

## JAPAN

MARCH 2009 | Vol. 2 Issue 2

Spotlight on the  
Atlanta Office

The Atlanta office of McGuireWoods, with 41 of the firm's approximately 900 attorneys, offers a full array of services to Japanese clients. John Beane heads the Japan practice in Atlanta and has over twenty years' experience dealing with Japanese companies. He has made numerous trips to Japan, and has been integrally involved in Japan-American activities in the Atlanta metro area and beyond, serving as chairman of the Japan-America Society of Georgia, and as a director of the National Association of Japan-America Societies. Other members of the McGuireWoods Japan practice group located in the Atlanta office include Charlie Roberts, Halima Horton and Troy Brown.

The Atlanta office has represented Japanese trading companies, manufacturing and other businesses in a wide variety of business transactions. Specifically, Mr. Beane's work for such companies has included mergers and acquisitions, site selection, incentive negotiations, financial transactions, partnerships and joint ventures and general corporate matters. The firm's Atlanta office has expertise in corporate and mergers and acquisitions, real estate, tax, environmental matters, employee benefits, financial services, bankruptcy, health care, real estate, labor and employment, and litigation.

The office's clients include TOTO USA, Inc., Komatsu Forklift U.S.A., Inc. and Nisshinbo Automotive Manufacturing, Inc. Andy Etkind, general counsel of Komatsu Forklift says: "For over 13 years John [Beane] has been a trusted legal adviser, business counselor and a fantastic resource to myself and the Komatsu Forklift organization. John's knowledge of not only the law but also the Japanese culture and what impact it can have on business transactions has been invaluable."

If you have a need for legal services in the southeastern part of the United States, give John Beane a call at 404.443.5714.

スポットライト:  
アトランタ事務所

マクワイヤウッズ法律事務所のアトランタ事務所では、当法律事務所の総勢約900名のうちの41名が弁護活動に当たっており、日本企業の顧客の皆様へのあらゆる弁護相談に応じております。日本企業グループを代表するジョン・ビーン(John Beane)弁護士は、日本企業の皆様に対し20年以上の弁護歴を持っております。訪日回数も多く、ジョージア州日米協会会長、及び、全国日米協会の理事として、アトランタ中心部だけでなく周辺地域での総合的な日米親睦活動に従事しております。アトランタ事務所の日本企業グループにはこのほか、チャーリー・ロバーツ(Charlie Roberts)、ハリマ・ホートン(Halima Horton)、トロイ・ブラウン(Troy Brown)が弁護士として駐在しております。

マクワイヤウッズ法律事務所アトランタ事務所は、日本の貿易会社、製造業、及び、その他企業の幅広い商取引を弁護して参りました。特に、ビーン代表の弁護案件は、M&A(企業の合併・買収)、候補地選択、報酬交渉、金融取引、協力関係(Partnership)、ジョイント・ベンチャー(共同請負)、その他、企業問題一般を含んでおります。当法律事務所のアトランタ事務所は、企業、M&A、不動産、税制、環境問題、社員福利、金融サービス、破産、健康管理、不動産、労使、及び、訴訟に関して専門知識を持っております。

同事務所の顧客の皆様の中には、TOTO USA, Inc., 米国小松フォークリフト(株)、日清紡オートモーティブマニュファクチャリングの各社も含まれております。小松フォークリフト法務部のアンディ・エトキンド(Andy Etkind)部長は、「ジョン・ビーン弁護士は十三年以上にわたり、小松フォークリフト社と私自身にとっても、信頼おける法務アドバイザー、事業カウンセラー、また、素晴らしい情報源です。法律のみならず、日本文化、また、それが事業取引にどんな影響を与えるかについてのビーン氏の知識は、非常に貴重なものです」と語っています。

米国南部において、法務サービスをご利用の際は、ぜひ、ジョン・ビーン弁護士までご連絡下さいませ。同氏の直通電話番号は、Tel.(404)443-5714です。

Practice Group  
マクワイヤウッズ法律事務所  
日本企業担当グループFOR MORE INFORMATION  
CONTACT:

John C. Beane, Partner  
404.443.5714  
jbeane@mcguirewoods.com  
The Proscenium  
1170 Peachtree St. N.E., Suite 2100  
Atlanta, Georgia 30309

Theodore J. Roper, Partner  
310.956.3445  
troper@mcguirewoods.com  
1800 Century Park East, 8th Floor  
Los Angeles, California 90067

## U.S. OFFICES

Atlanta  
Baltimore  
Charlotte  
Charlottesville  
Chicago  
Jacksonville  
Los Angeles  
New York  
Norfolk  
Pittsburgh  
Raleigh  
Richmond  
Tysons Corner  
Washington, D.C.  
Wilmington

## INTERNATIONAL

Almaty, Kazakhstan  
Brussels, Belgium

[www.mcguirewoods.com](http://www.mcguirewoods.com)

## Rotating Japanese Staffing Positions

By Marshall Beil and Mary E.H. Yoost

Can a Japanese company reserve key positions in its U.S. operations for rotating Japanese staff without running afoul of American laws prohibiting discrimination in the workplace? Just last month, a former employee of a major Japanese trading company who claims he was denied a promotion to an executive position allegedly reserved for Japanese nationals, filed a class action lawsuit in Federal court in New York challenging the practice. Many courts have considered this issue over the years, and the law generally supports the practice, but the case law is not uniform and the law remains unsettled. Although how this new case is decided could have far reaching affects, for now the answer to the question is a qualified yes: the practice of using rotational staff for senior executive positions is generally protected if a company is careful in structuring its staffing procedures.

The 1953 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Japan and the United States (FCN Treaty) allows Japanese companies to make U.S. employment decisions based on citizenship, but the tension between the treaty and U.S. employment laws (most of which were enacted after the treaty was signed) has never been fully resolved. This article will highlight the important issues to be aware of when dealing with rotational staff.

The FCN Treaty, despite the initial opposition of the Japanese negotiators, includes a provision in Article VIII allowing Japanese companies operating in the U.S. to make employment decisions based on citizenship. This allows Japan-based companies to place Japanese citizens in the United States without regard to anti-discrimination laws. The problem is that most Japanese companies operate in the U.S. through U.S. subsidiaries and not directly. Are the subsidiaries covered by the treaty; and can Japanese nationals be rotated into key positions at a U.S. subsidiary as if the subsidiary were the Japanese parent?

The U.S. Supreme Court avoided ruling on the issue in a 1982 case against Sumitomo. Several U.S. courts, however, have squarely held that a U.S. domestic corporation wholly owned by a Japanese corporation may assert the parent company's rights under the FCN Treaty to shield rotating staff positions from the U.S. employment laws prohibiting discrimination, provided the employment decisions concerning Japanese nationals are made or dictated by the Japanese parent. The leading case is *Fortino v. Quasar*, 950 F.2d 389 (7th Cir. 1991), which has also been followed by one other Circuit Court of Appeals, *Papaila v. Uniden Am. Corp.*, 51 F.3d 54 (5th Cir. 1995), and lower courts in other areas of the country.

## 日本人駐在員の配置転換

マーシャル・ビール及びマリー・イー・エイチ・ユースト

日本の企業は、職場での差別を禁じた米国の法律に違反せず、日本人駐在員を米国内の事業における重要ポストに就かせることができるだろうか。つい先月、大手日系商社の元従業員が、日本国籍者のみに予定された管理職の地位への昇進を拒否されたと主張して、この慣行に異議を唱え、ニューヨークの連邦裁判所にクラスアクション訴訟を提起した。多数の裁判所が長年にわたりこの問題を検討しており、一般的にこの慣行は支持されてきたが、裁判例は統一されておらず、法は未解決のままである。この裁判の結論は大きな影響をもたらすかもしれないが、現状のところ、この問題への答えは条件付の「イエス」だ。企業が、社員の配置手順を慎重に行えば、日本人駐在員の上級管理職への登用は一般的に保護される。

日米関係における、1953年の日米友好通商航海条約 (FCN条約) によると、日本企業は、国籍を基準に、米国内で雇用を決定することができる。しかし、同条約と米雇用法との緊張関係 (そのほとんどは、同条約調印後に生じた) は、決して十分に解決していない。この記事では、社員を配置転換する上で、知っていなければならない重要な事項を浮き彫りにしたい。

FCN条約は、日本側の交渉担当者から当初、反対を受けたにもかかわらず、第8章内に、米国内で事業展開する日本企業が、国籍に基づいて雇用の決定をすることを認める条項を含んでいる。これにより、日本企業は、差別禁止法とは無関係に、日本国籍者を米国内に配置転換することができる。問題は、日本企業のほとんどは米国内において、直接的ではなく、米子会社を通して事業展開していることだ。子会社は、条約により保護されているのか。米子会社は、あたかも日本の親会社と同一法人であるかのように、日本国籍保有者を米子会社内の重要ポストへ配置転換できるのか。

米最高裁は、住友商事を相手取った1982年の訴訟において、この件に関する判断を避けた。しかし、米国内の数カ所の裁判所は、日本企業が完全に所有する米国内の企業は、日本国籍所有者の配置転換が日本の親会社により決定されたか、命じられた場合、FCN条約に基づき、そうした社員の配置転換に差別を禁じた米雇用法は適用されないという親会社の権利を主張できると、はっきり判決を下している。その先例となる判例は、フォーティノ対クエーサー、950 F.2d 389 (第7巡回控訴裁判所、1991年) で、それ以後、パペイラ対ユニデンアメリカ社、51 F.3d 54 (第5巡回控訴裁判所、1995年) や、米国内の他の下級裁判所の判例が続いている。

しかし、日系企業が非常に多い二つの州では、これに反する立場を取る当局がある。カリフォルニアでは、二つの州上訴裁判所が、フォーティノの判決に同意せず、米国内の子会社は、日本の親会社が同条約の下で持つ、米国の社員に関する雇用決定につき裁判所の判定から免れるという権利を発動することはできないと判断した。ただ、カリフォルニアの裁判所は、駐在員の配置転換に関する問題について、直接の判断を下していない。ハラック (Haluck) 対リコー電子、151 Cal.App.4th 994 (Ca. App. 4th Dist. 2007年) とカームシ (Kirmse) 対ホテル日航、51 Cal. App.4th 311 (Ca. App.1st Dist. 1996年) を参照。



But there is contrary authority in two states with a significant Japanese business presence. In California, two state appellate courts disagreed with *Fortino*, and held that a domestic subsidiary may not invoke a Japanese parent's treaty rights to shield employment decisions regarding U.S. staff from judicial scrutiny. The California courts, however, have not yet directly ruled on a challenge to a subsidiary's use of rotational staff. See *Haluck v. Ricoh Electric, Inc.*, 151 Cal.App.4th 994 (Cal. App. 4th Dist. 2007) and *Kirmse v. Hotel Nikko*, 51 Cal.App. 4th 311 (Cal. App. 1st Dist. 1996). In New York, at least one federal district judge recently suggested that a discrimination case involving rotational staff could not be dismissed at the pleading stage, *Long v. Marubeni America Corp.*, 406 F.Supp.2d 285, 290 n.1 (S.D.N.Y. 2005). Long-standing EEOC guidelines also criticize *Fortino*. EEOC, "Enforcement Guidance on Application of Title VII and the Americans with Disabilities Act to Conduct Overseas and to Foreign Employers discriminating in the United States," issued in Oct. 1993 and available at <http://www.eeoc.gov/policy/docs/extraterritorial-vii-ada.html>.

For now, however, *Fortino* remains good law in most of the country. To come within the FCN Treaty protection for rotational staff, a Japanese company doing business in the U.S. through a domestic U.S. subsidiary should take care to do the following: **Personnel decisions for rotational staff should be made by the Japanese parent.** The Japanese parent must maintain control over its Japanese nationals placed at U.S. subsidiaries. The parent should place the staff here on a temporary basis, make (or dictate in writing) all hiring, salary and assignment decisions, and control the employees' job duties and evaluations (using the parent's standards). Especially in California, the rotating staff should remain as employees of the parent company. The company should also create job descriptions that explain why Japanese national origin is a bona fide occupational requirement (for example, stating why knowledge of Japanese customs, cultural and linguistic skills are important qualifications for the position), and not a pretext for discrimination based on age, gender or other impermissible factors. (NB: Since the law in California is not yet settled, even these precautions may not protect rotational staff there, and additional protections should be discussed with counsel.)

**All other employment decisions within the subsidiary must not show evidence of discrimination based on national origin.** For non-rotational staff, employment decisions cannot be made based on national origin, race or any other suspect classification. Favoring Japanese-Americans over others in the workplace is not protected under the FCN Treaty.

McGuireWoods has extensive experience with employment law questions affecting Japanese (and non-Japanese) businesses throughout the United States. We stand ready to advise Japanese businesses in the U.S. and review company practices and procedures to ensure that companies obtain the full protection afforded by the FCN Treaty, and to avoid liability under the complex web of statutes and case law that governs employment in the United States.

一方、ニューヨーク州では、連邦地裁の少なくとも一人の裁判官は近頃、ロング対丸紅アメリカ社、406 F.Supp.2d 285, 290 n.1 (S.D.N.Y. 2005年)の裁判上、訴答の段階で、駐在員の配置転換に関わる差別問題を却下することはできないと示唆した。米公正雇用機会委員会(EEOC)の指針も長年、フォーティノ判決を批判してきた。EEOCは「海外での経営、及び、米国内における外国人使用者による差別に関する第7編及び米国人障害者法の適用に関するガイダンス(Enforcement Guidance on Application of Title VII and the Americans with Disabilities Act to Conduct Overseas and to Foreign Employers discriminating in the United States)」を10月号11993で発行し、<http://www.eeoc.gov/policy/docs/extraterritorial-vii-ada.html>で参照できる。

しかし、現在のところ、フォーティノの判決は、米国内のほとんどの地域で、良い判決と受け止められている。駐在員の配置転換に関して、FCN条約の保護を受けるためには、米子会社を通して米国内で事業展開する日本の企業は、次の事柄に注意すべきだ。駐在員の配置転換に関する人事決定は、日本の親会社を下すべきである。日本の親会社は、米子会社に配置されている日本国籍の社員に対し、引き続き、監督権を維持しなければならない。親会社は、駐在員を一時的に当地へ派遣し、すべての雇用、給与、及び、職務決定を下し(または、文書で残し)、社員の任務、及び、評価を(親会社の基準に基づき)管理すべきだ。特に、カリフォルニアにおいては、米国内で配置転換する駐在員は、親会社の社員であり続けるべきだ。企業はまた、年齢、性別、あるいは、他の許されない要因による差別の弁解ではなく、日本国籍がなぜ、その職務の真正な必要条件となるのか(例えば、日本の習慣、文化、語学の知識が、なぜ、その職務の資格として重要なのか)を説明した職業記述を作成すべきだ。(注意:カリフォルニアでは、法解釈が決着していないので、上記の警戒措置でさえ、配置転換の駐在員を保護できないかもしれない。更なる保護措置を、弁護士と協議すべきだ。)

子会社内における他のすべての雇用決定は、国籍に基づく差別の証拠を示すものであってはならない。配置転換のない社員については、雇用決定は、国籍、人種、あるいは、他の疑わしい分類に基づくものであってはならない。職場で、他の人種よりも日系アメリカ人を優遇することは、FCN条約の下で、保護されていない。

マグワイヤウッズ法律事務所は、米国全土において、日系企業(及び、非日系企業)に影響を及ぼす雇用法に関する問題に対し、幅広い知識と経験を有しております。当法律事務所は、米国内で事業展開する日系企業の皆様がFCN条約で与えられている保護を十分に受けられるよう、また、米国内で雇用に適用される数々の複雑な法律や判例に基づく責任を課せられないよう、日系企業の慣例及び内部手続を再検討し、助言させて頂くことが可能です。



## Events

### February 20, 2009

Japanese American Bar Association (JABA)  
JABA's 33rd Annual Installation and Awards Gala  
*Los Angeles*

### February 21-22, 2009

McGuireWoods partner, Sidney Kanazawa, visiting professor  
to The National Institute for Trial Advocacy (NITA) and Nagoya  
University  
*Tokyo, Japan*

### March 19, 2009

U.S. Kyoto Business Association in conjunction with Kansai Club  
McGuireWoods presents "How to Cope with Restructurings,  
Layoffs and Closures of Business Operations."  
*4 - 7 p.m.*  
*KSA America Inc., Torrance, CA*

### March 26, 2009

Japan External Trade Organization (JETRO)  
McGuireWoods presents "Employment and Financial Issues  
in the Current Economic Times and Protecting Your Business."  
*10 a.m. - Noon*  
*Holiday Inn, Torrance, CA*

McGuireWoods' Japanese practice invites you to subscribe to its new e-mail update. This service provides timely analysis of important issues, policies and practices. If you would like to join this new list, go to our subscription page or send a message to our news administrator at [mwnews@mcguirewoods.com](mailto:mwnews@mcguirewoods.com).

McGUIREWOODS

1800 Century Park East, 8th Floor | Los Angeles, California 90067