

Navigation af amerikanske domstoles kompetence

Februar 2018

Indledning

Det er velkendt, at amerikanske domstole med jævne mellemrum udøver ekstraterritorial kompetence over udenlandske personer og virksomheder. Dette skyldes ikke, at de amerikanske domstole har kompetenceregler, der i væsentlig grad er forskellige fra andre suveræne nationer. I de fleste nationer har domstole kompetence over udenlandske personer og virksomheder, hvor ekstraterritorial adfærd har uønskede virkninger i hjemlandets jurisdiktion.

Det skyldes snarere, at det amerikanske system har flere egenskaber, der gør det til et meget attraktivt sted for private fordringshavere, både udenlandske og indenlandske. Noget af det, der måske er mest afgørende blandt disse egenskaber, er adgangen til omfattende

dokumentations- og vidnemæssige opdagelser, sagsøgervenlige juryer, kollektive opt-out søgsmål og strafferetlig skadeserstatning eller flere erstatningsbeløb i mange tilfælde. Dette har ført til et stort antal private søgsmål. Det store antal private erstatningskrav, der involverer udenlandske personer og virksomheder, betyder, at problemer med ekstraterritorialitet ganske ofte forelægges amerikanske domstole. I modsætning til andre steder i verden anmodes amerikanske domstole desuden meget oftere om at udøve ekstraterritorial kompetence på foranledning af private parter end på foranledning af regeringen.

I forbindelse med alle disse private søgsmål mod udenlandske personer og virksomheder er der opstået en vigtig tendens, som har betydning for mange

internationale virksomheder. Fordringshavere opfordrer i stigende grad amerikanske domstole til at udøve ekstraterritorial kompetence over udenlandske virksomheder baseret på såkaldte ”alter ego”-teorier, selv når disse udenlandske virksomheder ikke har nogen bedrifter i USA eller noget at gøre med den påståede forseelse. Der er forskellige varianter af alter ego-teorier (*f.eks.* repræsentation, instrumentalitet og beslægtede teorier), men alle involverer i det væsentlige en tilsidesættelse af selskabsformen (hæftelsesgennembrud) af et datterselskab, der angiveligt begik forseelsen og/eller et datterselskab, der uden tvivl allerede er underlagt domstolens kompetence i domstolens forum.

I begyndelsen af en sag fremføres dette alter ego-forslag ofte med henblik på at etablere en domstols kompetence over den direkte eller indirekte udenlandske koncern/aktionær for et sådant datterselskab. Hvis og når der er fastlagt kompetence, vil sagsøgerne forsøge at pålægge et stedfortrædende ansvar på ethvert endeligt moderselskab, over hvem der er fastlagt kompetence. Denne tilgang kan være truende og lægge mere end normalt pres på en udenlandsk sagsøgt part for at indgå forlig, før der er fastlagt kompetence.

Hertil kommer, at sagsøgte generelt har held med at overtale amerikanske domstole til at give dem ”jurisdiktionsopdagelse”, herunder fra

udenlandske moderselskaber, for at bevise deres alter ego-teorier, selv før det er fastslået, at retten har personlig kompetence over disse udenlandske moderselskaber. Denne opdagelse kan være omfattende og inkluderer både frembringelse af vidnesbyrd og dokumentation. I næsten alle tilfælde går dette langt ud over den type opdagelse, der ville være tilladt i hjemlandet for det pågældende moderselskab. I mange lande er sådan påtrængende opdagelse, hvad enten den er baseret på jurisdiktion eller andet, helt forbudt, især før der er fastlagt kompetence over sagsøgte. Amerikanske domstole har imidlertid tendens til at se bort fra denne realitet og stille udenlandske selskaber i en vanskelig stilling.

I en vis udstrækning forekommer amerikanske sagsøgere at forsøge at give USA den næsten ubestridelige formodning om moderselskabets ansvar for datterselskabernes handlinger, der er vedtaget i konkurrencesager af Europa-Kommissionen, Den Europæiske Unions Ret og EU-Domstolen. I kartelsager indbragt af Europa-Kommissionen antages moderselskaber, som står i spidsen for et foretagende, at have kontrol over alle foretagendets datterselskaber og vil dermed hæfte solidarisk for eventuelle datterselskabers overtrædelser inden for foretagendet.

Amerikanske domstole er heldigvis endnu ikke gået så vidt. Amerikanske domstole udviser generelt stor respekt for

det begrænsede ansvar for særskilt stiftede virksomheder, herunder datterselskaber inden for en koncern, i det mindste i den udstrækning reglerne og strukturerne for selskabsledelse overholdes nøje, og datterselskabet er tilstrækkeligt kapitaliseret og ikke plyndret eller på anden måde behandlet, som om det kun var en af moderselskabets divisioner. Når det kommer til erstatningsansvar, er flertalsprincippet ved domstolene i USA, at der kun bør foretages hæftelsesgennembrud, hvis datterselskabet kan anses for i realiteten ikke at have sin egen vilje, men i den grad domineres og styres af et moderselskab, at det bare gør, hvad det beordres.

Amerikanske domstole er dog noget mindre strenge, når det gælder anvendelsen af virksomhedernes adskilthed og principper om hæftelsesgennembrud i spørgsmålet om ekstraterritorial kompetence. Der er en irriterende grad af kompleksitet og uforudsigelighed i det amerikanske system omkring reglerne for, hvornår en domstol kan hævde personlig kompetence over et udenlandsk moderselskab baseret på "alter ego"-teorier. Dette skyldes først og fremmest, at disse regler varierer fra stat til stat og mellem føderale domstolsregioner, betegnet "circuits" (retsdistrikter). Amerikanske domstole har desuden et incitament til at lade opdagelse afgøre, hvorvidt en sag kan iværksættes. De lader til at være påvirket af en opfattelse af, at

det at hævde alter ego-kompetence er helt anderledes end at pålægge alter ego-ansvar, selvom standarderne for at gøre begge dele ligner hinanden meget, i det mindste overordnet set.

Vi har stor erfaring med at forfølge alter ego-ansvar og jurisdiktionsteorier. Denne brochure er baseret på disse tilfælde og har til formål at gøre multinationale juridiske afdelinger og deres eksterne rådgivere opmærksom på mulighederne for, at udenlandske multinationale selskaber kan organisere deres anliggender på en sådan måde, at de maksimerer muligheden for at undgå amerikanske domstoles kompetence. Dette kan igen hjælpe udenlandske moderselskaber med at undgå, at deres balancer trues af det amerikanske retssystem som følge af datterselskabers handlinger, uanset om de er amerikanske eller ej. En grundlæggende årsag til at inddrage datterselskaber separat i USA er at begrænse det ansvar, som udspringer af deres adfærd til deres *egen* nettoværdi og ikke udsætte affilierede selskaber for dette ansvar. Kompleksiteten i de overvejelser, som man må gøre sig omkring beskatning og selskabsledelse, kan imidlertid let medføre, at man overser vigtigheden af, at alle selskabets datterselskaber har et begrænset ansvar.

Personlig kompetence hos amerikanske domstole – baggrund

I USA skal en domstol have personlig kompetence over en sagsøgt for at kunne behandle påstande, der indgives mod den pågældende. Uden personlig kompetence kan en amerikansk domstol ikke dømme en sagsøgt. Hvis en domstol finder, at den ikke har kompetence over en sagsøgt, må den afvise sagsøgerens klage.

Når en udenlandsk virksomhed handler direkte i USA, og disse handlinger udsættes for en juridisk undersøgelse, findes der normalt jurisdiktion, og en amerikansk domstol vil have beføjelse til at behandle tvisten og afsige kendelse.

Når en udenlandsk virksomhed handler i udlandet, og dens ekstraterritoriale handlinger har tilsigtede, direkte og ikke-trivielle økonomiske konsekvenser i USA, vil der typisk også blive fundet jurisdiktion, hvis en part, der har lidt direkte skade, anfægter disse oversøiske handlinger ved en domstol.

Der er ikke noget specielt bemærkelsesværdigt ved sådanne styrende jurisdiktionsprincipper. De er velkendte i juridiske systemer i næsten alle lande, også i Europa. Den måde, udenlandske virksomheder kan undgå de amerikanske domstoles direkte kompetence på i sådanne situationer, er at undgå at udføre

handling direkte i USA og undgå at udføre handlinger *uden for* USA, der ville have væsentlige tiltænkte virkninger i USA. Dette kan være en udfordring på grund af handelens globale karakter, globale forsyningskæders karakter og den udbredte handel på internettet. At undgå denne form for direkte kompetence kan dog i en vis udstrækning styres ved at have en organisationsstruktur, som begrænser aktiviteter inden for og eksport til USA til bestemte datterselskaber (*f.eks.* kun datterselskaber baseret i USA eller dedikeret til eksport til USA) og for at sikre, at sådanne datterselskabers passiver ikke spredes til ikke-amerikanske aktionærer. Det er i princippet ganske enkelt. I praksis kan det være en udfordring, hvis det ikke forvaltes og overvåges omhyggeligt af de interne og eksterne juridiske teams i multinationale selskaber.

Amerikanske domstole kan udøve to former for personlig kompetence over sagsøgte virksomheder, både udenlandske og indenlandske: "Generel kompetence" og "specifik kompetence".

En domstol har *generel kompetence* over en sagsøgt, når sagsøgte er "hjemhørende" i det relevante forum. En sagsøgt anses typisk for at være "hjemhørende", hvor den pågældende er anmeldt eller primært driver virksomhed (såsom virksomhedens hovedsæde).

¹ Domstole kan også udøve personlig kompetence, hvis en sagsøgt accepterer eller frasiger sig retten til at gøre indsigelse og, hvis der er tale om en individuel sagsøgt, hvis sagsøgte gennemgår regulære retsprocedurer, mens han eller hun fysisk befinder sig i forumstaten. Vi beskæftiger os ikke med dette spørgsmål i nærværende dokument.

En domstols generelle kompetence afhænger ikke af, hvor sagsøgtes påståede ulovlige adfærd fandt sted, men af, hvor sagsøgtes virksomhed primært er beliggende. Så længe sagsøgte er ”hjemhørende” i forummet, har retten kompetence til at behandle påstande mod denne, uanset hvor i verden sagsøgtes påståede ulovlige adfærd fandt sted.

En amerikansk domstol har *specifik kompetence* over en sagsøgt, hvis sagsøgerens påstand ”opstår” inden for det forum, hvor domstolen er hjemhørende, dvs. , sagsøgtes adfærd eller sagsøgerens skade opstod i det relevante forum. Særlig kompetence eksisterer således kun, hvis der er et tilstrækkeligt forhold mellem den pågældende påstand (den påståede ulovlige adfærd eller skaden) og det forum, hvor sagen er anlagt. Dette kan være tilfældet, selvom sagsøgte ikke er ”hjemhørende” i forummet. En domstol kan for eksempel have særlig kompetence over en sagsøgt, hvis hovedvirksomhed ikke er beliggende i forummet, hvis sagsøgte aktivt beskæftiger sig med forretningsaktiviteter (*f.eks.* reklame) i det forum, der foranledigede den påståede skade, eller i forretningsaktiviteter udenfor forummet (*f.eks.* kontraktforhandlinger), der i forudsigelig og væsentlig grad forårsagede den påståede skade inden for forummet

(*f.eks.* gennemførelse af en kontrakt om et væsentligt salg af et defekt produkt i forummet).

Derfor kan en domstol have en specifik men ikke nogen generel kompetence over en sagsøgt. Den kan også have generel, men ingen specifik kompetence over en sagsøgt, eller den kan have både generel og specifik kompetence.

Grundlæggende principper for alter ego-lovgivningen

Sagsøgere, der anlægger sag ved en amerikansk domstol, udpeger ofte direkte og indirekte moderselskaber som sagsøgte i sager, der opstår som følge af et datterselskabs adfærd, selvom moderselskabet opererer helt uden for USA og ikke var involveret i den påståede ulovlige adfærd. Der er flere årsager til, at det sker. Eksempel: Sagsøgere og deres advokat kan gå efter dem, der har flest penge på lomme; de ønsker muligvis at true udenlandske virksomheder for at opnå et gunstigere eller tidligere forlig; eller det kan være tilfældet, at den part, der forårsager den påståede skade, er ubemidlet eller insolvent.

Ud over at anlægge sag mod det datterselskab, der rent faktisk har begået de påståede ulovlige handlinger, og mod de direkte eller indirekte udenlandske

² Mens ”forum” typisk henviser til staten kan det relevante ”forum” for nogle krav, der er indgivet i henhold til føderale love, såsom føderale antitrustlovgivning og andre krav i henhold til føderal lovgivning, være USA. I disse tilfælde har retten særlig kompetence, hvis sagsøgtes påståede adfærd forekom et hvilket som helst sted i USA. I nogle tilfælde kan ”forum” være et bestemt retsdistrikt.

moderselskaber, vil sagsøgerne også ofte udpege et amerikansk affilieret selskab som sagsøgt, selv om det ikke havde noget at gøre med den påståede ulovlige adfærd eller skade. En sagsøger kan gøre dette for at øge deres chance for at etablere personlig kompetence over det udenlandske moderselskab. Sagsøgerne giver for eksempel sig selv frihed til at hævde, at det udenlandske moderselskab/den udenlandske aktionær er underlagt den amerikanske domstols kompetence, både fordi (i) det amerikanske datterselskab, som domstolen har generel kompetence over, er et alter ego for det udenlandske moderselskab og/eller (ii) det datterselskab, der begik de påståede ulovlige handlinger, som domstolen har specifik kompetence over, er et alter ego af det udenlandske moderselskab.

De sagsøgende kan således forsøge at få dobbelt udbytte ved at etablere personlig kompetence over det udenlandske moderselskab baseret på alter ego-teorier. Derudover udvider og forbedrer de deres muligheder for jurisdiktionsopdagelse ved at have et grundlag for ikke blot at anmode om opdagelse af det udenlandske datterselskab, som påstås at være skyldigt, og det udenlandske moderselskab, men også af det amerikanske datterselskab.

Uanset om domstolen ser på alter ego-kompetence eller alter ego-ansvar, er hovedovervejelserne omtrent de samme. I hvert tilfælde undersøger domstolene spørgsmålet om virksomhedernes

adskilthed, selskabsledelse og adfærd inden for selskabet. I den forbindelse har de tendens til at se på en række forskellige faktorer, uden at der er nogen nævneværdig klarhed over, hvordan disse faktorer skal vægtes. Disse faktorer har tendens til at omfatte, men kan ikke være begrænset til, følgende type spørgsmål:

- Er datterselskabet 100 %ejet af moderselskabet?
- Er datterselskabet finansielt afhængigt af moderselskabet i alle eller de fleste henseender?
- Har moderselskab og datterselskaber de samme medarbejdere, virksomhedsledere eller bestyrelsesmedlemmer?
- Er moderselskab og datterselskab beskæftiget i samme virksomhedsaktiviteter og anvender samme aktiver?
- Udfører moderselskab og datterselskab samme opgaver for downstream kunder?
- Har moderselskab og datterselskab samme adresse og telefonnumre?
- Fremstår datterselskabet i forskellige henseender som moderselskab (brevpapir, visitkort, reklame- og marketingmateriale)?
- Har moderselskabet og datterselskabet helt separate regnskaber, selvangivelser, bankkonti og årsregnskaber?

- Hvis moderselskabet leverer diverse tjenesteydelser (juridiske, regnskabsmæssige eller andet) til datterselskabet, tilbagebetales disse korrekt til datterselskabet på armlængdevilkår, der er objektivt rimelige og i overensstemmelse med normal virksomhedspraksis?
- Udviser moderselskab og datterselskab et samlet marketing image?
- Har moderselskabet integreret sine salgs- og distributionssystemer med sine datterselskaber, så de ikke er lette at skelne fra hinanden?
- Behandler moderselskabet datterselskabets midler, som om de er dets egne?
- Styrer moderselskabets medarbejdere i det væsentlige datterselskabets aktiviteter i forskellige henseender (*f.eks.* salg, prissætning bestemmer forsyningsordninger, overfører efter ønske datterselskabets medarbejdere ind eller ud af andre forretningsenheder)?

I nogle jurisdiktioner ser domstolene ligeledes på det vage og subjektive spørgsmål om, hvorvidt overholdelse af et datterselskabs adskilthed ville "... give anledning til uretfærdigheder eller bedrageri", selv om dette er et hæftelsesgennembrud, der typisk indebærer et endeligt *aktionæransvar* og i mindre grad *alter ego-kompetence*.

Omend der ikke nødvendigvis er nogen bestemt faktor, som er disjunktiv, er de

vigtige faktorer dem, der har tendens til at antyde en konsekvent tilsidesættelse af virksomhedsformaliteter og -struktur, hvor det er åbenlyst, at den direkte eller indirekte aktionær behandler datterselskabet som en del af sin egen drift, i høj grad som en division.

Det amerikanske retssystem er ikke helt konsekvent med hensyn til anvendelsen af disse faktorer på grund af det føderale system, hvorunder jurisdiktioner er opdelt i 50 separate stater, flere føderale retsdistrikter og tretten separate føderale appelkredse. Amerikanske domstole har desuden i praksis stort råderum med hensyn til at fastslå, hvor meget bevis de afkræver en sagsøger for at etablere en *prima facie*-sag om personlig kompetence, herunder *alter ego*-kompetence. Dette kan føre til divergens og uforudsigelighed i resultaterne. I tilfælde, hvor de sagsøgte har anfægtet personlig kompetence, men hvor en domstol kun træffer afgørelse omkring spørgsmålet om personlig kompetence på grundlag af notater og erklæringer, har nogle domstole tilkendegivet, at sagsøgeren har en "forholdsvis lille" byrde med hensyn til at etablere en *prima facie*-sag om *alter ego*-kompetence. Hvor domstole derimod har besluttet eller aftalt at beordre jurisdiktionsopdagelse eller har et retsmøde om, hvorvidt der foreligger *alter ego*-kompetence, stiller domstole typisk krav om, at sagsøgeren skal påvise kompetence gennem en dominerende bevisbyrde.

Alt dette betyder, at i nogle dele af USA og under visse omstændigheder kan det være forholdsvis let for sagsøgerne at overtale en amerikansk domstol til at udøve kompetence over en fuldt ud udenlandsk virksomhed og pålægge dem store byrder i forbindelse med et eventuelt søgsmål, selv hvis disse moderselskaber ikke har nogen forretningsaktiviteter i USA og ikke havde noget at gøre med den påståede ulovlige adfærd.

Denne realitet giver igen følgende risiko: Hvis et datterselskab viser sig at være et alter ego for moderselskabet med henblik på at etablere personlig kompetence over moderselskabet, kan det blive meget svært for det søgte moderselskab senere at overbevise samme domstol om, at datterselskabet *ikke* er et alter ego for moderselskabet i *ansvarsojemed* (så datterselskabet ville blive udsat for hæftelsesgennembrud, og moderselskabet ville være ansvarligt for al ulovlig adfærd fra datterselskabets side). En konstatering af alter ego-kompetence kan med andre ord gøre det sværere at forhindre, at der findes alter ego-ansvar.

Det er derfor tilrådeligt at tænke grundigt over en strategi og taktik til at håndtere spørgsmål om alter ego-kompetence og -ansvar ved starten på eventuelle søgsmål. Stillingtagen i begyndelsen af søgsmålet, når omstændighederne muligvis stadig er dårligt forstået eller udviklet, kan have betydelige positive eller negative virkninger senere hen. Selv foruden alter

ego-teorier, er der altid en vis fare forbundet med at frasige sig sin ret til at anfægte jurisdiktion, og et udenlandsk selskab kan derfor ikke inddrage domstolens kompetence i et forsøg på for at bevise, at den hævdede jurisdiktion mangler. Dette er et modstridende og subtilt punkt, men er af stor betydning. At forudsige og håndtere problemet, *før* der opstår *nogen som helst* form for retstvist, er et lille forebyggende skridt, der kan være flere millioner værd senere.

Håndtering af risikoen for alter ego-kompetence og ansvar

I betragtning af den risiko og eksponering, som et moderselskabs balance udsættes for som følge af alter ego-principper, hvad enten det er vedrører kompetence eller ansvar, kan meget opnås og betydelig risiko undgås ved omhyggelig og korrekt forvaltning af selskabets struktur, ledelse og daglige drift inden for rammerne af en multinational virksomhed. Der er næppe tvivl om, at forvaltningen af disse spørgsmål henhører under den juridiske afdeling i ethvert stort multinationalt selskab. Og det vil muligvis ikke være nemt, da skatteafdelingen og dem, der er ansvarlige for organisatorisk ledelse, vil lægge pres på for at skabe ledelsesstrukturer og -ansvar, der går på tværs over virksomhedsmæssige og nationale grænser på forskellige måder. Og reorganisering i virksomheder lader til at være meget almindeligt. Enhver sådan reorganisering kan medføre

utilsigtet udsættelse for alter ego-kompetence. Offentlig registrering af værdipapirer og årsrapporter kan også give anledning til risiko på dette område.

Det centrale ved at håndtere problemet er at tage rimelige skridt til at etablere en virksomheds koncernstruktur og styre driften af hele virksomheden. I bund og grund betyder det, at man skal tage de nødvendige skridt for blot at give undgå at give indtryk af, at et moderselskab på uhensigtsmæssig vis forvalter eller i udpræget grad styrer driften af datterselskaber, der handler i eller eksporterer til USA. Jo mindre indflydelse et moderselskab generelt set har på sine datterselskabers daglige drift, jo mindre sandsynligt er det, at en domstol finder en prima facie-sag om alter ego-kompetence. Det betyder imidlertid ikke, at et moderselskab ikke kan styre sine datterselskabers aktiviteter. Det betyder blot, at styringen så vidt muligt skal finde sted gennem passende strukturerede kanaler, der udnytter forvaltningsstrukturer, som er oprettet gennem datterselskabets stiftelsesdokument og vedtægter, samt de forvaltningsstrukturer, der er oprettet gennem moderselskabets stiftelsesdokument og vedtægter. Med risiko for at overforenkle problemstillingen, jo mere et datterselskab giver indtryk af blot at være en opdeling af moderselskabet, jo større er risikoen for, at det vil blive betragtet som værende det samme som dets direkte eller indirekte moderselskaber.

Hvad betyder det i praksis? Vores erfaring på området antyder, at et multinationalt selskab, der driver virksomhed gennem datterselskaber i forskellige lande, kan tage flere skridt til at mindske risikoen for, at de udsættes for påstande om alter ego-kompetence og alter ego-ansvar. Herunder er angivet nogle af disse skridt. Ingen af disse skridt garanterer 100 % succes, og vi siger heller ikke, at man skal tage samtlige skridt for at undgå, at der findes alter ego-kompetence. Nedenstående punkter viser derimod en menu med ledelsesmæssige/juridiske valgmuligheder, der kan kombineres til at hjælpe med at svække og/eller afkorte alter ego-påstande, både i forbindelse med kompetence og ansvar.

Opretholdelse af virksomhedsformaliteter og adskiltheds

1. Overvej at oprettet og følge traditionelle selskabsledelsesordninger for hvert koncernselskab, såsom at danne en bestyrelse og få dem til at mødes regelmæssigt i overensstemmelse med vedtægter for at vedtage beslutninger, fastsætte politikker osv.
2. Hvis et moderselskab ønsker at fastsætte politikker for datterselskabet, bør det overvejes at gøre det gennem passende udpegede repræsentanter i datterselskabets bestyrelse eller, hvis det drejer sig om et anpartsselskab, gennem behørigt udpegede repræsentanter, der

- interagerer med datterselskabets direktion eller administrerende direktør.
3. Overvej at have separate regnskaber og bankkonti for hvert koncernselskab og indgive separate selvangivelser for hvert koncernselskab. Selv om det ikke er nødvendigt at udnytte separate uafhængige regnskabsfirmaer til at udarbejde årsregnskaber og skatteopgørelser, kan det være hensigtsmæssigt at bruge særskilte virksomheder for at demonstrere, at virksomhederne er adskilt.
 4. Overvej i de finansielle oversigter at påvise, at hver koncernvirksomhed, uanset om der foreligger en kontantpulje eller lignende ordninger, er tilstrækkeligt kapitaliseret til at betale sine gæld og drive virksomhed.
 5. Der skal udvises forsigtighed med at trække penge ud af et datterselskab. Prøv at oprette et system, hvor der overføres penge fra et datterselskab til et moderselskab, der betales og godkendes af datterselskabets ledelse på en måde, der gør det klart, at det ikke er moderselskabet, som ”tager” midlerne. Aktionærer forventes ofte at få udbetalt dividende og at blive refunderet for de tjenester, de yder. Andre ekstraktioner af midler fra et datterselskab kan karakteriseres som ”plyndring” og som, at datterselskabets aktiver behandles som ens egne.
 6. Overvej at træffe synlige foranstaltninger, der viser, at datterselskabernes aktiviteter er adskilt, herunder oprette separate fysiske faciliteter, separate telefonlinjer og adresselister og endda separate e-mail-domæner (f.eks. @companyUSA.com for amerikansk datterselskab vs. @companyEUR.com for europæisk datterselskab/moderselskab eller @company.com for moderselskab).
 7. På koncernniveau er markedsføringslogoer eller brandingslogos, såsom ”en global virksomhed”, meget almindelige og bør ikke i sig selv give et ”alter ego”-indtryk. Men sagsøgere vil opportunistisk pege på sådanne slogans og branding og hævde, at moderselskabet og dets datterselskaber blot er en stor virksomhed. Når du engagerer dig i en sådan global branding, bør du derfor overveje at gøre det klart i interne og eksterne dokumenter, at dette simpelthen er beregnet til at etablere et globalt brand, der repræsenterer en konsekvent kvalitet og et ensartet image på grundlag af overordnede principper og bedste praksis. Overvej at få en advokat til at gennemgå offentlige dokumenter om corporate branding for at sikre, at virksomhederne fremstår adskilt, og at der er taget hensyn til andre vigtige overvejelser.

Påvisning af autonomi

8. Hvis en udenlandsk virksomhed forvaltes ved hjælp af forretningsdivisioner eller udvalg, der har medlemmer fra hele koncernen, hvilket er meget almindeligt, så derpå forsøger at sikre, at offentlige og interne dokumenter afspejler, at sådanne udvalg og forretningsafdelinger forvalter spørgsmål vedrørende koncernen på højt niveau, mens den daglige drift af individuelle koncernselskaber helt og holdent foregår inden for den enkelte koncernvirksomhed.
9. Overvej at gøre autonomien i koncernens datterselskaber et fast element i både datterselskabernes og moderselskabets/koncernens politik, retningslinjer, håndbøger, protokoller, bedste praksis osv. Forsøg ikke at gøre indtryk af, at koncernselskaber kun er salgs- eller marketing-organisationer i moderselskabet.

Overvej for eksempel udtrykkeligt at forklare i sådant materiale, hvordan datterselskaber, uanset koncernens/moderselskabets politikker og retningslinjer, har og udøver et stort råderum til at afvige fra sådanne politikker og retningslinjer i deres daglige drift og at udføre sådanne daglige opgaver relativt uafhængigt, herunder men ikke begrænset til deres go-to-

market- og salgsstrategi, kundeforhold, lønafdeling og ansættelse af medarbejdere osv.

Omfattende kommunikation fra moderselskab til datterselskab vedrørende salg, marketing, reklame, prisfastsættelse og lignende kan give sagsøgerne ammunition til at hævde, at datterselskabets aktiviteter udføres af et direkte eller indirekte moderselskab. Forsøg at håndtere disse meddelelser, så de ikke fremstår som granulære direktiver, som der ikke kan laves om på. Det anbefales at lade politikker om sådanne emner udgå fra datterselskabets øverste ledelse, efter at den har fået vejledning fra behørigt autoriserede repræsentanter for aktionæren eller moderselskabet.

10. Undgå så vidt muligt at karakterisere koncernens ledelsesstrukturer på en måde, der kan tolkes som, at moderselskabet ”kontrollerer dagligdags opgaver” i koncernselskaber. At undgå en sådan ordlyd er især vigtig i offentligt registrerede eller offentligt tilgængelige dokumenter, *f.eks.* værdipapirregistrering, årsrapporter, kvartalsopgørelser, pressemeddelelser eller opkald vedrørende markedsanalyse osv.

Påvisning af

11. Overvej at tage bekræftende skridt for at påvise, at enhver betydelig leverance, distribution eller anden tjeneste inden for koncernen, som ikke henhører under salg, administration og generelle aktiviteter, (*f.eks.* fra moderselskab til datterselskab eller omvendt) ydes på armlængdevilkår som *f.eks.* gennemførelse af leverings- eller distributionsaftaler eller udtrykkelig formulering af tjenesten i overførselsprispolitik og vejledende dokumentation osv.

Håndtering af kommunikationsforbindelser inden for koncernen

12. Kommunikation fra moderselskabet til koncernens datterselskaber er ikke blot uundgåelig, men nødvendig for at kunne forvalte et konglomerat på fornuftig vis. Men overvej at oprette en struktur eller ”kommandovej”, hvorigennem det meste kommunikation og vejledning går fra moderselskabet til datterselskabet. En mere strømlinet tilgang, hvis det er praktisk muligt, vil bidrage til at undgå hyppig og udbredt kommunikation mellem utallige ansatte i moderselskabet og datterselskaberne, der kunne give indtryk af, at moderselskabet er involveret i en stor del af datterselskabets aktiviteter.
13. For at opnå den bedst mulige virkning, når man skal forsvare sig

mod alter ego-påstande, skal kommandovejen desuden helst følge strukturen i den juridiske enhed. Så i et scenarie, hvor der for eksempel er et endeligt moderselskab, et midlertidigt holdingselskab og et datterselskab, kan det overvejes at lade kommunikationsstrømmen gå fra et særligt udpeget ledelsesorgan hos moderselskabet til det relevante ledelsesorgan i holdingselskabet og ned til det relevante ledelsesorgan i datterselskabet. Når forskellige medarbejdere hos moderselskabet kommunikerer direkte med (og giver vejledning eller direktiver til) forskellige medarbejdere i datterselskabet, kan det give indtryk af, at selskabsenheder simpelthen ignoreres.

Jurisdiktionsopdagelse i USA

Vi har hjulpet udenlandske kunder gennem jurisdiktionsopdagelse, hvilket er værd at diskutere af mindst to grunde. Det er for det *første* en noget usædvanlig og modstridende procedure, som amerikanske domstole anvender, når de stiller krav til udenlandske virksomheder, som de slet ikke har etableret jurisdiktion over. Det sker i henhold til et sæt ”Federal Rules of Civil Procedure” (føderale regler om civil procedure) (eller tilsvarende statslige procedurer), som udenlandske domstole, udenlandske juridiske systemer og mange udenlandske selskaber ikke er bekendte med. *For det andet* kan det førnævnte materiale

ganske hurtigt blive relevant, ikke mindst under og i forbindelse med ”jurisdiktionsopdagelse”. En diskussion af denne proces vil således illustrere, hvordan vores anbefalinger ovenfor kan bidrage til at afbøde risikoen for alter ego-kompetence.

Når et sagsøgt moderselskab beslutter at afvise sagsøgerens sag på grund af manglende personlig kompetence, men retten mener, at sagsøgerens alter ego-påstande er sandsynlige eller etablerer en prima facie-sag, vil det ofte give sagsøgeren adgang til at foretage ”jurisdiktionsopdagelse” for at samle bevismateriale for at understøtte sine kompetencemæssige påstande. Denne jurisdiktionsopdagelse må ikke kun indskrænkes til alter ego-sager, men vil sandsynligvis også give sagsøgeren mulighed for at bevise relevante direkte kontakter mellem det udenlandske moderselskab og USA. Det betyder, at de ikke-amerikanske sagsøgte skal fremlægge interne dokumenter, vidner til at give vidneudsagn og svar på forespørgsler om en temmelig bred vifte af emner.

Sådan jurisdiktionsopdagelse kan blive ganske voldsomt og usædvanligt byrdefuldt. Det kan udvides til alle sagsøgte i koncernen, herunder det påståede skyldige datterselskab, ethvert amerikansk datterselskab og det udenlandske moderselskab eller en aktionær. De amerikanske civilretlige regler kræver, at parter fremlægger et ikke-privilegeret materiale, som

sagsøgte ”er i besiddelse af eller har kontrol over”, der med rimelighed kan føre til antagelige beviser vedrørende påstande eller forsvar, herunder personlig kompetence. Sagsøgeren vil næsten altid søge at udvide, hvad der formodes at være ”begrænset” jurisdiktionsopdagelse, til opdagelse, der vedrører sagens indhold, med det argument, at alter ego-spørgsmål, der vedrører jurisdiktion, overlapper med alter ego-spørgsmål, der vedrører ansvar. Dette er et ikke-trivielt argument og vil ofte føre til intense konflikter om jurisdiktionsopdagelsens rette størrelse og omfang. Det kan være en delikat sag at håndtere disse problemer, da en sagsøgt som nævnt ovenfor ikke ønsker at tabe et jurisdiktionsargument på et eller andet grundlag, som har tendens til i væsentlig grad at skade dennes alter ego-argument.

Alt dette rejser også spørgsmål om international comity. Burde amerikanske domstole ikke udvise mere tilbageholdenhed, når de pålægger drakoniske og unikke amerikanske opdagelsesprocesser i udlandet under sådanne omstændigheder? Det burde de nok, men amerikanske dommere har tendens til ikke at udvise tilbageholdenhed i de fleste tilfælde. Nu og i overskuelig fremtid har amerikanske domstole bred skønsbeføjelse til at tillade påtrængende jurisdiktionsopdagelse i udlandet uden nogen særlig frygt for negativ appelbehandling. Det betyder, at

moderselskaber ofte skal håndtere byrderne, omkostningerne, distraktionen og generel krænkende natur af en sådan opdagelse, hvilket kan tage måneder eller år og millioner af dollars.

I lyset af de potentielt betydelige omkostninger, byrder og ulemper ved jurisdiktionsopdagelse i forbindelse med sagens indhold, angiver vi nogle strategier, som udenlandske virksomheder kan overveje, når de ser frem til eller er involveret i jurisdiktionsopdagelse på ”alter ego”-grundlag eller andet.

- Hvis andre retslige procedurer i samme tvist allerede er under behandling i et andet land, bør det kraftigt overvejes at få sagen afvist på grund af forum non conveniens, inden der iværksættes jurisdiktionsopdagelse.
- Anlæg den holdning, at opdagelse vedrørende alter ego-teorier så vidt muligt bør være begrænset til de datterselskaber, der er sagsøgt i sagen, og ikke moderselskabet. De sagsøgte datterselskabers dokumenter burde trods alt vise, om de domineres eller styres af moderselskabet eller om de varetager deres daglige drift relativt uafhængigt. Opdagelsen af deres filer er mere snæver end opdagelsen af det udenlandske moderselskabs filer, fordi det udenlandske moderselskab formodentlig forvalter snesevis eller endog hundredvis af forskellige datterselskaber over hele verden, der

for de flestes vedkommende ikke har noget med sagen at gøre. En nyttig analogi til at illustrere dette punkt er at beskrive de sagsøgte datterselskaber som den ”smalle ende af tragten”, mens det udenlandske moderselskab repræsenterer den ”store ende af tragten.”

- Identificer på et tidligt tidspunkt diskrete sæt eller samlinger af dokumenter, der kan være dispositive med hensyn til at fastslå, at datterselskabet ikke er/var et alter ego af moderselskabet, men blev drevet selvstændigt, såsom referater fra bestyrelses- og direktionmøder eller dokumenter, der viser, at datterselskabet har egne regnskaber, skatteindberetninger, aktiver, telefonlinjer, adresser osv. En proaktiv fremstilling af sådan dokumentation kan hjælpe med at begrænse sagsøgernes krav om bredere og mindre fokuserede opdagelser (omend der ikke er garanti for det).
- Hvis retten er tilbøjelig til at tillade jurisdiktionsopdagelse, er det afgørende at overtale retten til i sin kendelse udtrykkeligt at anerkende, at en sådan jurisdiktionsopdagelse skal være meget mere begrænset end en almindelige opdagelse, da der ikke er etableret jurisdiktion over sagsøgte. Overvej at bede denne domstol om at begrænse opdagelsen til et vist antal uger eller måneder, et lille antal vidneudsagn, et lille antal dokumentdeponarer. Overvej også

at bede retten om at få sagsøgeren til at betale nogle eller alle omkostninger til ekstraterritorial opdagelse.

- Overvej nøje, om sagsøgerens advokater skal komme til dit hjemland, eller om du ønsker at få dem til at betale for at bringe vidner til USA eller et andet land, hvor deponeringer kan finde sted. Sørg for, at sagsøgerens advokat er forpligtet til ikke at forkynde nogen dokumenter for nogen vidner, der bringes til USA til jurisdiktionsopdagelse.
- Gør retten opmærksom på til den amerikanske højesterets opfordringer i sin *Aerospatiale*-beslutning om, at den skal være særlig opmærksom på at beskytte udenlandske sagsøgte imod urimelige byrder forbundet med opdagelse i udlandet, herunder ved at sikre, at parterne bruger mindre påtrængende opdagelsesmetoder, såsom forespørgsler i stedet for deponeringer eller brede dokumentanmodninger. Selvom distriktsdomstole ofte har set bort fra dette tilfælde, er det ikke desto mindre et potentielt kraftfuldt værktøj.
- Vær på vagt over for, og gør indsigelse mod, eventuelle opdagelsesanmodninger fra sagsøgeren, som er forklædte ”fisketure” ind i sagens indhold. Generelt har vi fundet det mere fordelagtigt at tvinge en domstol til at træffe afgørelse over for udenlandske tiltalte end at give efter, hvad angår vigtige spørgsmål om jurisdiktionsopdagelser, uden kamp. Man skal nu selvfølgelig være forsigtig med, hvor man går i offensiven, alt efter omstændighederne.
- Tving sagsøgeren til at fokusere på relevante tidsperioder, hvilket er forskelligt for generelle og specifikke kompetencekrav. For generelle kompetencekrav bør opdagelsen begrænses til den periode, der leder op til indgivelsen af klagen, mens opdagelsen af specifikke kompetencekrav bør begrænses til tidsrummet omkring den påståede ulovlige adfærd.
- Hvis du har stærke vidner hos datterselskaberne, der kan vidne om deres selvstændighed i det daglige arbejde, bør du opmuntre sagsøgeren til at tage deres deponeringer på et tidligt tidspunkt for at forsøge at foregribe dybere og mere tyngende opdagelser i udlandet.
- Hvis du i løbet af en jurisdiktionsopdagelse har at gøre med en noget tvetydig faktuel journal, bør du overveje at hente en ekspert i selskabsledelse, der over for retten kan forklare, hvorfor de faktiske omstændigheder, som sagsøgerne fremhæver for at understøtte deres alter ego-teorier, faktisk er helt i overensstemmelse med almindelig ledelsespraksis i internationale konglomerater og derfor ikke støtter alter ego-fund.

³ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. U.S. Dist. Ct. tilhørende the S. Dist. of Iowa*, 482 U.S. 522 (1987).

Konklusion

En udenlandsk virksomhed, der trækkes ind i det amerikanske retssystem på grundlag af anfægtelige krav om kompetence bør være meget omhyggelig med at vælge en strategisk forsvarlig handlingsplan på et tidligt tidspunkt. Der er mange faldgruber og fælder, der kan undgås gennem forudgående planlægning i overensstemmelse med de heri beskrevne retningslinjer. Ideelt set er det selvfølgelig bedst slet ikke at blive trukket ind i det amerikanske retssystem. Og det er uden tvivl et hovedmål at dæmme op for eventuelle ansvar, som eventuelle amerikanske datterselskaber udsættes for i

USA (eller datterselskaber dedikeret til eksport til USA). Et forsøg på at nå dette mål kan udmærket være den relativt beskedne omkostning værd, der er forbundet med at gennemføre politikker og ledelsespraksis, der har til formål at begrænse det amerikanske retssystems evne til at ramme moderselskabets balance. Som man siger i USA: ”en ounce forebyggelse er et pund helbredelse værd.” Vi håber, at denne brochure har givet nogle nyttige forslag i retning af dette mål.

Det ville glæde os at give eventuel rådgivning, som der måtte være behov for om dette vigtige emne.

Februar 2018

Axinn Antitrust Partners

Rachel Adcox

Washington, DC

Mark Alexander

Connecticut

Stephen Axinn

New York

Daniel Bitton

New York

John Briggs

Washington, DC

Richard Dagen

Washington, DC

Nicholas Gaglio

New York

John Harkrider

New York

Michael Keeley

Washington, DC

Jeny Maier

Washington, DC

Russell Steintal

New York

New York

114 West 47th Street

New York, NY 10036

T: 212.728.2200

F: 212.728.2201

Washington, DC

950 F Street, NW

Washington, DC 20004

T: 202.912.4700

F: 202.912.4701

Connecticut

90 State House Square

Hartford, CT 06103

T: 860.275.8100

F: 860.275.8101