

Quelle forme d'implantation choisir pour une PME en Chine?

Par **Claude LE GAONACH-BRET**, Associée en charge de la Chine DS AVOCATS
Conseiller du commerce extérieur de la France

En dehors du bureau de représentation, qui offre la simplicité des formalités d'ouverture, qui permet d'assurer une prospection commerciale, mais qui n'offre pas la possibilité de facturer et donc d'encaisser, quelles sont les autres formes d'implantation offertes aux PME en Chine ?

Seront abordées dans cette présentation, uniquement les entreprises à capitaux sino-étrangers, les entreprises à capitaux exclusivement étrangers, et la prise de participation dans une entreprise chinoise, à l'exclusion notamment des sociétés d'investissement ou « holding », réservées aux grands groupes, et des sociétés par actions à capitaux étrangers, en général constituées dans le but d'une cotation.

Il convient enfin de noter que, lors du lancement de la politique d'ouverture en 1979, seules les entreprises à capitaux sino-étrangers dans le domaine de la production étaient autorisées, et que progressivement les domaines d'investissement se sont élargis (services, assurances, immobiliers, banques, etc ;) et les entreprises à capitaux exclusivement étrangers autorisées y compris dans le domaine du commerce de gros et de détail.

1. Créer une entreprise à capitaux sino-étrangers

1.1. Pourquoi s'implanter en Chine avec un partenaire chinois ?

Se lancer dans une entreprise à capitaux sino-étrangers (plus communément connue sous l'appellation Joint Venture) implique de se poser au préalable deux questions :

Un partenaire chinois est-il obligatoire ? Pour avoir la réponse, il convient de se référer au « Catalogue des investissements » qui précise dans quels domaines d'activités un partenaire chinois est obligatoire, et dans quels cas il doit être majoritaire.

Si le partenaire chinois n'est pas obligatoire, est-il indispensable ? En d'autres termes, qu'apporte-t-il sur le plan technique et commercial ? S'il apporte par exemple un réseau commercial, n'est-il pas préférable de passer avec lui un accord commercial, plutôt que l'associer dans une filiale, car il est plus simple, en cas de mauvais fonctionnement d'un partenariat, de mettre fin à un accord commercial, que de demander à racheter les parts

du partenaire dans la filiale, ou lui céder les siennes ou bien voter la dissolution de la filiale.

1.2. Que choisir : l' « Equity Joint Venture » (ou EJV), ou la « Cooperative Joint Venture » ou (CJV)

Il existe deux formes de CJV, l'une avec la personnalité morale, l'autre sans la personnalité morale. Cette dernière n'étant pratiquement jamais utilisée, seule la CJV avec personnalité morale sera présentée.

Donc l'EJV et la CJV sont des personnes morales, avec responsabilité limitée aux montants des apports de chacune des parties, la responsabilité de la JV étant limitée au montant de ses actifs.

L'organisation de ces deux formes de JV est très simple, avec un conseil d'administration (dans l'EJV, sa composition doit refléter les pourcentages de participation, tandis que dans la CJV, il est possible de négocier cette composition)

Une autre différence entre l'EJV et la CJV est que le partenaire étranger, peut, sous certaines conditions, récupérer son investissement pendant la durée de la CJV, qui devient une entreprise à capitaux exclusivement chinois à l'issue du contrat de JV.

1.3. Les étapes de la mise en place d'une JV

La première étape consiste en la signature d'une lettre d'intention et d'une clause de confidentialité. Il s'agit d'un document important, fixant les grandes lignes du projet de partenariat

Puis l'étude de faisabilité, obligatoirement soumise aux autorités d'approbation, décrit le projet sous l'angle juridique, technique, commercial et financier.

Dans certains cas, par exemple production de produits chimiques, atelier de peinture ou de teinture, une étude d'impact est nécessaire.

Le contrat de JV, ainsi que les statuts, doivent être négociés et signés par les partenaires avant d'être soumis aux autorités d'approbation, qui vont délivrer le certificat d'approbation.

Il convient de vérifier au cas par cas, quelles sont ces autorités d'approbation, et quelles sont les documents à produire : le COFCOM local dans le cas d'une JV de production, le COFCOM provincial dans le cas d'un certain montant d'investissement pour une JV de production, et obligatoirement dans le cas d'une JV de commercialisation, et le Ministère du Commerce, dans le cas d'un investissement d'au moins 30 millions de USD.

Par ailleurs, une réglementation de Pékin exige une approbation également par la Commission de Réforme et développement, tandis qu'une réglementation nationale en date d'avril 2006 détaille les formalités d'enregistrement au cas par cas.

1.4. Quelques clauses importantes du contrat de JV

Le conseil d'administration doit être composé au minimum de trois administrateurs, dont le Président, qui est le représentant légal de la JV. A l'occasion du premier conseil d'administration, une délégation de pouvoir est habituellement votée au profit du Directeur général. La direction de la JV est librement organisée par les partenaires.

Lors de l'étude de faisabilité, le montant d'investissement (par exemple, droit d'usage du terrain, bâtiments, équipement, technologie et besoins en fonds de roulement) doit être fixé, et la réglementation impose un ratio entre le montant de l'investissement et le montant du capital social (et également les limites de l'endettement). Par ailleurs, le montant minimum du capital social varie en fonction de l'activité de la JV et de sa localisation.

Le partenaire étranger doit détenir un minimum de 25% du capital social, pour que la JV obtienne la qualification d'entreprise à capitaux sino-étrangers bénéficiant d'incitations fiscales. Ses apports peuvent être réalisés en numéraire, équipement, technologie (cette dernière à priori dans les limites de 20% du capital social).

Quatre décisions doivent obligatoirement être prises à l'unanimité dans le cas d'une EJV : amendement du contrat et des statuts, fusion, augmentation ou réduction du capital social, dissolution, et une cinquième dans le cas d'une CJV : hypothèque d'un actif. Lors des négociations, le minoritaire va s'efforcer d'obtenir que le maximum de décisions, notamment en matière financière, soient prises à l'unanimité.

Lorsqu'un contrat de licence de technologie ou de marque est signé, il est important de prévoir une clause de confidentialité.

Il convient de noter que la loi applicable au contrat de JV est obligatoirement la loi chinoise, qu'en cas de divergences entre la version chinoise et la version en langue étrangère, la version chinoise prime, et qu'il est indispensable de prévoir une clause d'arbitrage (de préférence la CCI, mais si la CIETAC est retenue, il est indispensable de prévoir que la langue d'arbitrage sera l'anglais, et que le troisième arbitre sera d'une nationalité différente de celles des deux autres désignés par chacune des parties).

D'une façon générale, il est préférable de prendre l'initiative de la première version du contrat de façon à partir d'un projet solide et complet.

2. Créer une entreprise à capitaux exclusivement étrangers

Cette forme d'implantation est actuellement privilégiée, afin d'éviter les difficultés, liées notamment aux différences de culture et d'habitude, dans la gestion de l'entreprise, et pour assurer une meilleure protection de la technologie

L'entreprise à capitaux exclusivement étrangers (Wholly Foreign Owned Enterprise ou WFOE) est dotée de la personnalité morale. Son organisation comprenait jusqu'à présent un conseil d'administration, et une direction générale, l'investisseur étranger fixant les règles de décision du Conseil d'administration.

Dans la mesure où il n'est pas nécessaire de préparer un contrat (sauf lorsqu'il y a deux ou plusieurs investisseurs étrangers), la mise en place est plus rapide avec présentation aux autorités d'approbation d'une étude de faisabilité et des statuts.

Or l' « Opinion sur les différents problèmes d'exécution relatifs à l'utilisation des lois applicables lors de la procédure d'approbation et d'enregistrement des sociétés à investissement étrangers » publié le 27 avril dernier par l'Administration de l'Industrie et du Commerce, l'Administration Nationale des Douanes, et l'Administration Nationale du Contrôle des Changes, précise que la loi sur les Sociétés, révisée à la fin de l'année dernière et entrée en vigueur le 1er janvier 2006, est applicable aux entreprises à capitaux exclusivement étrangers. Ceci implique donc la mise en place de:

- une assemblée d'actionnaires, à partir du moment où il y a au moins deux investisseurs étrangers (donc pas dans le cas où il y a un seul investisseur),
- un conseil d'administration, ou bien, dans le cas d'une petite structure, un administrateur exécutif, qui peut également avoir les fonctions de directeur, et
- un conseil de surveillance, ou bien, dans le cas d'une petite structure, un ou deux superviseurs.

3. Prendre une participation dans une entreprise chinoise existante

Cette opération est lourde et coûteuse : en effet, il s'agit dans ce cas de reprendre non seulement l'actif, mais également le passif de la société cible.

Il est donc nécessaire de prévoir, suite à la signature de la lettre d'intention, la réalisation d'audits techniques, comptables et juridiques.

Dans la mesure où les résultats de ces audits sont satisfaisants, l'entreprise cible est transformée en entreprise à investissement étranger, sous la forme d'EJV ou de WFOE. (Dans le cas où la cible est une société par actions, il est possible de la transformer en société par actions à capitaux étrangers.)

Dans ce cas, après signature d'un contrat de cession de participation, et sans nécessité de préparer une étude de faisabilité, contrat et statuts, ou statuts seuls doivent être préparés et soumis aux autorités d'approbation.