



Global Affairs
Canada

Affaires mondiales
Canada

Canada

Pertes par ricochet des actionnaires

Mrs. Sylvie Tabet, General Counsel
Trade Law Bureau, Government of Canada



Que sont les pertes par ricochet des actionnaires?



Les pertes par ricochet surviennent dans le cas où un investisseur étranger est un actionnaire qui a investi directement ou indirectement dans une société de l'État d'accueil



Que sont les pertes par ricochet des actionnaires?

- Distinction entre:
- Dommages directs pour des mesures qui portent atteinte aux droits des actionnaires (par exemple, actionnariat, droits de vote, dividendes, etc.)

Dommages indirects de l'actionnaire résultant d'un préjudice causé à la société

- Quelles demandes les actionnaires peuvent-ils faire?
- Distinction entre les actionnaires qui possèdent / contrôlent l'entreprise et les autres actionnaires



Traitement des pertes par ricochet en droit national

La loi canadienne interdit généralement les demandes des actionnaires pour perte par ricochet

[12] La règle dans *Foss c. Harbottle* prévoit simplement **qu'un actionnaire d'une société - même un actionnaire majoritaire ou l'unique actionnaire - n'a pas de cause d'action personnelle pour un tort causé à la société**. La règle respecte un principe fondamental du droit des sociétés: une société a une existence juridique distincte de celle de ses actionnaires. Un actionnaire ne peut être poursuivi pour le passif de la société et, également, un actionnaire ne peut pas poursuivre pour les pertes subies par la société.

13] La règle dans *Foss v. Harbottle* évite également les poursuites multiples. En effet, sans la règle, un actionnaire serait toujours en mesure de poursuivre pour préjudice à la société parce que tout préjudice à la société nuit indirectement aux actionnaires.

Meditrust Healthcare Inc. v. Shoppers Drug Mart, 2002 CanLII 41710 (ON CA)

Cette même interdiction existe également dans la plupart des juridictions de droit civil et common law



Traitement des pertes par ricochet en droit international

Le droit international interdit également généralement les demandes pour pertes par ricochet *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain) second phase, Judgment, (1970)*

44. Nonobstant la personnalité distincte de l'entreprise, un tort causé à l'entreprise cause souvent un préjudice à ses actionnaires. Mais le simple fait que des dommages soient subis à la fois par la société et l'actionnaire n'implique pas que les deux ont le droit de demander une indemnisation. Ainsi, aucune conclusion juridique ne peut être tirée du fait qu'un même événement a causé un préjudice affectant simultanément plusieurs personnes physiques ou morales. Les créanciers n'ont pas le droit de réclamer une indemnisation à une personne qui, en faisant du tort à leur débiteur, leur fait perdre. Dans de tels cas, sans aucun doute, les intérêts des personnes touchés sont affectés, mais pas leurs droits. Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont touchés par un acte fait à la société, c'est à celle-ci qu'il doit chercher à engager les actions appropriées; car bien que deux entités distinctes aient pu souffrir du même tort, ce n'est qu'une entité dont les droits ont été violés.



Traitement des pertes par ricochet en droit international

Le droit international interdit également généralement les demandes pour pertes par ricochet *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, (Belgium v. Spain) second phase, Judgment, (1970)*

47. La situation est différente si l'acte incriminé vise les droits directs de l'actionnaire en tant que tel. Il est bien connu que le droit interne confère à cette dernière des droits distincts de ceux de la société, notamment le droit à tout dividende déclaré, le droit d'assister et de voter aux assemblées générales, le droit de partager les actifs résiduels de la société en liquidation. En cas de violation d'un de ses droits directs, l'actionnaire dispose d'un droit d'action indépendant. Sur ce point, il n'y a pas de désaccord entre les parties. Mais une distinction doit être établie entre une atteinte directe aux droits de l'actionnaire et des difficultés ou des pertes financières auxquelles il pourrait être exposé du fait de la situation de l'entreprise.



Traitement des pertes par ricochet dans les AII

Une règle différente pour les AII?

La CIJ semble le suggérer...

- Dans ELSI, la CIJ a reconnu le droit des États-Unis d'intenter une action au nom des actionnaires américains contre l'Italie pour des mesures imposées à l'encontre de la société.
- Dans Diallo, la CIJ a reconnu la distinction entre les droits des actionnaires et ceux d'une société dans le contexte de la protection diplomatique mais a noté que les AII traitent de la protection des actionnaires.
- Les tribunaux arbitraux ont distingué les règles générales du droit international et ont constaté que les AII autorisent les pertes par ricochet



Traitement des pertes par ricochet dans les AII

Les AII = lex specialis ?

- La définition de l'investissement inclut généralement les actions
- Les actionnaires bénéficient des protections des traités
- Les AII offrent un recours aux actionnaires pour réclamer directement des dommages-intérêts liés à leurs investissements en raison de la violation des obligations conventionnelles



Les tribunaux ont reconnu certaines des préoccupations liées à l'autorisation des pertes par ricochet dans le cadre des AI

Risque de double recouvrement *Impregilo S.p.A. v. Argentine Republic*
– sentence finale (21 juin 2011)

Des procédures multiples profitant de la forme de l'entreprise (chaîne d'entreprise) peuvent constituer un abus de procédure
Orascom TMT Investments S.à r.l. v. People's Democratic Republic of Algeria – Final Award (31 May 2017)



... Mais peu de tribunaux ont rejeté les demandes pour pertes par ricochet

Lotus Holding Anonim Şirketi c. Turkmenistan – Award (6 Avril 2020)

187. Il est sans aucun doute exact que les actionnaires et les sociétés mères peuvent, dans certaines circonstances, introduire des réclamations pour leurs propres pertes résultant du traitement d'une filiale. Par exemple, l'expropriation des actions des filiales elles-mêmes, détenues par un demandeur, violerait manifestement les droits du demandeur, lui donnant le droit de déposer une demande. Mais ce n'est pas le cas ici. La demande d'arbitrage n'énonce aucune réclamation qui ne dérive pas exclusivement - et ne chevauche pas entièrement - de réclamations contractuelles appartenant à Lotus Enerji.



Considérations politiques

- Forme corporelle / perçage du voile, effet sur les créanciers;
- Double recouvrement / multiplication des procédures;
- Recours efficaces pour les actionnaires;
- Actionnaires minoritaires vs actionnaires majoritaires, investissement de portefeuille;
- Quelle est l'étendue de la protection à accorder aux actionnaires? Pour quelles mesures? Pour quelle perte?
- Les actionnaires devraient-ils avoir le droit de présenter des réclamations au nom de la société pour violation des droits de la société? Dans quelles situations?



Modèle ALÉNA / Approche AECG

- Les actionnaires peuvent intenter une action en leur nom propre pour pertes directes
- Les actionnaires qui possèdent ou contrôlent une entreprise peuvent déposer une réclamation au nom de la société
- Renonciation par l'actionnaire et renonciation par l'entreprise si la demande de réparation est faite à l'entreprise
- L'indemnité est versée à l'entreprise pour les réclamations déposées au nom de l'entreprise



ALÉNA

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

a) de la section A ou du paragraphe 1503 (2) (Entreprises d'État), ou

b) de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A, 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

a) de la section A ou du paragraphe 1503 (2) (Entreprises d'État), ou

b) de l'alinéa 1502(3)a) (Monopoles et entreprises d'État), lorsque le monopole a agi d'une manière qui contrevient aux obligations de la Partie aux termes de la section A, 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, et que deux ou plusieurs plaintes sont soumises à l'arbitrage en vertu de l'article 1120, les plaintes devraient être entendues ensemble par un tribunal établi conformément à l'article 1126, à moins que le tribunal ne constate que les intérêts d'une partie contestante s'en trouveraient lésés.

Approche ALÈNA

Article 1121 : Conditions préalables à la soumission d'une plainte à l'arbitrage

1. 1. Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1116, uniquement: [...]

(b) dans les cas où la plainte porte sur des pertes ou dommages subis par une personne qui a des intérêts dans une entreprise d'une autre Partie qui est une personne morale qu'il possède ou contrôle directement ou indirectement, si lui-même et l'entreprise renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal judiciaire ou administratif aux termes de la législation d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1116, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante.

2. Un investisseur contestant pourra soumettre une plainte à l'arbitrage, aux termes de l'article 1117, uniquement si lui-même et l'entreprise: [...]

(b) renoncent à leur droit d'engager ou de poursuivre, devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation interne d'une Partie ou d'une autre procédure de règlement des différends, des procédures se rapportant à la mesure de la Partie contestante présumée constituer un manquement visé à l'article 1117, à l'exception d'une procédure d'injonction, d'une procédure déclaratoire ou d'un autre recours extraordinaire ne supposant pas le paiement de dommages-intérêts, entrepris devant un tribunal administratif ou judiciaire aux termes de la législation de la Partie contestante.



Approche ALÈNA

Article 1135 : Sentence finale

[...]

2. Sous réserve du paragraphe 1, lorsqu'une plainte est déposée aux termes de l'article 1117(1) :

a) l'ordonnance de restitution de biens précisera que la restitution doit être faite à l'entreprise;

b) l'ordonnance de dommages pécuniaires précisera que la somme et tout intérêt applicable devront être payés à l'entreprise; et

c) il sera précisé dans l'ordonnance qu'elle est sans préjudice du droit qu'une personne pourrait avoir au redressement en vertu de la législation intérieure applicable.



Les parties à l'ALENA sont d'accord que les pertes par ricochet ne sont pas autorisées dans l'ALENA...

GAMI Investments, Inc. c. États-Unis du Mexique (CNUDCI) - Communication des États-Unis d'Amérique (30 juin 2003)

14. Toutefois, les États-Unis ne pensent pas que l'article 1116 puisse être interprété équitablement comme reflétant une intention de déroger de la règle selon laquelle les actionnaires ne peuvent faire valoir des demandes que pour préjudice à leurs intérêts et non pour préjudice à la société. Il est bien reconnu qu'«un principe important du droit international ne devrait pas être considéré comme ayant été tacitement écarté par un accord international, en l'absence de mots indiquant clairement l'intention de le faire». Rien dans le texte de l'article 1116 ne suggère une intention de déroger aux restrictions du droit international coutumier concernant la revendication de créances au nom des actionnaires. En revanche, le point de vue d'au moins une des Parties quant à l'intention des trois pays de l'ALENA a été exprimé dans la Déclaration des États-Unis sur les mesures administratives contemporaines en termes assez clairs: conformes à la règle en vigueur en vertu du droit international coutumier, article 1116 permet de se défendre contre les pertes directes; L'article 1117 prévoit la possibilité de pertes indirectes. Si les actionnaires minoritaires étaient autorisés à introduire une demande au titre de l'article 1116 pour préjudice indirect, l'article 1117 serait superflu.



Canada

Canada

Canada

NAFTA Parties agree that SRL is not permitted in NAFTA...

Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada –
Submission of the United States of America (29 December 2017)

6. This distinction between Articles 1116 and 1117 was drafted purposefully in light of two existing principles of customary international law addressing the status of corporations. The first of these principles is that no claim by or on behalf of a shareholder may be asserted for loss or damage suffered directly by a corporation in which that shareholder holds shares. This is so because, as recently reaffirmed by the International Court of Justice in *Diallo*, “international law has repeatedly acknowledged the principle of domestic law that a company has a legal personality distinct from that of its shareholders.” As the *Diallo* Court further reaffirmed, quoting *Barcelona Traction*: “a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders.” Nonetheless, “whenever a shareholder’s interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.” Thus, only direct loss or damage suffered by shareholders is cognizable under international law.



Mais les tribunaux n'ont pas respecté la distinction entre pertes directes et pertes par ricochet

Dans *Gami*, le Tribunal a rejeté la demande de Barcelona Traction et a conclu que les actionnaires minoritaires pouvaient présenter des demandes de mesures affectant les sociétés locales des sucreries

Dans *Bilcon*, le Tribunal a reconnu que les actionnaires ne pouvaient présenter que des demandes de dommages-intérêts directs mais ne l'ont pas appliqué correctement...



Distinction entre pertes directes et pertes par ricochet

*Bilcon of Delaware et al v. Government of Canada –
Sentence pour dommages (10 janvier 2019)*

389. [...] Les articles 1116 et 1117 doivent être interprétés pour empêcher que des demandes pour perte de ricochet soient introduites en vertu de l'article 1116. Cela découle du texte même de l'article 1116 dans son contexte, qui fait référence aux articles 1121 et 1135. En outre, le Tribunal tient compte de la position commune des parties à l'ALÉNA dans leurs déclarations aux tribunaux du chapitre onze

396. [...] L'opportunité d'investir dans une carrière et un terminal maritime, qui a été refusée par la conduite illégale de l'intimé, était une opportunité pour les investisseurs et non une opportunité pour Bilcon de la Nouvelle-Écosse. En conséquence, une indemnisation est due directement aux Investisseurs en vertu de l'article 1116. Elle n'est pas empêchée par l'interdiction d'octroyer une «perte par ricochet».



Considérations pour guider les options de réforme

- Si les Parties ont l'intention de déroger à la règle du droit international et d'autoriser la perte par ricochet dans les AI, quel langage conventionnel devrait être utilisé? Si les Parties ne veulent pas autoriser la perte par ricochet, les dispositions telles que l'ALÉNA sont-elles suffisantes?
- La Convention CIRDI et la plupart des AI n'abordent pas la question des pertes par ricochet
- Y a-t-il des situations où les actionnaires peuvent introduire des demandes de dommages-intérêts auprès de la société? Par exemple, expropriation, ingérence de l'État hôte dans la gestion de la société
- Les actionnaires devraient-ils être autorisés à introduire des demandes dérivées au nom de la société? Dans quelles circonstances? Paiement de dommages-intérêts à la société?



Options de réforme

Quelles options de réforme sont-elles possibles?

- Clarification / interprétation
 - Peu de tentatives pour traiter explicitement cette question. Voir par exemple TBI Chine-Mexique (2008), art. 13.8: Les Parties contractantes reconnaissent qu'en vertu de cet article, les investisseurs minoritaires ne détenant pas le contrôle ont le droit de présenter uniquement une demande pour perte directe ou atteinte à leur propre intérêt juridique en tant qu'investisseurs.
 - Difficile compte tenu des différentes dispositions conventionnelles en cause et de la portée du consentement à l'arbitrage
 - Aborder la distinction entre la perte directe et indirecte pour les actionnaires
- Amendement par le biais d'une convention multilatérale
- Outils pour atténuer les effets de la perte par ricochet

