

Réformer les réclamations des actionnaires dans le RDIE

JULIAN ARATO

BROOKLYN LAW SCHOOL



Contour

(A) Effets néfastes des demandes présentées par des actionnaires pour pertes par ricochet dans RDIE

(B) Avantages particuliers des demandes présentées par des actionnaires pour pertes par ricochet dans le RDIE

(C) Réforme des demandes présentées des actionnaires dans le RDIE



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

(A) Effets néfastes

Autoriser les demandes présentées par des actionnaires pour pertes par ricochet dans le RDIE est préjudiciable à la fois au regard du droit des sociétés et du droit de l'investissement

Perspective du droit des sociétés:

- Le RDIE est en décalage avec le droit des sociétés
- Autoriser les demandes pour pertes par ricochet fausse la forme de l'entreprise
- Inefficace et injuste pour toutes les parties prenantes (coûteux pour les États et les investisseurs)

Perspective du droit de l'investissement:

- Les demandes pour pertes par ricochet sapent l'objectif des traités d'investissement
- Elles sont sous-jacentes à bon nombre des préoccupations identifiées par le Groupe de travail III



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

Du point de vue du droit des sociétés

Autoriser les demandes pour pertes par ricochet réduit les fonctions essentielles de la forme d'entreprise:

- **Personnalité juridique distincte**
 - La société possède une propriété en son nom propre
 - Contrats d'entreprise en son nom propre
 - La société fait valoir ses propres droits / prend des décisions concernant les litiges
- **Gestion déléguée**
 - Les décisions de l'entreprise sont prises par la direction centralisée et non par les actionnaires individuels
 - Favorise une prise de décision efficace au niveau de l'entreprise
 - Protège les tiers (qui savent que la direction représente l'entreprise)



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

Demands directes c. demandes pour pertes par ricochet

Afin de préserver une personnalité juridique distincte et une gestion centralisée, le droit des sociétés limite les poursuites que les actionnaires peuvent faire contre des tiers

- Les actionnaires *peuvent* poursuivre des tiers pour **atteinte directe** à leurs droits (par exemple, droit de vote, droit au dividende)
- Les actionnaires *ne peuvent pas* poursuivre pour **perte par ricochet** (perte de valeur de l'action due à un préjudice causé à un tiers par l'entreprise).
- Les **demandes dérivées** des actionnaires offrent un recours alternatif limité, où les actionnaires peuvent prendre la place de l'entreprise si la direction est compromise



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

Impact des demandes par ricochet sur la forme de l'entreprise

La permission de créances provenant de demandes pour pertes par ricochet permet à un **actionnaire demandeur** de contourner les attentes fondamentales des autres parties prenantes

- Permet la récupération avant les créanciers (qui attendent une priorité sur les actifs)
- Permet une reprise avant les autres actionnaires (qui attendent la parité)
- Permet aux décisions managériales de reconsidérer une demande
- Conduit à des situations inattendues et injustes pour les États - dans les négociations avec la direction et en tant que défendeurs

- Tout cela augmente les coûts pour les États et les investisseurs ex ante



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

Les effets néfastes par rapport aux préoccupations du Groupe de travail III

Les demandes pour pertes par ricochet sont un aspect clé d'un bon nombre de préoccupations identifiées par le GT III pour la réforme:

- *Revendications multiples*
- *Double récupération*
- *Prévention des différends*
- *Durée et coût*
- *Incohérence injustifiable*



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

Les effets néfastes par rapport aux préoccupations du Groupe de travail III

Les demandes pour pertes par ricochet élargissent l'ensemble des acteurs qui peuvent avoir recours au RDIE pour la même mesure étatique contestée

- Permet la prolifération des demandes: par l'entreprise, les actionnaires et les propriétaires «indirects»

Les demandes pour pertes par ricochet permettent également aux entreprises sophistiquées de contourner le système grâce à une structuration créative

- Recherche du traité plus favorable (Treaty shopping)
- Multiplicité des chances d'obtenir gain de cause



(B) Avantages particuliers

Autoriser les demandes pour pertes par ricochet dans le RDIE offre certains avantages possibles spécifiques au contexte de l'investissement, où les propriétaires étrangers sont souvent censés investir par le biais d'une entreprise constituée localement

- Fournit une voie de secours lorsque l'entité locale n'a pas accès au RDIE en vertu des règles de nationalité du traité
- Protège les propriétaires étrangers lorsque l'entreprise locale ne peut pas faire valoir ses propres droits (par exemple, en cas d'expropriation totale) ou lorsque la gestion est autrement compromise par une action de l'État



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

(C) Réformer les demandes des actionnaires dans le RDIE

Autoriser les demandes des actionnaires dans le RDIE crée de nombreux effets néfastes, mais produit également des avantages limités

Le point de départ de la réforme devrait être d'interdire expressément les demandes relatives aux pertes par ricochet en général

Les actionnaires peuvent se voir offrir des voies de recours moins restrictives, le cas échéant

Trois modèles alternatifs:

- i. Modèle d'«action dérivée» - par ex. ALENA Arts. 1116 & 1117
- ii. Modèle «réputés étrangers» - par ex. Convention CIRDI Art. 25 (2) b)
- iii. Clarifier / étendre la portée des réclamations «directes» autorisées des actionnaires



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

(i) Modèle d '«action dérivée»

Article 1116 : Plainte déposée par un investisseur d'une Partie en son nom propre

1. Un investisseur d'une Partie peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle une autre Partie a manqué à une obligation découlant (...de ce chapitre...),et que l'investisseur a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

Article 1117 : Plainte déposée par un investisseur d'une Partie au nom d'une entreprise

1. Un investisseur d'une Partie, agissant au nom d'une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale que l'investisseur possède ou contrôle directement ou indirectement, peut soumettre à l'arbitrage, en vertu de la présente section, une plainte selon laquelle l'autre Partie a manqué à une obligation découlant (de ce chapitre)... et que l'entreprise a subi des pertes ou des dommages en raison ou par suite de ce manquement.

3. Lorsqu'un investisseur dépose une plainte en vertu du présent article, et qu'il dépose aussi ou qu'un investisseur non majoritaire de l'entreprise dépose en vertu de l'article 1116 une plainte résultant des mêmes circonstances que celles ayant donné lieu à la plainte en vertu du présent article , (...) les plaintes devraient être entendues ensemble (...) à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés.



(i) Modèle d'action dérivée.

REMARQUE: l'ALENA et les traités qui s'en inspirent ne parviennent généralement pas à exclure expressément les demandes pour pertes par ricochet, et les tribunaux ont toujours interprété l'art. 1116 comme autorisant les demandes directes des actionnaires ainsi que les demandes pour pertes par ricochet.

Pour être efficaces, les options de réforme du modèle d'«action dérivée» devraient expressément interdire les demandes des actionnaires pour pertes par ricochet.



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

(ii) Modèle «réputé étranger»

Convention CIRDI, Art. 25(2)(b): 2) Ressortissant d'un autre Etat contractant signifie : ... (b) ... toute personne morale qui possède la nationalité de l'Etat contractant partie au différend à la même date et que les parties sont convenues, aux fins de la présente Convention, de considérer comme ressortissant d'un autre Etat contractant en raison du contrôle exercé sur elle par des intérêts étrangers

Traité de la Charte de l'Energie, Art. 26(7): “Un investisseur, autre qu'une personne physique, qui a la nationalité d'une partie contractante partie au différend à la date du consentement écrit visé au paragraphe 4 et qui, avant qu'un différend ne survienne entre lui et cette partie contractante, était contrôlé par les investisseurs d'une autre partie contractante est traité, aux fins de l'article 25 paragraphe 2 point b) de la convention CIRDI, comme un ,ressortissant d'une autre partie contractante (...)’ “



(ii) Modèle «réputé étranger»

REMARQUE: comme pour le modèle d'action dérivée, les traités comportant des clauses «réputées étrangères» n'interdisent généralement pas les demandes pour pertes par ricochet, et les tribunaux les ont interprétées comme autorisant les demandes pour préjudice direct ainsi que pour les pertes par ricochet

Pour être efficaces, les options de réforme du modèle «réputé étranger» devraient expressément interdire les demandes des actionnaires pour pertes par ricochet



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

(iii) Calibration des demandes directes

Les dispositions de cadrage et de définition peuvent être utilisées pour calibrer les demandes des actionnaires, en:

- Faisant une distinction explicite entre les demandes directes des actionnaires et les demandes pour pertes par ricochet
- Excluant explicitement les demandes pour pertes par ricochet
- Autorisant les demandes directes et calibrer leur portée
 - Par exemple. définir une expropriation totale, directe ou indirecte, comme une perte directe donnant lieu à une action (plutôt qu'une perte par ricochet)

Cette stratégie de calibration peut être combinée à l'action dérivée ou à des modèles réputés étrangers pour garantir la disponibilité des demandes des sociétés et des demandes résiduelles (limitées) des actionnaires



Brooklyn Law School
ESTABLISHED 1901



**BLOCK
CENTER**
for the Study of
International
Business Law

Document de conception (Concept Paper)

Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee, & Giovanni Zarra, *Reforming Shareholder Claims in ISDS*, Academic Forum on ISDS Concept Paper 2019/9 <https://bit.ly/ISDS_AF_2019-9>

Julian Arato
julian.arato@brooklaw.edu

Kathleen Claussen
kclaussen@law.miami.edu

Jaemin Lee
jaemin@snu.ac.kr

Giovanni Zarra
giovanni.zarra@unina.it

The logo for the Academic Forum on ISDS is a dark blue rectangular box with a subtle, textured pattern. The text "Academic Forum on ISDS" is centered within the box in a white, bold, sans-serif font.

Academic Forum on ISDS