



Votre Entreprise Américaine: Guide Pratique



Table des Matières

1. PREMIÈRE APPROCHE	5
2. POINTS CLÉS	6
2.1 POURQUOI INVESTIR AUX ETATS-UNIS DANS LE CADRE D'UNE POLITIQUE INTERNATIONALE ?	6
2.1.1 L'internationalisation	6
2.1.2 Le marketing et la commercialisation	6
2.1.3 La recherche et le développement	6
2.1.4 La production industrielle	6
2.1.5 Les prestations de services	6
2.1.6 L'investissement actionnariale	7
2.1.7 L'investissement immobilier	7
2.1.8 Les activités administratives de support (dites de Back Office)	7
2.1.9 Force Majeure et la Chaine d'Approvisionnement	7
2.2 COMMENT CHOSIR LA FORME JURIDIQUE D'UNE ENTITE AUX USA ?	7
2.2.1 Le Rôle des Etats	7
2.2.2 Corporations	8
2.2.3 Limited Liability Companies	8
2.2.4 Benefit Corporations et Flexible Purpose Corporations	8
2.2.5 Autres formes juridiques	9
2.3 LE FINANCEMENT DE VOTRE SOCIETE AMERICAINE	9
2.3.1 Les associés fondateurs et l'auto-financement	9
2.3.2 Les investisseurs privés: Angels, Venture Capital et Private Equity	9
2.3.3 Eviter les engagements pris par les sociétés mères	10
2.3.4 Se mettre en conformité avec le droit des marchés financiers	10
2.4 COMMENT CHOISIR ET MINIMISER LE REGIME FISCALE POUR VOTRE SOCIETE AMERICAINE	14
2.4.1 Le choix du lieu de constitution d'une entité opérationnelle	14
2.4.2 Le choix du lieu de constitution d'une IP Holding	14
2.4.3 Les acquisitions net d'impôts	14
2.4.4 La taxation de la plus value	15
2.5 LES STRATEGIES DE SORTIE D'UNE SOCIETE AMERICAINE	15
2.5.1 La vente à un acquéreur stratégique	15
2.5.2 La vente à un investisseur financier	15
2.5.3 La vente aux salariés	15
2.5.4 L'introduction en bourse	16
2.5.5 Les désaccords entre actionnaires	16
3. LES ACTIVITÉS PRINCIPALES	16
3.1 LE BUSINESS MODEL	16
3.1.1 Les Online Businesses	16
3.1.2 Franchise ou Licence ?	17
3.1.3 Les alliances stratégiques	17
3.2 COMMENT CHOISIR LA FORME JURIDIQUE D'UNE SOCIETE AMERICAINE	17
3.2.1 Corporations	17
3.2.2 Limited Liability Company	17
3.2.3 Les régimes spéciaux	17
3.3 LA GOUVERNANCE INTERNE D'UNE SOCIETE AMERICAINE	18
3.3.1 Les statuts de la société : la Corporate Charter	18
3.3.2 Les pactes d'actionnaires	18
3.3.3 Les Joint Ventures	18
3.3.4 Les difficultés liées à la formation d'une nouvelle entité juridique	18

3.3.5	<i>Les risques principaux de la gouvernance</i>	19
3.4	LA PLANIFICATION FISCALE POUR UNE SOCIETE AMERICAINE	20
3.4.1	<i>Le traitement fiscal du Partnership</i>	20
3.4.2	<i>Le traitement fiscal des sociétés</i>	20
3.4.3	<i>L'imposition des bénéfices résultant des opérations</i>	21
3.5	LA GESTION DES RESSOURCES HUMAINES EN DROIT AMERICAIN	22
3.5.1	<i>Les premiers salariés</i>	22
3.5.2	<i>Les limitations à la règle du "at will"</i>	22
3.5.3	<i>Les droits du Whistleblower : les salariés-policiers</i>	23
3.5.4	<i>La délivrance de la notice aux salariés; le "manuel" des salariés</i>	23
3.5.5	<i>L'application du droit du travail dans l'entreprise</i>	24
3.5.6	<i>La résiliation du contrat de travail</i>	24
3.5.7	<i>Les clauses de non concurrence</i>	24
3.5.8	<i>La rémunération variable: le capitalisme au travail</i>	25
3.5.9	<i>Le droit américain de la sécurité sociale: "ObamaCare"</i>	26
3.5.10	<i>Les abus potentiels de recours aux "Independent Contractors"</i>	28
3.5.11	<i>Les plans de retraite</i>	28
3.6	LA PROPRIETE INTELLECTUELLE AUX ETATS-UNIS.....	28
3.6.1	<i>Les types de propriété intellectuelle</i>	28
3.6.2	<i>Les sources de la propriété intellectuelle</i>	29
3.6.3	<i>La gestion du cycle de vie des droits de propriété intellectuelle</i>	30
3.7	LE MANAGEMENT DES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION ET DE LA COMMUNICATION (NTIC) 30	
3.7.1	<i>La gestion des ressources de l'entreprise: In-house vs. Outsourcing</i>	30
3.7.2	<i>Vie privée et protection des fichiers</i>	30
3.7.3	<i>La cybersécurité: les infrastructures essentielles, le cloud computing, BYOD (PAP), etc</i>	31
3.7.4	<i>La rétention et la destruction de document; la preuve électronique</i>	31
3.8	LES ASSURANCES COMMERCIALES AUX USA	32
3.9	LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS AUX USA	32
3.9.1	<i>Une protection légale complexe</i>	32
3.9.2	<i>Le contentieux des "Class Actions"</i>	32
3.9.3	<i>"Tort Law"</i>	32
3.9.4	<i>Les brèches isolées de données personnelles ; Les notifications d'infraction</i>	33
3.10	COMMENT VENDRE A UNE SOCIETE COTEE AMERICAINE.....	34
3.10.1	<i>La gestion de la chaine d'approvisionnement: la continuité des affaires / la reprise après sinistre</i> 34	
3.10.2	<i>Les petites entreprises dépendant d'un seul consommateur important</i>	34
4.	LES PROBLEMES PARTICULIERS DES INVESTISSEURS ETRANGERS AUX USA.....	34
4.1	LES OBLIGATIONS D'INFORMATION ET DE RAPPORTS PESANT SUR LES INVESTISSEURS ETRANGERS AUX USA 34	
4.1.1	<i>Les rapports statistiques pour réaliser des analyses économiques</i>	34
4.1.2	<i>Les rapports fiscaux</i>	34
4.1.3	<i>La redaction de rapports de "sécurité nationale" portant sur les investissements étrangers : CFIUS</i> 35	
4.1.4	<i>La conduite d'enquêtes secrètes pour des raisons de sécurité nationale</i>	35
4.2	LA NATIONALITE ET LA RESIDENCE DES DIRIGEANTS ET MANAGERS.....	35
4.3	LES VISAS D'AFFAIRES DES INVESTISSEURS ET DIRIGEANTS ETRANGERS AUX USA	35
4.3.1	<i>Les transferts entre entreprises (L-1)</i>	36
4.3.2	<i>Treaty Investors (E-2)</i>	37
4.3.3	<i>Les employés qualifiés : "Specialty Occupation" (H1-B)</i>	38
4.3.4	<i>Le talent exceptionnel (O)</i>	38
4.3.5	<i>Short-Term Visits (B-1/B2)</i>	38
4.3.6	<i>Le resident permanent</i>	39

4.3.7	<i>Les réformes du droit des étrangers</i>	39
4.4	L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DE LA LOI AMERICAINE	39
4.4.1	<i>Les activités étrangères</i>	39
4.4.2	<i>Les Codes de conduite</i>	39
5.	LES PROBLEMATIQUES FISCALES DES ACTIONNAIRES ETRANGERS AUX USA.....	39
5.1	LA TAXATION DES ETRANGERS AUX USA	39
5.2	L'APPLICATION A LA SOCIETE DE L'IMPOT AMERICAIN SUR LE REVENU	40
5.2.1	<i>Les impôts fédéraux sur le revenu</i>	40
5.2.2	<i>Les impôts des Etats sur le revenu</i>	40
5.2.3	<i>Les impôts locaux</i>	40
5.2.4	<i>Les taxes de sécurité sociale et les Equalization Treaties</i>	40
5.3	LES "SALES AND USE TAXES" SUR LES VENTES AUX USA.....	41
5.4	LES IMPÔTS SUR L'INDIVIDU	41
6.	LES PRINCIPES DE BASE DE LA COMPTABILITE AUX USA.....	41
6.1	LA COMPTABILITE FINANCIERE	41
6.2	LA COMPTABILITÉ FISCALE	42
6.3	LA COMPTABILITÉ FIDUCIAIRE	42
6.3.1	<i>Le droit commun des biens abandonnés</i>	42
6.3.2	<i>Le droit des biens abandonnés applicable aux sociétés du Delaware</i>	42
7.	LA RELATION AVOCAT/CLIENT	43
7.1	LA LETTRE D'ENGAGEMENT.....	43
7.2	LA CONFIDENTIALITE; LES CONFLITS D'INTERET	43
7.3	LA COMPLIANCE ET LES OPERATIONS EN COURS	43
8.	NOUS CONTACTER.....	43
	ANNEXES.....	43
A.	DIAGRAM: NEW U.S. VENTURE (FAMILY OWNED)	45
B.	DIAGRAM: NEW U.S. VENTURE (FOUNDERS AND PRIVATE EQUITY INVESTORS).....	46
C.	DIAGRAM: ACQUISITION OF A U.S. PRIVATELY-OWNED BUSINESS (ONE STEP)	47
D.	DIAGRAM: ACQUISITION OF A U.S. PRIVATELY-OWNED BUSINESS (TWO STEPS)	48

1. Première Approche

Les Etats-Unis d'Amérique ont toujours été une terre privilégiée pour les nouvelles entreprises et l'innovation entrepreneuriale. Les Etats-Unis sont généralement très ouverts aux investissements étrangers, sauf en cas d'entrave sur le plan de la sécurité nationale (« *national interests* »).. En vertu des lois fédérales et des accords de l'OMC sur le commerce des marchandises, des services, de la propriété intellectuelle et sur les mesures concernant les investissements, les investisseurs étrangers peuvent bénéficier des mêmes opportunités que les américains. Ils ont le droit de détenir des sociétés américaines et de vendre des biens et des services aux Etats-Unis, et de les gérer par des étrangers (même par des non-résidents). En contrepartie, ils doivent se conformer aux lois applicables, et notamment aux lois régissant l'immigration.

L'établissement d'une entreprise américaine offre des avantages aux entreprises, leurs actionnaires et leurs gérants :

- Pour les multinationales et les PME étrangères en voie de globalisation, l'extension de produits et de services étrangères aux marchés américaines ;
- Pour les startups,
 - l'obtention d'accès aux marchés privés (et publics) du capital risque pour les startups étrangères où ces marchés ne sont pas bien développés ou dont l'environnement commerciale ou politique est trop restrictif ; et
 - L'accès aux « subject matter experts » capables de diriger les dessins de nouvelles technologies pour le développement par une équipe multinationale de développeurs ;
- Pour les gérants de PME's étrangers, l'accès à un visa de travail, ce qui pourrait mener à une « résidence permanente » aux USA ;
- Pour les sociétés de services en informatique, en télécommunications, de l'Internet, ou d'un prestation technique étrangère, l'accès à des structures juridiques d'association conjointe et des avantages fiscaux pour inciter les employés américains ; et
- Pour les produits de grande consommation, de luxe ou des industries règlementées, une structure centralisant les fonctions d'importation, marketing, vente, respect de la réglementation américaine et, dans une certaine mesure, de limitation de la responsabilité civile de la société mère.

Monter une Startup ou une filiale n'est pas chose facile. Le succès d'une nouvelle entreprise suppose une méthodologie rigoureuse dans la prise en compte des risques liés aux opérations, aux produits financiers, aux relations-clients, à la législation et la réglementation, et enfin à la valeur de la marque.

Créé en 1990, le cabinet Bierce & Kenerson P.C. conseille des Startups, des investisseurs, des entrepreneurs et des entreprises multinationales implantées dans plusieurs pays, les accompagnant à travers la cycle de vie. Nous représentons des sociétés de toutes les tailles, leurs actionnaires et gérants. Nos clients figurent dans les industries des services commerciaux, des technologies avancées (produits, prestations, télécommunications et logiciels), e-business (Internet), l'informatique, les produits de grande consommation ou de luxe, la mode, les produits industriels et les industries de licences. Notre but est d'utiliser des structures juridiques performantes pour assurer une croissance stratégique de l'entreprise. Nous cherchons également à mettre en place des relations commerciales durables et à préserver la valeur des actions et parts sociales.

Nos principaux atouts sont :

- un suivi personnalisé et privilégié des dossiers par les associés,
- une expertise d'ensemble pour tout type d'entreprise, de la Startup à la Multinationale,

- une approche globale basée sur une expérience poussée dans le commerce et l'investissement internationaux
- une approche commerciale et pratique pour résoudre les conflits en restructurant, le cas échéant, les rapports économiques, fonctionnels et juridiques entre participants,
- un coût relativement modeste.
- un réseau de professionnels nous permettant de regrouper des prestataires alignés et ciblés au profit du client,
- une attention particulière pour les entreprises de taille moyenne, et
- une reconnaissance incontestée parmi les avocats d'affaires.

Ce document comprend plusieurs annexes qui illustrent les concepts clés qui seront abordés.

2. Points clés

2.1 Pourquoi investir aux Etats-Unis dans le cadre d'une politique internationale ?

2.1.1 L'internationalisation

Une structure américaine est une pièce essentielle pour une multinationale. D'une part, le marché américain comprend plus de 316 millions de personnes, et d'autre part, le contexte économique, légal et culturel révèle une culture d'ouverture aux produits, aux services et aux talents internationaux. Par ailleurs, détenir une entité américaine est un outil essentiel pour limiter le risque sociétale et obtenir une visibilité locale.

2.1.2 Le marketing et la commercialisation

Beaucoup d'entreprises étrangères créent des filiales américaines pour promouvoir et vendre leurs biens et services. Bénéficier d'une présence locale permet à ces entreprises de cibler la demande américaine. Pour implanter leurs biens et services, de simples ajustements peuvent ainsi leur ouvrir un nouveau marché.

2.1.3 La recherche et le développement

Les objectifs de recherche et développement peuvent être atteints en utilisant les compétences américaines. Ils peuvent également être atteints au moyen de compétences étrangères. La fiscalité fédérale américaine prévoit alors des crédits fiscaux pour les R&D.

2.1.4 La production industrielle

Une partie de la production américaine s'est délocalisée vers des pays à moindre coût. Toutefois, une implantation locale peut être utile pour les industries étrangères qui échappent, alors, à une réglementation contraignante. Une implantation sur le sol américain offre également plus de flexibilité et diminue les coûts liés au transport de biens de valeur, de biens lourds ou encombrants.

2.1.5 Les prestations de services

Le recours à l'externalisation et à la délocalisation permet aux prestataires de service étrangers de créer des filiales américaines pour faciliter la délivrance locale de leurs services. Ainsi, un prestataire étranger, aura besoin d'une équipe américaine pour l'assister dans la vente, le support technique, la conclusion de contrat de services, qui seront produits principalement, si ce n'est exclusivement, à l'étranger.

2.1.6 L'investissement actionnariale

Le droit fiscal américain, principalement tiré du *Foreign Investors Tax Act* de 1963, favorise les investissements étrangers dans le marché financier américain depuis plus de 50 ans. Ces investissements sont majoritairement exempts de taxe sur les bénéfices si ils ne constituent pas des investissements immobiliers.

2.1.7 L'investissement immobilier

Avec le déclin du dollar américain, les coûts d'acquisition d'un bien immobilier américain deviennent avantageux pour les investisseurs étrangers. Certains marchés, comme celui de New York, restent cependant élevés en raison de leur situation particulièrement attractive pour les investisseurs américains et étrangers.

2.1.8 Les activités administratives de support (dites de *Back Office*)

Aux Etats-Unis, les prestataires de service se spécialisent de plus en plus dans les activités administratives et les activités de secrétariat d'entreprise. Ces services peuvent être pris en charge soit directement par une filiale américaine, soit par une société américaine engagée à cet effet.

- Ces entreprises louent des locaux à plusieurs sociétés, qui peuvent ainsi bénéficier d'un réceptionniste unique, d'une salle de réception commune et d'une photocopieuse commune et d'un service postal partagé. Elles peuvent également proposer un « hotel »: un emplacement réservé aux « *corporate identity package* » (processus de création d'une image et d'une identité pour une société).
- Ces entreprises offrent également des services spécialisés dans la préparation des registres du personnel et des documents fiscaux en lien avec le personnel, les assurances des salariés, les pensions, les fonds communs et les ressources humaines. Pour des raisons fiscales, certaines de ces entreprises (« *professional employer organizations* ») sont présumées être co-employeur des salariés de leurs clients lorsque ces activités administratives sont gérées comme s'il s'agissait de leurs propres activités.

2.1.9 Force Majeure et la Chaine d'Approvisionnement

Les entreprises américaines demandent normalement que leurs fournisseurs, surtout ceux qui dépendent d'affiliées étrangères, démontre leur viabilité face aux aléas de « force majeure. » Il convient de développer et maintenir à jour des stratégies de continuité du fonds de commerce et de la restauration de services après un désastre. Des auditeurs spécialisés peuvent certifier la conformité des opérations à ces stratégies de survie.

2.2 Comment choisir la forme juridique d'une entité aux USA ?

2.2.1 Le Rôle des Etats

En démarrant toute nouvelle entreprise, le choix de juridiction détermine les rapports juridiques « internes » entre les actionnaires, les investisseurs, les gérants et même les employés selon la législation de l'état. Les opérations « externes » (avec les tiers) sont gérées par la lois de la juridiction où l'entreprise exerce son activité commerciale. Par exemple, une entité de Delaware est réputée une entité « étrangère » dans le New York, mais elle peut s'implanter à New York par simple demande et paiement des droits d'immatriculation et des impôts locaux.

2.2.2 Corporations

Dans chaque Etat américain, il existe une structure juridique qui prend la forme d'une société par actions, dans laquelle le conseil d'administration est responsable de la gestion de la société et nomme les « officers », ceux qui vont appliquer ses directives. Le droit fiscal américain accorde des avantages aux « S Corporations » qui sont détenus à 100% par des citoyens américains ou des résidents permanents, à la condition qu'il n'y ait qu'une classe d'action et que les autres conditions légales soient remplies.

2.2.3 Limited Liability Companies

Depuis que le Wyoming a entériné la première loi régissant les LLCs en 1987, tous les Etats américains ont adopté un statut légal des LLCs. Sauf élection par la LLC de se faire imposer comme une *corporation*, le droit fiscal américain taxe les bénéfices réalisés par ces entités comme si elles n'existaient pas, en taxant directement les associés à proportion de leurs parts respectives, déduction faite des pertes, crédits et avantages fiscaux.

2.2.4 Benefit Corporations et Flexible Purpose Corporations

Associés comme clients considèrent désormais l'impact social comme une réelle valeur pour l'entreprise. Cela entraîne, d'une part un intérêt grandissant des consommateurs pour cette nouvelle valeur, et d'autre part, une loyauté des consommateurs et des employés envers les entreprises qui recherchent à la fois un profit et un but social, tels que le soutien de communautés locales, d'indigènes, des employés, . Cette nouvelle réalité va au delà de la qualification de *non-profit corporation* car les associés souhaitent distribuer les bénéfices. Par conséquent, plusieurs Etats ont adopté de nouvelles formes juridiques qui permettent aux entrepreneurs (et même aux sociétés cotées) de combiner leur envie de « bien faire » avec leur intention de réaliser des bénéfices. Ces nouvelles formes juridiques sont :

- la *benefit corporation* (Arizona, Arkansas, Californie, Caroline du Sud, Colorado, Delaware, Hawaii, Illinois, Louisiane, Maryland, Nevada, New Jersey, New York, Oregon, Pennsylvanie, Virginie, Vermont et Washington, D.C.);
- la *flexible purpose corporation* (Californie); et
- la *low-income limited company* (Illinois, Michigan, Vermont et Wyoming), surnommée la « L3C »

Les *benefit corporations* et les *flexible purpose corporations* sont des sociétés par actions ordinaires. Après une décision (révocable) des actionnaires, elles se déclarent publiquement poursuivre un objectif spécifique social ou environnemental, en plus de réaliser des profits. Au Delaware, à partir du 1 août 2013, une « public benefit corporation » doit être gérée d'une manière équilibrant les intérêts pécuniaires des actionnaires et les intérêts de ceux affectés par les activités de la société, et afin de poursuivre les « public benefits » identifiés dans la charte. Elles peuvent vendre leurs biens ou services partout aux Etats-Unis, à partir du moment où elles se sont enregistrées dans l'Etat approprié. La loi impose à ces sociétés des règles particulières en matière de comptabilité (audit « social » ou « environnementale ») et de transparence. Un désavantage : elles ne bénéficient pas des avantages fiscaux des entreprises à but non-lucratif.

Le droit facilite également la constitution et la dissolution de ce statut particulier. Ainsi, les actionnaires peuvent adopter ou abroger ce statut à tout moment, mais il faut penser aux droits des actionnaires minoritaires qui ne souhaitent pas céder leurs intérêts pécuniaires dans une conversion. Nous anticipons les besoins des sociétés qui veulent se lancer dans ce domaine et nous les invitons à se renseigner sur l'opportunité d'un tel statut.

2.2.5 Autres formes juridiques

De nombreux états disposent de lois permettant les *business trusts* (fiducies sociétales), les *real estate investment trusts* (fiducies immobilières), les *personal trusts*, *general partnerships*, *limited liability partnerships*, *mutual funds* et *non-profit corporations*.

2.3 Le financement de votre société américaine

2.3.1 Les associés fondateurs et l'auto-financement

Pour les petites et moyennes entreprises (*Small to mid-sized business*), la plupart des investissements étrangers proviennent de l'auto-financement ou d'un partenariat avec un fournisseur, licencié éventuel ou autre relation stratégique. Les coûts d'installation d'un point de vente aux États-Unis peuvent être assez faibles, les dépenses les plus élevées étant les charges de salaires et de loyers. Ces dépenses peuvent être partagées par plusieurs PME en louant un bureau commun, à un endroit stratégique et pour un temps limité.

2.3.2 Les investisseurs privés: *Angels*, *Venture Capital* et *Private Equity*

Dans une première étape, les *Angel Investors* sont des individus aisés désirant investir dans de jeunes Startups prometteuses. Par le taux de conversion d'un prêt en actions, leurs conditions remettent à un investissement future par un *venture capital investor* la valorisation de l'investissement par le *business angel*. Les *Angel Investors* se regroupent souvent en clubs d'investisseurs.

Dans une deuxième étape, les investisseurs professionnels américains en capital-risque (*venture capital*, VC) désirent, eux, soutenir des entreprises à dimension internationale, et notamment des PME, dans la perspective d'une augmentation significative de leur valeur. Pour les PME étrangères, les VCs américains exigent normalement que la société transfère son siège statutaire aux États-Unis afin d'éviter l'application de régimes légaux et fiscaux inconnus d'eux et potentiellement dangereux. Ces transferts de siège peuvent être réalisés sans une taxation américaine de la plus-value.

Les investisseurs professionnels (*private equity investors*) recourent en principe à des actions privilégiées convertibles ou à des titres de créance convertibles. Cela leur permet d'éviter l'effet dilutif et de jouir d'une priorité en cas de liquidation de la société. Ils peuvent également subordonner leur investissement à l'octroi d'un « siège » (portant le droit de vote) et un observateur au conseil d'administration, d'un droit d'assister aux conseils, d'un droit de veto certaines décisions ou d'un droit d'agréeer les investissements futurs, de garanties, d'un droit de sortie, d'une obligation de sortie ou de vente conjointe, et d'autres stratégies de sortie comme le droit d'introduire la société en bourse ou de la vendre à un investisseur stratégique ou financier.

Les investisseurs en capital-investissement avisés cherchent à investir dans de nombreuses sociétés qui interviennent dans la même chaîne commerciale. Ils acquièrent ainsi stratégiquement les actions de ces sociétés pour augmenter la valeur de leurs actions.

Prévoir et réaliser un investissement en *private equity* suppose une organisation minutieuse et une recherche pointue à chaque stade des audits, travaux préparatoires, négociations, et autres phases post *closing*. Les documents nécessaires à ces investissements sont nombreux: un accord des associé fondateurs, un protocole de placement, des accords de confidentialité, l'obligation de fournir les informations nécessaires à la réalisation des audits préparatoires, les contrats de travail, un projet de stock option et autres options d'achats des salariés, un projet d'intéressement des dirigeants, une promesse d'achat d'actions, un pacte d'actionnaires (avec le droit de veto des investisseurs et une description des différents scénarios), la rédaction de statuts complexes, des garanties, la démission de certains dirigeants, des comptes rendus au régulateur boursier, des *legal opinions*, etc.

2.3.3 Eviter les engagements pris par les sociétés mères

Les américains qui souhaitent traiter avec une entreprise étrangère demandent souvent une garantie financière de la société mère au profit de sa filiale. D'un point de vue comptable, ces garanties représentent un nouveau passif dans le bilan de la société mère, et ainsi peuvent réduire sa capacité à emprunter. Une filiale américaine en bonne santé devrait pouvoir éviter de demander à sa mère de telles garanties.

2.3.4 Se mettre en conformité avec le droit des marchés financiers

2.3.4.1 Les Levées de Fonds Privées ; l'Appel au Public

Historiquement, la *Securities Act of 1933* (« 33 Act ») et la *Securities and Exchange Act of 1934* (« 34 Act ») exigent qu'un appel au public d'investir dans les titres d'une société soit précédé par le dépôt d'un prospectus auprès de la Securities and Exchange Commission (SEC). Les lois « Blue Sky » des Etats suivent le même principe. Une telle procédure exige la divulgation d'un certain nombre d'informations, la réalisation d'audits (respectant les principes de comptabilité généralement admis), de contrôles internes et d'autres formalités. La SEC a exonéré certaines obligations selon sa *Regulation D* (pour les petits investissements et les investisseurs accrédités [accredited investors]), par la *SEC Rule 144* (pour les investisseurs étrangers) ou par la *SEC Rule 144A* (« qualified institutional buyers »). Selon la SEC, en 2012 les sociétés opérationnelles ont obtenu ainsi environ \$173 milliards en capital et prêts de « accredited investors » et environ \$636 milliards de « qualified institutional buyers » (QIB).

La prohibition sur la publicité fut été partiellement écartée en 2013. Des levées de fonds deviendront plus faciles, et augmenteront en nombre et montants de levées de fonds, suite à une « Final Rule » de la SEC du 10 juillet 2013. En conséquence, la prohibition générale sur l'utilisation de la publicité générale pour offrir les titres ne s'appliqueront plus aux investissements par des « accredited investors » ou des « qualified institutional buyers », moyennant que l'émetteur ait pris des mesures raisonnables pour s'en assurer de cette condition. On peut imaginer une levée de fonds de au-delà de \$1.0 million en faisant de la publicité sur l'Internet, la télévision et la radio, aux journaux et aux séminaires et *webinars* en ligne.

2.3.4.2 Les “Emerging Growth Companies” (EGC's) du Jumpstart Our Business Startups Act (2012)

Le 3 Avril 2012, Le Président Obama signait le *Jumpstart Our Business Startups Act*. H.R. 3606 (112ème Cong., 2ème Sess.) Cette nouvelle loi définit l' « *Emerging Growth Company* » (EGC) comme une société avec un chiffre d'affaires annuel sur exercice fiscal le plus récent inférieur à \$ 1 billion. The JOBS Act allège la réglementation applicable aux petites sociétés afin de permettre la réalisation d'investissements privés. En principe, cette disposition facilite la création d'emplois et encourage ces sociétés à s'introduire en bourse. Elle offre une alternative pour les petits investissements dans des startups, qui en grandissant et en se développant pourront se conformer, au fur à mesure, aux conditions du régulateur boursier.

Le *JOBS Act* change profondément le droit boursier applicable aux Startups, aux nouvelles sociétés et aux sociétés à forte croissance, comme :

- les Startups installées aux Etats-Unis, où que soit leurs opérations globales ;
- les PME qui réalisent une augmentation de capital au delà de \$1 million dans les 12 derniers mois ;
- les investisseurs étrangers ou américains (et particulièrement les *Angels Investors*) cherchant à investir dans des sociétés non cotées, que cela implique l'acquisition d'un bloc de contrôle (M&A) ou la réalisation d'un investissement mineur (*Venture Capital* et *Private Equity*) ;

- les petites sociétés cotées, ou les sociétés non cotées cherchant à passer de 500 à 2 000 investisseurs avant de s'introduire en bourse.

Les Emerging Growth Companies non cotées. Un sous-titre du *JOB Act* est appelé le *Capital Raising Online While Deterring Fraud and Unethical Non-Disclosure Act of 2012*, connu sous l'acronyme *CROWDFUND Act*. Modifiant la section 4(6) du « '33 Act, la CROWDFUNDING Act et dispose qu'aucun enregistrement auprès de la SEC n'est plus requis pour les offres de vente et les ventes de titres financiers par un émetteur (ou par une entité contrôlée par, ou sous le contrôle de, l'émetteur). Les opérations concernées par l'exemption sont limitées :

- A. aux offres de valeurs mobilières dont le montant total n'excède pas 1.0 million USD, calculé sur une période de douze mois.
- B. aux offres de valeurs mobilières, calculées sur une période de douze mois, qui n'excèdent pas, pour chaque investisseur, (i) la plus haute des sommes entre 2 000 USD et 5 % de son revenu annuel ou de son patrimoine, si son revenu annuel ou son patrimoine est inférieur à 100 000 USD ; et (ii) 10% de son revenu annuel ou de son patrimoine pour une vente totale n'excédant pas 100 000 USD, si son revenu annuel ou son patrimoine est égale ou inférieur à 100 000 USD.

Ces opérations exemptées d'enregistrement doivent être réalisées par l'intermédiaire d'un courtier ou d'un « funding portals » (qui répondent à des critères particuliers) et doivent répondre à un certain nombre de critères, y compris l'adhésion à Financial Industry Regulatory Authority (FINRA), une organisme national d'auto-réglementation.

L'exemption n'exonère pas les émetteurs de la responsabilité pour la fraude. Le concept de « *funding portal* » innove et a été créé pour servir d'alternative au courtier.

Le Crowdfunding : Comment se protéger contre la folie des foules. En faisant appel à des investisseurs en *Crowdfunding*, les courtiers ou les « *funding portals* » doivent fournir à la SEC un certain nombre d'informations (notamment relatives aux risques et aux autres investisseurs engagés dans la société). Parce que les investisseurs supporteront le risque, le courtier et le « *funding portal* » doivent « s'assurer que chaque investisseur:

- A. prend connaissance de l'information destinée aux investisseurs, conformément aux standards établis par la Commission;
- B. reconnaît qu'il a compris qu'il risque la perte de l'investissement et qu'il devra supporter la perte; et
- C. répond aux questions en démontrant
 - i. une compréhension du niveau de risque généralement applicable à l'investissement dans une Startup, dans une entreprise émergente et dans un petit émetteur;
 - ii. une compréhension du risque d'illiquidité;
 - iii. une compréhension globale des sujets que la Commission juge approprié ».

Le JOBS Act comprend d'autres protections contre les abus et les fraudes de la part des investisseurs de *Crowfundings*. Ces investisseurs ne doivent pas être des investisseurs accrédités ou des investisseurs institutionnels. Les courtiers et les « funding portals » assument la responsabilité de :

- prendre des mesures pour réduire le risque de fraude, conformément aux règles posées par la SEC, comme obtenir un historique des antécédents et des applications antérieures des règles boursières de tous les intervenants, dirigeants et personnes détenant plus de 20 % du capital des émetteurs dont les titres financiers sont concernés par l'opération;

- donner à la SEC et aux investisseurs potentiels toutes les informations fournis par l'émetteur, au plus tard le 21^{ème} jour avant le premier jour de vente des titres financiers à un investisseur (sous réserve d'autres périodes imposées par la SEC);
- s'assurer que toutes les offres en cours sont réalisées par l'émetteur seulement quand le capital augmenté de tous les investissements est égal ou supérieur au montant de l'offre envisagée et permet aux investisseurs potentiels d'annuler leurs propositions de financement lorsque la SEC le requiert;
- protéger le secret, conformément aux nouvelles règles posées par la SEC;
- ne pas indemniser les organisateurs, les intermédiaires et les pisteurs ayant fourni au courtier ou au « *funding portal* » l'identité d'investisseurs potentiels.

Les Exemptions pour les EGC. Les Emerging Growth Companies qui sont inscrites auprès de la SEC seront exemptées des dispositions suivantes:

- dans le *Dodd-Frank Wall Street Consumer Protection Act 2010*, de l'approbation des actionnaires de l'indemnisation offerte aux dirigeants, comprenant l'indemnisation du parachute doré;
- dans le *Securities Act* de 1933 ('33 Act),
 - de l'obligation de présenter plus de deux audits financiers annuels pour pouvoir s'enregistrer afin de rendre effective la première émission en bourse des actions ordinaires, et
 - du devoir de s'abstenir de communiquer, verbalement ou par écrit, avec les investisseurs potentiels, investisseurs institutionnels ou investisseurs accrédités, pour savoir si ils pourraient être intéressés par l'offre envisagée, que ce soit avant ou après le dépôt d'une déclaration d'enregistrement auprès de la SEC;
- dans le '33 Act et le '34 Act, de l'obligation de fournir des informations pour chaque autre demande d'enregistrement déposée auprès de la SEC, et des données financières antérieures au premier audit réalisé pour l'introduction en bourse;
- dans le Sarbanes-Oxley Act de 2002,
 - de l'obligation de réaliser des audits financiers par une société publique de commissaires aux comptes qui certifie la réalisation des contrôles internes réalisés par les dirigeants de l'EGC,
 - des règles posant le principe de la rotation obligatoire des cabinets de commissaires aux comptes ou un complément au rapport du commissaire aux comptes lorsque celui-ci sollicite une recherche d'informations complémentaires sur l'audit ou les états financiers de l'émetteur (une autre discussion ou analyse), et
 - des éventuels règles SEC généralement applicables aux sociétés cotées, sauf si la SEC en décide autrement et considère que leur application à l'EGC est nécessaire ou répond à l'intérêt général, après avoir pris en compte la protection des investisseurs et avoir déterminé si l'opération recherche l'efficacité, la compétitivité et la formation du capital.

Les EGC sollicitant des levées de fonds. La nouvelle loi oblige les EGCs à fournir certaines déclarations à la SEC, annuellement ou ponctuellement lors de nouvelles sollicitations. Des audits financiers sont requis pour une sollicitation de plus de 500.000 USD mais ne sont pas nécessaire pour des sollicitations de nouveaux investissements entre 100.000 et 500.000 USD par période de 12 mois.

A l'exception de la règle du 10 juillet 2013 visant les *accredited investors* est les QIB, l'EGC ne peut faire de la publicité pour ses offres, à l'exception des notices qui orientent les investisseurs vers le courtier ou

le *funding portal*. Les EGCs ne peuvent pas non plus indemniser ou proposer d'indemniser, directement ou indirectement, les personnes chargées de promouvoir les offres à travers les canaux de communications fournis par un courtier ou un *funding portal*, sans s'être au préalable assuré que ces personnes aient bien communiqué la facture de l'indemnisation, réalisée ou projetée, à chaque stade de la promotion.

Les Large Non-Public Companies. Le *JOBS Act* modifie également la composition du capital des petites sociétés de la *Regulation A*, permettant ainsi aux grosses entreprises de rester des *private companies*. Ces sociétés peuvent augmenter leur capital de 500.000 USD par an.

Les EGC "Public" (Côtées). Selon certains observateurs, la réglementation excessive, coûteuse et gênante a paralysé l'investissement. Pour revitaliser l'investissement, le *JOBS Act* prévoit des dispositions particulières qui vont permettre d'exempter les entreprises émergentes, comme les *public companies*, d'un certain nombre d'obligations. Il facilite également la levée de fonds de petits investisseurs via internet. Ces exemptions seront limitées dans le temps, et prendront fin à la première des dates suivantes:

1. cinq ans après la date d'entrée en bourse de l'EGC;
2. la date à laquelle l'EGC atteint un chiffre d'affaire de 1 billion USD;
3. la date à laquelle l'EGC devient une « *large accelerated filer* », défini par la SEC comme une société qui dispose d'un montant d'actions en circulation égal ou supérieur 700 million USD.

Les EGC cotées pourront soumettre à la SEC, avant la date de leur introduction en bourse, une première version de leur prospectus. Cette première brouille pourra être confidentiellement étudiée par le personnel de la SEC. Cependant, l'EGC devra ensuite publier la version confidentielle initiale et tous les amendements qui auraient pu être apportés par la SEC. Cette publication devra intervenir 21 jours avant la réalisation par l'émetteur d'un « road show » (un « road show » consiste en une présentation orale de l'offre par un ou plusieurs membres de la direction de l'émetteur, suivie d'une discussion sur l'émetteur, sur sa direction, et/ou sur les titres financiers offerts).

Les courtiers. Les courtiers et les EGC sont dispensés de mettre en œuvre certaines dispositions relatives aux conflits d'intérêts, et d'appliquer certaines règles de la SEC ou des associations nationales boursières interdisant aux courtiers et aux membres d'une association nationale boursière de publier ou de distribuer des rapports ou de s'exprimer publiquement sur les titres financiers de l'EGC.

Les Auditeurs. Les *certified public accountants* (CPAs) – les commissaires aux comptes – sont également exemptés, sous réserve de l'accord de la SEC, d'un certain nombre d'obligations. Ainsi, les nouveaux standards PCGR (GAAP aux États-Unis) ne s'appliquent pas aux EGC cotées sauf si ils s'appliquent aussi aux sociétés non cotées.

Simplification de Cotation. La SEC devra déterminer comment les obligations posées par la *Rule-S-K* (relative aux introductions en bourse) peuvent être modifiées pour moderniser et simplifier le processus d'enregistrement des EGCs et pour réduire les coûts et autres contraintes associés à ce processus.

Par conséquent, les EGCs pourront évaluer l'intérêt d'une éventuelle introduction en bourse. En effet, les pré-dépôts et les premiers échanges avec les investisseurs qualifiés et institutionnels permettront de déterminer si l'introduction en bourse sera un succès ou non.

Cependant, toutes les dispositions anti-fraude du droit des marchés financiers s'appliquent. La délivrance d'un prospectus avant la vente des titres financiers lors d'une introduction en bourse reste obligatoire.

Limiter l'application du droit des marchés financiers. Malgré tout, le *JOBS Act* anéantit beaucoup de règles contraignantes pour les petites sociétés cotées et pour les sociétés non cotées cherchant à recourir à des investissements privés. Ainsi, ont été pris en compte les critiques à l'encontre des lois

Sarbanes-Oxley (2010) et *Dodd-Frank* (2010), qui avaient considérablement augmenté les contraintes réglementaires et les coûts de ces opérations. Le *JOBS Act* pourra accélérer l'introduction en bourse des sociétés ayant un chiffre d'affaire inférieur à 1 billion USD et une valeur boursière inférieure à 700 millions USD. Il permet en effet d'éviter l'application des nouvelles règles comptables, la réalisation des audits et des contrôles internes prévus par le *Sarbanes-Oxley*, le vote des indemnités des dirigeants par les actionnaires et les règles permettant de lutter contre les conflits d'intérêts des analystes financiers. Finalement, le *JOBS Act* aboutit au même résultat que le *London's AIM (Alternative Investment Market)*, l'assouplissement des règles de transparence et des standards comptables peuvent compliquer les choses pour les investisseurs.

Pour les investisseurs, ces nouveautés soulignent leur devoir de se renseigner rigoureusement avant d'investir.

2.4 Comment choisir et minimiser le régime fiscale pour votre société américaine

2.4.1 Le choix du lieu de constitution d'une entité opérationnelle

Les nouvelles sociétés américaines peuvent être constituées dans n'importe quel Etat ou territoire. Le choix du lieu de constitution de l'entité doit se faire en fonction des particularités du corpus juridique réglementant la protection des actionnaires, la direction de la société et la relation de travail. Une fois établie, l'entité doit devenir "*qualified*" (être enregistrée) pour pouvoir étendre ses activités dans un autre Etat. La société doit également se conformer à l'impôt sur le revenu de l'Etat de constitution, même si les modes de répartitions de certains Etats sont susceptibles d'entraîner une double taxation.

- Dans l'Etat de New York, le droit des sociétés impose aux dix actionnaires les plus importants de garantir les salaires impayés en cas de difficultés financières de l'entreprise.
- En Californie, les sociétés non californiennes contrôlés par des résidents californiens doivent adopter un régime de gouvernance interne (*internal corporate governance*).
- Au Delaware, les actionnaires n'ont pas le droit de préemption en cas d'augmentation du capital, tandis qu'à New York le droit de préemption est statutaire mais peut être éliminé dans le *certificate of incorporation*. Le droit des sociétés du Delaware a toujours été considéré comme le meilleur pour permettre plus de flexibilité et plus de règles de gouvernance.

Dans tous les cas, les actionnaires ne doivent pas autoriser l'émission d'un nombre important d'actions sans avoir auparavant envisagé toutes les questions fiscales. En émettant dix millions d'actions, la société devra en effet payer une franchise fiscale annuelle de 30 000 USD! En émettant seulement 3 000 actions, la société ne devra payer qu'un montant minimal d'une centaine de dollars.

2.4.2 Le choix du lieu de constitution d'une IP Holding

Le transfert à l'étranger de droits de propriété intellectuelle détenus par une société américaine entraîne l'application de plusieurs taxes américaines spéciales. Par conséquent, les investisseurs étrangers ne passent en principe pas par une société américaine, pour devenir titulaires de droits de propriété intellectuelle américains, sans avoir au préalable évalué l'impact fiscal. Une société holding étrangère, titulaire de droits de propriété intellectuelle, peut cependant accorder des licences à l'entité américaine.

2.4.3 Les acquisitions net d'impôts

Un achat de société peut être structuré comme une transfert d'actifs ou comme une fusion de sociétés. Si il s'agit d'une opération internationale, les fusions exemptées d'impôt ne sont pas autorisées.

L'opération la plus commune consiste à réaliser une fusion de la société cible avec une société américaine nouvellement créée à cet effet. Cela permet à l'acquéreur de ne pas compromettre son patrimoine avec les passifs de la société cible.

Une opération en plusieurs étapes est plus compliquée mais permet d'échapper à certaines dispositions réglementaires et à certaines pratiques commerciales. En effet, les clauses de changement de contrôle dans les contrats de prêt, les contrats de fourniture, les contrats clients et les autres contrats commerciaux peuvent conduire à la destruction des relations commerciales. Ensuite, la prohibition de certaines clauses, comme les clauses d'incessibilité, peut être contournée par une fusion. Enfin, la survie de la société absorbante permet de réduire le risque de perte des autorisations administratives et des licences. Cela permet également de conserver la propriété des équipements et des biens immobiliers.

Dans le schéma en index sur les fusions et les acquisitions, la flèche pointe vers la société issue de la fusion. L'acquéreur forme une nouvelle holding, puis l'acquéreur fusionne avec sa première sous filiale (MergerSub1), détenu directement par la société holding. La société cible est ensuite absorbée par la deuxième sous-filiale. A la fin de l'opération, on a donc une nouvelle société holding et deux nouvelles filiales. Les anciens actionnaires de l'acquéreur et de la société cible reçoivent des actions de la nouvelle société holding.

2.4.4 La taxation de la plus value

En principe, les lois fédérales et étatiques permettent aux étrangers d'éviter la taxation de la plus-value tirée de la vente des actions d'une société américaine. Cependant, les étrangers ne peuvent éviter la taxation de la plus-value tirée de la vente d'une entité américaine appartenant à une holding américaine, en application du *Foreign Investors Tax Act*.

2.5 Les stratégies de sortie d'une société américaine

2.5.1 La vente à un acquéreur stratégique

Les stratégies de sortie dépendent du plan de croissance et de la concurrence sur le marché. La vente des PME à des acquéreurs stratégiques est souvent conditionnée par l'accord de l'associé fondateur. Afin de préserver la valeur de l'entreprise, chaque opération doit respecter les lois américaines et chaque actif transférable doit pouvoir être identifié. Les contrats de vente contiennent généralement des « *representations and warranties* » (déclarations et garanties) des vendeurs qui, le cas échéant, peuvent entraîner une réduction du prix et même l'annulation de la vente.

2.5.2 La vente à un investisseur financier

En principe, les investisseurs financiers achètent une société pour construire ou consolider un plan de croissance à l'échelle internationale. Souvent des investisseurs financiers avisés recherchent des sociétés en difficultés financières, dans l'espoir de pouvoir les redresser. Les investisseurs privés (*private equity investors*) peuvent rechercher des sociétés pour vendre des biens et des services aux autres sociétés de leur portefeuille. Cette technique permet de créer de la valeur actionnariale en enrichissant la portefeuille de sociétés. Souvent, un tel achat implique un emprunt par la société et une restructuration des opérations, tel que dans un « leveraged buy out » (LBO).

2.5.3 La vente aux salariés

La vente de l'entreprise à ses salariés peut être opérée par une simple vente ou par un transfert à un *Employee Stock Ownership Trust* (« ESOT ») en application d'un *Employee Stock Ownership Plan* (« ESOP ») (à différencier d'un plan de stock option, qui ne couvre en principe que 20% des actions de la société). Les ESOPs offrent plusieurs avantages fiscaux dans certains cas.

2.5.4 L'introduction en bourse

Une introduction en bourse prend environ un an. Cette stratégie de sortie nécessite une planification minutieuse de toutes les opérations de l'entreprise. Une partie des étapes préparatoires consiste à s'assurer que la société a des bonnes pratiques commerciales et dispose d'une équipe de direction efficace et qualifiée, à réaliser des audits financiers, des audits internes, des contrôles internes, un plan de continuation et des hypothèses d'échec, à revoir la chaîne commerciale, les contrats des dirigeants, le développement de nouveaux produits, la confidentialité, la sécurité informatique et physique de l'entreprise, les procédures d'information technologique et les risques managériaux. Les parties concernées doivent également garder à l'esprit que les taux d'imposition des bénéfices les plus favorables ne s'appliquent que si les titres financiers vendus sont détenus depuis plus d'un an.

2.5.5 Les désaccords entre actionnaires

Il peut arriver que les associés fondateurs ne s'entendent pas sur l'évolution de l'entreprise. Ces tensions deviennent sérieuses lorsqu'elles entraînent une perte de confiance entre associés ou lorsque la société a besoin de nouveaux investisseurs ou d'un nouveau *business plan*. Le droit des sociétés permet une dissolution et une liquidation de la société si ces divergences sont irrémédiables. Certaines méthodes, permettant d'éviter une telle situation, peuvent cependant être utilisées. Il peut s'agir d'une répartition inégale du contrôle de la société (pour éviter une répartition 50%-50%), d'un accord sur une sortie conjointe, du recours à la médiation ou à un tiers (dirigeant neutre).

3. Les activités principales

3.1 Le *Business Model*

Votre *business model* va définir le champ de vos activités, les lois applicables et les conséquences sur l'organisation de l'entreprise. La plupart des nouvelles sociétés choisissent le *business model* traditionnel de vente de biens et de services. Les prochains paragraphes envisagent des hypothèses nouvelles.

3.1.1 Les *Online Businesses*

Les *online businesses* conduisent leurs activités de façon électronique. Elles concurrencent donc les "*bricks and mortar*" (points de ventes traditionnels). Légalement, elles demandent une organisation et une surveillance rigoureuse du développement, de la protection des droits de propriété intellectuelle, des obligations de confidentialité, de la maîtrise de la chaîne commerciale, des conditions générales de vente, et de bien d'autres problèmes juridiques.

3.1.1.1 La *Protection de données personnelles et de la vie privée*

Les états et le gouvernement fédérale exigent le respect de la vie privée selon plusieurs lois. Sauf pour les informations personnelles médicales, ces lois ne sont pas aussi protectrices de la vie privée que la Directive Européenne sur la Protection de Données de 1995, les lois américaines ne constituent pas une « protection adéquate » selon les normes européennes. On pourrait adopter volontiers les règles européennes sous le « Safe Harbor » permis selon un accord bilatéral de 2000. On peut prévoir que les négociations, démarrées en juillet 2013, pour un accord sur le « Partenariat Transatlantique pur le Commerce et l'investissement » (Transatlantic Trade and Investment Partnership) aboutissent à une harmonisation ou respect mutuel de ce genre de règlement sur le plan de la libéralisation du commerce transatlantique.

3.1.1.2 *Collection des Impôts de vente en ligne*

Mi-2013, de la législation en cours exigerait le perception et remise d'impôts sur les ventes en ligne pour plus de 9,600 juridictions américaines. Cette législation peut se comparer à la loi actuelle de l'Union Européenne pour la collection de la TVA sur les ventes à distance.

3.1.2 Franchise ou Licence ?

Beaucoup d'états réglementent les franchises. En principe, le contrat de franchise repose sur une licence de la marque (et des autres droits de propriété intellectuelle) en échange de *royalties*, le franchisé devant se conformer avec une méthode de commercialisation spécifique. Cependant, les nouvelles entreprises doivent comprendre que le droit New Yorkais peut appliquer les dispositions régissant la franchise à une simple licence.¹

3.1.3 Les alliances stratégiques

Les nouvelles entreprises se construisent souvent grâce à des alliances stratégiques avec des partenaires commerciaux. Ces relations peuvent prendre plusieurs formes :

- un accord de recherche et de développement conjoint,
- un accord de distribution exclusive des produits de l'une des parties ou d'un produit fabriqué conjointement,
- une licence exclusive,
- une entente de collaboration (*teaming agreement*) pour une approche intégrée à un marché étroit ciblé, chacun offrant des biens ou des services différents,
- un contrat d'externalisation, ou
- une *joint venture*.

Les éléments essentiels de ces contrats sont, en principe, (i) des parties qui ne se concurrencent pas au moment de la conclusion du contrat, (ii) un champ limité d'activités en commun, (iii) des engagements financiers (comme une participation en capital ou un loyer), (iv) un protocole régissant les relations entre partenaires, et (v) des stratégies de sortie.

3.2 Comment choisir la forme juridique d'une société américaine

3.2.1 Corporations

La *corporation* est la forme la plus adaptée pour les grandes entreprises ayant de nombreux actionnaires, si la société souhaite continuer à augmenter et redéployer son capital pour les besoins de ses activités commerciales. Cette forme juridique est souvent choisie lorsque des investisseurs financiers entrent au capital de la société avec une stratégie de sortie prévoyant une éventuelle introduction en bourse.

3.2.2 Limited Liability Company

Les *LLC's* sont souvent choisies par les entrepreneurs et les *joint ventures* de grandes entreprises. Elles ont peu d'inconvénients pour les associés fondateurs qui anticipent un profit immédiat par notamment la création d'une filiale américaine chargée de promouvoir les biens et service d'une entreprise étrangère.

3.2.3 Les régimes spéciaux

D'autres régimes particuliers existent en droit fiscal ou en droit des sociétés notamment pour les investisseurs immobiliers, les sociétés détenues par les salariés et les professions réglementées. Le

¹ La loi de l'Etat de New York law définit "franchise" très largement, comme "a contract or agreement, either expressed or implied, whether oral or written, ... by which: (a) A franchisee is granted the right to engage in the business of offering, selling, or distributing goods or services under a marketing plan or system prescribed in substantial part by a franchisor, and the franchisee is required to pay, directly or indirectly, a franchise fee, or (b) A franchisee is granted the right to engage in the business of offering, selling, or distributing goods or services substantially associated with the franchisor's trademark, service mark, trade name, logotype, advertising, or other commercial symbol designating the franchisor or its affiliate, and the franchisee is required to pay, directly or indirectly, a franchise fee." NY Gen. Bus. Law, §681(3).

Code fédéral des impôts élimine le risque de double taxation pour les *real investment trust* (“REIT’s”), les *cooperative corporations* qui détiennent des immeubles ou qui distribuent des “*patronage dividends*” à leurs membres, et pour les *registered investment companies* (“*mutual funds*”). Les professions libérales comme les comptables, les avocats, les ingénieurs et les architectes, peuvent utiliser d’autres formes de *corporate* ou de *partnership* pour exercer leurs activités, comme la *professional corporation* (“PC”) ou le *limited liability partnership* (“LLP”).

3.3 La Gouvernance interne d’une société américaine

3.3.1 Les statuts de la société : la *Corporate Charter*

La “*corporate charter*” comprend en principe deux sortes de documents, publics et sous seings privés.

Pour une société cotée, le *certificate of incorporation* est publié sur un registre tenu par le secrétaire d’état de l’Etat où la société est constituée. L’associé fondateur ou le conseil d’administration peut alors adopter un règlement non public définissant les procédures de gouvernance de la société pour le vote des actionnaires, la direction de la société, l’administration du conseil d’administration et le transfert d’actions. Les certificats sont émis dès l’achat des actions, l’accord du conseil d’administration et le transfert de l’apport en numéraire au capital. L’identité des actionnaires est reportée dans un registre non-public des actions au livre des minutes comprenant le sceau de la société et les certificats d’action vierge.

Pour une société à responsabilité limitée, le *certificat of formation* est enregistré sur un registre tenu par le secrétaire d’état de l’état où la société est constituée. Un document qui n’est pas publique, l’*Operating Agreement* établit les procédures que l’on retrouve généralement dans tous les statuts, et établit les limites au principe de libre cession des actions et les procédures réglant la cession d’actions entre associés. L’émission de certificat n’est pas requise, bien qu’elle soit permise dans de nombreux Etats. L’*Operating Agreement* remplit en principe les mêmes fonctions que le registre d’actions.

3.3.2 Les pactes d’actionnaires

Dans les *corporations*, les pactes d’actionnaires organisent les principes de la cession et le transfert des actions, les directives de vote pour élire les membres du conseil d’administration et la politique de vote selon différentes hypothèses. Dans les LLC’s, l’*Operating Agreement* remplit les mêmes fonctions. Les pactes d’actionnaires ne sont pas publics sauf dans le Vermont pour les L3C.

3.3.3 Les *Joint Ventures*

Les joint ventures peuvent prendre plusieurs formes :

- une *limited liability company*;
- une *corporation*;
- un *limited partnership* avec un *general partner*.

Ces structures peuvent être détenues soit directement par les sociétés ayant initié la *joint venture*, soit indirectement par l’intermédiaire de leurs filiales. Pour des raisons fiscales, une *LLC* ou un *limited partnership* sont les structures les mieux adaptées. Voir l’annexe E.

3.3.4 Les difficultés liées à la formation d’une nouvelle entité juridique

En plus des difficultés fiscales, les étapes clés d’une structure partagée doivent être réglées et anticipées rapidement. Ce sont:

- La répartition de la propriété des actions (et notamment les droits de vote), et les événements qui pourraient justifier un réajustement d'une telle répartition ;
 - Les droits des associés fondateurs de diriger l'entreprise;
 - Les droits des salariés d'acquérir des actions en application d'un plan de stock option avec une imposition différée ou une fiscalité "*non-qualified*"; et
 - Des obligations de financement.
-
- Les droits des investisseurs financiers par l'utilisation des actions de préférence qui permettent de faire peser le risque de perte sur la tête des actionnaires de droit commun ayant le taux de liquidité le plus faible. Ces actions de préférence peuvent consister en :
 - des ratios de conversion,
 - des événements pouvant entraîner la conversion (obligatoire ou optionnel),
 - des droits de vote,
 - des droits de préférence en cas de liquidation,
 - des droits à un dividende préférentielle, cumulatif ou non,
 - un taux préférentiel de rendement minimal sur investissement ou en cas de cession ou d'introduction en bourse,
 - la définition des conditions préalables à une cotation en bourse (dans un *qualified initial public offering*, ou QIPO),
 - un droit de veto sur certaines décisions importantes, et
 - le droit de désigner un ou plusieurs membres du conseil d'administration.

3.3.5 Les risques principaux de la gouvernance

3.3.5.1 Lever le voile social

Le principe de responsabilité limitée des associés dans les *corporations*, les *limited liability companies*, les *limited partnerships* ou les *trusts*, constitue l'apport fondamental du droit contemporain des sociétés. En organisant le contrôle et la gouvernance de telles structures, les associés doivent s'assurer de respecter les principes fondamentaux de bonne gouvernance. Cela inclut l'application des décisions prises par les dirigeants de droit (conseil d'administration ou manager de LLC/ *managing members* de LLC), un apport en capital adéquat, l'exercice d'un jugement indépendant par le conseil d'administration et le respect des formalités du droit des sociétés. Ainsi, la responsabilité limitée des associés ne peut être effective que grâce à la mise en place d'une bonne gouvernance.

3.3.5.2 La responsabilité sociale des entreprises

Au cours des dix dernières années, la responsabilité sociale des entreprises ("RSE") et les questions environnementales, sociales et de gouvernance d'entreprise (enjeux "ESG") sont devenus populaires auprès des consommateurs, des entreprises internationales confrontées à la corruption et des investisseurs poursuivant un double objectif (*double bottom line*) social et économique. Les principes RSE et ESG sont généralement appliqués par les régulateurs bancaires mais ne sont pas obligatoires. Les associés fondateurs peuvent voter, ou non, l'adoption de tels principes en application du droit spécial des sociétés applicables aux *benefit corporations* et au *benefit LLC's*. Cependant la plupart des américains s'attendent à ce que les entreprises affichent certains principes directeurs sur leur site internet. Une fois qu'une entreprise déclare appliquer ces principes, leur non-respect peut entraîner des poursuites pour fraude ou avoir des conséquences néfastes sur les ventes.

3.4 La planification fiscale pour une société américaine

3.4.1 Le traitement fiscal du *Partnership*

Un *partnership*, ou une LLC taxable comme un *partnership*, est une structure intéressante fiscalement. Le revenu n'est imposé qu'une seule fois. Les caractéristiques et le montant de chaque tranche de revenu est déterminé au niveau du *partnership*, et chaque *partner* est taxable sur sa part de revenu. Il existe des exceptions à cette règle en cas d'abus où une partie du revenu est allouée au *partner* sans égard à son "impact économique substantiel."

Cette règle a quelques inconvénients unique à leur régime fiscale:

- Il n'y a pas d'avantages fiscaux pour les *partners* ne résidant pas aux Etats-Unis lorsque le *partnership* devient déficitaire, à moins que le *partner* ne dispose d'une autre source de revenu américaine pouvant se compenser avec la déficit.
- Les déficits d'un exercice ne peuvent se compenser avec les dettes futures.
- Les *partnerships* ne bénéficient pas de privilège pour leurs plans de stock option.
- Les déficits ne peuvent pas se compenser avec les bénéfices d'autres sources de revenu si les déficits cumulés excèdent le pallier fiscal du *partner* ou le capital du *partnership*.
- Le *partnership* doit générer suffisamment de cash pour couvrir les déficits fiscaux dont les *partner* sont responsables. Sinon, le *partnership* risque de voir ses liquidités s'épuiser, mêmes si les activités génèrent du cash.

3.4.2 Le traitement fiscal des sociétés

3.4.2.1 "C" vs. "S" Classification

Les *corporations* sont soumises à deux types d'impositions des bénéfices: l'imposition du revenu de la société et l'imposition des dividendes des associés. Ces sociétés se voient appliquer le régime fiscal appelé "*C corporation*". Si tous les associés sont américains ou sont des résidents américains, il est possible d'opter pour le régime "*S Corporation*" et la société sera taxée comme un *partnership* (sous certaines conditions).

3.4.2.2 Les plans d'options de souscription ou d'achat d'actions

Certains avantages fiscaux ont été mis en place pour booster l'investissement privé (*private equity*) des salariés, mais leurs applications dépendent du choix du régime juridique de la société et de certaines conditions techniques. Le traitement fiscal le plus favorable est réservé aux "*qualifying*" plans de stock options. Sous certaines conditions, il est alors possible de différer l'imposition du revenu et l'imposition de la plus-value. Ces avantages ne s'appliquent pas pour les *LLC's* et autres entités juridiques taxables comme un *partnership*. Il faut alors prévoir d'autres solutions pour permettre aux salariés d'entrer au capital tout en soumettant l'acquisition d'actions ou la souscription à l'émission d'actions à la qualité de salarié (cette condition devant être spécifiée dans le contrat de travail ou le plan d'option).

3.4.2.3 L'intégration fiscale

Le droit fédéral permet de consolider les résultats fiscaux de sociétés liées appartenant à un même groupe fiscal, ce qui permet de réaliser une économie fiscale. Cependant, les sociétés doivent être détenues à 80% par d'autres sociétés du même groupe (les *partnerships* peuvent pratiquer la

consolidation sans avoir à remplir cette condition de détention). Il n'est cependant en principe pas possible de consolider les résultats fiscaux d'une société américaine et de ses filiales étrangères.

3.4.2.4 Les traités fiscaux

Les Etats-Unis sont signataires de nombreux traités fiscaux traitant l'impôt sur le revenu, en plus de ceux gouvernant les successions, les donations et la sécurité sociale. Les traités fiscaux permettent de réduire les hypothèses de double taxation des revenus tirés d'activités américaines, comme les bénéfices commerciaux, les *royalties*, les intérêts, les dividendes et les activités commerciales particulières qui ne peuvent être qualifiées d' "établissements permanents". Ces considérations fiscales sont extrêmement importantes pour les entrepreneurs étrangers souhaitant devenir des résidents permanents américains pour réduire le montant de leurs impôts professionnels et personnels.

3.4.2.5 Les dispositions anti-fraude (anti avoidance)

Le droit fédéral et les lois étatiques recherchent à combattre les techniques pouvant permettre de différer artificiellement la taxation de l'impôt sur les bénéfices, ou de réaliser artificiellement des opérations pour de seules raisons fiscales, sans aucun intérêt ou impact économique. Ainsi, les sociétés sont soumises à de nombreuses dispositions fiscales complexes dont l'objectif est d'éviter qu'elles n'accumulent des profits et des bénéfices sans être imposées. Les sociétés holdings et les sociétés d'investissement étrangères sont ainsi soumises à un droit fiscal spécial.

3.4.3 L'imposition des bénéfices résultant des opérations

Les étrangers avisés peuvent échapper à l'imposition des bénéfices. Cependant, le revenu sera en principe taxé dans un autre pays.

3.4.3.1 L'imposition des bénéfices au niveau fédéral

Le régime américain d'imposition des sociétés américaines est fondé sur le modèle OCDE de convention fiscale. Lorsqu'il existe une convention fiscale, les activités américaines de la société étrangère peuvent ne pas relever de l'imposition américaine si la structure américaine n'est pas un « établissement permanent » de la société étrangère.

En plus, si l'entité américaine ne respecte pas les formalités du droit des sociétés, ou si elle se comporte comme un agent de la société étrangère, les Etats-Unis peuvent imposer le revenu tiré des activités commerciales américaines de la société étrangère.

Lorsqu'il n'existe pas de convention fiscale entre les Etats-Unis et l'autre pays, toute distribution de la filiale ou succursale américaine d'une entreprise étrangère est assuétie à une retenue à la source de 30%.

Les Etats-Unis ne peuvent pas, en revanche, imposer le revenu tiré des activités étrangères de la société étrangère lorsque ce revenu n'est pas en lien avec les activités américaines.

3.4.3.2 L'imposition des bénéfices au niveau des Etats

Les impôts des états constituent une dépense déductible du résultat fiscal à prendre en compte au niveau fédéral.

La plupart des états (comme New York) ont adopté le Code fédéral des impôts aux fins de clarification et de computation des éléments constitutifs du revenu, des déductions fiscales et des taxations des bénéfices. Cependant, chaque état a des règles propres de déductibilité, de classification des types de revenus, et de taux d'imposition.

Contrairement à la plupart des états, la Californie a adopté le model « water's-edge » de taxation globale. Ainsi, si la filiale californienne fait partir d'une entreprise multinationale, la Californie peut s'intéresser au revenu global tirée des activités californiennes.

3.5 La gestion des ressources humaines en droit américain

3.5.1 Les premiers salariés

Les premiers salariés d'une entreprise définissent en principe le ton à donner aux activités commerciales. Classiquement, ce sont les entrepreneurs eux mêmes ou des managers expérimentés envoyés par la société mère. Pour tous les salariés, y compris les premiers salariés, des procédures de recrutement, d'embauche, de formation, de promotion, ainsi que des procédures disciplinaires doivent être mises en place.

Si ces salariés ne sont pas des résidents ou des citoyens américains, ils auront besoin d'un visa permettant de travailler. Si un étranger est embauché, l'employeur doit donc prendre en considération la faisabilité d'un potentiel visa. Il est possible d'échapper aux conditions compliquées requises pour les "treaty investor" ou les "treaty trader" par le simple détachement d'un manager ayant plus d'un an d'ancienneté.

3.5.2 Les limitations à la règle du "at will"

Le droit du travail américain est construit autour du principe selon lequel l'employeur comme le salarié peuvent mettre fin au contrat de travail "at will" (à tout moment) en délivrant une simple notification de cessation du contrat. Il n'y a pas d'obligation de respecter un délai de préavis de deux semaines même si le préavis est devenu une pratique courante.

Les droits fondamentaux du salarié viennent toutefois limiter la règle de l'embauche "at will". La rupture du contrat et la sanction disciplinaire ne peuvent être fondées sur un motif violant les constitutions étatiques ou la constitution fédérale ou les règles du droit du travail. Le licenciement abusif de salariés protégés peut déboucher sur un contentieux portant sur la protection des droits civils. L'employeur peut alors être condamné à rembourser les arriérés de salaires, le salaire en cours et les frais d'avocat. Si l'abus consiste dans la mauvaise qualification d'une faute commise par le salarié, l'employeur peut voir sa responsabilité engagée dans le cadre d'une *class action*.

Les motifs permettant d'engager la responsabilité de l'employeur pour violation des droits fondamentaux sont, par exemple :

- Etre agé de plus de 40 ans (*Age Discrimination in Employment Act*);
- Le sexe ou l'orientation sexuelle;
- La nationalité;
- La race;
- La religion;
- La composition génétique;
- Les incapacités (y compris les incapacités temporelles comme la grossesse) ou les handicaps;
- La composition génétique d'une personne ;
- Le statut d'ancien combattant; ou
- Les "Whistleblowers" (dénonciateurs) qui dénoncent les agissements condamnables de l'employeur (comme les violations des droits de l'homme ou les activités criminelles) aux autorités gouvernementales compétentes.

Ainsi les nouvelles sociétés doivent prendre des mesures pour limiter les actions juridiques dans ce domaine, comme des mesures éducatives, des procédures de sanctions et tout type d'actions permettant

d'éviter les comportements fautifs. Toute plainte de la part d'un salarié doit être prise au sérieux et le bon compromis doit être recherché.

3.5.3 Les droits du *Whistleblower* : les salariés-policiers

Afin de faire appliquer efficacement le droit du travail, la loi américaine encourage les salariés à dénoncer aux autorités gouvernementales les violations qu'ils observent au travail. Les règles fédérales de "*whistleblower protection*" protègent les ouvriers et les salariés de marques indépendantes, de distributeurs, ou de détaillants (15 USC 2087(a)), les employés de *public companies* (en application du *Sarbanes-Oxley Act* de 2002), de sociétés soumises aux règles du droit bancaire (*Dodd-Frank Consumer Financial Protection Act*) et tous les salariés soumis au *Obamacare*. Certains Etats ont adopté des lois similaires.

Un employeur ne peut " ni licencier ni discriminer l'un de ses salariés, en modifiant son salaire, les termes et conditions de son contrat de travail, ou ses privilèges, car l'employeur (ou toute personne agissant à la demande de l'employeur)" aurait poursuivi une activité illicite.¹ La loi dispose également que les dispositions protégeant ces dénonciateurs, puisqu'elles protègent l'ordre public, sont des règles absolues et ne peuvent donc pas être modifiées par le contrat de travail.

Un salarié qui apporte la preuve d'un comportement discriminatoire en violation du *whistleblower statute* peut obtenir des dommages et intérêts. La charge de la preuve pesant sur le salarié est relativement légère. Il doit seulement démontrer que le comportement discriminatoire de l'employeur est l'un des facteurs qui a causé la situation précaire du salarié. L'employeur peut ensuite se décharger en apportant la preuve qu'il aurait pris exactement la même décision à l'encontre du salarié en l'absence de ce comportement discriminatoire. 15 USC 2087(b)(2)(iii) et (iv).

En principe, les sanctions sont soit administratives soit judiciaires, et peuvent consister en (A) l'obligation de rétablir le salarié dans ses fonctions antérieures ou celles qu'il aurait du occuper en l'absence du comportement discriminatoire ; (B) le remboursement des arriérés de salaires, augmenté des intérêts ; et (C) la réparation des préjudices causés par le comportement fautif, comme les frais de procédure, les honoraires des experts et des avocats.

3.5.4 La délivrance de la notice aux salariés; le "manuel" des salariés

Le droit américain et les lois des Etats rendent obligatoire la délivrance d'une notice au salarié. Ces notices doivent comprendre un exposé des lois gouvernant le salaire, des droits fondamentaux du

¹ Par exemple, sous *ObamaCare*, Section 18C(a), "No employer may discharge or discriminate against an employee where the employee or his agent:

- (1) received a credit under section 36B of the Internal Revenue Code of 1986 or a subsidy under section 1402 of this Act;
- (2) provided, caused to be provided, or is about to provide or cause to be provided to the employer, the Federal Government, or the attorney general of a State information relating to any violation of, or any act or omission the employee reasonably believes to be a violation of, any provision of this title (or an amendment made by this title);
- (3) testified or is about to testify in a proceeding concerning such violation;
- (4) assisted or participated, or is about to assist or participate, in such a proceeding; or
- (5) objected to, or refused to participate in, any activity, policy, practice, or assigned task that the employee (or other such person) reasonably believed to be in violation of any provision of this title (or amendment), or any order, rule, regulation, standard, or ban under this title (or amendment)."

salarié, du système de sécurité social en application du “*Obamacare*” (voir ci-dessous), et d’autres dispositions. Certains états exigent que la notice soit délivrée à l’embauche et d’autres prévoient une notice annuelle. A New York, l’employeur doit effectuer cette notification aux nouveaux salariés, et doit notifier à tous ses salariés, tous les mois de janvier, le salaire horaire ainsi que la rémunération des heures supplémentaires en application du “*Employee Wage Theft Protection Act*”. Cette dernière disposition permet de s’assurer que les salariés toucheront 150% du salaire normal pour les heures effectuées en supplément des 40 heures par semaines en application du *Fair Labor Standards Act*.

Le “manuel” du salarié n’est pas obligatoire, mais très utile. En coordination avec un programme permanent de formation d’employés aux règles, un manuel permet de limiter les plaintes pour harcèlement sexuel, d’éviter un climat social hostile, des licenciements abusifs et des poursuites pour violation des lois applicables aux salaires et aux heures travaillées. Les nouveaux salariés doivent recevoir ce “manuel” et doivent alors délivrer un récépissé à l’employeur.

3.5.5 L’application du droit du travail dans l’entreprise

L’application du droit du travail est plus facile aux Etats-Unis que dans la plupart des autres pays. Cependant, les nouvelles sociétés ne doivent pas omettre de mettre en places des procédures de *compliance*.

3.5.6 La résiliation du contrat de travail

Les procédures de résiliation du contrat de travail sont organisées par les règles gouvernant le droit de mettre fin à la relation de travail.

Si un licenciement est envisagé, l’employeur doit proposer la continuation du contrat d’assurance médicale et de sécurité social pour une période supplémentaire de 18 mois. Cependant, le salarié doit payer les primes. Une notification particulière est alors obligatoire.

L’employeur reste également responsable de la gestion des pensions ou des régimes de participations.

Le droit américain n’oblige pas les employeurs à verser des indemnités de licenciement. Cependant, de nombreux employeurs le font en échange de la promesse du salarié de renoncer à toutes formes d’actions.

3.5.7 Les clauses de non concurrence

Au moment de l’embauche d’un salarié ou de la conclusion d’un pacte d’actionnaires, la question des clauses restreignant la liberté du salarié à la fin de la relation contractuelle doit être soulevée. Ces clauses peuvent concerner la sollicitation et l’embauche des salariés, la recherche de clients ou il peut s’agir d’obligations de non concurrence dans un secteur donné. En revanche, les clauses de non concurrence ne peuvent conduire à interdire au salarié de retrouver un travail ou à lui interdire d’utiliser ses compétences et ses connaissances lorsqu’elles ne constituent pas un secret de fabrique.

La plupart des Etats permettent à l’employeur d’insérer, dans le contrat de travail de son salarié, une clause interdisant au salarié de concurrencer son employeur à la fin de la relation de travail. En principe, le droit commun exige que ces clauses prennent en considération l’intérêt légitime de l’employeur et soient limitées dans le temps, l’espace et les fonctions dites concurrentielles. Depuis le développement d’internet, la condition d’espace peut cependant être écartée si l’entreprise apporte la preuve qu’elle exerce son activité sans réelles frontières.

Mais chaque Etat a une politique différente.

- *Californie*. Par exemple, la Californie interdit les clauses de non concurrence après la terminaison de l’emploi, à moins qu’elles ne soient intégrées dans le salaire (un supplément apr

la terminaison) ou en cas de vente par l'employé de ses actions dans l'entreprise. Cependant, la Californie autorise les clauses de non concurrence qui se limitent à interdire au salarié de révéler les secrets commerciaux ou les droits de propriété intellectuelle ou de dénigrer le nom de son ancien employeur.

- *New York.* New York autorise tous les types de clauses de non concurrence mais pose une condition de raisonnable pour déterminer la légalité de la clause. Il s'agit de la durée, l'envergure, le territoire et le rôle de l'employé et son accès aux secrets commerciaux.

3.5.8 La rémunération variable: le capitalisme au travail

Le Code fédéral des impôts offre à l'employeur plusieurs outils permettant de donner des incitations financières aux salariés. L'opportunité pour les salariés d'acquérir des actions de leur entreprise représente le cœur du capitalisme américain. Les développements suivants ne vont s'attacher qu'aux outils utiles pour une startup.

3.5.8.1 Les Qualifying Incentive Stock Options

Le *qualifying stock option plan* est le plus populaire, notamment auprès des startups, et a généré énormément de flux financiers dans la Silicon Valley et ailleurs. Grâce au plan de "*qualifying incentive stock option*", un salarié peut acquérir les titres financiers de son employeur (la plupart du temps des actions de droit commun) sans avoir à payer l'impôt sur le rabais excédentaire ou sur les gains de levée d'options. L'impôt sur le revenu est donc dû uniquement au titre de la plus-value de cession résultant de la vente des actions acquises. S'applique alors un taux favorable qui varie entre 15 % et 20% (auquel s'ajoute 3,8% pour les plus-values les plus importantes). Plusieurs règles s'appliquent:

- Ces plans de stock options ne sont valables que dans les sociétés taxables comme une *corporation*. Une *limited liability company* ne peut y avoir recours, à moins qu'elle n'ait opté pour être taxable comme une *corporation*.
- Le plan de stock options doit être adopté par le conseil d'administration et approuvé par les actionnaires, pour une durée de 10 ans maximum.
- L'acquisition des droits permettant d'exercer l'option peut être reportée pour une période maximum de 10 ans à partir de l'octroi des options.
- Le prix d'exercice de l'option ne doit pas être inférieur à la juste valeur marchande au jour où l'option est attribuée.
- Lorsque les options sont attribuées, un seul salarié ne peut détenir plus de 10% du total des droits de vote de tous les types d'actions (sauf si l'option ne peut être exercée avant 5 ans et que le prix d'exercice est de 110% la juste valeur marchande au moment de l'attribution des options).
- Le salarié doit détenir les actions pendant deux ans après l'attribution de l'option et un an après le transfert à son profit des actions.
- Le salarié doit encore être employé par l'entreprise au moment où les options lui sont attribuées et au moins trois mois avant la date où l'option est exercée.
- L'employeur peut imposer d'autres conditions à la levée de l'option si elles ne contredisent pas le droit fiscal.

3.5.8.2 Les Non-qualifying Incentive Stock Grants

La rémunération variable peut prendre la forme d'un plan d'attribution gratuite d'actions. Ces plans sont utilisés pour s'assurer de la fidélité du salarié pendant un certain nombre d'années et pour différer l'impôt.

3.5.8.3 La propriété reçue en rémunération d'un service

Une personne (pas nécessairement un salarié) qui reçoit des actions ou parts sociales en rémunération d'un service voit s'appliquer le taux de l'impôt sur le revenu relatif aux prestations de service. De plus, le

même taux s'applique quand les titres sont vendus. Cette fiscalité favorise l'adoption par l'employeur d'un plan de stock options dans les *corporations* (ou les plans d'attribution de parts sociales dans les *LLC's*).

Exceptionnellement il est possible de convertir la propriété en titre de participation en déclarant son élection de payer l'impôt dans les 30 jours après le transfert de propriété. Cependant, la conversion en titre de participation ne s'effectue pas sans risques. Le bénéficiaire doit alors payer l'impôt calculé sur la juste valeur marchande de la propriété (tel que des parts sociales d'une LLC) et il encourt un risque de forfait de cette propriété pendant un certain temps.

3.5.8.4 La remuneration fondée sur les performances

Dans les sociétés cotées, le salaire du président du conseil d'administration et des quatre salariés les mieux payés de l'entreprise ne constituent pas une charge déductible lorsqu'ils excèdent \$ 1.0 million par année, sauf si ce montant est proportionné aux objectifs financiers à atteindre. Les sociétés non cotées peuvent librement adopter une politique de hauts revenus.

3.5.9 Le droit américain de la sécurité sociale: "ObamaCare"

3.5.9.1 Première approche

Le *Patient Protection and Affordable Care Act* ("ObamaCare") de 2010 oblige toute personne à être couverte par une assurance médicale. Les dispositions de cette loi rentreront en vigueur au cours des sept prochaines années, pour être totalement applicables en 2018. La cour suprême américaine a eu l'occasion de se prononcer sur la constitutionnalité de la loi, dans 5 décisions importantes:

- *La souscription individuelle.* Pour pousser les américains à souscrire une assurance médicale avant le 1^{er} janvier 2014, la loi pose un devoir de souscription, sous peine de payer une taxe de \$2,000 (sauf pour les personnes les moins aisées, les membres de tribus indiennes, les sans domiciles fixes, les sans-papiers, les objecteurs de conscience et les criminels incarcérés).
- *La subvention pour les petites entreprises.* Pour pousser les employeurs à payer les primes d'assurance de leurs salariés, la loi permet aux "*small businesses*" (petites entreprises) d'obtenir une subvention pendant deux ans permettant de couvrir les primes d'assurance. Cette subvention revêt la forme d'un crédit d'impôt couvrant 50 % pour les entreprises employant moins de 25 salariés avec un salaire annuel moyen n'excédant pas \$50,000.¹
- *Les amendes fiscales.* Pour les entreprises de plus de 49 salariés à temps plein, la loi oblige les employeurs à payer les primes de leurs salariés sous peine d'une amende fiscale. Celle-ci s'élève à \$2,000 par salarié pour chaque salarié non couvert par l'assurance (à partir de 30 salariés).²

¹ Two years of tax credits will be offered to qualified small businesses. In order to receive the full benefit of a 50% premium subsidy, the small business must have an average payroll per full-time equivalent ("FTE") employee of no more than \$25,000 and have no more than 10 FTEs. For the purposes of the calculation of FTEs, seasonal employees, and owners and their relations, are not considered. The subsidy is reduced by 3.35 percentage points per additional employee and 2 percentage points per additional \$1,000 of average compensation. As an example, a 16 FTE firm with a \$35,000 average salary would be entitled to a 10% premium subsidy.

². Le 2 juillet 2013, l'Administration du Président Obama a reporté la mise en vigueur du « Mandat Employeur » par un an, jusqu'au 1 janvier 2015.

- Les *obligations des grandes entreprises*. Les grandes entreprises (qui emploient plus de 200 salariés à temps plein) devront appliquer la nouvelle loi, et procurer des assurances médicales à leurs salariés, avant le 1^{er} janvier 2014.

Pour éviter le subventionnement d'assurances de luxe offertes aux salariés les mieux rémunérés, la loi met en place une taxe de 40% du montant annuel des primes d'assurances qui excèdent \$10,200 par an pour une couverture du salarié individuel et, en cas de couverture familiale, \$27,500 par an.

3.5.9.2 Les échanges de polices d'assurances médicales

Le *Affordable Care Act* envisage un système d'échange des contrats d'assurance (comme par exemple le "*Small Business Health Options*") qui permettra de créer un marché des polices d'assurance. En effet, la loi permet à l'employeur de choisir un niveau de couverture qui pourra être échangé sur le marché. Cela permettra aux salariés de souscrire une assurance médicale permettant ce niveau de couverture.

3.5.9.3 Les PME et le "ObamaCare"

Les petites entreprises peuvent échapper à l'amende en employant 49 salariés, ou moins, à temps plein. Un salarié à temps plein est un salarié qui est employé pour au moins 30 heures par semaine. Cependant, ce critère n'est pas suffisant. La loi définit ce qu'est une heure travaillée pour un salarié, y compris pour les salariés qui ne sont pas rémunérés sur une base horaire.

Déterminer le nombre de salariés à temps plein est donc une opération délicate. Ce calcul doit être mis à jour soit à une date librement déterminée, soit tous les six mois, soit tous les deux ans (dans le cas d'un *Simple Cafeteria Plan* accordé à un nouveau salarié d'une entreprise de moins de 100 salariés).

3.5.9.4 Les obligations administratives pesant sur l'employeur ; Notifications

La mise en place de ce système de santé va obliger chaque employeur à accorder une attention particulière aux obligations administratives et légales. Depuis le 1er janvier 2013, les employeurs devront fournir à tous leurs salariés actuels, et aux futurs nouveaux salariés, une notice écrite expliquant le système d'assurance obligatoire.

3.5.9.5 Pourquoi l'ObamaCare encourage les travailleurs indépendants, l'externalisation, la délocalisation, l'automatisation et les e-Business

ObamaCare incite les employeurs à s'échapper des coûts d'assurance en restructurant les ressources humaines et technologies et les chaînes d'approvisionnement. Les entreprises employant moins de 50 salariés à temps plein peuvent échapper aux obligations administratives complexes et aux coûts élevés que l'Obamacare met en place. Les entrepreneurs cherchent donc un moyen d'employer moins de 50 personnes à temps plein. Ainsi, une entreprise en pleine expansion aura facilement recours à l'externalisation, aux nombreux moyens offerts par Internet pour organiser le travail et aux prestataires de service en ligne. Les sociétés (étrangères ou américaines) procurant ce type de service trouveront donc un marché favorable auprès des PME américaines.

Par conséquent, l'Obamacare, conçu initialement pour procurer une assurance maladie à tous les salariés américains, encourage le développement de l'entrepreneuriat et des petites entreprises qui n'ont pas l'obligation de fournir une assurance à leurs salariés. Ainsi, le recours à l'externalisation deviendra plus fréquent dans le domaine du support administratif: ressources humaines, finance, comptabilité, droit et gestion immobilière.

3.5.10 Les abus potentiels de recours aux “Independent Contractors”

Beaucoup d'entreprises emploient des consultants, des représentants de vente et autres travailleurs indépendants en support de leurs activités commerciales. Le statut indépendant de ces personnes sera de plus en plus examiné par les régulateurs pour éviter que les employeurs ne fraudent pour ne pas avoir à embaucher ces personnes à temps plein. Lorsque l'entreprise se sert des services de personnes qui ne sont pas de vrais « independent contractors, » et qui sont effectivement des employés, la fraude consisterait, par exemple, à diminuer le nombre de salariés uniquement pour pouvoir échapper à l'amende de \$2,000 par salarié non couverts par l'assurance maladie obligatoire ou échapper à l'obligation de procurer une telle assurance (pour les entreprises employant 200 salariés, ou plus, à temps plein).

La détermination du statut indépendant ou non de ces personnes est purement factuelle, et dépend des circonstances. Est pris en compte le degré de control, le tarif des services et l'existence ou non de relations d'affaires avec d'autres clients. Cette distinction étant également fondamentale pour l'application d'autres dispositions du droit du travail, les nouvelles entreprises doivent comprendre les risques lorsqu'elles emploient un travailleur indépendant.

3.5.11 Les plans de retraite

Les employeurs ne sont pas tenus d'offrir un plan de retraite à leurs employés. Cependant, si ils le font, ils doivent respecter un principe de non-discrimination, un devoir fiduciaire, et un certain nombre de conditions concernant l'attribution des pensions et la tenue d'une comptabilité particulière, en application de l'*Employee Retirement Income Security Act* (ERISA) de 1974.

3.6 La propriété intellectuelle aux Etats-Unis

3.6.1 Les types de propriété intellectuelle

Les Etats-Unis sont partie à de nombreuses conventions internationales sur la protection de la propriété intellectuelle: la Convention de Paris, la Convention de Madrid, les accords de l'Organisation Mondial du Commerce (OMC) sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

3.6.1.1 Les brevets

Le droit américain des brevets protège les inventions d'idées qui sont nouvelles, utiles et sans liens substantiels avec une œuvre déjà déposée. Il est nécessaire d'identifier l'inventeur et de remplir les conditions d'enregistrement du brevet avant l'expiration d'un délai d'un an à compter du moment où l'invention est mise en pratique. Une étape d'enregistrement informelle peut précéder le dépôt officiel. Ces conditions doivent être respectées y compris pour des applications à l'étranger d'une invention américaine ou pour des applications américaines d'une invention étrangère, à moins que ne s'applique une convention de reconnaissance mutuelle.

Le *America Invents Act* de 2011 a substantiellement modifié les procédures de dépôt du brevet, de vérification du brevet, ou d'opposition au dépôt. Cet acte, qui est entré en vigueur le 16 mars 2013, retient le principe du “*first inventor to file*” (le premier qui dépose) plutôt que “*first inventor to invent*”. Ainsi des brevets qui ont fait l'objet d'une publicité à l'échelon mondial peuvent très bien être invalides en application de cette règle. La loi facilite également l'introduction de procédures d'opposition.

3.6.1.2 Les marques

Les marques permettent au consommateur d'identifier les biens et services. Elles ne peuvent être enregistrées que si elles sont utilisées sur le territoire américain ou si elles sont dans le commerce international américain. Une marque déposée protège l'usage antérieur et actuel de la marque, mais aucune marque ne peut être déposée sans avoir déjà fait l'objet d'une commercialisation. Les nouvelles

entreprises doivent donc effectuer des recherches nécessaires avant de déposer la marque au moment le plus importun et le plus tôt possible. Une fois délivrée, la marque déposée est valable pendant 10 ans et peut être renouvelée.

3.6.1.3 Les droits d'auteur

La ratification de la Convention de Berne par les Etats-Unis a apporté plusieurs nouveautés. La protection du travail d'un auteur est effective à partir du moment où l'œuvre est achevée. Cependant, l'auteur ne peut obtenir de dommages-intérêt d'un tiers ayant agi en violation de ses droits avant d'avoir enregistré son œuvre auprès de la *Library of Congress*. Il ne peut que poursuivre le tiers afin d'obtenir du juge une injonction en référé. Ainsi, il est primordial pour un auteur de déposer son œuvre.

Pour les développeurs de logiciels, le droit d'auteur offre des solutions, si on sait s'en servir :

- *Le Secret Commercial*. Le dépôt de l'œuvre signifie que l'œuvre va devenir publique. Si il s'agit d'un logiciel, les auteurs peuvent limiter le risque de révéler le secret commercial en respectant les règles spécifiques relatives au dépôt d'une copie d'un code source, d'un code objet et du nombre de page de ce code. Dans certaines situations, l'auteur (ou son employeur) peut déposer une demande d'immatriculation de droit d'auteur d'un logiciel sans divulguer les secrets commerciaux. Ce sont des procédures simples mais exigent de l'attention aux détails.
- *Brevets*. La protection des logiciels (dont les logiciels en tant que service, ou "Software as a Service") est devenue plus importante depuis le 16 mars 2013 et l'entrée en vigueur de l'*American Invents Act* de 2011 (AIA). La AIA a rendu plus difficile d'établir la brevetabilité d'un logiciel. En plus, cette loi adopte la règle du "first to file" et étendu le champ de la notion de "prior art" (œuvre ou connaissance antérieure). Ainsi, le brevet est devenu une protection plus difficile à obtenir, ce qui a renforcé celle offerte par le droit d'auteur.

3.6.1.4 Le secret d'affaires

La *common law* a développé le droit aux secrets commerciaux permettant au titulaire du droit d'ester en justice pour mettre fin à une atteinte et obtenir des dommages-intérêts. Aucun dépôt n'est exigé. Cependant, l'entreprise doit s'assurer d'avoir pris les mesures de confidentialité nécessaires. Ainsi, les manuels des salariés et les accords de confidentialité signés avec les salariés ou les tiers permettent de protéger les droits de propriété intellectuelle.

3.6.2 Les sources de la propriété intellectuelle

3.6.2.1 Les salariés

Chaque employé peut être l'inventeur d'un nouveau produit. Les nouvelles entreprises doivent donc s'assurer que les inventions développées par les salariés soient bien la propriété de l'entreprise et soient communiquées à la direction aux fins d'évaluation, de perfectionnement et de commercialisation.

3.6.2.2 Les licences des tiers

Toutes les entreprises se procurent des licences de propriété intellectuelle auprès de tiers. Les conditions de *licensing* sont variables, selon le cycle commercial de l'entreprise et l'usage et les bénéfices tirés de la licence. Les contrats de licence doivent être rédigés de manière à permettre à l'entreprise de développer ses propres droits de propriété intellectuelle sans risquer d'être poursuivi, à moins qu'elle ne copie les droits du tiers.

3.6.2.3 Les acquisitions de sociétés

Les droits de propriété intellectuelle peuvent être acquis ou perdus par une fusion ou une acquisition. Les acquéreurs doivent s'assurer que la société cible ne méconnaisse pas les droits d'un tiers.

3.6.2.4 Les acquisitions de droit de propriété intellectuelle

Les sociétés achètent parfois des droits de propriété intellectuelle sans acheter la société qui a développé les droits. C'est le cas des sociétés qui vendent des logiciels et qui veulent étendre leur gamme de produits. Le paiement peut se faire en espèces ou en actions.

3.6.3 La gestion du cycle de vie des droits de propriété intellectuelle

La gestion des droits de propriété intellectuelle est donc un outil essentiel aux nouvelles sociétés mais aussi pour la pérennité de fonds de commerce existants. Le développement, l'acquisition et la gestion des droits de propriété intellectuelle requièrent une surveillance permanente.

- *Formation et Suivi Interne.* Pour protéger la propriété en permanence, les salariés doivent être formés et des procédures « R&D » doivent être mises en place et respectées, couvrant tous les types de propriété intellectuelle. Chaque employé bénéficierait d'une formule de « Attestation d'Invention » (Record of Invention) pour une demande préliminaire. Un contrôle périodique est également nécessaire.
- *Demandes Provisionnelles et Définitives.* Les gérantes devraient exécuter un program pour le dépôt des demandes « provisionnelles » de brevet aussitôt que possible, suivi d'une demande définitive dans les 12 mois qui suivent.
- *Analyse Externe.* De plus, la réalisation de *due diligence* et d'analyses des licences peuvent éviter les risques et faciliter le changement de contrôle de l'entreprise, sa liquidation ou sa restructuration.

3.7 Le management des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC)

3.7.1 La gestion des ressources de l'entreprise: *In-house* vs. *Outsourcing*

Les nouvelles entreprises externalisent leurs tâches administratives pour privilégier la création de valeur sur leur marché de niche. Des services d'outsourcing sont accessibles à tous les types d'entreprises, de la conception et du développement d'un produit à l'organisation des technologies de l'information, le développement de logiciels, la gestion des ressources humaines, la comptabilité, l'administration des stocks et la logistique, et toutes les formes de services juridiques. Pour plus de détails sur le droit de l'outsourcing, veuillez demander notre brochure "Introduction to Outsourcing and Offshoring" ou consulter notre site internet.

3.7.2 Vie privée et protection des fichiers

La façon dont sont protégés les fichiers informatiques et données privées aux Etats Unis révèle l'incohérence et la complexité des règles de compétences découlant de l'organisation fédérale. En effet, celles-ci provoquent une superposition et une confusion des règles applicables et expliquent la mise en place d'une régulation spécifique, *ad hoc*, par l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Les Etats ont créé des devoirs de notification de violation de la loi, lorsque plus de 5 000 personnes sont victimes d'une telle violation, et d'autres règles plus spécifiques. En principe, le droit fédéral ne protège pas la vie privée, mais des principes de *common law* ou de *civil law*, ainsi que des règles de "*unfair and deceptive practices*", peuvent s'appliquer. Ainsi, les enfants de moins de 13 ans doivent être protégés contre la

pornographie en ligne. Les lois protégeant la vie privée sont régulièrement modifiées même si un manque de cohésion entre elles persiste.

Le droit à la vie privée n'implique pas la garantie systématique de la protection des données à caractère personnel, comme c'est le cas en application de la directive européenne sur la protection des données ou de la loi canadienne PIPEDA. Cependant, les transferts internationaux de fichiers personnels peuvent tomber dans le champ de ces réglementations étrangères en application des « *binding corporate rules* » (clauses des statuts) ou d'un accord de « *safe harbor* »..

Principes clés :

- Si vous adoptez une politique de protection des données, suivez-la. Ne pas s'y tenir sera considéré comme une pratique commerciale déloyale.
- Des régimes légaux spéciaux s'appliquent, entre autres, aux :
 - informations sur le dossier médical, l'assurance maladie, et les opérations financières liées à la santé;
 - comptes tenus par les banques, les courtiers ou les compagnies d'assurances;
 - informations sur le parcours professionnel;
 - informations fiscales; et
 - fichiers techniques pouvant être utilisés pour des raisons militaires ou de sécurité nationale.
- Si vous êtes victime d'une violation des règles de protection, vous devrez informer l'état fédéré et les autorités fédérales de la violation et rechercher des mesures correctives.
- Vous devriez limiter le nombre de fichiers à caractère personnel que vous établissez.
- Vous devriez adopter une approche cyclique de vos fichiers.
- Mettez des clauses de sécurité, confidentialité et « *privacy* » dans vos contrats.
- Préparer pour tout désastre portant sur les données personnelles (aussi bien que des données commerciales)..

Les contrats commerciaux et les politiques de gouvernance devraient s'intéresser à la question des fichiers et de la protection des données privés.

3.7.3 La cybersécurité: les infrastructures essentielles, le *cloud computing*, *BYOD* (PAP), etc.

Le *Homeland Security Act* accorde au gouvernement le droit d'enquêter et d'agir en cas de menace à une "infrastructure essentielle", comme les agences gouvernementales, les sociétés privées agissant pour ou avec le gouvernement fédéral, les lignes électriques, les services de transport ou le système bancaire. Depuis 2013, plusieurs projets de loi prévoient de réglementer ces infrastructures essentielles ou cherchent à améliorer le système d'alerte d'une cyber menace. Ces réglementations risquent de s'appliquer aux entreprises dans un certain nombre de secteurs.

La cybersécurité devient un sujet d'inquiétude majeure pour toutes les entreprises. Le gouvernement a adopté une méthode pour auditer et contrôler les services de *cloud computing* fournis par ses contractants et sous contractants. Les règles applicables aux "*Bring your own device*" ("apportez vos appareils personnels") demandent aux entreprises d'identifier et d'adopter des politiques (techniques, physiques, légales et administratives) pour gérer et minimiser les risques de cybersécurité.

3.7.4 La rétention et la destruction de document; la preuve électronique

Les règles de procédures fédérales et étatiques disposent que les parties doivent révéler, avant le procès, les informations dont elles disposent afin que la cour puisse se prononcer sur les faits contestés, mais pas sur les faits qui ne font pas l'objet d'une controverse. L'augmentation du nombre de fichiers a demandé la mise en place d'une politique de rétention des informations et d'une politique de destruction,

à moins qu'un litige ne soit pendant ou attendu. Ainsi, les nouvelles entreprises doivent mettre en place un cycle de vie pour leurs fichiers, des procédures de mise sous scellés (pour se protéger de toute critique d'altération de preuves ou de destruction par imprudence, dans le cadre d'un litige) et des politiques de confidentialité.

3.8 Les assurances commerciales aux USA

Certaines assurances sont obligatoires pour toutes les entreprises. D'autres peuvent être utiles pour minimiser les risques qui ne peuvent être réduits ou éliminés par une simple clause contractuelle.

Le droit du travail oblige les employeurs à contracter une assurance pour couvrir les risques d'accident pesant sur les salariés. Le montant de la compensation versée au salarié dépend du préjudice réel.

Il est possible qu'en vertu d'un contrat commercial, une entreprise doive contracter notamment une assurance de responsabilité civile générale et une assurance couvrant les accidents automobiles.

Les nouveaux contrats d'assurance permettent également de couvrir le risque de management dans l'entreprise, notamment en cas de défaillance de la chaîne de production. Le système d'assurance est aussi essentiel pour permettre une indemnisation dans le cas où le fournisseur ne délivre pas les services convenus et ne peut réparer le préjudice intégralement subi par le client. L'assurance peut également être utilisée pour couvrir les risques qui ne peuvent être couverts par un contrat, comme la force majeure et la défaillance de la chaîne de production.

3.9 La protection des consommateurs aux USA

3.9.1 Une protection légale complexe

Un corpus de règles juridiques complexes protège le droit de la consommation. Les principes de *common law* et de "*tort law*" (responsabilité civile) mettent également certaines obligations à la charge des fournisseurs de biens et de services. La *Consumer Products Safety Commission*, la *Federal Trade Commission* (qui applique le droit de la consommation), la *Federal Food & Drug Administration*, le *Federal Department of Justice*, et un certain nombre d'autres agences, ont pour rôle de s'assurer de l'application de règles de protection du consommateur. Les fabricants et les fournisseurs de biens aux consommateurs américains peuvent engager leur responsabilité civile lorsqu'ils mettent dans le commerce des produits intrinsèquement dangereux, ou ayant un défaut caché, ou qui ont été conçus ou fabriqués de manière défectueuse, ou qui ont été vendus sous un faux label ou présentés à tort comme non dangereux.

3.9.2 Le contentieux des "Class Actions"

Lorsque plusieurs consommateurs subissent un préjudice similaire étant la conséquence du même produit, il est possible de poursuivre le fabricant ou le vendeur de ce produit en introduisant une *class action* afin que le groupe de consommateurs puisse obtenir des dommages-intérêts. En général la *class action* est introduite en même temps qu'une action pour violation de la loi. Les demandeurs doivent alors démontrer que les membres du conseil d'administration et les principaux dirigeants n'ont pas respecté leurs obligations légales.

3.9.3 "Tort Law"

Le principe est qu'une entreprise est responsable du préjudice corporel ou matériel causé lorsqu'elle n'a pas agi de manière prudente et professionnelle. Le tribunal peut la condamner à payer des dommages-intérêts punitifs en cas de négligence grave. Selon la jurisprudence de la cour suprême, les dommages-intérêts punitifs ne peuvent excéder neuf fois le préjudice réel.

En application de ce principe, le vendeur est responsable s'il n'a pas agi selon une prudence raisonnable en introduisant sur le marché américain le produit ou le service, et si le préjudice résulte de l'imprudence. Il y a négligence caractérisée lorsque le vendeur n'a volontairement pas tenu compte de l'existence de standards de prudence et que ce comportement a causé un préjudice.

Pour certains produits, le respect de standards techniques est exigé. La commercialisation de produit électrique doit être certifiée par les *Underwriters Laboratories*. La *Federal Drug Administration* régule la commercialisation de produits cosmétiques, pharmaceutiques et médicaux.

La *Tort Law* applique trois concepts clés: le défaut de conception, le défaut de fabrication et l'absence d'avertissement en cas de défaut non visible. Chacun de ces concepts est défini selon la règle du précédent judiciaire de la *common law* de l'Etat dans lequel la victime d'un préjudice a intenté son action.

Ces principes de responsabilité s'appliquent à tous les fournisseurs dans la chaîne de production d'un bien ou d'un service qui a causé un préjudice sur le sol américain. Ainsi, les fabricants étrangers peuvent être poursuivis devant une cour américaine, en application des principes de la juridiction judiciaire "*long arm*", dès lors qu'ils savaient ou auraient du savoir que les produits étaient destinés au marché américain, ou allaient y être délivrés ou utilisés. Tous les vendeurs doivent donc obtenir une assurance civile étendue permettant de couvrir les actes ou omissions critiquables de l'entreprise.

Ces risques peuvent être réduits par un certain nombre de solutions pratiques :

- Identifier des délégations de pouvoirs régulières et adoption de procédures de contrôle internes et externes, de formations adéquates et de méthodes d'amélioration.
- Etablir une filiale américaine chargée de la vente (même si cela ne protège pas complètement le fabricant ou le dirigeant contre une action en responsabilité civile).
- Acheter des assurances.
- Mettre en place des procédures de contrôle de qualité et s'assurer du fonctionnement de ces procédures pour la chaîne complète de fabrication des composés et d'assemblage des produits, prévoir d'éventuelles allocations d'indemnité et provisions d'assurance.
- Alerter les consommateurs.
- Rédiger des conditions générales de vente prévoyant des clauses limitatives de responsabilité.
- Adopter une politique de rappel et de retour des produits pour gérer l'insatisfaction des consommateurs.
- Demander des indemnités.
- Surveiller les commentaires en ligne et travailler les réponses publiques faites aux consommateurs insatisfaits.

3.9.4 Les brèches isolées de données personnelles ; Les notifications d'infraction

Le droit fédéral et le droit des états protègent les données privées. Après la Californie, tous les Etats ont adopté une loi de "*security breach notification*" plus ou moins identique (sauf pour la Californie). En application de ces lois, si le gardien d'un fichier de données à caractère personnel détecte des accès non-autorisés aux informations portant sur au moins 5 000 personnes résidant dans l'Etat, il doit en principe le notifier aux personnes concernées, aux fonctionnaires de l'Etat et à la presse. En principe, le gardien doit prendre des mesures pour assister les personnes affectées souhaitant obtenir un nouveau crédit et recréer leurs comptes bancaires pour éliminer tout risque de vol.

Chaque année, les banques et les sociétés de cartes de crédit souffrent de pertes importantes liées à des vols isolés répétés. Il est donc important que les commerçants déploient les ressources nécessaires pour protéger les informations privées. Les lois de "*security breach notification*" visent ainsi les grandes entreprises ayant plus de 250 000 consommateurs sur tout le territoire (ex : 5 000

consommateurs dans chacun des 50 Etats). En pratique, chaque contrat portant sur les technologies de l'information doit respecter les réglementations relatives à la protection des données privées.

3.10 Comment vendre à une société cotée américaine

3.10.1 La gestion de la chaîne d'approvisionnement: la continuité des affaires / la reprise après sinistre

Il est possible d'anticiper les événements de force majeure. Le *Uniform Commercial Code* (une loi unifiée adoptée par les 50 Etats, qui régit les biens mais pas les services) oblige les fournisseurs à fournir les biens à tous les consommateurs même en cas de force majeure. En application du *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 ("SOX") et des règlements de la SEC, toutes les sociétés cotées américaines, de vente de biens ou de services, doivent informer les actionnaires des risques principaux pesant sur la chaîne d'approvisionnement. Ainsi, avant de commencer les opérations de vente, les fournisseurs des sociétés cotées américaines doivent révéler, de manière confidentielle, leurs plans de continuité et de reprise après sinistre. Ces plans définissent comment le fournisseur, lui-même consommateur sur sa propre chaîne, pourra assurer ses obligations contractuelles en cas de réalisation d'un certain nombre de scénarios catastrophes.

3.10.2 Les petites entreprises dépendant d'un seul consommateur important

Lorsqu'une société cotée achète des biens ou des services d'un fournisseur qui est financièrement dépendant d'elle, la dépendance du fournisseur devient un inconvénient pour les consommateurs. Les actionnaires doivent être publiquement informés de cet inconvénient. Il est aussi possible pour la société cotée, selon la SOX, de refuser au dernier moment de contracter avec le fournisseur, même s'il a toutes les qualités nécessaires. Alors que la SOX ne le précise pas, il est généralement admis que le comptable du consommateur peut considérer la dépendance comme disqualifiante si le fournisseur reçoit 40% à 60% de ses revenus de la société cotée.

4. Les problèmes particuliers des investisseurs étrangers aux USA

4.1 Les obligations d'information et de rapports pesant sur les investisseurs étrangers aux USA

Beaucoup de lois fédérales ou des Etats posent une obligation d'information sur le pourcentage de contrôle étranger et des investissements étrangers.

4.1.1 Les rapports statistiques pour réaliser des analyses économiques

Le *Bureau of Economic Analysis*, une branche du *Department of Commerce*, demande aux sociétés détenues par des étrangers de lui fournir des informations sur son capital et ses opérations à des fins statistiques. Cette information confidentielle doit être donnée sur les formulaires BE-12 et BE-13. Voir www.bea.gov.

4.1.2 Les rapports fiscaux

Le *Internal Revenue Service* exige une information portant sur la participation d'américains au capital de sociétés étrangères (et de leurs comptes bancaires étrangers excédant \$10 000) et la participation d'étrangers au capital de sociétés américaines. Voir les formulaires IRS 5471 (américains détenant des sociétés étrangères) et IRS 5472 (étrangers détenant, directement ou indirectement, au moins 25 % du capital d'une entreprise américaine). www.irs.gov

Ces formulaires fiscaux facilitent la réalisation d'audits des opérations entre filiales. Le formulaire 5472 contient des informations financières et extra financières sur les opérations réalisées avec des sociétés étrangères, comme des informations sur le capital, sur les transactions financières, les ventes entre

filiales, les inventaires, les loyers, les royalties, les redevances de licences et les prix de vente des droits de propriété intellectuelle, le paiement des technologies, des services de management, des services d'ingénierie, de construction et autres services scientifiques, le paiement des intérêts et des primes d'assurance. Les entreprises doivent également fournir une information sur les opérations non financières.

Un formulaire IRS 5472 spécifique doit être rempli pour chaque société, française ou étrangère, avec laquelle la société américaine a effectué des opérations pendant l'année fiscale. La société américaine doit tenir en permanence des livres de comptes et autres documents exigés par la loi.

4.1.3 La rédaction de rapports de “sécurité nationale” portant sur les investissements étrangers : CFIUS

L'amendement Exon-Florio prévoit que les opérations d'acquisition de contrôle qui touchent à la sécurité nationale doivent être étudiées au préalable par le “*Committee on Foreign Investment in the United States*.” Aucun délai n'a été prévu, mais si une telle étude n'a pas été réalisée, l'opération peut être compromise et la responsabilité civile des acteurs engagée. Ainsi, ont été rejetés les investissements réalisés par une société pétrolière chinoise dans une société pétrolière américaine et ceux réalisés par une société anglaise, détenue par une société dubaïote, cherchant à acquérir le contrôle d'une société américaine fournissant des services de sécurité à certains ports américains. Ainsi, avant d'entreprendre une opération d'acquisition, les investisseurs étrangers doivent consulter un avocat afin de savoir si une étude préalable doit être faite par le *committee*.

4.1.4 La conduite d'enquêtes secrètes pour des raisons de sécurité nationale

Le *USA PATRIOT Act* et le *Homeland Security Act* autorisent le gouvernement fédéral à conduire des surveillances en matière de terrorisme international et autres menaces nationales. Conformément à la législation FISA, le contrôle judiciaire est limité et peut être confidentiel. Les correspondances entre entreprises, y compris celles soumises au secret professionnel de l'avocat et celles confidentielles en raison d'une clause contractuelle, peuvent faire l'objet d'écoutes téléphoniques.

4.2 La nationalité et la résidence des dirigeants et managers

La plupart des lois des Etats américains autorisent les non-résidents à être propriétaires, dirigeants ou managers d'une société américaine ou d'une LLC pour des relations commerciales non réglementées. Cependant dans certains secteurs, l'entreprise doit être détenue par des américains, comme les compagnies aériennes, ferroviaires ou les entreprises de sécurité nationale.

4.3 Les visas d'affaires des investisseurs et dirigeants étrangers aux USA

Les Nonimmigrants. Les propriétaires de nouvelles entreprises ont le choix entre plusieurs visas temporaires (d'une période de 6 ans maximum) pour permettre à leurs dirigeants étrangers clés de développer l'entreprise :

- L-1 “*intra-company transferee*,” pour les transferts d'un dirigeant ou d'un cadre (L-1A) ou d'un salarié avec des compétences spécifiques (L-1B)
- H1-B étrangers qualifiés (“*specialized occupation*”)
- E-1/E-2 “*treaty trade r/ treaty investor*”
- J-1 les stages en entreprise de 18 mois
- O les personnes qui ont un talent exceptionnel reconnu dans les sciences, les arts, l'éducation, le sport, les domaines créatifs ou la télévision.

- B-2 “business visitor” (travaillant seulement pour l’entreprise étrangère)
- Exemption 90 jours, en étant le salarié de l’entreprise étrangère.

Les Immigrants. Cinq catégories d’immigrant d’affaires sont disponibles.¹ Certains nécessitent une attestation du Département du Travail qu’il y a un nombre insuffisant d’américains disponibles, qualifiés et cherchant la poste, et que l’embauche d’un étranger n’aurait pas d’effet adverse sur les salaires et conditions de travail de travailleurs américains dans le même métier.

Pour obtenir un visa, il est nécessaire de réunir minutieusement les documents officiels demandés. Certains visas, comme le L-1 pour l’Inde, demandent des délais administratifs importants.

4.3.1 Les transferts entre entreprises (L-1)

4.3.1.1 Dirigeant ou cadre (L-1A)

La catégorie L-1A permet à un employeur américain de transférer un cadre ou un dirigeant de l’une de ses entreprises étrangères affiliées à ses bureaux américains. Cette catégorie permet aussi à une société étrangère qui n’a pas encore de bureau américain d’envoyer un de ses cadres ou dirigeants aux États-Unis dans le but d’en établir un. C’est à l’employeur de remplir la demande.

4.3.1.2 Les connaissances spécifiques (L-1B)

La catégorie de visa L-1B permet à un employeur américain de transférer un salarié, ayant des connaissances spécifiques en lien avec les intérêts du groupe, de l’une de ses entreprises étrangères affiliées à ses bureaux américains. Cette catégorie permet aussi à une société étrangère qui n’a pas encore de bureau américain d’envoyer le salarié avec des connaissances spécifiques afin qu’il participe à l’établissement d’un bureau.

-
- ¹
- EB-1- Personnes d’abilité extraordinaire dans les sciences, les arts, l’éducation, les affaires ou les sports; des professeurs ou chercheurs “outstanding” [de top niveau]; et des gérants multinationaux.
 - EB-2 Des personnes membres des professions détenant des diplômes avancés ou des personnes ayant une abilité exceptionnelle aux arts, sciences ou business. Une *Labor Certification* (LC) par le Département du Travail est exigée, sauf en cas d’exonération dans l’intérêt national.
 - EB-3 Des professionnels, ouvriers habiles (skilled workers), et autres ouvriers. Une LC est exigée.
 - EB-4 “Special immigrants,” comprenant des ouvriers religieux, des employés étrangers des ambassades ou consulats américains étrangers, des retraités d’employés d’organismes internationaux, des mineurs étrangers sous la protection de tribunaux américains, et d’autres classes. Une LC n’est pas exigée.
 - EB-5 Investisseurs d’affaires qui investissent \$1 million (ou \$500,000 si l’investissement est fait dans une entreprise située dans une région ciblée pour la promotion des emplois), dans une nouvelle entreprise commerciale qui emploie au moins 10 employés résidents permanents ou citoyens américains à plein temps. Une LC n’est pas exigée.

4.3.1.3 Les conditions requises pour un transfert entre entreprise

Pour obtenir un visa L-1, il faut que l'employeur et le salarié remplissent certaines conditions. L'employeur américain doit :

- Avoir un lien réel avec la société étrangère (société mère, fille, établissement, et autres affiliations que l'on peut appeler *qualifying organizations*); et
- Faire actuellement, ou bientôt, des affaires aux Etats-Unis, en étant employeur, et dans au moins un autre pays soit directement soit par l'intermédiaire d'une autre organisation, pendant tout le temps où le bénéficiaire du visa L-1 reste aux Etats-Unis. L'entreprise doit être viable, mais pas forcément engagée dans un commerce international.

Faire des affaires signifie la délivrance régulière, systématique et continue de biens et/ou de services par une *qualifying organization*, ce qui n'inclut pas la simple présence d'un agent ou d'un bureau de l'organisation aux Etats-Unis et à l'étranger.

Si le salarié étranger est envoyé, dans un premier temps, sur un site qui n'appartient pas à l'employeur désigné dans la demande ou à une de ses structures affiliées, filiale ou mère, l'employeur demandeur doit démontrer que :

- L'employeur non désigné ne contrôle pas et ne supervise pas le salarié, et
- Le service fourni par le salarié n'est pas considéré comme du travail effectué par une main d'œuvre.

De son côté, le salarié étranger doit :

- Avoir travaillé pour l'entreprise étrangère affiliée pendant au moins un an, de manière continue, au cours des trois années précédant la demande d'admission sur le sol américain, et
- Vouloir entrer sur le territoire américain pour fournir un service, en ayant des compétences managériales ou organisationnelles, à une structure dépendante de son employeur ou à une société affiliée.

Avoir des compétences organisationnelles signifie la capacité du salarié à prendre des décisions seul, sans être surveillé.

Avoir des compétences managériales signifie la capacité du salarié à superviser et contrôler le travail des autres salariés et à diriger la structure, ou un département, une subdivision, une fonction, ou une composante de cette structure. Cela signifie aussi la capacité du salarié à occuper une fonction essentielle de l'organisation, à un niveau hiérarchique élevé, sans avoir de superviseur direct.

4.3.2 Treaty Investors (E-2)

Pour obtenir un visa E-2, le "treaty investor" doit :

- Avoir la nationalité d'un pays avec lequel les Etats-Unis ont conclu un traité de commerce et de navigation.
- Avoir investi, ou être sur le point d'investir, un montant important dans le capital d'une entreprise américaine sérieuse.
- Vouloir entrer sur le territoire des Etats-Unis dans le seul but de développer une entreprise et organiser l'investissement. C'est le cas lorsque le demandeur détient au moins 50 % du capital de l'entreprise ou de son contrôle, grâce à une position de dirigeant par exemple.

Un investissement correspond à l'apport en capital réalisé par le *treaty investor*, en numéraire ou autres, dans le but de générer un bénéfice. En cas d'échec de l'investissement, l'entreprise verra son capital affecté, totalement ou partiellement. Le *treaty investor* doit également démontrer que les fonds n'ont pas été obtenus, directement ou indirectement, par la conduite d'une activité illicite.

4.3.3 Les employés qualifiés : “*Specialty Occupation*” (H1-B)

Un visa H1-B peut être délivré aux personnes souhaitant apporter des services dans leur domaine de spécialisation, ou des services nécessitant une vraie expertise utile à un projet de recherche et développement du *Department of Defense* (DOD), ou des services exceptionnels dans le domaine du mannequinat. Le demandeur doit être titulaire d'un diplôme équivalant au minimum à un “*bachelor's degree*” (équivalent d'une licence). Il doit démontrer que ce diplôme est le minimum requis pour exercer dans le domaine concerné, ou est habituel dans ce domaine, ou que le métier, en raison de sa complexité ou de sa rareté, ne peut être exercé que par un titulaire de ce diplôme. Ou bien, le demandeur peut prouver que la nature des services à fournir est si particulière et compliquée que les compétences requises sont assimilées grâce à une licence ou un diplôme plus élevé.

Le nombre de visas de ce type est limité 65 000 par année fiscale, augmenté 20 000 pour ceux qui ont un diplôme avancé. Le H1-B permet de rester six ans maximum sur le territoire.

4.3.4 Le talent exceptionnel (O)

Les visas O-1 sont délivrés pour une période maximum de trois ans (par extension du visa simple délivré pour un an) si le demandeur démontre un talent exceptionnel reconnu nationalement ou internationalement et qu'il se rend temporairement aux Etats-Unis pour continuer un travail dans le cadre de son talent. Un O-1A peut ainsi être octroyé. Un O-1B est disponible en matière des arts, de la filmographie ou de la télévision.

Dans les domaines des sciences, de l'éducation, des affaires ou du sport, il est demandé un niveau d'expertise démontrant que le demandeur est dans le faible pourcentage de ceux qui ont atteint l'échelon le plus élevé du domaine.

Dans le domaine de l'art, le talent exceptionnel signifie se distinguer. Il faut ainsi atteindre un certain niveau dans le domaine des arts, supporté par un diplôme de compétence et une reconnaissance indiscutable dépassant ce qu'on pourrait décrire ordinairement comme un symbole de renommée, de domination, ou de célébrité dans le domaine.

Pour obtenir un visa O-1 dans le domaine de la filmographie et de la télévision, le demandeur doit démontrer un niveau extraordinaire, supporté par un diplôme de compétence dépassant celui qui est ordinairement obtenu par une personne reconnue comme remarquable, notable ou dominante dans le domaine.

Le personnel de support peut également obtenir un visa O-2. Ce type de visa est accordé à un travailleur partageant les expériences et la compétence du demandeur de O-1 qu'un travailleur américain ne peut avoir et qui sont essentielles à la réussite du demandeur de O-1.

4.3.5 Short-Term Visits (B-1/B2)

Un membre du conseil d'administration ou un cadre peut également demander un visa B-1 ou un B-2 pour se rendre aux Etats-Unis pour une période courte afin de former les salariés américains ou de réaliser des études de marchés. Ces visas ne permettent pas de recevoir un salaire ou toute autre indemnisation d'une entreprise américaine. Cette règle ne fait pas obstacle à l'octroi d'une rémunération pour services rendus à l'entreprise américaine en dehors du sol américain (sur la scène internationale par exemple) ou le versement d'argent de la société américaine à la société étrangère, qui va ensuite rémunérer le demandeur, pour services rendus entre filiales.

4.3.6 Le resident permanent

Pour résider de manière permanente sur le sol américain (plus de six ans) il faut respecter la législation relative à la résidence. La condition essentielle pour qu'un étranger puisse obtenir la résidence permanente basée sur un travail est la "*labor condition certification*" (voir « LC » ci-dessus aux notes). Il faut qu'aucun américain ou résident américain ne puisse occuper le poste du demandeur.

4.3.7 Les réformes du droit des étrangers

Depuis quelques années plusieurs réformes sont en cours. Ainsi, le "*entrepreneur's visa*" permettrait aux étrangers titulaires d'un master d'une université américaine dans une des disciplines STEM (science, technologie, ingénierie et mathématique) d'obtenir un visa pour démarrer une entreprise aux Etats-Unis. Aujourd'hui, le Président Obama demande plus de réformes pour privilégier l'emploi des citoyens et résidents américains. Ainsi, les entreprises employant plus de 50 salariés (ce qui inclut les salariés des filiales) devraient avoir à s'assurer que les salariés étrangers titulaires d'un visa L-1 ou H1-B ne représentent pas plus de 50 % de la masse salariale. Aussi, les immigrants de haut niveau d'éducation, de fonction comme gérant de multinationale, de médecins seraient admis sans limitation numérique.

4.4 L'application extraterritoriale de la loi américaine

4.4.1 Les activités étrangères

Les investisseurs étrangers et les cadres étrangers doivent comprendre que les lois américaines sur les pratiques déloyales s'appliquent aux activités étrangères qui ont un impact sur les marchés américains.

- Il s'agit d'une application du principe général de "*long arm jurisdiction*" selon lequel les tribunaux américains sont compétents pour se saisir d'événements ayant eu lieu en dehors de leurs territoires qui ont causé un préjudice sur leur territoire.
- Le *Foreign Corrupt Practices Act* sanctionne les entreprises américaines qui versent des pots-de-vin aux fonctionnaires étrangers. Les lois fiscales, des titres boursiers et criminelles sont en jeu.
- Les entités américaines ne peuvent prendre part à un boycott secondaire d'Israël.
- En application du *Export Administration Act* et le *U.S. International Trade in Arms Regulations*, les entreprises américaines exportant des "*technical data*" américaines doivent obtenir une licence d'exportation si elles ne bénéficient pas d'une licence générale. Une exportation est définie comme l'information donnée à une personne étrangère, même si cette personne est juridiquement aux Etats-Unis.

4.4.2 Les Codes de conduite

Les entreprises américaines et leurs filiales étrangères doivent évidemment adopter un code de conduite pour leur gouvernance, le risque de management et la conformité ("GRC," governance, risk management and compliance) avec les lois américaines, que ces codes soient nationaux ou internationaux.

5. Les problématiques fiscales des actionnaires étrangers aux USA

5.1 La taxation des étrangers aux USA

L'application de l'impôt sur le revenu des propriétaires étrangers dépend des traités fiscaux. La détention d'une entreprise peut être considérée, d'un point de vue fiscale, comme simple ou compliquée :

- Dans les structures simples, la création d'une entité américaine permet de ne payer l'impôt américain que sur les activités américaines réalisées par l'entité américaine. Les biens à l'étranger sont donc protégés de toute taxation américaine.
- Dans les structures complexes, une société appartenant à un groupe international peut être partie à des échanges intra-groupe, qu'ils soient d'ordre financiers, technologiques, qu'ils concernent la licence de marques ou qu'ils s'agissent du partage de services administratifs comme la comptabilité, la facturation, la vente ou la gestion des ressources humaines. Les échanges intra-groupe donnent lieu à des audits fiscaux dans tous les pays concernés.

5.2 L'application à la société de l'impôt américain sur le revenu

5.2.1 Les impôts fédéraux sur le revenu

Le *Internal Revenue Code* de 1986 (le Code) définit les règles qui gouvernent l'imposition des entreprises. Selon ce Code, les redevables américains (citoyens américains, résidents, certains étrangers non-résidents en fonction de la durée de leur séjour aux Etats-Unis, et les entreprises) sont taxés sur leurs revenus mondiaux, peu important la source. Cette règle peut être écartée si le revenu américain tiré des opérations américaines est limitée grâce à des échanges intra-groupe ou avec des sociétés liées. Ces derniers sont cependant soumis aux règles qui gouvernent les prix de transfert et autres règles anti-fraude comme celles concernant les "*controlled foreign corporations*" (généralement, sociétés sans autre mission que de s'interposer pour remettre le jour de la rapatriation de revenus étrangers), "*personal holding companies*" (les holdings détenues un nombre limité de personnes) et les "*foreign personal investment companies*".

Le Code définit deux types de revenu taxable : le revenu ordinaire et le "*alternative minimum tax taxable income*" (AMT taxable income). Le régime AMT a mis fin à certaines déductions qui étaient considérées comme des privilèges inutiles accordés à des redevables aisés. Ce régime s'applique maintenant à un nombre important de redevables.

Des crédits sont accordés aux étrangers soumis à l'impôt sur le revenu pour la part également taxée à l'étranger. Ces crédits sont limités lorsque le taux d'imposition étranger est plus élevé que le taux américain.

5.2.2 Les impôts des Etats sur le revenu

Les Etats taxent le revenu tiré des activités de leur territoire. Ils accordent l'équivalent d'un crédit d'impôt des étrangers en répartissant le revenu taxable entre les différents bureaux de l'entreprise implantée dans plusieurs Etats. Le critère de répartition dépend de plusieurs facteurs comme la proportion des ventes, des salariés et des biens entre les différentes branches. La Cour Suprême permet aux états d'adopter toute formule d'allocation qui n'est pas abusif, arbitraire ou sans justification raisonnable.

5.2.3 Les impôts locaux

Beaucoup de villes, comme New York et Philadelphie, appliquent leurs propres impôts sur le revenu aux personnes physiques et aux entreprises.

5.2.4 Les taxes de sécurité sociale et les *Equalization Treaties*

Le régime fédéral de sécurité sociale demande aux employeurs de déduire et de retenir sur le salaire les taxes fédérales de sécurité sociale, comme les cotisations Medicare et Medicaid, et de payer l'administration de la sécurité sociale. Chaque employeur et chaque salarié paye, au titre de cette taxe,

7,65% du salaire (jusqu'à un seuil maximum). Ces retenues de salaire s'appliquent également aux étrangers qui travaillent aux Etats-Unis sous un visa de travail. Si l'étranger retourne dans le pays étranger avant l'expiration de la période minimum permettant l'application de la réciprocité prévu par un *equalization treaty*, il perd le bénéfice des cotisations et ne peut alors considérer qu'ils s'agissent de cotisations à la sécurité sociale américaine. Cela a posé problème pour l'application du traité bilatéral Etats-Unis/Inde dans la mesure où la période minimum excède la période maximum d'un visa H1-B. Les étrangers doivent donc s'informer sur ce point si ils envisagent de rester aux Etats-Unis plus de deux ou trois ans.

5.3 Les “Sales and Use Taxes” sur les Ventes aux USA

Chaque Etat a le droit d'appliquer une taxe sur la vente locale de biens et de services. En principe, la “sales tax” est collectée par le vendeur s'il est implanté dans l'Etat, et la “use tax” est collectée par le consommateur si il ne paye pas la taxe au moment de la vente. Dans le contexte économique actuel, basé sur des achats en ligne et des livraisons à distance, les vendeurs et les consommateurs doivent se renseigner sur la loi applicable, mettre en place des procédures de *compliance* et anticiper des éventuels audits.

Un vendeur de biens doit avoir un numéro d'immatriculation à la *sale tax* et payer la taxe collectée auprès des consommateurs. Un acheteur doit tenir un registre comptable et payer la *use tax* à l'Etat (à la place de la *sale tax*) sur les produits délivrés par un vendeur établi hors de l'Etat (ex : Amazon ou un entrepôt), qui ne collecte pas la taxe sur la vente là où il est établi. En l'absence de registre prouvant le paiement des taxes, l'entreprise (et ses actionnaires) s'expose à payer la taxe et des pénalités et s'expose à un contrôle fiscal.

5.4 Les Impôts sur l'individu

Tout planning pour un nouvelle entreprise ou un visa d'affaires aux USA nécessite une analyse de l'imposition sur l'individu, soit propriétaire, soit gérant soit employé. Généralement, un tel planning dépend du timing, de la caractérisation de revenus, des taux, l'imposabilité, la résidence fiscale et la stratégie commerciale. Avant de venir aux USA comme résident fiscale, duu planning fiscal peut éviter ou réduire les impôts sur le revenu personnel et sur les donations (gift tax, estate tax et generation-skipping tax).

6. Les principes de base de la comptabilité aux USA

6.1 La comptabilité financière

Les sociétés non cotées américaines n'ont pas l'obligation d'engager un commissaire aux comptes (CAC), ni de réaliser des audits financiers en application des principes comptables généralement reconnus (GAAP aux Etats-Unis). Cependant, il est recommandé de le faire pour plusieurs raisons. Un CAC peut ainsi fournir un audit financier aux investisseurs pour leur certifier où les fonds ont été engagés ainsi que les résultats financiers des opérations. Il peut aussi donner des conseils en matière d'impôt sur le revenu et en cas de litige avec l'administration fiscale.

Avant de faire appel à un CAC, la startup doit s'informer sur ses obligations comptables. En effet, un “audit” préconisé par les PCGR coûte cher et demande du temps. Un “review” des états financiers de la société ne porte pas sur un examen d'opportunité mais se contente d'organiser les données comptables. Une “compilation” est le résultat d'un review des états financiers fait par le CAC qui organise les informations financières dans un format compatible avec les exigences comptables américaines.

En application des standards comptables adoptés en 2001, la méthode comptable “pooling-of-interest” a été remplacée par la “purchase method”. Selon cette dernière, la société cible doit faire apparaître un *goodwill* (écart d'acquisition) tant que le prix de vente excède la juste valeur des biens de la cible. Puis,

ce *goodwill* pourra faire l'objet de perte de valeur. Cette comptabilité fait apparaître clairement les pertes liées à une fusion.

Pour chaque acquisition, il est nécessaire de se renseigner sur la comptabilité applicable.

6.2 La comptabilité fiscale

Les règles fiscales diffèrent des règles comptables financières. Les exemples typiques sont la déductibilité de certaines dépenses de marketing (tel que la restauration et les spectacles) et la dépréciation et les taux d'amortissement pour les dépenses d'investissement. La plupart des Etats ont adopté les règles fiscales fédérales, mais il n'y a pas d'obligation constitutionnelle pour les Etats de le faire.

6.3 La comptabilité fiduciaire

6.3.1 Le droit commun des biens abandonnés

Beaucoup d'associés ne comprennent pas qu'ils ont la responsabilité fiduciaire de reverser à l'Etat les comptes clients "*abandoned*" (abandonnés), "*unclaimed*" (non revendiqués) ou "*dormant*" (dormants). En application du droit des biens applicable aux "*abandoned*" et "*unclaimed*", les biens détenus par la société pour le compte de tiers (souvent de la monnaie ou des équivalents) doivent être transférés à l'Etat si le compte client reste dormant pendant plusieurs années.

Les biens non revendiqués subissent le même sort si l'entreprise ne peut localiser le propriétaire du bien ni délivrer le bien. Les biens abandonnés ou non revendiqués peuvent être de plusieurs sortes, comme des comptes titres dormants, des acomptes sur le prix de vente versés avant la livraison des produits, un remboursement dû à un client, un chèque cadeau ou une carte cadeaux (débit) non utilisé, un chèque ou mandat poste non retiré, une indemnité d'assurance non réclamée, des redevances minières, des objets déposés, des dépôts de garantie de clients ou un remboursement exigible.

Pour des raisons comptables, tous ses biens "fiduciaires" doivent être tenus séparé des comptes de la société et placés dans des comptes à part, et l'entreprise doit tenter de joindre annuellement les clients concernés pour s'assurer qu'ils ne peuvent être localisés ou qu'ils ne veulent pas faire valoir leurs droits de propriété. Cette comptabilité permet d'éviter l'ajout de ces montants dans le revenu de l'entreprise et de protéger la propriété du tiers contre le risque de mélange et d'absorption dans les biens de l'entreprise.

L'Etat va alors en principe vendre les biens et récupérer l'argent récupéré de la vente. Pour les comptes d'argent, l'Etat conserve l'argent en application du principe de *common law* de déshérence (*escheat*). Si le propriétaire réclame son bien, l'Etat est tenu de le rembourser. L'Etat peut publier un descriptif et, ensuite, faire du bien abandonné sa propre propriété.

6.3.2 Le droit des biens abandonnés applicable aux sociétés du Delaware

La réalisation d'un contrôle d'application du droit des biens abandonnés peut révéler des surprises, notamment pour les sociétés immatriculées au Delaware. La loi du Delaware pose un principe de responsabilité personnel des associés n'ayant pas détenu ou reversé à l'Etat la propriété des biens abandonnés des tiers que l'entreprise aurait du collecter, détenir et reverser à l'Etat. Les sociétés doivent ainsi rédiger un rapport annuel sur les biens abandonnés, du le 1^{er} mars de chaque année. Le droit du Delaware permet de réaliser des audits remontant à l'année 1981. Les titres financiers et les dividendes doivent être payés après trois ans, alors que les autres catégories de biens (comme les chèques cadeaux) doivent être payés après cinq ans. L'Etat du Delaware a ainsi récolté environ \$550 million par ans pour financer ces activités, somme supérieure à tout impôt sur les sociétés ou sur le revenu.

7. La relation avocat/client

7.1 La lettre d'engagement

Pour les nouvelles sociétés, la relation avocat/client existe entre le cabinet d'avocats et l'entité, qui est le client. La lettre d'engagement d'un avocat identifie le(s) client(s), l'étendu et les termes et conditions des services.

7.2 La confidentialité; les conflits d'intérêt

Les communications entre un client et les représentants d'une société sont protégées par le secret professionnel, lorsqu'elles portent sur les affaires de la société. Ces communications sont confidentielles selon le droit commun et les règles de procédure devant les tribunaux. Pour éviter tout conflit d'intérêt, les associés fondateurs et les filiales ne sont pas considérés comme des clients. Ils ne peuvent donc pas revendiquer le secret professionnel sauf si la lettre d'engagement en dispose autrement. Si les actionnaires ont un désaccord, l'avocat de la société nouvellement formée reste neutre.

En principe, il est recommandé d'ajouter la mention "PRIVILEGED" sur le sujet de vos emails, afin de se protéger contre d'éventuelles poursuites concernant le sujet de ces communications.

7.3 La *compliance* et les opérations en cours

Une fois que votre entreprise a été formée et est opérationnelle, vous allez avoir besoin de *ongoing compliance services* (services surveillant l'application de la loi). Pour éviter de mauvaises surprises, votre lettre d'engagement et vos autres instructions doivent préciser que la nouvelle société a engagé l'avocat pour surveiller le management de la société et l'application de toutes les exigences légales. Si vous préférez organiser vous même cette surveillance, il est conseillé de rester en contact avec votre avocat dans le cas où un problème d'ordre juridique émergerait.

8. Nous contacter

Nous espérons que ce document a été utile et apprécié. Bierce & Kenerson jouit d'une expertise dans ces domaines permettant la création et le développement de votre entreprise et la protection de vos intérêts. Pour plus d'informations, nous vous invitons à nous contacter:



William Bierce
Bierce & Kenerson, P.C.
420 Lexington Avenue, Suite 2920
New York, New York 10170
wbierce@biercekenerson.com
Bureau: +1 212 840 0080 / Mobile +1 917 882 3300

ATTENTION : Ce document ne constitue pas un conseil légal. Consultez un avocat.

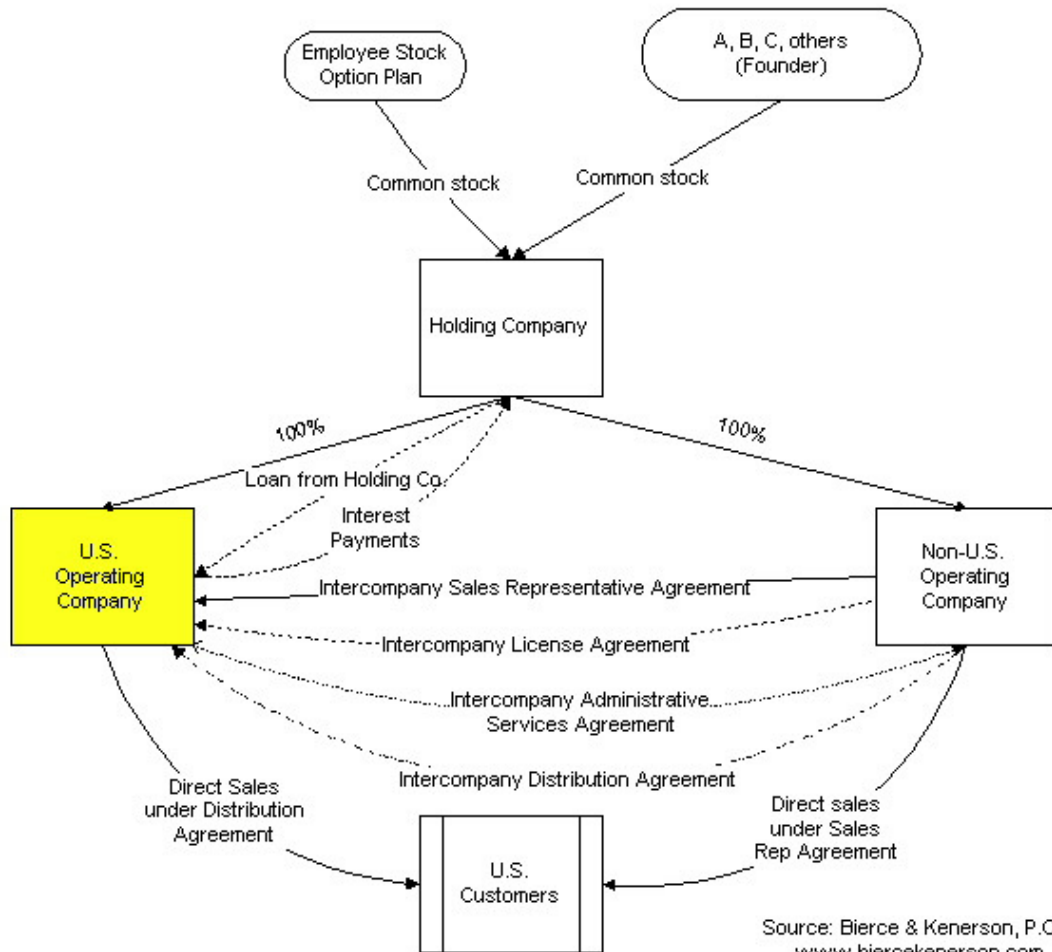
Annexes

- A. Nouvelle Entreprise : Fonds de Commerce PME – Actionnariat Privé, sans investisseurs financiers
- B. Nouvelle Entreprise : Fonds de Commerce PME – Actionnariat Privé, avec investisseurs financiers
- C. Acquisition ou Fusion d'une Société Américaine (une seule étape)
- D. Acquisition ou Fusion d'une Société Américaine (deux étapes, avec restructuration)

A. Diagram: New U.S. Venture (Family Owned)

Sample Organizational Structure:

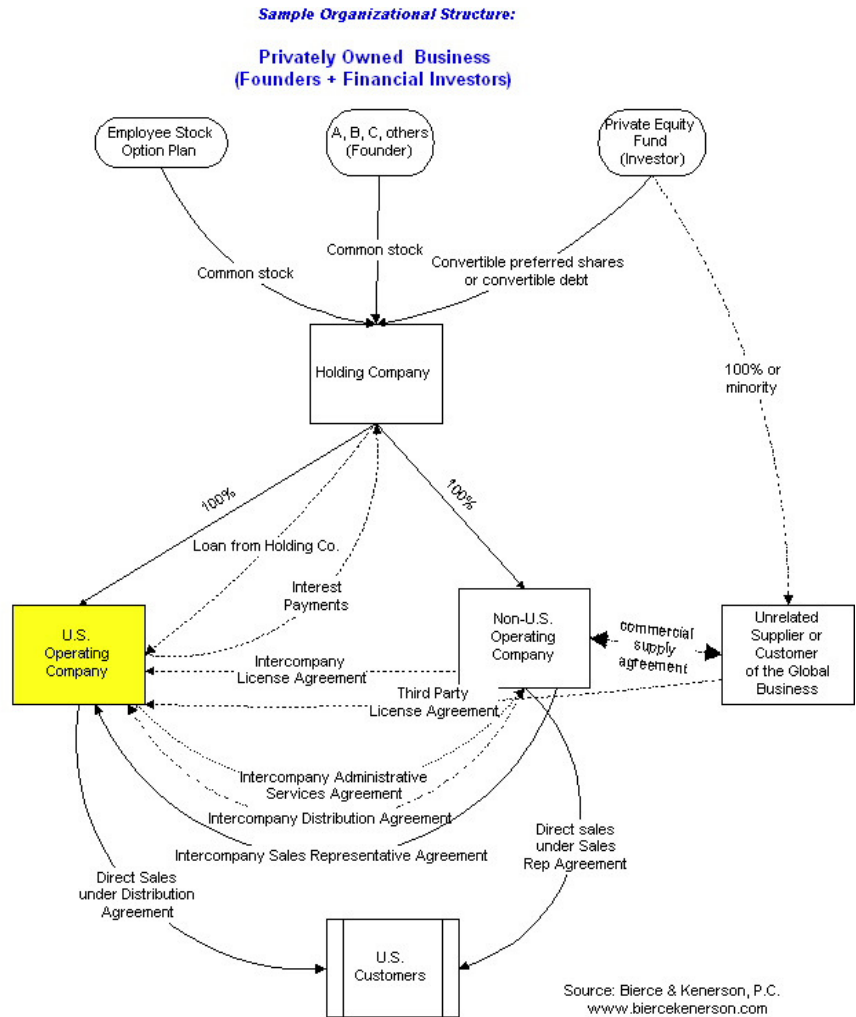
Privately Owned Business (Founders without External Financing)



Source: Bierce & Kenerson, P.C.
www.biercekenerson.com

Note: Positions of the U.S. and Non-U.S. Operating Companies could be reversed.

B. Diagram: New U.S. Venture (Founders and Private Equity Investors)

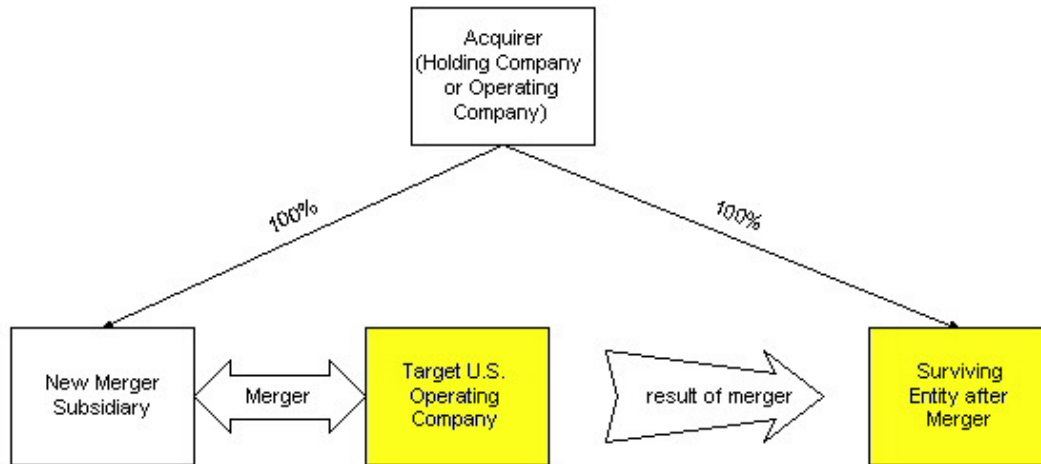


Note: Positions of the U.S. and Non-U.S. Operating Companies could be reversed.

C. Diagram: Acquisition of a U.S. Privately-Owned Business (One Step)

Sample Organizational Structure:

**Acquisition of a U.S. Privately Owned Business
(One-Step Procedure)**

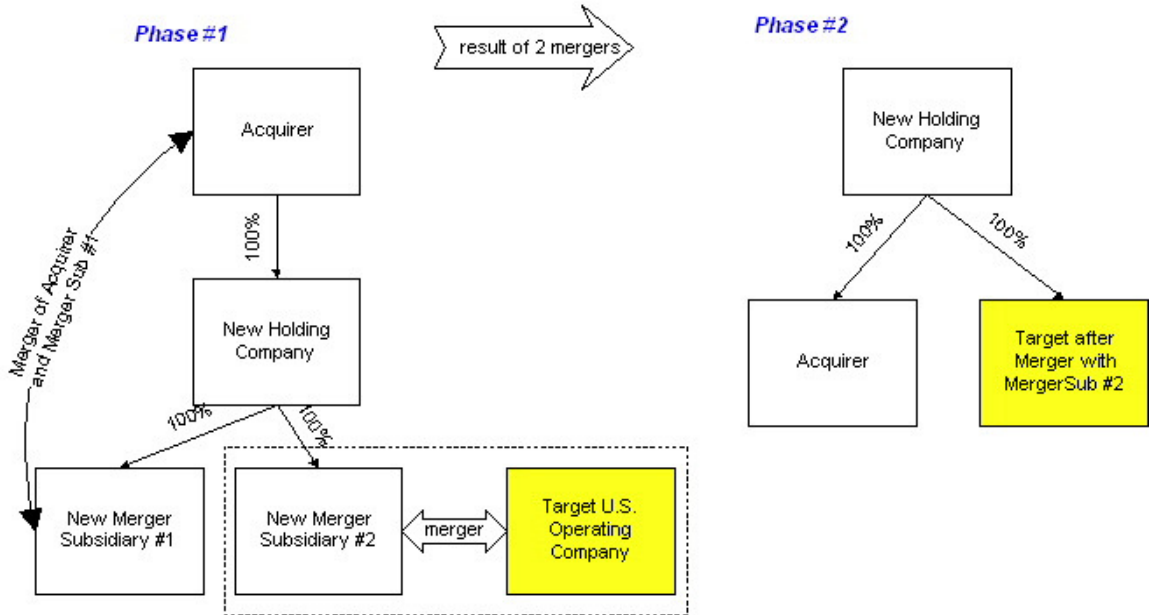


Source: Bierce & Kenerson, P.C.
www.biercenerson.com

D. Diagram: Acquisition of a U.S. Privately-Owned Business (Two Steps)

Sample Organizational Structure:

Acquisition of a U.S. Privately Owned Business (Two-Step Procedure)



Source: Bierce & Kenerson, P.C.
www.biercekenerson.com