **SOC1.)** STARS reproche encore à la **BQUE1.)** de ne pas avoir vérifié, respectivement de ne pas s'être assurée que l'instruction soit parvenue à son destinataire et que l'agent de change ait procédé aux opérations demandées.

Le mandataire est tenu d'accomplir le mandat tant qu'il en demeure chargé, et répond des dommages et intérêts qui pourraient résulter de son inexécution de sorte que le banquier qui a reçu son ordre d'achat de valeurs mobilières ne peut considérer son mandat comme accompli ni après transmission de l'ordre à l'agent de change, ni après l'achat des titres par ce dernier, mais uniquement après la livraison desdits titres à son client.

Il s'ensuit que le banquier est seul tenu envers le client, donneur d'ordre, sur base du contrat de mandat et que l'agent de change auquel l'ordre est transmis n'agit pas en tant que mandataire substitué.

La banquier, tenu d'une obligation de moyens lui imposant une diligence extrême, n'a accompli ses engagements qu'au moment où il obtient la livraison des titres, respectivement leur inscription

en compte ou l'inscription en compte des fonds résultant de l'opération et il ne saurait échapper à ses obligations en invoquant un défaut de livraison de la part de l'agent de change (voir en ce sens : Cour 19 novembre 1997, n°18915 du rôle).

Pour échapper à sa responsabilité, la **BQUE1.)** invoque une clause limitative de responsabilité inscrite au contrat conclu entre parties, en vertu de laquelle “ *The Custodian shall not be responsible for damages resulting from bad or non-transmission of messages and instructions due to technical failures in the means of communication which are out of the control of the Custodian (such as telex, cable, facsimile, electronic mail ...)* ” .

La défenderesse expose en ce qui concerne l'application de ladite clause que, contrairement à l'argumentation de la demanderesse, il n'a y aurait pas lieu de séparer “ la transmission de l'instruction ” et “ la vérification de l'exécution de l'instruction ”, étant donné que cette clause ne pourrait quasiment jamais s'appliquer pour être annihilée par la “ prétendue obligation de vérification de l'exécution ”.

Contrairement aux développements de la défenderesse, cette clause limitative de responsabilité, si elle a pour effet de décharger la banque de sa responsabilité en cas de défaillance technique qui ne lui est pas imputable, ne saurait décharger la **BQUE1.)** de son obligation d'exécuter son mandat avec une diligence extrême et d'agir dans l'intérêt de son client, notamment en informant ce dernier immédiatement que l'ordre de bourse n'a pu être exécuté.

En effet, en sa qualité de mandataire seul responsable envers son client et devant assurer la régularité et l'efficacité des actes accomplis, il aurait appartenu à la **BQUE1.)** de s'assurer de la bonne exécution des instructions par elle transmises. Elle aurait dû d'une part, vérifier et se renseigner auprès de l'agent de change si ce dernier avait effectivement reçu les instructions envoyées par télécopie et d'autre part, elle aurait dû s'assurer que l'opération demandée par son client ait effectivement été exécutée par l'agent de change à la date indiquée.

Il est certain que si la **BQUE1.)** avait fait preuve d'une diligence plus grande en vue de la bonne exécution des instructions, le “ problème technique ” aurait pu être détecté rapidement et les actions litigieuses auraient pu être rachetées valeur au 31 octobre 1997 (un délai de 20 jours devant être observé entre la réception d'un ordre de rachat et l'exécution de cet ordre).

La **BQUE1.)** invoque encore pour échapper à sa responsabilité la négligence de la société du groupe **SOC1.)** chargée de la gestion du fonds **SOC1.) Stars Ltd. - FDS1.)**, qui aurait mis jusqu'en janvier 1998 pour se rendre compte que le compte en question n'a pas été crédité des fonds provenant des opérations de rachat des actions litigieuses.

Ce moyen ne saurait valoir. En effet, la circonstance que la demanderesse ait pu ou non être au courant du fait que les actions litigieuses n'ont pas été rachetées, respectivement que les fonds résultant de ladite opération n'ont pas été inscrits en compte est sans incidence sur la mission

confiée à la **BQUE1.)**, étant donné qu'aucune obligation concrète en ce sens n'incombait à la société **SOC1.) STARS**.

Le moyen n'est partant pas fondé.

La **BQUE1.)** fait finalement valoir que, tel qu'il résulterait des pièces produites en cause, elle n'aurait pas été en mesure de vérifier la bonne exécution des instructions transmises, du seul fait de la société **SOC1.) STARS**. Celle-ci ne lui aurait jamais permis d'exercer correctement ses obligations résultant de la convention conclue entre parties.

La défenderesse fait état d'un certain nombre de pièces, notamment de courriers adressés à la société **SOC1.) STARS** et datant d'une période antérieure au mois de septembre 1997. Par ces courriers la banque sollicite de la part de la demanderesse un certain nombre d'informations relatives aux fonds détenus par la demanderesse, informations nécessaires à l'accomplissement par la banque de sa fonction de "custodian". Il ne résulte cependant d'aucun de ces courriers que la société **SOC1.) STARS** aurait empêché la banque d'exécuter ou de faire exécuter les ordres de bourse lui donnés et de vérifier leur bonne exécution.

Le moyen n'est partant pas fondé.

La défenderesse fait finalement valoir que les avis d'opérés auraient tous été transmis directement à la société **SOC1.) STARS**, de sorte qu'elle aurait été dans l'impossibilité de vérifier l'exécution transmise.

Cette affirmation, outre qu'elle n'est étayée par aucune pièce figurant au dossier, n'est pas de nature à justifier la non-transmission de l'instruction par la défenderesse et la non-vérification de la réception de l'ordre litigieux par **SOC2.) Emerging Markets**.

Le moyen n'est partant pas fondé.

En ne transmettant pas les ordres de la société **SOC1.) STARS** et en ne vérifiant pas la bonne exécution desdites instructions, a commis une faute engageant sa responsabilité et elle doit indemniser le préjudice accru à la demanderesse du fait de ces négligences.

3.3. Le préjudice

La société **SOC1.) STARS** réclame le paiement de la somme de 148.983,66.-USD équivalent à la perte réalisée par la demanderesse du fait de la baisse de la valeur de rachat (net asset value) des actions **SOC2.) Emerging Markets** entre le 31 octobre 1997 et le 28 février 1998.

La défenderesse conteste le préjudice allégué par la société **SOC1.) STARS** et fait valoir que les avis d'opérés ne seraient adressés par **SOC3.) Fund** que plus de deux mois après l'envoi de l'instruction et près d'un mois après l'exécution de l'instruction. Elle n'aurait dès lors pu redresser l'absence d'exécution au plus tôt le 31 décembre 1997. La demanderesse pourrait dès lors

prétendre tout au plus à la différence de valeur des actions litigieuses entre le 31 décembre 1997 et le 28 février 1998 évaluée à la somme de 34.350,12.-USD.

Au vu des développements qui précèdent, la **BQUE1.)** aurait dû agir avec une diligence extrême et s'enquérir auprès du destinataire de la réception de l'ordre de bourse et de la bonne exécution de l'instruction en cause, diligence qui aurait le cas échéant permis d'éviter le rachat " tardif " des actions concernées.

Aucune faute ou aucun fait de nature à décharger la défenderesse de sa responsabilité n'étant établis en cause, la **BQUE1.)** doit indemniser le préjudice accru à la demanderesse, préjudice équivalant à la perte subie par la société **SOC1.)** STARS, en raison de la différence de valeur des actions en cause, entre la date initialement prévue pour l'opération de rachat et la date du rachat effectif.

Au vu des contestations de la défenderesse et, le tribunal ne disposant pas d'ores et déjà des éléments d'appréciation suffisants pour déterminer le montant du dommage subi par la demanderesse, il y a lieu d'avoir recours à un expert dont la mission sera plus amplement détaillée au dispositif du présent jugement.

4. L'indemnité de procédure

La société anonyme **BQUE1.)** succombant et devant dès lors supporter les dépens, sa demande d'une indemnité de procédure de 100.000.-francs en raison des frais irrépétibles sur base de l'article 240 du nouveau code de procédure civile n'est pas justifiée.

Par ces motifs

le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, première chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement,

reçoit la demande en la pure forme, la déclare irrecevable sur base de la responsabilité délictuelle, la déclare recevable et fondée sur base de la responsabilité contractuelle, avant tout autre progrès en cause, ordonne une expertise et commet pour y procéder M. Roger GREDEN, demeurant à 1993 Luxembourg, 1, rue Siggy vu Lëtzebuerg,

avec la mission de concilier les parties si faire se peut, sinon dans un rapport écrit, motivé et détaillé de :

“ déterminer la valeur de rachat (net asset value) des 2.119 actions **SOC2.)** Emerging Markets au 31 octobre 1997 et au 28 février 1998,

calculer le préjudice accru à la société **SOC1.)** STARS Ltd., préjudice résultant de la baisse de valeur entre les deux dates, ”

ordonne à la **BQUE1.)** de consigner au plus tard le 20 août 2002 la somme de 700.-euros, à titre de provision à valoir sur la rémunération de l'expert, à un établissement de crédit à convenir avec l'autre partie au litige, et d'en justifier au greffe du tribunal, sous peine de poursuite de l'instance selon les dispositions de l'article 468 du nouveau code de procédure civile, charge Mme le juge Françoise WAGENER du contrôle de cette mesure d'instruction,

dit que l'expert devra, en toute circonstance, informer ce magistrat de l'état de ses opérations et des difficultés qu'il pourra rencontrer,

dit que si ses honoraires devaient dépasser le montant de la provision versée, il devra avertir ledit magistrat et ne continuer ses opérations qu'après consignation d'une provision supplémentaire,

autorise l'expert à s'entourer de tous les renseignements utiles et nécessaires à l'accomplissement de la mission lui confiée et même à entendre de tierces personnes,

dit que l'expert devra déposer son rapport au greffe du tribunal le 30 décembre 2002 au plus tard,

dit qu'en cas d'empêchement du magistrat ou de l'expert commis, il sera procédé à leur remplacement sur simple ordonnance de M. le président de chambre, rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure, réserve les frais.

Ce jugement a été lu à l'audience publique indiquée ci-dessus par M. Etienne SCHMIT, premier vice-président, en présence de Mme Monique BARBEL, greffier.