

# La compétence des tribunaux américains à l'égard des fabricants étrangers après *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro* ?

**Alvin F. Lindsay (1),  
Avocat Associé,  
Hogan Lovells US LLP, Miami**

Peu de choses peuvent inquiéter les entreprises internationales autant que l'idée d'être poursuivi en justice aux Etats-Unis. Le système judiciaire américain – caractérisé par des avocats qui travaillent à l'honoraire de résultat, des règles de *discovery* très libérales, des procès coûteux dans lesquels chaque partie supporte ses propres frais, des dommages-intérêts punitifs et des jurys imprévisibles – est à l'origine d'un risque contentieux bien supérieur à celui auquel la plupart des fabricants sont confrontés dans leurs propres pays. En juin 2011, la Cour Suprême américaine a rendu le jugement *J. McIntyre Machinery, Ltd v Nicastro* (2) («*McIntyre*»), une nouvelle décision concernant la question de savoir jusqu'où les Etats-Unis peuvent aller dans l'affirmation de leur compétence territoriale et dans leur capacité à forcer les fabricants étrangers à se soumettre à la juridiction des tribunaux des Etats et à celle des tribunaux fédéraux. Cette décision avait initialement soulevé des espoirs parmi ceux qui cherchaient à éviter les tribunaux américains parce que la majorité des juges de la Cour Suprême dans l'affaire *McIntyre* semblait s'accorder sur le fait qu'il devrait y avoir des critères plus exigeants pour établir la compétence des juridictions américaines à l'égard d'entités non américaines (le critère dit du «*stream of commerce* (3) plus»). Mais à cause de la division parmi les membres de la Cour Suprême qui a présidé à la décision *McIntyre*, les tribunaux américains continuent d'appliquer le critère dit du «*stream of commerce*» simple, plus aisé à satisfaire. Ainsi, les fabricants doivent continuer à porter une attention particulière à l'endroit où leurs produits peuvent être livrés après avoir quitté le lieu de fabrication.

## I. Contexte

En règle générale, le demandeur tentant d'inclure un fabricant étranger dans un procès intenté aux Etats-Unis doit établir une compétence personnelle à l'égard du défendeur par une prépondérance de

preuves (4). Bien que la loi américaine varie selon la juridiction, la règle générale est qu'un tribunal américain peut exercer sa compétence personnelle à l'égard d'un défendeur étranger si : (1) la loi du for permet d'exercer une compétence personnelle sur un non-résident (5) et (2) l'exercice de la compétence personnelle est conforme à la clause de *Due Process* de la Constitution des Etats-Unis.

Les *long-arm statutes* que l'on peut trouver dans tous les Etats ont généralement un champ assez large. La Floride, par exemple, permet à un tribunal d'exercer sa compétence sur un fabricant si «*les produits, les matériaux ou les biens transformés, mis en service ou fabriqués par le défendeur, à n'importe quel endroit, ont été utilisés ou consommés dans cet Etat dans le cours normal de leur commerce, activité ou usage*» (6). Par conséquent, si l'on examine ces textes pris isolément, un fabricant de jouets artisanaux en France pourrait être contraint à se défendre à Miami, en Floride, même si la poupée qui est supposée avoir causé un dommage s'avère avoir été vendue en Floride sans qu'il ne le sache par un tiers revendeur indépendant. La notion constitutionnelle de *Due Process*, cependant, est censée «*limiter le pouvoir d'un Etat d'exercer une compétence in personam à l'encontre d'un défendeur non-résident*» (7). Présente à deux reprises dans la Constitution, la clause de *Due Process* empêche le gouvernement de priver une personne «*de sa vie, de sa liberté ou de ses biens sans procédure conforme au droit*» (8).

L'exercice par un tribunal américain de sa compétence personnelle à l'égard d'un défendeur étranger (c'est-à-dire un défendeur étranger à l'Etat dans lequel l'action est intentée) est compatible avec le *Due Process* seulement lorsque le défendeur *se prévaut délibérément* des avantages et des protections de l'Etat du for en établissant des *contacts minimums* avec cet Etat, et lorsque cette compétence ne porte pas atteinte aux notions traditionnelles d'équité et de justice (9).

1) L'auteur remercie Monsieur Arjoun Raj pour son aide en vue de la traduction française de cet article.

2) 131 S. Ct. 2780 (2011).

3) Flux du commerce.

4) «*Preponderance of the evidence*».

5) «*Long-arm statute*».

6) § 48,193, Fla. Stat. (2012).

7) *Helicopteros Nacionales de Columbia, SA v Hall*, 466 U.S. 408, 413-14 (1984).

8) Constitution des Etats-Unis, 5e amendement et 14e amendement, 1er paragraphe.

9) «*Fair play and substantial justice*», *Int'l Shoe Co. v Washington*, 326 U.S. 310, 316 (1945).

10) *World-Wide Volkswagen Corp v Woodson*, 444 U.S. 286, 292-93 (1980), (citations internes omises).

11) «*Purposeful Availment*».

12) *Burger King Corp v Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 474 (1985).

13) *Hanson c Denckla*, 357 U.S. 235, 253 (1958).

14) *Burger King*, *op. cit.* note 9, 471 U.S. à 472.

15) *Id.* à 464-68.

16) *Id.* à 476 (citations internes omises).

17) *Id.* à 476.

18) *Id.* à 479-82.

19) *Burger King v. Rudzewicz*, 471 U.S. 462, 472 (1985).

20) *Helicopteros Nacionales de Columbia, SA v Hall*, 466 U.S. 408, 414 n. 8 (1984).

21) *Goodyear Dunlop Tires Operations, SA v. Brown*, 131 S. Ct. 2846 (2011).

22) *World-Wide Volkswagen Corp v Woodson*, 444 U.S. 286 (1980).

Notamment, les limites du *Due Process* «ont été considérablement assouplies au fil des années... en grande partie du fait de la transformation fondamentale de l'économie américaine» (10).

## II. «Se prévaloir délibérément» (11)

Encore une fois, l'obstacle initial à surmonter pour la compétence personnelle spécifique consiste dans le fait que «les activités du non-résident délibérément dirigées vers le for doivent être telles qu'il pouvait raisonnablement s'attendre à être poursuivi en justice dans l'Etat du for» (12). Le défendeur qui se prévaut délibérément du privilège de mener des activités dans l'Etat du for revendique les avantages et les protections des lois de ce for (13). Cette exigence de «*purposeful availment*» devrait garantir que le défendeur ne sera pas attiré devant un tribunal uniquement du fait de «*contacts aléatoires, fortuits, ou atténués*» (14).

*Burger King Corp v Rudzewicz*, 471 U.S. 462 (1985) était une décision de la Cour Suprême des Etats-Unis concernant une action intentée par un franchiseur de restaurants «*fast-food*» de Floride contre un franchisé du Michigan, le premier reprochant au second la violation de ses obligations de franchise et une contrefaçon de marque devant un tribunal de district de Floride (15). En ce qui concerne la compétence personnelle spécifique, la Cour a remarqué que, «*lorsque le défendeur a «délibérément» engagé des activités importantes dans un Etat, ou a créé des «obligations continues» entre lui-même et les résidents du for, il a manifestement fait usage du privilège de conduire des affaires dans cet Etat, et que, parce que ses activités sont protégées par «les avantages et protections» des lois du for, il est présumé non déraisonnable d'exiger de sa part qu'il se soumette de la même façon aux fardeaux du contentieux dans ce for*» (16).

La Cour relève en outre que la compétence personnelle «*ne peut être évitée simplement parce que le défendeur n'est pas physiquement entré dans l'Etat du for... [parce que] c'est un fait inéluctable du commerce moderne qu'une quantité considérable de transactions sont effectuées uniquement par courrier et communications câblées à travers les frontières des Etats*». Ainsi, la Cour a considéré que «*tant que les efforts d'un acteur commercial sont «intentionnellement dirigés» vers les résidents d'un autre Etat, nous avons constamment rejeté le principe selon lequel l'absence de contacts physiques pourrait faire échec à la compétence personnelle*» (17).

La Cour a finalement conclu que la compétence personnelle spécifique existait à l'encontre du défendeur, y compris en l'absence de tout lien physique avec le for. La Cour a fondé sa décision sur les contacts suivants avec le for : (1) le différend en matière de franchise est né directement d'un

contrat qui avait un «*lien substantiel*» avec le for, (2) le défendeur a contacté et a négocié avec le demandeur résidant dans le for pour obtenir une franchise à long terme et les avantages qui en découleraient de la part de ce demandeur, (3) le défendeur s'est engagé dans une relation contractuelle d'une durée de vingt ans avec le demandeur résidant dans le for, ce qui implique des contacts continus avec ce dernier ; (4) les supposés manquements contractuels du défendeur ont causé des dommages prévisibles au demandeur résidant dans le for; (5) à l'examen des documents contractuels, il apparaît que le défendeur savait qu'il s'associait au demandeur résidant dans le for ; (6) le bureau du demandeur, établi dans le for, a pris les décisions clés de négociation et (7) le contrat contenait une clause de choix de la loi du for (18).

## III. Contacts minimum et compétence spécifique

La question de savoir si un défendeur s'est délibérément prévalu du privilège de faire des affaires dans l'Etat américain du for est résolue en analysant si le défendeur a délibérément mis en place ce qu'on appelle des contacts minimums avec cet Etat. En réalité, il existe deux types de contacts minimums : ceux qui déclenchent la compétence personnelle spécifique et ceux qui déclenchent la compétence générale. La compétence spécifique existe lorsque «*le défendeur a délibérément dirigé ses activités vers les résidents du for... et que le contentieux résulte de préjudices allégués qui découlent de ou se rapportent à ces activités*» (19). Ainsi, la compétence spécifique nécessite un lien suffisant entre les contacts du non-résident avec le for et le fondement de l'action (20). La compétence générale est plus difficile à démontrer car elle nécessite des contacts systématiques et continus qui justifieraient la compétence du for à l'égard d'un défendeur pour toutes demandes, et non seulement pour celles qui résultent de l'activité spécifique dirigée vers le for (21). Ainsi, la compétence spécifique préoccupe généralement les entreprises qui ont peu ou n'ont pas de contacts directs avec les Etats-Unis. L'analyse se concentre dès lors souvent sur la nature et la qualité de tous éventuels «*contacts*» délibérément dirigés vers le for.

## IV. Flux du Commerce («Stream of Commerce»)

L'idée que le simple fait de placer un produit dans le flux du commerce avec l'éventualité que le produit atteigne un for américain est suffisant pour attribuer compétence est quelque peu en contradiction avec le concept de l'avantage délibéré. La décision *World-Wide Volkswagen Corp v Woodson* (22) a été rendue dans une affaire de responsabilité du fait des produits engagée en Oklahoma et impliquant des dommages corporels

subis par les demandeurs à bord d'un véhicule. La voiture avait été achetée à New York et, alors qu'elle se dirigeait vers l'Arizona, a été impliquée dans un accident survenu dans l'Oklahoma (23). Deux des défendeurs, le distributeur automobile et le concessionnaire automobile, tous deux établis à New York, ont contesté la compétence personnelle du tribunal de l'Oklahoma (24).

La Cour Suprême a donné raison à ces défendeurs et jugé qu'il n'y avait pas de compétence personnelle parce que les défendeurs : (1) ne poursuivaient aucune activité de quelque nature que ce soit dans l'Oklahoma, (2) n'effectuaient aucune vente dans l'Oklahoma, (3) ne fournissaient aucun service dans cet Etat, (4) ne s'étaient prévalus délibérément d'aucun des privilèges ou avantages de la loi de l'Oklahoma, (5) n'avaient sollicité aucune affaire en Oklahoma et (6) ne vendaient pas régulièrement de voitures en gros ou au détail à des clients ou des résidents de l'Oklahoma, ni ne fournissaient ou cherchaient à fournir le marché de l'Oklahoma (25).

«*En bref*», selon la Cour, «*les demandeurs cherchent à fonder la compétence [personnelle] sur un événement isolé et toutes éventuelles conclusions qui pourrait en être tirées : la circonstance fortuite qu'une seule automobile Audi, vendue à New York à des résidents de New York, s'est trouvée impliquée dans un accident en traversant l'Oklahoma*» (26). Cependant, la Cour a également distingué ces faits de la situation dans laquelle «*l'Etat du for n'outrepasse pas ses pouvoirs en vertu de la clause de Due Process s'il affirme sa compétence personnelle à l'égard d'une société qui place ses produits dans le flux du commerce dans la perspective de leur achat par des consommateurs dans l'Etat du for*» (27). Cette déclaration a été l'origine de ce qui est maintenant appelé la doctrine du «flux du commerce», qui a été appliquée dans de nombreux arrêts ultérieurs pour conduire à la compétence des juridictions américaines à l'égard de fabricants étrangers qui placent simplement des produits dans le flux du commerce sachant que ces produits pourraient atteindre le territoire des Etats-Unis.

## V. Flux du commerce, plus

Cependant, l'arrêt important de la Cour Suprême qui a suivi, *Asahi Metal Industry Co., Ltd v Superior Court of California* (28), a créé une fissure dans la doctrine du flux du commerce. Dans *Asahi*, la Cour a été divisée sur la question de savoir si le défendeur étranger avait eu des contacts minimums suffisants avec le for pour justifier une compétence personnelle spécifique. Elle s'est toutefois accordée sur le fait que le *Due Process* avait été violé par l'exercice de la compétence personnelle à l'égard du défendeur sur le terrain de l'équité et du raisonnable (les «*notions traditionnelles d'équité et de justice*

(29)»). La décision *Asahi* portait sur des demandes en responsabilité du fait des produits intentées par des demandeurs blessés dans l'Etat du for, en Californie, alors qu'ils conduisaient une moto contenant des chambres à air fabriquées par un défendeur taïwanais. Le défendeur taïwanais a formé une demande en garantie contre le fabricant japonais de valves de pneus utilisées dans les chambres à air qu'il fabriquait. Le fabricant japonais a de son côté contesté la compétence personnelle des tribunaux du for (30).

Le juge O'Connor a rédigé une opinion pour une pluralité de membres de la Cour, constatant l'absence de contacts minimum avec le for. Elle a fait référence à la doctrine du flux du commerce en déclarant que :

«*Le placement d'un produit dans le flux du commerce, sans plus, n'est pas un acte du défendeur délibérément orienté vers l'Etat du for. Un comportement supplémentaire de la partie défenderesse pourrait indiquer une intention ou un objectif de fournir le marché de l'Etat du for, par exemple, concevoir le produit pour le marché de l'Etat du for, faire de la publicité dans l'Etat du for, établir des canaux pour fournir régulièrement des conseils à des clients dans l'Etat du for ou commercialiser le produit par l'intermédiaire d'un distributeur qui a accepté de servir d'agent pour la vente dans l'Etat du for. Mais la conscience que peut avoir un défendeur du fait que le flux du commerce va ou pourrait conduire le produit dans l'Etat du for ne convertit pas le simple fait de placer le produit dans le flux en un acte délibérément dirigé vers l'Etat du for*» (31).

Cette idée qu'il doit y avoir «*quelque chose de plus*» que le simple fait de placer un produit dans le flux du commerce avec la perspective qu'il pourrait atteindre le for pour déclencher la compétence est maintenant appelée le test du «flux du commerce, plus» («*stream of commerce, plus*»). En vertu de ce raisonnement, le juge O'Connor a conclu que «*la conscience [du constructeur japonais] du fait que certaines de [ses] vannes vendues au [fabricant de chambres à air de Taiwan] seraient incorporées dans des tubes pneumatiques vendus en Californie*» ne constitue pas un contact minimum avec le for, puisque le fabricant japonais : (1) n'avait aucune activité dans le for, (2) n'avait ni bureau, ni agents, ni employés, ni biens dans le for, (3) ne faisait aucune publicité ni ne sollicitait des affaires dans le for, (4) n'avait pas créé, ni ne contrôlait, ni n'utilisait de réseau de distribution pour placer ses vannes sur le marché du for et (5) n'avait pas conçu ses produits en prévision de ventes dans le for (32).

L'opinion concordante du juge Brennan dans *Asahi* a toutefois contesté tant le rejet par l'opinion de la pluralité de la Cour de la théorie du flux du commerce que la conclusion de cette dernière selon

23) *Id.* à 288.

24) *Id.* à 288-89.

25) *Id.* à 295.

26) *Id.*

27) *Id.* à 298.

28) 480 U.S. 102 (1987).

29) «*Fair play and substantial justice*».

30) *Id.* à 106.

31) *Id.* à 112.

32) *Id.* à 112-13.

33) *Id.* à 116.

34) *Id.* à 116-17 (citations internes omises).

35) *Id.* à 118.

36) *Id.* à 121.

37) *J. McIntyre Machinery, Ltd v Nicastrò*, 131 S. Ct. 2780 (2011).

38) *Id.* à 2785.

39) *Id.* à 2788-89.

40) *Id.* à 2791.

41) *Id.* à 2791-92.

42) *Id.* à 2792 (citant *World-Wide Volkswagen*, 444 U.S. à 297-98) (citation en partie soulignée en romain).

43) *Id.* à 2793.

44) 2012 WL 380109, au \* 3 (E.D. Va. 6 février 2012).

45) 840 F. Supp. 2d 927 (D.S.C. 3 janvier 2012).

46) *Id.* à 931. Voir aussi *Micheli v Techtronic Industries, Co, Ltd*, 2012 WL 6087383 (D. Massachusetts 22 août 2012) (jugant que *McIntyre* a apporté un soutien à la doctrine du flux du commerce, plus), et *AFTG-TG, LLC v Nuvoton Technology Corp.*, 689 F.3d 1358, 1368 (Circuit fédéral, 2012) (Rader, opinion concordante) estimait que : « Dans le sillage de l'orientation apportée par la Cour Suprême, cette approche ne reflète pas l'obligation d'analyser le caractère suffisant des conclusions ou du dossier pour ce « quelque chose de plus » qui est nécessaire à la compétence personnelle. En somme, la simple récitation de la doctrine du flux du commerce est insuffisante pour qu'un tribunal exerce sa compétence. Ce tribunal pourrait sûrement exiger la présence de « quelque chose de plus » pour satisfaire les exigences de la compétence personnelle ».

laquelle le défendeur japonais ne se serait pas délibérément prévalu de l'Etat du for (33). Le juge Brennan a estimé que :

« Selon l'opinion [de la pluralité], il faudrait que le demandeur démontre un « comportement supplémentaire » dirigé vers le for pour considérer l'exercice de la compétence à l'égard du défendeur compatible avec la clause de *Due Process*. Cependant, je ne vois pas la nécessité d'une telle démonstration. Le flux du commerce ne vise pas des courants ou des tourbillons imprévisibles, mais un flux régulier et prévisible de produits, de la fabrication à la distribution et à la vente au détail. Tant que celui qui participe à ce processus est conscient que le produit final est commercialisé dans l'Etat du for, la possibilité d'une action en justice dans cet Etat ne peut venir comme une surprise. Un contentieux ne sera pas non plus une charge sans bénéfice associé. Le défendeur qui a placé des marchandises dans le flux du commerce bénéficie au plan économique de la vente au détail des produits finis dans l'Etat du for et profite indirectement des lois de l'Etat qui réglementent et facilitent son activité commerciale. Ces bénéfices sont acquis indépendamment du fait que le participant exerce ou non directement une activité dans l'Etat du for, ou se livre à des comportements supplémentaires orientés vers cet Etat. En conséquence, la plupart des tribunaux et commentateurs ont constaté que la compétence fondée sur le placement d'un produit dans le flux du commerce est compatible avec la clause de *Due Process* et n'ont pas requis la démonstration d'un comportement supplémentaire » (34).

Le juge Brennan a reproché à l'opinion de la pluralité son « recul marqué par rapport à l'analyse de *World-Wide Volkswagen* » (35), et a conclu en réitérant les propos de la juridiction inférieure qui avait reconnu l'existence de contacts minimums au motif que « bien que [le fabricant japonais] n'ait pas conçu ni contrôlé le système de distribution qui a conduit les assemblages de valves vers [le for], le [fabricant] était informé du fonctionnement du système de distribution et savait qu'il tirerait un profit économique de la vente [dans le for] de produits intégrant ses composants » (36).

## VI. La Cour Suprême a-t-elle vraiment rejeté le test du flux du commerce dans *McIntyre* ?

Dans ce contexte, la décision de la Cour Suprême de 2011 sur la compétence spécifique dans l'affaire *McIntyre* a fait des remous lorsqu'elle a été publiée pour la première fois. La décision *McIntyre* (37) concernait une affaire de responsabilité du fait des produits impliquant des dommages corporels causés dans le for par la machine d'un défendeur étranger. Malgré une volonté affichée de clarifier les « questions vieilles de plusieurs décennies

laissées en suspens par *Asahi* » relatives au test approprié selon la doctrine du flux du commerce, *McIntyre*, comme *Asahi*, n'a pas permis de dégager une opinion majoritaire de la Cour (38).

L'opinion plurale de quatre juges, annoncée par le juge Kennedy, a estimé que des contacts minimums n'étaient pas établis entre le fabricant étranger de la machine et le for où le demandeur avait été blessé par la machine du fabricant. L'opinion de ces quatre juges a expressément critiqué la doctrine du « flux du commerce » défendue par l'opinion concordante du juge Brennan dans *Asahi* et *World-Wide Volkswagen*, estimant qu'« en règle générale, il ne suffit pas que le défendeur ait pu prévoir que ses produits atteindraient l'Etat du for... La jurisprudence de cette Cour indique clairement que ce sont les actions du défendeur, et non ses attentes, qui permettent aux tribunaux d'un Etat de le juger » (39).

Le juge Breyer, rejoint par le juge Alito, a rédigé une opinion étroitement concordante dans l'affaire *McIntyre*, estimant que sur la base de la jurisprudence existante de la Cour Suprême et des faits relatifs aux activités du défendeur dans le for, le demandeur n'avait pas rempli son obligation d'établir la compétence personnelle à l'égard du défendeur étranger (40).

En rédigeant cette opinion concordante critique, le juge Breyer a appliqué un précédent aux trois faits sur lesquels la juridiction inférieure s'est basée : (1) un distributeur américain a vendu, à une seule reprise, une machine du défendeur à un client du for, (2) le défendeur permettait et voulait que son distributeur vende ses machines à quiconque, n'importe où aux Etats-Unis, et (3) les représentants du défendeur ont participé à des foires commerciales aux Etats-Unis, mais pas dans le for. Le juge Breyer a conclu qu'« aucun de nos précédents ne considère qu'une seule vente isolée, même si elle est accompagnée par le type de politique de vente rencontré ici, est suffisante pour établir [la compétence personnelle] » (41). Le juge Breyer a ensuite poursuivi :

« Ici, les faits pertinents relevés par la [juridiction inférieure] ne montrent pas de « flux régulier » ou de « cours normal » des ventes dans [le for], et il n'y a pas « quelque chose de plus », tel qu'une conception spécifique à un Etat, de la publicité, des conseils, du marketing, ou quoi que ce soit d'autre. [Le demandeur], qui a la charge de prouver la compétence, n'a montré aucun effort spécifique du [défendeur] pour réaliser des ventes dans [le for]. [Le demandeur] n'a produit aucune liste de clients potentiels du New Jersey qui auraient, par exemple, pu régulièrement assister à des foires commerciales. Et [le demandeur] n'a pas par ailleurs démontré que [le défendeur] se serait « délibérément prévalu du privilège de mener des activités » dans [le for], ou qu'il plaçait ses

marchandises dans le flux du commerce «dans la perspective que des consommateurs du for les achèteraient» (42).

Ainsi, bien que s'appuyant sur la jurisprudence, le juge Breyer a donné expressément crédit au concept du «quelque chose de plus» de la doctrine du flux du commerce, plus. De surcroît, il a clairement déclaré qu'il «ne peut pas être en accord» avec l'opinion selon laquelle «dans une action en responsabilité du fait des produits, la compétence personnelle s'exerce à l'égard d'un producteur dès lors qu'il sait ou devrait raisonnablement savoir que ses produits sont distribués par un réseau de distribution national qui pourrait conduire à ce que ces produits soient vendus dans l'un quelconque des cinquante Etats» (43). Cela ressemble beaucoup à un rejet de la doctrine du flux du commerce.

Dans *McIntyre*, six membres de la Cour Suprême américaine semblent donc avoir rejeté le test du pur flux de commerce et, peut-être moins clairement, indiqué la nécessité de ce «quelque chose de plus» exposé par l'opinion concordante du juge O'Connor dans *Asahi*. Par conséquent, on pourrait penser que le test du flux du commerce a été rejeté. On aurait cependant tort.

## VII. La majorité des tribunaux qui ont interprété *McIntyre* défendent la doctrine du flux du commerce

Comme on pouvait s'y attendre, certains tribunaux de district fédéraux ont effectivement lu la décision *McIntyre* comme incitant à «quelque chose de plus» qu'une pure analyse du flux du commerce. Dans *Baker v. Patterson Medical Supply, Inc* (44), le Tribunal du District Est de Virginie a jugé que *McIntyre* pose que «le placement d'un produit dans le flux du commerce, sans plus, ne constitue pas un acte du défendeur intentionnellement dirigé vers l'Etat du for».

De même, dans l'arrêt *Smith v Teledyne Continental Motors, Inc* (45), le Tribunal du District de la Caroline du Sud a considéré que le ««dénominateur commun dans le raisonnement de la Cour Suprême dans [*McIntyre*]» et «une position approuvée par au moins cinq juges qui soutiennent le jugement» est la doctrine du flux du commerce, plus, énoncée par le juge O'Connor dans son opinion dans l'affaire *Asahi*. Par conséquent, dans *Smith*, le tribunal a jugé que le test du «flux-du-commerce plus» domine maintenant une majorité de la Cour» (46).

Mais la vraie surprise est de constater à quel point les tribunaux inférieurs ont résolument continué à appliquer le critère du flux du commerce après *McIntyre*. Ces tribunaux s'appuient généralement

sur la doctrine selon laquelle lorsqu' «une Cour divisée décide d'une affaire et qu'aucun raisonnement unique expliquant le résultat ne bénéficie de l'assentiment de cinq juges» «la position de la Cour peut être considérée comme la position prise par les Membres de la Cour qui ont souscrit au jugement sur les fondements les plus étroits» (47).

En vertu de cette règle jurisprudentielle acceptée, ces tribunaux considèrent que l'opinion concordante du juge Breyer, basée sur les fondements les plus étroits, constitue la position de la Cour Suprême dans *McIntyre*. Ils estiment que, dès lors que le juge Breyer a expressément déclaré qu'il ne se fondait que sur des précédents existants, le test du flux du commerce était toujours d'actualité.

Cela a en fait été l'opinion de la grande majorité des juridictions américaines de première instance. Cela a par exemple été le cas dans l'arrêt *Frito-Lay Am. d N..., Inc v Aliments Médaille, Inc.* (48) : «La décision de la pluralité dans *McIntyre*, rédigée par le juge Kennedy, n'est pas une position de la Cour Suprême ayant valeur de précédent... la position concordante du juge Breyer est l'opinion à valeur de précédent». De même, dans l'arrêt *Eskridge v Pac. Cycle, Inc* (49), le Tribunal a estimé que «parce que [*McIntyre*] n'a pas produit une opinion majoritaire adoptant l'opinion du juge O'Connor ni celle du juge Brennan fondées sur la jurisprudence actuelle de la Cour Suprême, la jurisprudence post-*Asahi* du Quatrième Circuit continue à s'imposer». Dans l'arrêt *Huddleston v Fresenius Med. Soins N. Am* (50), le tribunal a considéré que «cependant, parce qu'aucune opinion n'a réuni cinq voix dans *J. McIntyre*, l'opinion concordante du juge Breyer est contraignante» (51).

## Conclusion

Malheureusement pour les fabricants de produits non américains, l'échec de la Cour Suprême américaine à parvenir à une opinion majoritaire dans *McIntyre*, peut-être couplé à une inclination naturelle des juridictions inférieures à retenir leur compétence de manière à protéger les résidents établis dans leur juridiction, laisse ces fabricants exposés à des contentieux aux Etats-Unis relatifs à tous produits qui pourraient atteindre leur territoire. Ainsi, jusqu'à ce que la Cour Suprême clarifie cette question, ce fabricant de jouets français devra espérer qu'à l'instar de la partie défenderesse dans *Asahi*, il sera protégé contre la possibilité de se faire attirer devant un tribunal de l'autre côté de l'Atlantique par la garantie d'une procédure conforme au droit (52) tendant à l' «équité et à la justice» (53). Ceci constitue toutefois un bien mince espoir.

47) *Marks v Etats-Unis*, 430 U.S. 188, 993 (1977).

48) -F.Supp.2d-, 2012 WL 1108427, au \* 5 (E.D. Texas 20 mars 2012).

49) 2010 WL 1036826, au \* 4 (S.D.W. Virginie le 27 mars 2012).

50) 2012 WL 996959, au \* 5 (S.D. Ohio 22 mars 2012).

51) Voir également Graham, 2012 WL 893748 au \* 3 («Cette opinion [plurale], cependant, n'a pas réuni la majorité des juges et ne lie pas ce tribunal... l'opinion concordante du juge Breyer est contraignante»); *Askue v Aurora Corp of Am*, 2012 WL 843939, au \* 7 (N.D. Ga. 12 mars 2012) (jugant que l'opinion concordante du juge Breyer constitue la position de la Cour Suprême dans la décision *McIntyre*); *Sieg v Sears Roebuck & Co.*, -F. Supp.2d-, 2012 WL 610961, au \* 5 (M.D. Pa. 24 février 2012) (s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour Suprême en matière de compétence personnelle parce que dans la décision *McIntyre*, la Cour Suprême n'avait pas pu dégager une majorité); *UTC Fire & Sec. Ams. Corp, Inc v NSC Power, Inc.*, -F.Supp.2d-, 2012 WL 423349, au \* 8 (S.D.N.Y. 10 février 2012) («Cependant, en l'absence d'opinion dans *J. McIntyre* ayant réuni cinq voix, l'opinion concordante du Juge Breyer est contraignante»); *Lindsey c. Cargotect USA, Inc*, 2011 WL 4587583, au \* 7 (W.D.Ky. 30 septembre 2011) (adoptant les précédents existants sur le fait de «se prévaloir délibérément», dans le sillage de *McIntyre*, en l'absence de consensus majoritaire sur un test unique); *Techs Dram, LLC v Am.. II Grp., Inc*, 2011 WL 4591902, au \* 2 (E.D. Texas 30 septembre 2011) («Sous l'empire de *Marks*, la position de la Cour Suprême à valeur de précédent est contenue dans l'opinion concordante du juge Breyer, qui approuve la décision sur des fondements beaucoup plus étroits»).

52) «*Due Process*».

53) «*Fair play and substantial justice*».