

Navigering av amerikanska domstolars jurisdiktion

Februari 2018

Introduktion

Det är välkänt att amerikanska domstolar regelbundet utövar extraterritorial jurisdiktion över utländska personer och företag. Det här beror inte på att de amerikanska domstolarna tillämpar väsentligt olika jurisdiktionsregler än andra suveräna nationer: i de flesta nationer har domstolar jurisdiktion över utländska enheter där extraterritorialt beteende har betydande avsedda effekter i hemlandets jurisdiktion.

Det beror snarare på att det amerikanska systemet har flera särdrag som gör det till en mycket attraktiv plats för privata fordringsägare, såväl utländska och inhemska. Kanske viktigast bland dessa särdrag är tillgången på omfattande ”discovery” bestående av handlingar och vittnesmål, juryer som är vänligt inställda

till sökanden, grupptalan med möjlighet att träda ur gruppen, och många gånger bestraffande eller multipla skadestånd. Detta har lett till väldigt många privata rättstvister. Den stora volymen av privata yrkanden som involverar utländska enheter innebär att frågor om extraterritorialitet läggs fram inför amerikanska domstolar relativt ofta. Dessutom, i motsats till andra håll i världen, är det mycket oftare privata parter som uppmanar amerikanska domstolar att utöva extraterritorial jurisdiktion jämfört med från statens sida.

I detta sammanhang med alla dessa civilrättsliga tvister mot utländska enheter har en viktig trend växt fram som är av betydelse för många internationella företag. Sökandena uppmanar i allt högre

grad amerikanska domstolar att utöva extraterritorial jurisdiktion över utländska företag baserat på så kallade "alter ego"-teorier, även när dessa utländska företag inte har någon verksamhet i USA eller har något att göra med det påstådda felaktiga handlandet. Det finns olika varianter av dessa alter ego-teorier (*t.ex.* agentur, medverkan och liknande teorier) men alla handlar i allt väsentligt om att man inte ska ta hänsyn till företagsformen ("ansvarsgenombrott") hos ett dotterbolag som påstås ha begått någon oegentlighet och/eller ett dotterbolag som otvivelaktigt redan är föremål för domstolens jurisdiktion i domstolens forum.

I början av ett ärende hävdas ofta detta alter ego-argument som ett försök att fastställa en domstols jurisdiktion över det direkta eller indirekta utländska moderbolaget/aktieägaren i ett sådant dotterbolag. Om och när jurisdiktion har fastställts kommer sökandena att försöka ålägga medansvar för alla ursprungliga moderbolag för vilka jurisdiktion har fastställts. Detta tillvägagångssätt kan vara hotande och sätta mer än normal press på en utländsk svarande för att denne ska ingå förlikning redan innan jurisdiktionen har fastställts.

Dessutom brukar sökanden i allmänhet lyckas bra med att förmå amerikanska domstolar att bevilja dem "jurisdiktions-discovery", inklusive för utländska moderföretag, för att bevisa sina alter

ego-teorier redan innan det har fastställts att domstolen har personlig behörighet över dessa utländska moderbolag. Discovery-förfarandet kan vara omfattande och inbegripa både vittnesmål och överlämnande av handlingar. I princip alla fall går detta förfarande mycket längre jämfört med det överlämnande av bevismaterial (discovery) som skulle tillåtas i det här moderbolagets hemland. Faktum är att i många länder, är sådana påträngande krav på bevismaterial, både för att fastställa jurisdiktion eller annorledes strängt förbjudet, framförallt innan behörighet över svaranden har upprättats. Ändå tenderar amerikanska domstolar att bortse från denna verklighet och försätta utländska företag i en svår situation.

I viss utsträckning verkar det som att amerikanska sökanden försöka föra till Förenta staterna de praktiskt taget ovedersägliga antaganden om moderbolagets ansvar för ett dotterbolags handlande som antagits i konkurrensärenden av Europeiska kommissionen, Europeiska unionens tribunal och EG-domstolen. I kartellärenden som initieras av EG antas moderbolagen som styr ett företag ha kontroll över alla dotterbolagets handlanden och därmed vara solidariskt ansvariga för överträdelser som begås av dotterbolag inom företaget.

Som tur är har amerikanska domstolar inte gått så långt. I själva verket visar

amerikanska domstolar i allmänhet stor respekt för det begränsade ansvaret för avskilt bildade företag, inklusive dotterbolag inom en företagskoncern, åtminstone i den mån bolagsstyrningsreglerna och strukturerna noggrant följs och dotterbolaget är tillräckligt kapitaliserat och inte plundras eller på annat sätt behandlas som om en del av moderbolaget. När det gäller ansvar säger majoritetsregeln i Förenta staternas domstolar att ansvarsgenombrott (piercing of the veil) endast bör ske om man anser att dotterbolaget inte har någon egen verklig vilja, utan snarare domineras och kontrolleras av ett moderbolag; att det är som en manipulerad marionettdocka.

Amerikanska domstolar är dock något mindre strikta när det gäller tillämpning av företags avskildhet och principer om ansvarsgenombrott när det handlar om extraterritorial jurisdiktion. Det finns en irriterande grad av komplexitet och oförutsägbarhet i det amerikanska systemet kring de regler som styr när en domstol kan hävda personlig jurisdiktion över ett utländskt moderbolag baserat på alter ego-teorierna. Detta beror till stor del på att dessa regler varierar mellan olika delstater och mellan federala domstolsregioner, så kallade ”kretsar”. Men amerikanska domstolar har också en benägenhet att tillåta discovery-förfarandet för att avgöra om ett ärende kan gå vidare. De verkar påverkade av åsikten att hävdande av ”alter ego-

jurisdiktion” skiljer sig mycket från ålägga ”alter ego-ansvar”, även om normerna för båda, åtminstone ytligt sett, är mycket lika.

Vi har stor erfarenhet att processa om alter ego-ansvar och jurisdiktionsteorier. Den här broschyren baseras på den erfarenheten och tanken att de multinationella företagens juridiska avdelningar och deras externa rättsliga ombud ska bli medvetna om vad utländska multinationella företag kan göra för att organisera sin verksamhet för att så långt det är möjligt undvika de amerikanska domstolarnas behörighet. Detta kan i sin tur hjälpa utländska moderbolag att undvika att deras balansräkningar hotas av det amerikanska rättssystemet baserat på dotterbolagens handlingar, vare sig de är amerikanska eller icke-amerikanska. En grundläggande separat orsak för att bilda dotterbolag i Förenta staterna är att begränsa det ansvar som uppkommer från deras beteende till deras *egen* nettoförmögenhet och förhindra att anslutna bolag utsätts för dessa skulder. Men med tanke på hur komplexa skatte- och bolagsstyrningsöverväganden är så är det ganska lätt att bortse från hur viktigt det är att det begränsade ansvaret bevaras för samtliga av företagets dotterbolag.

Personlig jurisdiktion i de amerikanska domstolarna - Bakgrund

I Förenta staterna måste en domstol ha personlig behörighet över en svarande för att kunna höra talan mot denne. Utan personlig jurisdiktion kan en amerikansk domstol inte avkunna dom mot en svarande. Om en domstol finner att den inte har behörighet över en svarande, måste den ogilla sökandens klagomål.

När ett utländskt företag verkar direkt i Förenta staterna och dessa handlingar omfattas av juridisk granskning, kommer behörighet vanligtvis att fastställas, och en amerikansk domstol har då befogenhet att avkunna dom och höra rättstvisten.

När ett utländskt företag verkar utomlands och dess extraterritoriella handlande har avsedda, direkta och betydande ekonomiska konsekvenser i Förenta staterna, kommer vanligtvis också behörighet fastställas även klagomål framlägges beträffande dessa utomeuropeiska handlingar e en domstol av en direkt skadelidande part.

Sådana styrande jurisdiktionsprinciper är inte något anmärkningsvärt, utan de är något som rättssystemen i nästan alla länder, inklusive i Europa, är bekanta med. Vägen för utländska företag att undvika de amerikanska domstolarnas direkta behörighet i sådana situationer är

att undvika direkt agerande från företagets sida i Förenta staterna, och undvika agerande från företaget *utanför* USA som skulle medföra viktiga avsedda effekter inom Förenta staterna. Med tanke på handelns globala karaktär, de globala försörjningskedjornas karaktär och utbredningen av handeln på internet kan detta vara en utmaning. Undvikande av denna typ av direkt jurisdiktion kan dock i viss utsträckning hanteras genom att ha en organisationsstruktur som begränsar verksamheten inom och export till Förenta staterna till vissa dotterbolag (*t.ex.* bara dotterbolag baserade i USA eller som ägnar sig åt export till USA) och se till att sådana dotterföretags ansvar inte sprids till icke-amerikanska aktieägare. Det är egentligen ganska enkelt. I verkligheten kan det vara en utmaning om detta inte noggrant hanteras och övervakas av de multinationella företagens interna och externa rättsliga team.

Amerikanska domstolar kan utöva två typer av personlig jurisdiktion över företagssvaranden, både utländska och inhemska: "allmän jurisdiktion" och "särskild jurisdiktion".

En domstol har allmän jurisdiktion över en svarande när svaranden är "hemmahörande" i det relevanta forumet. I normala fall anses en svarandes hemvist vara där företaget bildades eller där det

¹ Domstolar kan också utöva personlig jurisdiktion om en svarande samtycker till eller avstår från rätten till invändningar och, när det gäller en enskild svarande, om svaranden delges genom den korrekta processen medan han eller hon fysiskt befinner sig i forumet. Den frågan tar vi dock inte upp i den här skriften.

har sitt främsta verksamhetsställe (*t.ex.* företagets huvudkontor).

En domstols *allmänna jurisdiktion* beror inte på var svarandes påstådda olagliga beteende ägde rum, utan snarare på var svarandens verksamhet huvudsakligen är belägen. Så länge svaranden är ”hemmahörande” i forumet är domstolen behörig att höra yrkanden mot den svarande, oavsett var i världen svarandens påstådda rättsstridiga beteende ska ha ägt rum.

En amerikansk domstol har *särskild jurisdiktion* över en svarande om kärandens yrkanden ”uppkommer” inom det forum där domstolen befinner sig, *dvs.*, svarandens beteende eller kärandens skada inträffade i det relevanta forumet. Särskild jurisdiktion föreligger således endast om det finns ett tillräckligt starkt samband mellan det ifrågavarande yrkandet (det påstådda rättsstridiga beteendet eller skadan) och det forum i vilket talan väcks. Detta kan vara fallet även om svaranden inte är ”hemmahörande” i forumet. Till exempel kan en domstol ha särskild jurisdiktion över en svarande vars huvudsakliga verksamhet inte sker i forumet om svaranden aktivt bedriver affärsverksamhet (*t.ex.* annonsering) i forumet som orsakade den påstådda skadan, eller affärsverksamhet utanför

forumet (*t.ex.* avtalsförhandlingar) som förutsägbart och huvudsakligen orsakade den påstådda skadan inom forumet (*t.ex.* fullgörandet av ett kontrakt för omfattande försäljning av en defekt produkt i forumet).

En domstol kan således ha särskild men inte någon allmän jurisdiktion över en svarande, den kan också ha allmän men ingen särskild jurisdiktion över en svarande, eller den kan ha både allmän och särskild jurisdiktion.

Grundläggande principer beträffande Alter Ego-lagen

Sökanden som väcker talan i en domstol i USA namnger ofta direkta och indirekta moderbolag som svarande i fall som uppstår genom ett dotterbolags beteende, även om moderbolaget är verksamt helt utanför USA och inte deltagit i det påstådda olagliga beteendet. Det finns flera anledningar till varför detta sker. Till exempel: sökanden och deras ombud kan tänkas rikta sig mot ”djupaste fickorna”. De kanske vill hota utländska företag för att utvinna en mer gynnsam eller tidigare uppgörelse, eller kanske den som orsakat den påstådda skadan är utan pengar eller insolvent.

Förutom att väcka talan mot dotterbolaget som faktiskt begått de

² Medan ”forum” vanligen syftar på delstaten, för vissa anspråk som åberopas enligt federala lagar, såsom federala antitrustlagar och andra yrkanden som uppstår enligt federal lag, kan det relevanta ”forumet” vara Förenta staterna. I dessa fall har domstolen särskild jurisdiktion om svarandes påstådda beteende inträffade någonstans i Förenta staterna. I vissa fall kan ”forumet” dessutom vara ett särskilt rättsområde eller domkrets.

påstådda olagliga handlingarna och mot de direkta eller indirekta utländska moderbolagen kommer sökanden också ofta att namnge ett amerikanskt närstående företag som svarande, även om det inte hade något att göra med det påstådda olagliga beteendet eller skadan. En sökande kan göra detta för att öka sina chanser att etablera personlig jurisdiktion gentemot det utländska moderbolaget. Exempelvis tar sig sökandena sig friheten att hävda att det utländska moderbolaget/aktieägaren är föremål för den amerikanska domstolens jurisdiktion både på grund av att (i) det amerikanska dotterbolaget, som domstolen har allmän jurisdiktion över, är ett alter ego för det utländska moderbolaget och/eller (ii) dotterbolaget som begått de påstådda olagliga handlingarna, som domstolen har särskild jurisdiktion över, är ett alter ego av det utländska moderbolaget.

Käranden kan således söka få ”två brett i äpplet” genom att upprätta personlig jurisdiktion över det utländska moderbolaget baserat på alter ego-teorierna. Dessutom breddar och förstärker de sina möjligheter till jurisdiktions-discovery genom att ha en grund för att begära detta bevismaterial, inte bara från det påstått skyldiga utländska dotterbolaget och det utländska moderbolaget utan även från den amerikanska närstående företaget.

Oavsett om domstolen tittar på alter ego -*jurisdiktion*, eller alter ego -*ansvar*, så är de viktigaste övervägandena något likartade. I varje fall granskar domstolen

frågan om hur avskilda företagen är, företagsstyrning och företagsinternt beteende. Därigenom tenderar de att titta på en rad olika faktorer, utan att det finns mycket klarhet om hur dessa faktorer bör vägas. Dessa faktorer tenderar att inkludera, men är inte nödvändigtvis begränsade till, saker som:

- Ägs dotterbolaget till 100 % av moderbolaget?
- Är dotterbolaget ekonomiskt beroende av moderbolaget i alla eller de flesta avseenden?
- Har moderbolaget och dotterbolagen samma arbetstagare, företagsledare eller styrelseledamöter?
- Driver moderbolaget och dotterbolaget samma typ av verksamhet och utnyttjar de samma tillgångar?
- Utför moderbolaget och dotterbolaget samma jobb för kunder längre ned i produktionskedjan?
- Har moderbolaget och dotterbolaget samma adress och telefonlinjer?
- Ger dotterbolaget på olika sätt intryck av att vara moderbolaget (brevpapper, visitkort, reklam och marknadsföringsmaterial)?
- Upprätthåller moderbolaget och dotterbolaget verkligen separata bokföringar, skattedeklarationer, bankkonton och finansiella rapporter?

- Om moderbolaget tillhandahåller olika sorters tjänster (som *t.ex.* juridisk, bokföring) till dotterbolaget, debiteras dessa sedan på korrekt sätt från dotterbolaget i enlighet med affärsmässiga villkor som är objektivt rimliga och förenliga med vanlig företagspraxis?
- Upprätthåller moderbolaget och dotterbolaget en enhetlig marknadsföringsbild?
- Har moderbolaget integrerat sina försäljnings- och distributionssystem med sina dotterbolag så att de inte är särskilt urskiljbara?
- Behandlar moderbolaget dotterbolagets penningmedel som sina egna?
- Kontrollerar moderbolagets anställda i stort sett dotterbolagets verksamhet i många avseenden (*t.ex.* försäljning, prissättning, bestämmer om leveranser och överförs dotterbolagets at-will-anställda mellan andra affärsenheter)?

Dessutom, tittar domstolarna i vissa jurisdiktioner på den vaga och subjektiva frågan om huruvida iakttagande av ett dotterbolags avskildhet skulle "... leda till orättvisor eller bedrägeri", även om det här är ett övervägande som gäller ansvarsgenombrott (corporate veil piercing) som vanligtvis handlar om den ultimata aktieägarens *ansvar*, och inte så mycket om alter ego *jurisdiktion*.

Medan ingen av dessa faktorer nödvändigtvis är utslagsgivande, så

är de viktiga faktorerna de som ger en bild av ständigt åsidosättande av företagsformaliteter och struktur vilket innebär att den direkta eller indirekta aktieägaren lätt kan anses behandla dotterbolaget som en del av sin egen verksamhet, ungefär som en division.

Det amerikanska rättssystemets stora skrifter är inte helt konsekvent vid tillämpning av dessa faktorer på grund av det federala systemet, är uppdelat i jurisdiktioner i 50 separata delstater, multipla federala förstainstans-distrikt och tretton separata federala domkretsar för överklagande. Dessutom har amerikanska domstolar i praktiken också ett stort utrymme för skönsässig bedömning av hur mycket bevis de kräver från en sökande för att fastställa ett prima facie-fall av personliga jurisdiktioner, inklusive alter ego-jurisdiktion. Detta kan leda till divergens och oförutsägbarhet. Till exempel, i fall där svaranden har bestridit den personliga jurisdiktionen men där en domstol fattar beslut beträffande personlig jurisdiktion s om endast grundar sig på skriftliga sammanfattningar (briefs) och förklaringar (declarations), har vissa domstolar uttryckt att kärandens börda är "relativt liten" för att erhålla ett fastställande om ett prima facie-fall beträffande alter ego-jurisdiktion. Å andra sidan, där domstolar har bestämt eller överenskommit att beordra jurisdiktions-discovery, eller håller en förhandling om huruvida alter ego-jurisdiktion existerar, så kräver domstolar

vanligtvis att käranden bevisar domstolsbehörighet med övervägande bevisning.

Allt detta innebär att i några delar av Förenta staterna och under vissa omständigheter kan det vara relativt enkelt för sökanden att övertyga en amerikansk domstol att fastställa jurisdiktion över ett fullständigt utländskt företag och ålägga dem den väsentliga börda som är förknippad med rättsliga förfaranden, även om sådana moderbolag inte har någon verksamhet i USA och inte hade något att göra med det påstådda olagliga beteendet.

Denna verklighet utgör i sin tur följande risk: Om det slås fast att ett dotterbolag är ett alter ego för moderbolaget i syfte att uppnå personlig jurisdiktion över moderbolaget, så kan detta bli en svår kamp för moderbolaget/svaranden senare för att övertyga samma domstol om att dotterbolaget *inte* är ett alter ego för moderbolaget vad gäller *ansvar* (dotterbolagets ansvar kan genombrytas och moderbolaget skulle då ha ansvar för dotterbolagets olagliga beteende). Med andra ord kan ett fastställande av alter ego-jurisdiktion göra det svårare att förhindra att ett eget ansvar fastställs.

Det är därför tillrådligt att noga tänka ut en strategi och taktik för att hantera alter ego-jurisdiktionen och de ansvarsfrågor som uppkommer vid alla rättstvister. Positioner som tagits i början av rättstvisterna, när parterna ännu inte har

full kännedom om fakta eller dessa ännu inte tagit fram fullständigt, kan ha betydande positiva eller negativa effekter längre fram. Till exempel, till och med bortsett från alter ego-teorierna, så finns det alltid en viss fara i att avstå från rätten att bestrida jurisdiktion, och ett utländskt företag kan inte ta upp domstolens jurisdiktion som en faktor för att bevisa avsaknaden av den ifrågasatta jurisdiktionen. Detta är en kontraintuitiv och subtil punkt, men en av stor betydelse. Ännu bättre är att förutse och hantera problemet *innan* det uppstår *några* rättstvister, eftersom vad som syns vara en detalj i förebyggandet kan vara värt miljoner senare.

Hantering av risken vid Alter Ego-jurisdiktion och -ansvar

Med tanke på den risk och exponering gällande moderbolagets balansräkning som följer av alter ego-principerna, oavsett om den baseras på jurisdiktion eller ansvar, kan mycket uppnås och stor risk undvikas genom att noggrant och korrekt hantera företagets struktur, styrelseformer och den dagliga verksamheten i ett multinationellt företag. Hanteringen av dessa frågor är säkerligen ett ansvar för den juridiska avdelningen på alla stora multinationella företag. Och förmodligen är det inte enkelt, eftersom det kommer att finnas tryck från skatteavdelningen och från de som ansvarar för organisationsstyrning om att skapa ledningsstrukturer och ansvarsområden som genomskär företag

och nationella linjer på olika sätt. Och frekventa omorganisationer av företag verkar ha blivit det normala. Varje sådan omorganisation kan leda till en oavsiktlig förändring av alter ego-jurisdiktionsexponering. Inlämnande av offentliga värdepapper och årsredovisningar kan också vara riskkällor inom detta område.

Det viktigaste för att hantera problemet är att vidta rimliga åtgärder för upprättande av företagskoncernens struktur och styrning av företagets beteende. Det innebär alltså att man vidtar åtgärder för att även undvika skenet av att ett moderbolag styr eller detaljstyr sina dotterbolag som driver affärsverksamhet i eller exporterar till Förenta staterna. I allmänhet kan sägas att ju mindre inflytandet ett moderbolag har över sina dotterbolags ”dagliga verksamhet”, desto mindre sannolikt är det att en domstol kommer att fastställa att detta är ett prima facie-fall av alter ego-jurisdiktion. Men det innebär inte att ett moderbolag inte kan sköta dotterbolagens angelägenheter. Det betyder bara att denna förvaltning måste, så långt det är rimligtvis möjligt, ske genom lämpliga strukturella kanaler som utnyttjar styrande strukturer som upprättats av dotterbolagets bolagsordning och stadgar, samt de styrande strukturer som fastställs av moderbolagets bolagsordning och stadgar. Med risk för en viss förenkling är att det så att ju mer intryck ett dotterbolag ger av att enbart vara en av

division av moderbolaget, desto större risk att det kommer anses vara samma enhet som dess direkta eller indirekta moderbolag.

Vad betyder detta i praktiken? Vår erfarenhet inom området föreslår att det finns flera åtgärder ett multinationellt företag som verkar via dotterbolag i olika länder kan vidta för att minimera sin exponering gentemot fordringar genom alter ego-jurisdiktion och alter ego-ansvar. Här nedan följer några sådana åtgärder. Ingen av dessa åtgärder garanterar absolut framgång, och vi menar inte att man måste vidta alla åtgärder för att undvika ett domstolsbeslut om alter ego-jurisdiktion. Punkterna nedan visar snarare en meny av alternativ beträffande ledning och juridiska frågor, där dessa i kombination kan hjälpa till att försvaga och/eller stoppa alter ego- fordringar, både i jurisdiktions- och ansvarsansende.

Bibehållande av företagets formalitet och avskildhet

1. Överväga att upprätta och följa traditionella bolagsstyrningssystem för varje koncernbolag, till exempel att upprätta en styrelse som håller regelbundna sammanträden i enlighet med stadgarna, för att fatta beslut, fastställa policyer etc.
2. Om ett moderbolag vill fastställa policy för dotterbolaget, överväg att göra det genom vederbörligen utsedda representanter i

dotterbolagets styrelse, eller om det är en en LLC, genom korrekt utsedda representanter som interagerar med dotterbolagets direktion eller verkställande direktör.

3. Överväg att upprätthålla separata finansiella rapporter och bankkonton för varje koncernbolag och lämna in separat skattedeklarationer för varje koncernbolag. Även om det kanske inte är nödvändigt att använda separata oberoende bokföringsföretag för upprättande av bokslut och skattedeklarationer, kan utnyttjande av separata företag vara ett bra sätt att påvisa företagens avskildhet.
4. Överväg att i de finansiella rapporterna visa upp, trots eventuell centralisering av kassaförvaltning (cash pooling) eller liknande arrangemang, att varje koncernbolag är tillräckligt kapitaliserat för att betala sina egna skulder och driva sin egen verksamhet.
5. Försiktighet bör vidtas vid uttag av pengar från ett dotterbolag. Försök att se till att alla eventuella pengar som går från ett dotterbolag till ett moderbolag betalas och auktoriseras av dotterbolagets ledning på ett sätt som gör det klart att dessa penningmedel inte bara ”tas” av moderbolaget. Ofta förväntar sig aktieägarna en utdelning, samt ersättning för tillhandahållna tjänster. Andra uttag av medel från dotterbolaget skulle kunna tolkas och

beskrivas som ”plundring” och att dotterbolagets tillgångar behandlas som de vore moderbolagets egna.

6. Överväg att vidta tydliga åtgärder för att visa hur avskild dotterbolagens verksamhet är. Skapa *t.ex.* avskilda fysiska lokaler, separata telefonlinjer och kataloger, och till och med separata e-postdomäner (*t.ex.* @companyUSA.com för amerikanska dotterbolag kontra @companyEUR.com för europeiska dotterbolag/ moderbolag eller @company.com för moderbolaget).
7. Samma försäljningslogon för hela koncernen eller varumärkesbärande ”branding” taglines, som ”ett företag över hela världen” är mycket v anliga och borde i sig själva inte skapa någon inferens av alter ego. Sökande kommer dock opportunistiskt att peka på sådana slogans och branding för att hävda att moderbolaget och dess dotterbolag helt enkelt är ett enda stort företag. Vid sådan global branding, överväg därför att klargöra i såväl interna som utåtriktade dokument att avsikten är helt enkelt att skapa ett globalt varumärke som representerar en konsekvent kvalitet och intryck som bygger på höga principer och bästa praxis. Låt gärna offentliga dokument om företags branding granskas av rättsligt ombud, med företagets avskildhet i åtanke, liksom andra viktiga överväganden.

Uppvisa självständighet

- Om ett utländskt företag styrs med hjälp av tvärgruppskommittéer eller affärsdivisioner, vilket är mycket vanligt, försök att se till att offentliga och interna dokument speglar att sådana kommittéer och affärsdivisioner hanterar koncernfrågor på hög nivå, medan styrningen av den dagliga verksamheter för de enskilda företagen inom koncernen helt tydligt ligger inom varje koncernbolags självständiga agerande.
- Överväg att skriftligt nedteckna koncerndotterbolagens självständighet, både i dotterbolagens och koncernens policydokument, riktlinjer, handböcker, etikregler, bästa praxis etc. Försök att undvika ge intryck av att koncernföretagen endast är moderbolagets försäljnings- eller marknadsvapen.

Tänk på att uttryckligen förklara i sådana material hur dotterbolag i sin dagliga verksamhet behåller och utövar avsevärd handlingsfrihet för avvikelser från sådana policyer och riktlinjer och att de kan driva sådan verksamhet relativt självständigt, trots policyer och riktlinjer på hög nivå. Detta omfattar men är inte begränsat till deras arbete med marknadsförings- och försäljningsstrategier, kundrelationer,

lön och anställning av personal, etc.

Omfattande kommunikation från moderbolag till dotterbolag avseende försäljning, marknadsföring, reklam, prissättning och liknande kan ge sökandena ammunition att hävda att dotterbolagets verksamhet utförs av ett direkt eller indirekt moderbolag. Försök att hantera denna kommunikation så att den inte ser ut som fasta direktiv som inte går att ändras. Överväg verkligen att ha policyer om sådana frågor som härrör från dotterbolagets ledning efter att dess ledande befattningshavare har fått vägledning av vederbörligen bemyndigade företrädare för aktieägaren eller moderbolaget.

- Försök att undvika att karaktäriseras som koncernstyrningsstrukturer som kan ge intrycket att moderbolaget "kontrollerar den dagliga verksamheten" hos koncernföretagen. Speciellt viktiga för att undvika sådan karakterisering är offentligt arkiverade eller tillgängliga dokument, såsom värdepappersinlämnanden, årsrapporter, kvartalsrapporter, pressmeddelanden eller analytiker samtal etc.

Uppvisande av affärsmässiga relationer på armlängds avstånd

- Överväg att ta kraftfulla steg för att uppvisa att alla eventuella

betydande koncerninterna leveranser, distribution eller andra tjänster som ej är SG&A (*t.ex.* från moderbolag till dotterbolag eller vice versa) tillhandahålls på armlängdsnivå, *t.ex.* genom upprättande av leverans- eller distributionsavtal eller genom att uttryckligen återspegla tjänsten i prissättningspolicier vid överföringar och praktikhandböcker etc.

Hantering av interna kommunikationslinjer inom koncernen

12. Kommunikationer från moderbolaget till koncernens dotterbolag är oundvikliga och faktiskt nödvändiga för att kunna styra ett konglomerat på ett bra sätt. Men överväg att upprätta en struktur eller ”kommandokedja” genom vilken de flesta kommunikationer och vägledning från moderbolag till dotterbolag kan gå. Ett mer strömlinjeformat tillvägagångssätt, om praktiskt möjligt, bidrar till att undvika frekventa och utbredda kommunikationer mellan ett stort antal anställda i moderbolaget och dotterbolagen, vilket kan ge intryck av att moderbolaget är involverat i en stor del av dotterbolagets verksamhet.
13. Vidare, för bästa försvar mot alter ego-påståenden bör kommandokedjan helst följa den juridiska enhetens struktur. Till exempel i ett scenario där det finns ett ultimatum moderbolag, ett interimistiskt holdingbolag och

ett dotterbolag, överväg att låta kommunikationen flöda från ett utsett verkställande organ inom moderbolaget, till den tillbörliga ledningsgruppen på Holdingbolaget, till den tillbörliga ledningsgruppen på dotterbolaget. När olika anställda hos moderbolaget direkt kommunicerar med (och ger vägledning eller riktlinjer till) olika anställda på dotterbolaget kan det ge intrycket att företagets enheter helt enkelt ignoreras.

Jurisdiktions-discovery i Förenta staterna

Vi har lotsat utländska kunder genom jurisdiktions-discovery och detta är något som är värt att diskutera av minst två skäl. *För det första*, är det ett något ovanligt och kontraintuitivt förfarande när amerikanska domstolar ta sig friheten att ställa krav på utländska företag över vilka de inte har fastställt någon jurisdiktion alls. De gör detta i enlighet med de federala civilprocessrättsliga reglerna (”Federal Rules of Civil Procedure”) (eller dess delstatliga motsvarigheter), något som utländska domstolar, utländska rättssystem och många utländska företag inte är bekanta med. *För det andra*, kan det material som diskuterats ovan ganska snabbt bli relevant och viktigt i förfarandet och sammanhanget av ”jurisdiktions-discovery”. En diskussion av den processen kommer således att illustrera hur våra rekommendationer ovan kan bidra till att mildra risken för att alter

ego-jurisdiktion.

När ett svarande moderbolag yrkar att sökandens ärende ska avvisas på grund av brist på personlig jurisdiktion, men domstolen anser att kändens alter ego-påståenden är rimliga eller upprättar ett prima facie-fall, kommer domstolen ofta att ge sökanden rätt till ”jurisdiktions-discovery” så att denne kan erhålla bevisning som stöd för sina juridiska påståenden. Denna jurisdiktions-discovery får inte anpassas snävt för efter ett alter ego-ärende, utan detta kommer sannolikt också att ge sökanden möjlighet att bevisa relevanta direkta kontakter mellan det utländska moderbolaget och Förenta staterna. Det betyder att de icke-amerikanska svarandena måste producera interna dokument, vittnen som förhör under ed (depositions) och svar på skriftliga frågor (interrogatories) gällande ett relativt stort antal ämnen.

Sådan jurisdiktions-discovery kan spreta åt många håll och innebära en mycket stor börda. Det kan sträcka sig till alla svarande inom koncernen, inklusive det påstådda skyldiga dotterbolaget, alla amerikanska dotterbolag och det utländska moderbolaget eller aktieägare. De amerikanska civilrättsliga reglerna kräver att parterna producerar allt material som inte är sekretessbelagt som de svarande har ”inom förvaring, innehav eller kontroll” och som skäligen kommer att leda till tillåten bevisning avseende yrkanden eller försvar, inklusive personlig jurisdiktion. De sökande kommer nästan

alltid att sträva efter att utvidga vad som kan förmodas vara ”begränsad” jurisdiktions-discovery till discovery som berör själva sakfrågan och argumentera för att *jurisdiktionella* alter ego-frågor sammanfaller med frågor om *ansvar* och alter ego. Detta är ett icke obetydligt argument, och leder ofta till intensiva ordväxlingar om den lämpliga storleken och omfattningen av detta jurisdiktions-discovery. Att hantera dessa problem kan vara ett känsligt område eftersom, som diskuterats ovan, en svarande vill inte förlora ett jurisdiktionsresonemang på ett sätt som tenderar att väsentligt skada dennes alter ego-ansvar.

Allt detta väcker också frågor om internationell hövlighet beträffande nationers vänskapliga erkännande av varandras lagar och institutioner. Bör amerikanska domstolar inte visa sig mer restriktiva när det gäller att införa drakoniska och unika amerikanska bevisprocesser som discovery utomlands under sådana omständigheter? Förmodligen är det så, men amerikanska domare tenderar att inte vara direkt återhållsamma i de flesta fall. Nu och under överskådlig framtid har de amerikanska domstolarna ett brett utrymme för skönsmässiga bedömningar av huruvida de ska tillåta det påträngande förfarandet med jurisdiktions-discovery utomlands utan att vara speciellt oroade för någon negativ granskning vid överklagande. Det betyder att moderbolag ofta måste ta itu med den börda som kostnaderna, distractionen och generella anstötligheten som sådan

begäran om discovery innebär, vilket kan ta månader eller år och kosta miljoner dollar.

Med tanke på de potentiellt betydande kostnaderna, bördorna och riskerna med jurisdiktions-discovery beträffande själva sakfrågan i ärendet, följer här några strategier som utländska företag kan beakta då man förutser eller har att göra med jurisdiktions-discovery med anledning av alter ego eller annat.

- Om andra rättsliga förfaranden i samma tvist redan pågår i ett annat land, överväg starkt att yrka på ogillande för talan på grund av *forum non conveniens* innan förfarandet med jurisdiktions-discovery påbörjas.
- Ha den inställning discovery kring alter ego-teorier bör så långt som möjligt begränsas till de dotterbolag som är svarande i ärendet, och inte involvera moderbolaget. Dotterbolagens handlingar bör trots allt uppvisa om de domineras eller kontrolleras av moderbolaget eller snarare driver sina dagliga angelägenheter relativt självständigt. Discovery av deras pärmar och arkiv är mindre jämfört med det material som finns i det utländska moderbolagets arkiv, eftersom det utländska moderbolaget förmodligen hanterar dussintals, om inte hundratals olika dotterbolag runt om i världen, varav de flesta inte har någonting att göra med fallet. En bra analogi för att illustrera den punkten är att beskriva dotterbolagen som svarande, som den

”smala änden av tratten”, medan det utländska moderbolaget representerar den ”breda änden av tratten”.

- Identifiera tidigt diskreta uppsättningar eller förvar av dokument som kan vara dispositiva för att fastställa att dotterbolaget är/var *inte* ett alter-ego av moderbolaget utan drivs självständigt. Det kan vara protokoll från styrelsesammanträden och verkställande möten eller dokument som visar att dotterbolaget förvarar sina egna bokföringshandlingar, inlämnade skattedeklarationer, tillgångar, telefonlinjer, adresser etc. Proaktiv produktion av sådana arkiv kan hjälpa till att hejda kärandenas bredare mindre fokuserade krav på discovery (även om det inte finns någon garanti för detta).
- Om domstolen är benägen att tillåta jurisdiktions-discovery är det viktigt att uttryckligen övertyga domstolen så att det i beslutet slås fast att sådant jurisdiktions-discovery ska vara mycket mer begränsat än det normala ingivandet av bevismaterial, eftersom det ännu inte har fastställts om domstolen har behörighet över svaranden eller inte. Överväg att be domstolen om begränsning av tiden för discovery till ett visst antal veckor eller månader, några få vittnesmål under ed; några få dokumentansvariga. Överväg också att begära att domstolen ska beordra att sökanden ska betala en viss del eller hela kostnaden för extraterritorial discovery.

- Överväg noga om du bör tillåta att sökandens advokater kommer till ditt hemland, eller om du hellre vill att de ska betala för att vittnen ska komma till Förenta staterna eller ett annat land där vittnesmålsupptagning under ed kan äga rum. Se till att sökandens advokat inte tillåts delge några handlingar till vittnen som förts till Förenta staterna angående jurisdiktions-discovery.
- Informera domstolen om den amerikanska högsta domstolens förmaningar i sitt beslut i målet *Aerospatiale* att domstolen måste vara särskilt noga med att skydda utländska svaranden mot otillbörliga bördor beträffande discovery från utlandet, bland annat genom att se till att parterna använder mindre påträngande metoder för discovery, såsom skriftliga frågor (interrogatories) i stället för vittnesmål under ed (depositions) eller breda skriftliga frågor. Även om de federala domstolarna i stor utsträckning ofta bortser från det fallet kan det ändå vara ett potentiellt kraftfullt verktyg.
- Var uppmärksam på och protestera mot alla eventuella förfrågningar om jurisdiktions-discovery kändanden som är förtäckta fiskeexpeditioner gällande själva sakfrågan. I allmänhet har vi funnit det mer fördelaktigt att tvinga en domstol att fatta beslut mot utländska svaranden än att gå med på att överlämna jurisdiktions-discovery utan kamp. Men självklart måste man välja sina strider på grund av omständigheterna.
- Tvinga kändanden att fokusera på relevanta tidsperioder, vilka är olika för de allmänna och särskilda jurisdiktionskraven. För allmänna jurisdiktionskrav bör discovery vara begränsat till den tidsperiod som leder fram till att talan väcktes, medan kraven beträffande särskild jurisdiktion bör begränsas till tidsperioden kring det påstådda olagliga beteendet.
- Om du har starka vittnen på dotterbolagen som kan vittna om deras självständighet i den dagliga verksamheten, pressa kändanden på att genomföra sina vittnesmålsupptagningar under ed tidigt, för att därmed försöka förhindra djupare och mer omfattande discovery från utlandet.
- Om du under en förfarandet jurisdiktions-discovery hanterar en något tvetydig urkund, överväg att anlita en expert på företagsstyrning som kan förklara för domstolen varför de fakta som sökanden lyfter fram för att stödja deras teorier om alter ego faktiskt överensstämmer med vanliga styrningsmetoder av internationella konglomerat och därmed stöder detta inte påståendet om alter ego.

³ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale vs. USA Dist. Ct., i Iowas södra distrikt*, 482 U.S. 522 (1987).

Slutsats

Ett utländskt företag som dras in i det amerikanska rättssystemet på grundval av yrkanden om jurisdiktion som kan bestridas, bör vara mycket noga med att tidigt fastställa en strategiskt sund handlingsplan. Det finns många fallgropar och fällor som kan undvikas med förberedande planering enligt de linjer som anges här. Naturligtvis undviker man helst helt och hållet att dras in i det amerikanska rättssystemet. Och utan tvekan är det en huvudsaklig målsättning att begränsa allt ansvar som uppstår i Förenta staterna till något amerikanskt dotterbolag (eller dotterbolag som ägnar sig åt att exportera

till USA). Att söka uppnå detta mål kan verkligen vara värt den relativt blygsamma kostnaden för att genomföra policyer och styrningsmetoder som syftar till att begränsa det amerikanska rättssystemets förmåga att försämra moderbolagets balansräkning. Som det gamla ordspråket säger: ”det är bättre att förekomma än att förekommas.” Vi hoppas att denna broschyr har gett några användbara förslag beträffande denna målsättning.

Vi vill gärna tillhandahålla sådan rådgivning som kan vara till hjälp beträffande detta viktiga ämne.

Februari 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 Steinthal

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