

## **Arrêt N° 112/19 IV-COM**

Audience publique du dix juillet deux mille dix neuf

Numéro 43534 du rôle

### Composition:

Roger LINDEN, président de chambre;  
Serge THILL, président de chambre;  
Elisabeth WEYRICH, première conseillère;  
Eric VILVENS, greffier.

## **E n t r e**

**la société anonyme IKODOMOS HOLDING**, établie et ayant son siège social à L-1273 Luxembourg, 20, rue de Bitbourg, représentée par son conseil d'administration en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 31.720,

**appelante** aux termes d'un acte de l'huissier de justice suppléant Laura Geiger de Luxembourg du 11 avril 2016,

comparant par Maître Patrick Kinsch, avocat à la Cour, demeurant à L-1114 Luxembourg, 14, rue Nicolas Adames, assisté de la société en commandite simple Kleyr Grasso, établie et ayant son siège social à L-2361 Strassen, 7, rue des Primeurs, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant en fonctions, la société à responsabilité limitée Kleyr Grasso GP, établie à la même adresse, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par Maître Marc Kleyr, avocat à la Cour,

## **e t**

**1) la société anonyme PROMOBE FINANCE - SPF**, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 1, rue Peternelchen, représentée par son conseil d'administration en fonctions, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 37.353,

**intimée** aux fins du prédit acte Geiger,

comparant par Maître Nicolas Thieltgen, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assisté de la société en commandite simple Bonn Steichen & Partners, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 2, rue Peternelchen, inscrite à la liste V du tableau de l'Ordre des Avocats du Barreau de Luxembourg, représentée par son gérant en fonctions, la société à responsabilité limitée Bonn Steichen & Partners, elle-même représentée aux fins de la présente procédure par son gérant, Maître Fabio Trevisan, avocat à la Cour,

**2) la société en commandite par actions à capital variable OLOS FUND, SICAV – FIS**, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 1, rue Peternelchen, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 150.333, représentée par son administrateur provisoire en fonctions, Maître Yann Baden, avocat à la Cour, nommé suivant ordonnance du juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 janvier 2017,

**intimée** aux fins du prédit acte Geiger,

**3) la société anonyme OLOS MANAGEMENT**, établie et ayant son siège social à L-2370 Howald, 1, rue Peternelchen, prise en sa qualité d'associé gérant commandité d'OLOS FUND, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B 150.330, représentée par son administrateur provisoire en fonctions, Maître Yann Baden, avocat à la Cour, nommé suivant ordonnance du juge des référés près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg du 3 janvier 2017,

**intimée** aux fins du prédit acte Geiger,

sub 2) et 3) comparant par Maître Moritz Gspann, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

## LA COUR D'APPEL

### I. Les antécédents

#### A. Les parties impliquées dans le litige

La société en commandite par actions à capital variable OLOS FUND S.C.A., SICAV - FIS (*ci-après* OLOS FUND ou le Fonds) est un fonds d'investissement spécialisé soumis à la loi du 13 février 2007, constitué le 16 décembre 2009 initialement sous la dénomination de Lynx Investment Fund S.C.A. Sicav-FIS, puis, depuis le 25 mars 2010, sous sa dénomination actuelle.

Les sociétés anonymes PROMOBE FINANCE - SPF et IKODOMOS HOLDING (*ci-après* PROMOBE et IKODOMOS) sont les

associés commanditaires du Fonds. OLOS FUND est géré par son associé commandité, la société anonyme OLOS MANAGEMENT.

PROMOBE appartient à la famille **A.)** et IKODOMOS à la famille **B.)**. Les deux sociétés sont actives dans le secteur immobilier.

Le capital social de la société OLOS MANAGEMENT est détenu pour moitié par **A.)** et pour l'autre par **B.)**. Le conseil d'administration était, à l'époque des faits, composé, d'une part, de **A.)** et d'**C.)**, et, d'autre part, d'**B.)** et de **D.)**. **A.)** et **B.)** en étaient les administrateurs-délégués.

Depuis le 3 janvier 2017, les sociétés OLOS FUND et OLOS MANAGEMENT sont gérées par l'administrateur provisoire Yann Baden, nommé par ordonnance du juge des référés de Luxembourg du 3 janvier 2017.

### **B. Les assignations de première instance**

Par acte d'huissier de justice du 30 avril 2015, PROMOBE a assigné les sociétés OLOS FUND, OLOS MANAGEMENT et IKODOMOS devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour les parties OLOS FUND et OLOS MANAGEMENT s'entendre ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée le 5 octobre 2012 par le conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT et de procéder à l'allocation définitive des actifs dans les compartiments 1 à 5 d'OLOS FUND en application de l'article 5.3.1. du Contrat - Cadre.

La demanderesse a conclu principalement à voir nommer un administrateur ad hoc au sein d'OLOS MANAGEMENT pris en sa qualité d'associé-gérant commandité d'OLOS FUND avec la mission de mettre en application la cinquième résolution et de procéder à l'allocation définitive des actifs entre les compartiments 1 à 5 en application des articles 4 et 5 du Contrat-Cadre suivant la volonté initiale des parties, et notamment, si nécessaire, se substituer à IKODOMOS pour voter aux assemblées générales convoquées aux fins de permettre l'exécution du Contrat-Cadre et l'allocation du patrimoine conformément aux dispositions contractuelles.

PROMOBE a conclu subsidiairement à voir condamner OLOS FUND, sinon OLOS MANAGEMENT, à mettre en œuvre la cinquième résolution du conseil d'administration du 5 octobre 2012 et à procéder à l'allocation définitive des actifs, dans les dix jours de la signification du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 75.000 € par jour de retard.

Elle a conclu plus subsidiairement à voir constater que le mécanisme de régularisation prévu à l'article 5.1.1. du Contrat-Cadre s'applique et à se voir attribuer, sur base d'une valorisation d'OLOS

FUND au 31 décembre 2012, les actions de commanditaires émises par les différents compartiments du Fonds au détriment d'IKODOMOS dans les proportions reprises au dispositif de l'assignation et dire que la signification du jugement vaudra inscription au registre des actionnaires du changement de la propriété de ces actions.

Quant au Contrat-Cadre, la demanderesse a conclu à voir déclarer que la commune et réelle intention des parties avait été de conclure un contrat à durée indéterminée et à voir dire que le contrat était d'application au jour de l'assignation et dès lors voir nommer un administrateur ad hoc avec la mission d'exécuter le Contrat-Cadre et de procéder à l'allocation du patrimoine conformément aux articles 4 et 5 du contrat.

Elle a demandé en ordre subsidiaire au tribunal de dire que le Contrat-Cadre avait été tacitement prorogé, sinon renouvelé après l'arrivée du terme extinctif et plus subsidiairement de dire que l'obligation d'allocation des actifs a survécu à l'échéance du terme extinctif stipulé à l'article 8 du Contrat-Cadre.

En tout état de cause, la demanderesse a conclu à voir IKODOMOS condamnée à lui verser une indemnité de procédure de 250.000 € et à voir ordonner l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir.

Le tribunal avait encore été saisi de deux assignations lancées, l'une, à la requête de **A.)** agissant en sa qualité d'administrateur de la société OLOS MANAGEMENT aux fins d'intervenir dans le litige principal et, l'autre, à la requête de PROMOBE, aux fins de voir déclarer commun le jugement aux administrateurs d'OLOS MANAGEMENT, à savoir **B.), D.)** et **C.)** et ceux-ci se voir ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée par le conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT dans les dix jours du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 75.000 € par jour de retard.

### C. Le jugement du 22 février 2016

Le tribunal a rejeté le moyen de nullité de l'assignation principale du 30 avril 2015 du chef de libellé obscur et dit que le défaut de qualité et d'intérêt à agir opposé par IKODOMOS à la demande de PROMOBE relevait du fond du droit. Au fond, il a constaté que PROMOBE avait intérêt à agir et a réservé la question de la qualité à agir qui ne serait à traiter qu'une fois examinée la demande en réallocation des actifs vers les compartiments du Fonds. Il a, suite audit examen, reconnu que PROMOBE avait qualité à agir en sa qualité d'actionnaire d'OLOS FUND.

Le tribunal a examiné si le Contrat-Cadre, dont la demanderesse requérait l'exécution, était encore en vigueur au jour de l'assignation,

étant donné qu'IKODOMOS soutenait qu'il avait expiré le 31 décembre 2012. Partant du constat que le conseil d'administration de l'associé - commandité OLOS MANAGEMENT, gérant d'OLOS FUND, avait lors de sa réunion du 16 novembre 2010 approuvé le contenu du Contrat-Cadre dont l'article 8 stipulait qu'il était à durée indéterminée, mais que le même Contrat-Cadre avait été, le 18 novembre 2010, signé par les parties PROMOBE, IKODOMOS et OLOS FUND, dans une version où l'article 8, entre-temps modifié, prévoyait l'expiration du contrat au 31 décembre 2012, il s'est attaché à rechercher l'intention réelle commune des parties. Il s'est basé sur plusieurs éléments internes et externes au Contrat-Cadre pour retenir que l'intention réelle commune des parties avait été de conclure un contrat à durée indéterminée, qui n'avait donc pas de plein droit expiré le 31 décembre 2012.

Le contrat étant ainsi toujours en vigueur, non dénoncé entre-temps par aucune des parties, le tribunal a fait droit à la demande formulée en ordre principal par PROMOBE en nommant un administrateur ad hoc au sein d'OLOS FUND avec la mission de se substituer à l'associé commandité gérant du Fonds dans l'exécution du Contrat-Cadre du 18 novembre 2010 jusqu'à accomplissement de la réallocation définitive du patrimoine absorbé par le Fonds aux compartiments 1 à 5, réallocation à faire en conformité avec les obligations légales, statutaires et le Mémoire de Placement Privé du Fonds. Il a ordonné l'exécution provisoire du jugement sans caution.

L'intervention de **A.)** a été déclarée irrecevable et l'assignation dirigée contre les administrateurs a été déclarée nulle.

**D. L'appel interjeté par IKODOMOS contre le volet du jugement du tribunal qui a ordonné l'exécution provisoire du jugement sans caution**

Par acte d'huissier de justice du 11 avril 2016, IKODOMOS a relevé appel du jugement qui lui a été signifié le 1<sup>er</sup> mars 2016. Elle a conclu, par réformation, à voir constater que la dispense de caution en vue de l'exécution provisoire a été admise en dehors des cas prévus par la loi, de sorte qu'elle a demandé à la Cour, avant même le jugement sur le bien-fondé des autres questions soulevées par l'appel, que l'exécution provisoire du jugement soit subordonnée à la constitution d'une caution. Dans ses conclusions récapitulatives du 3 octobre 2016, l'appelante a conclu à voir dire que les actes d'exécution qui ont eu lieu après le prononcé du jugement et jusqu'à la constitution d'une caution jugée satisfaisante étaient nuls et de nul effet, sinon que leurs effets étaient suspendus jusqu'à la constitution de la caution.

Par arrêt du 9 novembre 2016, la Cour d'appel a fait droit à la demande et dit, par réformation, que le jugement n'est pas revêtu de l'exécution provisoire, nonobstant appel et sans caution, dit que l'exécution provisoire aura lieu sous condition pour PROMOBE de justifier de sa solvabilité suffisante ou de fournir caution, dit que l'effet

des opérations d'ores et déjà accomplies par l'administrateur ad hoc est suspendu jusqu'à la fourniture d'une caution judiciaire ou la justification de solvabilité suffisante de PROMOBE, rejeté la demande de cette dernière tendant à voir prononcer l'exécution provisoire de l'arrêt, sur minute et avant l'enregistrement, et réservé sa demande en allocation d'une indemnité de procédure et les frais.

Les opérations de réallocation sont actuellement suspendues, étant donné que la société PROMOBE a renoncé à poursuivre l'exécution provisoire sous les conditions arrêtées par la Cour dans l'arrêt susdit.

PROMOBE demande à titre préliminaire au dispositif de ses conclusions récapitulatives que le passage suivant de l'arrêt du 9 novembre 2016

« Selon les parties, la date d'expiration du contrat du 31 décembre 2012, si elle était avérée, entraînerait un partage paritaire des actifs s'étant trouvés dans le compartiment 6 du fonds au 31 décembre 2012, et non pas, contrairement à l'hypothèse où le contrat devait avoir continué à sortir ses effets au-delà de cette date, une allocation privative et/ou commune selon que les biens ont été cédés au fonds par l'un et/ou l'autre promoteur du fonds OLOS ».

**soit libellé ou compris de la façon suivante:**

« Selon la partie Ikodomos, la date d'expiration du contrat du 31 décembre 2012, si elle était avérée, entraînerait un partage paritaire des actifs du compartiment 6 du fonds au 31 décembre 2012, et non pas, contrairement à l'hypothèse où le Contrat devait avoir continué à sortir ses effets au-delà de cette date, une allocation privative et/ou commune selon que les biens ont été cédés au fonds par l'un et/ou l'autre promoteur d'Olos Fund.

Ce raisonnement est contesté par Promobe qui estime qu'en tout état de cause, le principe de la neutralité doit toujours s'appliquer. Selon Promobe, même si le contrat était à considérer comme ayant été conclu à durée déterminée – *quod non* – l'obligation de procéder à l'allocation telle que demandée par Promobe subsisterait dans la mesure où cette allocation est une obligation à exécution instantanée. »

Cette demande est à rejeter, étant donné qu'il s'agit de considérations qui ne servent pas de support à la solution retenue par la Cour dans son arrêt du 9 novembre 2016. Cet arrêt a toisé uniquement la question de l'exécution provisoire sans caution ordonnée par le tribunal du premier degré, de sorte que les développements qui concernaient le fond du droit ne sauraient en aucune manière lier le juge du fond, abstraction faite encore de ce que l'appelante n'a pas tiré argument contre PROMOBE du passage de l'arrêt en question.

Il n'appartient pas à la Cour d'appel statuant comme juridiction du fond, serait-ce par le biais de la rectification d'une erreur matérielle, voire de l'interprétation, de libeller différemment un passage d'un arrêt, eût-il même été rendu par la même chambre, encore que différemment composée, qui a vidé une demande en réformation d'un jugement en rapport avec un volet qui est étranger au fond du droit.

## II. L'appel au fond interjeté par IKODOMOS

L'appel interjeté par IKODOMOS est dirigé contre PROMOBE, tandis que le fonds OLOS et la société OLOS MANAGEMENT ont été intimés pour se voir déclarer commun l'arrêt à intervenir. L'intimée PROMOBE n'a pas relevé appel incident du jugement du tribunal qui a déclaré nulle l'assignation contre les administrateurs **B.), D.)** et **C.). A.)** n'a pas non plus relevé appel, de sorte que le jugement est définitif quant à ces deux volets.

La Cour ne traitera donc que la demande principale de PROMOBE, la seule dont elle soit saisie.

### A. Les moyens de procédure invoqués par IKODOMOS

#### 1. La demande en annulation du jugement en ce que le tribunal aurait statué ultra petita et violé le principe du contradictoire

IKODOMOS conclut à l'annulation du jugement du 22 février 2016 en ce que le tribunal aurait, en violation des articles 53 et 54 du NCP, statué ultra petita en ayant nommé un administrateur ad hoc au sein d'OLOS FUND avec pour mission de se substituer à l'associé gérant OLOS MANAGEMENT, alors pourtant que l'objet de la demande de PROMOBE portait sur la nomination d'un administrateur ad hoc à nommer directement au sein de l'associé gérant OLOS MANAGEMENT. L'appelante reproche encore au tribunal d'avoir d'office procédé à la substitution susdite sans avoir au préalable invité les parties à prendre position.

Ce volet du litige que les parties traitent en priorité sera analysé par la Cour du moment qu'elle sera amenée à examiner le bien - fondé de la décision dont appel relative à la nomination d'un administrateur ad hoc, la nullité invoquée par l'appelante n'étant pas susceptible d'affecter les autres volets du jugement.

L'appel incident de PROMOBE qui demande à la Cour, par réformation du jugement, que la mission de l'administrateur ad hoc soit précisée, voire complétée sera lui aussi examiné au moment où la Cour sera amenée à traiter de la nomination de l'administrateur ad hoc.

#### 2. L'intérêt et la qualité à agir de PROMOBE

IKODOMOS réitère ses développements de première instance qui consistent à dire que la demande en exécution du Contrat-Cadre, accueillie par le tribunal, n'est pas exécutable en l'état, aux motifs que le Contrat-Cadre n'indique ni (i) en quoi exactement devrait consister la réallocation des actifs, (ii) de quelle manière cette réallocation des actifs serait à mettre en œuvre, (iii) quel organe devrait intervenir pour prendre les décisions y relatives, (iv) quels actifs précis seraient à transférer et quelle en serait la contrepartie, (v) à quelle valeur ou valorisation les actifs seraient à transférer, (vi) dans quelle mesure les dettes et autres engagements passifs et les frais et dépenses devraient suivre cette réallocation et (vii) quelles formalités précises seraient le cas échéant à remplir. L'appelante en conclut que le résultat de la demande de PROMOBE n'était pas de nature à modifier ou à améliorer sa condition juridique, de sorte qu'elle n'aurait pas eu intérêt à agir.

C'est oublier que la demande accueillie par le tribunal comportait plusieurs volets, à savoir de voir dire que le Contrat-Cadre avait été conclu pour une durée indéterminée, question controversée entre parties, sinon qu'il avait été prorogé, sinon que l'obligation d'allocation des actifs avait survécu à l'échéance du terme extinctif stipulé à l'article 8 du contrat, questions encore et toujours controversées entre les litigants. Le tribunal a d'ailleurs retenu que le Contrat-Cadre était toujours en vigueur, ce qui, du moins pour PROMOBE, a conduit à se voir confirmer dans sa position.

Que les modalités de l'allocation définitive des actifs immobiliers n'aient pas été autrement précisées dans le Contrat-Cadre ne rendait pas la demanderesse sans intérêt pour agir, étant donné que l'interprétation d'une convention échoit, en cas de contestation, à la juridiction saisie et que rien n'interdit à une partie de solliciter l'exécution d'une convention, aussi imparfaite soit-elle.

Le moyen tiré du défaut d'intérêt à agir de PROMOBE est à rejeter.

Il en est de même du moyen tiré du défaut de qualité à agir dans le chef de PROMOBE.

Faisant état de ce que PROMOBE n'est pas actionnaire d'OLOS MANAGEMENT, l'appelante réitère son moyen rejeté par le tribunal que PROMOBE n'aurait pas eu qualité pour solliciter la nomination d'un administrateur ad hoc.

Les développements d'IKODOMOS se concentrent sur l'absence de qualité à agir de PROMOBE relativement à la demande en nomination d'un administrateur ad hoc au sein d'OLOS MANAGEMENT, mais non pas en ce que PROMOBE a sollicité de la part du tribunal qu'il retienne que le Contrat-Cadre était à durée indéterminée, sinon qu'il avait été prorogé, sinon que l'obligation

d'allocation des actifs a survécu à l'échéance du terme extinctif stipulé à l'article 8 du contrat.

De plus convient-il de relever que l'appelante admet implicitement que si nomination d'un administrateur ad hoc il devait y avoir, elle devait se faire au sein du Fonds et non pas, tel que le demandait PROMOBE, au sein d'OLOS MANAGEMENT. Il en découle que le reproche fait au tribunal de n'avoir pas déclaré la demanderesse sans qualité pour solliciter la nomination d'un administrateur ad hoc ne tient pas, puisque celui-ci était à nommer au sein d'OLOS FUND, lié par le Contrat-Cadre à PROMOBE, qui est actionnaire du Fonds. Le reproche de l'appelante adressé au tribunal se résume en fait à lui faire grief d'avoir d'office et en violation des articles 53 et 54 du NCPC nommé un tel administrateur au sein du Fonds, reproche examiné ci-dessus sub 1.

Le moyen est à rejeter.

## B. Les dispositions conventionnelles qui forment la base de la demande en allocation définitive des actifs immobiliers

### 1. Le Contrat - Cadre

Le Contrat-Cadre lie le Fonds à ses deux associés commanditaires PROMOBE et IKODOMOS.

Selon le point B du Contrat-Cadre, l'allocation définitive des actifs détenus par les *promoteurs* (*note de la Cour* : cette dénomination utilisée par les auteurs du Contrat-Cadre doit être prise dans son acception de *initiateurs* du Fonds et non pas dans celle relative à l'activité commerciale des sociétés à la base de sa création) devait se réaliser par étapes, d'abord, par le transfert des actifs immobiliers dans le compartiment de fusion 7 du Fonds moyennant la mise en œuvre de fusions-absorptions directes ou en cascade, puis, par leur passage dans le compartiment commun mixte 6 et, enfin, par l'allocation définitive dans les compartiments de destination 1-5.

Le Fonds est composé de six compartiments dont les trois premiers sont destinés à recueillir définitivement les actifs communs aux sociétés PROMOBE et IKODOMOS. Les compartiments 4 et 5 sont destinés à se voir allouer définitivement les actifs privatifs de chaque société. Le compartiment 6 est un compartiment commun mixte qui était destiné à recueillir, à titre transitoire, pour des raisons d'ordre réglementaire, l'ensemble des actifs transférés au Fonds, communs ou privatifs, avant leur transfert définitif dans les compartiments de destination.

La Cour renvoie pour la liste des actifs privatifs ou communs à transférer au Fonds à l'article 3 du Contrat-Cadre de même qu'à l'annexe 1 et à l'article 4 pour ce qui concerne les opérations de fusion.

Les transferts vers le compartiment de fusion 7 ont été opérés le 16 novembre 2010 et ceux vers le compartiment commun mixte le 31 mars 2011.

Les actifs immobiliers transférés au Fonds étaient soit communs aux deux sociétés, en ce que chacune d'elles détenait 50% des parts du capital social des entités juridiques propriétaires des immeubles, soit privatifs, en ce que le capital social des entités était détenu dans son intégralité par l'une ou l'autre des deux sociétés commanditaires.

Le transfert des actifs, qu'ils aient été communs ou privatifs, vers le compartiment commun mixte n° 6 n'est pas contentieux entre parties. C'est la demande de PROMOBE qui tend au transfert des actifs privatifs et communs qui se trouvent depuis 2011 dans le compartiment commun mixte 6 vers les compartiments de destination 1-5 qui est litigieuse.

## 2. La résolution du 5 octobre 2012

La résolution adoptée le 5 octobre 2012 à l'unanimité des membres du conseil d'administration de l'associé commandité gérant OLOS MANAGEMENT est de la teneur suivante:

« Le Conseil d'Administration DECIDE que l'affectation des Actifs Immobiliers aux différents Compartiments de la Société devra se faire le plus rapidement possible sur la base (i) des comptes arrêtés aux 31 décembre 2012 et (ii) de l'évaluation de l'Expert indépendant arrêtée à la même date. »

Si, tel que le soutient PROMOBE, cette résolution avait pour objet l'affectation des actifs immobiliers aux différents compartiments du Fonds, elle établirait dans le chef de l'associé commandité gérant du Fonds sa volonté de procéder le plus rapidement possible à l'allocation définitive des actifs immobiliers dans les compartiments de destination, allocation expressément stipulée dans le Contrat-Cadre.

Il en découle que la portée et les effets de cette résolution sont à apprécier au regard du Contrat-Cadre qui en forme le fondement contractuel.

Etant donné cependant que les parties sont contraires en ce qui concerne la durée déterminée ou indéterminée du Contrat-Cadre et qu'elles en tirent des conclusions et moyens juridiques différents selon la réponse à fournir, la Cour s'attache dans un premier temps à toiser la question de la durée déterminée ou indéterminée du Contrat-Cadre.

III. La durée déterminée ou indéterminée du Contrat-Cadre adopté le 16 novembre 2010 par l'associé commandité d'OLOS FUND et signé le 18 novembre 2010 par les trois parties au contrat

1. Le tribunal a retenu que la version du Contrat-Cadre, approuvée par le conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT en sa séance du 16 novembre 2010, qui disposait qu'il était à durée indéterminée, correspondait à la volonté réelle des parties, contrairement à la version signée le 18 novembre 2010 par chacune des parties qui stipule qu'il expirait le 31 décembre 2012. Il a donc écarté la version signée par les parties au profit de celle découlant de l'accord exprimé par le conseil d'administration de l'associé commandité gérant du Fonds, composé à parité de deux membres désignés par chaque associé commanditaire.

Pour ce faire, la juridiction du premier degré a exposé qu'

« Il est plausible qu'au vu du fait que le texte de la convention-cadre a fait l'objet de longues discussions entre parties et a été approuvé par le conseil d'administration, les personnes mandatées par ce dernier pour le signer au nom du fonds et pour le compte des promoteurs ne l'aient pas relu in extenso avant la signature, alors qu'aucun élément ne laissait présager une modification de dernière minute, qui n'a été évoquée à aucun moment.

Il n'est dans ce contexte pas contesté que le document présenté à la signature en date du 18 novembre 2010, sous en-tête du cabinet Linklaters, portait le même numéro de référence et avait une mise en page identique à la version approuvée deux jours auparavant.

Les signataires du contrat étaient partant en droit d'estimer que la version leur soumise pour signature était bien celle sur laquelle l'ensemble des membres du conseil d'administration d'OLOS FUND parmi lesquels Messieurs **B.)** et **D.)** s'étaient mis d'accord, « en approuvant expressément les termes et la signature ». (cf. 1<sup>ère</sup> résolution du Procès-verbal de la réunion du conseil d'administration d'OLOS FUND au 16 novembre 2010.)

Le prétendu accord d'IKODOMOS et de PROMOBE sur le texte modifié de l'article 8 ne résulte en effet d'aucun autre élément que de la signature du contrat-cadre du 18 novembre 2010, dépourvue de tout commentaire quant à cette modification.

En tout état de cause, l'instauration d'un terme qui mettrait fin à l'obligation de réallocation est en contradiction complète avec l'intention des parties visant à exclure tout appauvrissement en relation avec l'affectation transitoire des biens privés dans le compartiment commun.

Elle aboutirait à vider de toute substance le principe exprimé à l'article 5.1.2.

Elle est encore en contradiction avec le comportement des parties qui ont continué après l'expiration du terme prévu à l'article 8 à pratiquer une comptabilité analytique séparant les actifs privés des actifs communs dans le compartiment commun et à évoquer la nécessité de la réallocation aux compartiments privés bien après cette date.

Au vu de ces éléments, il échet de retenir que la version de l'article 8 contenue dans le texte du contrat-cadre signé le 18 novembre 2010 ne

reflète pas la volonté des parties et qu'il y a lieu de s'en tenir au texte approuvé en date du 16 novembre 2010 par le conseil d'administration d'OLOS FUND réunissant parmi ses membres les administrateurs des promoteurs repris sous A et B dans le contrat-cadre.

La commune intention des parties au terme de cet article ayant été de conclure un contrat à durée indéterminée, et dès lors qu'à ce jour aucune des parties ne l'a valablement résilié, la partie demanderesse est fondée à réclamer l'exécution du contrat et à voir procéder à la réallocation des patrimoines prévue aux articles 4 et 5 du contrat.»

**2. Le Contrat-Cadre stipulait en sa version approuvée par l'associé commandité OLOS MANAGEMENT en sa séance du 16 novembre 2010 sous l'article 8 que :**

*« Sans préjudice de ce qui est stipulé à la section 6.2, le présent contrat prendra effet à la date de signature de la présente convention et continuera de rester en vigueur et sortira ses effets pour une période illimitée, à moins qu'il n'y soit mis fin par une des Parties moyennant un préavis écrit d'au moins trois mois, donné aux autres Parties (ou tel autre préavis que les Parties aux présentes pourront convenir), étant entendu qu'un tel préavis ne pourra pas être donné avant le 31 décembre 2012.*

*Si l'une des Parties n'exerce pas le droit qui lui est reconnu par le présent article 8 de résilier la présente convention, celle-ci ne sera pas censée avoir renoncé aux autres droits ou recours dont elle pourrait se prévaloir en vertu de la présente convention. Les articles 10 à 18 survivront à la résiliation de la présente convention. »*

L'article 8 du Contrat-Cadre signé le 18 novembre 2010 par les trois parties dispose que :

*« Sans préjudice de ce qui est stipulé à la section 6.2., le présent Contrat prendra effet à la date de signature de la présente convention et expirera le 31 décembre 2012, sauf convention contraire des Parties ».*

Selon la première version, le contrat était à durée indéterminée, sauf pour une partie à pouvoir le dénoncer au plus tôt le 1<sup>er</sup> janvier 2013 avec un préavis de trois mois à respecter, soit avec effet au 1<sup>er</sup> avril 2013, et selon la deuxième version, il cessait de plein droit de produire ses effets au 31 décembre 2012, sauf convention contraire des parties.

A noter encore que l'article 8 de la version signée le 18 novembre 2010 ne contient pas le second alinéa de la version adoptée deux jours plus tôt par l'associé commandité.

**3. Les parties ne remettent pas en cause la validité du Contrat-Cadre signé le 18 novembre 2010.**

PROMOBE expose, certes, ne pas avoir été informée du changement de l'article 8 opéré entre les 16 et 18 novembre 2010 et, une fois informée, s'être adressée à IKODOMOS et y avoir fait valoir

que son consentement avait été vicié, mais elle ne conclut pas devant la Cour à la nullité du Contrat-Cadre, voire de l'article 8 pour vice du consentement.

Le Fonds rejoint PROMOBE en ce qu'il soutient ne pas avoir été informé du changement opéré, de sorte que la version adoptée le 16 novembre 2010 serait celle à appliquer.

IKODOMOS expose avoir, en toute connaissance de cause, signé le Contrat-Cadre dans la version contenant l'article 8 amendé et fait valoir que s'il était établi que PROMOBE et le Fonds ne l'ont pas signé en toute connaissance de cause, il n'y aurait pas eu rencontre de volonté des parties, de sorte que dans ce cas, le Contrat-Cadre ne se serait pas valablement formé. Elle ne conclut cependant pas à l'inexistence du contrat.

Les parties concluent, par contre, chacune à l'exécution du Contrat-Cadre, l'une dans la version signée par les trois parties le 18 novembre 2010 et les deux autres dans la version adoptée le 16 novembre 2010 par l'associé commandité.

4. Etant donné que l'existence, voire la validité du Contrat-Cadre signé le 18 novembre 2010 ne sont pas remises en cause, la Cour part de la prémisse que c'est ce contrat signé qui lie les parties. Il s'agit d'une application pure et simple de l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Il s'y ajoute que le Contrat-Cadre a été signé par les trois parties au contrat, tandis que la résolution du 16 novembre 2010 émane du seul associé commandité.

5. L'article 8 du Contrat-Cadre dans sa version signée le 18 novembre 2010 est clair et précis. Il ne donne en principe pas lieu à interprétation.

Il fait cependant suite à l'approbation deux jours plus tôt par le conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT d'un texte dont la teneur est différente de celle signée par les trois parties au contrat. C'est cette circonstance qui a conduit le tribunal à s'interroger sur les éléments factuels à la base de la modification de cette disposition du contrat et à rechercher la volonté commune et réelle des parties au regard des autres stipulations non contentieuses du contrat.

6. Deux points sont litigieux entre parties. D'une part, celui de la portée de l'accord de l'associé commandité qui a approuvé une version soit définitive, soit « *substantiellement proche de la version définitive* » et, d'autre part, tel que le tribunal l'a retenu, l'éventuelle contrariété de l'article 8 dans sa version définitive avec d'autres clauses du contrat.

Les développements des parties relatifs à la portée de l'accord de l'associé commandité et aux circonstances qui ont mené à la

modification de l'article 8 du Contrat-Cadre sont, d'une part, non concluants, et, d'autre part, non pertinents.

**6.1.** Ils sont tout d'abord non concluants en ce qu'il n'est pas établi avec certitude si l'associé commandité a approuvé la version définitive ou une « *version substantiellement proche de la version définitive* » du Contrat-Cadre.

Il est mentionné sous le point 1 intitulé « Documentation » du procès-verbal de la réunion du 16 novembre 2010 que chaque administrateur s'est vu soumettre seize documents, dont le projet de Contrat-Cadre, dans une version *soit définitive, soit substantiellement proche de la version définitive*, sans que cependant il n'y ait été fait état du caractère définitif ou non des différents documents soumis aux administrateurs.

La version du Contrat-Cadre soumise au conseil d'administration était celle envoyée par l'avocat **ME.)** aux parties le 16 novembre 2010 à 14.02 heures, imprimée par **E.)** sur son ordinateur à 14.20 heures.

IKODOMOS prétend péremptoirement que l'associé commandité n'aurait approuvé qu'une *version substantiellement proche de la version définitive* et qu'il aurait appartenu au comité de pilotage, délégué à ces fins, de finaliser le Contrat-Cadre. Cette affirmation n'est pas confirmée par la teneur de la première résolution du conseil d'administration dont il découle que « *la Convention-Cadre dont les termes et la signature sont expressément approuvés* ».

Il n'est d'autre part pas non plus établi si et dans quelle mesure des discussions ont porté lors de la réunion du conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT sur des clauses particulières du contrat et notamment sur l'article 8. Cependant, et au regard des courriels échangés le 16 novembre 2010 par **D.)** et l'avocat **ME.)** qui était en charge de la rédaction du Contrat-Cadre dans la demi-heure ayant précédé la réunion du conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT, desquels il ressort que certains points relatifs notamment à la durée du contrat, à la faculté ou non de le résilier et à l'éventuelle survivance de l'obligation d'allocation définitive des actifs au-delà de la fin du contrat étaient encore en discussion, il n'est pas à exclure, en l'absence d'une indication quelconque que ces points aient été discutés et solutionnés durant la réunion, que ceux-ci n'étaient pas encore définitivement tranchés par l'associé commandité à l'issue de la réunion.

Il en découle que l'objet et la portée de la délégation de pouvoirs accordée par le conseil d'administration de l'associé commandité à l'administrateur **D.)** et à **E.)** et **F.)** de faire tout ce qui est « *utile et nécessaire pour la signature du Contrat-cadre* » sont, au regard de sa formulation vague et de l'absence d'indications fiables quant aux discussions menées, impossibles à retracer.

Il en est encore ainsi des circonstances qui ont mené à la rédaction nouvelle de l'article 8 tel que signé le 18 novembre 2010 par les trois parties au Contrat-Cadre.

Les sociétés intimées contestent la version de l'appelante qui soutient que cette modification a été opérée à partir de l'ordinateur de **E.**), secrétaire général du Fonds, de l'accord des trois personnes mandatées par le conseil d'administration. Elles soutiennent au contraire que cette modification s'est faite à l'insu de **E.)** et de **F.)** et font valoir que si la version a été modifiée à partir de l'ordinateur du secrétaire général, il a dû y avoir intrusion non autorisée d'un tiers dans cet ordinateur.

Les parties se perdent en hypothèses et conjectures et si même certaines déclarations sont soit avérées (la Cour admet au regard des expertises techniques versées que la version définitive du Contrat-Cadre a été établie à partir de l'ordinateur portable de **E.)**), soit difficilement crédibles (la manipulation de l'ordinateur par un tiers et le fait que cette modification se serait faite dans un laps de temps restreint à la fin de la réunion du conseil d'administration de l'associé commandité dans le bureau du secrétaire général du Fonds), la Cour ne saurait en tirer des conclusions certaines.

**6.2.** Les développements des parties ne sont en outre pas pertinents.

En effet, la Cour voit mal comment elle pourrait accorder sa préférence à la version adoptée le 16 novembre 2010 par le seul associé commandité du Fonds au détriment de celle signée deux jours plus tard par les trois parties, même pour le cas où il était avéré qu'il y aurait eu manipulation informatique qui, en l'espèce, serait constitutive d'une infraction pénale, alors pourtant que la validité du contrat signé le 18 novembre 2010 et partant de son article 8 n'est pas remise en cause par les intimées qui n'ont d'ailleurs pas déposé de plainte pénale et n'ont produit aucune attestation testimoniale ni expertise technique étayant leurs affirmations.

L'intention des parties de conclure un contrat à durée indéterminée ne découle dès lors pas à suffisance de droit des éléments factuels antérieurs à la signature du Contrat-Cadre.

**7.** La volonté des parties de conclure un contrat à durée indéterminée découlerait encore, selon PROMOBE, de clauses du Contrat-Cadre inconciliables avec l'article 8 signé par les parties. Elle renvoie à la motivation du tribunal qui a notamment retenu que « l'instauration d'un terme qui mettrait fin à l'obligation de réallocation est en contradiction complète avec l'intention des parties visant à exclure tout appauvrissement en relation avec l'affectation transitoire des biens privés

dans le compartiment commun. Elle aboutirait à vider de toute substance le principe exprimé à l'article 5.1.2.

**7.1. PROMOBE** renvoie à l'article 6.2.4. du contrat signé selon lequel « à défaut de réalisation des Conditions Suspensives au moins un Jour Ouvré avant le 23 décembre 2010, celles-ci seront irrévocablement considérées comme n'étant pas remplies et chaque Partie pourra librement décider de mettre fin immédiatement à la Convention par notification aux autres Parties sans respecter le délai prévu à la section 8 ». Elle approuve le tribunal qui a, entre autres, fait état de cet article pour en déduire que les parties avaient eu l'intention de conclure un contrat à durée indéterminée qui prévoyait dans la version initiale de l'article 8 la faculté pour les parties de résilier le contrat moyennant un délai de préavis à respecter, contrairement à la version signée le 18 novembre 2010 qui, pour être à durée déterminée, ne contient pas un tel délai de préavis à respecter.

Cette apparente contradiction n'est pas concluante, étant donné qu'il est établi qu'il y a eu modification de l'article 8 entre les 16 et 18 novembre 2010 et qu'il n'est pas à exclure que le renvoi fait par l'article 6.2.4. du contrat à la faculté de résiliation et au préavis à respecter dans la version signée le 18 novembre 2010 par les parties procède d'une omission de le biffer.

**7.2. PROMOBE** soutient en outre que l'article 8 signé par les parties est en contradiction avec la volonté réelle et affichée des parties qui serait basée sur le principe de la neutralité patrimoniale. Elle écrit notamment que « si le Contrat devait être résilié après cette date, (*note de la Cour* : après le 31 décembre 2012) il était de l'intention des parties que le principe de non-enrichissement / non-appauvrissement des promoteurs reste d'application » **et que** « ..... cela aboutirait à violer l'intention commune et réelle affichée par les parties (et encore confirmée en 2014 par **D.**) en permettant à l'un des promoteurs, en l'espèce Ikodomos, de s'approprier de manière indue et sans aucune contrepartie les avoirs appartenant à l'autre promoteur, en l'espèce, Promobe.

Plus encore, l'instauration d'un tel terme aboutirait à vider de toute substance le principe de neutralité prévu à l'article 5.1.2. du Contrat ».

**IKODOMOS** réplique que

« La clause de caducité de l'article 8 ne remet pas en cause la possibilité ouverte aux parties, pendant une assez longue période (de la conclusion du contrat-cadre au 31 décembre 2012, soit plus de 2 ans), de tout mettre en œuvre pour réaliser effectivement la réallocation. L'article 8 ne signifie absolument pas que la réallocation, si elle avait eu lieu avant le 31 décembre 2012, devrait être remise en cause après cette date. Tout ce qu'il dit, c'est que la réallocation doit se faire à l'intérieur d'une période déterminée endéans laquelle une série d'obligations étaient à exécuter successivement, après quoi cette opportunité d'obtenir la réallocation cessera » **et que** « cette prétendue

incompatibilité (entre une clause dont découle la caducité automatique du contrat-cadre à partir du 31 décembre 2012 et *l'un des buts parmi d'autres* de ce contrat-cadre, qui était de permettre aux parties de retrouver après une brève période de transition certains avoirs dans des compartiments privatifs) n'existe pas ».

L'article 5.1.2 du Contrat - Cadre dispose que « *Par rapport à la situation patrimoniale des promoteurs ayant prévalu avant les opérations de transfert du patrimoine au Fonds, ces opérations ne devront ni enrichir ni appauvrir les Promoteurs au détriment, respectivement au profit de l'autre Promoteur....Aucun Promoteur ne doit donc en particulier tirer un avantage ou subir un désavantage par rapport à l'autre Promoteur du fait que le patrimoine destiné aux compartiments privatifs sera, pendant une phase transitoire mélangé avec le patrimoine destiné aux compartiments communs 1 à 3. Chaque Promoteur s'engage à placer l'autre Promoteur dans la situation qui aurait prévalu si le patrimoine des sociétés concernées avait été directement transféré aux compartiments privatifs au moment de l'absorption par le Fonds, sous réserve d'une régularisation des avantages fiscaux générés par les opérations de fusion conformément à la présente convention.* »

Le Contrat-Cadre, dans ses dispositions non litigieuses, règle les modalités de transfert au Fonds des actifs, soit communs aux deux sociétés, soit privatifs à chacune d'elles. Ces transferts ont été effectués le 16 novembre 2010 moyennant fusions - absorptions par le Fonds des sociétés propriétaires des actifs immobiliers au profit du compartiment de fusion 7. L'ensemble des actifs a été transféré le 30 mars 2011 dans le compartiment commun mixte 6 destiné à les recueillir à titre transitoire.

Par contre, l'allocation définitive des actifs communs et privatifs vers les compartiments communs 1-3 et privatifs 4-5 n'a été opérée ni avant le 31 décembre 2012, ni après cette date en raison de la situation de blocage née de la mésentente des parties quant aux conclusions à tirer des deux versions du Contrat-Cadre actuellement discutées.

L'article 5.1.2. dont la teneur consacre, selon les parties, le principe de la neutralité patrimoniale, est à comprendre en ce sens qu'aucune d'elles ne doit tirer avantage ou subir un désavantage de ce que les actifs lui appartenant en propre ont transité par le compartiment commun mixte.

S'il est vrai que le projet de l'avocat **ME.)** envoyé aux parties le 16 novembre 2010 à 14.02 heures prévoyait que le contrat était conclu pour une durée indéterminée, il prévoyait cependant le droit pour les parties contractantes de le résilier à partir du 1<sup>er</sup> janvier 2013 moyennant un préavis de trois mois à respecter. Le texte de l'article 8 ainsi proposé a été tel quel approuvé par l'associé commandité. Il est à noter qu'une des pistes de réflexion de **D.)** exprimée dans son courriel du 16 novembre 2010 à 14.16 heures a été de suggérer l'interdiction totale de résilier le Contrat - Cadre, voire de faire

éventuellement survivre l'obligation de réallocation des actifs au-delà de la fin du Contrat-Cadre.

Il ne ressort d'aucune des deux versions en discussion que la réallocation définitive des actifs immobiliers vers les compartiments de destination ait constitué une condition préalable à remplir qui eût empêché soit que le contrat arrive à son terme, soit qu'il pût être dénoncé. Le droit pour une partie de résilier le contrat à durée indéterminée prévu dans la première version n'ayant pas été soumis à la condition préalable que la réallocation dût avoir été réalisée jusque-là, la résiliation produisait ses effets, peu importe que l'autre partie s'y opposât et peu importe que l'allocation définitive n'eût pas encore été faite.

PROMOBE admet, certes, que cette faculté de résiliation était à la disposition des parties en exposant que « il (i.e. le contrat-cadre) devenait ensuite résiliable moyennant préavis au cours duquel les parties devaient déterminer comment mettre un terme au Contrat tout en respectant le principe essentiel de neutralité ».

L'intimée ne détaille pas quelles conséquences il y aurait lieu de tirer d'un non - accord des parties quant à la démarche à suivre, voire quant au résultat à atteindre, voire quant au refus d'IKODOMOS de procéder à la réallocation. Il est encore à noter que si la version du 16 novembre 2010 était applicable, tel que le soutiennent les intimées, l'obligation de réallocation n'aurait pas non plus conventionnellement survécu à la fin du contrat.

La Cour ne voit pas en quoi la position de PROMOBE aurait été plus favorable en cas de contrat à durée indéterminée. L'intimée aurait dans ce cas également dû se mettre d'accord avec IKODOMOS sur la méthode qui devait respecter le principe essentiel de la neutralité patrimoniale.

En réalité, PROMOBE fait valoir que ce n'est pas tant l'arrivée du terme qui pose problème, mais le fait que ce terme s'est produit sans qu'elle n'en fût informée, étant donné qu'elle croyait le contrat conclu pour une durée indéterminée. Cet argument a d'ores et déjà été rejeté par la Cour.

Les parties n'ont pas expressément pris en compte les effets liés à l'expiration du Contrat-Cadre, qu'elle ait été de plein droit ou ait fait suite à une résiliation, pour le cas où jusque-là, la réallocation définitive des biens n'aurait pas encore eu lieu, sauf le cas où elle aurait été impossible à réaliser. La Cour y reviendra.

Elles s'opposent quant aux conséquences à en tirer, les intimées soutenant que l'obligation de réallocation a survécu à l'expiration du contrat, tandis qu'IKODOMOS fait valoir que cette obligation est éteinte et que les biens privatifs de chacune des deux sociétés

commanditaires qui se trouvent toujours dans le compartiment mixte 6 sont à considérer comme appartenant à parité à chacune des deux sociétés, puisque chacune d'elles détient 1.000 actions des 2.250 actions du capital du compartiment 6. Le solde est détenu par le Fonds.

L'insertion d'un terme extinctif dans le Contrat-Cadre n'est en tous les cas pas en contradiction avec le principe de la neutralité patrimoniale. Il n'est pas plus incompatible avec ledit principe qu'un contrat à durée indéterminée avec faculté pour chaque partie de le résilier moyennant préavis. Ce qui est en cause, c'est de savoir si le principe de la neutralité patrimoniale, point majeur de la discorde des parties, devait être respecté, le contrat une fois arrivé à terme.

Le moyen invoqué par PROMOBE pour voir dire que l'insertion d'une durée déterminée dans le Contrat-Cadre est en contradiction avec le principe de la neutralité patrimoniale est donc à rejeter.

#### IV. L'aveu en action

1. 1. Ce moyen est présenté à titre subsidiaire par PROMOBE, pour le cas où la Cour devait réformer le tribunal qui a retenu que le Contrat-Cadre a été conclu pour une durée indéterminée. PROMOBE induit du comportement des parties antérieur et postérieur au 31 décembre 2012 leur volonté de proroger le Contrat-Cadre pour une durée indéterminée au-delà du 31 décembre 2012, constitutif d'un aveu extra-judiciaire prévu par l'article 1354 du Code civil.

Elle énumère à ce titre les faits suivants :

- la résolution du 5 octobre 2012, par laquelle les parties ont entendu prolonger, pour une durée indéterminée, l'exécution du Contrat, en ce que cette résolution, adoptée à l'unanimité prévoit, une allocation des patrimoines « sur la base (i) des comptes arrêtés aux 31 décembre 2012 et (ii) de l'évaluation de l'Expert indépendant arrêtée à la même date », au motif que « .Les comptes arrêtés aux 31 décembre 2012 ne pouvant être approuvés qu'en milieu d'année 2013, les parties ont nécessairement entendu prolonger l'exécution du Contrat au-delà du 31 décembre 2012 » ;
- la constitution du compartiment privatif d'Ikodomos, à la demande d'Ikodomos, en début d'année 2014 ;
- l'échange de notes relatives à la latence fiscale, au cours du premier trimestre 2014, cette problématique de latence fiscale étant exclusivement liée à l'application du Contrat ;
- la poursuite de la tenue d'une comptabilité indicée séparant les actifs privés de chacun des promoteurs des actifs communs dans le compartiment commun transitoire 6 ;
- l'allocation en milieu d'année 2014 de l'Ilot A, appartenant au patrimoine privatif de Promobe, au compartiment privatif de Promobe.

- la volonté manifestée par Ikodomos à travers un courrier du 8 janvier 2018 adressé, par l'intermédiaire de son mandataire, à Promobe, Olos Fund, Olos Management et à l'administrateur provisoire, dans lequel cette dernière fait part de son intention de résilier, à titre subsidiaire, le contrat cadre avec un préavis de trois mois prenant court au jour de la notification du courrier.

Elle précise que «.. la notion d'aveu en action ne vise pas à « réécrire le texte du Contrat »,...mais à tirer les conséquences du fait que les parties ont continué à exécuter le Contrat après l'arrivée de son « terme extinctif»... Le dispositif de l'assignation du 30 avril 2015 est particulièrement clair puisqu'il demande à voir dire que le Contrat a été prolongé, sinon renouvelé tacitement, suivant la volonté exprimée par les parties au Contrat sinon voir dire qu'un nouveau Contrat, identique au Contrat, mais à durée indéterminée cette fois, trouve à s'appliquer entre parties. »

PROMOBE base sa demande sur l'article 8 du Contrat-Cadre signé le 18 novembre 2010 qui prévoit qu'il expire le 31 décembre 2012, « *sauf convention contraire des parties* ».

**1.2.** IKODOMOS soutient que toute modification du contrat est soumise aux conditions prévues aux articles 9 et 12 du Contrat-Cadre de la teneur suivante :

« 9.1. Aucune disposition de la présente convention ne pourra être modifiée, renoncée, dispensée ou venir à cesser, si ce n'est en vertu d'un document signé par ou pour le compte des Parties à la présente convention.

9.2. Aucun retard ou omission d'une des Parties quant à l'exercice d'un droit et/ou d'une disposition découlant de cette convention n'affectera ce droit ou cette disposition et ne sera interprété comme une renonciation (implicite) à ce droit ou à cette disposition ».

« 12. Tout amendement, modification ou altération des termes ou des dispositions la présente convention requerra la conclusion d'un écrit signé par les Parties [...] ».

Elle fait valoir qu'une prolongation du Contrat-Cadre décidée implicitement par les parties se heurterait auxdits articles au motif que « cette stipulation sert précisément à éviter que l'on débâte devant les tribunaux, comme Promobe essaie de le faire, du sens d'événements quelconques, et même de manifestations de volonté des parties, qui ne prennent pas la forme d'un document signé par ou pour le compte des parties, ou que l'on essaie de tirer argument de leurs retards ou omissions ».

**1.3.** PROMOBE conclut à l'inapplicabilité de ces dispositions au motif qu'elle ne « cherche pas à modifier les dispositions du Contrat, mais

entend uniquement établir que l'échange de consentements a porté sur une clause de durée différente que celle qui figure au Contrat signé en date du 18 novembre 2010. Il s'agit uniquement de restituer au Contrat son véritable sens, ni plus, ni moins. Quoi de mieux pour interpréter la commune intention des parties à la conclusion du contrat que d'analyser l'application qui en a été faite par ces mêmes parties ?

De même, Promobe ne cherche pas à invoquer un quelconque retard ou omission d'une Partie quant à l'exercice d'un droit et/ou d'une disposition découlant de cette convention. Nous sommes donc loin d'une quelconque volonté de modification de la part de Promobe alors qu'il faut rappeler que, d'une part, la véritable volonté des parties ne s'est pas portée sur la rédaction de l'article 8 prévoyant la fin du Contrat au 31 décembre 2012 et que, d'autre part, l'article 8 du Contrat a été modifié en toute dernière minute, à l'insu et dans un sens défavorable à Promobe et de façon à ce que personne ne puisse s'en rendre compte. »

PROMOBE soutient en outre que la tacite reconduction ne serait pas visée par les articles 9 et 12 du Contrat-Cadre. Elle argue de la prolongation, sinon du renouvellement tacite, suivant la volonté exprimée par les parties au contrat, sinon de la création d'un nouveau contrat identique au Contrat-Cadre, mais à durée indéterminée.

**1.4** Les comportements des parties dont PROMOBE entend déduire leur volonté implicite de proroger, voire prolonger, voire conclure un nouveau Contrat-Cadre se sont situés avant et après la date butoir du 31 décembre 2012.

L'argument de l'intimée de la tacite reconduction du Contrat-Cadre au-delà du terme est à écarter, étant donné que la formulation des articles 9 et 12 du Contrat-Cadre est générale et vise notamment tous les cas où le contrat se trouve modifié, partant également en cas de modification de la durée du contrat issue d'une tacite reconduction.

Si la durée déterminée du contrat pouvait être changée de l'accord des parties, cette modification devait résulter au vœu de l'article 9 d'« *un document signé par ou pour le compte des Parties à la présente convention* », voire selon l'article 12 d'« *un écrit signé par les Parties* ».

Ni la validité, ni la portée de ces dispositions ne sont contestées par PROMOBE et le Fonds, de sorte que la conclusion que PROMOBE entend déduire de l'existence des actes des parties *postérieurs* à l'arrivée du terme, à savoir qu'ils établiraient la volonté implicite de celles-ci de prolonger le Contrat-Cadre au-delà du terme, voire de conclure un nouveau contrat à teneur identique, mais à durée indéterminée, est à écarter par application de l'article 9, voire des articles 9 et 12 pour ne pas constituer un écrit signé par les parties tendant à la modification d'une disposition du Contrat-Cadre. Il s'agit de tous les comportements énumérés ci-dessus sub IV.1.1., à

l'exception de la résolution de l'associé commandité du 5 octobre 2012, qui mérite un examen séparé.

Il s'y ajoute que la prorogation du terme doit découler d'un accord implicite ou explicite des parties, antérieur à l'arrivée du terme (Cour de Cassation, 29 juin 2000, P.31, 440).

Cette conclusion vaut également pour le cas où, tel que le fait valoir PROMOBE (qui cite pêle-mêle la prolongation, le renouvellement tacite et la conclusion d'un contrat nouveau et, ce, abstraction faite de la question de savoir si la prorogation fait continuer l'ancien contrat ou s'il y a conclusion d'un nouveau contrat dont les modalités sont à déterminer par le juge), il y aurait eu conclusion implicite par les parties d'un nouveau contrat après le 31 décembre 2012, conclusion qui s'induirait des actions postérieures qui l'attesteraient, étant donné que si l'aveu en action est susceptible d'établir la volonté des parties d'exécuter un contrat dont l'existence est contestée, ce « nouveau » contrat, de contenu identique au contrat expiré, ne serait en fait que la prolongation du contrat expiré et resterait soumis quant à sa validité aux dispositions des articles 9 et 12.

**2.** PROMOBE se réfère à la résolution du 5 octobre 2012 du conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT pour voir constater la volonté des parties de proroger le Contrat-Cadre au-delà du terme.

C'est ici que les deux fondements servant de base à la demande de la société PROMOBE en allocation définitive des actifs immobiliers (voir ci-dessus II.B.2) se rejoignent, en ce que la demanderesse invoque tant le Contrat-Cadre que la résolution du conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT prise en exécution dudit Contrat-Cadre à l'appui de sa demande.

PROMOBE consacre, d'une part, des développements spécifiques à ladite résolution (point 4.2.2.1.), et l'invoque, d'autre part, dans la partie de ses conclusions consacrée au Contrat-Cadre (point 4.2.3.), pour conclure à sa prorogation au-delà du terme (point 4.2.3.3.3.).

L'intimée demande, en ordre principal, l'allocation définitive des avoirs immobiliers d'OLOS FUND au profit des compartiments de destination en exécution de ladite résolution et, en ordre subsidiaire, l'allocation définitive des avoirs immobiliers d'OLOS FUND en exécution de la théorie de l'aveu en action, en ce que la résolution du 5 octobre 2012 attesterait de la volonté des parties de proroger le contrat au-delà de la date butoir du 31 décembre 2012.

Les développements qui vont suivre sont faits sous la réserve expresse que la Cour n'analyse pas, à cet endroit, la pertinence des arguments d'IKODOMOS qui soutient que la résolution ne concernait pas l'allocation des actifs immobiliers aux différents compartiments du Fonds, mais s'insérait dans le projet baptisé « Hector », étranger à la

question litigieuse, développements qui sont contestés par PROMOBE et le Fonds qui font valoir que cette résolution visait spécifiquement l'allocation définitive des actifs immobiliers au profit des différents compartiments de destination d'OLOS FUND.

La résolution ne saurait, tel que déjà retenu ci-dessus, être analysée « ut singuli », à savoir sans prise en compte du Contrat-Cadre dont elle est censée être une application, à savoir la mise à exécution d'une des obligations y stipulées, qui a consisté en l'allocation définitive des actifs immobiliers au profit des compartiments 1-5 du Fonds.

Cette résolution du 5 octobre 2012 adoptée à l'unanimité par le conseil d'administration de l'associé commandité dispose que « *l'affectation des actifs immobiliers aux différents compartiments de la Société devra se faire le plus rapidement possible « sur la base (i) des comptes arrêtés au 31 décembre 2012 et (ii) de l'évaluation de l'Expert indépendant arrêtée à la même date* ». PROMOBE en déduit, dans la partie consacrée au Contrat-Cadre, que les comptes arrêtés au 31 décembre 2012 ne pouvant forcément être établis qu'en 2013, l'allocation des actifs ne pouvait se faire qu'après le 31 décembre 2012, et en conclut que les parties ont nécessairement entendu proroger l'exécution du Contrat-Cadre au-delà du 31 décembre 2012.

IKODOMOS soutient ici encore que la résolution du 5 octobre 2012 ne remplit pas les conditions de forme prévues aux articles 9 et 12 du Contrat-Cadre et que faute d'un écrit émanant des parties, elle ne saurait être considérée comme élément venant établir les développements de l'intimée.

L'argumentation que PROMOBE a développée dans l'arrêt sous IV.1.3. pour faire échec audit moyen de défense d'IKODOMOS vaut pour tous les éléments avancés comme support à la théorie de l'aveu en action, dont la résolution. Cette argumentation a été déclarée non pertinente par la Cour.

La résolution du 5 octobre 2012 se distingue cependant des éléments dont l'intimée a déduit la volonté implicite des parties de proroger le Contrat-Cadre, éléments d'ores et déjà rejetés par la Cour, en ce qu'elle fait état dans le chef de l'associé commandité de sa volonté exprimée antérieurement à l'arrivée du terme, de procéder à l'allocation définitive des actifs immobiliers au profit des compartiments de destination du Fonds. Etant donné que cette allocation était supposée se faire sur base de la valeur desdits actifs à déterminer au 31 décembre 2012, cette réallocation était à réaliser au plus tôt en 2013, donc après l'arrivée du terme.

La question de savoir si cette résolution est équivalente à l'écrit dont question aux articles 9 et 12 du Contrat-Cadre n'est pas analysée par PROMOBE, ni celle ayant trait au fait que l'écrit devrait émaner des

trois signataires du contrat, ni celle connexe de savoir si la résolution prise par OLOS MANAGEMENT peut être considérée comme l'avoir été par les trois parties signataires, vu qu'elle a été prise à l'unanimité des membres du conseil d'administration composé à parité égale d'administrateurs nommés par chaque associé commanditaire.

La Cour rejoint la position d'IKODOMOS quant à la raison qui a poussé les parties à insérer les articles 9 et 12 dans le Contrat-Cadre, de sorte qu'il y a lieu d'en conclure que les questions exposées à l'alinéa précédent requièrent une réponse négative et que la résolution du 5 octobre 2012 n'équivaut pas à un écrit établi par les trois parties signataires au sens des articles 9 et 12 du Contrat-Cadre.

La question de la portée de la résolution devient donc sans objet.

Les demandes principale et subsidiaire de PROMOBE en ce qu'elle conclut à titre principal à la mise à exécution de la résolution du 5 octobre 2012 et subsidiairement à voir proroger le Contrat-Cadre au-delà du terme stipulé sont à rejeter.

#### V. La survivance de l'obligation d'allocation définitive

1. PROMOBE fait valoir à titre plus subsidiaire que quand bien même la clause de durée contenue à l'article 8 du Contrat-Cadre serait valable, l'obligation d'allocation définitive des actifs dans les compartiments de destination 1-5 ne serait pas affectée par l'existence d'un terme extinctif.

Elle conteste d'abord l'affirmation d'IKODOMOS selon laquelle la fin du contrat ne mettrait fin qu'à la deuxième partie du contrat pour être contraire au principe essentiel fixé par les parties de non - enrichissement / non - appauvrissement des promoteurs, l'un par rapport à l'autre, principe qui devrait survivre à la fin du contrat. Elle soutient que l'obligation d'allocation définitive des actifs du compartiment transitoire mixte commun en faveur des divers compartiments en fonction de l'origine patrimoniale telle qu'elle ressort des articles 4 et 5 du contrat, et plus particulièrement de l'article 5.3.1. du Contrat-Cadre, est une obligation à exécution instantanée, donc une obligation susceptible d'être exécutée en une seule fois. Elle soutient qu'un terme extinctif, qui est, par nature, toujours lié à la durée, ne peut trouver à s'appliquer qu'à des obligations à exécution successive, à l'exclusion des obligations à exécution instantanée, de sorte que le terme extinctif du 31 décembre 2012 prévu à l'article 8 du Contrat-Cadre ne s'appliquerait pas à l'obligation d'allocation définitive. Bien plus, le terme extinctif d'une obligation ne jouerait que pour l'avenir, de sorte que les obligations contractuelles non exécutées avant l'échéance de ce terme survivraient et devraient être exécutées après l'expiration du terme, si elles n'ont pu être exécutées

en totalité avant son expiration. En outre, l'échéance du 31 décembre 2012 aurait rendu exigible l'obligation d'allocation définitive.

Il serait dès lors conforme au principe de la liberté contractuelle que le contrat prévoie qu'il sera affecté d'un terme extinctif pour certaines de ses obligations, et d'un terme suspensif pour d'autres. La nature même de cette clause suspensive la rendrait imperméable à tout terme extinctif et que cela ne soit pas expressément exprimé dans le contrat n'aurait aucune incidence. Il n'y aurait dès lors eu aucune obligation pour les parties de « *stipuler que l'obligation de réallocation survivrait à l'extinction du contrat* », puisque cette survie serait de droit.

L'article 8 définirait un terme extinctif. Or, le terme aurait trait uniquement à la durée d'exécution d'un contrat, mais ne modifierait pas la nature et les obligations de celui-ci. Ainsi, pour les obligations à exécution successive, le terme extinctif mettrait fin à l'exécution de ces obligations à son arrivée. Mais pour ce qui est des obligations qui s'exécutent de manière instantanée, elles ne pourraient être affectées par un terme extinctif comme celui de l'article 8.

La question ne serait pas celle de savoir si les parties avaient envisagé ou non la survie de certaines dispositions du contrat, étant donné que la survie des obligations nées d'un contrat ne dépendrait pas uniquement de la volonté des parties, mais de la nature de l'obligation à exécuter.

**2.** L'administrateur provisoire des entités OLOS « se demande si la prévision d'une « date d'expiration » telle que défendue par IKODOMOS dans la version courte de l'article 8 est juridiquement admissible. En effet, le Contrat Cadre comporte, au niveau de ses obligations essentielles – les opérations de fusion et l'obligation d'allocation – des obligations inconditionnelles de faire. Ainsi l'obligation d'allocation prévoit qu'OLOS « va procéder à la réallocation ». Il s'agit d'une obligation directe non conditionnée, même si des modalités ou principes directeurs peuvent être prévus par ailleurs.

L'existence d'une « date d'expiration » dans un contrat ne se justifie que s'il s'agit (i) d'un terme, extinctif ou suspensif, affectant l'extinction d'une obligation à exécution successive, ce qui n'est clairement pas le cas en l'espèce, l'allocation ne pouvant par ailleurs s'exécuter qu'une seule et unique fois même si elle s'exécute progressivement, ou l'échéance dans le cas d'un terme suspensif ou (ii) de la date butoir fixant la période dans laquelle devra se réaliser l'événement incertain qu'est la condition et qui fixera donc le moment à partir duquel les parties ont convenu que la condition ne pourra plus se réaliser. Or ni l'obligation d'allocation ni les autres obligations du Contrat Cadre n'étant conditionnées, ni l'existence d'un terme ni celle d'une date butoir de réalisation d'une condition ne se justifie juridiquement ».

3. IKODOMOS réplique que les développements des sociétés intimées selon lesquels la pure technique du droit des obligations (des notions comme celles de terme extinctif ou terme suspensif, d'obligation instantanée ou obligation à exécution successive) serait de nature à invalider un accord expressément conclu entre les parties ne sont pas fondés. Elle insiste sur le fait que les parties n'ont pas stipulé que l'obligation d'allocation définitive survit à l'extinction du contrat, alors même que les discussions des parties antérieures à l'adoption de la version du projet de Contrat-Cadre du 16 novembre 2010 avaient spécifiquement porté entre autres sur cette question. Il n'y aurait donc aucune raison de nier la pleine validité de l'article 8 du Contrat-Cadre, ni de lui faire dire le contraire de ce qu'il dit, en prétendant qu'à partir du 31 décembre 2012, le contrat n'expire pas, et que PROMOBE aurait toujours le droit de demander l'allocation définitive, celle-ci étant même immédiatement exigible.

4.1. Les parties au Contrat- Cadre n'ont pas prévu la survivance de l'obligation d'allocation définitive au-delà de la fin du contrat. Le projet adopté en la séance de l'associé commandité le 16 novembre 2010 ne contenait pas une telle clause de survivance et il n'est pas établi avec certitude si, et dans quelle mesure, les discussions pendant et/ou après la réunion du conseil d'administration de l'associé commandité ont porté sur ce point spécifique.

Il convient, d'autre part, de relativiser l'importance qu'IKODOMOS attribue à cette supposée volonté des parties de ne pas avoir prévu la survivance de l'obligation d'allocation définitive au-delà du terme stipulé.

Il y a lieu d'abord de relever que cette question a été soulevée en dernière minute par **D.)** dans l'échange de courriels qui ont circulé dans la demi-heure ayant précédé la réunion du conseil d'administration du 16 novembre 2010 d'OLOS MANAGEMENT et qu'il n'est pas établi, tel que la Cour l'a déjà retenu ci-dessus, si les discussions menées au sein de ce conseil ont porté sur cette question spécifique.

Il convient ensuite et surtout de dire que la survivance de certaines dispositions du Contrat-Cadre, telle que prévue dans la version adoptée le 16 novembre 2010 par l'associé commandité, concernait les articles 10-18 du Contrat-Cadre, dispositions qui, même en l'absence d'une stipulation expresse, auraient de toute façon continué à s'appliquer au-delà de l'expiration du contrat, que ce soit par l'arrivée du terme ou suite à sa résiliation.

C'est ainsi que ces articles traitent de la confidentialité, des frais, des modifications, de l'ambiguïté, des originaux, des notifications, de la divisibilité, du droit applicable et de la compétence judiciaire.

La survivance de ces articles ne se retrouve plus stipulée dans la version applicable aux parties, à savoir celle signée le 18 novembre 2010. Il n'en reste pas moins que ces dispositions (sauf éventuellement l'article 12 qui a trait aux modifications à apporter au contrat, ce qui suppose qu'il soit encore en vigueur) qui concernent soit la confidentialité à respecter par les parties et la prééminence du Contrat-Cadre par rapport à une loi non d'ordre public sont en tous les cas à respecter, même après la fin du contrat. Il en est de même du droit applicable et de la compétence judiciaire.

**4.2.** L'obligation d'allocation définitive était à la charge du Fonds, qui par le biais de son associé-commandité qui le gère a décidé de procéder à l'allocation définitive des actifs aux compartiments de destination moyennant la résolution du 5 octobre 2012. Les associés commanditaires étaient contractuellement tenus d'y participer de bonne foi.

**4.3.** PROMOBE qualifie l'obligation d'allocation définitive d'obligation à exécution instantanée affectée d'un terme suspensif, en ce qu'elle serait exécutoire à partir du moment où le transfert des actifs immobiliers compris dans le compartiment 6 vers les autres compartiments du Fonds serait réalisable, dans des conditions qui assurent que tous les compartiments respectent les obligations découlant de la loi, des statuts et du mémorandum privé du Fonds. Elle fait valoir qu'en tant qu'elle s'exécute en une seule fois, cette obligation n'est pas affectée par un terme extinctif.

**4.4.** C'est parce que l'obligation d'allocation définitive relève du Contrat-Cadre qui a expiré le 31 décembre 2012 que se pose la question de savoir si l'expiration du Contrat-Cadre a libéré le Fonds, (et par voie de conséquence accessoirement les parties commanditaires) débiteur de l'obligation de procéder à ladite allocation, tel que le soutient IKODOMOS, ou si, tel qu'allégué par les intimées, cette arrivée du terme a rendu l'obligation exigible, au motif que le mode normal d'extinction du terme est l'arrivée du jour fixé pour son échéance et que l'obligation est alors exigible.

**4.5.** Le contrat à durée déterminée est celui que les parties ont affecté d'un terme extinctif: ses effets prennent fin à l'échéance.

L'obligation affectée d'un terme extinctif existe et est immédiatement exigible, mais sa durée est limitée dans le temps jusqu'au moment où se produit l'événement futur et certain que constitue le terme. L'échéance du terme ne fait disparaître l'obligation que pour l'avenir.

L'allocation définitive des actifs immobiliers vers les compartiments de destination était à réaliser, une fois opéré le transfert de ces actifs vers le compartiment mixte commun. Ce transfert s'est fait le 31 mars 2011. Ces deux obligations (de transfert, puis de réallocation) peuvent

être regroupées sous la qualification d'*obligation cumulative* qui a pour objet plusieurs prestations dont le débiteur n'est libéré que par une exécution intégrale. (cf par analogie l'article 1306 nouveau du code civil français).

L'obligation d'allocation définitive est à replacer dans son contexte contractuel. Il en ressort que les parties avaient prévu une série d'étapes à effectuer en vue du transfert des actifs vers le compartiment mixte du Fonds qui devait les accueillir à titre transitoire, avant d'être dirigés définitivement vers les compartiments communs ou privatifs. Le passage transitoire dans le compartiment commun mixte ne devait, selon la volonté expresse des parties exprimée à l'article 5.1.2. du Contrat-Cadre, ni nuire, ni profiter à aucun des associés commanditaires.

La procédure de transfert des actifs au bénéfice du Fonds et d'allocation définitive de ceux-ci vers les différents compartiments était à parfaire endéans un laps de temps déterminé d'avance. Le terme une fois atteint, les obligations pour autant qu'elles n'avaient jusque-là pas encore été exécutées ne devenaient pas, tel que le soutient PROMOBE, exigibles du seul fait de l'échéance atteinte. Bien au contraire auraient-elles dû déjà avoir été exécutées en cours de contrat.

Par sa résolution du 5 octobre 2012, le Fonds a initié le processus devant conduire à l'allocation définitive des actifs au profit des compartiments de destination prévue au Contrat-Cadre. Elle ne vaut cependant pas exécution de l'obligation. Elle ne fait que refléter la volonté du Fonds d'y procéder « *le plus rapidement possible* ».

Même abstraction faite des développements d'IKODOMOS relatifs au caractère exécutoire ou non de ladite résolution [voir le point relatif à l'intérêt à agir de PROMOBE (pages 8 et 9 de l'arrêt)], cette résolution n'a pas été suivie d'actes d'exécution subséquents, ni avant, ni après la date butoir du 31 décembre 2012. Il est faux de prétendre, tel que le fait PROMOBE, en renvoyant à un avis juridique, que la résolution aurait déjà *très largement* amorcé le processus d'exécution de cette obligation.

**4.6.** L'obligation d'allocation définitive ayant pesé sur le Fonds est à qualifier d'obligation de résultat atténuée. L'obligation était de résultat, mais le Fonds était, au regard des stipulations du Contrat-Cadre, tributaire des décisions des sociétés commanditaires qui s'étaient engagées à agir de bonne foi notamment en vue d'atteindre ce but.

**4.7.** Le Fonds qui rejoint PROMOBE dans sa demande en allocation définitive des actifs se trouvant actuellement toujours dans le compartiment commun mixte ne fait état d'aucun événement qui l'eût empêché de remplir son obligation dans le délai conventionnel

stipulé. Si le Fonds et surtout PROMOBE font, certes, état d'événements qui, selon eux, ont bloqué, voire retardé le processus d'allocation définitive - PROMOBE soutient notamment avoir à plusieurs reprises voulu mettre à l'ordre du jour de la réunion du conseil d'administration d'OLOS MANAGEMENT la question de l'allocation définitive des actifs immobiliers, mais ces tentatives auraient buté sur IKODOMOS qui aurait fait état de sujets plus urgents à évacuer, ou argue encore de l'impossibilité de procéder à cette allocation définitive dans un délai à peine supérieur à deux ans (octobre 2010 à décembre 2012) -, ils n'en tirent cependant aucune conclusion, voire aucun moyen juridiques.

**4.8.** Que l'allocation définitive n'ait pas été soumise à condition, tel que le fait valoir le Fonds pour en déduire qu'elle continuerait à devoir être exécutée, même le terme une fois atteint, ne signifie pas qu'elle survivait à l'arrivée du terme du contrat. L'obligation dont il est vrai qu'elle n'était pas spécifiquement affectée d'un terme s'inscrivait cependant dans le cadre du Contrat-Cadre qui venait à terme le 31 décembre 2012, de sorte qu'affectée nécessairement d'un terme extinctif, elle était immédiatement exigible, mais sa durée était limitée dans le temps jusqu'au moment où s'est produit l'événement futur et certain que constitue le terme.

**4.9.** PROMOBE fait encore état de l'indivisibilité des deux transferts à réaliser en application du Contrat-Cadre, l'allocation définitive devant s'exécuter, selon la résolution du 5 octobre 2012, « *le plus rapidement possible* ». Elle en conclut que le fait de ne pas procéder à l'allocation définitive heurterait la commune intention des parties.

La commune intention des parties a déjà été analysée dans un autre contexte. Elle n'est pas susceptible, en l'espèce, de mettre en échec des stipulations conventionnelles claires.

**4.10.** PROMOBE renvoie au rapport des professeurs Fages-Pillet du 5 novembre 2015 dans lequel ces auteurs introduisent la notion de patrimoine d'affectation pour en déduire que l'obligation d'allocation définitive subsiste tant que cette affectation n'a pas été réalisée. L'affectation serait avant tout un élément du régime des biens, quelle que soit l'origine de l'affectation. Ce serait la durée du bien et non celle du contrat qui serait déterminante.

S'il était, certes, dans l'intention des parties de transférer définitivement les actifs vers les compartiments de destination, ce transfert était à effectuer dans un délai déterminé, ce qui n'a pas été fait. Par ailleurs, la décision de la Cour de Cassation française (Cass.1<sup>ère</sup> civ. 13 nov. 2014, n° 13-24633) citée par ces auteurs à l'appui de leurs développements n'est pas pertinente en l'espèce, étant donné que contrairement à la décision citée dans laquelle le bien avait été affecté à un usage déterminé, ce qui pouvait dès lors influencer sur son régime et sur l'obligation de respecter ladite affectation, les

parties litigantes en sont, en l'espèce, restées au stade de l'intention de procéder à ladite affectation, intention qui cependant n'a pas été suivie d'effet, faute par elles d'y avoir procédé dans le délai conventionnel.

**4.11.1.** PROMOBE renvoie enfin au principe de la neutralité patrimoniale consacré par l'article 5.1.2. du Contrat-Cadre et conclut à sa violation si ses actifs privatifs devaient, en raison de l'arrivée du terme, être considérés comme communs aux deux promoteurs du Fonds. PROMOBE et le Fonds invoquent le principe de la neutralité patrimoniale pour conclure à la survivance de l'obligation d'allocation définitive.

#### IKODOMOS réplique que

« Cette prétendue incompatibilité (entre une clause dont découle la caducité automatique du contrat-cadre à partir du 31 décembre 2012 et *l'un des buts parmi d'autres* de ce contrat-cadre, qui était de permettre aux parties de retrouver après une brève période de transition certains avoirs dans des compartiments privatifs) n'existe pas.

... Il faut bien voir que, si le droit de Promobe à la réallocation avait vraiment eu le caractère d'un droit absolu, il n'y aurait eu aucune raison de constituer ce fonds d'investissement avec une participation de chacune des sociétés Promobe et Ikodomos fixée à 50% du capital social du compartiment d'Olos Fund qui détient tous les actifs, ni de prévoir une parité parfaite 50/50 entre les deux initiateurs MM. **A.)** et **B.)** au sein d'Olos Management, la société de gestion d'Olos Fund.

Étant donné que les actifs, aujourd'hui revendiqués comme privatifs par Promobe, représentent d'après elle de l'ordre de 80 voire 90 % de la valeur totale des actifs cédés au Fonds, rien ne se serait opposé à constituer Olos Fund en attribuant dès le départ à Promobe ces 80 ou 90 % des actions de commanditaires, et seulement 20 ou 10 % à Ikodomos.

Mais ce n'est pas ce que les parties ont fait. Elles ont procédé d'abord à la cession par Promobe et par Ikodomos de leurs actifs à un compartiment commun d'Olos Fund, à leur valeur réelle qui a été effectivement créditée (payée) à Promobe et Ikodomos. Dans ce compartiment commun, 50% des actions de commanditaires sont à Promobe et 50% sont à Ikodomos. Certes, la réallocation était prévue dans le contrat-cadre, mais celle-ci devait avoir lieu dans un temps déterminé (jusqu'au 31 décembre 2012 et sous réserve de remise à parité préalable au 31 décembre 2011), faute de quoi le droit de demander la réallocation n'existerait plus. Ce droit n'était donc pas un droit absolu.

Il n'y a aucune contradiction, ni intellectuelle, ni juridique, ni même économique, entre les deux clauses, si bien qu'il n'y ait aucune raison de modifier le sens de l'article 8 en l'« interprétant » – et ceci sans aucun préjudice de ce qu'en tout état de cause, même là où une interprétation est

possible, elle ne peut pas aboutir à dénaturer aussi fondamentalement une clause. »

**4.11.2.** L'article 5 du Contrat - Cadre traite de « *l'allocation définitive du patrimoine absorbé par le Fonds aux compartiments 1 à 5* » et l'article 5.1. édicte les « *Principes de conservation et séparation du patrimoine des Promoteurs* ».

L'article 5.1.1. stipule que le Fonds n'est tenu de respecter les principes dont question ci-dessus que dans la mesure où ils sont compatibles avec les contraintes légales et réglementaires, les statuts et le Memorandum de Placement Privé. Il y est encore stipulé un mécanisme de régularisation dont il sera question ci-après.

L'article 5.1.2., premier alinéa, édicte, d'abord, le principe général selon lequel « *Par rapport à la situation patrimoniale ayant prévalu immédiatement avant les opérations de transfert de ce patrimoine au Fonds (patrimoine de départ), ces opérations ne devront ni enrichir, ni appauvrir l'un des Promoteurs au détriment, respectivement au profit, de l'autre Promoteur* », puis, énumère l'ensemble des étapes qui devront conduire au transfert du patrimoine au cessionnaire et celles subséquentes aux compartiments 1 à 5, à savoir « *les cessions d'actions et de parts décrites à la section 3.1. ; l'abandon de créance éventuellement accordé au Fonds par les promoteurs dans le cadre de la convention de cession des actions au Fonds ; les fusions décrites aux sections 4.1. et 4.2.1. et les allocations du patrimoine aux compartiments : Compartiment de Fusion, Compartiment Commun et Compartiments 1 à 5* ».

L'article 5.1.2, deuxième alinéa, est une application du principe général édicté à l'article 5.1.2, premier alinéa. Il vise en particulier la situation des biens privatifs mélangés aux biens communs. Il est de la teneur suivante :

« *Aucun Promoteur ne doit donc en particulier tirer un avantage ou subir un désavantage par rapport à l'autre Promoteur du fait que le patrimoine destiné aux compartiments privatifs sera, pendant une phase transitoire mélangé avec le patrimoine destiné aux compartiments communs 1 à 3. Chaque Promoteur s'engage à placer l'autre Promoteur dans la situation qui aurait prévalu si le patrimoine des sociétés concernées avait été directement transféré aux compartiments privatifs au moment de l'absorption par le Fonds, sous réserve d'une régularisation des avantages fiscaux générés par les opérations de fusion conformément à la présente convention.* »

L'article 5.1.3. est plus large en ce qu'il vise l'ensemble des opérations de transfert (donc absorption des sociétés propriétaires des actifs immobiliers par le Fonds et situation transitoire dans le compartiment mixte) en ce qu'il y est stipulé que pendant les opérations de transfert, chaque promoteur devra bénéficier

exclusivement des fruits et assumer exclusivement les risques en rapport avec son patrimoine de départ.

Le principe de la neutralité patrimoniale est donc à respecter au niveau des opérations qui conduiront au transfert des actifs des promoteurs au Fonds et de celles qui ont pour objet le transfert des actifs privatifs mélangés à titre transitoire dans le compartiment mixte avec le patrimoine destiné aux compartiments communs 1 à 3. Les promoteurs sont concernés en ce qu'aucun d'eux ne doit tirer avantage ou subir un désavantage du fait des transferts à opérer. Ledit principe ne s'applique qu'à eux.

C'est donc durant les opérations de transfert au cours desquelles les actifs privés se trouveront mélangés avec les actifs communs respectivement dans le compartiment de fusion et le compartiment mixte que le principe est à respecter.

Vu sous l'angle d'une lecture littérale de l'article 5.1.2., deuxième alinéa, lu en combinaison avec l'article 5.1.3., le respect du principe de la neutralité patrimoniale n'exige pas la survivance de l'obligation d'allocation définitive au-delà du terme, celui-ci ayant mis fin à la période transitoire.

Les parties n'ont pas recherché si le principe général de la neutralité patrimoniale exposé à l'article 5.1.2., premier alinéa, du Contrat-Cadre doit continuer à être respecté au-delà de la période transitoire devenue définitive en raison de l'arrivée du terme, pour le cas où il devait s'avérer qu'une partie s'est enrichie au détriment de l'autre, moyennant un mécanisme autre que l'obligation d'allocation définitive.

La demande de PROMOBE qui entend voir dire que le principe de la neutralité patrimoniale commande la survivance de l'obligation d'allocation définitive des actifs immobiliers au profit des compartiments de destination au-delà du terme est à rejeter.

#### VI. Le principe de la neutralité patrimoniale vu sous l'angle de ses conditions d'application et des réparations à envisager en cas de non-respect de ce principe

Il vient d'être retenu ci-dessus que pris sous l'angle de l'obligation de l'allocation définitive, PROMOBE ne saurait invoquer le principe de neutralité patrimoniale pour conclure à la survivance de ladite obligation.

Le respect de ce principe fondamental est cependant susceptible de générer des conséquences autres que celle devant conduire à la survivance en nature de l'obligation de réallocation.

**1.1.** PROMOBE fait valoir que l'article 5.1.1. du Contrat-Cadre vise le cas litigieux en ce que les parties y ont stipulé que

*« Les Promoteurs s'engagent l'un envers l'autre qu'ils définiront et appliqueront dès que possible un mécanisme de régularisation assurant la réalisation des objectifs énoncés si ceux-ci ne peuvent pas être atteints au niveau du Fonds. Les Promoteurs s'engagent notamment à transférer entre eux des actions des différents compartiments à un prix non basé sur la VNI dans la mesure où ceci est requis pour assurer le respect des principes énoncés à la présente section. Une illustration chiffrée de ce principe se trouve en annexe 4 »*

Elle expose que

« Les parties ont schématisé l'exécution de cette Clause de sauvegarde dans l'annexe 4 du Contrat. Il résulte de ce schéma que les parties ont convenu d'un transfert d'actions entre Ikodomos et Promobe, pour régulariser et rééquilibrer la situation entre eux, moyennant paiement d'un euro, dans l'hypothèse où les principes gouvernant le Contrat ne pourraient être appliqués au sein du Fonds, en fait dans l'hypothèse où les principes de non-enrichissement, de non-appauvrissement et de neutralité prévus par les clauses 5.1.2. et 5.1.3. du Contrat ne pourraient être respectés au sein du Fonds, c'est-à-dire dans l'hypothèse où l'allocation n'aurait pas lieu ».

et renvoie à des tableaux par elle dressés pour demander à la Cour

« d'ordonner à Ikodomos de transférer à Promobe moyennant paiement d'un euro, le tout sous peine d'astreinte:

➤ à titre principal, sur base de la valorisation des avoirs d'Olos Fund au 31 décembre 2012 : 1251 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 1 d'Olos Fund, 1251 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 2 d'Olos Fund, 1251 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 3 d'Olos Fund, 857 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 5 d'Olos Fund et 715 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 6 d'Olos Fund, étant entendu que Promobe transférera à Ikodomos moyennant paiement d'un euro 143 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 4 d'Olos Fund ;

➤ à titre subsidiaire, sur base de la valorisation des avoirs d'Olos Fund au 31 décembre 2014, 1153 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 1 d'Olos Fund, 1153 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 2 d'Olos Fund, 1153 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 3 d'Olos Fund, 829 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 5 d'Olos Fund et 659 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 6 d'Olos Fund, étant entendu que Promobe transférera à Ikodomos moyennant paiement d'un euro 171 actions de commanditaire émises dans le compartiment commun 4 d'Olos Fund ;

➤ en dernier ordre de subsidiarité, sur base de la valorisation des avoirs d'Olos Fund à la date que Votre Cour voudra bien retenir, le nombre d'actions à déterminer suivant les calculs présentés à l'annexe 4 du Contrat et nommer un expert pour déterminer ce nombre d'actions ».

**1.2. IKODOMOS fait valoir à titre principal que** « cette demande n'est pas fondée pour une raison de principe : si le contrat-cadre a pris fin le 31 décembre 2012 par application de son article 8, Promobe ne peut pas faire valoir des droits au titre d'une clause contractuelle, celle de l'article 5.1.1, qui a pour seul objet de substituer à l'exécution en nature de la réallocation un mécanisme financier de régularisation pour la raison que l'exécution en nature serait incompatible, comme le dit l'article 5.1.1, « avec les contraintes légales et réglementaires, des statuts et les Mémoires de Placement Privé ». Le mécanisme de régularisation n'a pas pour objet de donner des effets au contrat-cadre au-delà de son expiration ».

**2. La demande de PROMOBE basée sur l'article 5.1.1. du Contrat-Cadre est formulée à titre subsidiaire par rapport à la demande en allocation définitive.** Elle participe des conditions d'application inhérentes à cette dernière. Il en découle que les développements d'IKODOMOS tenant à la remise à parité financière comme préalable à l'exécution de l'allocation définitive des actifs sont en principe à considérer.

Il convient de déterminer d'abord la portée de ce que les parties qualifient de *clause de sauvegarde* dont question à l'article 5.1.1. du Contrat-Cadre, avant d'analyser, le cas échéant, la pertinence de leurs développements consacrés à la remise à parité financière.

**3. Le recours à la *clause de sauvegarde* est conditionné, tel que le fait valoir à bon droit IKODOMOS, par l'impossibilité légale, réglementaire ou statutaire, de procéder à l'exécution en nature de l'allocation définitive des actifs, puisque l'article 5.1.1. dispose qu'elle doit être incompatible « avec les contraintes légales et réglementaires, les statuts et les Mémoires de Placement Privé ».** Cette disposition est à interpréter en ce sens que la liberté contractuelle des parties de procéder à cette allocation doit se heurter soit aux contraintes légales et réglementaires, soit aux statuts, soit encore au Memorandum de Placement Privé.

La Cour renvoie dans ce contexte à l'article 1.3. du Contrat-Cadre signé le 18 novembre 2010 (qui sur ce point ne diffère pas de la version adoptée le 16 novembre 2010 par l'associé commandité du Fonds) qui dispose qu'« en cas de conflit entre... les Statuts et/ou le Memorandum de Placement Privé d'une part et la présente convention d'autre part, les dispositions ..des Statuts et/ou du Memorandum de Placement Privé prévaudront ».

Les intimées ne soutiennent pas que le Fonds ait été empêché de procéder à l'allocation prévue au Contrat-Cadre en raison d'un des

trois motifs énoncés ci-dessus. C'est bien au contraire en vertu du terme extinctif de l'article 8 du contrat que l'allocation n'est plus possible.

La condition préalable à la mise en œuvre de la clause de sauvegarde prévue à l'article 5.1.1. du contrat n'est pas remplie, de sorte que la demande de PROMOBE n'est pas fondée.

L'examen de la position d'IKODOMOS qui soutient que cette obligation d'allocation était soumise à la condition préalable de la remise à parité des parties dans le financement pour le 31 décembre 2011 au plus tard est ainsi superflu.

#### **VII. La dénonciation du Contrat-Cadre opérée par IKODOMOS**

IKODOMOS a résilié par courrier du 8 janvier 2018 le Contrat-Cadre avec un préavis de trois mois à courir à partir de la réception du courrier.

Cette résiliation a été faite pour le cas où la Cour venait à confirmer le tribunal en ce qu'il a retenu que le Contrat-Cadre était à durée indéterminée.

Vu la réformation du jugement sur ce point, les développements des parties quant à la régularité de ladite résiliation sont inopérants.

#### **VIII. Les conséquences à en tirer sur les demandes accessoires**

Eu égard au rejet de l'ensemble des demandes de PROMOBE, il n'y a pas lieu à nomination d'un administrateur ad hoc et les demandes des parties en relation avec la mission de celui-ci deviennent sans objet. Il en est encore ainsi de l'appel incident de PROMOBE qui tend à la reformulation de la mission confiée à l'administrateur ad hoc.

Il en est encore ainsi des offres de preuve de la partie IKODOMOS qui concernent des points que la Cour n'a pas traités, vu la solution retenue.

PROMOBE réclame une indemnité de procédure de 100.000 €. Sa demande est à rejeter, étant donné qu'elle n'y a pas droit, les frais et dépens de l'instance étant mis à sa charge.

### **PAR CES MOTIFS**

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

reçoit les appels principal et incident,

dit l'appel principal fondé,

**réformant :**

rejette les demandes de la société anonyme PROMOBE FINANCE  
- SPF,

dit sans objet l'appel incident de la société anonyme PROMOBE  
FINANCE - SPF en ce qu'il tend à voir compléter sinon préciser la  
mission de l'administrateur ad hoc,

dit non fondée sa demande en allocation d'une indemnité de  
procédure,

la condamne aux frais et dépens des deux instances.