

ZARA

LAW OFFICES

La gestion des risques financiers liés au commerce avec les Petites et Moyennes Entreprises américaines



111 John Street, Suite 510
Tel: +1-212-619-4500
zara@zaralawny.com

New York, NY 10038, USA
Fax: +1-212-619-4520
www.zaralawny.com

Aux Etats-Unis, les petites et moyennes entreprises (PME) sont généralement définies comme celles employant moins de 500 personnes. L'immense majorité (99,7%) des entreprises américaines appartient à cette catégorie.

Il va sans dire que toute personne souhaitant exercer une activité commerciale aux Etats-Unis sera un jour amenée à traiter avec une PME américaine. En conséquence, il est indispensable d'appréhender les risques auxquels vous serez, en tant qu'exportateur confronté lorsque vous contractez avec des PME américaines.

Cet article est ainsi destiné à aider l'importateur/exportateur que vous êtes à minimiser les risques financiers liés au commerce avec des PME américaines et à vous permettre de protéger vos intérêts en conséquence.

D) La nécessité d'identifier votre cocontractant

1) Il est particulièrement difficile d'identifier l'entité avec laquelle vous traitez et ses dirigeants

Aux Etats-Unis, il n'existe pas de registre référençant les PME. Contrairement aux sociétés quottées ou à celles répertoriées sur un registre spécial, la réglementation applicable aux PME en matière d'information et de transparence est relativement souple. De plus, il n'existe pas aux Etats-Unis de base de données publique, telle qu'il en existe dans certains pays européens, fournissant une information détaillée sur les PME américaines. Il est en conséquence très difficile de se renseigner, en particulier depuis l'étranger, sur l'identité des actionnaires, dirigeants et cadres des PME américaines et de déterminer leur situation financière et juridique.

Ainsi, avant d'entamer votre collaboration avec une PME américaine, tachez de recueillir une information aussi complète et détaillée que possible sur celle-ci.

Vous devrez notamment savoir :

- Quelle est la forme sociale de l'entité ? Sa date d'enregistrement ? Son lieu d'établissement ?
- Quels sont ses antécédents financiers ? Sa réputation sur le marché ?
- Depuis combien de temps l'entreprise est sur le marché ? Combien de personnes y sont employées ?
- Quel est son chiffre d'affaires ? Engrange-t-elle des bénéfices ? Qui sont ses principaux clients et fournisseurs ?
- Ses dirigeants ont-ils antérieurement créé ou dirigé une entreprise ?
- L'entreprise a-t-elle déjà fait l'objet de poursuites judiciaires ? Par qui ? Quand ? Pour quels motifs ? L'entreprise a-t-elle été condamnée, et dans l'affirmative a-t-elle versé les sommes allouées au demandeur ?

De nombreux sites internet proposent, en contrepartie d'une faible somme, de vous fournir certaines de ces informations (ex : www.knowx.com).

2) L'absence de capital minimum requis pour la constitution d'une société

Les dispositions du droit des sociétés américain relatives aux PME n'exigent aucun capital minimal pour la constitution des PME (sauf pour les banques, les assurances et autres établissements de crédit). Ainsi, même une personne dotée de moyens limités et/ou d'antécédents financiers médiocres pourra sans difficultés majeures créer une PME aux Etats-Unis. De ce point de vue, il est beaucoup plus facile de créer une société aux Etats-Unis que dans la plupart des pays européens où les formalités de constitution sont sensiblement plus restrictives.

Néanmoins, afin de minimiser les risques d'être tenus personnellement responsables du passif social, les associés d'une PME américaine doivent la doter d'un capital raisonnable avant d'entamer son exploitation commerciale. Il convient cependant de rappeler qu'il est assez difficile d'engager la responsabilité personnelle des dirigeants et actionnaires d'une société aux Etats-Unis (communément de « percer le voile social »).

Afin d'apprécier la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux, les juges prennent en considération divers éléments. Ils apprécient par exemple l'éventuelle sous-capitalisation de la société, le maintien d'une comptabilité diligente et la gestion et/ou l'usage frauduleux des actifs sociaux (tel que l'octroi de salaires exorbitants ou disproportionnés). Les juges analysent ainsi un ensemble d'éléments, un faisceau d'indices avant de décider de percer le voile social. La sous-capitalisation n'étant qu'un indice parmi tant d'autres, elle ne suffit pas à engager à elle seule la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux.

3) Les PME américaines ne sont pas obligatoirement dirigées depuis un bureau

En règle générale, les dirigeants de PME américaines, sauf dans l'industrie viticole, n'ont pas l'obligation d'exploiter leur entreprise depuis un bureau. Le risque pour le cocontractant étranger est d'autant plus élevé que les nouvelles technologies et internet en particulier permettent à de petites entreprises de paraître bien plus grandes qu'elles ne le sont réellement. Lorsque vous contactez une société par téléphone, vous pouvez être mis en relation avec plusieurs interlocuteurs et transférés à plusieurs départements. Vous aurez alors la fausse impression de traiter avec une grande société alors même que celle-ci est exploitée depuis une résidence personnelle et que vos correspondants utilisent seulement différentes lignes téléphones.

En conséquence, afin d'éviter les mauvaises surprises, vous devez recueillir un maximum d'informations sur les sociétés avec lesquelles vous envisagez de faire des affaires.

4) L'absence de réglementation propre aux PME

L'absence de dispositions légales et réglementaires spécifiques aux PME accentue les risques de non paiement et fait du commerce avec les PME américaines un commerce plus risqué que celui avec d'autres types d'entités commerciales.

Afin de vous prémunir contre de tels risques, vous devez d'obtenir autant d'information que possible sur vos cocontractants et conclure un contrat de vente parfaitement rédigé.

II) Les protections offertes par le droit américain – comment vous protéger contre les risques de non-paiement de l'acheteur ?



1) Le cautionnement personnel

Les actionnaires de la PME, ses dirigeants, ses cadres, une société affiliée, ou une quelconque tierce personne peut se déclarer caution de votre client et vous prémunir ainsi contre les risques de non paiement.

a) La caution solidaire

La caution solidaire est comme son nom l'indique solidairement et indéfiniment responsable de la dette du débiteur principal. Vous pourrez ainsi lui demander de payer sans même avoir demandé au débiteur principal de verser les sommes dûes.

b) La caution simple

La caution simple ne peut en revanche être appelée à payer avant d'avoir tenté d'obtenir le paiement du débiteur principal.

2) Les garanties réelles

Lorsque vous concluez un contrat de sûreté avec l'acheteur, celui-ci vous accorde un droit réel sur un de ses actifs (y compris sur un bien que vous lui avez livré) et/ou sur une créance qu'il détient d'un tiers. Après publication de cette sûreté au bureau du *County Clerk's Office*, si l'acheteur ne vous paie pas, refuse de vous payer ou s'il déclare faillite, vous bénéficierez de priorité au détriment des créanciers chirographaires. En d'autres

termes, vous serez payé avant ceux-ci en cas de liquidation de la société débitrice ou en cas de distribution aux créanciers¹.

Remarques importantes

- Vous devez veiller à ce que l'objet du contrat de sûreté n'est pas grevé d'un droit réel antérieur au votre (ex : les banques bénéficient par exemple d'un droit de priorité sur les comptes bancaires de leurs clients et sur leurs biens.).
- Vous devez apprécier la capacité financière de la personne qui vous accorde la sûreté et veiller à ce qu'elle soit en mesure d'en payer le montant.

Les sûretés personnelles ou réelles peuvent être incorporées dans le contrat de vente ou faire l'objet d'un contrat distinct.

3) Confession by Judgment

Vous pouvez également demander à votre client de bénéficier d'un « *confession by judgment* ». S'il accepte, il devra attester sous serment qu'il vous doit une certaine somme (généralement correspondant au prix de vente) et qu'il vous la versera à une certaine date.

Si par la suite, il ne s'exécute pas, vous pourrez obtenir un ordre de la cour afin de vous faire payer sans entamer de poursuite judiciaire classique, sans être obligé d'assister à une quelconque audience ni passer par le long et coûteux processus de *discovery*.

L'ordre de la cour déclarera l'acheteur « *Judgment-Debtor* », comme l'aurait déclaré une décision de justice rendue à son encontre.

4) Crédit documentaire

Un crédit documentaire est un document émis par un personne, généralement un établissement de crédit, par lequel cette personne s'engage de manière irrévocable à payer une certaine somme au bénéficiaire du crédit documentaire (vous) contre présentation, dans le délai imparti par le crédit documentaire, de documents conformes à celui-ci.

Sachez néanmoins que bien que vous bénéficiez d'un crédit documentaire, vous aurez néanmoins besoin de conclure un contrat de vente parfaitement rédigé afin de réduire les risques de non paiement.

Dans la mesure où les banques gèlent les fonds correspondants au montant des crédits documentaires (additionné d'éventuels frais bancaires) avant l'émission du crédit documentaire, il n'est pas toujours évident d'obtenir un crédit documentaire de PME américaines. Cependant, si vous y parvenez, gardez à l'esprit les éléments suivants :

¹ La législation de certains Etats, tels que celles de l'Etat de New York ou du Massachusetts, offrent une alternative à la faillite au débiteur. Ce dernier peut ainsi nommer un mandataire chargé de recouvrer les créances du débiteur, de liquider ses actifs et de distribuer les recettes en fonction de l'ordre de priorité des créanciers.

- Insister pour bénéficier d'un crédit documentaire irrévocable confirmé et payable à vue.
- Le contrat de vente :
 1. doit indiquer clairement que le paiement s'effectuera par crédit documentaire.
 2. doit comprendre une clause stipulant que l'acheteur ne devra en aucun cas tenter d'interrompre le paiement de la banque après remise des documents requis et qu'autrement, il sera tenu de réparer le préjudice afférent (notamment de vous indemniser de tout frais de justice).
 3. doit indiquer expressément que dans l'hypothèse où il vous est impossible de vous conformer à certaines dispositions non essentielles du crédit documentaire, l'acheteur vous fournira et transmettra à la banque une renonciation expresse de ses droits issus du crédit documentaire. Il doit également être stipulé dans le contrat de vente que l'acheteur fera de son mieux pour que la banque verse les sommes convenues.
- L'échéance du crédit documentaire doit être prévue dans le contrat de vente de manière non équivoque (ex : « 30 jours suivant l'acceptation » ou « 30 jours suivant l'émission du connaissement maritime »).
- La banque doit s'assurer de la stricte conformité des documents présentés avec le crédit documentaire. La banque ne contrôle aucunement la conformité des biens.
- Sauf s'il y a soupçon de fraude, la banque est tenue de payer le montant indiqué dans le crédit documentaire contre présentation de documents conformes dans le délai imparti.



Enfin, vous devez également appréhender les conséquences de la réglementation américaine sur la faillite. En effet, si une société se trouve en état de cessation de paiements, elle sera en mesure de se prévaloir des dispositions du chapitre 7 ou 11 du

code de procédure collective américain et demander l'ouverture d'une procédure collective à son encontre.

Chapitre 7 : Selon les dispositions du chapitre 7 du code de procédure collective, les actifs du failli sont liquidés et les recettes sont distribuées aux créanciers de celui-ci. La société débitrice sera dissolue et cessera d'exister légalement. La distribution des recettes de la liquidation se fera selon l'ordre de priorité des créanciers : un créancier prioritaire (bénéficiant par exemple d'une sûreté enregistrée) sera payé avant un créancier chirographaire. En règle générale, les créanciers chirographaires sont les créanciers qui ont le moins de chance d'être payés. En conséquence, il est crucial d'assurer vos paiements en demandant de bénéficier d'une sûreté réelle.

Chapitre 11 : A la différence des dispositions du chapitre 11, la société faisant l'objet de la procédure collective n'est pas dissolue et continue son activité. Dans ce cas, toute ou partie de l'activité se poursuit, le débiteur prépare un plan de continuation et convient avec les créanciers d'éventuelles remises et délais de paiement.

Après avoir introduit une demande tendant à l'ouverture de la procédure collective, le débiteur dispose de 120 jours pour présenter aux créanciers et au tribunal des faillites un plan de continuation. Si le plan n'est pas soumis dans les 120 jours suivant la date de demande d'ouverture de la procédure collective ou si les créanciers refusent le plan du débiteur dans les 180 jours suivant ladite demande, tout créancier peut présenter son propre plan de continuation.

Le plan de continuation ne doit exclure aucune catégorie de créanciers: salariés, créanciers prioritaires, chirographaires, etc... Il doit clairement indiquer quelles catégories de créanciers seront payés, les modalités de paiement ainsi que le calendrier des paiements. Dans chaque catégorie, le plan doit être approuvé par la moitié des créanciers dont les créances doivent représenter les 2/3 des créances en valeur. En outre, le tribunal devra apprécier la faisabilité du plan de continuation et la volonté du débiteur de l'exécuter.

Dans le cas où une ou plusieurs catégories de créanciers rejette le plan du débiteur, celui-ci pourra néanmoins les forcer à l'accepter (processus communément appelé le « *cram-down* »). Le débiteur peut les y contraindre s'il parvient à démontrer qu'en cas de dissolution de la société les créanciers recevront une somme inférieure à celle qu'ils recevraient en cas de mise en œuvre du plan de continuation.

Le débiteur ne sera tenu que par les dettes qui ont été enregistrées auprès des autorités compétentes (en enregistrant une « *proof of Claim* »). Une fois le plan de continuation avalisé par le tribunal, la société continuera son activité avec un passif apuré.

Lorsqu'une société demande l'ouverture d'une procédure collective, toute action en justice ou voie d'exécution ouverte à son encontre est suspendue. De plus, aucune nouvelle procédure judiciaire ni voie d'exécution ne peut être engagée à son encontre. Les créanciers ne pourront recevoir que les sommes correspondant aux paiements inclus dans le plan de continuation.

En appliquant les quelques conseils prodigués dans cet article, vous serez en mesure de réduire sensiblement les risques de non paiement inhérents au commerce avec les PME américaines. Le plus important est de se renseigner autant que possible sur son futur cocontractant et de conclure par écrit un contrat de vente parfaitement rédigé. En outre, insistez pour bénéficier de garanties personnelles ou réelles de personnes capables de payer vos éventuelles créances. Ces simples précautions vous permettront de protéger vos intérêts, d'optimiser vos investissements aux Etats-Unis et de profiter au maximum de l'immense potentiel du marché américain. Bonne chance !



Notice légale

Les informations contenues dans ce guide (textes, graphiques, photos, etc...) ont un caractère purement général et ne sont fournies au lecteur qu'à titre indicatif. Elles ne sauraient être assimilées à un conseil juridique ou un quelconque avis professionnel émis par **ZARA LAW OFFICES** ou par un membre de son personnel.

L'utilisation des informations contenues dans ce guide ne crée aucune relation avocat/client. Nous vous déconseillons donc de tenter de résoudre vos litiges en vous appuyant sur les informations contenues ou diffusées sur ce site sans vous adresser au préalable à un avocat avisé de votre situation personnelle.

Nous vous invitons à nous joindre par courrier, téléphone ou par courriel. Néanmoins, nous vous prions de bien vouloir noter qu'aucune communication (notamment par courrier, téléphone ou courriel) avec notre cabinet ou son personnel ne fait naître de relation avocat/client ; une telle relation ne naissant que lorsque qu'un contrat de représentation exprès est conclu entre vous et **ZARA LAW OFFICES**.

Nous vous recommandons fortement de ne pas nous communiquer d'informations confidentielles avant qu'une relation client/avocat ne naisse entre vous et **ZARA LAW OFFICES**. Nous ne garantissons pas de réponse à tout courriel qui adressé de manière spontanée. Par ailleurs, nous vous recommandons de ne pas transmettre de données confidentielles par voie électronique dans la mesure où il nous est impossible d'en garantir la sécurité et la confidentialité. Nous vous incitons donc à nous contacter par téléphone et à nous exposer brièvement votre problème.

Malgré tout le soin apporté à la réalisation de ce site internet et à son exactitude, nous ne garantissons pas que son contenu soit correct, complet, exhaustif ou à jour.

Copyright © 2007 Zara Law Offices. Tous droits réservés.