

Arrêt N° 132/18 IV-COM

Audience publique du douze décembre deux mille dix-huit

Numéro 44709 du rôle

Composition:

Roger LINDEN, président de chambre;
Elisabeth WEYRICH, première conseillère;
Yannick DIDLINGER, conseillère;
Eric VILVENS, greffier.

E n t r e

la société anonyme A, établie et ayant son siège social à ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce de ... sous le numéro...

appelante aux termes d'un acte de l'huissier de justice Véronique Reyter d'Esch-sur-Alzette du 21 avril 2017,

comparant par la société à responsabilité limitée Nauta Dutilh Avocats Luxembourg, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1233 Luxembourg, 2, rue Jean Bertholet, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 88.915, représentée par Maître Antoine Laniez, avocat à la Cour,

e t

la société d'investissements à capital variable B, établie et ayant son siège social à ..., représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro ...,

intimée aux fins du prédit acte Reyter,

comparant par la société anonyme Arendt & Medernach, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège social à L-1855 Luxembourg, 41 A, avenue John F. Kennedy, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés sous le numéro B 186.371, représentée par Maître Philippe Dupont, avocat à la Cour.

LA COUR D'APPEL

Les faits à la base de la demande

La société de droit australien A a transmis le 20 octobre 2014 un ordre de souscription pour 184.817,08 parts du Compartiment C de la sicav B à la société anonyme D (D), agent de transfert et de registre du fonds, la société anonyme B (la société B) en étant le gestionnaire.

Le 21 octobre 2014, la société D a confirmé à la société A la souscription de 184.817,08 parts du compartiment de la sicav pour le montant de 33.280.011,60 USD.

Par courriel du 23 octobre 2014, la société D a informé la société A n'avoir reçu paiement que de la somme de 184.817,08 USD, au lieu de celle de 33.280.011,60 USD redue pour la souscription des 184.817,08 parts de B.

S'étant rendu compte de l'erreur commise lors de la passation de l'ordre de souscription - au lieu d'acheter des parts pour le montant de 184.817,08 USD, elle avait souscrit un ordre d'achat pour 184.817,08 parts - la société A a, par deux courriels du 23 octobre 2014, demandé l'annulation de l'ordre de souscription de 184.817,08 parts, et demandé à souscrire des parts pour la somme de 184.817,08 USD.

Par courriel du même jour, la société D a informé A ne pas pouvoir accéder à sa demande et lui a proposé de passer par télécopie un ordre de rachat pour le nombre de parts souscrites par erreur et correspondant à la différence entre l'ordre initial et l'ordre rectifié, ce qui correspondrait à une demande de rachat de 183.790,7176 parts.

Par courriel du 24 octobre 2014, la société D a détaillé à la société A la marche à suivre, à savoir pour la cliente de placer un ordre de rachat pour 183.790,7176 parts avant le 24 octobre 2014 qui sera traité le 27 octobre 2014, les sociétés D et B compenseraient le montant à payer de (33.280.011,60 USD - 184.817,08 USD) 33.095.194,52 USD avec le produit résultant de l'ordre de rachat au 30 octobre 2014, jour de règlement de l'ordre de rachat, que le montant exact du rachat serait connu le 27 octobre 2014 après publication de la valeur nette d'inventaire (VNI) des parts et que dans l'hypothèse où le produit du rachat des parts souscrites en trop ne couvrirait pas le montant à payer, la société A devrait prendre à sa charge le paiement du solde.

La société A a donné le 24 octobre 2014 l'ordre de rachat des 183.790,7176 parts avec date de valeur au 27 octobre 2014. Par télécopie du 27 octobre 2014, la société D a envoyé à la société A une confirmation de rachat de 183.790,7176 parts pour un montant de 34.317.402,79 USD.

Par courrier (non versé) du 19 décembre 2014, la société A, se prévalant de sa qualité d'actionnaire inscrit au registre des actionnaires de la société B entre le 21 et le 24 octobre 2014, a réclamé le paiement du montant de 1.222.208,27 USD, correspondant à la plus-value réalisée découlant de la différence entre le prix de rachat et le prix de souscription (34.317.402,79 - 33.095.194,52 = 1.222.208,27 USD).

Par courrier du 9 janvier 2015, la société B a refusé d'accéder à la demande, à défaut pour la société A d'avoir payé le prix d'émission des 183.790,7176 parts. Par lettre du 15 juin 2015, cette société a été mise en demeure par la société A de lui verser le montant de 1.222.208,27 USD.

Par acte d'huissier de justice du 26 août 2015, la société A a assigné la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois B SICAV devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la voir condamner à lui payer le montant de 1.222.208,27 USD, évalué à 1.057.574,50 € à la date du 25 août 2015, sans préjudice quant à toute fluctuation monétaire, avec les intérêts légaux à compter du 27 octobre 2014, date de la passation de l'ordre de rachat, sinon du 30 octobre 2014, sinon du 15 juin 2015, date de la mise en demeure, sinon à partir de la demande en justice, sinon à partir du jugement à intervenir, jusqu'à solde. Elle a requis une indemnité de procédure de 10.000 €.

La demanderesse A a signifié le 29 janvier 2016 une nouvelle assignation au contenu identique à celle du 26 août 2015, sauf à désigner explicitement le Compartiment concerné de la sicav dans l'énoncé des parties et a sollicité la jonction des deux rôles.

Le jugement du 15 février 2017

La société défenderesse avait conclu à l'irrecevabilité de la demande pour défaut de qualité à agir dans le chef de la demanderesse dans la mesure où la société A passerait des ordres d'achat et de vente pour le compte de ses clients, de sorte qu'en vertu de l'adage *nul ne plaide par procureur*, le droit d'agir appartiendrait seulement aux clients pour lesquels A a passé les ordres, à moins que la demanderesse ne révèle le nom de ceux qui lui ont donné mandat d'agir.

Le tribunal, après avoir joint les deux instances, a rappelé que les questions relatives à la qualité et l'intérêt pour agir relèvent du fond du droit de sorte que les moyens d'irrecevabilité opposés par la défenderesse à la demande principale ont été rejetés.

La juridiction du premier degré a retenu que la demanderesse pouvait se prévaloir d'un certificat du 17 juillet 2015 établi par la défenderesse sous la forme d'un tableau Excel, renseignant notamment dans différentes colonnes la date de valeur, le nom du

fonds, le nom de l'actionnaire ainsi que le nombre de parts variant en fonction des dates pour revendiquer la qualité d'actionnaire.

La défenderesse avait conclu au rejet de la demande au motif que la société A n'avait pas pu devenir actionnaire du Compartiment pour les 183.790,7176 parts, étant donné que les règles posées par l'article 28 paragraphes (3) et (8) de la loi OPC seraient d'ordre public de par leur objectif de protection des investisseurs et ne sauraient faire l'objet d'aucun accord contractuel contraire. Elle avait conclu à la nullité des opérations de souscription et de rachat, les parties n'ayant pu y déroger par toute stipulation contraire. Conformément à ces règles, la défenderesse avait fait valoir l'impossibilité légale de procéder à l'émission de parts sans avoir au préalable reçu le paiement en numéraire du prix d'émission des parts. Par ailleurs, tant les statuts que le prospectus exigeraient également la réception du prix de souscription préalablement à l'émission de parts.

La juridiction du premier degré s'est attachée à rechercher si l'article 28 (3) et (8) sur la loi du 17 décembre 2010 concernant les organismes de placement collectif (la loi OPC) est une disposition d'ordre public à laquelle il ne saurait être dérogé. Elle a retenu que ledit article était impératif et ce tant au regard de sa formulation que du fonctionnement même des SICAV et de l'article 6 des statuts consolidés de B du 28 juin 2012 et de l'article 2.3. du prospectus de B du 8 juillet 2014.

Le tribunal en a conclu que l'émission d'actions par le Compartiment sans versement préalable de l'équivalent du prix d'émission dans les délais d'usage et le rachat subséquent des actions étaient nuls pour avoir été effectués en violation de la règle impérative posée par les paragraphes (3) et (8) de l'article 28 précité et qu'à défaut pour la société A d'avoir intégralement libéré par un paiement en numéraire les actions souscrites, elle n'avait pas pu devenir actionnaire des actions ultérieurement rachetées.

La demande de la société A a été déclarée non fondée.

Les demandes en indemnité de procédure ont été rejetées.

L'appel

Par acte d'huissier de justice du 21 avril 2017, la société A a interjeté appel contre le jugement du 15 février 2017 et conclut, par réformation, à se voir allouer le montant réclamé en première instance. Elle sollicite une indemnité de procédure de 10.000 €.

L'intimée conclut à la nullité de l'acte d'appel. Elle relève appel incident et demande, par réformation, en ordre principal, à voir déclarer irrecevable la demande pour défaut d'intérêt et de qualité à agir. Elle conclut, en ordre subsidiaire, à la confirmation du jugement, au rejet de la demande de l'appelante en indemnité de procédure et à se voir allouer une telle indemnité de 15.000 €.

Discussion

1. L'intimée conclut au dispositif de ses conclusions à la nullité de l'acte d'appel sans en motiver la cause dans le corps de celles-ci. Le moyen est à rejeter.

2. La société B déclare relever appel incident du jugement - il s'agit en fait de la réitération d'un moyen rejeté par le tribunal - en ce que le tribunal a retenu que la société A avait qualité et intérêt pour agir. Elle conclut à l'irrecevabilité de la demande et dénie au tableau Excel toute valeur juridique.

La qualité et l'intérêt à agir relevant du fond du droit, c'est tout d'abord à tort que l'intimée réitère son moyen d'irrecevabilité de la demande.

Le tribunal a, au vu d'un tableau Excel établi par l'intimée retenu que la société A était inscrite comme actionnaire de la sicav dans le registre, inscription qui établit une présomption simple de sa qualité d'actionnaire. Il a retenu qu'il appartenait à la société B d'établir avoir procédé à cette inscription suite à une erreur de sa part ou de manœuvres dolosives dont elle aurait été la victime.

Ce tableau a été dressé à la demande de la société A par le teneur de registre, de sorte que c'est à tort que l'appelante dénie toute valeur juridique à celui-ci.

Pour faire échec à la présomption attachée à l'inscription dans le registre des actionnaires de la sicav, l'intimée fait valoir que la société A a agi en qualité de commissionnaire des clients dont elle gère le patrimoine, de sorte qu'elle dénie à l'appelante les attributs liés au droit de propriété des actions. Ce contrat aurait pour caractéristique de créer des liens juridiques entre les deux parties extrêmes à l'opération de sorte que le droit d'action appartiendrait aux clients de l'appelante.

L'inscription prouve contre la société en faveur de l'actionnaire et il appartient à la société d'établir que l'inscription a été faite par erreur ou à la suite de manœuvres dolosives qui l'ont déterminée à y procéder. (Cour 7 mai 2015, P.37, 372 ; Charles Resteau, Traité des sociétés anonymes, éd. Swinnen 1981, n° 626).

Les développements de l'intimée concernant la qualité en laquelle l'appelante est intervenue sont inopérants en ce qu'ils ne tendent à établir ni une erreur dans son chef, ni des manœuvres dolosives dont elle aurait été l'objet.

Le moyen tiré de la qualité de commissionnaire de l'appelante pour faire échec à la présomption découlant de l'article 40 de la LSC est donc à écarter.

3. L'intimée réitère son moyen que la société A n'a pu devenir actionnaire du Compartiment de la sicav faute d'avoir réglé le prix de

souscription, la loi sur les OPC exigeant une libération intégrale des parts comme préalable à l'émission de celles-ci. L'inscription procéderait d'une erreur de sa part en ce qu'elle aurait été effectuée en violation de l'article 28 paragraphes (3) et (8) sur la loi OPC. Ces dispositions seraient, de par leur objet de protection des investisseurs, d'ordre public et ne sauraient faire l'objet d'aucun accord contractuel contraire.

La juridiction du premier degré a fait droit à ce moyen. La motivation du jugement se lit comme suit :

« L'article 28 paragraphe (3) de la loi OPC dispose :

« Les parts d'une SICAV ne peuvent être émises sans que l'équivalent du prix d'émission ne soit versé dans les délais d'usage dans les actifs de la SICAV. Cette disposition ne s'oppose pas à la distribution de parts gratuites. »

L'article 28 paragraphe (8) de la loi OPC dispose :

« Les parts doivent être entièrement libérées. Elles sont sans mention de valeur. »

Si la loi OPC est muette quant à la question de savoir si ces dispositions sont ou non impératives, le silence de la loi ne permet cependant pas de mettre en doute le caractère obligatoire desdites dispositions.

D'une part, il ressort de la formulation même de ces deux paragraphes de l'article 28 et de l'utilisation des verbes « ne peuvent être » et « doivent » qu'il s'agit de dispositions impératives de la loi auxquelles les parties ne peuvent pas déroger conventionnellement.

D'autre part, il ressort du fonctionnement même des SICAV, de leur solvabilité et de la liquidité de leurs parts, que ces dispositions, lesquelles exigent une libération intégrale des parts par un versement de l'équivalent du prix d'émission préalablement à toute émission de parts, répondent au but légitime de protection de l'ordre public financier et de la sécurité des investisseurs et constituent des dispositions impératives de la loi OPC, devant se substituer aux dispositions contractuelles contraires adoptées par les cocontractants.

Par ailleurs, il ressort de l'article 6 des statuts consolidés de B du 28 juin 2012 que les parts peuvent seulement être émises après confirmation de la souscription et après réception du paiement du prix. ("Shares may be issued only upon acceptance of the subscription and after receipt of the purchase price. The subscriber will, without any delay, upon acceptance of the subscription and receipt of the purchase price, receive title to the shares purchased by him and upon application obtain delivery of definitive share certificates in bearer or registered form or a confirmation of his shareholding.")

De même, l'article 2.3. du prospectus de B du 8 juillet 2014 stipule que l'allocation des parts est conditionnelle à la réception du prix de souscription (« The allotment of Shares is conditional upon receipt of subscription monies. »).

Au vu des développements qui précèdent, l'émission d'actions par le Compartiment sans versement préalable de l'équivalent du prix d'émission dans les délais d'usage et le rachat subséquent des actions sont nuls pour avoir été effectués en violation de la règle impérative posée par les paragraphes (3) et (8) de l'article 28 précité.

En l'espèce, au vu de ce qui précède, il en résulte indubitablement que A, à défaut d'avoir intégralement libéré par un paiement en numéraire les actions souscrites, n'a pas pu devenir actionnaire des actions ultérieurement rachetées et que l'inscription au registre des actionnaires est forcément erronée ».

L'appelante dénie à l'article 28 son caractère d'ordre public auquel il ne saurait être dérogé. Elle soutient que la loi n'exige pas un paiement préalable à l'émission des parts, mais qu'il doit intervenir dans les délais d'usage qui, selon le prospectus du fonds, était de trois jours. Elle soutient que le non-paiement a pour seule conséquence la non-inscription au registre des actionnaires qui peut être suspendue tant que le paiement n'est pas intervenu. La sanction du non-paiement ne serait donc pas la nullité de l'inscription, mais il appartiendrait au fonds de faire valoir son droit de créance à l'égard du souscripteur en défaut de paiement. Elle distingue entre l'émission juridique et l'émission matérielle des parts, cette dernière étant concrétisée par l'inscription au registre des actionnaires. En ayant invalidé les souscriptions faites sans paiement préalable, et sans tenir compte de la possibilité de différer la souscription/émission matérielle des parts, le tribunal aurait donné à la loi un sens qu'elle n'a pas. La souscription serait, en vertu du droit commun des sociétés, irrévocable, et ne pourrait être assortie d'une condition ni suspensive, ni résolutoire. La validité de la souscription ne pourrait être affectée en tant que telle par le défaut de versement du prix de vente. Seule l'attribution des titres aux actionnaires effectuée par l'inscription dans le registre des actionnaires nominatifs serait suspendue aussi longtemps que le prix d'émission n'est pas versé à la sicav.

Selon le droit commun des sociétés auquel la loi OPC renvoie pour tout ce à quoi elle ne déroge pas, la souscription des parts est irrévocable et ne saurait être conditionnelle, ni suspensive. L'émission matérielle des parts est suspendue aussi longtemps que le prix de la souscription n'a pas été intégralement versé. Seule l'attribution du titre à l'actionnaire, à savoir en l'espèce l'inscription dans le registre des actionnaires nominatifs, est suspendue aussi longtemps que le prix d'émission n'est pas versé à la sicav. (Organismes de Placement collectif en droit luxembourgeois par Claude Kremer et Isabelle Lebbé, Larcier, troisième édition, n° 992 qui renvoie au n° 985).

Selon ces auteurs, il convient en effet de distinguer l'émission juridique des parts de leur émission matérielle. La disposition légale ne viserait que l'émission matérielle. L'émission juridique des parts s'opèrerait lors de l'acceptation par la société de gestion de la demande de souscription. Ils ajoutent cependant que le règlement de

gestion peut aussi subordonner l'émission juridique des parts à la réception du prix de souscription.

La Cour renvoie à la teneur des statuts consolidés du fonds du 28 juin 2012 et à l'article 2.3. du prospectus retranscrits ci-dessus dans la motivation du jugement dont appel.

Il en ressort que les parts peuvent seulement être émises après confirmation de la souscription et après réception du paiement du prix et que l'allocation des parts est conditionnée à la réception du prix de souscription.

Les parties n'ont pas pris position par rapport à la teneur de ces dispositions et spécifiquement quant à savoir si c'est l'émission matérielle ou juridique qui y est visée.

Par le fait cependant pour les statuts de préciser qu'après la confirmation de la souscription et la réception subséquente des fonds, le souscripteur se verra remettre sur sa demande un « *delivery of definitive share certificates in bearer or registered form or a confirmation of his shareholding* », la Cour en conclut que c'est l'émission matérielle des parts qui est visée.

Reste que la souscription des parts est devenue irrévocable.

L'article 28 paragraphes (3) et (8) est d'ordre public en ce qu'il contraint la société de gestion à différer la remise de certificats aux souscripteurs tant que ceux-ci n'ont pas réglé la contre-valeur du prix d'émission. Cette précaution permet de prévenir la circulation dans le public de certificats correspondant à des parts dont le prix d'émission reste en souffrance (opus cité, n° 985).

L'inscription dans le registre des actionnaires ne procède pas de ce souci de protection, étant donné qu'il n'a pas vocation à circuler.

Il ressort des développements faits ci-dessus que si la loi exige le paiement préalable à l'émission matérielle des parts, l'émission juridique qui se concrétise par l'acceptation de l'offre de souscription par la société de gestion du fonds n'est pas concernée par cette règle impérative.

Le jugement est donc à réformer en ce que le tribunal a retenu que la société A, à défaut d'avoir intégralement libéré par un paiement en numéraire les actions souscrites, n'avait pas pu devenir actionnaire des actions ultérieurement rachetées et que l'inscription au registre des actionnaires était forcément erronée.

4. L'appelante expose que les opérations de souscription et de rachat décidées de commun accord par les parties ont conduit à un solde en sa faveur, dont elle réclame actuellement paiement, objet du litige. La valeur de rachat des parts ayant été supérieure à la

valeur de souscription de celles-ci, la différence de 1.222.208,27 USD devrait lui revenir.

Elle fait valoir avoir payé les parts dans les délais d'usage, tel que prévu à l'article 28 de la loi OPC, ce paiement s'étant fait par compensation légale.

L'intimée soutient en ordre principal que la compensation légale ne pouvait opérer faute par l'appelante d'être devenue actionnaire de la sicav. Ce moyen est à rejeter au vu des développements faits ci-dessus.

En ordre subsidiaire, elle renvoie au droit commun des sociétés. Elle soutient que l'affectio societatis des associés qui est le fondement de toute société commerciale aurait fait défaut dans le chef de l'appelante qui n'aurait jamais eu l'intention de s'associer. La preuve en aurait été que l'appelante n'aurait jamais eu l'intention d'acquérir le nombre de parts qu'elle n'a souscrites que par erreur. Elle soutient que la compensation constitue un apport en nature, non valable selon le droit commun des sociétés anonymes applicable aux OPC, sinon que la libération de l'apport n'était pas effective, sinon était fictive.

Que la société A n'entendait pas acquérir les parts de sicav dans la proportion réalisée est un fait. Elle les a acquises suite à une erreur de sa part. Le moyen de défense de l'intimée tiré de l'absence d'affectio societatis dans le chef de l'appelante est inopérant, étant donné qu'elle a souscrit les parts litigieuses.

Ce qu'il y a lieu d'examiner sont les conséquences de l'erreur qui a abouti à la souscription et au rachat subséquent des parts.

La société A soutient s'être acquittée dans les délais d'usage du prix à payer, étant donné que les opérations de souscription et de rachat se sont déroulées dans un laps de temps de trois jours. Elle renvoie à l'article 32-1, paragraphe 5 de la LSC qui autorise l'apport par voie de compensation.

L'intimée réplique à bon droit que cette disposition pour avoir été introduite par la loi du 10 août 2016 portant modification de la loi du 10 août 1915 sur les sociétés commerciales n'était pas applicable au moment des faits en 2014.

La société B qui fait valoir que la compensation ne serait pas un apport valable soutient que celui-ci doit être soit en numéraire, soit consister en tout autre bien susceptible d'évaluation économique et renvoie à l'article 26-1 de la LSC applicable aux sicav, à défaut de dispositions dérogatoires sur les OPC les concernant. Or, l'apport d'une créance par voie de compensation équivaldrait à un apport en nature et non en numéraire. Elle se réfère encore au prospectus de la société qui prévoit uniquement la possibilité d'un apport en nature sous forme de titres. Elle renvoie enfin à la LSC qui prévoit que pour

tout apport en nature, un réviseur d'entreprises doit établir un rapport.

Le droit français admet que les actions souscrites en numéraire peuvent être libérées par « *compensation avec des créances liquides et exigibles sur la société* ». (Code de commerce, art.L.225-128, alinéa 2).

La jurisprudence belge admet la compensation d'une dette d'un actionnaire tenu de payer le solde de sa souscription au capital d'une société anonyme avec une créance dont il est titulaire à l'égard de cette société (Cour de Cassation belge, 25 septembre 2006, J.T. 2007/26, n°6275 ; Cour d'appel de Liège 25 février 2008, J.L.M.B., 2009/39, 27 novembre 2009).

La question de l'apport d'une créance d'un associé contre la société est également discutée en droit luxembourgeois. (Alain Steichen, Précis de droit des sociétés, troisième édition, n°40, page 52 ; Jean-Pierre Winandy, Manuel du droit des sociétés, édition 2008, page 136).

Selon A. Steichen, l'apport à la société d'une créance exigible contre celle-ci au titre de libération de la dette d'apport opère de plein droit compensation entre les dettes réciproques. Etant donné que la compensation est un double paiement abrégé, l'apport à la société d'une créance liquide est à assimiler à un apport de numéraire, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu à intervention d'un réviseur d'entreprises.

L'auteur J-P Winandy est d'accord sur le principe, mais estime que l'intervention d'un réviseur d'entreprises est requise, étant donné que la valeur nominale de la créance ne correspond pas nécessairement à sa valeur réelle.

Ce dernier point n'est, en l'espèce, pas dirimant.

En effet, le propre de la créance de l'actionnaire contre le fonds est que sa valeur est par essence variable et que par le rachat opéré, il sera tenu compte de la VNI. Point n'est donc besoin de l'intervention d'un réviseur d'entreprises.

A noter enfin que dans l'ouvrage consacré aux organismes de placement collectifs en droit luxembourgeois, les auteurs retiennent que si le paiement ne se fait pas dans les délais d'usage, les parts sont rachetées à la valeur nette d'inventaire à la date de rachat et que si celle-ci a baissé depuis la date de souscription, le souscripteur est, en principe, redevable de la différence.

La Cour retient qu'en matière d'OPC, un apport sous forme de compensation de dettes réciproques est à assimiler à un apport de numéraire.

La compensation légale ne s'opère qu'entre des dettes réciproques qui sont certaines, liquides et exigibles.

L'article 28 paragraphe (8) de la loi sur les OPC dispose que les parts doivent être entièrement libérées dans les délais d'usage. Le fait pour le détenteur de parts de ne pas remplir cette obligation dans les délais d'usage ne rend pas la souscription nulle, l'organisme ne pouvant faire valoir qu'un droit de créance contre celui-ci.

La créance de la société B à l'égard de la société A est devenue exigible à l'expiration du délai statutaire de trois jours suivant celui de la souscription accordé au souscripteur pour libérer les parts, soit en l'espèce le 27 octobre 2014. Il ressort par ailleurs de l'accord des parties de procéder à l'opération de rachat des parts à cette date.

La question est de savoir si en l'absence de la libération de l'intégralité du prix des parts, le souscripteur disposait d'une créance exigible contre la société appelée à se compenser avec la dette qu'il avait à l'égard de la même société.

Le rachat par la société B des parts souscrites en trop par la société A a fait naître dans le chef de la première l'obligation de s'acquitter du prix du rachat entre les mains de la seconde, obligation qui est venue se compenser avec la créance de la société B contre la société A qui était débitrice à son égard du prix de la souscription des parts acquises en trop.

Les dettes réciproques ayant par le fait de l'opération de rachat été liquides et exigibles, la compensation légale s'est opérée. Celle-ci vaut à hauteur de la dette la moins élevée.

L'intimée fait enfin valoir que l'apport de la société A était fictif, donc nul, « *étant donné que le fait de ne rien payer pour devenir actionnaire et de sortir de l'actionariat au moment même où l'on prétend le devenir, constitue clairement un apport fictif* ».

Ce moyen est à écarter au vu des développements faits ci-dessus.

La différence née de l'augmentation de la VNI des parts entre le jour de la souscription et celui du rachat s'est chiffrée à la somme de 1.222.208,27 USD.

La Cour note que les parties s'étaient certes accordées à procéder par voie de compensation, mais limitées à n'envisager que le cas spécifique où la VNI de rachat des parts serait inférieure à la valeur de souscription.

Le fait que les parties n'ont pas envisagé le cas de figure opposé - tel qu'il s'est réalisé - ne saurait porter préjudice à la société A.

Aucun élément du dossier ne permet de retenir - l'intimée ne le soutient d'ailleurs pas - que ce faisant, la société A aurait renoncé à

revendiquer la différence, si celle-ci devait être en sa faveur. L'erreur commise par la société A et les opérations subséquentes effectuées par les parties destinées à permettre à l'appelante de se défaire des parts achetées en trop ne changent rien à la situation juridique qui en est née.

L'appel est donc fondé et il convient de condamner la société B à payer à la société A la somme de 1.222.208,27 € augmentée des intérêts légaux courus depuis la mise en demeure du 15 juin 2015 jusqu'à solde.

5. Les parties réclament chacune une indemnité de procédure.

L'intimée B n'y a pas droit en tant que partie succombante.

L'appelante n'y a pas droit non plus vu qu'il n'est pas inéquitable de laisser à sa charge les frais non inclus dans les dépens qu'elle a dû supporter pour faire valoir ses droits en degré d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, quatrième chambre, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

reçoit l'appel,

le dit fondé,

réformant

condamne la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois B SICAV à payer à la société de droit australien A la somme de 1.222.208,27 USD avec les intérêts légaux à courir à partir du 15 juin 2015, date de la mise en demeure jusqu'à solde,

rejette les demandes en indemnité de procédure,

condamne la société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois B SICAV aux frais et dépens des deux instances.