

## OBSTACLES RENCONTRÉS PAR LES ENTREPRISES FRANÇAISES ET EUROPÉENNES AUX ÉTATS-UNIS

Au cours de 30 années de pratique professionnelle conseillant des entreprises, principalement françaises ou francophones, dans le cadre de leurs démarches en vue de s'implanter aux États-Unis, nous avons pu constater qu'elles restent confrontées aux mêmes obstacles et difficultés.

Il s'agit notamment, et de manière non exhaustive, des points suivants :

### **1** La connaissance du contexte américain et/ou du marché spécifique à chaque produit ou service

En termes de grandeur physique, le territoire des États-Unis est gigantesque. Il est 17 fois plus grand que la France et 4 800 km séparent les côtes est et ouest ; les États du Texas et de la Californie sont chacun plus grands que le territoire français. Le pays comptait environ 327 millions d'habitants en 2018, dont 120 millions vivant sur la côte Est.

La population américaine est très diversifiée avec la présence de nombreuses ethnies telles que les populations afro-américaines, hispaniques, asiatiques et amérindiennes. Le client américain est réputé volatil, exigeant quant au niveau de service et la flexibilité des conditions de ventes et les taux de retour des biens et produits sont élevés.

De plus, chaque produit a un canal de vente spécifique. Par exemple, un fabricant d'équipements pour la production de béton ne pourra pas vendre ses équipements via le même canal qu'un producteur de produits alimentaires frais. Il ne faut pas hésiter à consulter des professionnels dont les services permettent d'optimiser les circuits de vente aux États-Unis.

En outre, approcher les États-Unis de l'étranger implique de se familiariser avec les lois en matière d'immigration, les lois douanières, et tarifs d'importation, les lois fédérales sur les exigences en matière d'emballage et d'étiquetage, etc. La préparation en amont de l'importation est primordiale si l'on souhaite que son projet d'entreprise soit fructueux aux États-Unis, notamment en se questionnant sur la manière de satisfaire les demandes du marché local visé. Cette préparation peut être faite de l'étranger, dans le pays d'origine.

## **② Les coûts et budgets des affaires aux États-Unis**

Alors que le contexte américain apparaît plus favorable au démarrage d'un business du fait de formalités et d'exigences moindres qu'en France, le coût d'une telle opération est généralement une mauvaise surprise pour les entreprises européennes. Les sociétés européennes qui exercent des activités aux États-Unis ou qui y souhaitent vendre leurs produits doivent être réalistes en matière de budget et des honoraires des professionnels dont l'intervention est requise. Ainsi pour la partie juridique, les services d'un ou plusieurs avocats devront être prévus dans le budget d'élaboration de la société (ex : avocats d'affaires, d'immigration, de propriété intellectuelle, spécialiste en droit et réglementation douanière et de tarifs).

Lors de la phase de mise en place, le recrutement de professionnels spécialisés est indispensable et leurs taux sont généralement plus élevés qu'en Europe. Avocats, experts-comptables, parfois un courtier immobilier ou un chasseur de têtes accompagneront l'entreprise naissante dans tous les aspects de son développement (enregistrement de la société, contrats, obtention de visas etc.) ce à quoi une société européenne n'est pas forcément habituée et ne le prévoit donc pas en termes de budget. Il faut noter une difficulté croissante pour l'obtention de visas de travail aux États-Unis et des incertitudes sur la durée de certains visas pour des ressortissants français à la date de rédaction de cet article (novembre 2019).

De plus, si le salaire minimum aux États-Unis coûte moins cher pour une entreprise que son équivalent dans de nombreux pays européens, les États-Unis se trouvent dans une situation de plein emploi et de salaires qui sont plus élevés qu'en Europe, en particulier dans certains secteurs (auxquels s'ajoutent des avantages sociaux qui ne sont peut-être pas légalement obligatoires, mais qui doivent être offerts aux employés pour être compétitifs ; ainsi l'assurance médicale, dentaire, des plans retraite etc.)

Il convient de noter que les sociétés nouvellement établies doivent ouvrir des comptes bancaires et que certaines grandes banques américaines ne souhaitent plus de ces sociétés comme clients, car les actionnaires ne sont pas des entités américaines ou des personnes physiques américaines.

## **③ L'appréhension de l'omniprésence du droit aux États-Unis et des spécificités du système juridique américain**

Le système juridique américain est très complexe en ce qu'il comprend trois niveaux (fédéral, État et local) et 51 systèmes d'organisation des tribunaux (50 par État et un fédéral). Ignorer les lois en vigueur ou mal comprendre les conséquences de leur non-respect sont des erreurs courantes commises par les clients européens.

La culture juridique américaine est très tournée vers le contentieux (les tribunaux accordent des montants élevés de dommages-intérêts mais le contentieux est très coûteux notamment en raison de la phase de « discovery » (la phase procédurale d'investigation préalable à tout procès,

dont l'objectif est de recueillir des éléments de preuves destinés à favoriser le déroulement du procès).

Les clients et les hommes/femmes d'affaires américains sont donc généralement enclins à engager facilement des poursuites puisque d'importantes sommes sont en jeu. Le coût de ces litiges est inimaginable pour l'esprit européen. Le contentieux devient alors un outil très dissuasif.

Il est également très important de connaître les formalités et / ou les licences applicables à un secteur d'activité. Par exemple, il faut des licences pour la vente de vins et spiritueux.

#### **④ Le choix de l'entité juridique, véhicule de l'investissement envisagé.**

##### **4.1. LLC ou Corporation ?**

Les investisseurs étrangers sont souvent face au choix entre la LLC (Limited Liability Company) ou la Corporation.

La société à responsabilité limitée (LLC) est une entité hybride qui associe la responsabilité des membres à la transparence fiscale du partenariat. Il n'y a pas d'imposition au niveau de la LLC mais au niveau de ses membres. Le choix de l'entité dépend du projet ou de la situation des partenaires potentiels ainsi que des coûts et des honoraires engendrés. Par exemple, si une entreprise a besoin de financement de tiers, la corporation est un choix plus judicieux mais si elle a un partenaire local américain, un partenaire français et un partenaire chinois, la LLC est une option plus appropriée.

Une corporation est une entité dans laquelle la responsabilité est limitée mais il y a deux niveaux de taxation ; un au niveau de l'entreprise et le second au niveau des actionnaires à la réception de dividendes.

Créer une LLC à New York peut s'avérer onéreux en raison notamment de l'exigence de la publication de la formation dans cet État. De plus, la création d'une LLC peut conduire à la rédaction d'un « operating agreement » (contrat d'exploitation) c'est à dire d'un contrat entre ses membres dont les termes associent des éléments figurant dans les statuts et pactes d'actionnaires des « corporations » (gestion de la société, cession des intérêts par exemple). L'établissement de ce contrat peut s'avérer coûteux.

##### **4.2. Delaware ou pas Delaware ?**

Beaucoup sont persuadés que le Delaware est l'unique réponse à la question du choix de l'État d'implantation d'une entité juridique. Cependant, si ce choix n'est pas discutable pour les

grandes entreprises pour des raisons fiscales et juridiques, il n'est pas nécessairement approprié pour de plus petits investisseurs.

Les sociétés de petite taille, qui ont des activités dans un ou plusieurs États, mais pas dans le Delaware, se rendront compte qu'il serait contre-efficace de créer une filiale dans le Delaware car elles devront alors immatriculer la structure dans chaque État d'activité ou de présence. De plus, si les activités ne sont basées qu'à New York, par exemple, la création d'une société dans le Delaware n'a pas beaucoup d'intérêt.

#### **4.3. Qualification pour faire des affaires (« Qualification to do business »).**

Une entité créée dans un État peut faire des affaires dans d'autres mais devra alors obtenir dans cet autre État un certificat d'autorité et s'acquitter des impôts dus en raison de l'activité effectuée dans ce ou ces États et des impositions locales supplémentaires le cas échéant.

#### **5 La Coopération avec son conseil juridique aux États-Unis.**

Bien que l'on puisse dire que le contexte commercial américain est plus libre qu'ailleurs, la prudence est de mise et l'assistance d'un conseiller juridique est cruciale.

Au vu de la distance géographique qui peut séparer un investisseur européen de son projet aux États-Unis, une coopération continue et étroite avec un avocat américain sur le développement du projet ou sa situation est nécessaire ; Les communications et échanges d'informations sont cruciales.

Les clients ne doivent pas eux-mêmes chercher à « adapter » des contrats français au droit américain, mais travailler avec des avocats expérimentés américains. La traduction en anglais de documents établis en langue française est mal avisée. Il est nécessaire et à long terme plus rentable de disposer d'un ensemble de documents rédigés en anglais et conformes au contexte juridique américain (représentations commerciales, contrats de travail, pactes d'actionnaires, etc.) pour pouvoir s'y référer rapidement et s'assurer la pleine conformité aux lois locales. Dans le même esprit, les contrats présentés par une partie américaine doivent être soumis à un avocat américain compétent pour être revus, et éventuellement négociés et, dans tous les cas, avant signature.

#### **6 Le suivi du projet aux États-Unis.**

Certains clients ont tendance à oublier leurs filiales ou groupes aux États-Unis, une fois ceux-ci constitués. Il est impératif que les fondateurs consacrent du temps à l'entité et aux affaires

qui existent aux États-Unis en effectuant régulièrement des voyages, et en suivant les activités des entreprises locales.

Il y a en effet des risques à ne pas suivre et surveiller son projet. Les responsables locaux peuvent parfois exercer un contrôle très étendu sur les affaires d'une entité américaine et ce jusqu'au détournement de fonds pour certains cas.

### **7 Le choix du bon partenaire américain.**

Un contrat de représentation commerciale non exclusive demande un examen approfondi de la situation. Sans un système de rémunération adéquat et compétitif en place, l'agent ne sera pas motivé et empêchera la mise en place d'options de distribution optimales. Les accords avec les représentants commerciaux doivent donc être soigneusement négociés.

En cas de représentation exclusive, la délimitation de cette exclusivité est essentielle et il convient de se poser certaines questions pour s'assurer de sa pertinence : le territoire est-il bien défini et adéquat ? Les biens ou services sont-ils bien identifiés ? Existe-t-il des délais, des droits acquis ou d'autres exceptions à l'exclusivité accordée ?

Il convient aussi de se demander si un accord d'exclusivité pour l'ensemble du territoire américain à un agent commercial ou distributeur est approprié, ou mettre en place des dispositions contractuelles pour régler les conflits potentiels entre distributeurs ou représentants.

Parfois, négocier les termes d'un contrat avec un partenaire potentiel montrera que cette personne ou entité n'est pas la bonne. Il n'y a pas de formule magique.

### **8 La protection de la propriété intellectuelle.**

Il est fondamental de bien protéger sa propriété intellectuelle aux États-Unis.

Il est important de garder à l'esprit que les champs de protection des brevets et marques concédés en Europe ne s'étendent pas aux États-Unis.

De plus, il est nécessaire d'effectuer des recherches d'antériorité aux États-Unis avant d'entamer une procédure de dépôt de marque

**9 Efforts en temps, en argent et en énergie.**

La réputation et de bonnes relations sont très appréciées aux États-Unis et leur établissement nécessite du temps et des efforts. Il faut donc se soucier de l'image de la marque et de la société et de ses dirigeants dès le démarrage du projet puisque des échecs de négociation, des faux pas ou manquements à des obligations sont rarement excusés ou pardonnés. Un produit même ingénieux aura du mal à atteindre le succès commercial attendu aux États-Unis, s'il y est introduit sans réflexion, sans préparation et sans les investissements appropriés, et/ou sans les efforts de suivi nécessaires.

En conclusion, le contexte actuel tendu des relations commerciales avec les États-Unis et la concurrence locale accrue sur certains domaines de prédilection de l'exportation française rendent impératif que les points ci-dessus soient étudiés et pris en compte très sérieusement et en amont de tout projet d'approche du marché américain. Ce dernier reste extrêmement attractif si les conditions d'une approche réussie sont réunies.

*Article en date du 26 novembre 2019, basé sur une présentation portant sur "les difficultés que les clients français et européens, et leurs conseils américains rencontrent dans leurs transactions aux États-Unis" effectuée le 5 mars 2019 devant le Comité Européen de la Section Internationale de l'American Bar Association.*

Auteurs: *Pascale Longuet, Esq.*

*Marie-José O'Keefe, Law Office of Pascale Longuet*

*Avec la collaboration de Marie Galzin, étudiante, Université de Droit de Toulouse*