

Fin d'une époque, début d'une nouvelle ère pour les JV/WFOE



Suite à l'entrée en vigueur de la Loi sur les investissements étrangers de la République populaire de Chine (« RPC ») et de son règlement d'application (la « LIE ») au 1er janvier 2020, la Loi de la RPC sur les sociétés mixtes à capitaux sino-étrangers, la Loi de la RPC sur les sociétés mixtes à capitaux sino-étrangers sous forme contractuelle et la Loi de la RPC sur les entreprises à capitaux 100% étrangers (ci-après collectivement dénommées « les trois Lois ») ont été officiellement abrogées. La nouvelle LIE prévoit une période de transition de cinq ans pour les entreprises à capitaux étrangers établies avant le 1er janvier 2020 pour se mettre en conformité avec la LIE (la « Période de transition »).

Il est important de souligner que l'abolition de ces **trois Lois** ne signifie pas la mort des entreprises à capitaux étrangers déjà constituées en Chine, à savoir les JV (les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers ou *Joint-Venture*), les JVC (les sociétés à capitaux mixtes sino-étrangers sous forme contractuelle), et les WFOE (les sociétés à capitaux 100% étrangers ou *Wholly Foreign-Owned Enterprises*). En effet, la LIE n'impose absolument pas, pendant ou à l'issue de la Période de transition, la création d'une nouvelle entreprise à investissement étranger conformément au nouveau régime juridique pour remplacer l'entreprise à capitaux étrangers déjà existante. Au lieu de cela, la LIE implique simplement, pour les entreprises à capitaux étrangers, de procéder à un certain nombre d'ajustement dans leur organisation ou dans leur fonctionnement afin de se mettre en conformité avec la Loi sur les sociétés de la RPC (la « LSS ») ou pour les anciennes JVC avec la Loi sur les entreprises en partenariat de la RPC (la « LEP »).

De surcroît, au-delà des ajustements nécessaires, la nouvelle LIE ouvre une nouvelle ère aux entreprises à investissement étranger, en leur permettant, grâce à l'application de la LSS ou de la LEP, de bénéficier du même traitement que les entreprises domestiques chinoises, notamment au regard de leur gouvernance au lieu de relever d'un régime particulier. C'est particulièrement important pour les JV, puisque la mise en conformité avec la LSS va donner plus de pouvoirs et de contrôle aux actionnaires tout en supprimant, s'ils le souhaitent, la protection excessive dont bénéficiaient jusqu'à présent les actionnaires minoritaires.

■ LES CHANGEMENTS PRINCIPAUX

Vous trouverez dans le tableau ci-dessous un résumé des principales modifications dans l'organisation, la gouvernance des JV¹ et des WFOE résultant de l'entrée en vigueur de la LIE

N°	Sujets	WFOE avant la LIE	JV avant la LIE	Entreprises à investissement étranger après la LIE	N° articles de la LSS
1	Autorité suprême	Assemblée ou assemblée générale ² des actionnaires	Conseil d'administration (« CA »)	Assemblée ou assemblée générale des actionnaires	36 et 98
2	Droits de vote requis pour les 4 décisions clés ³	Au minimum deux tiers des droits de vote	Unanimité des administrateurs présents ou représentés à la réunion du CA	Au minimum deux tiers des droits de vote	43 et 103

1 Le cas particulier des JVC n'est pas traité dans cet article

2 Dans une société à responsabilité limitée, l'autorité suprême est l'assemblée des actionnaires; dans une société anonyme, l'autorité suprême est l'assemblée générale des actionnaires.

3 Amendement des statuts, augmentation ou réduction du capital social, ainsi que fusion, division, dissolution ou changement de la forme juridique de la société.

3	Droits de vote	Sauf indication contraire dans les statuts, les actionnaires exercent leurs droits de vote au prorata de leurs apports respectifs au capital.	Chaque administrateur dispose d'une voix.	Pour les sociétés à responsabilité limitée: sauf indication contraire dans les statuts, les actionnaires exercent leurs droits de vote au prorata de leurs apports respectifs au capital ; Pour les sociétés anonymes: une voix par action.	42 et 103
4	Représentant l é g a l	Directeur général ou président du CA ou administrateur exécutif	Président du CA	Directeur général ou président du CA ou administrateur exécutif	13
5	Nombre d'administrateurs	3 à 13	≥3	Pour les sociétés à responsabilité limitée: 3 à 13 Pour les sociétés anonymes: 5 à 19	44 et 108
6	Nomination des administrateurs / de l'administrateur exécutif	nommé(s) par l'assemblée (générale) des actionnaires.	nommés directement par chaque actionnaire en prenant en compte le pourcentage d'apport au capital	nommé(s) par l'assemblée (générale) des actionnaires.	45 et 108
7	Durée du mandat des administrateurs / administrateur exécutif	3 ans (renouvelable)	4 ans (renouvelable)	3 ans (renouvelable)	45 et 108
8	Désignation du directeur général / directeur général adjoint	nommés par le CA/ administrateur exécutif	nommés par le CA sur proposition respective de l'actionnaire étranger et de l'actionnaire chinois.	nommé par le CA/administrateur exécutif.	49

9	Allocation annuelle du résultat net aux différents fonds	Allocation annuelle du résultat net au fond de réserve et au fond social des employés. Le montant d'allocation au fond social est déterminé par l'assemblée (générale) des actionnaires. En pratique, il peut être de zéro. 10% du résultat net doit être alloué chaque année au fond de réserve jusqu'à ce qu'il atteigne 50% du capital social.	Allocation annuelle du résultat net au fond de réserve, au fond social des employés ainsi qu'au fond de développement de l'entreprise. Le montant d'allocation à ces trois fonds est déterminé par le CA. En pratique, il peut être de zéro.	Allocation annuelle du résultat net au fond de réserve légal. 10% du résultat net doit être alloué chaque année au fonds de réserve jusqu'à ce qu'il atteigne 50% du capital social.	166
10	Distribution des dividendes ⁴	Distribution au prorata des apports libérés de chaque actionnaire au capital, sauf en cas d'accord unanime de l'assemblée (générale) des actionnaires.	Distribution au prorata des participations de chaque actionnaire dans le capital.	Pour les sociétés à responsabilité limitée : distribution au prorata des apports libérés de chaque actionnaire au capital, sauf en cas d'accord unanime de l'assemblée (générale) des actionnaires. Pour les sociétés anonymes: sauf disposition contraire des statuts, distribution proportionnelle aux actions détenues.	34 et 166

En conclusion :

- Peu de changement pour les WFOE qui s'étaient déjà mises en conformité avec la LSS ;
- Changements majeurs pour les JV avec l'obligation de contribuer au fond de réserve légal, mais surtout au niveau de la gouvernance, avec le risque pour les actionnaires minoritaires de perdre une partie de leurs droits statutaires (nomination des cadres dirigeants, droit de veto sur les sujets clés, etc...).

■ AUTRES AVANCÉES APPORTÉES PAR LA LIE

En dehors des changements listés ci-dessus, la LIE apporte des avancées significatives pour les entreprises à investissement étranger, parmi lesquels il est possible de citer :

⁴ Attention toutefois, en pratique certaines banques et/ou l'administration du contrôle des changes peuvent exiger une distribution proportionnelle aux apports de chaque partie.

- **L'égalité de traitement avec les entreprises domestiques :**

La mise en place du « système de gestion de traitement national lors du pré-établissement et de la liste négative pour les investissements étrangers » qui permet aux investissements ne relevant pas des activités visées dans la « liste négative » de bénéficier d'un traitement à minima aussi favorable que celui applicable aux investissements domestiques. En outre, après leur constitution, les entreprises à investissement étranger sont en droit de bénéficier des mêmes politiques gouvernementales de soutien au développement que les entreprises domestiques.

- **La confidentialité et la protection des informations :**

La LIE impose aux administrations et à leur personnel de garder confidentiels les informations et secrets commerciaux obtenus dans l'exercice de leurs fonctions.

La LIE insiste également sur la protection des droits de propriété intellectuelle des investisseurs étrangers et des entreprises à investissements étrangers, et précise que « les administrations et leur personnel ne doivent pas utiliser des moyens administratifs pour forcer le transfert de technologie ».

- **Les traitements préférentiels :**

La LIE prévoit, que l'Etat et les gouvernements locaux peuvent, dans le cadre et la limite de leurs pouvoirs légaux, mettre en place des mesures préférentielles et des politiques de promotion des investissements étrangers.

- **La simplification des formalités administratives :**

Depuis le 1er janvier 2020, les entreprises à investissement étranger n'ont plus besoin d'obtenir un récépissé d'enregistrement délivré par la commission du commerce compétente lors de leur constitution ou pour tout changement successif. Il leur suffit dorénavant de transmettre leurs informations en ligne par le biais du site dédié. Pour de plus amples informations sur le sujet, veuillez-vous référer à cette note dédiée au nouveau système de transmission des informations : https://www.dsavocats.com/mailling/Asia%20News/DS_The%20Information%20Reporting%20Mechanism%20for%20Foreign%20Invested%20Enterprises.pdf

- **L'extension de l'actionariat aux personnes physiques chinoises :**

Depuis l'entrée en vigueur de la LIE, les personnes physiques chinoises peuvent dorénavant devenir actionnaire d'une entreprise à investissement étranger, ce qui offre plus de flexibilité à l'investisseur étranger dans le choix de son partenaire.

■ CONSEILS DS

Bien que la LIE accorde une Période de transition de 5 ans aux entreprises à capitaux étrangers existantes afin de se mettre en conformité avec les dispositions de la LSS, nous conseillons aux JV de lancer ces travaux le plus tôt possible.

En effet, préalablement au lancement des négociations avec les autres actionnaires visant à modifier les statuts et l'ancien contrat de JV, chaque actionnaire de la JV devra procéder à une évaluation prudente et approfondie de ses intérêts fondamentaux, de sa position et de son pouvoir de négociation, mais aussi de la qualité de sa relation avec l'(les) autre(s) actionnaire(s), de la situation effective actuelle de la JV, des problèmes éventuellement rencontrés dans le passé, et de la nécessité ou non de faire évoluer en profondeur les règles de gouvernance, et plus particulièrement les droits de vote de chacun. Il est certain que l'un des points clés de ces négociations sera l'éventuelle nouvelle répartition des droits de vote, un actionnaire majoritaire qui détiendrait plus de deux tiers des droits de vote sera vraisemblablement confronté à l'opposition de l'actionnaire minoritaire qui luttera certainement pour conserver son droit de véto.

DS Avocats suit de près l'évolution de la LIE ainsi que de la LSS et est dédié aux investissements étrangers en Chine depuis plus de trente ans. Notre expertise nous permet d'assister les actionnaires dans la négociation et la rédaction des nouveaux pactes d'actionnaires ainsi que des statuts afin de faciliter la transition.



Pour toute information complémentaire,
merci de contacter :

WU Yan
Senior Associate - Shanghai Office
wuyan@dsavocats.com

YANG Lili
Associate - Shanghai office
Yanglili@dsavocats.com

Pour vous désinscrire cliquer [ici](#)