

Points incontournables à aborder lors de la création d'une entreprise à capitaux exclusivement étrangers en Chine

Par Andrew McGinty, Associé et Yun Ma, Avocat à la Cour, LOVELLS

L'entreprise à capitaux exclusivement étrangers (Wholly Foreign Owned Enterprise ou "WFOE") est aujourd'hui le véhicule d'investissement étranger le plus répandu en Chine.

S'assurer que la WFOE est possible

Il convient, avant d'entreprendre toute démarche, de consulter le Catalogue des Investissements Industriels Etrangers, dont la version la plus récente date du 1er Janvier 2005 ("Le Catalogue"). Ce Catalogue prévoit des restrictions sectorielles et des seuils de détention du capital par les investisseurs étrangers et les regroupe sous trois catégories: projets encouragés, restreints et interdits. Les projets d'investissement qui n'ont pas été expressément visés par le Catalogue sont réputés autorisés. Le premier réflexe consiste donc à s'assurer que la création d'une WFOE est au moins théoriquement possible et de confirmer cette première analyse auprès des autorités compétentes.

Nature des activités la WFOE

La WFOE à établir aura-t-elle une activité de production ou de prestation de services? La description précise des produits qui seront fabriqués ou des services proposés sera nécessaire pour déterminer l'objet social de la WFOE. C'est sans doute l'un des aspects les plus importants dans la création d'une WFOE puisque celle-ci sera limitée par son objet social et ne pourra exercer que les activités commerciales mentionnées.

Identité de l'investisseur

L'investisseur dans la WFOE pourra être la société mère, une filiale ou encore une société ad hoc, spécifiquement établie pour ce propos (SPV). La plupart des investisseurs étrangers préfèrent cette dernière option, ce qui permet d'ajouter un deuxième écran juridique de protection (bien que non prouvé en pratique), mais essentiellement pour faciliter, le moment venu, l'utilisation de cette structure off-shore pour effectuer des opérations de placements privés ou encore en tant qu'option de sortie.

Cependant, les autorités chinoises affichent clairement leur préférence pour les investissements directement effectués par la société mère ou bien par la filiale opérationnelle afin d'assurer une bonne assise au projet. Lorsque l'investisseur étranger est soumis à des qualifications légales spécifiques, comme justifier de qualification ou d'expérience dans un domaine particulier, l'option de la SPV sera d'emblée écartée par les autorités.

Le représentant légal

La WFOE, une fois enregistrée jouira, dans quasiment tous les cas, de la personnalité morale et du régime de la responsabilité limitée, c'est-à-dire que le ou les actionnaires ne sont responsables qu'à hauteur de leur contribution au capital de la WFOE.

Les autorités chinoises mettent l'accent sur le rôle joué par la personne physique responsable d'une société; en revanche ce rôle est à double tranchant: en effet; cette personne a la capacité d'engager la société qu'elle représente, mais elle sera également tenue responsable, et ce même à titre personnel, dans les cas où l'entreprise aura commis une faute grave.

Par conséquent, lors des procédures concernant la WFOE en cours d'immatriculation, il vaut mieux soigneusement éviter de nommer la personne du représentant légal de l'investisseur étranger en tant que représentant légal de la WFOE, ce qui en outre engendrerait des confusions dans l'esprit des officiels chinois. Aussi les documents à soumettre aux autorités ne doivent-ils pas faire référence à un représentant légal de la WFOE mais à un représentant "autorisé", ayant pour mandat d'agir pour le compte de l'investisseur.

Le Nom et l'adresse de la WFOE

Les investisseurs étrangers ne bénéficient pas d'une entière liberté dans choix du nom en chinois de leur future WFOE. En effet, le droit chinois impose certaines restrictions et conventions. Ainsi, les WFOE doivent être nommées d'après la nomenclature suivante :

- (i) désignation géographique du lieu où la WFOE est établie, suivie par
- (ii) le nom commercial (souvent tout ou partie du nom de l'investisseur),
- (iii) une indication portant sur le secteur industriel de la WFOE, et enfin
- (iv) la forme sociale (société à responsabilité limitée dans quasiment tous les cas).

Cependant des exceptions à la règle existent et les pratiques peuvent varier d'une localité à une autre. Par exemple, si la WFOE a un capital enregistré de plus de RMB 50 millions ou son équivalent en devises étrangères, la WFOE peut être dispensée par le Département en charge de l'enregistrement des raisons sociales de l'Administration du Commerce et de l'Industrie (State Administration for Industry and Commerce "SAIC") d'inclure toute référence géographique dans son nom en chinois.

En revanche; bien que le nom en anglais de la WFOE ne figure pas au Registre des Sociétés et ne sert que de référence, la WFOE est en principe tenue d'adopter un nom en anglais qui soit la stricte traduction de son nom en chinois. En pratique, rien n'empêche la WFOE d'utiliser un autre nom commercial en anglais (ou en chinois) pour des besoins marketing. Il faut cependant veiller à ce que les éléments relatifs à l'investisseur qui figurent dans nom de la société ou de la marque commerciale utilisée soit déposé ou protégé, car à la différence des noms en chinois, la SAIC ne fera pas de recherches d'antériorité, pour ce qui est du nom en anglais de la WFOE.

Montant du capital enregistré et montant total de l'investissement

Le montant du capital social enregistré correspond au montant souscrit par l'investisseur étranger et enregistré auprès des autorités chinoises, alors que le montant total de l'investissement inclut le montant du capital social enregistré, auquel vient s'ajouter le montant anticipé / autorisé de la dette. Le ratio entre le capital social et le montant total de l'investissement est prévu par la loi comme suit:

Montant de l'Investissement Total (en Millions de Dollars USD)	Capital Minimum (%de l'Investissement Total) (en Millions de Dollars USD)
Inférieur à 3	70%
Supérieur à 3 mais n'excédant pas 10	50% ou 2.1 (la plus haute des deux valeurs)
Supérieur à 10 mais n'excédant pas 30	40% ou 5 (la plus haute des deux valeurs)
Supérieur à 30	33.3% ou 12 (la plus haute des deux valeurs)

(NB: Les WFOEs ayant une activité dans le secteur immobilier suivent un régime dérogatoire)

Apports au Capital enregistré

Les apports au capital social enregistré peuvent prendre la forme d'actifs corporels tels qu'espèces, machines et équipements et/ou actifs incorporels tels que technologies, marques et brevets. Aux termes d'une Circulaire de l'Administration du Contrôle des Changes (State Administration of Foreign Exchange "SAFE") en date du 1er Avril 2003, l'investisseur étranger peut également faire un apport en utilisant les actifs qu'il aura perçus au travers du remboursement de capital par anticipation, de la liquidation, de la cession d'actions, ou encore de la réduction de capital etc...intervenues dans la société à investissement étranger dans laquelle il avait antérieurement investi.

Il existe cependant des restrictions sur les contributions en nature effectuées par un investisseur étranger. Par exemple, les apports en technologie à une WFOE ne peuvent excéder 20% du capital enregistré (un pourcentage plus élevé pourra éventuellement être toléré pour certains projets dits encouragés). L'évaluation des apports en actifs est un point important à prendre en considération puisque de l'évaluation peut dépendre le montant du capital enregistré.

Calendrier des Contributions

Une fois la WFOE approuvée, l'investisseur étranger doit procéder au paiement de sa contribution pour le montant du capital souscrit et ce dans le délai imparti prévu dans les statuts de la société et tels que préalablement approuvés par l'autorité d'approbation.

Il existe deux régimes de base pour le versement du capital souscrit. Si le capital est versé en une seule fois; la contribution doit se faire dans les 6 mois suivants l'attribution de la licence d'opération (Business License). L'investisseur étranger a également la possibilité de verser son capital en plusieurs échéances, cependant, le dernier versement doit être fait dans les 2 années de l'obtention de la Business License. Dans cette hypothèse, le premier versement, qui doit représenter au moins 15% de la contribution totale, doit intervenir dans les 3 mois de l'obtention de la Business License, le reliquat devant être versé selon le calendrier fixé dans les statuts.

Terrains et Immeubles

Selon le droit chinois, les terrains appartiennent à l'État, et les individus et entreprises ne se voient concéder qu'un droit d'usage à durée déterminée. Les droits d'usage ont principalement deux formes: droits d'usage attribués et droits d'usage transférables. Comme leur nom l'indique, les droits d'usage attribués le sont à titre personnel; ne sont pas transférables et sont attachés à un terrain désigné. Alors que les droits d'usage transférables sont en principe librement aliénables et ce, tant que leur terme n'est pas expiré.

Dans la plupart des cas, les droits d'usage acquis par une WFOE seront des droits d'usage transférables, mais le contrat de "Land Grant" contiendra souvent des conditions préalables à remplir avant que le terrain ne devienne transférable. Pour éviter tout transfert spéculatif et abusif; la Loi impose également des conditions préalables à tout transfert de terrain à construire. Ainsi, un terrain à construire ne pourra être transféré avant le versement effectif d'au moins 25% de la valeur du projet immobilier par l'investisseur.

La durée de ces concessions varie selon la destination de l'immeuble ou du terrain. Ainsi, un terrain à usage résidentiel aura un droit d'usage d'une durée de 70 ans, alors que celui ayant une finalité industrielle sera concédé pour une durée de 50 ans. Les terrains ayant une finalité commerciale ont un droit d'usage limité à 40 ans, et même parfois moins en pratique.

A l'expiration du délai, le terrain et toute amélioration apportée reviennent de droit à l'État sauf renouvellement et paiement d'une nouvelle période de concession. La question du droit au renouvellement n'est pas dénuée de risque, en effet la loi prévoit que l'État est toujours en droit de récupérer le terrain pour des raisons d'intérêt général.

Montant autorisé de la dette

Les WFOEs peuvent emprunter auprès de banques chinoises ou étrangères. Les emprunts d'actionnaires de la partie étrangère sont également autorisés. Cependant de tels emprunts doivent être enregistrés auprès de la SAFE en tant que dette "extérieure" et ne doivent pas excéder la différence entre le montant du capital enregistré et le montant total de l'investissement. Certains prétendent que cette différence ne rentre en ligne de compte que lorsqu'il est question d'emprunts en devises étrangères, par prudence, nous prenons la position contraire, à défaut de base juridique pour appuyer cette théorie.

Durée d'établissement

Les WFOEs doivent être constituées pour une durée déterminée. A ce jour; la durée communément acceptée et approuvée pour les WFOEs ayant une activité de production dans un secteur non réglementé est de 50 ans. Cette durée peut être prolongée sur autorisation. Pour les WFOEs prestataires de services, la durée ne dépasse en général pas les 30 ans. Pour des projets immobiliers, les durées sont parfois encore plus courtes puisque les autorités chinoises anticipent la liquidation de la société une fois toutes les unités vendues.

Selon la nature des activités de la WFOE à établir, il se peut que d'autres autorisations, permis ou licences soient requis auprès des autorités de tutelle, à titre d'exemple auprès des autorités sanitaires et d'hygiène, de l'environnement, autorisation de production, licences d'exportation, licences d'exploitations pour les prestataires de services à valeur

ajoutée dans le domaine des télécoms, etc. Les investissements étrangers dans certains secteurs encouragés bénéficient en outre d'avantages et traitements fiscaux préférentiels.

Établissement de succursales

Une WFOE peut établir des succursales dans d'autres régions ou provinces chinoises. Cela suppose au préalable une approbation de la part des autorités et également que ce soit indiqué dans la Business License. Cependant; l'établissement de succursales ayant une activité de production dans des localités autres que celle dont dépend la WFOE peut s'avérer difficile. En effet, les succursales doivent être à la fois approuvées par l'autorité d'approbation initiale d'établissement de la WFOE et par les autorités locales où est située la succursale.

Naturellement, les autorités d'approbation initiales ont tendance à rechigner à donner l'autorisation, surtout pour une succursale de production sise dans une autre localité, car cela entraînera potentiellement une perte en terme d'emplois et de revenus fiscaux pour la localité. Ceci est basé sur le fait que, suite à un changement de politique de la part de SAIC, il n'est plus possible de créer un bureau de représentation d'une société à capitaux étranger dans une autre région ou province.

Le Conseil d'Administration et organes de gestion de la WFOE

Le nombre minimal d'administrateurs est de 3 au sein d'une WFOE, ou bien, au sein d'une petite structure, il peut y avoir un seul administrateur exécutif, qui peut également cumuler les fonctions de représentant légal et directeur général. Il est préférable de ne pas nommer un nombre trop important d'administrateurs car cela entraîne souvent des complications inutiles dans le fonctionnement du conseil; en particulier lorsque les autorités d'approbation et d'enregistrement exigent que certaines résolutions écrites soient contre signées par chaque administrateur.

Les noms du Président, Vice Président en titre et de chaque administrateur ne sont pas requis au moment de la procédure d'établissement de la WFOE mais le seront lors de la procédure d'approbation de la WFOE. Tout changement d'administrateur doit être déposé auprès de la SAIC. La composition du management de la WFOE relève de la gestion interne de la WFOE, dès lors, cette décision peut être prise aussi bien lors de l'établissement de la WFOE que postérieurement.

Nouvelle loi sur les Sociétés

Depuis la publication des Opinions 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 en date du 27 avril 2006 conjointement par l'Administration de l'Industrie et du Commerce, l'Administration des Douanes, et l'Administration du Contrôle des Changes, il s'avère que les WFOEs seront désormais principalement régies par la nouvelle loi sur les Sociétés, en date du 27 octobre 2005 et entrée en vigueur le 1er janvier 2006. Ces opinions constituent un changement radical puisqu'au cours des 20 dernières années, la pratique a essentiellement été de calquer le régime et structure de gestion des WFOEs sur le modèle des co-entreprises ou Joint-Ventures.

Cette nouvelle loi sur les sociétés prévoit la mise en place des organes suivants:

- une assemblée d'actionnaires, dès lors qu'il y a au moins deux investisseurs étrangers, et
- un conseil de surveillance, ou dans le cas d'une petite structure, un ou deux superviseurs.

A ce jour, ce texte est d'application disparate par les autorités locales. Dernièrement, nous avons pu constater que les autorités de Shanghai ont eu tendance à insister plus sur la mise en place du Conseil de Surveillance ou la nomination de superviseurs que leurs homologues à Pékin. Ce qui constitue une réaction fort inhabituelle de la part des autorités de Shanghai; qui adoptent une attitude traditionnellement rebelle aux ordres de Pékin. Ne dit-on pas en chinois "北京有政策，上海有对策" Pour toute mesure prise par Pékin, Shanghai crée une contre-mesure?

Source : Lovells