

Comment gérer les questions de compétence des tribunaux américain

Février 2018

Introduction

Il est bien connu que les tribunaux américains exercent régulièrement une compétence extraterritoriale à l'égard de personnes physiques et morales étrangères. Cela n'est pas dû au fait que les tribunaux américains appliquent des règles de compétence substantiellement différentes des règles appliquées par d'autres nations souveraines car, dans la plupart des nations, les tribunaux exercent leur compétence à l'égard d'entités étrangères lorsque la conduite extraterritoriale a un effet non trivial prévu dans la juridiction d'origine.

En réalité, le système américain a certaines particularités très attirantes pour les demandeurs privés, qu'ils soient étrangers ou non. L'une de ces particularités les plus saillantes est l'ampleur des mesures d'instruction in futurum pour obtenir des preuves

documentaires et des témoignages, la présence de jurys généralement bien disposés envers les demandeurs, les actions collectives en mode « opt-out », c'est-à-dire au sein desquelles les demandeurs sont inclus à défaut de refus explicite, et la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts punitifs au double, voire au triple dans de nombreux cas. Cette situation a abouti à la multiplication des contentieux privés. Le volume colossal de demandes privées impliquant des entités étrangères signifie que les questions d'extraterritorialité sont fréquemment présentées devant les tribunaux américains. De plus, ce qui est unique au monde, les tribunaux américains sont bien plus souvent saisis par des parties privées que par les instances gouvernementales pour exercer leur compétence extraterritoriale.

En raison du grand nombre d'actions privées intentées contre des entités étrangères, une tendance revêtant une certaine importance pour de nombreuses sociétés internationales a vu le jour. Les demandeurs demandent de plus en plus aux tribunaux américains d'exercer leur compétence extraterritoriale à l'égard de sociétés étrangères en se fondant sur le principe de la « société alter ego », même lorsque ces sociétés étrangères n'exercent pas leurs activités aux États-Unis et n'ont aucun rapport avec la conduite faisant l'objet du litige. Ce principe de la société alter ego se décline en plusieurs formes (*p. ex.* relation de mandant-mandataire, instrumentalité et théories connexes), mais consiste essentiellement à ignorer la forme juridique (« levée du voile corporatif ») d'une filiale accusée d'avoir commis une action ou d'une filiale déjà incontestablement soumise à la compétence du tribunal.

Dès le début d'une affaire, ce principe de levée du voile corporatif est souvent invoqué pour établir la compétence d'un tribunal à l'égard de la société mère ou de l'actionnaire direct ou indirect de cette filiale. Une fois la compétence établie, le cas échéant, les demandeurs cherchent à imposer une responsabilité indirecte à la société mère soumise à cette compétence. Cette approche peut être menaçante et soumettre un défendeur étranger à une pression extraordinaire pour régler le litige avant même que la question de la compétence n'ait été tranchée.

De surcroît, les demandeurs obtiennent généralement gain de cause auprès des

tribunaux américains, qui leur accordent une « *jurisdictional discovery* », y compris pour des sociétés mères étrangères, afin qu'ils soient en mesure de justifier la levée du voile corporatif avant même que la compétence personnelle du tribunal à l'égard de la société mère étrangère n'ait été établie. Cette mesure d'instruction *in futurum*, ou « *discovery* », peut être ample et inclure des productions de témoignages et de documents. Dans pratiquement tous les cas, cette mesure va bien au-delà de ce qui aurait été permis dans le pays où la société mère ciblée est domiciliée. De ce fait, dans de nombreux pays, ces mesures intrusives sont rigoureusement interdites, notamment auprès de la juridiction dont la compétence a été établie pour le défendeur. Cependant, les tribunaux américains ne font aucun cas de cette réalité et mettent ainsi les sociétés étrangères dans une position difficile.

Dans une certaine mesure, les demandeurs américains semblent vouloir faire valoir aux États-Unis la présomption irréfragable de responsabilité d'une société mère pour les actions de ses filiales, présomption qui a été adoptée par la Commission européenne, le Tribunal et la Cour de justice de l'Union européenne dans des affaires de concurrence. Dans les affaires de cartel traitées par la CE, il est présumé que les sociétés mères à la tête d'une entente contrôlent les actions de toutes les filiales participant à l'entente, et donc conjointement et séparément responsables des infractions de ces filiales.

Heureusement, les tribunaux américains n'ont pas été aussi loin. De ce fait, les tribunaux américains font généralement preuve d'un grand respect à l'égard du principe de responsabilité limitée de sociétés séparées, y compris quand il s'agit de filiales d'un même groupe de sociétés, sous réserve, bien entendu, que les règles et les structures de gouvernance soient rigoureusement suivies, que la filiale dispose de fonds suffisants, et qu'elle ne soit pas pillée par la société mère ou traitée comme une simple division de cette dernière. En rapport avec la responsabilité, la règle la plus souvent appliquée par les tribunaux des États-Unis est que le voile corporatif ne peut être levé que s'il est possible de considérer que la filiale n'a pas de véritable volonté en soi, mais qu'elle est dominée et contrôlée par une société mère comme une marionnette au bout d'un fil.

Les tribunaux américains sont toutefois moins rigoureux lorsqu'il s'agit d'appliquer les principes de séparation juridique et de levée du voile corporatif à la question de la compétence extraterritoriale. Il est fâcheux d'observer la complexité et l'imprévisibilité des règles permettant d'apprécier la compétence personnelle d'un tribunal à l'égard d'une société mère étrangère en vertu du principe de levée du voile corporatif au sein du système américain. Cela est notamment dû au fait que ces règles varient selon l'État et selon les régions des tribunaux fédéraux, ou « circuits ». De plus, les tribunaux

américains sont propices aux mesures d'instruction in futurum pour déterminer s'ils doivent donner suite à une affaire. Ils semblent influencés par l'opinion selon laquelle l'affirmation de la compétence en vertu du principe de levée du voile corporatif n'est pas du tout équivalente à l'imposition de la responsabilité en vertu de ce même principe, bien que les normes orientant le processus sont les mêmes dans les deux cas, tout au moins en surface.

Nous avons une grande expérience dans les affaires liées à la responsabilité et la compétence en vertu du principe de levée du voile corporatif. Cette brochure, qui a été élaborée à partir de cette expérience, est destinée à sensibiliser les services juridiques et les avocats extérieurs des sociétés multinationales aux opportunités se présentant d'organiser leurs affaires de façon à réduire au minimum le risque d'être soumises à la compétence des tribunaux américains. Cela peut ainsi aider les sociétés mères étrangères à soustraire leurs résultats à la menace du système judiciaire américain en raison des actions de leurs filiales, qu'elles soient implantées aux États-Unis ou ailleurs. Par ailleurs, une autre raison fondamentale de créer des filiales aux États-Unis est de limiter la responsabilité issue de la conduite des sociétés mères à leur propre valeur nette et donc de ne pas exposer les filiales à cette responsabilité. Ceci dit, compte tenu de la complexité des enjeux fiscaux et administratifs, il est facile de perdre de vue l'importance de maintenir la responsabilité limitée de toutes les filiales.

Compétence personnelle au sein des tribunaux américains : généralités

Aux États-Unis, un tribunal doit avoir compétence personnelle à l'égard d'un défendeur pour pouvoir entendre toute demande portée à son encontre. Sans cette compétence personnelle, le tribunal américain n'est pas en mesure de rendre un jugement à l'encontre d'un défendeur. Si un tribunal juge ne pas être compétent à l'égard d'un défendeur, il doit rejeter la plainte du demandeur.

Lorsqu'une entreprise étrangère agissant directement aux États-Unis fait l'objet d'un examen judiciaire, la compétence du tribunal américain est généralement établie et ce dernier peut siéger et rendre jugement dans le cadre du litige.

De plus, lorsque les agissements extraterritoriaux d'une entreprise étrangère donnent lieu à des conséquences prévues, directes et non triviales aux États-Unis, la compétence du tribunal américain est généralement aussi établie si ces agissements sont remis en cause auprès du tribunal par une partie directement lésée.

Ces principes régissant la compétence ne sont pas particulièrement remarquables, car ils sont appliqués par les systèmes judiciaires de presque tous les pays, y compris en Europe. Pour se soustraire à la compétence directe des tribunaux américains dans ce genre de situation, les sociétés étrangères doivent non seulement éviter tout agissement *aux* États-Unis,

mais aussi éviter tout agissement *en dehors* des États-Unis ayant des effets substantiels prévus aux États-Unis. Compte tenu de la nature internationale des échanges commerciaux, de l'envergure des chaînes d'approvisionnement et de l'omniprésence du commerce sur Internet, cela peut être un véritable défi. Il est toutefois possible, dans une certaine mesure, de se soustraire à une compétence directe en mettant en place une structure organisationnelle limitant l'activité et les exportations aux États-Unis à certaines filiales (p. ex. uniquement aux filiales implantées aux États-Unis ou se consacrant aux exportations vers les États-Unis), et en prenant des mesures pour que la responsabilité de ces filiales ne s'étende pas aux actionnaires non américains. En principe, cela est assez simple. Cependant, dans la pratique, cela peut poser certaines difficultés si le processus n'est pas géré et supervisé avec soin par les équipes juridiques internes et externes des multinationales concernées.

Les tribunaux américains peuvent exercer deux catégories de compétence personnelle à l'égard de sociétés défenderesses, qu'elles soient étrangères ou non : la « compétence générale » et la « compétence particulière ».¹

Un tribunal a *compétence générale* à l'égard d'un défendeur lorsque ce dernier se trouve « à son domicile » dans le territoire du tribunal. En général, le « domicile » d'un défendeur correspond au lieu où la société a été constituée ou au

¹ Les tribunaux peuvent également exercer une compétence personnelle si un défendeur consent ou renonce au droit de faire opposition et, dans le cas d'un défendeur individuel, si tous les documents nécessaires lui sont signifiés en bonne et due forme pendant qu'il se trouve présent dans l'État du tribunal. Nous n'abordons pas cette question dans le présent document.

lieu auquel il exerce l'essentiel de ses activités (par exemple l'endroit où se trouve son siège social).

La compétence générale d'un tribunal ne dépend pas de l'endroit où la conduite illégale du défendeur aurait eu lieu, mais plutôt de l'endroit où est implanté son entreprise. Tant que le « domicile » du défendeur est soumis à la compétence du tribunal, ce dernier peut entendre toute demande portée à son encontre, quel que soit l'endroit du monde où la conduite illégale du défendeur aurait eu lieu.

Un tribunal américain a une *compétence particulière* à l'égard d'un défendeur si la demande « surgit » au lieu de résidence du tribunal, *c'est-à-dire* si la conduite du défendeur ou le préjudice subi par le demandeur se produit en ce lieu.² La compétence particulière n'existe donc que s'il y a un lien suffisant entre la demande en question (la conduite prétendument illégale ou le soi-disant préjudice) et l'endroit auquel l'action est intentée. Cela peut être le cas même si le défendeur n'a pas son « domicile » à l'endroit soumis à la compétence du tribunal. Par exemple, un tribunal peut avoir compétence particulière à l'égard d'un défendeur dont l'entreprise ne se trouve pas sur le territoire soumis à sa compétence si le défendeur a activement exercé des activités commerciales (p. ex. des activités publicitaires) sur le territoire de compétence de la juridiction, ces activités ayant causé le préjudice faisant l'objet de la demande, ou s'il a exercé des activités

commerciales ailleurs (p. ex. négociations de contrat) mais que ces activités ont, de façon prévisible et substantielle, causé le préjudice faisant l'objet de la demande sur ce territoire (p. ex. signature d'un contrat donnant lieu à des ventes substantielles d'un produit défectueux sur le territoire).

De ce fait, un tribunal peut avoir compétence particulière mais non générale à l'égard d'un défendeur, ou compétence générale mais non particulière, ou encore les deux.

Principes fondamentaux des lois régissant la levée du voile corporatif

Les demandeurs intentant une action auprès des tribunaux américains désignent souvent les sociétés mères directes et indirectes comme défenderesses dans les affaires impliquant la conduite d'une filiale, même si la société mère exerce ses activités en dehors des États-Unis et n'a pas participé à la conduite prétendument illégale. Cette situation est attribuable à plusieurs facteurs. Par exemple, les demandeurs et leurs avocats peuvent vouloir s'en prendre à ceux qui ont le plus d'argent ou menacer des entreprises étrangères pour aboutir à un règlement favorable ou précoce, et il peut aussi arriver que la partie responsable du préjudice n'ait pas d'argent ou soit insolvable.

En plus d'intenter un procès à la filiale ayant commis une action prétendument

² Bien que le terme « territoire de compétence » désigne généralement un État particulier, dans le cas de certaines demandes déposées en vertu des lois fédérales, telles que les lois fédérales régissant la concurrence, ce territoire peut englober tous les États-Unis. Dans ces cas, le tribunal a compétence particulière si la conduite alléguée du défendeur s'est produite n'importe où aux États-Unis. Par ailleurs, dans certains cas, le territoire de compétence peut être un district ou un circuit judiciaire particulier.

illégal et à sa société mère directe ou indirecte, les demandeurs désignent souvent les sociétés affiliées aux États-Unis comme défenderesses, même si elles n'ont rien à voir avec la conduite ou le préjudice en question. Un demandeur a parfois pour objectif d'augmenter la probabilité que la compétence personnelle à l'égard de la société mère soit établie. Par exemple, les demandeurs se permettent de soutenir que la société mère ou l'actionnaire étranger est soumis à la compétence des tribunaux américains du fait que (i) la filiale américaine à l'égard de laquelle le tribunal a compétence *générale* est en réalité un alter ego de la société mère et (ii) la filiale ayant commis l'action prétendument illégale et qui est soumise à la compétence *particulière* du tribunal est un alter ego de la société mère étrangère.

Les demandeurs peuvent alors chercher « le beurre et l'argent du beurre » en établissant la compétence personnelle à l'égard de la société mère étrangère en vertu du principe de levée du voile corporatif. De plus, ils élargissent et renforcent leurs opportunités d'obtenir la « jurisdictional discovery » en pouvant alors demander une mesure d'instruction *in futurum* non seulement pour la filiale étrangère accusée et la société mère étrangère, mais aussi pour la société affiliée aux États-Unis.

Lorsque les tribunaux se fondent sur le principe de levée du voile corporatif, qu'il s'agisse d'apprécier la *compétence* ou la *responsabilité*, les répercussions sont à peu près les mêmes. Dans chaque cas,

les tribunaux examinent la question de séparation des structures juridiques, de gouvernance d'entreprise et de conduite intragroupe. Ce faisant, ils se penchent généralement sur divers facteurs, sans indication claire et précise sur la valeur de chacun de ces facteurs. Ces facteurs sont souvent les suivants, entre autres :

- La société mère détient-elle la filiale à 100 % ?
- La filiale dépend-elle financièrement de la société mère à tous ou presque tous égards ?
- La société mère et la filiale ont-elles les mêmes employés, dirigeants ou membres du conseil d'administration ?
- La société mère et la filiale exercent-elles la même activité en ayant recours aux mêmes actifs ?
- La société mère et la filiale réalisent-elles les mêmes travaux pour les clients finaux ?
- La société mère et la filiale ont-elles la même adresse et les mêmes lignes téléphoniques ?
- La filiale donne-t-elle l'impression, d'une façon ou d'une autre, qu'elle est la société mère (papiers d'en-tête, cartes de visite, supports publicitaires et marketing) ?
- La société mère et la filiale ont-elles des livres comptables, des déclarations de revenus, des comptes en banque et des états financiers véritablement séparés ?

- Si la société mère fournit certains services (juridique, comptabilité, etc.) à la filiale, ces services sont-ils convenablement facturés dans des conditions ordinaires, raisonnablement objectifs et conformes aux pratiques commerciales habituelles ?
- La société mère et la filiale ont-elles une image marketing unifiée ?
- La société mère a-t-elle intégré ses systèmes de vente et de distribution au sein de ses filiales de sorte qu'il n'est pas particulièrement évident de faire une distinction ?
- La société mère traite-t-elle les fonds de la filiale comme lui appartenant ?
- Les employés de la société mère contrôlent-ils substantiellement les activités de la filiale dans plusieurs domaines (p. ex. ventes, tarification, dispositions d'approvisionnement, mutation des employés de la filiale vers d'autres unités opérationnelles à volonté) ?

De plus, certaines juridictions tiennent compte de la question vague et subjective consistant à déterminer si le respect de la séparation juridique d'une filiale pourrait « ... produire des injustices ou une fraude », bien qu'il s'agisse là d'une considération de percée du voile corporatif ayant généralement rapport avec la *responsabilité* de l'actionnaire final et non avec la *compétence* à l'égard de la société alter ego.

Bien qu'aucun de ces éléments ne soit toujours déterminant en soi, les facteurs

importants sont ceux qui semblent indiquer un mépris systématique pour les formalités et la structure juridique, l'actionnaire direct ou indirect étant alors perçu comme traitant la filiale comme faisant partie intégrante de sa propre entreprise, au même titre qu'une division.

Naturellement, le système judiciaire américain n'applique pas toujours ces facteurs avec cohérence en raison de sa nature même, qui divise les juridictions en 50 États séparés, en plusieurs « districts » judiciaires fédéraux de première instance et en treize « circuits » pour les cours d'appel fédérales. En outre, dans la pratique, les tribunaux américains ont une grande latitude pour exiger un certain nombre de preuves de la part d'un demandeur avant de pouvoir établir un cas de compétence personnelle « de *prima facie* », ou au premier abord, y compris pour la compétence sur une société alter ego. Cela peut donner lieu à des issues divergentes et imprévisibles. Par exemple, dans des affaires lors desquelles les défendeurs avaient contesté la compétence personnelle, mais que les tribunaux avaient tranché la question en se fondant uniquement sur les communiqués et les déclarations présentés, certains tribunaux avaient estimé que les demandeurs avaient une charge « relativement légère » d'établir un cas de compétence personnelle à l'égard de la société alter ego de *prima facie*. En revanche, certains autres tribunaux ont décidé ou convenu d'ordonner une mesure d'instruction in futurum, ou encore de tenir une audience pour déterminer la compétence à l'égard de la société alter ego, auxquels cas ils ont exigé des défendeurs qu'ils prouvent la

compétence en produisant des preuves prépondérantes.

Tout ceci signifie que, dans certaines parties des États-Unis, et dans certaines circonstances, il peut être relativement facile pour les demandeurs de persuader un tribunal américain d'exercer sa compétence à l'égard d'une entreprise totalement étrangère et de lui imposer la charge d'un contentieux, même si la société mère n'exerce pas ses activités aux États-Unis et n'a rien à voir avec la conduite prétendument illégale.

Cette réalité présente à son tour le risque suivant : s'il est établi qu'une filiale est en fait l'alter ego de la société mère dans le cadre du processus de détermination de la compétence personnelle à l'égard de la société mère, cette dernière risque par la suite de se trouver en mauvaise posture du fait qu'elle doit maintenant essayer de convaincre le même tribunal que la filiale n'est pas son alter ego dans le cadre du processus de détermination de la *responsabilité* (si bien que le voile corporatif de la filiale serait levé et la société mère se retrouverait responsable de la conduite illégale de sa filiale). En d'autres termes, si la compétence à l'égard de la société alter ego est établie, il devient très difficile d'éviter que la société alter ego soit tenue pour responsable par la suite.

Il est donc souhaitable de réfléchir longuement à la stratégie et la tactique à adopter pour traiter les questions de compétence et de responsabilité de la société alter ego dès le début d'une procédure. Les positions prises au début d'une procédure, lorsque les faits sont

parfois mal compris ou peu développés, peuvent avoir des effets positifs ou négatifs considérables sur l'issue de l'affaire. Par exemple, sans même parler du principe de levée du voile corporatif, il peut être dangereux de renoncer au droit de contester la compétence, car une société étrangère ne peut alors plus remettre en jeu la compétence du tribunal pour prouver que la compétence n'a pas été établie. Bien qu'il s'agisse d'un point contre-intuitif et assez subtil, il revêt une grande importance. De surcroît, la prévention par l'anticipation et la gestion de la question *avant même* l'apparition de n'importe quel litige peut représenter des millions économisés par la suite.

Gestion du risque lié à la compétence et la responsabilité de la société alter ego

Compte tenu du risque et de l'exposition des résultats financiers d'une société mère dans le cadre d'une levée du voile corporatif, qu'il s'agisse d'une affaire de compétence ou de responsabilité, une société multinationale a beaucoup à gagner et peut s'épargner de nombreux risques en gérant sa structure interne, sa gouvernance et ses activités quotidiennes avec soin. Sans l'ombre d'un doute, la gestion de ces enjeux incombe au service juridique d'une multinationale. Et cette tâche n'est pas toujours facile, car le service fiscal et les personnes responsables de la gouvernance interne exercent souvent des pressions sur le service juridique pour créer des structures de gestion et des responsabilités d'encadrement faisant fi des lignes de séparation organisationnelles et

nationales. De plus, les restructurations internes sont de plus en plus fréquentes. Et chaque restructuration est susceptible de créer un risque accidentel d'exposition à la compétence d'un tribunal étranger en raison du principe de la société alter ego. Les déclarations et les rapports annuels déposés auprès des organismes de contrôle boursier peuvent également engendrer des risques à cet égard.

Pour gérer le problème, il est donc crucial de prendre des mesures raisonnables dans le cadre de la mise en place de la structure d'un groupe de sociétés et de la gestion des activités de ce groupe. Au fond, cela signifie prendre des mesures pour éviter ne serait-ce que de donner l'impression qu'une société mère gère ou microgère les affaires de ses filiales qui exercent leurs activités ou exportent aux États-Unis. En général, moins une société mère influence les activités « quotidiennes » de ses filiales, moins un tribunal n'est susceptible d'établir un cas de compétence de *prima facie* à son égard. Cela ne signifie toutefois pas qu'une société mère ne peut pas gérer les affaires de ses filiales. Cela signifie simplement que cette gestion doit être réalisée, dans les limites du raisonnable, par des voies adéquates, par le biais de structures de gouvernance établies par les statuts et les règlements intérieurs des filiales et de la société mère. Au risque de trop simplifier la situation, plus une filiale ressemble à une simple division de la société mère, plus elle court le risque d'être assimilée à sa société mère directe ou indirecte.

Que signifie tout cela dans la pratique ? Notre expérience dans ce domaine révèle

qu'il existe plusieurs mesures qu'une société multinationale agissant par le biais de ses filiales dans divers pays peut prendre pour minimiser son exposition au risque de demandes fondées sur la compétence et la responsabilité en vertu du principe de levée du voile corporatif. Nous énumérons ces mesures ci-dessous. Aucune de ces mesures n'est une garantie de réussite parfaite et nous ne suggérons pas non plus que chaque société soit tenue de prendre chacune de ces mesures pour se soustraire à la compétence d'un tribunal américain en tant que société alter ego. Les points ci-dessous présentent plutôt un ensemble de possibilités administratives ou juridiques qui, dans certaines combinaisons, peuvent saper ou entraîner le rejet précoce des demandes fondées sur le principe de levée du voile corporatif, qu'il s'agisse d'établir la compétence ou la responsabilité.

Respecter les formalités administratives et la séparation juridique

1. Envisagez de mettre en place et de respecter les dispositions traditionnelles pour la gouvernance de chaque entreprise du groupe, notamment en créant un conseil d'administration et en organisant des réunions périodiques de ce conseil pour adopter les décisions, définir les politiques internes, etc., dans le respect des statuts de la société
2. Si une société mère souhaite définir certaines politiques pour sa filiale, envisagez de le faire par le biais de représentants dûment autorisés

auprès du conseil d'administration de la filiale ou, dans le cas d'une société à responsabilité limitée (LLC), par le biais de représentants dûment autorisés en contact avec le conseil exécutif ou avec le directeur général de la filiale.

3. Envisagez de maintenir des documents financiers et des comptes en banque séparés pour chaque société du groupe, et de préparer des déclarations de revenus séparées pour chaque société du groupe. Bien qu'il ne soit pas forcément nécessaire d'engager des cabinets de comptabilité indépendants différents pour la préparation des états financiers et des déclarations de revenus, cela peut avoir une certaine utilité pour prouver la séparation des entreprises.
4. Envisagez de démontrer à l'aide des documents financiers que, malgré la gestion centralisée de la trésorerie ou d'autres dispositions semblables, chaque société du groupe dispose de suffisamment de fonds pour régler ses dettes et exercer ses activités.
5. Certaines précautions doivent être prises lorsqu'une société mère souhaite retirer des fonds d'une filiale. Essayez d'obtenir le paiement et l'autorisation de la direction de la filiale pour tout transfert de fonds vers la société mère pour montrer clairement que les fonds ne sont pas tout bonnement « pris » par la société mère. Il est habituel que les actionnaires reçoivent des dividendes et soient remboursés pour les services qu'ils fournissent. Toute autre extraction des fonds d'une filiale

risque d'être qualifiée de « pillage » revenant à traiter les actifs de la filiale comme s'ils appartenaient à la société mère.

6. Envisagez de prendre des mesures visibles pour prouver la séparation des activités des filiales, notamment en prévoyant des locaux séparés, des lignes téléphoniques et des répertoires séparés, voire même des domaines de messagerie électronique séparés (p. ex. @companyUSA.com pour les filiales aux États-Unis, @companyEUR.com pour les filiales en Europe et @company.com pour la société mère).
7. Les slogans de marketing et les marques en commun, tels que « une société dans le monde entier » sont très courants et leur seule présence ne suffit pas à conclure que les sociétés sont des alter ego. Cependant, certains demandeurs opportunistes jouent sur ces slogans et ces marques pour soutenir que la société mère et ses filiales ne sont en fait qu'une seule et même entreprise. Par conséquent, dans le cadre de vos initiatives de branding international, envisagez d'indiquer clairement sur vos documents internes et externes que vous souhaitez uniquement créer une marque internationale qui représente une qualité et une image cohérentes fondées sur des principes et des pratiques de haut niveau. Envisagez de demander à vos avocats d'examiner vos documents de branding publics afin qu'ils vérifient que la séparation des entreprises est maintenue et qu'ils détectent tout autre problème important.

Démonstration de l'autonomie

8. Si une société étrangère est gérée par le biais de comités ou de divisions ayant pouvoir sur tout le groupe, ce qui est très courant, essayez de vous assurer que les documents publics et internes indiquent que ces comités et divisions gèrent les affaires générales du groupe, mais que la gestion des activités quotidiennes des sociétés est prise en charge de façon autonome par chaque société du groupe.
9. Envisagez de formuler l'autonomie des filiales du groupe dans les politiques, les documents directeurs, les manuels, les protocoles, les bonnes pratiques, etc. de chaque filiale et de la société mère. Essayez d'éviter de donner l'impression que les sociétés du groupe sont simplement des instruments de vente ou de marketing de la société mère.

Par exemple, envisagez d'exprimer clairement dans ces documents en quoi les filiales disposent et font preuve d'une grande latitude pour déroger aux politiques et aux directives applicables à tout le groupe dans le cadre de leurs activités quotidiennes et pour gérer ces activités de façon relativement indépendante, notamment, sans toutefois s'y limiter, en ce qui concerne la stratégie de mise sur le marché et de vente, les relations avec les clients, le paiement des salaires, l'embauche des employés, etc.

Si la société mère communique beaucoup avec une filiale concernant

les activités de ventes, de marketing, de publicité, de tarification et ainsi de suite, elle risque de faire le jeu des demandeurs, qui peut alors faire valoir que les activités de la filiale sont en réalité entreprises par une société mère directe ou indirecte. Essayez de gérer ces communications pour qu'elles ne donnent pas l'impression de fournir des directives minutieuses et irrévocables. Envisagez plutôt de prendre des mesures pour que ces politiques soient élaborées par la direction de la filiale, après consultation des représentants dûment autorisés de la société mère ou de l'actionnaire.

10. Essayez d'éviter toute description des structures de gouvernance du groupe pouvant être interprétée comme indiquant que la société mère « contrôle les affaires quotidiennes » des sociétés du groupe. Il est tout particulièrement important d'éviter ces descriptions dans les documents déposés auprès d'organismes publics ou disponibles auprès du public, tels que les déclarations auprès des organismes boursiers, les rapports annuels, les états financiers trimestriels, les communiqués de presse, les conférences d'analystes, etc.

Démonstration de l'existence d'une relation dans des conditions de concurrence normales

11. Envisagez de prendre des mesures concrètes pour prouver que tous les services importants fournis au sein du groupe (p. ex. par la société mère à

une filiale, ou vice-versa), par exemple pour l'approvisionnement, la distribution ou d'autres services non généraux, sont fournis dans des conditions de concurrence normale, par exemple en signant des contrats d'approvisionnement ou de distribution, ou encore en indiquant ces services dans les politiques de tarification des transferts entre entreprises affiliées, dans les manuels des pratiques, etc.

Gestion des lignes de communication intra-groupe

12. Il est inévitable et nécessaire que la société mère communique avec ses filiales pour gérer efficacement le conglomérat. Envisagez toutefois de mettre en place une structure ou une « chaîne de commandement » permettant de transmettre la plupart des communications et des directives de la société mère. Une approche simplifiée, si elle est possible, évitera des communications fréquentes et courantes entre les nombreux employés de la société mère et des filiales, ce qui pourrait donner l'impression que la société mère intervient dans une grande partie des activités de ses filiales.
13. Par ailleurs, pour renforcer la défense contre toute demande fondée sur le principe de levée du voile corporatif, il est préférable que cette chaîne de commandement suive la structure de l'entité juridique. À titre d'exemple, s'il existe une société mère, une holding intermédiaire et une filiale, envisagez de transmettre les

communications depuis un organisme de direction désigné chez la société mère, en les faisant passer par un organisme de direction de la holding, pour arriver vers un organisme de direction de la filiale. Lorsque plusieurs employés de la société mère communiquent directement avec (et fournissent des instructions ou des directives à) des employés de la filiale, ils pourraient donner l'impression qu'ils ignorent tout simplement les entités juridiques existantes.

Les mesures d'instruction in futurum aux États-Unis

Nous avons aidé des clients étrangers à traiter les problèmes liés aux mesures d'instruction in futurum, point qu'il est utile d'aborder pour au moins deux raisons. *Tout d'abord*, il s'agit d'une procédure assez inhabituelle et contre-intuitive par laquelle les tribunaux américains se permettent d'exiger certaines choses des sociétés étrangères à l'égard desquelles leur compétence n'a pas été établie. Ils se fondent pour cela sur un ensemble de « règles fédérales de procédure civile » (ou les règles équivalentes au niveau étatique) que les tribunaux étrangers, les systèmes judiciaires étrangers et de nombreuses sociétés étrangères ne connaissent pas bien. *En deuxième lieu*, les éléments mentionnés ci-dessus peuvent entrer en jeu assez rapidement, et notamment dans le cadre de la « jurisdictional discovery ». Une explication de ce processus illustrera en quoi les recommandations présentées ci-dessus peuvent atténuer le risque de détermination de la compétence à l'égard d'une société alter ego.

Lorsqu'une société mère défenderesse dépose une requête pour qu'une demande soit rejetée par le tribunal, alors que ce dernier estime que les allégations du demandeur pour la levée du voile corporatif sont plausibles ou établissent un cas de *prima facie*, il permet souvent la « *jurisdictional discovery* » pour que le demandeur puisse recueillir des éléments de preuve étayant ses allégations en matière de compétence. Si cette mesure d'instruction *in futurum* n'est peut-être pas spécialement conçue pour les affaires de levée du voile corporatif, elle est toutefois susceptible de donner au demandeur l'occasion de prouver l'existence de contacts directs et pertinents entre la société mère et les États-Unis. Cela signifie que le défendeur non américain sera contraint de produire des documents internes, de réaliser des dépositions de témoins et de répondre à des interrogatoires sur tout un éventail de sujets.

Ce processus peut facilement s'étendre et devenir un fardeau lourd à porter. Il peut toucher toutes les sociétés défenderesses au sein du groupe, y compris la filiale accusée, d'autres filiales américaines et la société mère ou l'actionnaire étranger. Les règles de procédure civile aux États-Unis exigent des parties qu'elles produisent des documents non privilégiés « sous leur garde, en leur possession ou sous leur contrôle » qui, à l'avis des défendeurs et dans la mesure du raisonnable, sont susceptibles de fournir des éléments de preuve recevables en rapport avec les demandes ou les défenses en cours, notamment s'il s'agit d'établir la compétence personnelle. Les demandeurs cherchent presque toujours à transformer la *jurisdictional discovery*, qui est censée

être limitée, en une mesure d'instruction *in futurum* touchant le fond de l'affaire, faisant valoir que les questions de compétence chevauchent les questions de responsabilité dans le cadre du principe de levée du voile corporatif. Il s'agit là d'un argument non trivial qui aboutit souvent à des litiges intenses sur l'envergure et le périmètre de la *jurisdictional discovery*. La gestion de ces questions peut s'avérer délicate, car, comme indiqué ci-dessus, aucun défendeur ne veut perdre un argument de compétence en raison d'un élément portant substantiellement atteinte à son argument de responsabilité en tant que société *alter ego*.

Tout ceci soulève également des questions de portée internationale. Les tribunaux américains ne devraient-ils pas faire preuve d'une plus grande retenue avant d'imposer à des entités étrangères des mesures d'instruction *in futurum* draconiennes et existant uniquement aux États-Unis ? Sans doute, mais les juges américains font rarement preuve de retenue dans la plupart des affaires qu'ils traitent. Pour le moment et, dans la mesure du prévisible, à l'avenir aussi, les tribunaux américains ont et continueront d'avoir une grande latitude pour permettre le processus intrusif de la *jurisdictional discovery* à l'étranger, sans crainte que leur compétence ne soit contestée. Cela signifie que les sociétés mères doivent souvent supporter la charge, les frais, la distraction et le caractère offensant de ce processus, qui peut s'étaler sur des mois, voire des années, et engloutir des millions de dollars.

Compte tenu de l'importance des coûts, des charges et des risques ultérieurs

entraînés par la jurisdictional discovery pour les mérites d'une affaire, nous présentons quelques stratégies que les sociétés étrangères peuvent envisager pour anticiper ou faire face à la jurisdictional discovery en vertu du principe de levée du voile corporatif ou pour toute autre raison.

- Si une autre procédure judiciaire liée au même litige est en cours dans un autre pays, envisagez sérieusement de demander un rejet pour *forum non conveniens* avant le début de la jurisdictional discovery.
- Considérez que toute mesure d'instruction in futurum fondée sur le principe de la levée du voile corporatif doit être limitée dans toute la mesure du possible aux filiales défenderesses pour ne pas toucher la société mère. Après tout, les documents des filiales défenderesses devraient suffire à démontrer si elles sont dominées ou contrôlées par la société mère ou si, au contraire, elles gèrent leurs activités quotidiennes d'une façon relativement autonome. La production de leurs documents est moins étendue que la production des documents de la société mère, car cette dernière gère des dizaines, voire des centaines de filiales différentes dans le monde entier, dont la plupart n'ont rien à voir avec l'affaire en cours. Une analogie utile pour illustrer la situation est de décrire la filiale défenderesse comme étant « le col étroit de l'entonnoir », tandis que la société mère en est « l'ouverture évasée ».
- Identifiez précocement des ensembles ou des jeux de documents pouvant être déterminants pour établir que la filiale n'est ou n'était pas un alter ego de la société mère, mais fonctionnait de façon autonome. Il peut par exemple s'agir des procès-verbaux des réunions du conseil d'administration et de la direction, ainsi que de documents indiquant que la filiale avait ses propres documents financiers, déclarations fiscales, actifs, lignes téléphoniques, adresses, etc. La production proactive de ces documents peut abrégé les demandes de production de document des demandeurs, qui sont généralement plus étendues et moins ciblées (bien qu'il n'existe aucune garantie en la matière).
- Si le tribunal est enclin à permettre la jurisdictional discovery, il est crucial de le persuader d'indiquer expressément dans son ordonnance que cette jurisdictional discovery soit beaucoup plus limitée qu'une mesure d'instruction in futurum ordinaire, étant donné que la compétence à l'égard du défendeur n'a pas encore été établie. Envisagez de demander au tribunal de limiter la discovery à un certain nombre de semaines ou de mois, à un petit nombre de dépositions et à un groupe réduit de personnes chargées de conserver les documents. Envisagez également de demander au tribunal d'exiger du demandeur qu'il paie une partie ou la totalité des coûts de cette discovery extraterritoriale.

- Réfléchissez avec soin avant de décider si vous préférez permettre aux avocats du demandeur de se rendre dans votre pays ou si vous préférez leur demander de payer les frais de déplacement des témoins aux États-Unis ou vers un autre pays pour les dépositions. Assurez-vous que les avocats du demandeur n'ont pas le droit de signifier des documents aux témoins envoyés aux États-Unis dans le cadre du processus de jurisdictional discovery.
- Informez le tribunal que, suite à l'avertissement formulé par la Cour suprême des États-Unis dans sa décision³ sur l'affaire *Aerospatiale*, il doit faire tout particulièrement attention à protéger les défendeurs étrangers contre toute charge excessive liée à un processus de discovery à l'étranger, notamment en s'assurant que les parties ont recours à des méthodes de production moins intrusives, telles que des interrogatoires à la place de dépositions ou de demandes générales de documents. Bien que les cours de district aient souvent ignoré cette affaire, elle constitue un outil à grand potentiel.
- Méfiez-vous et contestez toute demande de jurisdictional discovery déposée par le demandeur qui cache en réalité une expédition visant à démontrer les mérites de l'affaire. En général, nous avons constaté qu'il vaut mieux contraindre un tribunal à rendre un jugement défavorable à un défendeur étranger que de baisser les bras devant une menace de jurisdictional discovery. Bien entendu, c'est à chacun de choisir ses propres combats en fonction des circonstances.
- Contraignez le demandeur à cibler des périodes précises, qui sont différentes pour les demandes de compétence générale et particulière. Pour les demandes de compétence générale, la discovery doit se limiter à la période aboutissant à l'introduction de la demande, tandis que pour les demandes de compétence particulière, elle doit se limiter à la période entourant la conduite prétendument illégale.
- Si les filiales ont des témoins fiables qui sont en mesure d'attester de leur autonomie quant à la gestion de leurs activités quotidiennes, insistez pour que le demandeur recueille les dépositions dès que possible pour éviter toute discovery plus approfondie et plus pénible à l'étranger.
- Si, dans le cadre de la jurisdictional discovery, vous trouvez un document factuel assez ambigu, envisagez d'engager un expert en gouvernance d'entreprise qui saura expliquer au tribunal en quoi les faits qui, aux dires des demandeurs, justifient la levée du voile corporatif sont parfaitement compatibles avec les pratiques de gouvernance ordinairement utilisées par les conglomérats internationaux et ne soutiennent donc pas l'existence d'une société alter ego.

³ *Société Nationale Industrielle Aérospatiale contre cour de district des États-Unis pour le district sud d'Iowa*, 482 U.S. 522 (1987).

Conclusion

Une entreprise étrangère coincée dans le système judiciaire américain en raison d'une demande liée à une compétence pouvant être contestée doit agir avec beaucoup de prudence et définir à l'avance la voie à suivre. De nombreux pièges et écueils peuvent être évités avec une planification préalable suivant les recommandations que nous venons de présenter. Bien entendu, l'idéal est d'éviter complètement le système judiciaire américain. De plus, il ne fait aucun doute qu'il est essentiel de limiter toute responsabilité survenant aux États-Unis aux filiales américaines (ou aux filiales se consacrant à l'exportation aux États-Unis). Et si la mise en œuvre de

politiques et de pratiques internes destinées à limiter la possibilité que le système judiciaire américain porte atteinte aux résultats financiers de la société mère, entraîne un coût relativement modeste, le jeu en vaut bien la chandelle. Pour reprendre un ancien proverbe français, « mieux vaut prévenir que guérir ». Nous espérons que cette brochure vous a donné quelques suggestions utiles pour atteindre cet objectif.

Nous serions ravis de vous fournir nos conseils juridiques dans ce domaine important.

Février 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