

21 mars 2025

Cour d'appel de Paris

RG n° 24/06346

Pôle 1 - Chambre 8

Texte de la **décision**

Entête

Copies exécutoires RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

délivrées aux parties le : AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 1 - Chambre 8

ARRÊT DU 21 MARS 2025

(n° , 22 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : N° RG 24/06346 - N° Portalis 35L7-V-B7I-CJGIK

Décision déferée à la Cour : Ordonnance du 06 Mars 2024 -Président du TC de PARIS - RG n° 2023042520

APPELANTE

S.A.S. EXANE ASSET MANAGEMENT agissant en la personne de ses représentants légaux domiciliés en cette qualité au siège

[Adresse 1]

[Localité 4]

Représentée par Me Matthieu BOCCON GIBOD de la SELARL LX PARIS-VERSAILLES-REIMS, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477

Ayant pour avocat plaidant Me Jean-Luc LARRIBAU et Me Samuel SAUPHANOR, avocats au barreau de PARIS

INTIMÉES

Société EXANE FUNDS 1, société d'investissement à capital variable de droit luxembourgeois, agissant poursuites et diligences en la personne de son représentant légal ou statutaire domicilié en cette qualité audit siège.

[Adresse 2]

[Localité 6]

Représentée par Me Luca DE MARIA de la SELARL SELARL PELLERIN - DE MARIA - GUERRE, avocat au barreau de PARIS, toque : L0018

Ayant pour avocat plaidant Me Lucie MONGIN-ARCHAMBEAUD, avocat au barreau de PARIS

S.A. NATIXIS, agissant poursuites et diligences de ses représentants légaux, en exercice, domiciliés en cette qualité audit siège social;

[Adresse 3]

[Localité 5]

Représentée par Me Christian VALENTIE, avocat au barreau de PARIS, toque : C2441

Ayant pour avocat plaidant Me Emmanuelle BOURETZ, avocat au barreau de PARIS

COMPOSITION DE LA COUR :

En application des dispositions de l'article 805 du code de procédure civile, l'affaire a été débattue le 13 février 2025, en audience publique, les avocats des parties ne s'y étant pas opposés, devant Florence LAGEMI, Président, chargée du rapport et Marie-Catherine GAFFINEL, Conseiller.

Ces magistrats ont rendu compte des plaidoiries dans le délibéré de la cour, composée de :

Florence LAGEMI, Président,

Marie-Catherine GAFFINEL, Conseiller

Patrick BIROLLEAU, Magistrat honoraire

Greffier, lors des débats : Jeanne BELCOUR

ARRÊT :

- CONTRADICTOIRE

- rendu publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par Florence LAGEMI, Présidente de chambre et par Jeanne BELCOUR, Greffière, présente lors de la mise à disposition.

Exposé du litige

La société Exane Asset Management (ci-après Exane AM) est une société de droit français, dont l'objet est de réaliser des prestations de services de gestion de portefeuilles pour le compte de tiers. Elle exerce une activité réglementée sous le contrôle de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

Elle a conclu avec la SICAV à compartiments de droit luxembourgeois, Exane Funds 1, elle-même soumise au contrôle de l'autorité de régulation financière du Luxembourg, la Commission de surveillance du secteur financier (CSSF), un contrat de gestion et, à ce titre, gère les actifs de cette dernière, en assure l'administration et met en oeuvre la distribution et la commercialisation des actions de la SICAV, sous la supervision et le contrôle de son conseil d'administration.

La société Exane AM, agissant pour le compte de la SICAV et, plus particulièrement, pour les besoins de l'un de ses compartiments, Exane Integrale Fund, a conclu des conventions-cadre ISDA avec une douzaine de contreparties, dont la société Natixis, banque d'investissement française.

La convention-cadre et l'annexe de garantie à ladite convention signées avec la société Natixis, le 10 avril 2018, soumises au droit anglais et relevant des juridictions anglaises, régissaient les transactions portant sur des produits dérivés conclus de gré à gré, soit hors marché réglementé (produits OTC complexes), justifiant, afin de se prémunir contre le risque de défaut de l'une de ces entités financières, des échanges quotidiens d'actifs à titre de garantie, dont le montant était calculé en fonction de la valorisation des produits OTC complexes établie bilatéralement tant par la société Exane AM pour le compte de la SICAV que par la contrepartie, la société Natixis, selon le mécanisme dit de 'l'appel de marge'.

Mi-mars 2020, au début de la crise sanitaire, les valorisations bilatérales des produits OTC complexes ont révélé des désaccords sur les appels de marge estimés par la société Exane AM pour le compte de la société Exane Funds 1 et les contreparties dont la société Natixis, entraînant des défauts de paiement y compris sur les montants non contestés des appels de marge. C'est ainsi qu'entre le 18 et le 23 mars 2020, cinq contreparties, dont la société Natixis, se sont prévaluées de ces défauts de paiement afin d'enclencher la procédure prévue par les conventions-cadre ISDA, conduisant à la résiliation anticipée de l'ensemble des transactions sur les produits OTC complexes et au calcul d'un solde de résiliation, dit soulte de résiliation.

Le 23 mars 2020, la société Natixis a donc notifié sa décision d'enclencher ladite procédure, et la résiliation a pris effet deux jours plus tard.

Le 23 mars 2020, le conseil d'administration de la SICAV a pris la décision de mise en liquidation du compartiment Exane Integrale Fund et a organisé le processus de liquidation, en prévenant la CSSF et demandant à la société Exane AM de procéder à la liquidation des actifs et investissements encore présents dans le compartiment.

Les transactions, qui n'avaient pas fait l'objet de résiliation anticipée et qui restaient à l'actif du compartiment, ont été débouclées jusqu'en octobre 2020 tandis que les contreparties ayant résilié par anticipation les transactions, ont procédé au calcul de la soulte de résiliation et l'ont adressé au compartiment.

C'est ainsi que la société Natixis a calculé le montant de la soulte de résiliation fixée à la somme de 20.806.571 euros, calcul sur lequel des désaccords lui ont été notifiés par la société Exane AM et ses conseils.

Faisant état, notamment, de contestations non étayées des appels de marge émis entre le 10 et le 19 mars 2020, du refus injustifié de règlement des montants non contestés de ces appels de marge, du refus de payer la soulte de

résiliation et de l'absence d'explication sur le caractère prétendument contestable de son montant, de l'opacité entretenue par la société Exane AM en dépit de ses efforts pour instaurer un dialogue, du versement vraisemblable par la SICAV de montants substantiels au titre des appels de marge adressés par d'autres contreparties bancaires à la même période, de l'absence d'information sur l'identité des contreparties, sur l'exposition sous-jacente obtenue par le biais d'opérations sur instruments financiers dérivés et sur le type et le montant des garanties obtenues par le compartiment afin de réduire le risque de contrepartie, et d'une plainte déposée par un actionnaire de la SICAV, le 10 août 2022, pour, notamment, abus de confiance, faux et usage de faux, en raison d'une perte, par la société Exane AM, de 11 millions d'euros et d'un manquement à son mandat de gestion, à l'origine d'une enquête préliminaire, la société Natixis a présenté, le 17 mai 2023, une requête auprès du président du tribunal de commerce de Paris afin d'obtenir une mesure d'instruction sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile.

Elle a ainsi demandé la désignation d'un commissaire de justice afin qu'il soit procédé à une mesure de saisie, dans les locaux de la société Exane AM, des éléments de preuve de nature à conforter et étayer les indices dont elle disposait afin de mettre en lumière :

l'existence et l'étendue du traitement inégalitaire dont elle a fait l'objet en sa qualité de contrepartie aux opérations sur les produits OTC conclues avec le compartiment, pouvant caractériser une faute contractuelle sur le fondement des contrats signés entre les parties, et une faute délictuelle, traitement inégalitaire tant à l'égard des autres contreparties que des actionnaires de la SICAV ;

le comportement frauduleux de la société Exane AM dans le but de ne pas lui régler les sommes qui lui sont dues ;

et ce, pour exercer ultérieurement toute action judiciaire propre à préserver ses intérêts.

Par ordonnance du 13 juin 2023, cette requête a été accueillie et la société [H]-Duhamel, commissaire de justice, a été désignée afin de se rendre au siège de la société Exane AM ou en tout autre lieu où seraient assurées la gestion administrative et/ou l'exploitation de cette société afin de rechercher les éléments relatifs aux :

suspensions de manquements aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de la société Natixis en sa qualité de contrepartie sur les produits OTC, pour les périodes du 1er janvier au 30 juin 2020 et du 10 au 19 mars 2020, à l'aide de mots clés précisés dans l'ordonnance,

suspensions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de la société Natixis dans le cadre du processus de liquidation du compartiment Exane Intégrale Fund de la SICAV Exane Funds 1, à l'aide de mots-clés précisés dans la décision.

Cette mesure a été réalisée les 27 juin, 7 et 11 juillet 2023 au siège de la société Exane AM.

Par acte du 24 juillet 2023, la société Exane AM a assigné la société Natixis devant le juge des référés du tribunal de commerce de Paris en rétractation de l'ordonnance susvisée et restitution des documents saisis.

La société Exane Funds 1 est intervenue volontairement à l'instance aux fins d'annulation du procès-verbal dressé par Maître [H] à l'issue de la mesure d'instruction pratiquée et de rétractation de l'ordonnance sur requête du 13 juin 2023.

Par ordonnance contradictoire du 6 mars 2024, le premier juge a :

accueilli l'intervention volontaire de la société de droit luxembourgeois Exane Funds 1 à la procédure ;

rejeté la demande in limine litis de cette société d'annulation du procès-verbal dressé à l'issue des mesures d'instruction pratiquées au sein de la société Exane AM et de rétractation de l'ordonnance rendue le 13 juin 2023 ;

rétracté partiellement l'ordonnance du 13 juin 2023 et supprimé les dispositions du point '1.a' ("quant aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis en sa qualité de contrepartie sur les produits OTC pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2020 inclus ") ;

rétracté partiellement l'ordonnance du 13 juin 2023 et supprimé les dispositions du point '1.b' (" quant aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis en sa qualité de contrepartie sur les produits OTC pour la période du 10 au 19 mars 2020 inclus ") ;

rétracté partiellement l'ordonnance du 13 juin 2023 et modifié les dispositions du point '2' (" quant aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis dans le cadre du processus de liquidation du compartiment Exane Integrale Fund de la SICAV de droit luxembourgeois Exane Funds 1 ") en supprimant les mots 'Exane Funds 1', 'Exane Funds' ou 'Funds 1' de la troisième clef de tri, de sorte que celle-ci devient : "et contenant les mots-clés suivants, en majuscules ou en minuscules, au singulier ou au pluriel : " Intégrale " ou " Intégral " ;

ordonné au commissaire de justice séquestre et à son expert de faire, à partir des fichiers saisis, un nouveau tri conformément aux rétractations partielles définies ci-dessus ;

ordonné au commissaire de justice séquestre et à son expert de faire, à partir des éléments issus de ce nouveau tri, un tri supplémentaire ayant pour but de supprimer les doublons, chaque pièce issue des nouvelles opérations de tri étant identifiée par une numérotation distincte ;

ordonné au commissaire de justice séquestre de dresser procès-verbal de ces nouvelles opérations de tri, donnant le nombre et le type des éléments issus de ces nouvelles opérations de tri, et d'en donner copie au tribunal ainsi qu'aux parties ;

dit que l'opération de levée de séquestre des pièces obtenues suite aux nouvelles opérations de tri doit être engagée selon la procédure ci-après même s'il est fait appel de la décision tout en préservant les intérêts du requis jusqu'à la décision d'appel ;

dit que la levée de séquestre des pièces obtenues suite aux nouvelles opérations de tri doit se faire conformément aux articles R.153-3 à R.153-8 du code de commerce ;

dit que la procédure de levée de séquestre sera la suivante :

il est demandé aux sociétés Exane AM et Exane Funds 1 de faire un tri sur les fichiers des pièces séquestrées et issues des nouvelles opérations de tri en trois catégories :

- Catégorie " A " les pièces qui pourront être communiquées sans examen ;

- Catégorie " B " les pièces qui sont concernées par le secret des affaires et que les requis refusent de communiquer ;
- Catégorie " C " les pièces que les requis refusent de communiquer mais qui ne sont pas concernées par le secret des affaires ;

dit que ce tri où chaque pièce sera identifiée par une numérotation distincte, sera communiqué au commissaire de justice séquestre, pour un contrôle de cohérence avec le fichier issu des nouvelles opérations de tri ;

dit que pour les pièces concernées par le secret des affaires, les requis, conformément aux articles R.153-3 à R.153-8 du code de commerce, communiqueront au président 'un mémoire précisant, pour chaque information ou partie de la pièce en cause, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires' ;

fixé le calendrier suivant : communication au commissaire de justice séquestre et au président, des tris des fichiers demandés avant le 13 juin 2024 ;

renvoyé l'affaire, après contrôle de cohérence par l'huissier, à l'audience du 20 juin 2024 à 14 h 30 pour la réalisation de la levée de séquestre ;

dit que la société [H]-Duhamel, en qualité de séquestre, ne pourra procéder à la libération des éléments susvisés entre les mains de la société Natixis et/ou à la destruction des pièces communicables, qu'après que tous les délais d'appel seront expirés et décision d'appel éventuelle ; que dans cette attente la société [H]-Duhamel, en qualité de séquestre, conservera l'ensemble des pièces ;

rejeté la demande d'amende civile formée à l'encontre de la société Exane AM et de la société Exane Funds 1 pour attitude dilatoire ;

condamné in solidum la société Exane AM et la société Exane Funds 1 à payer à la société Natixis la somme de 15.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile, rejeté pour le surplus ;

rejeté toutes demandes plus amples ou contraires des parties ;

condamné la société Exane AM aux dépens de l'instance.

La procédure de tri est toujours pendante devant le premier juge.

Par déclaration du 27 mars 2024, la société Exane AM a relevé appel de cette décision en ce qu'elle n'a pas prononcé la rétractation en son intégralité de l'ordonnance du 13 juin 2023, en ce qu'elle a organisé la procédure de tri en vue de la levée du séquestre et l'a condamnée aux dépens et au paiement d'une indemnité sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile (instance enregistrée sous le n° RG 24/06346).

Par déclaration du 31 mai 2024, la société Exane Funds 1 a également relevé appel de l'ordonnance du 6 mars 2024 en critiquant ses dispositions ayant rejeté sa demande en annulation du procès-verbal dressé à l'issue de l'exécution de la mesure d'instruction et en rétractation de l'intégralité de l'ordonnance sur requête du 13 juin 2023, ainsi que celles ayant rétracté partiellement ladite ordonnance, organisé la procédure de tri selon les modalités définies et prononcé sa condamnation au titre de l'article 700 du code de procédure civile (instance enregistrée sous le n°RG 24/10190).

Les instances enregistrées sous les numéros RG 24/06346 et 24/10190 ont été jointes par ordonnance du 12 septembre 2024.

Dans ses dernières conclusions remises et notifiées le 22 janvier 2025, la société Exane AM demande à la cour de :

déclarer son appel recevable et bien fondé ;

y faisant droit,

infirmier l'ordonnance entreprise en ce qu'elle n'a pas fait droit à toutes ses demandes tendant, notamment, à la rétractation de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance sur requête rendue le 13 juin 2023, et en ce qu'elle a statué sur les chefs critiqués dont elle a relevé appel ;

confirmer l'ordonnance en ce qu'elle a accueilli l'intervention volontaire de la société Exane Funds 1 à la procédure et rejeté la demande d'amende civile ;

statuant à nouveau et y ajoutant,

déclarer que la société Natixis n'a pas justifié de circonstances précises et concrètes de nature à légitimer la dérogation au principe de la contradiction ;

déclarer que les mesures d'instruction in futurum sollicitées par la société Natixis ne reposaient sur aucun motif légitime ;

déclarer que les mesures d'instruction in futurum sollicitées par la société Natixis ne constituaient pas des mesures légalement admissibles ;

en conséquence :

ordonner la rétractation dans l'ensemble de ses dispositions de l'ordonnance sur requête n° 2023026868 rendue le 13 juin 2023 ;

juger nuls et non avens tous les actes accomplis en exécution de cette ordonnance ;

faire interdiction à la société Natixis d'utiliser, à quelque fin que ce soit et devant quelque juridiction que ce soit, le procès-verbal de constat du commissaire de justice dressé en vertu des ordonnances ainsi que les pièces et informations recueillies par le commissaire de justice ;

ordonner la restitution de tous documents appréhendés en exécution de l'ordonnance n° 2023026868 rendue le 13 juin 2023 ;

ordonner la destruction de toute copie des documents détenue par le commissaire de justice ;

débouter la société Natixis de son appel incident et de l'ensemble de ses demandes ;

condamner la société Natixis à lui verser la somme de 50.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile et aux dépens de première instance et d'appel.

Dans ses dernières conclusions remises et notifiées le 12 décembre 2024, la société Exane Funds 1 demande à la cour de :

déclarer son appel recevable et bien fondé ;

y faisant droit,

infirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle n'a pas fait droit à toutes ses demandes tendant à la rétractation dans l'ensemble de ses dispositions de l'ordonnance sur requête rendue le 13 juin 2023 et en ce qu'elle a organisé la procédure de tri selon les modalités qu'elle a fixées, prononcé sa condamnation in solidum avec la société Exane AM à payer à la société Natixis la somme de 15.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile et rejeté toutes ses demandes plus amples ou contraires ;

confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a accueilli son intervention volontaire à la procédure et rejeté la demande d'amende civile ;

Statuant à nouveau et y ajoutant,

in limine litis,

annuler le procès-verbal dressé par Maître [H] à l'issue des mesures d'instruction pratiquées au sein de la société Exane AM sur le fondement de l'ordonnance n°2023026868, faute pour la société Natixis de lui avoir signifié la requête déposée le 17 mai 2023 et l'ordonnance sur requête rendue le 13 juin 2023 ;

en conséquence,

rétracter l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 dans l'ensemble de ses dispositions ;

juger nuls et non avendus tous les actes accomplis en exécution de cette ordonnance ;

faire interdiction à la société Natixis d'utiliser, à quelque fin que ce soit et devant quelque juridiction que ce soit, le procès-verbal de constat du commissaire de justice dressé en vertu des ordonnances ainsi que les pièces et informations recueillies par le commissaire de justice ;

ordonner la restitution de tous documents appréhendés en exécution de l'ordonnance rendue le 13 juin 2023 ;

ordonner la destruction de toute copie des documents détenus par le commissaire de justice ;

débouter la société Natixis de son appel incident et de l'ensemble de ses demandes ;

condamner la société Natixis à lui verser la somme de 30.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de première instance et d'appel ;

à titre subsidiaire,

juger que la société Natixis n'a pas justifié de circonstances précises et concrètes de nature à légitimer la dérogation au principe de la contradiction ;

juger que les mesures d'instruction in futurum sollicitées par la société Natixis ne reposaient sur aucun motif légitime et ne constituaient pas des mesures légalement admissibles ;

rejeter la demande de mesure d'instruction de la société Natixis et juger n'y avoir lieu au prononcé d'une telle mesure ;

en conséquence,

rétracter l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 dans l'ensemble de ses dispositions ;

juger nuls et nonavenus tous les actes accomplis en exécution de cette ordonnance ;

faire interdiction à la société Natixis d'utiliser, à quelque fin que ce soit et devant quelque juridiction que ce soit, le procès-verbal de constat du commissaire de justice dressé en vertu des ordonnances ainsi que les pièces et informations recueillies par le commissaire de justice ;

ordonner la restitution de tous documents appréhendés en exécution de l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 ;

ordonner la destruction de toute copie des documents détenus par le commissaire de justice ;

débouter la société Natixis de son appel incident et de l'ensemble de ses demandes ;

condamner la société Natixis à lui verser la somme de 30.000 euros au titre des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens de première instance et d'appel ;

En tout état de cause :

rejeter l'appel incident de la société Natixis ;

confirmer l'ordonnance rendue le 6 mars 2024 en ce qu'elle a :

rétracté partiellement l'ordonnance du 13 juin 2023 et supprimé les dispositions du point '1.a' ('quant aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis en sa qualité de contrepartie sur les produits OTC pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2020 inclus') ;

rétracté partiellement l'ordonnance du 13 juin 2023 et supprimé les dispositions du point '1.b' ('quant aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis en sa qualité de contrepartie sur les produits OTC pour la période du 10 au 19 mars 2020 inclus');

rétracté partiellement l'ordonnance du 13 juin 2023 et modifié les dispositions du point '2' ('quant aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis dans le cadre du processus de liquidation du compartiment Exane Intégrale Fund de la SICAV de droit luxembourgeois Exane Funds 1') en supprimant les mots 'Exane Funds 1', 'Exane Funds', ou 'Funds 1' de la troisième clé de tri, de sorte que celle-ci devient :

'et contenant les mots-clés suivants, en majuscules ou en minuscules, au singulier ou au pluriel : 'Intégrale' ou 'Intégral'.

Dans ses dernières conclusions remises et notifiées le 22 janvier 2025, la société Natixis demande à la cour de :

constater que les circonstances de l'espèce justifiaient de déroger au principe de la contradiction et, ainsi, de procéder par voie de requête ; qu'elle ne s'est rendue coupable d'aucune déloyauté dans sa requête ; que les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 font état d'échanges couverts par la règle de droit anglais du 'without prejudice' ; qu'elle a fait état de motifs légitimes justifiant le recours à la mesure d'instruction sollicitée en ce que les actions au fond envisagées ne sont pas manifestement vouées à l'échec et en ce que la mesure sollicitée est utile au regard de ces actions ; que la mesure d'instruction sollicitée était légalement admissible et que le comportement des sociétés Exane AM et Exane Funds 1 est éminemment dilatoire ;

en conséquence,

confirmer l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a fait droit à sa demande de désignation d'un commissaire de justice avec pour mission d'appréhender les échanges intervenus entre la société Exane AM et les autres contreparties du compartiment Exane Intégrale Fund concernant la mise en liquidation dudit compartiment et son traitement dans le cadre de ce processus de liquidation entre le 17 mars 2020 et la date d'exécution de la mesure (Mission 2), et en ce qu'elle a rejeté la demande in limine litis de la société Exane Funds 1 d'annulation du procès-verbal dressé à l'issue des mesures d'instruction pratiquées dans les locaux de la société Exane AM ;

au titre de son appel incident

le déclarer recevable ;

infirmier l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a rétracté l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 ayant désigné un commissaire de justice avec pour mission d'appréhender les échanges internes à la société Exane AM concernant le traitement par cette dernière des appels de marges qu'elle lui a adressés sur la période du 1er janvier au 30 juin 2020 (Mission 1A), ainsi que les fichiers de valorisation de la société Exane AM concernant les produits OTC faisant l'objet de transactions entre la société Exane Funds 1 et elle-même sur la période du 10 au 19 mars 2020 (Mission 1B) ;

en tout état de cause

ordonner la mainlevée totale du séquestre ordonné dans les conditions prévues aux articles R. 153- 3 à R. 153-10 du

code de commerce ;

relever dans son arrêt à intervenir que les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 ont fait état de documents couverts par la règle de droit anglais du 'without prejudice' ;

rejeter pour le surplus toutes les demandes des sociétés Exane AM et Exane Funds1;

condamner les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 à lui verser, chacune, la somme de 300.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

condamner les sociétés Exane AM et Exane Funds 1, chacune, à une amende civile de 3.000 euros pour attitude dilatoire ;

condamner les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 aux entiers dépens.

La clôture de la procédure a été prononcée le 29 janvier 2025.

Pour un exposé plus détaillé des faits, de la procédure, des moyens et prétentions des parties, la cour renvoie expressément à la décision déferée ainsi qu'aux conclusions susvisées, conformément aux dispositions de l'article 455 du code de procédure civile.

Motivation

SUR CE, LA COUR

La cour rappelle à titre liminaire, qu'elle n'est tenue de statuer que sur les demandes qui constituent une prétention au sens de l'article 4 du code de procédure civile de sorte que les demandes tendant à 'relever' ou 'constater', qui ne sont pas susceptibles d'emporter des conséquences juridiques et ne portent que sur des moyens, ne donneront lieu à aucune mention au dispositif.

La recevabilité de l'intervention volontaire de la société Exane Funds 1 en première instance n'étant pas discutée à hauteur de cour, il ne sera plus statué sur celle-ci.

Sur la rétractation de l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023

Sur l'absence de notification à la société Exane Funds 1 de la requête et de l'ordonnance du 13 juin 2023

La société Exane Funds 1 invoque l'absence de notification de la requête et de l'ordonnance du 13 juin 2023 alors qu'elle était concernée par la mesure d'instruction ordonnée et que les documents saisis lui appartiennent. Elle en conclut que le procès-verbal de saisie est nul et que l'ordonnance doit être rétractée.

Selon l'article 495, alinéas 2 et 3, du code de procédure civile, l'ordonnance sur requête est exécutoire au seul vu de la minute. Copie de la requête et de l'ordonnance est laissée à la personne à laquelle elle est opposée.

L'alinéa 3 de ce texte a pour seule finalité de permettre le rétablissement du principe de la contradiction en portant à la connaissance de celui qui subit la mesure ordonnée à son insu ce qui a déterminé la décision du juge, et d'appréhender l'opportunité d'un éventuel recours.

Il est par ailleurs acquis que la règle de la remise de la copie de la requête et de l'ordonnance ne s'applique qu'à la personne qui supporte l'exécution de la mesure, qu'elle soit ou non défendeur au procès potentiel.

En l'espèce, l'ordonnance du 13 juin 2023 et la requête ont été notifiées à la seule société Exane AM dans les locaux de laquelle la mesure d'instruction devait être exécutée. La remise de ces actes de procédure a donc été effectuée dans les conditions de l'article 495 alinéa 3 à l'égard de la société Exane AM qui, tenue de répondre à la demande qui lui était ainsi faite, doit être considérée comme supportant l'exécution de la mesure.

L'absence de remise de ces actes à la société Exane Funds 1, qui ne peut être considérée au sens de ce texte comme la personne à laquelle l'ordonnance est opposée, même si, en tant que personne intéressée, elle peut en référer au juge qui l'a rendue pour en obtenir la rétractation, est dès lors sans incidence et ne peut permettre d'entraîner l'annulation du procès-verbal établi à l'issue de la mesure d'instruction et la rétractation de l'ordonnance sur requête.

Dans ces conditions, aucune violation de l'article 495 du code de procédure civile ne pouvant être retenue, il n'y a pas lieu à annulation du procès-verbal dressé par le commissaire de justice à l'issue de l'exécution de la mesure d'instruction et à rétractation de ce chef de l'ordonnance du 13 juin 2023. L'ordonnance entreprise sera donc confirmée sur ce point.

Sur la déloyauté de la société Natixis dans la présentation de la requête

Les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 soutiennent que la société Natixis a, dans la requête, procédé à une présentation déloyale des faits en taisant l'ensemble des échanges qu'elle avait eus avec la société Exane AM, agissant pour le compte de la SICAV, lui permettant d'invoquer une opacité entretenue par cette dernière et d'obtenir de manière déloyale l'ordonnance critiquée. Ces sociétés indiquent ainsi que la société Natixis a fait preuve d'une déloyauté à l'égard du juge des requêtes, d'autant plus grave que la procédure était non contradictoire, devant conduire à la rétractation de l'ordonnance du 13 juin 2023.

Cependant, il n'existe pas, au stade de la requête non contradictoire, de devoir de loyauté du requérant dans la présentation des faits, le juge devant apprécier les mérites de la requête au regard des seules conditions posées par l'article 145 du code de procédure civile.

Il n'y a dès lors pas lieu à rétractation de ce chef.

Sur les conditions de l'article 145 du code de procédure civile

Les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 invoquent l'absence de motif légitime pouvant justifier la mesure ordonnée et de dérogation au principe de la contradiction et font état de son caractère non légalement admissible.

Aux termes de l'article 145 du code de procédure civile, s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé.

Pour ordonner une mesure d'instruction en application de ce texte, le juge des référés ou des requêtes doit constater l'existence d'un procès 'en germe', possible et non manifestement voué à l'échec, dont la solution peut dépendre de la mesure d'instruction sollicitée, sans qu'il lui appartienne de statuer sur le bien-fondé de l'action au fond susceptible d'être ultérieurement engagée.

Le recours à une mesure d'instruction sur le fondement de ce texte ne requiert pas de commencement de preuve, la mesure ayant précisément pour objet de rechercher et établir les preuves en vue d'un procès futur. Le requérant doit seulement justifier d'éléments rendant plausibles ses suppositions.

Le juge des requêtes doit également rechercher si la mesure sollicitée exigeait une dérogation au principe de la contradiction. Les circonstances justifiant cette dérogation doivent être caractérisées dans la requête ou l'ordonnance qui y fait droit.

Enfin, il doit s'assurer que la mesure d'investigation ordonnée est proportionnée au regard des objectifs annoncés par le requérant.

Sur le motif légitime

La mesure d'instruction a été ordonnée afin de rechercher, pour fonder une future action en responsabilité contractuelle ou délictuelle, des éléments de preuve permettant d'établir les suspicions de la société Natixis portant :

d'une part, sur des manquements aux obligations contractuelles et un traitement inéquitable et déloyal dont elle aurait fait l'objet, en qualité de contrepartie, sur les produits OTC, sur la période comprise entre le 1er janvier et le 30 juin 2020, et, plus particulièrement entre le 10 et le 19 mars 2020 ;

d'autre part, sur des manquements aux obligations contractuelles et un traitement inéquitable et déloyal dont elle aurait fait l'objet dans le cadre du processus de liquidation du compartiment Exane Integrale Fund de la SICAV Exane Funds 1.

Aux termes de la requête, la société Natixis a soutenu, que dans le contexte de crise engendrée par la pandémie de Covid-19 sur les marchés financiers, le compartiment, investi dans des produits OTC, a été fortement touché, que les valorisations établies ont été en décalage avec les contre-valorisations effectuées par la société Exane AM, bien qu'elle ne les lui ait jamais communiquées, de sorte que les actifs du compartiment sont devenus insuffisants pour honorer les appels de marge. Elle indiquait que les écarts de valorisation ont donné lieu à des précontentieux, qui, de manière incompréhensible, n'ont pas fait l'objet de provisions dans les comptes de la SICAV au titre des exercices clôturés au 31 décembre 2020 et 2021. Elle précisait que le 17 mars 2020, le conseil d'administration de la SICAV a pris la décision de suspendre le calcul et la publication de la valeur nette liquidative du compartiment, puis qu'il a décidé de procéder à sa liquidation, le 23 mars 2020, sans l'en informer préalablement ni même postérieurement à cette prise de décision, puisqu'elle n'en a été avisée que le 29 avril 2020.

Elle expliquait, s'agissant du non-paiement des appels de marge qu'elle a émis entre les 10 et 19 mars 2020, du fait d'une augmentation en sa faveur de la valeur de marché des transactions, que ces derniers ont été partiellement contestés par la société Exane AM et non payés y compris pour les montants non contestés, alors qu'elle lui avait réglé, le 12 mars 2020, la somme de 2.400.000 USD après avoir, à sa demande, dénoué une opération de manière anticipée.

Elle précisait que ce défaut de paiement l'avait conduite, le 23 mars 2020, jour de la mise en liquidation du compartiment, qu'elle ignorait, à adresser à Exane AM une 'notice of failure to pay', restée sans effet, de sorte qu'elle a procédé à la résiliation de l'ensemble des transactions, le 25 mars suivant, et à la détermination, puis à la notification de la solde de résiliation réclamée à hauteur de 20.806.571 euros, le 13 avril 2020, dont le calcul a été contesté, de manière injustifiée, le 27 avril suivant, puis à nouveau en juin et août 2020 et ce de manière dilatoire, avant qu'une dernière relance de son conseil anglais ne soit effectuée le 3 septembre 2020.

Enfin, elle ajoutait avoir appris, en octobre 2022, par voie de presse, qu'une plainte avait été déposée par un actionnaire de la SICAV pour des faits d'abus de confiance, faux et usage de faux, diffusion d'informations fausses ou trompeuses et introduction de données dans un système de traitement automatisé au sujet d'un ordre de rachat de parts, le 12 mars 2020, partiellement honoré.

Elle concluait donc, que la société Exane AM a entretenu, à son égard, une grande opacité et qu'elle disposait d'indices lui permettant de suspecter des fautes commises tant par la société Exane AM que la SICAV en raison du comportement déloyal adopté et de la différence de traitement dont elle avait fait l'objet par rapport aux autres contreparties et aux actionnaires en excipant des montants substantiels versés à ces dernières au titre de leurs appels de marge, du rachat de parts réalisé auprès d'actionnaires de la SICAV et de l'absence totale de transparence de la société de gestion, incapable de lui fournir des explications sur le montant prétendument erroné de la soulte de résiliation ou des informations sur l'avancée du processus de liquidation.

La société Natixis entend donc rechercher la responsabilité contractuelle et/ou délictuelle des sociétés Exane AM et Exane Funds 1, ainsi qu'elle l'avait indiqué dans la requête et qu'elle l'explique dans ses conclusions sans que les précisions apportées dans celles-ci puissent de ce chef encourir la critique, en soupçonnant avoir fait l'objet, tant avant qu'après la liquidation du compartiment, d'un traitement inégalitaire par rapport aux autres contreparties et aux actionnaires.

Les éléments développés par la société Natixis et les pièces produites à l'appui de la requête permettent de retenir que les appels de marge émis par cette dernière n'ont plus été payés à compter du 10 mars 2020 y compris pour la partie ne faisant pas l'objet de contestation, puis que la soulte de résiliation n'a pas davantage été honorée alors que la société Natixis indique, sans être contredite, que les critiques n'ont porté que sur 40 % de son montant.

Le défaut de paiement que la société Exane AM explique par un 'stress de trésorerie' interroge dans la mesure où, si les difficultés du compartiment ne sont a priori pas contestables dès lors que sa liquidation a été validée par la CSSF, il n'est pas démontré par l'appelante et la société Exane Funds 1 qu'à la date de l'émission des appels de marge litigieux, le compartiment ne disposait pas de fonds suffisants pour procéder à un paiement du moins partiel des sommes réclamées.

A cet égard, il est, notamment, relevé que :

les appels de marge en faveur de Natixis, émis par cette dernière, se sont succédés entre le 10 mars et le 19 mars 2020 (le 10 mars : 1.860.000 euros, le 11 mars : 1.560.000 euros, le 12 mars : 1.600.000 euros, le 13 mars : 7.500.000 euros, le 16 mars, 10.510.000 euros, le 17 mars : 15.130.000 euros, le 18 mars : 14.430.000 euros, le 19 mars : 17.260.000 euros) ;

le 16 mars 2020, à la suite d'échanges entre les sociétés Natixis et Exane AM intervenus entre le 13 et le 16 mars, celle-ci a admis devoir la somme de 2.800.000 euros sur l'appel de marge du 13 mars ;

la société Exane AM admettait encore devoir à la société Natixis, le 18 mars 2020, la somme de 6.870.000 euros et le 19 mars 2020, celle de 9.687.359 euros (pièce jointe à la requête - pièce 0.14 de Exane AM non contestée par cette dernière) ;

nul ne conteste qu'aucun paiement n'est intervenu.

Il est par ailleurs observé que la société Natixis indique, sans être contredite, avoir réglé à la société Exane AM, le 12 mars 2020, la somme de 2.400.000 dollars, après avoir dénoué, à sa demande, une opération de manière anticipée, de sorte que celle-ci disposait, à cette date, de ces fonds.

Dans le même temps, la société Exane AM ne conteste pas avoir honoré, le 12 mars 2020, un ordre de rachat d'un actionnaire à hauteur de 6,15 millions d'euros alors que la société Natixis était prioritaire sur celui-ci. C'est vainement que la société Exane AM prétend, dans ses conclusions, qu'elle n'était débitrice d'aucune obligation envers la société Natixis avant le 16 mars 2020 alors que les appels de marge produits démontrent que dès le 10 mars 2020, elle avait connaissance des sommes réclamées par l'intimée, même si elle en contestait les montants et que les parties échangeaient sur ce point ainsi qu'il résulte des mails des 10 et 11 mars 2020 (pièces 16 de la requête et 29 de la société Exane AM) de sorte que lors du paiement intervenu au profit de son actionnaire, il n'est nullement établi, à ce stade, que la SICAV n'était débitrice d'aucune somme envers la société Natixis.

Il est encore soutenu par la société Natixis que la société Exane AM a refusé de communiquer ses fichiers de valorisation empêchant ainsi une éventuelle réconciliation des positions.

S'il est désormais acquis que les parties ont échangé dès mars 2020 et, en particulier, postérieurement au 3 septembre 2020, la confidentialité du contenu de la plupart de leurs échanges ne permet pas d'affirmer que la société Natixis a disposé des fichiers de valorisation. A cet égard, la société Natixis cite, dans ses conclusions, un mail qu'elle a envoyé le 10 décembre 2020, compris dans un échange de mails (pièce 20 de la société Exane AM) dans lequel elle indiquait '(...) Nous attendons de recevoir votre fichier de valorisation pour regarder plus en détails vos calculs et essayer de trouver des solutions pour converger vers un close-out amount de manière amiable', qui n'a manifestement pas été trouvé à ce jour de sorte que rien n'est établi, contrairement à ce que prétend la société Exane AM, qu'elle a satisfait aux demandes de Natixis et démontre, en tout état de cause, qu'en décembre 2020, les éléments propres à justifier les contestations des appels de marge émises en mars 2020 n'avaient toujours pas été produits.

Au surplus, la société Natixis fait observer, également sans être contredite, qu'au moins 83 millions d'euros ont été versés par la SICAV, sur l'exercice 2020, en réponse à des appels de marge de certaines de ses contreparties alors qu'elle n'a pas reçu de paiement pas même sur la partie non contestée de ses appels de marge émis pendant la période

litigieuse. Elle indique en outre qu'au cours de l'année 2019, les sommes versées par la SICAV en réponse à des appels de marge de certaines contreparties, listées dans le rapport annuel clos au 31 décembre 2019 et dont le montant reçu par chacune d'elles est précisé, s'élevaient à environ 25 millions d'euros. La cour relève qu'aucune explication n'a été fournie sur ce point par la société Exane AM.

La soulte de résiliation, calculée par la société Natixis à hauteur de 20.806.571 euros et en partie non contestée, n'a pas davantage été réglée à cette dernière.

Il est relevé à la lecture du rapport d'audit joint au rapport annuel de la SICAV, établi au 31 décembre 2020, que les états financiers du compartiment Exane Intégrale Funds n'ont pu être validés par le commissaire aux comptes pour cet exercice en raison de situations de précontentieux avec les contreparties de produits dérivés négociés de gré à gré détenus par le compartiment avant sa mise en liquidation, d'un défaut d'éléments probants et de l'absence d'enregistrement de provisions dans les comptes du compartiment afin de couvrir le montant des soultes de résiliation des transactions OTC résiliées de manière anticipée, ce dernier point étant de nature à interroger sur la gestion comptable et financière de ce compartiment.

Par ailleurs, il est constant que la société Natixis n'a été informée de la liquidation du compartiment que le 29 avril 2020, alors que la société Exane AM indique qu'elle ne pouvait informer les actionnaires et les tiers avant la validation de cette décision par la CSSF intervenue le 1er avril 2020. Dans ce contexte de non-paiement des sommes dues à la société Natixis, la tardiveté de cette information interroge.

Enfin, la société Exane AM opère une distinction entre les contreparties ayant résilié de manière anticipée les transactions OTC avant la mise en liquidation du compartiment et ayant, de ce fait, perdu la qualité de contrepartie, et celles n'ayant pas procédé à une telle résiliation et ayant poursuivi leurs relations afin de parvenir à un débouclage des positions dans le cadre du processus de liquidation. Elle affirme que le débouclage des transactions de produits OTC complexes non résiliées doit normalement intervenir préalablement au paiement de la soulte de résiliation dont seraient créancières les anciennes contreparties.

Or, l'usage de cette pratique n'est nullement justifié. La résiliation à laquelle a procédé la société Natixis, le 25 mars 2020, lui ayant fait perdre la qualité de contrepartie, ne lui a pas pour autant fait perdre celle de créancier disposant à ce titre d'un droit au paiement des sommes qui lui sont dues et d'une information sur la situation du compartiment.

Le rapport annuel de l'exercice clos au 31 décembre 2020 ne contient pas d'informations pour le compartiment Exane Intégrale Funds sur l'identité des contreparties, l'exposition sous-jacente, le type et le montant des garanties.

La société Exane AM explique ce défaut d'information par le fait que le compartiment n'avait plus d'activité au 31 décembre 2020 puisque les transactions de produits OTC complexes, non résiliées, avaient été débouclées et que les contreparties ayant résilié de manière anticipée les transactions n'étaient plus porteuses de risque de marché de sorte qu'elle n'était plus tenue de les mentionner dans le rapport annuel.

Mais, la société Natixis fait observer à raison que les contreparties ayant résilié leurs transactions OTC sont des créanciers prioritaires par rapport aux actionnaires de la SICAV à hauteur des soultes de résiliation et que ces éléments devaient être connus. Au surplus, s'agissant d'un rapport annuel, portant donc sur l'intégralité de l'année, et de l'état d'un compartiment en liquidation dont les actifs ont considérablement chuté en 2020, les explications de la société Exane AM n'apparaissent pas pouvoir lever les doutes émis par la société Natixis. La cour relève encore, dans le rapport du conseil d'administration de l'exercice 2020, qu'il était fait état d'un 'degré élevé d'incertitude quant à l'issue du processus de règlement des situations précontentieuses avec les contreparties concernées' (c'est à dire celles ayant, comme la société Natixis, procédé à la résiliation anticipée) 'par conséquent, le risque existe que le compartiment se retrouve dans une situation dans laquelle son actif deviendrait définitivement insuffisant pour permettre des distributions au profit des porteurs de parts. Les actionnaires pourraient perdre alors la totalité des sommes investies'.

Si les éléments qui précèdent et les pièces produites ne permettent pas d'établir le traitement inégalitaire dont aurait fait l'objet la société Natixis tant avant qu'après la mise en liquidation du compartiment et sont donc insuffisants pour fonder une action en responsabilité contre les sociétés Exane AM et Exane Funds 1, ils justifient néanmoins les interrogations de la société Natixis et le souci légitime de vérifier qu'il n'a pas été porté atteinte à ses droits par des paiements effectués prioritairement à des contreparties et/ou actionnaires à son détriment, alors au surplus qu'aucune provision n'a été enregistrée dans les comptes du compartiment pour répondre des obligations de la SICAV.

Il convient en effet de rappeler :

que la société Natixis n'a pas, dans cette procédure, à démontrer la réalité des fautes soupçonnées dès lors que la mesure d'instruction sollicitée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile a pour finalité de les établir,

qu'elle n'a pas davantage à invoquer les fondements juridiques de sa future action mais doit seulement justifier d'éléments rendant plausibles ses suppositions quant à un traitement inégalitaire dont elle aurait fait l'objet ayant abouti à un défaut de paiement des sommes qui lui sont dues, susceptible, s'il était établi, de constituer une faute de la SICAV et de sa société de gestion,

et qu'il n'appartient pas au juge de la rétractation de se prononcer sur le bien fondé de l'action future.

La société Natixis, dont les soupçons ne sont pas invraisemblables au regard des éléments qui précèdent, justifie donc d'un motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile, lui permettant de solliciter une mesure d'instruction afin d'améliorer sa situation probatoire pour le futur procès qu'elle pourrait engager à l'encontre des sociétés Exane AM et Exane Funds 1, qui, en l'état, n'apparaît pas manifestement voué à l'échec.

Sur la dérogation au principe de la contradiction

L'éviction du principe de la contradiction, principe directeur du procès, nécessite que la requérante justifie, dans la requête, de manière concrète les motifs pour lesquels, dans le cas d'espèce, il est impossible de procéder autrement que par surprise, le seul fait que les documents recherchés se trouvent sur des supports volatiles étant insuffisant à les caractériser.

En l'espèce, pour justifier le recours à une procédure non contradictoire, la société Natixis a fait état, dans la requête, du risque de dépérissement des preuves au regard des supports informatiques des pièces recherchées, et de la nécessité de préserver un effet de surprise pour assurer l'efficacité de la mesure. Elle a encore invoqué l'opacité entretenue par la société Exane AM agissant pour le compte de la société Exane Funds 1, résultant de sa réticence à communiquer les informations sollicitées, notamment, sur les appels de marge, ses contestations de principe du montant de la soulte de résiliation, son refus de paiement des sommes demandées y compris de celles non contestées et de l'information tardive de la mise en liquidation du compartiment.

L'ordonnance, qui y fait droit, a retenu les moyens soutenus par la société Natixis tenant au caractère volatile des pièces recherchées figurant sur des supports informatiques ou électroniques, à l'opacité entretenue par la société Exane AM tant sur les informations demandées que sur le processus de liquidation du compartiment et à l'absence de paiement intervenu alors que l'examen des informations publiées sont de nature à montrer que des paiements très importants ont été effectués à d'autres contreparties et/ou à des actionnaires du compartiment liquidé.

Il est constant que la seule nature des pièces ne peut suffire à justifier la dérogation au principe de la contradiction. Mais, au cas présent, cet élément est conforté par le contexte de la requête dont il n'est pas interdit au juge de tenir compte pour apprécier les circonstances qui légitimeraient cette dérogation dès lors que des sommes sont dues à la société Natixis, qu'aucun paiement n'est intervenu à son profit alors que des règlements ont été effectués au bénéfice d'autres créanciers du compartiment, voire d'actionnaires, et qu'il est nécessaire à la requérante d'obtenir les éléments utiles à une future action en responsabilité à l'encontre de la société Exane AM et/ou Exane Funds 1.

Ces dernières contestent le recours à la procédure sur requête en soutenant d'une part, que les parties ayant régulièrement échangé entre elles, aucune opacité ne pouvait être retenue à leur encontre, d'autre part, que du fait de ces échanges et des demandes préalablement faites par la société Natixis, notamment, au cours du printemps-été 2020 portant sur la communication d'informations, aucun effet de surprise n'était à ménager et, enfin, qu'étant tenues à une obligation de conservation renforcée et communiquant respectivement avec les autorités de contrôle (AMF et CSSF), ces pièces ne pouvaient être détruites.

Mais, les échanges intervenus entre les parties, pour la plupart confidentiels, ne sont pas de nature à faire obstacle au recours à la voie procédurale choisie dès lors que rien ne justifie que les informations échangées ont été de nature à faire disparaître les soupçons de la société Natixis. Il est rappelé que ces soupçons sont justifiés par la persistance du défaut de paiement, l'absence d'informations pertinentes dans le rapport annuel de la SICAV clos au 31 décembre 2020 ne permettant pas, notamment, de connaître les montants versés aux contreparties et l'absence de validation des états financiers pour cet exercice tenant en particulier à l'absence de provisions dans les comptes de la SICAV.

Ainsi, l'existence de ces échanges dont la teneur reste inconnue puisque couverte par la confidentialité, n'apparaît pas suffisante pour établir une totale transparence de la part de la société Exane AM et de la SICAV et pouvoir ainsi sanctionner le recours à la procédure sur requête.

En outre, les demandes préalables de documents formées par la société Natixis et ses conseils et la 'menace' d'introduire une action en justice formulée antérieurement à la présentation de la requête ne rendent pas inutile, en l'espèce, la

préservation d'un effet de surprise.

Les lettres de la société Natixis et de ses conseils, adressées entre le 12 mai et le 3 septembre 2020, invoquées par les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 dans leurs conclusions et dont les extraits cités dans celles-ci ont été traduites par elles, contiennent :

des demandes d'informations sur, notamment, le montant des actifs détenus par le fonds et son passif, y compris ses créanciers et les montants dus à chacun d'eux, les actions entreprises ou menacées d'être entreprises par ces derniers ou les investisseurs, l'état d'avancement de la liquidation et les montants restitués aux actionnaires, les mesures prises pour préserver les actifs, la garantie de l'absence de liquidation d'autres actifs avant le paiement de son encours en son intégralité, tout en se réservant le droit d'agir au titre de l'encours et de la lumière de tout éventuel manquement dans la communication des informations (lettres des 20 mai et 10 juillet 2020) ;

une mise en demeure de paiement à défaut duquel la société Natixis faisait savoir qu'elle prendrait toutes mesures pour préserver le recouvrement de sa créance (lettre du 12 mai 2020) et entamerait une procédure judiciaire pour récupérer les sommes dues (lettre du 10 juillet 2020) ;

une demande d'information sur le choix d'un avocat mandaté en Angleterre pour recevoir une assignation, la société Natixis indiquant qu'à défaut de recevoir une proposition satisfaisante, elle n'aurait d'autre choix que d'entamer une procédure sans préavis (lettre du 3 septembre 2020).

Ces écrits, de surcroît, adressés trois ans avant la présentation de la requête, ne sont pas de nature à empêcher celle-ci et la réticence invoquée de la société Exane AM agissant pour le compte de la SICAV, qui ressort des termes de ces lettres et qui s'induit de l'absence d'évolution des positions des parties et de paiement des sommes dues et non contestées à la date de la requête, tend en revanche à justifier le recours à une procédure non contradictoire afin d'en assurer l'efficacité.

La société Exane AM ne peut davantage se prévaloir de la plainte pénale déposée par un des actionnaires de la SICAV, en affirmant que du fait de celle-ci 'aucune action judiciaire (...) en lien avec les circonstances ayant conduit à la mise en liquidation du compartiment Intégrale n'était susceptible de (la) surprendre' pour contester le choix procédural de la société Natixis dont l'action est sans lien avec cette plainte.

Enfin, il est constant que la société Exane AM, est soumise au contrôle de l'AMF, mais aussi de la CSSF en sa qualité de société de gestion de la société Exane Funds 1, et qu'à ce titre, elle est tenue, comme la société Exane Funds 1, d'une obligation de conservation renforcée des documents recherchés, qui sont donc insusceptibles de destruction.

Mais, cette situation de fait n'apparaît pas être de nature à faire échec à la voie procédurale adoptée par la société Natixis, les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 ne démontrant pas en quoi l'existence d'un tel contrôle serait de nature à permettre, dans le cadre d'un débat contradictoire, la même efficacité de la mesure d'instruction alors que les parties étaient, à la date de la requête, en discussion depuis trois années pour apporter, sans y parvenir, une solution amiable au litige qui les oppose.

A cet égard, il est relevé que la société Exane AM indique, à juste titre, que les 'hypothétiques' preuves d'un traitement préférentiel dont auraient pu faire l'objet d'autres contreparties reposent sur des éléments comptables témoignant de flux financiers et, donc, sur des documents soumis à cette obligation de conservation. Or, c'est précisément ces éléments que la société Natixis recherche, qu'elle n'a pu trouver dans le rapport annuel de la SICAV clos au 31 décembre 2020 et que la société Exane AM ne justifie ni même n'allègue lui avoir communiqués.

Ainsi, les moyens tirés du défaut de justification d'agir par voie non contradictoire ne sont pas fondés.

Tant l'ordonnance rendue sur requête que la requête elle-même caractérisent la nécessité pour la société Natixis de ne pas procéder par voie contradictoire afin que la mesure d'instruction sollicitée soit opérante, le risque de soustraction des preuves apparaissant constitué au regard de la nature des agissements suspectés et des documents et supports sur lesquels porte la mesure d'instruction.

Sur le caractère légalement admissible de la mesure d'instruction

Il résulte de l'article 145 du code de procédure civile que constituent des mesures légalement admissibles des mesures d'instruction circonscrites dans le temps et dans leur objet et proportionnées à l'objectif poursuivi. Il incombe, dès lors, au juge de vérifier si la mesure ordonnée était nécessaire à l'exercice du droit à la preuve de la requérante et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence.

Se fondant sur les dispositions de l'article L.531-12 I. du code monétaire et financier, la société Exane AM considère que la mesure d'instruction ordonnée, par son objet et son étendue, est susceptible de créer une atteinte disproportionnée au secret professionnel auquel elle est tenue et auquel peuvent prétendre les clients et interlocuteurs de la SICAV ainsi qu'au secret des affaires auquel elle peut légitimement prétendre.

Mais, le secret professionnel et le secret des affaires ne constituent pas en eux-mêmes un obstacle à l'application des dispositions de l'article 145 du code de procédure civile, la seule réserve à l'appréhension et à la communication de documents sur le fondement de ces dispositions tenant au respect du secret des correspondances entre avocats ou entre un avocat et son client, tel qu'édicte par l'article 66-5 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971.

La mesure d'instruction porte :

d'une part, sur les recherches relatives aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis en sa qualité de contrepartie sur les produits OTC, pour la période du 1er janvier au 30 juin 2020 (point '1.a' de la mission) et pour la période du 10 au 19 mars 2020 (point '1.b' de la mission) ;

d'autre part, sur les recherches relatives aux suspicions de manquement aux obligations contractuelles et de traitement inéquitable et déloyal de Natixis dans le cadre du processus de liquidation du compartiment Exane Integrale Fund de la SICAV Exane Funds 1, pour la période du 17 mars 2020 à la date des constatations (point '2' de la mission).

Il est exact qu'il a été demandé au commissaire de justice, pour le point '1' de la mission, de 'rechercher tous éléments permettant d'éclairer le traitement par la SICAV Exane Funds 1 et Exane AM des appels de marge reçus de la part de Natixis concernant le compartiment Exane Integrale Fund' et, pour le point '2' de la mission, de 'rechercher les éléments permettant le cas échéant d'établir un traitement inéquitable et déloyal de Natixis dans le processus de liquidation du compartiment Exane Integrale Fund'.

La formulation employée tend à permettre au commissaire de justice de rechercher des éléments laissés à son appréciation, alors que sa mission ne peut porter que sur la saisie de documents, figurant sur des supports définis, en fonction de mots-clés précédemment déterminés afin d'éviter une mesure d'instruction trop générale et disproportionnée par rapport au but poursuivi.

Les phrases précitées figurant en pages 2, 3 et 4 de l'ordonnance du 13 juin 2023, seront donc retirées de cette décision.

Pour le même motif, seront retirés, s'agissant des recherches proprement dites du point '1.a' et du point '2' de la mission, les termes 'si besoin est', figurant en page 2, ligne 19 et en page 4, début de la ligne 5 de l'ordonnance du 13 juin 2023. Les mots-clés doivent en effet être systématiquement utilisés pour pouvoir appréhender les documents recherchés.

Il sera également précisé, pour le point '2' de la mission, que les recherches seront effectuées sur les supports informatiques définis en page 4 de l'ordonnance, utilisés par les seules personnes listées sur la même page, et à l'aide de mots-clés devant être combinés ainsi qu'il sera ci-après précisé.

Ainsi, s'agissant du point '1.a' de la mission, le commissaire de justice devra rechercher sur les supports informatiques, tels que définis dans l'ordonnance, en page 2, dont les précisions sont sur ce point suffisantes, utilisés par les personnes listées en page 2 de l'ordonnance, tout document obtenu par la combinaison, du mot-clé, en majuscules ou minuscules, Natixis et l'un des mots-clés, en majuscules ou minuscules suivant :

- 'Close out Amount' ou 'Close-out Amount' ;

- 'Collateral' ou 'Collat' ou 'Collateral Held' ou 'Collateral Posted' ou 'Collateral balance' ;

- 'Default' ou 'défaut' ;
- 'Delivery Amount',
- 'Derisking' ou 'unwind' ;
- 'Dispute' ;
- 'Fichier de réconciliation' ou 'réconciliation' ;
- 'Margin' ou 'appel de marge' ;
- 'Market Value' ou 'Mark to market' ou 'M-t-m' ou 'Mtm' ;
- 'Ordre de rachat' ou 'redemption order' ;
- 'recalculation date' ;
- 'provision' ;
- 'Transfer' ou 'Transferor' ou 'Transferee'.

S'agissant du point '2' de la mission, le commissaire de justice devra rechercher sur les supports informatiques, tels que définis dans l'ordonnance, en page 4, utilisés par les personnes listées sur la même page, les échanges intervenus entre ces personnes et l'une des contreparties suivantes figurant dans le rapport annuel de la SICAV au 31 décembre 2019, à savoir :

- 'BNP Paribas' ;
- 'Bofa Securities Europe' ;
- 'Citigroup' ;
- 'Goldman Sachs' ;
- 'JP Morgan' ;
- 'Société Générale' ;
- 'Crédit Suisse International' ;
- 'Merrill Lynch' ;
- 'Barclays' ;
- 'Deutsche Bank' ;
- 'UBS'

et contenant les mots-clés suivants, en majuscules ou minuscules, au singulier ou au pluriel : 'Integrale' ou 'Integral' combinés à l'un des mots-clés suivants :

- 'Audit interne' ou 'internal audit' ;
- 'CSSF' ;
- 'liquidation' ou 'liquidate' ou 'liquidator' ;
- 'négociation' ou 'negotiation' ;
- 'plainte' ou 'complaint' ;
- 'Settlement agreement' ou 'transaction' ou 'agreement' ou 'settle' ou 'accord'.

En effet, il convient de supprimer de la recherche les mots clés 'Exane Funds 1', 'Exane Funds' et 'Funds 1', l'usage de ces mots-clés étant susceptible d'entraîner une saisie de documents sans lien avec le futur litige qui ne concerne qu'un seul des compartiments de la société Exane Funds 1, à savoir Exane Intégrale Funds.

L'ordonnance sur requête sera donc modifiée en ce sens ainsi qu'il sera précisé au dispositif.

Pour le surplus de ses dispositions relatives à la mesure d'instruction, il est relevé que celle-ci est circonscrite dans le temps mais aussi dans son objet, par l'indication d'une part, des noms des personnes et sociétés concernées par les recherches, et, d'autre part, par la combinaison de mots-clés permettant d'appréhender les seuls documents utiles pour vérifier le traitement par les sociétés Exane AM et Exane Funds 1 de la créance de la société Natixis tant au titre des appels de marge que de la soulte de résiliation, et, donc, les documents en lien avec l'objet du futur litige.

En tout état de cause, il est relevé que la saisine des documents relatifs aux contreparties et susceptibles d'être couverts par le secret professionnel, ne pourraient, au regard des mots-clés précisés et de la période limitée de recherches, présenter un caractère disproportionné au regard du droit à la preuve de la société Natixis, qui commande qu'elle puisse disposer d'éléments pour établir le traitement préférentiel qu'elle soupçonne et l'atteinte à ses droits qui aurait pu être commise.

Il convient encore de rappeler qu'une mesure de séquestre des éléments recueillis a été prévue, afin de préserver, le cas échéant, le secret des affaires et que la procédure de levée de séquestre dont le premier juge est encore saisi, permettra d'aménager les conditions de communication des pièces saisies dans le respect du secret professionnel et du secret des affaires et de vérifier l'utilité ou non des pièces saisies pour le futur procès.

Ainsi, la mesure ordonnée et modifiée par le présent arrêt, utile et proportionnée à la solution du litige, ne porte pas une atteinte illégitime aux droits des sociétés Exane AM et Exane Funds 1 et, tenant compte de l'objectif poursuivi, concilie le droit au secret des affaires et professionnel de ces dernières et le droit à la preuve de la société Natixis.

Les demandes en rétractation de l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 fondées sur les conditions de l'article 145 du code de procédure civile seront donc rejetées, la décision entreprise infirmée en ce qu'elle a rétracté partiellement cette ordonnance et celle-ci sera modifiée conformément aux motifs qui précèdent et ainsi qu'il sera indiqué au dispositif.

Sur la levée du séquestre

La société Natixis sollicite la mainlevée du séquestre.

Cependant, le premier juge a organisé la procédure de tri, laquelle devra toutefois tenir compte des modifications de l'ordonnance du 13 juin 2013 apportée par la cour ainsi qu'il sera précisé au dispositif, et statuera sur la levée du séquestre. Il n'y a donc pas lieu, à ce stade, de statuer sur celle-ci.

Sur la demande d'amende civile

La société Natixis sollicite la condamnation des sociétés Exane AM et Exane Funds 1 à payer chacune une amende civile de 3.000 euros pour attitude dilatoire.

Mais, elle est irrecevable à solliciter le paiement d'une amende civile, une partie n'ayant pas qualité pour demander la condamnation de l'autre à une telle amende, qui profite à l'Etat.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

La partie défenderesse à une mesure ordonnée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne peut être considérée comme une partie perdante au sens de l'article 696 du code de procédure civile. En effet, les mesures d'instruction sollicitées avant tout procès le sont au seul bénéfice de celui qui les sollicite, en vue d'un éventuel procès au fond, et sont donc en principe à la charge de ce dernier.

En revanche, il est possible de laisser à chacune des parties la charge de ses propres dépens et, dès lors, de faire application de l'article 700 du code de procédure civile au profit de l'une d'elles.

Au regard de l'issue du litige, chacune des parties conservera la charge de ses dépens exposés tant en première instance qu'en appel.

Le premier juge a fait une exacte appréciation de l'application de l'article 700 du code de procédure civile.

Les sociétés Exane AM et Exane Funds seront condamnées, chacune, à payer à la société Natixis, contrainte d'exposer des frais irrépétibles pour assurer sa défense en appel, la somme de 20.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

Dispositif

PAR CES MOTIFS

Confirme l'ordonnance entreprise en ses dispositions ayant :

- rejeté les demandes de la société Exane Funds 1 tendant à l'annulation du procès-verbal dressé à l'issue de l'exécution de la mesure d'instruction et de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 pour non-respect des dispositions de l'article 495 du code de procédure civile ;

- rejeté la demande de la société Natixis tendant à la condamnation des sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 au paiement d'une amende civile ;

- condamné in solidum les sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 au paiement d'une indemnité de 15.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile ;

Infirme l'ordonnance entreprise en ses autres dispositions ;

Statuant à nouveau,

Rejette les demandes des sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 de rétractation de l'ordonnance rendue sur requête le 13 juin 2023 ;

Modifie la mission du commissaire de justice définie dans l'ordonnance sur 13 juin 2023 en ce sens que :

- sont retirées, en pages 2, 3 et 4 de l'ordonnance, dans la mission confiée au commissaire de justice les phrases suivantes :

pour le point '1' de la mission, 'rechercher tous éléments permettant d'éclairer le traitement par la SICAV Exane Funds 1 et Exane AM des appels de marge reçus de la part de Natixis concernant le compartiment Exane Integrale Fund' ;

pour le point '2' de la mission, 'rechercher les éléments permettant le cas échéant d'établir un traitement inéquitable et déloyal de Natixis dans le processus de liquidation du compartiment Exane Integrale Fund' ;

- sont retirés du point '1.a' et du point '2' de la mission, les termes 'si besoin est', figurant en page 2, ligne 19 et en page 4, début de la ligne 5 de l'ordonnance du 13 juin 2023 ;

- le point '1.a' de la mission est ainsi rédigé : pour la période du 1er janvier 2020 au 30 juin 2020 inclus, le commissaire de justice devra rechercher sur les supports informatiques définis en page 2 de l'ordonnance du 13 juin 2023 et utilisés par les personnes listées sur cette même page 2, tout document obtenu par la combinaison, du mot-clé, en majuscules ou minuscules, 'Natixis' et l'un des mots-clés, en majuscules ou minuscules suivant :

- 'Close out Amount' ou 'Close-out Amount' ;

- 'Collateral' ou 'Collat' ou 'Collateral Held' ou 'Collateral Posted' ou 'Collateral balance' ;

- 'Default' ou 'défaut' ;

- 'Delivery Amount',

- 'Derisking' ou 'unwind' ;

- 'Dispute' ;

- 'Fichier de réconciliation' ou 'réconciliation' ;

- 'Margin' ou 'appel de marge' ;

- 'Market Value' ou 'Mark to market' ou 'M-t-m' ou 'Mtm' ;

- 'Ordre de rachat' ou 'redemption order' ;

- 'recalculation date' ;

- 'provision' ;

- 'Transfer' ou 'Transferor' ou 'Transferee' ;

- le point '2' de la mission est ainsi rédigé : le commissaire de justice devra rechercher, pour la période comprise entre le 17 mars 2020 et la date des constatations, sur les supports informatiques, définis en page 4 de l'ordonnance du 13 juin 2023, utilisés par les personnes listées sur cette même page 4, les échanges intervenus entre ces personnes et l'une des contreparties suivantes figurant dans le rapport annuel de la SICAV au 31 décembre 2019, à savoir :

- 'BNP Paribas' ;
- 'Bofa Securities Europe' ;
- 'Citigroup' ;
- 'Goldman Sachs' ;
- 'JP Morgan' ;
- 'Société Générale' ;
- 'Crédit Suisse International' ;
- 'Merrill Lynch' ;
- 'Barclays' ;
- 'Deutsche Bank' ;
- 'UBS'

et contenant les mots-clés suivants, en majuscules ou minuscules, au singulier ou au pluriel : 'Integrale' ou 'Integral' combinés à l'un des mots-clés suivants :

- 'Audit interne' ou 'internal audit' ;
- 'CSSF' ;
- 'liquidation' ou 'liquidate' ou 'liquidator' ;
- 'négociation' ou 'negotiation' ;
- 'plainte' ou 'complaint' ;
- 'Settlement agreement' ou 'transaction' ou 'agreement' ou 'settle' ou 'accord' ;

Dit que le surplus de la mission (point '1.b') portant sur la période du 10 au 19 mars 2020 est inchangé ;

Ordonne au commissaire de justice séquestre et à son expert de faire, à partir des fichiers saisis, un nouveau tri conformément aux modifications définies ci-dessus ;

Ordonne au commissaire de justice séquestre et à son expert de faire, à partir des éléments issus de ce nouveau tri, un tri supplémentaire ayant pour but de supprimer les doublons, chaque pièce issue des nouvelles opérations de tri étant identifiée par une numérotation distincte ;

Ordonne au commissaire de justice séquestre de dresser procès-verbal de ces nouvelles opérations de tri, donnant le nombre et le type des éléments issus de ces nouvelles opérations de tri et d'en donner copie au premier juge ainsi qu'aux parties ;

Dit que l'opération de levée de séquestre des pièces obtenues suite aux nouvelles opérations de tri se poursuivra devant le premier juge selon les modalités précisées dans l'ordonnance entreprise à savoir :

- les sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 devront procéder à un tri des pièces séquestrées issues des nouvelles opérations de tri en trois catégories :

Catégorie 'A', les pièces qui pourront être communiquées sans examen,

Catégorie 'B', les pièces qui sont concernées par le secret des affaires et que les sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 refusent de communiquer,

Catégorie 'C', les pièces que ces sociétés refusent de communiquer mais qui ne sont pas concernées par le secret des affaires ;

- ce tri où chaque pièce sera identifiée par numérotation distincte, sera communiqué au commissaire de justice séquestre, pour un contrôle de cohérence avec le fichier issu des nouvelles opérations de tri ;

- les sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 communiqueront au premier juge, pour les pièces concernées par un secret des affaires, un mémoire précisant pour chaque information ou partie de la pièce en cause, les motifs qui lui confèrent le caractère d'un secret des affaires et ce conformément aux articles R.153-3 à R.153-8 du code de commerce ;

Laisse à chacune des parties la charge des dépens qu'elle a exposés tant en première instance qu'en appel ;

Condamne les sociétés Exane Asset Management et Exane Funds 1 à payer, chacune, à la société Natixis la somme de 20.000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

LE GREFFIER LE PRÉSIDENT