Jugement commercial XV N° / 16

Audience publique du lundi, vingt-deux février deux mille seize.

Numéros 169 565, 169 549 et 169 564 du rôle

Composition:

Karin GUILLAUME, Vice-Présidente ;
Robert WORRÉ, Premier juge;
Steve KOENIG, juge;
Alfred TREINEN, greffier assumé.

E n t r e :

I
(169 565)

la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial **SOC.1.)**, ci-après **« SOC.1.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demanderesse,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat susdit, assisté de Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société en commandite par actions-société d'investissement à capital variable-fonds **SOC.2.) S.C.A.**, **SICAV-FIS**, ci-après **« SOC.2.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son associé gérant commandité actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

2. la société anonyme **SOC.3.) S.A.**, ci-après **« SOC.3.)»**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, prise en sa qualité d'associé gérant commandité d'**SOC.2.)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

défenderesses,

comparant par Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

3. la société anonyme **SOC.4.) S.A.**, ci-après **« SOC.4.)»**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

défenderesse,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg.

II
(169 549)

Monsieur **A.)**, administrateur de société, pris en sa qualité d'administrateur de la société anonyme **SOC.3.)** S.A., domicilié au L-**(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

demandeur en intervention,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1. la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial **SOC.1.)**, ci-après **« SOC.1.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

défenderesse en intervention,

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

2. la société anonyme **SOC.4.) S.A.**, ci-après **« SOC.4.)»**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

défenderesse en intervention,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg.

3. la société en commandite par actions-société d'investissement à capital variable **SOC.2.) S.C.A.**, **SICAV-FIS**, ci-après **« SOC.2.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son associé gérant commandité actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

4. la société anonyme **SOC.3.) S.A.**, ci-après **« SOC.3.)»**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, prise en sa qualité d'associé gérant commandité d'**SOC.2.)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

<u>défenderesses en intervention,</u>

comparant par Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

III
(169 564)

la société anonyme **SOC.1.)**, ci-après **« SOC.1.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

élisant domicile en l'étude de Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

<u>demanderesse en intervention</u>

comparant par Maître Nicolas THIELTGEN, avocat susdit, assisté de Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

e t :

1. Monsieur **B.)**, administrateur de sociétés, demeurant à L-**(…)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.3.)** S.A., ci-après « **SOC.3.)** », établie et ayant son siège social à L-**(…)**, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

2. Monsieur **C.)**, réviseur d'entreprises, demeurant à L-**(…)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.3.)** S.A.,

<u>défendeurs en intervention</u>

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg.

3. Monsieur **D.)**, expert-comptable, demeurant à L-**(…)**, pris en sa qualité de membre du conseil d'administration de la société anonyme **SOC.3.)** S.A.,

<u>défendeur en intervention</u>

comparant par Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

<u>en présence de</u>

1. Monsieur **A.)**, administrateur de société, pris en sa qualité d'administrateur de la société **SOC.3.)** S.A., domicilié au L-**(…)**,

comparant par Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

2. la société en commandite par actions-société d'investissement à capital variable **SOC.2.) S.C.A.**, **SICAV-FIS**, ci-après **« SOC.2.) »**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son associé gérant commandité actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

3. la société anonyme **SOC.3.) S.A.**, ci-après **« SOC.3.)»**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, prise en sa qualité d'associé gérant commandité d'**SOC.2.)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

comparant par Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

4. la société anonyme **SOC.4.) S.A.**, ci-après **« SOC.4.)»**, établie et ayant son siège social à L-**(…)**, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, sinon par tout organe autorisé à la représenter légalement, inscrite au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro B **(…)**,

comparant par Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, tous les deux demeurant à Luxembourg.

F a i t s :

I
(169 565)

Par exploit de l'Huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'Huissier de justice Pierre BIEL de Luxembourg, en date du 30 avril 2015, la demanderesse a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le vendredi, 22 mai 2015 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

II
(169 549)

Par exploit de l'Huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'Huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg, en date du 11 mai 2015, le demandeur a fait donner assignation aux défenderesses à comparaître le vendredi, 22 mai 2015 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

III
(169 564)

Par exploit de l'Huissier de justice Geoffrey GALLE de Luxembourg, en date du 13 mai 2015, la demanderesse a fait donner assignation aux défendeurs à comparaître le vendredi, 22 mai 2015 à 9.00 heures devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, deuxième chambre, siégeant en matière commerciale, Cité Judiciaire, Bâtiment CO, 1er étage, salle CO1.01, pour y entendre statuer sur le mérite de la demande contenue dans ledit exploit d'huissier ci-après reproduit :

L'affaire principale fut inscrite sous le numéro 169 565 du rôle pour l'audience publique du 22 mai 2015 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire en intervention volontaire fut inscrite sous le numéro 169 549 du rôle pour l'audience publique du 22 mai 2015 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

L'affaire en intervention fut inscrite sous le numéro 169 564 du rôle pour l'audience publique du 22 mai 2015 devant la deuxième chambre, siégeant en matière commerciale.

Ces affaires furent renvoyées devant la quinzième chambre et furent utilement retenues aux audiences du 27 octobre, 10 novembre et 24 novembre 2015 lors de laquelle les débats eurent lieu comme suit :

Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, mandataire de la partie demanderesse, assisté de Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, donna lecture de l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, mandataire des parties défenderesses sub1) et sub2), répliqua et exposa ses moyens.

Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub3), assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, mandataire de la partie demanderesse, donna lecture de l'assignation en intervention volontaire et exposa ses moyens.

Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub1) en intervention volontaire, assisté de Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub2) en intervention volontaire, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub3) et sub4) en intervention volontaire, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Nicolas THIELTGEN, avocat à la Cour, mandataire de la partie demanderesse, assisté de Maître Jean BRUCHER, avocat à la Cour, donna lecture de l'assignation introductive d'instance et exposa ses moyens.

Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, mandataire des parties défenderesses sub1) et sub2), assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Marc ELVINGER, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse sub3), répliqua et exposa ses moyens.

Maître Fabio TREVISAN, avocat à la Cour, mandataire de la partie demanderesse en intervention, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Gaston STEIN, avocat à la Cour, mandataire des parties défenderesses en intervention, répliqua et exposa ses moyens.

Maître Patrick KINSCH, avocat à la Cour, mandataire de la partie défenderesse, assisté de Maître Marc KLEYR, avocat à la Cour, répliqua et exposa ses moyens.

Sur ce, le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour le

j u g e m e n t qui suit:

Par exploit de l'huissier de justice suppléant Luc KONSBRUCK, en remplacement de l'huissier de justice Pierre BIEL du 30 avril 2015, la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial **SOC.1.)**, (ci-après **SOC.1.)**), a donné assignation (1) à la société d'investissement à capital variable ayant adopté la forme d'une société en commandite par actions **SOC.2.)** S.C.A. Sicav-Fis, (ci-après **SOC.2.)**), (2) à la société anonyme **SOC.3.)** S.A. (ci-après **SOC.3.)**), (3) à la société anonyme ayant la qualité de société de gestion de patrimoine familial **SOC.4.)** (ci-après **SOC.4.)**) à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, pour la partie assignée sub 1) et la partie assignée sub 2) en sa qualité d'associé commandité d'**SOC.2.)**, s'entendre ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée par son conseil d'administration en date du 5 octobre 2012 et de procéder à l'allocation définitive des actifs compris dans le compartiment 6 d'**SOC.2.)** entre les compartiments 1 à 6 de ce fonds d'investissement en application des titres 4 et 5 du contrat et plus particulièrement de son article 5.3.1.

Pour ce faire, voir nommer un administrateur ad hoc au sein d'**SOC.3.)** en sa qualité d'associé-gérant commandité d'**SOC.2.)** avec la mission de mettre en application cette cinquième résolution adoptée par le conseil d'administration le 5 octobre 2012 et de procéder à l'allocation définitive des actifs entre les compartiments 1 à 6 en application des titres 4 et 5 du contrat suivant la volonté initiale des parties, et notamment, si nécessaire, se substituer à **SOC.4.)** pour voter aux assemblées générales convoquées aux fins de permettre l'exécution du contrat et l'allocation du patrimoine conformément aux dispositions contractuelles.

Subsidiairement la partie assignée sub 1), sinon la partie assignée sub 2) s'entendre condamner 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 EUR par jour après l'expiration de ce délai de dix jours.

Encore plus subsidiairement, voir constater que le mécanisme de régularisation prévu à l'article 5.1.1. du contrat trouve à s'appliquer et voir attribuer, sur base d'une valorisation d'**SOC.2.)** au 31 décembre 2012, les actions de commanditaires émises par les différents compartiments du fonds à **SOC.1.)** au détriment d'**SOC.4.)** 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, la demanderesse conclut encore à voir déclarer que la commune et réelle intention des parties était de conclure un contrat à durée indéterminée et que le contrat est d'application à ce jour et dès lors voir nommer un administrateur ad hoc avec la mission d'exécuter le contrat et de procéder à l'allocation du patrimoine conformément aux articles 4 et 5 du contrat.

En ordre subsidiaire voir constater que le contrat a été tacitement prorogé, sinon renouvelé après l'arrivée de son terme extinctif et encore plus subsidiairement que l'obligation d'allocation des actifs a survécu à l'échéance du terme extinctif stipulé à l'article 8 du contrat.

En tout état de cause, la demanderesse conclut à voir la défenderesse condamnée aux frais et dépens de l'instance ainsi qu'à une indemnité de procédure de 250.000 EUR et à voir ordonner l'exécution provisoire sans caution du présent jugement.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 169 565 du rôle.

Par exploit Geoffrey GALLE du 11 mai 2015, **A.)**, pris en sa qualité d'administrateur de la société **SOC.3.)**, est intervenu dans l'instance pendante entre **SOC.1.)** et **SOC.2.)**, **SOC.3.)** et **SOC.4.)** alors qu'il entend prouver que le défaut d'exécution des obligations contractuelles d'**SOC.3.)** ne lui est pas imputable et qu'il demande acte qu'il entend voir exécuter la cinquième résolution prise par le conseil d'administration d'**SOC.3.)** en date du 5 octobre 2012 conformément au contrat-cadre.

Il réclame lui aussi l'exécution provisoire sans caution du jugement à intervenir et conclut à se voir allouer une indemnité de procédure de 10.000 EUR sur base de l'article 240 du Nouveau Code de procédure civile.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 169 549 du rôle.

Par exploit Geoffrey GALLE du 13 mai 2015, **SOC.1.)** a encore donné assignation à comparaître devant le présent tribunal siégeant en matière commerciale à **B.)**, **C.)** et **D.)** pour voir dire qu'ils sont tenus d'intervenir dans le litige introduit par l'assignation du 30 avril 2015 aux fins de se voir déclarer commun le jugement à intervenir et en outre se voir ordonner de mettre en application la cinquième résolution adoptée par le conseil d'administration d'**SOC.3.)** en leur qualité d'administrateurs de cette société dans les dix jours du jugement à intervenir, sous peine d'une astreinte de 75.000 EUR par jour.

SOC.1.) conclut encore à les voir condamner solidairement sinon in solidum à tous les frais et dépens de l'instance avec distraction au profit de Maître THIELTGEN, ainsi qu'à une indemnité de procédure de 250.000 EUR.

Enfin elle conclut encore à voir le présent jugement assorti de l'exécution provisoire sans caution.

Cette affaire a été inscrite sous le numéro 169 564 du rôle.

Dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, il échet d'ordonner la jonction de ces demandes qui sont connexes, afin qu'il y soit statué par un seul et même jugement.

A l'appui de sa demande, la requérante expose :

Que les sociétés **SOC.1.)**, société faitière du groupe **SOC.1.)**, et **SOC.4.)**, société faitière du groupe **SOC.4.)**, sont les initiateurs du fonds **(…)**.

Que ces deux groupes entretiennent depuis de nombreuses années des relations et ont créé ensemble de nombreuses sociétés.

Qu'au vu de l'importance croissante des projets communs, ainsi qu'en raison de nombreux avantages économiques, commerciaux et juridiques que la création d'une telle structure engendrerait, le groupe **SOC.1.)** et le groupe **SOC.4.)** commencèrent en 2008 à envisager la création d'un fonds d'investissement qui regrouperait leurs diverses participations communes ainsi que certaines participations propres à chacun de ces deux groupes dans le secteur de l'immobilier.

Que la création d'un tel fonds devait en outre leur permettre d'obtenir une plus grande capacité de financement auprès des banques devant leur prêter de l'argent pour leurs projets communs, alors qu'il pouvait offrir des sûretés plus importantes et optimiser leur capacité de financement.

Qu'**SOC.4.)** et **SOC.1.)** avaient encore un intérêt patrimonial à apporter leurs patrimoines respectifs à un tel fonds d'investissement spécialisé.

Qu'en effet ce fonds permettait la création de divers compartiments privatifs dont les actions seraient détenues à 100% par l'initiateur apportant les projets privatifs à ce compartiment et de compartiments communs dont les actions seraient réparties à 50% entre les deux initiateurs apportant les projets communs alloués à ce compartiment.

Qu'une telle structure rencontrait l'une des demandes les plus importantes de **SOC.1.)** et **SOC.4.)** dans cette opération, à savoir que les opérations envisagées n'entraînent ni enrichissement ni appauvrissement pour l'un d'eux au profit ou au détriment de l'autre, par rapport à la situation ayant prévalu pour chacun avant la création du fonds, alors que les patrimoines demeureraient privatifs.

Qu'**SOC.2.)** fut constitué en date du 16 décembre 2009 sous forme d'une société d'investissement à capital variable.

Qu'il comporte six compartiments dont deux privatifs : le compartiment 4 dont les actions sont détenues à 100% par **SOC.1.)** et le compartiment 5 dont les actions sont détenues à 100% par **SOC.4.)**.

Que l'associé-gérant commandité d'**SOC.2.)** est la société **SOC.3.)**, dont le conseil est constitué outre Messieurs **A.)** et **B.)** de Messieurs **D.)** et **C.)**.

Que suite à la constitution d'**SOC.2.)**, **SOC.1.)** et **SOC.4.)** (ci-après encore dénommées ensemble « les Promoteurs ») entamèrent des discussions, en vue de conclure un contrat-cadre devant régir les opérations de transfert à **SOC.2.)** des

biens leur appartenant et donc des actions émises par les entités détenant ces biens.

Que ce contrat rédigé par le cabinet Linklaters, en concertation avec les parties signataires, fit l'objet de longues discussions et la version définitive du contrat fut soumise le 16 novembre 2010 au conseil d'administration de l'associé-gérant d'**SOC.2.)** et approuvée à l'unanimité par celui-ci.

Que le contrat prévoyait que l'ensemble des biens immobiliers détenus par **SOC.1.)** et **SOC.4.)** soient transférés au compartiment mixte 6 d'**SOC.2.)** dans l'attente d'une répartition ultérieure entre les différents compartiments.

Que cette façon de procéder, qui aboutissait à une situation devant rester provisoire, s'imposait en raison de la situation des avoirs transférés par **SOC.1.)** et **SOC.4.)** à **SOC.2.)** et en particulier du fait que les avoirs transférés par **SOC.4.)** comportaient plus de dettes que d'actifs.

Que la signature du contrat-cadre daté officiellement du 16 novembre 2010 intervint le 18 novembre 2010.

Que le transfert des actifs **SOC.2.)** compris dans le compartiment 6 vers les autres compartiments de ce fonds serait aujourd'hui possible dans des conditions qui assurent que tous les compartiments respectent les obligations découlant de la loi, des statuts et du mémorandum privé d'**SOC.2.)**.

Que malgré mise en demeure du 12 février 2015, **SOC.3.)** n'a pas exécuté sa résolution du 5 octobre 2012, de sorte qu'il y aurait lieu de lui ordonner en sa qualité d'associé-gérant d'**SOC.2.)** sinon directement à **SOC.2.)** de procéder à l'allocation définitive des actifs compris dans le compartiment 6 entre les compartiments 1 à 6 en application des articles 4 et 5 du contrat-cadre et plus particulièrement de l'article 5.3.1.

Les défendeurs **SOC.4.)**, **B.)** et **C.)** soulèvent en premier lieu divers moyens de nullité et d'irrecevabilité tant de la demande principale (libellé obscur, défaut d'intérêt et de qualité à agir) que de l'intervention volontaire de **A.)** (défaut d'intérêt et de qualité à agir) et de la mise en intervention de Messieurs **B.)**, **C.)** et **D.)** (libellé obscur, nullité de l'assignation pour violation des règles de fond sur l'organisation judiciaire, défaut d'intérêt et de qualité à agir, défaut de qualité dans le chef des défendeurs en intervention).

Quant au fond, ils concluent à voir dire la demande non fondée. Après avoir exposé l'historique des relations de partenariat entre parties, ils font valoir que la résolution du conseil d'administration d'**SOC.2.)** du 5 octobre 2012 ne viserait aucunement la réallocation prévue dans le contrat-cadre, mais aurait été envisagée dans le cadre du refinancement des compartiments C1/C2/C3. (Projet **X.)**).

Ils soutiennent encore que dans la mesure où **SOC.1.)** n'aurait pas procédé à la remise à parité pour le 31 décembre 2011, elle ne pourrait plus demander de réallocation privative du patrimoine en raison des termes extinctifs contenus dans les articles 5.1.4 et 8 du contrat-cadre.

L'inter-conditionnalité de l'article 6.2.1 aurait en effet empêché toute réallocation de patrimoine aussi longtemps que le rachat des créances sous l'article 5.4.1 n'était pas fait.

Les défendeurs **SOC.2.)**, **SOC.3.)** et **D.)** se rapportent à prudence de justice.

I) QUANT A LA RECEVABILITE DES DEMANDES :

1) Les défendeurs **SOC.4.)**, **B.)** et **C.)** soulèvent en premier lieu la nullité de l'exploit introduisant la demande principale, pour libellé obscur.

Les demandeurs **SOC.1.)** et **A.)** répliquent en faisant valoir que les défenderesses seraient forcloses en vertu de l'article 264, alinéa 1er, du Nouveau Code de procédure civile à invoquer ce moyen, Maître KINSCH ayant commencé lors des plaidoiries à exposer ses arguments relatifs au fond avant de soulever la nullité de l'exploit.

La nullité serait encore couverte par le fait que Maître KINSCH n'aurait soulevé aucune réserve lors de la communication des pièces.

Il résulte du plumitif d'audience que dès que les demandeurs eurent terminé d'exposer leurs demandes, Maître KINSCH, après avoir annoncé qu'il serait assisté de Maître KLEYR lequel développerait les moyens de nullité et d'irrecevabilité soulevés à l'encontre de la demande, a versé en même temps que les différentes notes de plaidoiries deux pièces, dont un avis juridique en réplique à celui versé par les demandeurs et qu'à cette occasion il a émis une remarque personnelle sur l'avis de Maître NOBLE versé par les demandeurs (« cet avis est excellent mais faux ! »)

Ce simple commentaire émis après l'annonce des étapes de la défense articulée autour des notes respectives de Maître KLEYR (moyens de nullité et d'irrecevabilité) et de Maître KINSCH (historique des relations entre parties et moyens tenant au fond du droit) ne saurait être assimilé à une défense au fond.

Il en est de même de la réception sans réserves des pièces qui ne constitue pas une défense au fond.

En effet, lors de la réception des pièces, aucune position n'est exprimée quant aux prétentions adverses et la communication des pièces a précisément pour but de permettre à la partie qui les reçoit d'élaborer sa position au regard des pièces (cf. TAL, 31 janvier 2000, numéro 65392 du rôle.)

Il résulte de ces développements que les défenderesses ne sont pas forcloses à soulever le moyen du libellé obscur.

Aux termes de l'article 154 du Nouveau Code de procédure civile, l'assignation doit contenir un objet et un exposé sommaire des moyens.

Cette prescription est interprétée en ce sens que l'indication exacte des circonstances de fait qui forment la base de la demande est requise. La description des faits doit être suffisamment précise pour mettre le juge en mesure de déterminer le fondement juridique de la demande, pour ne pas laisser le défendeur se

méprendre sur l'objet de celle-ci et pour lui permettre le choix des moyens appropriés.

Il n'est toutefois pas requis de qualifier juridiquement les circonstances de fait.

Il appartient au juge d'apprécier souverainement si un libellé donné est suffisamment précis et explicite.

En l'espèce, force est de constater que si la requérante n'indique aucune base légale, elle expose cependant à suffisance de droit les faits à la base du litige: ainsi il résulte de la demande, que celle-ci tend à voir **SOC.2.)** condamner à procéder à la réallocation des biens immobiliers actuellement inclus dans un compartiment commun vers le compartiment privatif de **SOC.1.)**, ainsi qu'à voir appliquer le contrat-cadre signé entre parties.

Elle demande l'exécution de la résolution du 5 octobre 2012 dans le contexte de l'exécution par **SOC.2.)** de son obligation d'allocation conformément au contrat-cadre du 16 novembre 2010 auquel **SOC.1.)** est partie prenante et non en sa qualité d'associé commandité comme tentent de le faire admettre les parties défenderesses.

C'est dès lors à tort que les défendeurs soulèvent le principe du non cumul, en faisant valoir que **SOC.1.)** agirait en partie sur base délictuelle en sa qualité d'actionnaire commanditaire de la société SICAV FIS **SOC.2.)** et en partie sur base du contrat-cadre.

C'est encore en vain que les défendeurs font valoir que la demande ne spécifierait pas de quelle façon précise l'allocation réclamée serait à mettre en œuvre, alors que cette procédure est envisagée par le contrat-cadre.

Enfin c'est à bon droit que la demande est dirigée à la fois contre **SOC.2.)** et contre son associé commandité **SOC.3.)** qui, en assumant la gérance est partant en charge de mettre en œuvre tant l'allocation sollicitée que le contrat-cadre.

Les parties assignées n'ont partant pas pu se méprendre sur l'objet de la demande et ont pu, en toute connaissance de cause, préparer utilement leur défense.

Le grand nombre de notes et de pièces versées par les défendeurs **SOC.4.)**, **B.)** et **C.)** montrent au demeurant que ceux-ci ont bien mesuré la portée de la demande.

2) Les défenderesses **SOC.4.)**, **C.)** et **B.)** soulèvent encore le défaut d'intérêt et de qualité à agir dans le chef de **SOC.1.)**.

La qualité d'agir est le pouvoir en vertu duquel une personne exerce une action en justice ou se défend contre une action en justice pour faire reconnaître l'existence d'un droit méconnu ou contesté (Solus et Perrot, Droit judiciaire privé, tome I, n°262).

A qualité pour agir toute personne qui a un intérêt personnel au succès ou au rejet d'une prétention. Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame à un intérêt à agir en justice et donc qualité pour agir.

La qualité pour agir constitue ainsi pour le sujet de droit l'aptitude à saisir la justice dans une situation donnée (Enc. Dalloz, Procédure civile et commerciale, v° Action, n° 61).

La qualité n'est donc pas une condition particulière de recevabilité lorsque l'action est exercée par celui même qui se prétend titulaire du droit, l'existence effective du droit invoqué par le demandeur à l'encontre du défendeur n'étant pas une condition de recevabilité de la demande, mais uniquement la condition de son succès au fond, ou, en d'autres termes de son bien-fondé (Solus et Perrot, précité, n°221).

Or le bien-fondé du droit invoqué ne se vérifie pas lors de l'appréciation de la recevabilité de la demande.

Il résulte de ces considérations que la demande de **SOC.1.)** est à déclarer recevable en la forme.

3) Quant aux moyens d'irrecevabilité soulevés à l'encontre de la demande en intervention de **A.)**.

Il échet de rejeter d'emblée le moyen tiré de l'irrecevabilité de la demande en intervention comme corollaire de l'irrecevabilité de la demande principale, puisque le tribunal n'a retenu aucun des moyens invoqués dans le contexte de cette demande.

Quant au défaut de qualité sinon d'intérêt à agir invoqués à l'encontre de **A.)**, il échet de l'examiner, là-encore, dans le contexte de l'analyse du bien- fondé de la demande en application de la doctrine précitée et d'une jurisprudence bien établie.

4) Quant au moyens de nullité et d'irrecevabilité de la demande en intervention signifiée aux défendeurs **B.)**, **C.)** et **D.)**.

Il ne saurait être fait droit au moyen de nullité tiré du libellé obscur de l'assignation principale dirigée contre **SOC.2.)** et **SOC.3.)** puisque le tribunal n'a pas retenu le libellé obscur dans le contexte de la demande principale.

Les défendeurs **B.)** et **C.)** invoquent encore la nullité de l'assignation pour violation des règles de fond de l'organisation judiciaire, alors qu'aucune relation d'administrateur à administrateur, ni d'actionnaire à administrateur n'existant entre **SOC.1.)** et les défendeurs **B.)** et **C.)**, le litige introduit par l'assignation du 13 mai 2015 ne tomberait pas sous la compétence dérogatoire du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale prévue à l'article 631-2 du Code de commerce.

Le défendeur **D.)** s'est rapporté à prudence de justice en ce qui concerne tant la recevabilité que le bien-fondé de la demande.

L'article 20 du Nouveau Code de procédure civile prévoit qu'en matière civile et commerciale, le tribunal d'arrondissement est juge de droit commun et connaît de toutes les affaires pour lesquelles compétence n'est pas attribuée expressément à une autre juridiction en raison de la nature ou du montant de la demande. La connaissance d'une affaire commerciale n'est pas dévolue à une juridiction d'exception, dès lors qu'il n'existe au Grand-Duché aucun tribunal de commerce proprement dit. Si la distinction entre matières civiles et commerciales peut avoir certaines incidences d'ordre procédural ou influer sur les règles de preuve, elle ne

saurait entraîner de conséquences sur le plan de la compétence des différentes chambres du tribunal d'arrondissement (Cour d'appel 15 février 1978, P24.122).

Le tribunal saisi est partant compétent pour connaître de la demande.

En revanche, il est exact qu'entre **SOC.1.)** actionnaire commanditaire d'**SOC.2.)** et Messieurs **B.)** et **C.)**, administrateurs de la personne morale associé-gérant commandité, il n'existe, en raison de la théorie de l'organe pas de relation associés-administrateurs ou administrateur–administrateur de nature à justifier la recevabilité de la demande introduite suivant la procédure commerciale.

De même, Messieurs **B.)** et **C.)** ne sont pas, en nom personnel, parties au contrat-cadre et l'exercice par eux des fonctions d'administrateurs d'**SOC.3.)** n'est pas nature à leur donner la qualité de commerçant ni ne constitue dans leur chef un acte de commerce.

En donnant assignation à des personnes non commerçantes à comparaître à date déterminée devant le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, siégeant en matière commerciale, **SOC.1.)** n'a pas respecté les formes de procédure relatives au mode de comparution en justice.

Il s'ensuit que l'exploit d'assignation en intervention du 13 mai 2015 est nul et la demande devient par conséquent irrecevable.

L'examen des autres moyens d'irrecevabilité dirigés contre cette demande se révèle dès lors superflu.

II) QUANT AU BIEN-FONDÉ DES DEMANDES :

1) Quant à l'intérêt à agir de **SOC.1.)** :

Les défenderesses, après avoir justement affirmé que l'intérêt à agir existe lorsque le résultat de la demande est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur, font plaider qu'en l'espèce tant la demande tendant à voir ordonner l'exécution de la résolution du conseil d'administration du 5 octobre 2012, que la demande tendant à voir ordonner l'exécution forcée du contrat-cadre ne seraient pas de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique du demandeur dans la mesure où ces deux demandes ne seraient manifestement pas exécutables en l'état, à défaut de tout élément dans la résolution ou le contrat-cadre spécifiant concrètement de quelle manière et dans quelles conditions financières cette réallocation devrait intervenir.

SOC.1.) réplique à juste titre qu'elle a un intérêt évident à ce que les actifs du compartiment 6 correspondant aux projets privatifs qu'elle y a apportés, soient alloués au compartiment 4 dont elle détient l'intégralité des actions, afin de ne pas avoir à partager le bénéfice engendré par ces projets à égalité avec **SOC.4.)**.

Les modalités de cette réallocation ont par ailleurs dans leurs grandes lignes été définies dans l'article 5.3 du contrat-cadre, lequel précise que *« chacune des parties s'engage à collaborer de bonne foi afin de permettre l'accomplissement de toute formalité requise par la loi de 2007 afin que cette réallocation des Actifs Immobiliers,*

suivie de la transcription du changement de propriété par les soins de Maître Seckler, puisse prendre effet. »

Cet article prévoit encore que tout différend d'ordre économique en rapport avec l'article 5 sera tranché par des experts suivant une procédure plus amplement décrite à l'article 5.4.

L'argument du défaut d'intérêt à agir de **SOC.1.)** est donc à rejeter.

2) Quant au défaut de qualité à agir de **SOC.1.)** :

Toute personne qui prétend qu'une atteinte a été portée à un droit lui appartenant et qui profitera personnellement de la mesure qu'elle réclame, a un intérêt à agir en justice et donc de ce fait qualité à agir.

Les défenderesses font cependant valoir que dans certaines actions dites « attitrées » la qualité à agir est dissociée de l'intérêt.

Ainsi en matière de droit des sociétés, il serait en effet généralement admis que seuls les actionnaires ou autres organes de la société ont qualité pour demander au juge une mesure qui affecte le fonctionnement de la société.

Ils concluent dès lors à voir écarter tous les chefs de la demande qui tendent à la nomination d'un administrateur ad hoc dans **SOC.3.)**, **SOC.1.)** tiers par rapport à la société, n'ayant pas qualité pour s'immiscer activement dans le fonctionnement ou la vie sociale de **SOC.3.)**.

SOC.1.) de répondre que quand bien même la qualité à agir devrait être dissociée de l'intérêt à agir, il est indifférent que **SOC.1.)** ne soit pas actionnaire dans **SOC.3.)**, puisqu'il est actionnaire commanditaire d'**SOC.2.)** et partie au contrat et dès lors parfaitement en droit de demander la nomination d'un administrateur ad hoc qui serait uniquement chargé de porter à exécution la décision de justice à intervenir.

Tant la loi que la doctrine auraient déjà reconnu à des tiers le droit de demander la nomination d'un administrateur provisoire.

L'examen de cette question n'étant pertinent pour le présent litige que pour autant que le bien-fondé de la demande de **SOC.1.)** en réallocation des actifs immobiliers actuellement situés dans le compartiment 6 vers son compartiment privatif soit reconnu, il échet de la réserver pour la traiter une fois le mérite de la demande toisé.

3) Quant au défaut de qualité et d'intérêt à agir de **A.)** :

A.) expose dans son assignation qu'il a grand intérêt à intervenir dans l'instance principale, alors qu'il entend prouver que la situation de défaut d'exécution des obligations d'**SOC.3.)** ne lui est pas imputable, et il demande une déclaration de jugement commun.

Les défenderesses font valoir que **A.)** n'étant personnellement ni bénéficiaire potentiel des effets de la résolution du 5 décembre 2012 ni partie au contrat-cadre du 16 novembre 2010 il n'a pas d'intérêt à agir puisque ni l'action principale, ni son intervention ne peuvent changer sa condition juridique.

Le mandataire de **A.)** expose que puisque **SOC.1.)** demanderait au tribunal de condamner **SOC.3.)** à mettre en œuvre la résolution du 5 octobre 2012, il aurait en sa qualité d'administrateur intérêt à intervenir dans le présent litige pour faire valoir qu'il aurait été empêché d'exécuter cette résolution afin que sa responsabilité ne puisse ultérieurement être mise en cause.

Il est admis que l'intérêt à agir existe lorsque le résultat de la demande introduite est de nature à modifier ou à améliorer la condition juridique, respectivement lorsque la demande est de nature à présenter pour lui une utilité ou un avantage.

Tel n'étant pas le cas en l'espèce, alors que l'intérêt avancé par **A.)** est purement hypothétique, sa demande en intervention volontaire doit être rejetée.

4) Quant aux arguments soulevés par les défendeurs pour s'opposer à la demande au fond :

Les défendeurs font valoir que la demande serait dépourvue de fondement étant donné que le contrat-cadre signé entre parties ne serait plus en vigueur.

Ils invoquent dans ce contexte la dernière version de l'article 8 dudit contrat-cadre.

Dans la version signée le 18 novembre 2010, le texte de l'article 8 a été modifié par rapport à la version approuvée tant par le conseil d'administration d'**SOC.2.)** en date du 16 novembre, que par les administrateurs des promoteurs dans leurs échanges, dans des circonstances non élucidées, à l'insu tant du conseil juridique du fonds **(…)** que de la majorité de ses administrateurs.

Le nouveau texte prévoit en effet que le contrat expirera le 31 décembre 2012 au lieu d'être à durée indéterminée avec faculté de résiliation comme le prévoyaient tous les documents contractuels antérieurs.

Les défendeurs justifient ex post cette modification, en soutenant que la réallocation aux patrimoines privatifs aurait été conditionnée par le rétablissement de la parité financière au plus tard pour le 31 décembre 2011 et qu'à défaut pour **SOC.1.)** d'avoir rétabli cette parité pour le 31 décembre 2011, respectivement pour le 31 décembre 2012, date d'échéance du contrat, le partenariat serait devenu une union strictement paritaire.

Devant l'énormité des écarts entre les montants investis, **SOC.4.)** affirme en effet avoir investi 16 fois plus de fonds propres que **SOC.1.)** (80 millions contre 5 Millions) la remise à niveau aurait en effet été une condition sine qua non pour envisager la constitution de patrimoines privatifs importants.

A défaut de remise à parité, les actifs privatifs apportés par **SOC.1.)** seraient devenus communs.

Cette solution ne serait pas choquante puisque **SOC.1.)** aurait touché lors de la cession de ses actifs au fonds un prix de cession de 79.314.659,54 EUR ayant a été crédité sur ses comptes, alors que le montant pour **SOC.4.)** n'aurait été que de 12.301.570,44 d'euros.

En revanche **SOC.1.)** aurait été débitrice sur les sociétés cédées au fonds à hauteur de 33,8 millions d'euros alors qu'**SOC.4.)** aurait été créditrice de 20,6 millions d'euros.

La position de **SOC.1.)** serait dès lors actuellement nettement plus avantageuse que celle prévue par le pacte d'actionnaire qui consisterait dans une obligation de vendre l'intégralité des actions en cas de non-respect du principe du financement paritaire, **SOC.1.)** conservant actuellement 50% des actions tout comme **SOC.4.)**.

A noter que les parties défenderesses offrent notamment de prouver par expertise comptable que les efforts de financement fournis par **SOC.4.)** depuis la signature du contrat jusqu'au 31 décembre 2012 étaient largement excédentaires, que le rapport de PWC du 21 août 2015 confirmant la position de financement créditrice de **SOC.1.)** vis-à-vis du groupe **SOC.4.)** est matériellement inexact et qu'une remise à parité aurait obligé **SOC.1.)** à racheter des créances à **SOC.4.)** pour au moins 37 millions d'euros au jour de la signature du contrat-cadre, sinon pour 30 millions d'euros au 31 décembre 2012.

Cette analyse des faits est vigoureusement critiquée par **SOC.1.)** qui souligne l'absence de toute preuve quant aux faits allégués par les parties adverses, lesquels sont contestés par elle.

Ainsi en particulier **SOC.1.)** conteste qu'elle aurait eu une surface financière plus limitée qu'**SOC.4.)** et que cette dernière aurait d'une manière quelconque financé la constitution et le portage par **SOC.1.)** d'une réserve financière importante.

SOC.4.) n'aurait jamais apporté aucun élément de preuve tangible à ce sujet.

Ainsi le réviseur agréé d'**SOC.2.)**, chargé par la CSSF de dresser un rapport sur les problématiques entre actionnaires et leurs éventuelles répercussions sur le fonds, relèverait dans son rapport déposé le 21 août 2015 qu'il n'aurait malgré ses demandes jamais pu obtenir d'informations permettant de vérifier l'argument avancé par **SOC.4.)** de créances significatives non apurées sur **SOC.1.)** au 31 décembre 2011 et la répartition différente des actifs qui pourrait en résulter.

A l'inverse le tableau reçu de **SOC.1.)** ferait apparaître au 31 décembre 2011 une créance globale à l'encontre d'**SOC.4.)** de 37 millions d'EUR pour les créances dans le fonds et hors le fonds.

Les longues digressions d'**SOC.4.)** quant aux intentions des parties au contrat ne seraient établies par aucun élément probant et seraient contredites tant par les termes clairs et non contestés du contrat que par les études préliminaires effectuées en vue de concevoir la structure d'**SOC.2.)**.

En ce qui concerne la modification de l'article 8 du contrat, il n'aurait à aucun moment été question dans les discussions entre parties que ce dernier prévoit que le contrat soit conclu pour une durée déterminée avec un terme extinctif au 31 décembre 2012.

Il est encore contesté que Messieurs **E.)** et **F.)** aient à un moment quelconque présenté ou acquiescé à l'insertion d'un article 8 prévoyant un terme extinctif, et

même qu'ils auraient eu le pouvoir de modifier les termes d'un contrat approuvé par le conseil d'administration du fonds **(…)**.

La théorie des défendeurs sur la détention paritaire des actifs au-delà du terme extinctif du contrat serait encore contredite par le maintien après le 31 décembre 2012 d'une comptabilité analytique distinguant au sein du compartiment 6 les biens communs, les biens privatifs de **SOC.1.)** et les biens privatifs d'**SOC.4.)**.

La question de la parité financière n'aurait jamais été érigée en préalable à la réallocation prévue à l'article 5.

Le lien entre l'obligation d'allocation et le retour à parité serait un leurre.

SOC.1.) n'aurait jamais reçu de paiement lors du transfert de ses actifs, mais une créance de ce montant à l'égard du fonds. Une partie de ces créances auraient disparu suite à des abandons de créance, les autres devraient lors de la réallocation suivre le sort du patrimoine auquel elles sont attachées, conformément à l'article 5.3.2.

L'inter-conditionnalité entre les obligations du contrat invoquée par les parties adverses ne concernerait que les obligations de **SOC.1.)** et **SOC.4.)** or l'obligation d'allocation serait à charge d'**SOC.2.)** et de son associé-gérant contre lesquels les demandes sont dirigées.

Enfin il résulterait encore des conseils d'administration des 17 mars 2011 et 15 décembre 2011 que la question de la réallocation était régulièrement envisagée.

Le contenu de la note financière versée par les défenderesses est enfin vigoureusement contesté.

En présence des versions diamétralement opposées des plaideurs et de la complexité du litige, le tribunal doit asseoir son analyse sur les éléments dont il dispose, à savoir essentiellement le contrat-cadre signé par les parties et les nombreuses pièces versées en relation avec l'élaboration de ce contrat, ainsi que les actes et décisions de l'associé commandité gérant du fonds pris en exécution du contrat-cadre.

a) Le contrat-cadre signé entre les parties :

Ce contrat-cadre est conclu entre trois parties : les promoteurs A (**SOC.1.)**) et B (**SOC.4.)**) et **SOC.2.)** SCA SICAV FIS.

Après les opérations de transfert d'actions des sociétés liées aux promoteurs respectifs définies à l'article 3.1, suivies des opérations de fusions décrites à l'article 4, le contrat retient que l'Associé-Gérant du fonds va procéder à une réallocation de l'intégralité du patrimoine et notamment des actifs immobiliers détenus par le compartiment de Fusion au compartiment commun, la réallocation définitive décrite à l'article 5 devant être reportée parce que certains compartiments ne respectent pas la politique de financement définie au Mémorandum.

Le caractère transitoire du passage des actifs privatifs dans le compartiment commun est clairement affirmé :

« *suite aux opérations décrites au point 4, le Fonds va procéder à la réallocation définitive du patrimoine de la manière décrite ci-dessous dès que ce transfert est possible dans des conditions qui assurent que tous les compartiments respectent les obligations découlant de la loi, des statuts et du mémorandum privé*. »

Aucune mention, ni réserve n'est faite dans ce contexte de la parité financière.

De même le caractère neutre du passage des actifs privatifs par le compartiment est affirmé avec force :

« *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….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*. »

Là encore, aucune référence n'est faite à la parité des financements !

La première mention de la parité intervient à l'article 5.1.4.

« *Au niveau des compartiments 1 à 3, les Promoteurs visent à établir et ensuite à maintenir une stricte parité en termes d'efforts de financement.*

Les Promoteurs se donnent un délai jusqu'au 31.12.2011 pour faire en sorte que leurs créances allouées ou à allouer aux Compartiment 1 à 3 soient du même niveau. »

Le principe de la parité financière est même étendu au-delà des investissements apportés au Fonds, alors que les promoteurs conviennent d'appliquer le principe de parité décrit ci-avant à toutes les affaires dans lesquelles ils sont co-investisseurs (…), ce qui supposent partant qu'il s'agisse d'actifs communs et non privatifs. (article 5.1.4 alinéa 1er in fine).

L'article 5.2 règle ensuite les conséquences du non-respect par les Promoteurs de cette obligation :

L'alinéa 1 prévoit des intérêts de retard sur les montants dus; l'alinéa 2 prévoit que le Promoteur qui a une dette envers l'autre s'engage à lui accorder un gage premier en rang sur une quotité d'actions détenues dans le fonds, l'alinéa 3 prévoit encore que le Promoteur qui a une dette envers l'autre s'engage à lui céder une quotité de toute somme qu'il aurait à percevoir du Fonds à hauteur des montants redus.

Suit alors l'article 5.3 intitulé « *allocation définitive aux compartiments 1à 5* ».

Ce dernier se réfère expressément aux opérations décrites au point 4 (transferts et fusions) et réaffirme le principe de l'article 4.3 : *« le Fonds va procéder à la réallocation définitive du patrimoine de la manière décrite ci-dessous, dès que ce transfert est possible dans des conditions qui assurent que les compartiments*

respectent les obligations découlant de la loi, des statuts et du mémorandum de placement privé (…)».

Aucune référence, mention ou renvoi n'est fait à l'article 5.1.4 lequel serait pourtant selon les défenderesses la condition sine qua non de la réallocation.

Les termes mêmes de l'article 5.1.4, deuxième alinéa, contredisent encore la thèse des défendeurs, alors qu'on peut y lire: « *Pour éviter tout doute, il est précisé que les créances des Promoteurs qui sont allouées ou à allouer aux compartiments privatifs 4 et 5 en application du présent article 5) ne sont pas à prendre en compte dans l'application du principe énoncé à la présent section 5.1.4.* ».

En ce qui concerne l'article 6 relatif à la coopération et à l'inter-conditionnalité des obligations invoqué par les parties défenderesses, il y a lieu de constater qu'à la différence de l'obligation de coopération visée à l'alinéa 1 qui pèse sur « chacune des Parties », l'inter-conditionnalité telle que définie à l'article 6.2.1 ne vise que les deux Promoteurs !

« *L'exécution de chacune des obligations et de l'ensemble des obligations du Promoteur A en vertu de la présente convention est subordonnée à l'exécution de chacune des obligations et de l'ensemble des obligations du Promoteur B en vertu de la présente convention et vice et versa.*»

Les articles suivants se réfèrent quant à eux de nouveau aux « obligations des Parties ».

Il découle de cette rédaction explicite que l'inter-conditionnalité ne vise que les obligations des Promoteurs A et B.

Le texte du contrat-cadre ne reflète donc aucunement que le rétablissement de la parité des financements entre parties était la condition expresse du retour aux compartiments privatifs des actifs privatifs transférés dans un premier temps du compartiment fusion au compartiment commun.

L'offre de preuve par expertise comptable formulée par les défenderesses tendant à établir le non respect du principe de parité par **SOC.1.)** est partant à rejeter pour ne pas être pertinente.

b) Les indications fournies par les pièces versées :

Si l'on se réfère aux pièces versées par les parties, il résulte de la pièce 19 du demandeur que la question de la parité dans le financement a bien été soulevée par **C.)** dans un mail du 11 novembre 2010 adressé à l'ensemble des personnes impliquées dans l'élaboration du contrat-cadre :

« *Monsieur **B.)** a expressément demandé à ce que la question du retour à parité dans le financement soit traitée. Monsieur **A.)** doit être protégé pour ne pas devoir partager avec **SOC.4.)** une plus-value énorme qui est attendue sous peu sur son patrimoine privatif. Si vous étiez à leur place, vous n'avanceriez pas sans trancher ces questions.* »

Suite à cette prise de position une disposition relative à la parité a été introduite dans la convention-cadre prévoyant dans un premier temps *« que les promoteurs se donnent un délai jusqu'au 31.12.2011 pour faire en sorte que leurs créances allouées ou à allouer aux compartiments 1 à 3 soient du même niveau »* cf. article 5.1.4 pièce 2010-11-16 (a-1) des défendeurs).

Dans une version ultérieure du contrat-cadre, le principe de la parité a, dans un alinéa supplémentaire, été étendu à toutes les affaires dans lesquelles les promoteurs sont co-investisseurs.

Dans cette nouvelle version a été également introduit un point 5.2 intitulé « *garantie, intérêts de retard* » cf. pièce 2010-11-16 (b-1) établissant les sanctions en cas de non-respect du principe de parité.

Les derniers mails échangés entre les rédacteurs du contrat-cadre le mardi 16.11 2010, soit le jour même de son approbation par le conseil d'administration d'**SOC.2.)**, montrent que les parties étaient encore en discussion sur certains articles, dont la clause 8 relative à la durée, M. **C.)** proposant dans l'urgence de supprimer la faculté de résilier sinon d'insérer « *en cas de résiliation de la convention par une partie, les droits que chaque partie a acquis dans le cadre de son exécution restent maintenus. En particulier les garanties données en application de l'article 5 restent maintenues. L'article 5 et les article 1, (à définir) survivront à la résiliation du contrat* ».

Maître Manfred Muller signale quant à lui que le délai de la clause 5.3.4 relatif à la réallocation définitive manque dans le contrat.

Dans la version du contrat-cadre incluse dans le board pack de la réunion du 16 novembre 2010 l'article 8 relatif à la durée est de la teneur suivante :

« *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, étant entendu qu'un tel préavis ne pourra 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 et recours dont elle pourrait se prévaloir en vertu de la présente convention. Les articles 10 et 18 survivront à la présente convention. »

C'est sur base de ce cette version du contrat-cadre que le Conseil d'administration d' **SOC.2.)** délègue tous pouvoirs à deux administrateurs agissant conjointement, soit à un administrateur et Messieurs **E.)** et **F.)** pour faire tout ce qui est nécessaire ou utile en vue de la mise en œuvre des résolutions précédentes, y compris la signature de la Convention-cadre.

Par la suite différents mails sont encore échangés entre Messieurs **C.)**, **G.)** et un représentant de l'étude Seckler sans qu'aucune référence ne soit plus faite au contrat-cadre, lequel est finalement signé en date du 18 novembre 2010 par toutes les parties avec cependant un article 8 d'une teneur différente :

« sans préjudice de ce qui est stipulé à la section 6.2, le présent contrat prendra effet à la date de la signature de la convention et expirera le 31.12 2012, sauf convention contraire des parties. »

Cette modification substantielle du contrat n'est curieusement accompagnée ni précédée d'aucun commentaire.

Il est encore intéressant de noter que l'article 6.2.4 fait toujours référence au *« délai (de résiliation) prévu à la section 8»,* partant nécessairement à la version antérieure de l'article 8 telle qu'elle a été approuvée le 16 novembre 2010, qui est la seule à prévoir un tel délai.

c) Le comportement des parties postérieurement à la signature du contrat-cadre :

Si l'on examine les procès-verbaux du conseil d'administration d'**SOC.2.)** postérieurs à la signature du contrat-cadre, on ne trouve aucune mention d'une date d'expiration du contrat et la question de la réallocation définitive est constamment évoquée.

Ainsi lors du conseil d'administration du 17 mars 2011, le procès-verbal de la réunion renseigne que*: « le Timing du basculement vers les compartiments définitifs a alors été discuté et il a été retenu que ce basculement serait envisagé pour s'effectuer avant la fin 2011. »*

Lors du conseil d'administration du 15 décembre 2011, il résulte du pt 2.4.2 du procès-verbal de la réunion que M. **B.)** rappelle que l'allocation définitive des actifs de la société entre les différents compartiments devra progresser et indique que deux compartiments privatifs devraient être mis en place au premier semestre 2012 après prise en compte des évaluations de fin d'année 2011 et après concertation avec les établissements de crédit.

Enfin dans le procès-verbal de la réunion du conseil du 5.10 2012, sous le point 2.3.5, il est précisé que dans le cadre de la discussion sur les besoins de trésorerie alors que ces derniers sont ventilés par compartiments, un Administrateur est revenu sur la problématique de la répartition des actifs immobiliers de la société (ainsi que du passif y afférent) entre les différents compartiments de cette dernière.

Il a été décidé à l'unanimité des administrateurs que l'affectation devait se faire le plus rapidement possible sur base des comptes arrêtés au 31 décembre 2012 et de l'évaluation de l'expert indépendant arrêtée à la même date, donc forcément au cours de l'année 2013 !

Ceci a fait l'objet de la cinquième résolution du conseil d'administration dont l'exécution est actuellement demandée par les requérants.

Aucune réserve, ni aucune remarque concernant la prétendue expiration du contrat-cadre au 31 décembre 2012, en contradiction avec la décision précitée qui ne peut matériellement être exécutée qu'après cette date, n'est mentionnée audit procès-verbal.

En juillet 2013, le président du conseil d'administration **D.)** évoque les compartiments privatifs, qui n'existent pas encore dans une forme juridique, mais existent dans une

forme virtuelle en comptabilité dans le compartiment 6, retenant qu'il serait utile qu'ils soient créés le plus rapidement possible.

Le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 24 mars 2014 fait apparaître que l'allocation entre les compartiments est bloquée en raison du différend existant entre les actionnaires sur la question de l'impact financier de la latence fiscale.

Il résulte dès lors de l'examen de l'ensemble de ces pièces qu'à aucun moment il n'est fait mention du terme du contrat introduit par ce nouvel article 8, dont aucune des parties ne s'attribue au demeurant la paternité !

Ce n'est que lorsque surgit le différend sur l'impact de la latence fiscale, que suite probablement à une relecture attentive du contrat, **C.)** s'empare de cette nouvelle version de l'article 8 pour soutenir dans un mail du 8 avril 2014 que la convention cadre est expirée et que la division patrimoniale au sein du fonds doit tomber.(cf. pièce no 40 farde II Maître Thieltgen)

Ce mail est suivi d'un courrier recommandé de **A.)** pour **SOC.1.)**, dans lequel celui-ci s'insurge contre cette affirmation contestant toute extinction des obligations des parties.

d) Les conclusions que déduit le tribunal de ces éléments :

Si aux termes de l'article 1134 du Code civil les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites et qu'il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, une clause cesse de l'être et donne matière à interprétation, dès lors qu'il est manifeste qu'elle est contraire au but poursuivi par les contractants (Starck, Roland et Boyer, Droit civil, Obligations 2.Contrat, 3e éd, 1989 no 162).

La clarté apparente d'une clause peut être détruite en considération d'éléments intrinsèques à l'acte ou extrinsèques. L'obscurité ou l'ambiguïté peut résulter des circonstances dans lesquelles l'acte a été passé. (Jurisclasseur civil, Contrats et obligations, Fasc.20, no 82.)

Aux termes de l'article 1156 du Code civil, on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes.

Dès lors qu'il est établi par quelque moyen que ce soit qu'il y a discordance entre la volonté réelle, par hypothèse exprimée, fût-ce tacitement et la formulation écrite ou même orale de cette volonté, la première doit l'emporter (cf. Décision de la Cour d'appel du 18 décembre 2003, numéro 25187 du rôle).

En l'espèce, il résulte des dispositions explicites du contrat-cadre commentées supra que le passage des biens propres dans le compartiment commun devait être transitoire et neutre.

Aucune disposition contractuelle ni aucun mail ou courrier ou procès-verbal d'assemblée ne vient conforter l'argumentaire des parties défenderesses sur le fait,

qu'à défaut d'avoir été réalisée dans un délai donné, la réallocation des biens dans les compartiments privatifs deviendrait lettre morte.

La seule modification de l'article 8 du contrat sur laquelle repose tout l'argumentaire de la partie défenderesse ne saurait justifier une telle interprétation, alors qu'il n'est pas établi au vu des circonstances controversées dans lesquelles elle est intervenue, qu'elle reflète la volonté des parties.

Comme le relèvent les Professeurs Fages et Pillet dans leur avis du 5 novembre 2015, « *de façon générale en droit des obligations, il n'entre pas dans la vocation du terme de réécrire le contrat et d'en inverser l'équilibre. Le terme extinctif ne fait rien d'autre que borner dans le temps l'utilité de l'acte, une utilité qui a trouvé préalablement le temps de se déployer et qui doit demeurer intacte.*»

Ils continuent en écrivant « *qu'on peine à croire que deux promoteurs aussi expérimentés aient pu imaginer que par le simple effet de l'échéance de l'article 8, leurs actifs propres aient vocation à devenir des actifs communs.* » (cf. pièce 63 de Maître Thieltgen consultation rendue par les Professeurs Bertrand Fages et Gilles Pillet).

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'**SOC.2.)** parmi lesquels Messieurs **B.)** et **C.)** s'étaient mis d'accord, « *en approuvant expressément les termes et la signature*». (cf. 1ère résolution du Procès-verbal de la réunion du conseil d'administration d'**SOC.2.)** au 16 novembre 2010.)

Le prétendu accord d'**SOC.4.)** et de **SOC.1.)** 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 privatifs 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 privatifs des actifs communs dans le compartiment commun et à évoquer la nécessité de la réallocation aux compartiments privatifs 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'**SOC.2.)** 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.

SOC.1.) demande en premier lieu l'exécution de la résolution du conseil d'administration d'**SOC.2.)** prise en date du 5 octobre 2012.

SOC.4.) fait plaider dans ce contexte que l'affectation prétendument décidée le 5 octobre 2012 ne s'identifie pas à la réallocation prévue à l'article 5 du contrat-cadre, mais serait une mesure qui aurait été envisagée par le conseil d'administration d'**SOC.3.)** au regard de la situation particulière d'urgence financière dans laquelle se trouvait la société au moment de l'adoption de cette résolution.

La lecture du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration d'**SOC.3.)** agissant en sa qualité d'associé-gérant commandité d'**SOC.2.)** infirme cette analyse, alors que les discussions relatives au projet **X.)** sont clairement séparées et font l'objet d'un point distinct (point 2.3.4) par rapport au point consacré à la situation des besoins de trésorerie (point 2.3.5.) dans le cadre duquel un administrateur est revenu sur la problématique de la réallocation estimant qu'elle devait intervenir le plus rapidement possible.

Ce point a d'ailleurs fait l'objet d'une résolution distincte (5ème résolution) de celle prise dans le contexte du projet **X.)** (3ème résolution).
SOC.4.) fait encore valoir qu'en tout état de cause le fait d'ordonner l'exécution de la résolution du 5 octobre 2012 à l'heure actuelle serait illégal, alors qu'il ne saurait être question de se référer aux comptes arrêtés en date du 31 décembre 2012, ni à l'évaluation de l'expert indépendant arrêtée à la même date; compte tenu des plus-values ou moins-values subies par les actifs, la réallocation devrait nécessairement se faire en fonction de la valeur actuelle, faute de quoi serait méconnu le principe de l'indépendance patrimoniale des compartiments des fonds d'investissements spécialisés, ainsi que le principe de la juste rémunération contrôlé par l'expert indépendant en cas de transfert d'actifs d'un compartiment à un autre défini à la page 6 des suppléments au Mémorandum de Placement Privé visé par la CSSF.

Il est un fait que la résolution du 5 octobre 2012, si elle doit être prise en compte, dans la mesure où elle établit que le conseil d'administration a reconnu que l'affectation des actifs immobiliers entre les différents compartiments devait se faire, ne peut plus être appliquée telle quelle en se référant aux comptes arrêtés au 31 décembre 2012, mais doit se baser sur une situation actualisée.

Le contrat-cadre prévoit de façon précise à l'article 5.3.1 quel actif est attribué à quel compartiment et définit les grands lignes devant régir cette réallocation, prévoyant encore à l'article 5.1.3 que pendant les opérations de transfert chaque promoteur doit bénéficier exclusivement des fruits et assumer exclusivement les risques en relation avec son patrimoine de départ le tout sans préjudice des allocations faites aux compartiments communs 1 à 3.

L'article 5.1 du contrat-cadre retient encore que l'allocation devra se faire dans le respect des contraintes légales et règlementaires, des statuts et du Mémorandum de Placement privé.

Les promoteurs se sont en outre engagés à définir et à appliquer dès que possible un mécanisme de régularisation assurant la réalisation des objectifs annoncés si ceux-ci ne pouvaient être atteints au niveau du fonds et se sont engagés notamment à transférer entre eux des actions de différents compartiments à un prix non basé sur la VNI dans la mesure ou ceci est requis pour assurer le respect des principes énoncés à la section 5, parmi lesquels celui du non enrichissement ni appauvrissement des promoteurs du fait de la transition de leurs actifs propres par le compartiment commun.

L'annexe 4 fournit une illustration chiffrée du principe énoncé à la section 5.1.1 qui devra guider la mise en œuvre de la réallocation.

Au vu de la situation de blocage actuelle du conseil d'administration d'**SOC.3.)** résultant de la parité des administrateurs aux intérêts opposés, la demande de la requérante de voir nommer un administrateur ad hoc en vue de procéder à la réallocation sollicitée est à déclarer fondée.

La requérante en sa qualité d'actionnaire de la société en commandite par actions **SOC.2.)** SICAV FIS est recevable à demander que l'associé gérant **SOC.3.)**, dans l'incapacité d'exécuter le contrat-cadre signé entre parties au vu du blocage précité, soit remplacé par un administrateur ad hoc dans l'exercice de cette mission spécifique.

En effet cette nomination n'entraine aucune ingérence dans le fonctionnement interne de la société **SOC.3.)**.

Cet administrateur ad hoc est à rémunérer par la société en commandite par actions **SOC.2.)** SICAV FIS.

Il n'y a pas lieu de faire droit aux demandes en allocation de procédure, aucune des parties n'ayant établi en quoi il serait inéquitable de laisser à sa charge les frais exposés.

La société **SOC.1.)** demande encore que le présent jugement soit assorti de l'exécution provisoire sans caution, dans la mesure où **SOC.2.)**, sur lequel pèse l'obligation de procéder à la réallocation définitive du patrimoine de la manière décrite à la section 5 du contrat-cadre (cf. article 5.3.1), a d'ores et déjà, par sa résolution du 5 octobre 2012 prise par son associé gérant **SOC.3.)** S.A., reconnu le bien-fondé du principe de la réallocation, seul le conflit au sein du conseil d'administration de ce dernier en ayant empêché l'exécution.

Au vu de cette reconnaissance par **SOC.2.)**, débitrice de l'obligation de réallocation, reconnaissance d'ailleurs réitérée dans les conseils d'administration ultérieurs, comme il résulte des développements ci-dessus, il y a lieu de faire droit à cette demande.

P a r c e s m o t i f s :

Le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, quinzième section, siégeant en matière commerciale, statuant contradictoirement,

ordonne la jonction des demandes inscrites au rôle sous les numéros 169 565, 169 549 et 169 564,

déclare nul l'exploit d'assignation en intervention du 13 mai 2015,

partant **déclare** irrecevable la demande en intervention dirigée contre **B.)**, **C.)** et **D.)**,

reçoit la demande principale et la demande en intervention volontaire en la forme,

déboute A.) de sa demande en intervention,

dit la demande principale fondée pour autant qu'elle tend à voir dire que la commune et réelle intention des parties était de conclure un contrat à durée indéterminée,

dit que le contrat-cadre conclu entre parties dans sa version du 16 novembre 2010 est toujours en vigueur,

nomme Maître Denis PHILIPPE, avocat à la Cour, demeurant professionnellement à L-1330 Luxembourg, 30, boulevard Grande-Duchesse Charlotte, administrateur ad hoc de la SCA SICAV FIS **SOC.2.)** avec la mission de se substituer à son associé-gérant **SOC.3.)** S.A. dans l'exécution du contrat-cadre du 16 novembre 2010 jusqu'à accomplissement de la réallocation définitive du patrimoine absorbé par le fonds aux compartiments 1 à 5 telle que notamment prévue aux articles 4 et 5 dudit contrat-cadre dans le respect des obligations découlant de la loi, des statuts et du mémorandum de placement privé,

dit que la rémunération de l'administrateur ad hoc est à charge de la SCA SICAV FIS **SOC.2.)**,

dit que les parties sont conformément à l'article 5.3.4 du contrat-cadre tenues de collaborer de bonne foi afin que cette réallocation définitive des actifs puisse prendre effet,

déboute la demanderesse du surplus de sa demande,

déboute SOC.1.) et **A.)** de leur demande en allocation d'une indemnité de procédure,

condamne la SCA SICAV FIS **SOC.2.)** aux frais et dépens de l'instance,

ordonne l'exécution provisoire sans caution du présent jugement.