

**Assemblée générale**

Distr. limitée
9 août 2019
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international
Groupe de travail III (Réforme du règlement
des différends entre investisseurs et États)
Trente-huitième session
Vienne, 14-18 octobre 2019**

**Éventuelle réforme du règlement des différends
entre investisseurs et États (RDIE)****Demandes présentées par des actionnaires et pertes
par ricochet****Note du Secrétariat**

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Introduction	2
II. Demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet	2
A. Approches applicables aux demandes présentées par des actionnaires et aux pertes par ricochet	2
B. Corrélation avec les préoccupations recensées par le Groupe de travail	6
C. Dispositions des traités d'investissement et demandes d'indemnisation présentées par des actionnaires pour pertes par ricochet	8
D. Observations finales	11



I. Introduction

1. De sa trente-quatrième à sa trente-septième session, le Groupe de travail a entrepris des travaux sur la réforme éventuelle du règlement des différends entre investisseurs et États, eu égard au mandat que la Commission lui avait confié à sa cinquantième session, en 2017¹. Il est rendu compte des délibérations et décisions de ses trente-quatrième, trente-cinquième, trente-sixième et trente-septième sessions dans les documents [A/CN.9/930/Rev.1](#) et additif, [A/CN.9/935](#), [A/CN.9/964](#) et [A/CN.9/970](#), respectivement. À ces sessions, le Groupe de travail a recensé et examiné les préoccupations exprimées au sujet du RDIE, et en a conclu qu'une réforme était souhaitable.

2. À sa trente-septième session, il est convenu d'examiner et de mettre au point plusieurs solutions de réforme possibles simultanément ([A/CN.9/970](#), par. 81). Dans cette optique, le Secrétariat a été prié d'entreprendre des travaux préparatoires sur un certain nombre de sujets, notamment les demandes indirectes, les demandes présentées par des actionnaires et les pertes par ricochet. Il a été dit que cela pourrait tenir compte des travaux menés par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et compléter les travaux déjà entrepris sur le thème des procédures multiples ([A/CN.9/970](#), par. 84).

3. En conséquence, la présente note vise à fournir des informations au Groupe de travail pour l'aider à traiter la question des demandes présentées par des actionnaires et des pertes par ricochet. De même que pour d'autres documents soumis au Groupe de travail, elle a été établie sur la base de diverses informations publiées sur le sujet, y compris les documents de travail de l'OCDE². Elle ne cherche pas à exprimer un point de vue sur les options de réforme possibles, question qu'il appartiendra au Groupe de travail d'examiner.

II. Demandes présentées par des actionnaires et pertes par ricochet

A. Approches applicables aux demandes présentées par des actionnaires et aux pertes par ricochet

4. Les actionnaires d'une société peuvent être lésés pour l'essentiel de deux manières différentes. Premièrement, ils peuvent subir une atteinte « directe » à leurs droits en tant qu'actionnaires (par exemple, saisie d'actions ou ingérence dans les dividendes déclarés), ce qui peut les conduire à faire valoir des droits directs. Le deuxième type de préjudice est une atteinte « indirecte » – dénommée « perte par ricochet », en raison d'un préjudice subi par « leur » société. Une mesure gouvernementale qui cause un préjudice à une société peut affecter sa valeur globale et, partant, entraîner par exemple une perte de valeur de ses actions.

5. Les tribunaux nationaux des États dotés de systèmes nationaux avancés de droit des sociétés rejettent généralement les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet présentées par des actionnaires, essentiellement pour des raisons de cohérence, de prévisibilité et d'économie des moyens judiciaires et par souci d'éviter

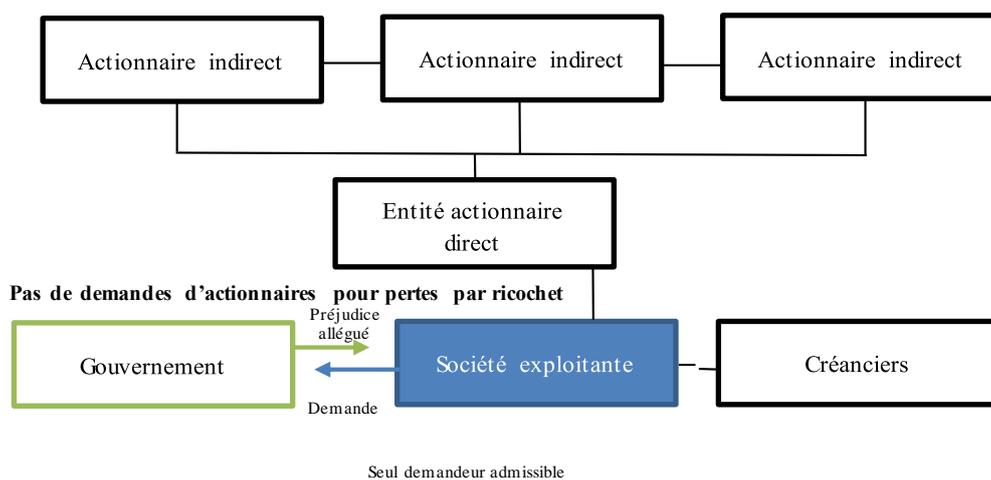
¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-douzième session, Supplément n° 17 (A/72/17)*, par. 263 et 264.

² Voir OCDE, « The impact of investment treaties on companies, shareholders and creditors » dans *OECD Business and Finance Outlook* et documents de travail de l'OCDE sur l'investissement international par David Gaukrodger [Investment Treaties as Corporate Law: Shareholder Claims and Issues of Consistency (2013/03), Investment Treaties and Shareholder Claims for Reflective Loss: Insights from Advanced Systems of Corporate Law (2014/02) et Investment Treaties and Shareholder Claims: Analysis of Treaty Practice (2014/03)]. Voir également la publication du Forum universitaire, Julian Arato, Kathleen Claussen, Jaemin Lee et Giovanni Zarra, « Reforming Shareholder Claims in ISDS », *Academic Forum on ISDS Working Paper 2019/9*, consultable à l'adresse http://bit.ly/ISDS_AF_SRL_2019.

une double réparation. Les actionnaires sont autorisés à engager une action en justice pour atteinte directe, mais non pour les pertes par ricochet qu'ils subissent. Seule la société qui a subi le dommage directement peut faire valoir ses droits. Une seule demande et une indemnisation unique pour les dommages subis sont considérées comme étant à la fois plus efficaces et plus équitables pour les défendeurs et les parties prenantes de la société, y compris les créanciers et les actionnaires. Peu de demandes d'actionnaires pour pertes par ricochet formées contre des gouvernements sont soumises aux tribunaux nationaux ; ces quelques affaires sont généralement rejetées au motif que seule la société peut présenter une demande (voir fig. 1)³.

Figure 1

Droit interne – Le principe « Pas de pertes par ricochet » exclut les demandes d'actionnaires (source : OCDE)⁴



6. La distinction entre les dommages directs subis par les actionnaires et les pertes par ricochet, et l'interdiction générale des demandes fondées sur les pertes par ricochet, est également reconnue en droit international général et a été réaffirmée par la Cour internationale de Justice (CIJ) dans un certain nombre d'affaires⁵.

7. En revanche, de nombreux traités d'investissement en vigueur ont été interprétés comme autorisant les actionnaires couverts à réclamer les pertes subies par les sociétés dans lesquelles ils détenaient des actions.

8. Les investissements étrangers sont souvent structurés par l'intermédiaire de sociétés constituées dans l'État d'accueil ; plus généralement, les participations étrangères dans des sociétés cotées en bourse ont fortement augmenté ces dernières années dans de nombreux pays. L'existence de pertes par ricochet donne lieu à de multiples réclamations lorsqu'un actionnaire présente une demande à cette fin et que la société lésée présente également une demande devant un autre tribunal. Des

³ OCDE, *supra* note 2, Document de travail 2013/03, p. 11.

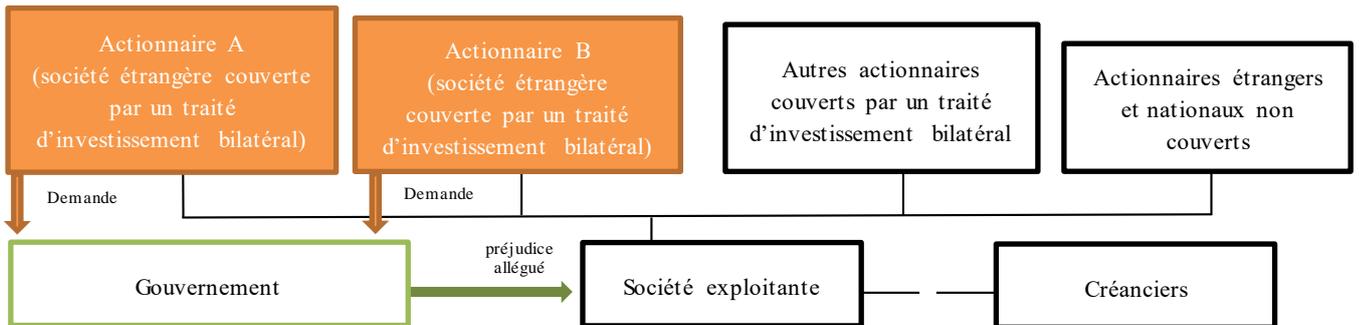
⁴ OCDE, *supra* note 2, Business and Finance Outlook 2016, p. 232 (fig. 8.2).

⁵ Par exemple, *Affaire Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, arrêt sur les exceptions préliminaires (2007), par. 67 (distinction entre les demandes recevables fondées sur des droits directs en tant qu'actionnaire et les demandes irrecevables fondées sur une perte par ricochet) ; *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (Belgique c. Espagne)*, deuxième phase, arrêt de 1970, par. 47 (« Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société »). Selon les Principes relatifs au gouvernement d'entreprise de l'American Law Institute, un acte fautif qui appauvrit les actifs de la société et ne cause ainsi un préjudice aux actionnaires qu'indirectement, en raison du préjudice antérieur causé à la société, devrait être considéré comme un acte dérivé en soi ; inversement, un acte fautif qui est distinct et distinct de tout préjudice causé à une société, tel que le fait de nier les attributs légitimes de la propriété d'actions ou d'y porter atteinte, donne lieu à une action directe. Voir American Law Institute, *Principles of Corporate Governance*, par. 7.01 (1994 et 2012 Supp.).

demandes multiples peuvent découler de réclamations d'actionnaires non liés d'une même société lésée (voir fig. 2). Il existe une nette différence entre ces situations et la demande formée par une seule société en vertu des principes classiques du droit des sociétés. Les demandes pour pertes par ricochet permettent aux actionnaires de sociétés nationales couverts par des traités d'investissement d'accéder directement au régime de RDIE et de percevoir directement des dommages-intérêts. Cela renforce la protection des actionnaires couverts, mais crée de nouveaux risques pour la société lésée, les autres investisseurs de cette dernière et les gouvernements. Il s'ensuit une forte augmentation du nombre potentiel de demandes d'indemnisation au titre du RDIE.

Figure 2

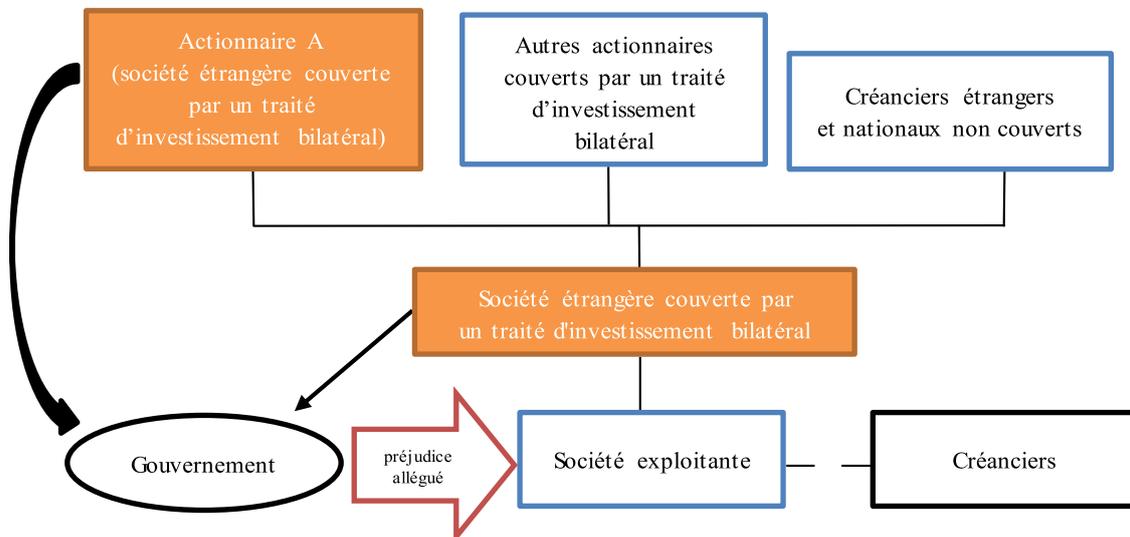
Demandes multiples pour pertes par ricochet présentées par des actionnaires non liés (source : OCDE)⁶



9. Des demandes multiples peuvent également être présentées lorsque des actionnaires liés d'une même société (comme une société mère et sa filiale, les deux actionnaires de la société lésée) forment séparément des demandes en vertu de différents traités d'investissement (voir fig. 3 ci-dessous). Un même bénéficiaire peut avoir plusieurs possibilités de faire valoir ses droits en mettant à profit différentes entités contrôlées. Il ne doit s'imposer que dans l'un d'entre elles, alors que l'État défendeur doit s'opposer avec succès à toutes les demandes.

Figure 3

Demandes multiples présentées par des entités apparentées – Deux actionnaires étrangers de niveau différent ayant tous deux accès au RDIE (source : OCDE)⁷



⁶ OCDE, *supra* note 2, Business and Finance Outlook 2016, p. 234 (fig. 8.3).

⁷ Ibid., p. 235 (fig. 8.4).

10. Étant donné que les demandes pour pertes par ricochet sont généralement interdites en vertu du droit national des sociétés et d'autres systèmes juridiques, l'acceptation générale des demandes des actionnaires pour de telles pertes et l'approche souple adoptée par des tribunaux de RDIE peuvent être considérées comme étant de nature exceptionnelle. Cette approche de nature exceptionnelle peut avoir pour effet de fragmenter l'indemnisation pour les pertes subies par la société. Et cet effet est amplifié par le fait que, souvent, les actionnaires indirects situés plus haut dans la chaîne des droits de propriété de la société sont également autorisés à recouvrer le montant des pertes par ricochet.

11. Bien que la plupart des tribunaux de RDIE se fondent sur le principe que les demandes pour pertes par ricochet sont autorisées en vertu de traités d'investissement sans égard aux conséquences, quelques-uns d'entre eux reconnaissent certains problèmes potentiels⁸.

12. Les discussions intergouvernementales menées sous l'égide de l'OCDE ont permis de provisoirement conclure que si les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet soulevaient d'importantes questions de politique générale, il ne semblait pas exister d'argument clair en faveur de l'acceptation généralisée de ce type de demandes dans le contexte des traités d'investissement⁹. Des gouvernements ont contesté des demandes pour pertes par ricochet dans un certain nombre d'affaires de RDIE. Toutefois, des tribunaux ont généralement conclu que les actionnaires avaient le droit d'être indemnisés pour les pertes par ricochet qu'ils avaient subies¹⁰.

⁸ *Eskosol S.p.A. in Liquidazione c. République italienne*, affaire CIRDI n° ARB/15/50, décision relative à la requête du défendeur en vertu de la règle 41.5 (20 mars 2017), par. 170, où le tribunal a déclaré : « De toute évidence, il pourrait exister des raisons, sur le plan tant de l'efficacité que de l'équité, de préférer que tous les actionnaires d'une entité visés par une mesure étatique contestée soient entendus en une seule fois, en une même instance, conjointement avec l'entité qui leur appartient collectivement. Le Tribunal n'est pas insensible à la situation de l'Italie, qui doit faire face à des demandes qui sont étroitement liées à celles à l'égard desquelles elle a déjà obtenu gain de cause dans une procédure antérieure. Mais il n'en demeure pas moins que ni le système du CIRDI tel qu'il est actuellement conçu, ni le Traité sur la Charte de l'énergie proprement dit ne prévoient de modalités précises (et encore moins une disposition impérative) permettant de regrouper dans une procédure unique toutes les parties prenantes susceptibles d'être concernées par le résultat. En l'absence d'un tel système – que les États ont le pouvoir de créer s'ils le souhaitent – il ne serait pas approprié que les tribunaux excluent l'arbitrage par des investisseurs qualifiés, ». Dans une note de bas de page, le tribunal a ajouté : « Si l'Italie n'avait pas eu gain de cause dans la procédure antérieure mais avait été condamnée à verser une indemnisation aux requérants *Blusun*, le Tribunal aurait bien entendu dû faire preuve de vigilance pour éviter que l'Italie ne soit assujettie à une double indemnisation pour le même préjudice. En raison de l'issue de l'affaire *Blusun*, cependant, cette situation ne se présente pas dans le cas présent. »

⁹ Table ronde de l'OCDE sur la liberté d'investissement 19 (15 et 16 octobre 2013) – Résumés des débats de la Table ronde par le Secrétariat de l'OCDE, p. 18, consultable à l'adresse <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/19thFOIroundtableSummary.pdf>. Voir également le résumé des débats de la Table ronde de l'OCDE sur la liberté d'investissement 18 (20 mars 2013), consultable à l'adresse <https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/18thFOIroundtableSummary.pdf>.

¹⁰ Cela étant, voir *Bilcon of Delaware et al c. Gouvernement canadien*, affaire CPA 2009-04, sentence sur les dommages-intérêts (10 janvier 2019), par. 389. Le Tribunal a déclaré : « (...) les articles 1116 et 1117 (de l'ALÉNA) doivent être interprétés de manière à empêcher que des demandes pour pertes par ricochet soient présentées en vertu de l'article 1116. (...) De plus, le Tribunal tient compte des positions communes des Parties à l'ALÉNA dans leurs observations présentées aux tribunaux constitués en vertu du chapitre onze. »

B. Corrélation avec les préoccupations recensées par le Groupe de travail

13. Les questions soulevées par les demandes pour pertes par ricochet et les réponses qui y sont apportées ne peuvent être examinées indépendamment les unes des autres. Elles sont en fait étroitement liées aux préoccupations qui, selon le Groupe de travail, devraient donner lieu à des réformes. On trouvera ci-après quelques exemples d'éventuelles corrélations.

Augmentation du nombre d'affaires et de procédures multiples

14. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si la possibilité de présenter des demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet pourrait accroître le nombre total d'affaires pouvant découler du même préjudice. Lorsque le Groupe de travail a constaté, à sa trente-sixième session, que l'absence d'un cadre permettant de traiter la question des procédures multiples était l'une des préoccupations formulées au sujet du RDIE, il a été dit que l'acceptation, par les tribunaux arbitraux, de demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet était l'une des causes de demandes multiples présentées au titre de la procédure de RDIE (A/CN.9/964, par. 43). En effet, le fait d'autoriser les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet rend possible dans de nombreux cas la présentation de demandes multiples (tant dans le cadre du RDIE que dans d'autres instances), car en plus des demandes que peut présenter la société lésée, chaque actionnaire couvert peut aussi, éventuellement, en présenter une.

15. À cet égard, le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'une seule entité économique aurait plusieurs possibilités de former des demandes (y compris par l'intermédiaire de ses actionnaires), et n'aurait alors besoin d'obtenir gain de cause que pour l'une d'entre elles, alors que l'État défendeur devrait s'opposer à toutes les demandes présentées. Ce scénario expose l'État au risque d'être obligé de se défendre à plusieurs reprises pour essentiellement le même préjudice allégué causé à la même entité économique, même s'il a déjà obtenu gain de cause dans l'une des procédures.

16. Si le recours à des mécanismes de jonction et de coordination peut limiter les procédures multiples résultant de demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet, les traités ou les règlements d'arbitrage ne contiennent pas tous des dispositions pertinentes. De plus, les règles existantes n'ont pas été conçues pour traiter expressément les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet.

17. Même lorsque la jonction est prévue dans un traité ou une règle de procédure, elle peut être contournée car différents demandeurs d'une même société lésée, qui présentent une demande d'indemnisation pour pertes par ricochet, peuvent présenter leur demande en vertu de différents traités d'investissement et dans différentes instances arbitrales. Cela peut entraîner l'intervention de plusieurs tribunaux arbitraux qui n'auraient aucun lien entre eux et qui pourraient même être perçus comme concurrents (voir aussi par. 32 et 33 ci-après).

18. De manière plus générale, même si des demandes multiples ne peuvent en fait être présentées, la possibilité d'autoriser de telles demandes pourrait rendre plus difficile pour les parties au différend de parvenir à un règlement à l'amiable dans une affaire donnée en raison de l'existence de demandeurs potentiellement multiples ainsi que de demandeurs inconnus¹¹.

¹¹ Au paragraphe 14 de la publication du Forum universitaire il est noté que, du fait de l'existence de demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet, il est également difficile pour les États d'avoir confiance dans un règlement conclu avec la direction d'une société ou ses différents actionnaires, car d'autres actionnaires peuvent encore être en mesure de présenter indépendamment ce type de demandes concernant le même préjudice.

Incidence sur le coût et la durée des procédures de RDIE

19. L'intérêt de réduire le coût des litiges, souvent illustré par la formule « économie des moyens judiciaires », est l'une des principales raisons invoquées lorsque les tribunaux nationaux interdisent de manière générale les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet. Les demandes multiples découlant du même dommage peuvent engendrer des coûts supplémentaires et prendre plus de temps à régler.

20. Lorsqu'il examinera cette question, le Groupe de travail voudra peut-être noter que les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet exigent généralement une évaluation de la part des pertes de la société subies par les actionnaires et les autres parties concernées (par exemple, les créanciers qui ne sont pas nécessairement des demandeurs) ou ayant un impact sur eux. Une telle évaluation pourrait également avoir une incidence sur le coût et la durée de la procédure.

Absence de résultats et d'interprétations uniformes

21. Le Groupe de travail voudra peut-être examiner les conséquences de l'autorisation des demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet sur le différend lui-même ainsi que sur l'ensemble du système de RDIE¹². Par exemple, les incohérences dans les résultats concernant les mêmes faits et questions ainsi que les interprétations juridiques divergentes de la même disposition conventionnelle peuvent mettre à l'épreuve le système dans son ensemble.

Double indemnisation pouvant entraîner des dommages excessifs

22. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le fait d'autoriser les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet augmente le risque de double indemnisation (voire plus). En d'autres termes, un État pourrait être tenu de verser des dommages-intérêts plusieurs fois lorsqu'il perd dans plus d'une affaire. Les tentatives visant à remédier à cette situation pourraient se faire aux dépens de l'État ou de l'autre société (et donc aux dépens d'autres groupes d'entreprises). Le Groupe de travail voudra peut-être toutefois noter que certains tribunaux de RDIE ont été attentifs à ce problème et ont pris des mesures préventives pour l'éviter, par exemple en examinant les demandes en instance et les demandes antérieures connexes et en calculant l'indemnisation au prorata¹³. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi considérer que l'échelonnement des demandes et des sentences qui en résultent est un autre élément à prendre en compte pour répondre aux préoccupations suscitées par la double indemnisation.

Distorsion du droit des sociétés et de leur gestion financière

23. Le Groupe de travail voudra peut-être se demander si l'existence de demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet compromet la personnalité juridique distincte de la société en permettant aux actionnaires d'avoir accès aux fonds lui appartenant. En présentant une demande, un actionnaire peut obtenir des dommages-intérêts qui seraient normalement à l'abri d'une liquidation par les actionnaires, sur lesquels divers créanciers peuvent avoir la priorité et pour lesquels d'autres actionnaires peuvent s'attendre à ce que s'applique le principe de parité¹⁴.

Résumé

24. Dans l'ensemble, les éléments susmentionnés relatifs aux demandes d'indemnisation présentées par des actionnaires pour pertes par ricochet pourraient contribuer à compromettre la prévisibilité et la sécurité juridique pour les États, les investisseurs et les actionnaires, d'où une possible augmentation du coût du RDIE. Cela peut notamment avoir un impact négatif sur la prévisibilité du système de RDIE

¹² OCDE, *supra* note 2, document de travail 2013/03.

¹³ Giovanni Zarra, *Parallel Proceedings in Investment Arbitration* (2016), p. 39.

¹⁴ OCDE, *supra* note 2, document de travail 2014/2, p. 20.

du point de vue de l'État défendeur, car il est difficile d'évaluer s'il peut y avoir d'autres demandes et qui peuvent être les demandeurs.

C. Dispositions des traités d'investissement et demandes d'indemnisation présentées par des actionnaires pour pertes par ricochet

25. Peu de traités d'investissement, si tant est qu'il y en ait, traitent expressément des demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet. Des gouvernements ont fait valoir avec succès que certains traités d'investissement excluaient de telles demandes. En outre, quelques traités contiennent des dispositions visant à prévenir les procédures multiples (qui peuvent résulter de demandes pour pertes par ricochet) ou à limiter leur impact.

Définition des termes « investisseurs » et « investissement »

26. Les définitions des termes « investisseur » et « investissement » données dans les traités d'investissement indiquent quels investisseurs sont protégés et peuvent poursuivre des États d'accueil. Les interprétations faites par des tribunaux de RDIE ont élargi la protection des actionnaires.

27. Des dispositions conventionnelles ont été rédigées pour empêcher certains investisseurs de présenter des demandes d'indemnisation¹⁵. Par exemple, les dispositions de certains traités d'investissement établissent le niveau de participation directe (ou un niveau important d'influence dans la direction de la société) qui est requis pour qu'un actionnaire ait le droit d'engager une action conformément à ces traités¹⁶. Dans certains traités types récents, les États ont adopté une « approche d'entreprise » pour définir les investissements couverts, qui exclut les investissements de portefeuille à court terme.

28. De plus, une approche fréquemment mentionnée est celle adoptée dans l'Accord de libre-échange nord-américain (ALÉNA) qui établit un régime explicite pour les demandes des actionnaires couverts. En plus des demandes présentées pour leur propre compte par les actionnaires couverts (art. 1116), l'ALÉNA permet aux actionnaires d'intenter une action sociale ut singuli, ce qui signifie qu'un actionnaire majoritaire peut présenter une demande d'indemnisation au nom de la société au bénéfice de celle-ci (art. 1117). Les États parties à l'ALÉNA ont indiqué que les actionnaires couverts ne pouvaient pas présenter de demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet en leur nom propre. Les décisions des tribunaux ont donné divers résultats. Toutefois, plus récemment, certains tribunaux ont conclu en faveur de la déclaration interprétative constante des parties à l'ALÉNA, selon laquelle l'ALÉNA interdit les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet¹⁷. D'autres traités récemment conclus ont adopté des approches similaires¹⁸.

29. Outre les approches susmentionnées, le Groupe de travail voudra peut-être envisager d'autres moyens de limiter les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet, par exemple : i) interdire les demandes présentées par des investisseurs

¹⁵ CNUCED, World Investment Report 2015 (Rapport sur l'investissement dans le monde 2015), chap. IV, consultable à l'adresse https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

¹⁶ Par exemple, le traité d'investissement bilatéral conclu entre la Turquie et l'Azerbaïdjan, art. premier (2011) (qui exclut l'accès à la procédure de RDIE pour les participations inférieures à 10 %). Le traité d'investissement bilatéral type de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) exclut également les investissements de portefeuille, définis comme des participations inférieures à 10 %. Voir le traité d'investissement bilatéral type de la SADC (2012) avec commentaire, 9-11 (2012), consultable à l'adresse <https://www.iisd.org/itn/wp-content/uploads/2012/10/SADC-Model-BIT-Template-Final.pdf>.

¹⁷ *Supra*, note 10.

¹⁸ Voir, par exemple, l'Accord de libre-échange de l'Amérique centrale, l'Accord économique et commercial global UE-Canada, l'Accord de partenariat transpacifique global et progressiste (PTPGP) et l'Accord de libre-échange entre les États-Unis et la Corée du Sud (KORUS).

lorsque la société elle-même cherche à obtenir réparation devant une autre instance ;
 ii) autoriser un investisseur à former une demande uniquement si lui-même et la société locale retirent toute demande pendante et renoncent à leur droit de saisir une autre instance ; et iii) limiter les possibilités de choix du for aux demandes qui n'ont encore été formées nulle part ailleurs.

Prévention de l'abus de procédure

30. Les dispositions conventionnelles interdisant les abus de procédure pourraient donner aux tribunaux arbitraux les moyens de rejeter certaines demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet et encourager ainsi les investisseurs à s'entendre sur un for unique pour régler leur différend. On pourrait envisager d'établir des critères précis afin de repérer les demandes pour pertes par ricochet jugées abusives, ce qui permettrait aux parties au différend de bien comprendre la situation et, éventuellement, de limiter le nombre de demandes présentées.

31. Par exemple, dans une affaire, le tribunal de RDIE a conclu que la sentence antérieure concernant une société avait un effet contraignant sur ses actionnaires en invoquant la doctrine de la préclusion accessoire. Les trois actionnaires concernés avaient réclamé des dommages-intérêts pour pertes par ricochet résultant d'un préjudice causé à leur société en propriété exclusive, procédure contre laquelle la Grenade s'était défendue¹⁹. Dans une autre affaire, le tribunal de RDIE a jugé qu'une demande présentée par un actionnaire dans la procédure dont il était saisi et une demande présentée dans un arbitrage parallèle par une filiale détenue à hauteur de 100 % par ce même actionnaire équivalaient à une double poursuite concernant la même demande visant le même intérêt. Le tribunal a en outre fait observer que, puisque la compétence des deux instances avait été confirmée, il en résulterait un « abus de procédure » car, en substance, la même demande devait être présentée sur le fond devant deux tribunaux²⁰. Dans une autre affaire encore, le tribunal de RDIE a fait observer qu'un investisseur qui contrôlait plusieurs entités dans une chaîne verticale de sociétés pouvait commettre un « abus » s'il cherchait à contester les mesures prises par le même État d'accueil et présentait une demande d'indemnisation pour le même préjudice à divers niveaux de la chaîne en se fondant sur plusieurs traités d'investissement conclus par ledit État²¹.

¹⁹ *Grynberg et al. c. Grenade*, affaire CIRDI no ARB/05/14, Sentence, par. 7.1.5-7 (13 mars 2009). Le tribunal a déclaré : « Bien entendu, la société RSM est une entité juridique dotée d'une personnalité juridique distincte de ses trois actionnaires. Mais cela ne change rien à l'analyse. Premièrement, le seul investissement des actionnaires demandeurs renvoie à un contrat auquel RSM est partie alors que les actionnaires ne le sont pas : ceux-ci demandent une indemnisation pour les dommages qu'ils prétendent avoir subis indirectement, "à travers RSM", pour violations des droits de la société reconnus par la loi. Deuxièmement, les trois demandeurs détiennent collectivement 100 % des actions de RSM et contrôlent donc entièrement la société. Dans ces circonstances, ... il n'y a rien d'injuste à les obliger à respecter les conclusions de l'arbitrage préalablement rendu au sujet de RSM. Il est vrai que, dans de nombreux systèmes de droit, les actionnaires peuvent tenter des poursuites pour faire valoir ou défendre des droits dont jouit la société. Toutefois, les actionnaires ne peuvent faire feu de tout bois. S'ils veulent revendiquer la qualité pour agir en raison de leur intérêt indirect dans les actifs de la société, ils doivent être assujettis aux moyens de défense qui seraient disponibles contre la société – y compris la préclusion accessoire. »

²⁰ *Ampal-American Israel Corp. c. Égypte*, Affaire CIRDI n° ARB/12/11, Décision sur la compétence, par. 330 à 333 (1^{er} février 2016). Le tribunal a en outre noté : « Il s'ensuit donc qu'il n'y a aucun risque de déni de justice occasionné par l'absence d'un tribunal compétent pour déterminer la partie de la demande concernant la filiale MAGL. Les deux tribunaux sont saisis au fond et aucun d'eux n'a encore rendu de décision sur le fond. »

²¹ *Orascom TMT Investments c. Algérie*, affaire CIRDI n° ARB/12/35, Sentence, par. 542 et 543. Le tribunal a ajouté « Il va sans dire qu'il n'est pas illégitime de structurer un investissement en ayant recours à plusieurs niveaux de sociétés constituées dans différents États. En effet, la structure peut poursuivre des finalités légitimes au regard du droit des sociétés, de la fiscalité, ou de la planification de la nationalité (« nationality planning ») de la protection des investissements par le biais d'un TBI avant la naissance d'un différend. En matière de traités d'investissement, l'existence d'une chaîne verticale de sociétés et l'existence d'une protection englobant les

Jonction des procédures

32. On trouve de plus en plus de dispositions relatives à la jonction des procédures dans les traités d'investissement. De telles mesures de procédure pourraient éventuellement s'appliquer à des procédures multiples découlant de demandes d'actionnaires²².

33. Bien que la jonction des procédures puisse également s'effectuer en vertu d'un règlement d'arbitrage institutionnel applicable, il n'est généralement pas possible de joindre des procédures ouvertes en vertu de règlements d'arbitrage différents ou administrées par des institutions arbitrales différentes²³. Il peut être difficile de joindre des demandes fondées sur des traités différents, car elles peuvent comporter des obligations de fond, des calendriers, des obligations procédurales et des fors de règlement différents. Le Groupe de travail voudra peut-être aussi considérer que les parties à un différend hésitent souvent à se regrouper et examiner la façon dont il pourrait être remédié à cette situation dans le traitement des demandes présentées pour pertes par ricochet.

Autres considérations

34. Lorsqu'il examinera les questions soulevées par les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet présentées par des actionnaires, le Groupe de travail voudra peut-être aussi tenir compte des éléments suivants :

- Le niveau de protection des actionnaires étrangers en vertu des traités d'investissement ;
- L'incidence que le traitement des demandes des actionnaires pourrait avoir sur les droits des créanciers et des autres actionnaires non demandeurs ainsi que sur la structure de la société et de l'investissement ;
- Le risque potentiel que les actionnaires continuent de rechercher le traité le plus favorable ;

investissements « indirects » impliquent que plusieurs entités de la chaîne peuvent bénéficier de la protection d'un traité, en particulier lorsqu'un État d'accueil a conclu plusieurs traités d'investissement. En d'autres termes, plusieurs sociétés de la chaîne peuvent être en mesure d'engager une procédure arbitrale à l'encontre de l'État d'accueil en raison du même investissement. Cette possibilité ne signifie cependant pas que l'État d'accueil a accepté d'être poursuivi en justice par différentes entités de la chaîne verticale se trouvant sous le même contrôle s'agissant d'un seul et même investissement, des mêmes mesures et du même préjudice. Le tribunal a en outre justifié sa conclusion en déclarant : « Si la protection est activée à un niveau de la chaîne verticale, en particulier au premier niveau d'actionnariat étranger, cet objectif est atteint. L'objectif étant atteint, il n'y a pas lieu de permettre à d'autres entités de la chaîne verticale contrôlées par le même actionnaire d'activer elles aussi la protection pour le même préjudice subi par l'investissement. ... une telle protection supplémentaire créerait le risque de réparations multiples et de décisions contradictoires, sans parler du gaspillage de ressources qu'impliquent des procédures multiples. La réalisation de ces risques irait à l'encontre de la promotion du développement économique dans des circonstances où la protection est déjà activée. Ainsi, lorsque plusieurs traités offrent à des entités d'une chaîne verticale des droits procéduraux similaires d'accès à un tribunal arbitral et des garanties matérielles comparables, l'introduction de procédures multiples en vue d'obtenir réparation d'un préjudice économique essentiellement identique impliquerait l'exercice de droits à des fins qui sont étrangères à celles pour lesquelles ces droits ont été établis. »

²² Par exemple, l'article 1117.3 de l'ALÉNA exige la jonction des demandes des actionnaires et de la société concernant les mêmes faits, à moins que cela ne porte préjudice aux intérêts d'une partie. L'article 8.43 de l'Accord économique et commercial global prévoit des règles relatives à la jonction des procédures plus complètes au sein de la structure du tribunal permanent de l'AECG. L'article 1120.9 de l'ALÉNA et l'article 8.24 de l'AECG autorisent les tribunaux à suspendre la procédure en attendant que soit réglée la question des demandes concurrentes ou des demandes connexes formées au titre du RDIE.

²³ Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'un traité récent autorise la jonction des procédures entre divers mécanismes de règlement des différends (voir art. 9.29 de l'accord de libre-échange UE-Singapour).

- La répartition des coûts concernant les demandes présentées par des actionnaires et la garantie pour frais, compte tenu du risque accru de non-paiement des dépens par les demandeurs ayant subi des pertes par ricochet ; et
- Le financement par des tiers pour les demandes d'indemnisation pour pertes par ricochet.

D. Observations finales

35. Étant donné qu'un certain nombre de questions abordées dans la présente note doivent encore être examinées par le Groupe de travail et que ces questions sont étroitement liées à d'autres préoccupations et options de réforme recensées, le Groupe de travail voudra peut-être se demander si le Secrétariat devrait approfondir le sujet, en coopération avec le Secrétariat de l'OCDE et d'autres organisations internationales compétentes et intéressées, par exemple dans le cadre d'une conférence ou d'une réunion d'experts intersessions. Une telle réunion pourrait éventuellement avoir lieu dans les locaux de l'OCDE à Paris au printemps 2020 avec pour objectifs i) d'examiner plus avant les questions exposées dans la présente Note et ii) de compiler les vues des États sur les options de réforme possibles en ce qui concerne les demandes formées par des actionnaires et les pertes par ricochet. Les conclusions de cette réunion pourraient être résumées par le Secrétariat et communiquées au Groupe de travail à une session ultérieure.
