

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

2m11.3410.3

A Pierre pour ton
inspiration et ton
support.

Université de Montréal

Les investissements étrangers directs en Chine ; vers un équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois

Par
Geneviève Côté

Maîtrise en droit des affaires
Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de
Maîtrise en droit, option droit commercial

Décembre, 2005

Copyright 2005, Geneviève Côté



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

***Les investissements étrangers directs en Chine ; vers un
équilibre entre la protection des investisseurs et la protection
du marché chinois***

présenté par :

Geneviève Côté

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Guy Lefebvre
Président-rapporteur

Pierre-Paul Côté
Directeur de recherche

Stéphane Rousseau
Membre du jury

RÉSUMÉS ET MOTS CLÉS

LES INVESTISSEMENTS ETRANGERS DIRECTS EN CHINE ; VERS UN EQUILIBRE ENTRE LA PROTECTION DES INVESTISSEURS ET LA PROTECTION DU MARCHÉ CHINOIS

Discrimination / protectionnisme ; droit chinois ; effectivité ; structure corporative ; contrats ; fiscalité ; OMC

Les investissements étrangers directs (IED), définis comme étant un transfert de capital durable d'un pays source à une entreprise formée ou exploitée sur le territoire du pays hôte, sont importants pour le développement économique international. Vu l'importance de ce phénomène, la Chine a placé les IED au premier plan de sa politique d'ouverture et les organisations internationales telles que l'Organisation mondiale du commerce tentent de mettre en place un cadre pour régir les IED. Les positions de négociations sont toutefois très difficiles à concilier et la Chine occupe depuis son accession en 2001 un rôle d'intermédiaire entre les positions des pays industrialisés et des pays en développement. Le droit international a par ailleurs un impact sur le droit interne d'un pays comme la Chine, tout comme son bagage idéologique et culturel.

L'analyse du droit interne chinois nous permet d'évaluer la protection qui est accordée aux IED et au marché chinois, ce dernier ayant pour effet de traiter de manière discriminatoire les IED. Les règles restreignant les secteurs d'activités dans lesquels des projets d'IED sont autorisés, tout autant que celles établissant les structures corporatives pouvant être utilisées ou celles régissant les contrats nécessaires aux opérations de l'entreprise à investissement étranger ont essentiellement pour but de protéger le marché chinois et créent donc de la discrimination à l'égard des IED. Les règles prévoyant des incitatifs fiscaux pour les entreprises à investissement étranger ont à l'inverse pour effet d'accorder un traitement privilégié aux projets d'IED en fonction de zones géographiques et de secteurs d'activités dans le cadre de la politique de développement économique de la Chine.

Ce droit interne doit toutefois être correctement appliqué pour avoir les effets escomptés sur le traitement des IED. En Chine, on ne peut pas conclure que l'état de droit soit en place, les relations interpersonnelles jouant encore un rôle capital. De ce fait, les nombreuses lois, en apparence complètes, qui continuent d'avoir comme principal objectif de protéger le marché chinois, n'accordent pas la sécurité juridique à laquelle pourrait s'attendre un investisseur occidental. Le constat : la protection accordée aux IED est insuffisante en Chine bien qu'elle s'améliore rapidement et un traitement souvent discriminatoire des IED subsiste dans le but de protéger le marché. Il nous apparaît donc qu'il n'y a pas encore d'équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois.

FOREIGN DIRECT INVESTMENTS IN CHINA; TOWARDS A BALANCE BETWEEN THE PROTECTION OF THE INVESTORS AND THE PROTECTION OF THE CHINESE MARKET

Discrimination / protectionism; Chinese law; corporate structure; contracts; taxation; WTO

Foreign direct investments (FDI), a sustainable transfer of capital from one country to an enterprise formed or operated by the foreign investor on the territory of the host country are very important for the economic development at an international level. China has made FDI a top priority for its open door policy. Given the importance of FDI, international organisations such as the World trade organization are attempting to put in place a convention to deal with FDI. The negotiating positions are hard to reconcile but China has adopted, since its accession to the WTO in 2001, the role of the intermediary between the developed and the developing worlds. International law as well as the political and cultural backgrounds of China, have an important impact on internal laws regarding FDI.

By analyzing Chinese laws on FDI it is possible to determine the level of protection granted to FDI and to the Chinese market, this second element having a direct impact on a discriminatory treatment of foreign investors in China. Rules regarding the sectors of activities, the corporate structures available to FDI and the laws regarding contracts necessary for the business operations essentially have for objective the protection of the Chinese market and consequently, have for effect to discriminate FDI. In contrast, tax legislation applicable to FDI has a positive impact granting them preferential treatments in conjunction with geographic zones or sectors of activities and thus also has the effect of responding to China's commercial and development imperatives.

Although legislation pertaining to FDI in China may appear complete, laws must be applied properly in order to have their expected effects on the treatment of FDI. Because of many factors such as the cultural background of China, there is no rule of law in China; relationships are still very important and laws come second. Consequently, the laws and regulations, even if many of them have the objective of protecting the market, fail to protect the FDI properly on the Chinese territory. Our conclusion is that protection granted to FDI is insufficient although it is improving rapidly and the treatment of FDI is in many cases still discriminatory in order to protect the Chinese market. It seems that the protection of the investors and the protection of the Chinese market have yet to reach a balance.

TABLE DES MATIÈRES

Les investissements étrangers directs en Chine ; vers un équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois

INTRODUCTION (7)

Intérêt des investissements étrangers directs (IED) en Chine (7)

1 Définition d'investissement étranger direct (9)

2 Problématique ; évaluation de l'équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois (11)

3 Présentation du cheminement (12)

PARTIE I- CONTEXTE EN REPUBLIQUE POPULAIRE DE CHINE (13)

1 Influence du droit international (14)

1.1 Rôle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (14)

1.1.1 Accession de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) (15)

1.1.2 Négociations au sein de l'OMC pour un accord multilatéral sur l'investissement (16)

1.1.2.1 Grandes positions de négociation (17)

1.1.2.1.1 Position des pays industrialisés (17)

1.1.2.1.2 Position des pays en développement (18)

1.1.2.2 Position de la Chine dans les négociations (19)

1.1.2.3 Évolution et état des négociations relatives à un accord multilatéral sur l'investissement (21)

1.2 Rôle des accords bilatéraux sur les investissements étrangers directs (IED) (26)

2 Cadre idéologique et culturel influençant le droit interne chinois (27)

2.1 Perspective historique (27)

2.2 Situation actuelle (28)

PARTIE II- DROIT INTERNE APPLICABLE AUX INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS DIRECTS (IED) EN CHINE (33)

1 Restrictions imposées aux investissements étrangers directs (IED) en fonction de leur secteur d'activité (35)

1.1 Objet social des entreprises à investissements étrangers (EIE) (36)

1.2 Réforme des restrictions relatives à certains secteurs d'activités : *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* et autres initiatives législatives (38)

1.2.1 Catalogue d'orientation des investissements étrangers de 1995 (40)

1.2.2 Version amendée du Catalogue de 1998 (43)

1.2.3 Concessions faites par la Chine lors de son accession à l'OMC (44)

A- Secteur des communications et des transports (46)

B- Secteur des services (principalement financiers et professionnels) (48)

C- Accès au marché interne (51)

D- Activités d'import-export (52)

1.2.4 Version amendée du Catalogue de 2002 (54)

1.2.5 Réforme des règles d'approbation des entreprises à investissement étranger (EIE) en fonction des secteurs d'activités proposés (56)

1.2.6 Catalogue d'orientation des investissements étrangers spécifique pour le centre et l'ouest du pays (58)

- 1.2.7 Réflexions sur l'évolution de la réforme de la réglementation des investissements étrangers directs (IED) en fonction des secteurs d'activité (60)

2 Règles relatives à l'établissement des différentes structures d'accueil des entreprises à investissement étranger (EIE) en Chine (64)

- 2.1 Perspective historique : le bureau de représentation (BR)- une méthode sans société qui ne peut pas être juridiquement qualifiée d'investissement étranger direct (IED) (66)
- 2.2 Droit corporatif général- la *Loi sur les compagnies* de 1994 (69)
 - 2.2.1 Société par actions (SA) (70)
 - 2.2.1.1 Société par action à capitaux étrangers (SACE) (72)
 - 2.2.2 Société à responsabilité limitée (SRL) (73)
 - 2.2.3 Succursale ou filiale (74)
- 2.3 Structures juridiques spécifiquement prévues pour les IED : La *Loi sur les investissements étrangers* (75)
 - 2.3.1 Entreprise conjointe (EC) (78)
 - 2.3.1.1 Sociétés mixtes de capitaux (SMC) (79)
 - 2.3.1.2 Sociétés mixtes coopératives ou co-entreprise contractuelle (CC) (81)
 - 2.3.2 Entreprises entièrement détenues par des étrangers (EEDE) (84)
 - 2.3.3 Situations particulières auxquelles s'applique la *Loi sur les investissements étrangers* (88)
 - 2.3.3.1 Société d'investissement (SI) (89)
 - 2.3.3.2 Prise de participation dans une entreprise entièrement détenue par l'état (EE) (91)

3 La mise en opération : les contrats de l'entreprise (98)

- 3.1 Règles générales sur les contrats (98)
 - 3.1.1 Conditions de forme (99)
 - 3.1.2 Conditions de fond (100)
 - 3.1.3 Exécution du contrat : Valeur relative de l'écrit (101)
- 3.2 Recrutement du personnel (103)
 - 3.2.1 Recrutement du personnel chinois (103)
 - 3.2.2 Emploi des étrangers (104)
- 3.3 Les installations physiques de l'entreprise (107)
 - 3.3.1 Acquisitions immobilières (107)
 - 3.3.1.1 Droit d'usage alloué (109)
 - 3.3.1.2 Droit d'usage concédé (111)
 - 3.3.1.3 Autres particularités du système de droit relatif à l'usage des terrains (113)
 - 3.3.2 Construction d'un immeuble (116)
 - 3.3.3 Considérations environnementales (117)
- 3.4 Propriété intellectuelle (118)
 - 3.4.1 Protection législative accordée aux différents droits de propriété intellectuelle (120)
 - 3.4.1.1 Brevets (121)
 - 3.4.1.2 Marques de commerce (122)
 - 3.4.1.3 Noms de domaine (126)
 - 3.4.1.4 Droits d'auteur (126)
 - 3.4.1.5 Secrets commerciaux (128)
 - 3.4.1.6 Licences de technologie (128)
 - 3.4.2 Effectivité des règles de propriété intellectuelle (129)
- 3.5 Considérations relatives aux emprunts de l'entreprise (130)

4 Mesures fiscales incitatives applicables aux investissements étrangers directs (IED) (133)

- 4.1 Incitatifs fiscaux applicables en fonction de la localisation de l'IED sur le territoire- Les zones spéciales d'investissement (ZSI) (136)
 - 4.1.1 Zones économiques spéciales (ZES) (140)
 - 4.1.2 Zones de développement économique et technologique (ZDET) (141)
 - 4.1.3 Villes et régions ouvertes (142)

- 4.1.4 Zones franches (143)
- 4.1.5 Avantages fiscaux accordés dans les provinces du centre et de l'ouest (144)
- 4.1.6 Stratégies d'implantation en fonction des zones spéciales d'investissement (146)
- 4.2 Incitatifs fiscaux applicables à certains secteurs d'activités (148)
 - 4.2.1 Production (148)
 - 4.2.2 Exportations (149)
 - 4.2.3 Technologie (151)
 - 4.2.4 Autres industries qualifiées de prioritaires (152)
 - 4.2.4.1 Agriculture, élevage, sylviculture et exploitation forestière (153)
 - 4.2.4.2 Institutions financières (153)
 - 4.2.4.3 Augmentation de capital et profits réinvestis (154)

PARTIE III- EFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT (159)

1 État de droit ; La situation chinoise (159)

2 Séparation des pouvoirs et pouvoir discrétionnaire des autorités dans la prise de décision (161)

3 Importance du réseau de relations (Guanxi) (163)

4 Insécurité du droit (166)

- 4.1 Accès inadéquat aux règles (167)
- 4.2 Défi que pose l'établissement d'une hiérarchie entre les règles (167)
- 4.3 Règlement des différents (168)

CONCLUSION (170)

ANNEXE A- LISTE DES ABREVIATIONS (177)

ANNEXE B- ORGANIGRAMME DES STRUCTURES JURIDIQUES DES IED (178)

TABLE DE LA LÉGISLATION (179)

BIBLIOGRAPHIE (188)

LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS DIRECTS EN CHINE; VERS UN ÉQUILIBRE ENTRE LA PROTECTION DES INVESTISSEURS ET LA PROTECTION DU MARCHÉ CHINOIS

INTRODUCTION

Intérêt des investissements étrangers directs (IED) en Chine

On assiste dans l'économie mondiale à un accroissement du poids des investissements étrangers directs (IED). Cela est entre autres choses dû à un nombre croissant de sociétés transnationales (60 000 en 2002) dont la plupart viennent des pays développés¹. Les IED représentaient, en 2002, 20 % du PIB mondial, leur volume ayant plus que doublé au cours de la dernière décennie. Près d'un cinquième de ces investissements prenaient la direction des pays en développement, une multiplication par 5 au cours de la dernière décennie². De tous les flux de capitaux dans les pays en développement, les IED demeurent la source la plus importante, comptant pour 51% de tous les transferts de ressources³. Inutile de dire que les IED constituent un moteur important de la mondialisation. En conséquence, ils font l'objet de beaucoup d'attention sur la scène internationale. En 2004, 271 politiques nationales affectant les IED ont été adoptées dans 102 pays. La majorité de ces changements législatifs (87%) visaient à rendre les conditions plus favorables pour les investisseurs étrangers tant au niveau de l'accès que des opérations⁴.

Les IED apportent des atouts et des avantages tangibles et intangibles aux pays hôte, tel que des innovations technologiques, des compétences de gestion, le perfectionnement des ressources humaines et, en intensifiant la concurrence, ils aident les entreprises des pays d'accueil à devenir plus rentables. Leur principale qualité est de présenter un degré de stabilité et de faire en sorte de mettre en place une participation concrète des étrangers dans les pays d'accueil. De l'avis de la Banque mondiale (BM):

"... a greater flow of foreign direct investment brings substantial benefits to bear on the world economy and on the economies of developing countries in particular, in terms of improving the long term efficiency of the host country through greater competition, transfer of capital,

¹ Les sociétés transnationales possèdent au minimum 800 000 filiales à l'étranger suivant les chiffres de la CNUCED pour 2002.

² Christian DEBLOCK, L'Organisation mondiale du Commerce, où s'en va la mondialisation ?, Points chauds, Fides, La presse, 2002.

³ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, World investment report 2005, Transnational corporations and the internationalization of R&D, New-York and Geneva, United Nations, 2005, p.7

⁴ Id., p.22 : 95 de ces changements législatifs visaient des mesures de promotions alors que 37 cherchaient une protection accrue des investisseurs.

technology and managerial skills and enhancement of market access and in terms of the expansion of international trade.”⁵

Par ailleurs, l'entrée d'IED dans les pays en développement demeure concentrée entre les mains de quelques grands joueurs, les plus importants étant la Chine, Hong Kong, le Brésil, le Mexique et Singapore. Ces 5 pays ensemble comptent pour 60% du total de IED dans les pays en développement qui est de 233 milliards de dollars américains (USD) et qui représente 36 % de la circulation totale des IED sur la planète. Les IED constituent donc un outil important d'ouverture de la Chine sur l'extérieur⁶.

Et pourquoi s'intéresser plus spécifiquement à la Chine ? La performance économique de la Chine dans les 30 dernières années est impressionnante. Depuis le début de la réforme en 1979, le revenu par tête s'est multiplié par 5 et la consommation privée est 400% plus élevée qu'elle ne l'était. La Chine a réussi à sortir plus de 200 millions de personnes de la pauvreté⁷. Au cours des 20 dernières années, son PIB réel a augmenté en moyenne de 9,7% par année et celui par tête a plus que doublé dans les 10 dernières années se situant maintenant à près de 1000 USD. En 2002, la croissance de son PIB a atteint 9,5 %, contre 9,3% en 2003⁸, et se situe depuis entre 8 et 9,5 %, soit la croissance de PIB la plus élevée du monde⁹. D'ici 2020, si la tendance est maintenue, il est prévu que le standard de vie moyen en Chine aura rejoint le niveau des revenus moyens et élevés des pays en développement tel que cela est défini par la Banque mondiale (BM) ; il devrait même avoir dépassé celui du Japon¹⁰. Pour maintenir son niveau de croissance, la Chine va, dans les années à venir, avoir besoin d'encore plus d'IED¹¹.

Beaucoup des facteurs ayant contribué à la croissance de la Chine sont semblables à ceux des autres pays asiatiques. Toutefois, dans le cas de la Chine, un élément distinct est le rôle important accordé aux IED. Alors que les autres pays asiatiques n'ont pas fait entrer beaucoup d'IED pendant leurs grosses périodes de croissance économique, les IED en Chine comptaient pour 4.9% du PIB entre 1991 et 2002, s'accroissant par exemple de 1.5 à 6.7 % entre 1991 et 1994¹². La Chine se classe parmi les plus importants pays hôte d'IED au monde. Entre 1984 et

⁵ Lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement des IED, World Bank, Legal framework for the treatment of foreign investment (Vol.2, Guidelines 1992), 1992

⁶ Aperçu de la Chine, l'ouverture à divers niveaux; l'utilisation des capitaux étrangers, www.china.org.cn

⁷ Banque Mondiale 1997 ; Jacqueline THORPE, La Chine, Main d'oeuvre bon marché et devise faible créant un géant du commerce incontournable, Financial post, 22 juillet 2003 ; Anne FAURE-BOUTEILLER, La Chine- Clefs pour s'implanter sur le dernier grand marché, Les Éditions JV et DS, 1998, p.2

⁸ De l'Avis De certains experts, il aurait pu être plus élevé n'eut été de l'épidémie de SRAS, THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, Country Profile 2005, China, <http://www.eiu.com/schedule>, p.40 ; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, China in a Globalizing World, Geneva, United Nations, 2005, p.111

⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.105

¹⁰ Jonathan R. WOETZEL, Capitalist China, Strategies for a revolutionized economy, Singapore, McKinsey & Company, John Wiley & Sons (Asia) Pte, 2003, p.4

¹¹ Id. p.2; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.2-3

¹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.35

2004, le total des IED en Chine a atteint 562,1 milliards USD, augmentant de 2,7 milliards de USD à 60,6 milliards de USD par an au cours de cette période¹³. En 2002, la Chine a détrôné les États-Unis en tant que première destination des IED, avec une somme de 53 milliards de USD en IED essentiellement dans des projets d'infrastructure, de hautes technologies et d'exportations¹⁴. En 2003, des hommes d'affaires de plus de 170 pays investissaient en Chine¹⁵. La Chine est maintenant la 3^e nation en importance au niveau des échanges commerciaux et la deuxième en terme d'entrée d'IED sur son territoire. L'indice des entrées potentielles d'IED de la Conférence des nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) indique toujours que la Chine présente un grand potentiel pour l'IED¹⁶. Elle demeurera un acteur clé en Asie¹⁷.

Pour les canadiens, le marché chinois des IED est donc très intéressant. L'IED venant du Canada a plus que quadruplé entre 1990 et 2003, pour passer de 98,4 milliards de dollars canadiens à près de 400 milliards de dollars canadiens. Le Canada est le 13^e pays le plus important exportateur de capitaux sous la forme d'IED¹⁸. La Chine, Hong Kong non comprise, est le troisième partenaire commercial du Canada derrière les états unis et le Japon et conservera sa première place dans la liste des pays visés par la stratégie canadienne à l'égard des marchés nouveaux et émergents¹⁹. Plus de 400 entreprises canadiennes sont aujourd'hui établies en Chine et en 2004, le stock d'IED canadien en Chine s'est élevé à 647 millions de dollars canadiens. Il existe par ailleurs un potentiel important d'accroissement de celui-ci.

1 Définition de l'investissement étranger direct (IED)

D'après le manuel de la balance de paiement du Fond monétaire international (FMI), l'IED est un investissement dans lequel une entité résidente dans une économie a pour objectif d'acquérir un intérêt durable dans une entreprise résidente dans une autre économie et que cet intérêt durable implique l'existence d'une relation à long terme entre l'investisseur direct et l'entreprise ainsi que

¹³ Id. p. 106

¹⁴ A. FAURE-BOUETILLER, op.cit., note 7, p.2 ; Jonathan L. PASSMORE, Ping ZHOU, « La Chine, le nouvel eldorado du placement », dans EAFE and Emerging markets, repris de Benefit and pension monitor, juin 2003

¹⁵ AMBASSADE DU CANADA A BEIJING, Canada et Chine, Échanges commerciaux et investissements, Gouvernement du Canada, www.beijing.qc.ca; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT op.cit., note 8, p.2 ; Par ailleurs, en incluant les EIE formées d'investisseurs venus de Taiwan, Hong Kong et Macau, ce pourcentage augmente au delà de 31,2%, ce qui a permis d'employer 12,6 millions de travailleurs. De plus en 2003, les EIE ont produit plus de 54,8% de la valeur des exportations de la Chine.

¹⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit., note 8, p.60-62,110 ; La montée de la Chine en terme du gros volume d'IED qu'elle attire a causé beaucoup d'inquiétude des pays voisins qui croyaient être étouffés par ce succès. Toutefois, il semble qu'au contraire, la montée des IED en Chine ait fait augmenter les IED dans les pays voisins et ne leur a donc pas enlevé leur part du gâteau. Une augmentation de 10 % pour la Chine s'est reflété en une augmentation entre 5 et 6 % pour ses voisins.

¹⁷ C. Gregory CHOW, China's Economic transformation, Princeton University, Massachusetts, Blackwell Publishers inc., 2002, p.18.1-18.7 ; Joel LE QUEMENT, Shanghai- à la croisée des chemins du monde, deuxième édition, Paris, L'harmattan 2002, p.127-162

¹⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, op.cit., note 3, p. 25

¹⁹ A. FAURE-BOUETILLER, op.cit., note 7, p.1-2

la possibilité pour l'investisseur d'exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise²⁰. Des dimensions qualitatives sont donc communes à tous les IED. Ils n'ont pas une nature auto liquidative immédiate par un règlement comptant ou différé, ne se réduisant donc pas à une transaction ponctuelle. Ils introduisent une dimension inter temporelle puisque la décision d'implantation fait naître des flux qui s'étendent nécessairement sur de longues périodes. Ils impliquent des transferts de droits patrimoniaux et par le fait même de pouvoir économique. Finalement, ils comptent une composante stratégique en ce sens que non seulement leur horizon est de longue durée mais les motivations qui les sous tendent sont beaucoup plus riches²¹. L'IED implique ainsi une relation permanente entre l'investisseur et le pays d'accueil par sa présence physique sur le territoire et son rôle important dans l'économie de ce pays²².

Cependant, pour déterminer s'il y a effectivement intérêt durable et contrôle de la gestion des éléments essentiels à la qualification d'IED, il faudrait procéder à des enquêtes détaillées auprès des entreprises. Cela supposerait des moyens matériels importants et l'exercice de l'autorité politique nécessaire, en plus de porter atteinte au secret des affaires encore sacré dans la plupart des pays. Pour contourner cette difficulté, le FMI et l'*Organisation for economic co-operation and development (OCDE)*, ont fait adopter par les administrations et les banques centrales des pays membres, une série de conventions portant sur un seuil, mesuré en parts de capital, à partir duquel on peut estimer qu'il y a contrôle d'une firme par une autre. Ce seuil a été fixé à 10 % bien que beaucoup de pays membres aient encore des données sur l'IED ou le seuil utilisé est de 20 % du capital²³. Le FMI n'a donc pas défini la notion d'intérêt durable en terme de durée et le critère le plus pertinent qui a été retenu est celui du degré de propriété de l'entreprise. Ainsi, un investissement étranger est généralement considéré comme un IED lorsqu'il porte sur une part d'au moins 10 % des actions ordinaires d'une société de capitaux ou l'équivalent pour une entreprise non constituée en société²⁴. Il semble que la résidence permanente de l'entreprise mise en place dans le pays d'accueil soit également un élément essentiel à la qualification d'IED²⁵.

²⁰ Dans la cinquième édition est change à « le but de ce dernier étant d'avoir un pouvoir de décision effectif dans la gestion des entreprises ; M.SORNARAJAH, The international law on foreign investment, New York, Faculty of law, National University of Singapore, Grotius publications, Cambridge university press, 1994, p.4-8 ; Denis TERSEN, Jean-Luc BRICOUT, L'investissement international, Paris, Armand Colin/ Masson, 1996, p.5 ; Investissement étranger : (Encyclopedia of public international law, vol 8, p.246 : Transfert de fonds ou de matériel d'un pays à un autre en retour d'une participation directe ou indirect dans les profits de l'entreprise)

²¹ François CHESNAIS, La mondialisation du capital, nouvelle édition actualisée, Paris, Collections alternatives économiques, Éditions Syros, 1997, p75-78 ; Cela distingue l'IED de transactions d'exportations.

²² M.SORNARAJAH, op.cit., note 20, p.4-8

²³ Royaume, Uni, Canada suivant les données de l'OCDE en 1996 ; F. CHESNAIS, op.cit., note 21, p. 75-78

²⁴ D. TERSEN, J.-L. BRICOUT, op.cit., note 20, p.5

²⁵ International trade and investment law in Canada, Carswell, 1995, Patterson and Band, p.10.1 à 10.23 ; TINDALL, Multinational Enterprises, 1975; SCHWARZENBERGER, Foreign Investment and International Law, 1969; WALLACE, International regulation of Multinational corporations, 1976 (38); OECD, Detailed Benchmark definition of Foreign Direct investment, third edition, 1996; OECD, international monetary fund, balance of payment manual, fifth edition, 1993; Neil SARAVANAMUTTOO, Investissement étranger direct et réduction de la pauvreté dans les pays en développement, p.4

En pratique, l'IED englobe différents types d'opérations selon la définition du FMI soit (1) la création d'une nouvelle entreprise ou l'extension des capacités de production d'une entreprise appartenant à l'investisseur, (2) la prise de participation, supérieure à 10 % dans le capital d'une entreprise déjà existante, (3) les flux financiers entre affiliés d'un même groupe : avance de trésorerie, prêts, augmentation de capital et (4) le réinvestissement des bénéfices à l'étranger²⁶. Les transactions commerciales internationales tel que les contrats d'agence, de licence ou d'entretien ne constituent pas des contrats d'IED. Ces opérations sont plus liées au commerce des services qu'à un transfert direct de capitaux entre des entreprises de pays différents.

Dans la qualification d'IED, la finalité de l'opération, fondée sur la notion d'intérêt durable est fondamentale. Elle permet de distinguer l'IED de l'investissement de portefeuille (IP) dont la liquidité est beaucoup plus grande et qui n'implique pas un contrôle de l'entreprise investie. L'IED précède en général l'IP lorsque s'ouvrent des nouveaux marchés²⁷. La nature des investisseurs est différente entre les IED et les IP²⁸. Les IED sont des entreprises qui produisent des biens et des services et qui recherchent des conditions avantageuses de production alors que les IP sont plus souvent le fait d'établissements financiers qui s'intéressent principalement à la rentabilité de leur investissement²⁹.

2 Problématique ; évaluation de l'équilibre entre la protection des investisseurs et la protection du marché chinois

Ce travail vise essentiellement à évaluer dans quelle mesure le droit relatif aux IED en Chine protège de manière suffisante les investisseurs étrangers. Pour répondre à cette interrogation, nous étudierons d'abord la question de savoir si les règles s'appliquant aux IED ne visent pas en premier lieu à protéger le marché chinois. En effet, les mesures protectionnistes visant à protéger le marché intérieur ont souvent pour effet d'imposer un traitement discriminatoire aux IED. Ainsi, dans notre analyse de l'équilibre entre la protection des IED et la protection du marché chinois, nous devons tenir compte de trois facteurs. La protection dont jouissent les IED est un premier élément. Le second enjeu consiste en l'évaluation de la protection qui est accordé au marché intérieur chinois. Cependant, cette question sous entend la mise en place d'un traitement différent

²⁶ D. TERSEN, J.-L. BRICOUT, op.cit., note 20, p.6

²⁷ N. SARAVANAMUTTOO op.cit., note 25, p.4

²⁸ Dans le débat sur la définition de l'expression IED dans un éventuel accord international sur l'investissement, plusieurs états se sont prononcés en faveur d'une définition fondée sur les actifs, englobant les IED et les IP. Il a été suggéré que le problème que pourrait poser l'inclusion des IP pourrait être traité au moyen d'exceptions et de réserves. Par conséquent le fait d'inclure l'IP dans la définition d'un accord n'impliquerait pas nécessairement que toutes les obligations découlant de cet accord s'appliqueraient à cette forme d'investissement. Toutefois l'absence de consensus à cet effet au cycle de négociation d'Uruguay, tel que nous l'aborderons plus loin à la Partie I des présentes démontre que ce n'est pas l'avis de tous les pays.

²⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, op.cit., note 3, p. 297; OECD, Detailed Benchmark definition of Foreign Direct investment, third edition, (OECD 1996) et international monetary fund, balance of payment manual, fifth edition, (IM 1993)

des investisseurs étrangers par rapport au traitement qui est réservé aux nationaux. Cela met donc en cause un autre facteur, intimement lié au précédent, celui de la discrimination des IED dans le but de protéger le marché. Ainsi, de la question de base quant à l'équilibre de la protection accordé à chacun découle finalement deux questions : Est ce que l'IED bénéficie d'une protection suffisante et n'est il pas victime de discrimination au bénéfice de la protection du marché chinois?

3 Présentation du cheminement

Nous nous attaquerons à la problématique de l'équilibre entre la protection des IED et la protection du marché chinois principalement par une analyse du droit interne chinois applicable aux IED. Ce dernier est la première source de droit à laquelle il faut référer et son étude nous permettra de préciser le degré de sécurité eu égard aux règles afférentes à la protection du marché intérieur et dans quelle mesure le traitement des IED est discriminatoire. Nous aborderons les éléments du droit interne qui nous apparaissent les plus importants dans le cadre de notre étude, soit essentiellement les règles restreignant les secteurs accessibles, les règles relatives aux structures d'établissement, les règles relatives aux principaux contrats nécessaires à la mise en opération des entreprises et à la propriété intellectuelle et finalement, celles relatives au traitement fiscal des entreprises à investissement étranger (**EIE**). Toutefois, d'autres règles du droit interne chinois, plus générales, sont elles aussi susceptibles d'avoir un impact sur le traitement réservé aux IED. Pour les fins de ce travail, nous avons dû nous limiter à ce qui nous apparaissait essentiel pour dresser un portrait de la situation (Partie II). Le droit interne étant un ensemble de règles, l'importance qui doit lui être accordé est intimement liée à l'application qui en est faite. L'effectivité de la règle de droit peut avoir un impact majeur sur la protection de l'investisseur étranger qui se fie à des règles de droit claires et à leur application objective et constante. C'est pourquoi nous terminerons notre analyse en nous penchant sur la façon dont le droit est appliqué en Chine (Partie III). Par ailleurs, puisque le contenu de ce droit interne est essentiellement le produit de l'histoire chinoise, tant au niveau culturel que politique et du positionnement au fil des ans de la Chine sur la scène internationale, nous nous pencherons tout d'abord sur ces éléments qui ont nécessairement influé sur le contenu du droit interne actuel (Partie I).

Nous tenterons par ce cheminement de démontrer au lecteur que de nombreuses mesures protectionnistes du marché sont en place dans le droit interne chinois bien qu'une tendance bien établie prône l'ouverture plus grande du marché chinois aux IED. Ce protectionnisme a un impact sur le traitement réservé aux IED en Chine puisqu'il fait en sorte d'accorder un traitement discriminatoire à ces derniers. Par le fait même, nous tenterons de faire ressortir l'insécurité qui

subsiste tant dans le droit interne qu'au niveau de son application ce qui impacte sur la protection dont jouissent les IED sur le territoire chinois. Le but de notre démarche n'est par ailleurs pas d'évaluer l'opportunité des diverses mesures en place dans le droit interne chinois, bien que nous nous permettrons à l'occasion certains commentaires.

PARTIE I- Contexte en République populaire de Chine

Le développement rapide des investissements internationaux depuis le début des années 1980 s'est accompagné d'évolutions législatives. Bien sur cette évolution s'est effectuée dans le droit interne des états. Elle s'est également manifestée au niveau du droit international, principalement par la conclusion d'accords bilatéraux et par les efforts d'organisations internationales comme l'Organisation mondiale du commerce (**OMC**) pour mettre en place un accord multilatéral sur l'investissement³⁰. Cette section vise à faire un tour d'horizon rapide des éléments pouvant avoir eu une influence sur le contenu du droit interne chinois, soit essentiellement le cadre international entourant les IED et le fonctionnement de la Chine à l'intérieur de ce dernier (section 1) et le passé culturel et politique de la Chine (section 2).

Diverses mesures en place au niveau international peuvent affecter la Chine dans sa gestion des IED sur son territoire. Nous aborderons les initiatives prises dans le cadre de l'OMC et de son prédécesseur le **GATT** (General Agreements on tariffs and trade) qui sont d'intérêt dans notre discussion sur la Chine puisque cette dernière est devenue membre de l'OMC tout récemment en 2001. Dans ce contexte, nous aborderons brièvement la série d'engagements qu'a pris cette dernière lors de son accession puisqu'ils ont un impact majeur sur les réformes qui sont en cours dans le droit interne chinois. Dans le but d'acquérir une meilleure compréhension des négociations qui se sont déroulées pour la mise en place d'un éventuel accord multilatéral sur l'investissement, nous analyserons les positions idéologiques des pays industrialisés et des pays en développement, tout en tentant de situer la Chine dans ces dernières, sa position influençant elle aussi le contenu de son droit interne. Finalement puisque des positions que l'on pourrait qualifier de diamétralement opposées rendent difficile la conclusion d'un accord multilatéral sur l'investissement, nous évoquerons rapidement le développement d'un système parallèle d'accords bilatéraux et régionaux.

Une fois cette mise en perspective rapide du cadre international des IED et de la place de la Chine sur la scène internationale complétée, nous ferons état des fondements, tant culturels que

³⁰ Corinne VADCAR, Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement : Problématique de l'adhésion des pays du sud, 1998, v.125, J.D.I. 1, p.9

politiques de la société chinoise, ce qui permettra au lecteur de mieux comprendre la politique chinoise d'ouverture et le contenu de son droit interne.

1 Influence du droit international

Le droit international passe par les organisations internationales relatives au commerce. Plusieurs organisations telle l'OCDE³¹, la BM³², le FMI et l'Organisation des Nations unies (ONU)³³ ont fait en vain des efforts pour mettre en place un cadre normatif efficace pour les IED³⁴. Nous nous limiterons pour les fins de ce texte au travail qui a été fait par les états dans le cadre de l'OMC, ce qui permettra de discuter de l'accession de la Chine à cette organisation, des engagements qu'elle a du alors prendre et des impacts de ces derniers sur son droit interne. Puisque le travail des états pour la mise en place d'un accord multilatéral sur les investissements dans le cadre de l'OMC n'a donné que très peu de résultats, nous aborderons rapidement la solution de rechange utilisée par de nombreux états et qui consiste à conclure des accords bilatéraux sur les investissements.

1.1 Rôle de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

L'OMC fut créé en 1995 suite au cycle d'Uruguay, reprenant le chemin parcouru par le GATT son prédécesseur, tout en élargissant ses dispositions. L'OMC est fréquemment présentée comme une organisation libre échangiste, inspirée par la doctrine libérale du commerce international et dont la fonction est de libéraliser les échanges³⁵. Elle est dotée d'une personnalité juridique ainsi que d'une structure institutionnelle³⁶. Elle est fondée sur le principe de l'égalité des états³⁷. L'une des fonctions de l'OMC est de constituer un forum où s'expriment les différents intérêts nationaux dans la perspective d'établir des règles permettant la formulation de politiques non conflictuelles et d'établir, dans le cas contraire, des mécanismes de règlement des conflits. L'OMC est une compilation de plus de 60 accords sur le commerce et de protocoles qui contraignent les pays membres et qui, en général, mettent en place des règles sur le commerce international, la protection de la propriété intellectuelle, et les IED. Elle apparaît comme le lieu où se négocie la normalisation des législations nationales et la mise en place de règles applicables par les États et aux États, règles qui consistent en des obligations de comportement et rarement en des

³¹ avec les deux codes de 1961

³² création de l'Agence multilatérale sur la garantie des investissements en 1985

³³ la résolution 1803 de 1962

³⁴ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2, p.150-165

³⁵ *Id.*, p.46

³⁶ Accord de Marrakech, (Adoptée le 15 juin 1999, conformément aux procédures de prise de décisions au titre des articles IX et XII de l'Accord sur l'OMC approuvées par le Conseil général (WT/L/93)), Art. VIII, IV, VI; C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2, p.42

³⁷ Accord de Marrakech, *précité* note 36; un état une voix, art.IX.I; Contrairement au FMI et à la BM, aucune pondération n'est affectée aux membres.

obligations de résultat. L'OMC fonctionne par consensus pour la prise de décisions, on peut donc espérer que les accords qui interviennent dans ce cadre prennent en compte les intérêts de tous les états membres. Par ailleurs, les accords de l'OMC sont rédigés de façon à ce que seuls les états puissent les activer. L'OMC n'est pas et ne doit pas devenir un organe supranational doté de pouvoirs extraterritoriaux. Ces accords ne bénéficient pas d'effets directs, ils n'appartiennent pas au cadre juridique des membres, ne bénéficiant pas d'une application directe dans le droit interne des états. Le statut de membre à l'OMC s'obtient par convention réciproque³⁸. Dans l'ordre des organisations économiques internationales, L'OMC est plus que L'OCDE qui n'est qu'une organisation de dont la composition est limitée aux pays industrialisés. Par contre, l'OMC est moins que le FMI ou la BM, qui possèdent un conseil d'administration auxquels sont délégués des pouvoirs substantifs et de procédure. Elle se différencie de la Conférence des nations unies sur le commerce et le développement (CNUCED) du fait qu'elle n'a pas pour objectif que la formulation et la mise en place d'une nouvelle politique commerciale et du développement. Les états cherchent à en devenir membre pour rassurer les ressortissants de d'autres états voulant faire commerce ou investir sur leur territoire.

1.1.1 Accession de la Chine à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

La Chine était une des parties contractantes initiales au GATT en 1947. En 1949, quand le parti communiste a pris le pouvoir en Chine, la Chine s'est retiré du GATT n'étant plus d'accord pour honorer les restrictions aux protections tarifaires. En 1986, la Chine a fait une demande pour que son adhésion soit réactivée. En 1995, lorsqu'on lui annonça que ce serait impossible, elle informa l'OMC de son désir de faire une demande d'accession en vertu de l'article XII de *l'Accord de Marrakech*. Elle dû donc soumettre une série de rapports et de documents nécessaires à la rédaction de son protocole d'accession dressant les obligations imposées à la Chine en contrepartie de l'obtention de son statut de membre. En novembre 2001, les 142 pays membres de l'OMC acceptèrent de soumettre à la Chine le document mettant en place les conditions qui lui permettraient d'accéder à l'organisation. La Chine accepta l'invitation de devenir membre de l'OMC en remplissant l'avis d'accession le 11 novembre 2001 et fut officiellement proclamée membre le 11 décembre 2001 lors de la conférence ministérielle de Doha. Le protocole d'accession de la Chine à l'OMC requérait que cette dernière adhère à toutes les conventions en place à la date de son accession, en plus de lui imposer de nombreuses conditions³⁹.

³⁸ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2, p. 42-43, 44-45, 51 ; James M. ZIMMERMAN, *China Law Deskbook- a legal guide for foreign invested enterprises*, Second Edition, American Bar Association, Section of International Law, 2005, p.4-7 ; S. B. SUBEDI, "Regulation of foreign investment and the development round of the WTO", dans *Essays on the future of the WTO- Finding a new balance*, London, edited by Kim VAN DER BORGHT, Cameron MAY, International law and policy, 2003, p.240-241 p.231

³⁹ J. M. ZIMMERMAN, *op.cit.*, note 38, p.4-5

En accédant à l'OMC, la Chine s'est engagée à réformer l'ensemble de son système juridique et à mettre en place un environnement réglementaire plus sûr et rationnel, c'est-à-dire prévisible, transparent, appliqué sur l'ensemble du territoire chinois et soumis à un contrôle indépendant. L'OMC présentait un véritable défi pour la Chine dont plusieurs secteurs de l'économie n'étaient pas suffisamment performants. En fonction d'un principe de base de l'OMC, la Chine accorderait un traitement non discriminatoire à tous les membres. Elle dut consentir à ce que les ressortissants des pays membres de l'OMC bénéficient sur son territoire d'un traitement au moins aussi favorable à celui réservé aux domestiques, principe auquel on réfère comme le traitement national. Elle s'engagea aussi à intégrer dans son droit interne une série de concessions dont la réduction de ses tarifs, l'accès au secteur des services, le droit de commercer librement, l'abolition des pratiques de double prix et l'uniformisation de son droit relatif au commerce sur l'ensemble de son territoire. Elle devait aussi consentir à ce que seules les lois publiées puissent être opposées aux ressortissants des pays membres et garantir une application transparente et impartiale de celles-ci. La mise en œuvre effective de l'accord OMC nécessitait donc une révision de ses lois nationales et l'adoption de nouvelles lois.⁴⁰

Selon le ministère du commerce extérieur et de la coopération économique (**MOFCOM**), plus de 2500 textes de lois et règlements de nature commerciale ont été amendés depuis son accession afin de les rendre conformes avec le droit de l'OMC alors que plusieurs centaines de nouveaux textes ont été adoptés ou le seront dans les années qui viennent⁴¹. On comprend donc l'impact significatif de cette accession sur le droit interne du pays. Cette accession confirme par ailleurs dans une certaine mesure le statut de partenaire commercial fiable de la Chine. Il semble que la Chine ait fait preuve de bonne volonté dans les premières années suivant son accession tant au niveau législatif qu'au niveau de la formation des cadres qui régissent le commerce international mais aussi en terme de transparence et de contrôle juridictionnel des actes de l'administration. Toutefois, depuis 2003, on note un ralentissement du rythme des réformes légales en partie liées à la période de transition politique⁴².

1.1.2 Négociations au sein de l'OMC pour un accord multilatéral sur l'investissement

⁴⁰ Yasheng HUANG, Why is Foreign direct investment too much of a good thing for China ?, Modern Asia series, Harvard university Asia center February 11, 2000, p.2 ; Leila CHOUKROUNE, L'internationalisation du droit chinois des affaires, une première évaluation des conséquences juridiques de l'accession de la Chine à l'OMC, 2003, R.D.A.I. no. 5, p.503, 522 ; J. M. ZIMMERMAN, op.cit., note 38, p.7, 15-16

⁴¹ L. CHOUKROUNE, op.cit., note 40, p.504

⁴² Id., p.505

De nombreuses tentatives de régulation multilatérales des investissements ont été faites dans le passé⁴³. Les accords de l'OMC renferment déjà bon nombre de dispositions relatives à l'investissement mais l'organisation n'a pas atteint l'objectif de la conclusion d'un accord multilatéral sur l'investissement. Une grande part des difficultés qui ont fait en sorte qu'un tel accord n'ait pas pu être signé vient des positions diamétralement opposées des pays développés et des pays en développement sur le genre de protection que devrait accorder cet accord sur les IED et sur le type de mesures devant être encouragées par les états pour la mise en place d'un cadre régissant les IED. La Chine a par ailleurs une position extrêmement intéressante sur le sujet puisqu'elle essaie de tirer le meilleur des deux positions de négociations.

1.1.2.1 Grandes positions de négociations

La principale difficulté qui empêche la conclusion d'une entente multilatérale sur les investissements provient des positions irréconciliables des pays industrialisés⁴⁴ et de celles des pays en développement⁴⁵. Lors des négociations du GATT, les premiers soutenaient que de telles mesures contrevenaient à la mise en place d'un ordre commercial libéral, les seconds faisaient valoir que les mesures concernant les investissements et liées au commerce (MIC)⁴⁶ étaient à la fois nécessaires afin de contrer les comportements abusifs des firmes multinationales et indispensables pour s'assurer que les investissements soient compatibles avec les objectifs de développement⁴⁷. Cette vision était perçue par les firmes multinationales et leurs pays d'origine comme un empêchement à la maximisation des profits.

1.1.2.1.1 Position des pays industrialisés

La position des pays développés est d'adopter des politiques libérales relatives aux IED pour encourager le développement économique. L'élaboration de règles multilatérales sur l'IED créerait à leur avis un climat favorable pour les IED dans les pays en développement. Mais ces réflexions ne feraient que promouvoir les intérêts du nord au détriment du sud. De plus, ces propositions des pays développés vont à l'encontre de leur propre expérience à l'égard des IED. Dans une large mesure les pays développés ont eu, dans leurs périodes de développement, une attitude plutôt

⁴³ suite à la décision de 1984 du panel d'arbitre du GATT face à la loi sur l'examen des investissements étrangers ; C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁴⁴ et les multinationales ; il faut par ailleurs noter que certains pays industrialisés cherchaient comme les États-Unis à contrôler les investissements faits sur leur territoire

⁴⁵ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2; L'influence des firmes multinationales et de leurs investissements sur plusieurs aspects économiques, politiques, sociaux et environnementaux des pays en développement, en plus de l'importance quantitative des retours sur ces investissements et du flux Sud Nord de capitaux qu'il signifie sont des facteurs qui contribuent à en faire un sujet porteur de conflits entre les pays développés et les pays en développement.

⁴⁶ mesures concernant les investissements et liées au commerce

⁴⁷ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

protectionniste et des politiques flexibles, ajustables en fonction des besoins de développement du pays.

1.1.2.1 Position des pays en développement

Les états membres de ce groupe croient pour la plupart aux bienfaits des IED sur leur développement économique mais ne veulent pas conclure d'accord multilatéral sur l'investissement fondé sur des règles plus libérales car ils savent qu'un tel accord leur serait défavorable dans la mesure où il leur retirerait plusieurs outils utiles à leur développement économique tout en ne les démarquant pas face aux autres pays désirant accueillir des investissements. Ces derniers veulent donc préserver la souveraineté nationale face aux IED⁴⁸. Une politique libérale des IED telle que prônée par les pays développés ferait en sorte de priver les pays en développement d'outils assurant que les IED contribuent à leur développement en retenant le capital, obtenant des technologies et développant la main d'œuvre.

L'Inde, en tant que représentante des pays en développement et leader du camp des opposants à un accord multilatéral sur les investissements qui soit trop libéral soulevait les éléments suivants dans une communication faite après la conférence de Seattle sur le lien entre le commerce et les investissements : (1) l'importance cruciale de la flexibilité dans la poursuite des diverses options de développement pour l'avenir des pays en développement, toute initiative ayant pour effet de réduire la marge de manoeuvre dont peuvent disposer les pays en développement devant être écartée ; (2) le fait que les preuves des avantages supposés des IED ne soient pas concluantes et que l'on puisse par ailleurs dresser un tableau très contrasté des avantages et des inconvénients de ce type d'investissement, la particularité du pays concerné étant d'une grande importance dans cette analyse ; (3) le fait que le régime des accords bilatéraux en place offre à plus de pays la flexibilité nécessaire pour orienter les IED vers les secteurs qu'ils estiment prioritaires et semblent être efficaces pour protéger les investissements existants ; (4) le fait que rien ne permette d'affirmer que l'adoption d'un accord multilatéral sur l'investissement apporterait des changements significatifs dans la composition et les flux d'IED ; (5) et finalement le fait qu'il y ait des raisons de penser que si un accord multilatéral sur l'investissement devait être conclu, il restreindrait la flexibilité dont disposent actuellement les pays en développement. Ainsi l'Inde, en tant que porte parole des pays en développement prônait la conclusion d'accords bilatéraux et rejetait un accord multilatéral sur l'investissement⁴⁹.

⁴⁸ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2; Christian DEBLOCK, Dorval BRUNELLE, *Globalisation et nouveaux cadres normatifs : le cas de l'accord multilatéral sur l'investissement*, vol. 1, n.1, Géographie, Economie, Société, 1999, p.72

⁴⁹ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2; Ajit SINGH, *Foreign direct investment and international agreements: A south perspective*, South Center, 2001.

1.1.2.2 Position de la Chine dans les négociations

Shi Guagsheng, le ministre chinois du commerce extérieur et de la coopération explique que la Chine est sans contredit un pays en développement. Elle doit donc sauvegarder les intérêts des pays en développement et refléter leurs demandes. La défense des intérêts des pays en développement a longtemps constitué une des caractéristiques fondamentales de la politique extérieure de la Chine. Ce trait est à peu près disparu durant le règne de Deng Xiaoping. Depuis quelques années cependant, entre autre par crainte d'un isolement international après les événements de Tienanmen en 1989 et à la suite du renforcement de la coopération entre les États-Unis et le Japon en 1996, la Chine a recommencé à miser sur le renforcement de sa diplomatie avec les pays en développement. Les intérêts de la Chine ne coïncident cependant pas complètement avec ceux des pays en développement et si une coopération est possible dans certains domaines, dans d'autres, la confrontation paraît inévitable⁵⁰. C'est pourquoi la Chine cherche également une coopération économique et commerciale d'une ampleur considérable avec les pays développés dans le cadre de ses négociations surtout bilatérales⁵¹.

Cette évolution laisse présager que la Chine pourrait vouloir utiliser ses alliances avec les pays en développement pour gagner des avantages à l'intérieur d'organisations internationales comme l'OMC tout en s'assurant de maintenir de bonnes relations avec les pays développés. Et c'est effectivement ce qui se met en place. Les dirigeants chinois ont échaufaudé une double stratégie : 1) cohabiter avec les pays développés et 2) coopérer avec les pays en développement, ce que le gouvernement chinois appelle rouler sur deux roues. Concrètement, cela signifie qu'elle doit à la fois ouvrir les marchés et libéraliser les échanges, ce qui constitue la roue de la cohabitation et opérer des transferts de technologie et de savoir faire avec les pays en développement, ce qui constitue la roue de la coopération. La Chine devient ainsi l'essieu qui relie les deux roues. À l'OMC, la Chine espère donc jouer un rôle positif pour relier les intérêts des pays en développement à ceux des pays développés⁵². Plus concrètement, la Chine demande aux pays en développement de rechercher la stabilité, de procéder à des ajustements structurels, d'ouvrir leurs marchés, de renforcer les mécanismes de coopération économique, de mettre en place de nouveaux schèmes de développement et de renforcer leur capacité de résistance aux risques. Des pays développés elle exige diverses mesures destinées à stimuler le développement et à

⁵⁰ Loïc TASSE, « La Chine, leader des pays en développement », chap. 11, dans C.DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁵¹ Nicolas LERMANT, Pierre LETOCART, *La Chine et le multilatéralisme économique*, Ambassade de France en Chine, Mission économique, fiche de synthèse, rédaction du 12 août 2004, Pékin MINEFI-DREE/TRÉSOR, pekin@missioneco.org

⁵² Yu Dong HUI, *PRC Officials View Role China to play at WTO*, Zhongguo Xinwen She, Foreign broadcast information service, 12 novembre 2001; L. TASSE, *loc.cit.*, note 50

réduire la pauvreté, comme de l'assistance technique, des prêts à taux préférentiel et de l'investissement dans des projets d'aide⁵³.

La Chine semble donc vouloir bénéficier de ce que les deux mondes offrent de plus avantageux, c'est-à-dire d'une part un accès plus facile aux marchés des pays développés et une meilleure protection des investissements dans les pays en développement et d'autre part de la garantie de mesures d'exception à titre de pays en développement pour protéger son propre marché. Cela mènera la Chine à parfois demander une protection pour les secteurs de son économie qui sont faibles et dans d'autres cas à rechercher un meilleur accès pour les secteurs florissants. Dans un cas elle devra solliciter l'appui des pays en développement pour obtenir un assouplissement des règles de libre échange et dans l'autre s'appuyer sur les pays développés pour franchir les différentes barrières tarifaires et non tarifaires dressées contre ses produits d'exportation dans les pays en développement. Dans ce contexte, la Chine a déjà tissé des liens avec les pays en développement. Elle a par exemple signé plusieurs accords de coopération technique et économique avec seize états latino-américains et des accords de protection des investissements étrangers avec onze d'entre eux. Trois cent entreprises à capitaux chinois opèrent en Amérique latine. La Chine dit également avoir une économie qui est très complémentaire avec celle de l'Inde bien que les échanges entre les deux pays ne soient que modestes. Cette alliance Sud-Sud a déjà procuré à la Chine des avantages importants lui accordant l'appui des pays en développement lorsqu'elle s'oppose aux volontés des pays industrialisés⁵⁴.

Ainsi, les diplomates chinois accueillent favorablement la tenue anticipée de négociations sur les investissements pourvu que trois conditions soient respectées : 1) la priorité doit être accordée aux intérêts des pays en développement dans l'exécution des accords de l'OMC, 2) un échéancier de négociations avantageux pour tous les pays doit être établi, en particulier pour les pays en développement et 3) les négociations doivent mener à un système commercial international ouvert, compétitif et équitable, par opposition à un système où les plus forts dominent. Cela signifie qu'il faut tenir compte du degré de développement de chaque pays et des capacités de négociation de chacun d'eux⁵⁵.

Un problème est que la Chine ne respecte que partiellement les positions défendues par d'autres pays en développement. De plus, les réformes progressent avec difficulté même dans les

⁵³ L. TASSE, *loc.cit.*, note 50

⁵⁴ *Id.* ; La Chine est maintenant le plus important investisseur en Afrique, en grande partie à cause de son indifférence aux droits humains, elle a beaucoup investi et réussit à développer des pays comme l'Ouzbékistan, le Zimbabwe, le Sudan et l'Iran. ; « Meeting the superpower », *The Economist*, November 19-25, p.11 ; tandis que des capitaux latino-américains ont investi dans 5 800 entreprises en Chine

⁵⁵ L. TASSE, *loc.cit.*, note 50

secteurs de l'économie où le gouvernement chinois accepte de jouer le jeu de la concurrence ce qui pourrait éventuellement miner la crédibilité internationale du pays et compromettre son rôle de médiateur entre les deux mondes. La Chine n'est pas le seul pays à pouvoir jouer le rôle de leader des pays en développement et l'Inde est très active à ce niveau. Il faut dire qu'officiellement, la Chine refuse de prendre le leadership des pays en développement par crainte de devenir le nouvel URSS dans l'imaginaire occidental. Quoi qu'il en soit, en attendant, la Chine adopte comme elle peut une politique de porte ouverte, qui a pour but d'encourager les IED sur son territoire⁵⁶.

1.1.2.3 Évolution et état des négociations relatives à un accord multilatéral sur l'investissement

La conférence des nations unies sur le commerce et l'emploi de 1947 visait la création d'une organisation commerciale multilatérale. Il s'agissait initialement de créer, parallèlement à la BM et au FMI, une troisième organisation qui s'occuperait du volet commercial de la coopération économique internationale. Plus de 50 pays ont participé aux négociations visant à créer une Organisation internationale du commerce (OIC) qui serait une institution spécialisée de l'ONU. Par ailleurs, puisqu'aucun consensus n'a pu être atteint lors de cette conférence, la *Charte de la Havane*⁵⁷ de 1947 concluant ce processus n'est jamais entrée en vigueur et l'OIC ne fut pas créée. Au niveau des investissements, la *Charte de la Havane*⁵⁸ visait principalement à permettre aux états de contrôler les investissements. Elle permettait, par exemple aux états membres de prendre des mesures afin de se protéger contre l'ingérence politique des investissements étrangers, de refuser des investissements sur leur territoire et, dans le cas où ceux-ci seraient acceptés, de déterminer dans quelles conditions ces investissements seraient acceptés⁵⁹. Il apparaissait essentiel de s'assurer de la participation renouvelée de tous les pays aux échanges internationaux, en mettant éventuellement à leur disposition les capitaux nécessaires au développement de leurs ressources productives et en prévoyant le recours, pour un temps variable selon les situations, à des mesures d'exception, sur un fond général de règles internationales applicables à tous, une fois la situation générale de l'économie mondiale revenue à la normale. Des garanties étaient par ailleurs accordées aux investisseurs étrangers⁶⁰.

⁵⁶ Id. ; Ce qui est différent des politiques en place dans le développement du Japon et de la Corée qui ont plutôt voulu que le développement technologique vienne de l'intérieur.

⁵⁷ Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, tenu à la Havane, Cuba du 21 novembre 1947 au 28 mars 1948, Acte final et documents connexes, Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce

⁵⁸ Id.

⁵⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.36

⁶⁰ Charte de la Havane, précité note 57, articles 10, 11 et 12 ; Daniel, A. HOLY, « Commerce et développement - de la Charte de la Havane à l'OMC », chap. 10, dans C. DEBLOCK, loc.cit., note 2, p.205 à la page 231 ; François DIESSE, Travaux des organisations internationales (Droit du commerce international), 2002, no.7, R.D.A.I., p.833-839 ; Cécile HUBIN, La culture dans l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) : avancée en terrain miné, 1998, no.8, R.D.A.I., p.955-960

Parallèlement, 15 pays avaient engagé des pourparlers en décembre 1945 en vue de réduire et de consolider les tarifs douaniers. Ils souhaitaient promouvoir sans tarder la libéralisation du commerce et commencer à s'attaquer aux nombreuses mesures protectionnistes toujours en vigueur depuis le début des années 30⁶¹. Les concessions tarifaires négociées dans ce cadre entrèrent en vigueur le 30 juin 1948 par l'intermédiaire d'un Protocole d'application provisoire. Ainsi, le nouveau GATT était né, avec 23 membres fondateurs⁶², rescapé de la tentative avortée de créer l'OIC et prédécesseur de l'OMC. Cet accord a contribué à l'établissement d'un système commercial multilatéral solide et prospère, qui est devenu de plus en plus libéral à travers des séries de négociations commerciales. Cependant, dans les années 80, après 8 cycles de négociations, une révision approfondie du système était devenue nécessaire; elle a donné lieu au Cycle d'Uruguay, puis à la création de l'OMC⁶³.

Ainsi, en 1986 s'est amorcé le plus long processus de négociation de l'histoire du GATT qui dura de 1986 à 1994 et qui mena ultimement à une entente sur la création de l'OMC. Il se termina par l'*Accord de Marrakech*⁶⁴, texte fondateur de l'OMC signé en avril 1994⁶⁵. Dans ce cycle de négociations, les investissements ont rapidement pris une place centrale dans les discussions⁶⁶. Dès ce moment les positions étaient bien tranchées entre les principaux pays hôtes des firmes, tels que les Etats-Unis, le Japon et leurs partenaires européens d'un côté et les pays du Sud de l'autre. Le sujet trop controversé resta donc en suspend. Les parties contractantes parvinrent par ailleurs à un accord modeste, l'Accord sur les mesures concernant les investissements étrangers

⁶¹ Lorsque l'accord a été signé le 30 octobre 1947, le nombre de participants avait augmenté pour atteindre 23. Cette première série de négociations a abouti à un ensemble de règles commerciales et à 45 000 concessions tarifaires portant sur environ un cinquième du commerce mondial, soit 10 milliards de dollars; Jacques MASCOTTO, « De la souveraineté de l'état à l'a priori des organisations- Généalogie de l'AMI ou nécrologie du capitalisme politique », dans Michel FREITAG et Éric PINEAULT, *Le Monde enchaîné*, Essais critiques des Éditions Nota Bene, 1999, p.177-230; GROUPE DE NEGOCIATION DE L'ACCORD MULTILATERAL SUR L'INVESTISSEMENT (AMI), *L'accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé*, DAF/MAI(98)/REV1, suite aux négociations de 1995 à 1998, OCDE, 24 avril 1998, www.oecd.org/daf/investment; Rupert SCHLEGELMICH, *WTO: Why still no multilateral rules for foreign direct investment*, n.6 vol. 3, International trade law & regulation, 2000, p.78-83

⁶² dénommés officiellement "parties contractantes"; Les 23 participants faisaient également partie du groupe plus vaste de pays qui négociaient la charte de l'OIC qui ont échouées.

⁶³ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2; D.A.HOLY, *loc.cit.*, note 60; Corinne VADCAR, *La réciprocité dans le système commercial international*, 2002, v.129, J.D.I. 3, p.773-791; Le Gatt se donne l'objectif de promotion du principe de non discrimination sur la base de certaines clauses: la clause de la nation la plus favorisée et la clause du traitement national. Il existe des inégalités fonctions du degré de développement des pays. Ainsi, imposer à un pays sous développé l'obligation de consentir des concessions tarifaires équivalentes à celles que lui ferait un état développé pénalise la première du fait des différences énormes de productivité des deux entités.; Il exemptait, malgré sa mission de libéralisation des marchés, les pays en développement de l'obligation de réciprocité, en leur reconnaissant la possibilité de s'accorder des préférences non étendues aux pays développés

⁶⁴ *précité* note 36

⁶⁵ Les pays qui avaient signé le GATT étaient officiellement appelés "parties contractantes au GATT". Les pays qui ont signé les nouveaux Accords de l'OMC (qui englobent la version révisée du GATT, appelée GATT de 1994) sont officiellement devenus "Membres de l'OMC".

⁶⁶ Paul CIVELLO, *The TRIMS Agreement, failed attempt at Investment liberalization*, n.8, Minnesota journal of global Trade, 1999, p.97-126; Selon certains auteurs, c'est un code des investissements imposé par le Canada dans son droit interne qui aurait été à l'origine des pressions des investisseurs internationaux pour que soient intégrés des pourparlers sur le sujet des IED à l'intérieur des négociations du cycle d'Uruguay; C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2; Le Code canadien sur les investissements a fait l'objet d'une plainte devant un panel d'arbitres du GATT, la décision concernant celle-ci a été rendue en 1984 et a à certains égards été défavorable au Canada. Elle démontrait bien les faiblesses de cet accord concernant la libéralisation des flux de capitaux.

et liés au commerce (AMIC) conclu en 1994 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1995⁶⁷. L'AMIC ne contenait pas de règles concernant le filtrage ou l'établissement des investissements ni de règles sur le rapatriement du capital ou la libre circulation du personnel et ne couvrait pas les expropriations ni ne prévoyait de compensation adéquate dans de tels cas⁶⁸. Il imposait par exemple à l'investisseur de limiter ses importations et ainsi, d'utiliser une certaine proportion de produits locaux dans son processus de fabrication, de laisser un pourcentage quelconque de l'actionnariat à des investisseurs locaux et empêchait dans certaines circonstances, le rapatriement des capitaux. Néanmoins, l'accord a clarifié des provisions prévues dans le GATT et il a confirmé le lien entre commerce et investissements⁶⁹. Malgré cela, les pays industrialisés, particulièrement les pays membres de l'OCDE, ont quitté le cycle d'Uruguay avec le sentiment qu'ils avaient été défaits par le monde en développement dans leur quête d'en arriver à un plus haut degré de libéralisation des investissements⁷⁰. Même si cet accord aurait pu être un premier pas vers un accord multilatéral sur l'investissement, les pays développés n'étaient pas totalement satisfaits, l'accord n'allant pas aussi loin qu'ils l'auraient espéré. Selon eux, cet accord n'apportait pas beaucoup de nouveauté en comparaison avec le GATT de 1947⁷¹.

Les mesures mises en place dans cet accord sont principalement utilisées par les pays du Sud. Cependant, son utilité reste limitée puisque son art 2 prévoit qu'aucun membre n'appliquera les mesures du AMIC qui soient incompatibles avec les dispositions de l'article III ou de l'article XI du GATT de 1994 en plus du fait que les pays ont eu la chance d'écarter les dispositions qui ne leur plaisaient pas puisque chaque membre avait, au moment de la signature, la possibilité de notifier au conseil du Commerce et des marchandises les MIC qu'il prévoyait conserver. Cette élimination devait s'effectuer dans un délai de deux, cinq ou sept ans selon le statut de pays développé, en développement ou moins avancé⁷².

Bien que ces négociations ne furent pas du point de vue des pays développés une victoire, certaines protections furent par ailleurs accordées dans le cadre d'autres accords négociés également durant le cycle d'Uruguay. L'*Accord général sur le commerce des services (AGCS)* requièrent des pays développés qu'ils appliquent les règles de traitement national aux fournisseurs de services octroyant ainsi une certaine forme de protection aux investisseurs. Le

⁶⁷ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁶⁸ Eric M. BURT, *Developing countries and the framework for negotiations on foreign direct investments in the World Trade Organization*, n.12, American University journal of International law & policy, p.1038; C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁶⁹ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2 ; L'accord prévoyait aussi que les membres pourraient utiliser le mécanisme de règlement des différends du Gatt de 1994.

⁷⁰ Riyaz DATTU, *A journey from Havana to Paris: The fifty year Quest for the Elusive multilateral Agreement on investment*, n.24, Fordham International Law journal, novembre-décembre 2000, p.295; C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁷¹ Éric PINEAULT, « L'AMI, constitution pour une économie globalisée ?, un rappel des faits et une interprétation de leur signification », dans Michel FREITAG et Éric PINEAULT, *Le Monde enchaîné*, Essais critiques des Éditions Nota Bene, 1999, p.35-93 ; J. MASCOTTO, *op.cit.*, note 61

⁷² C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

traitement prévu par cet accord ne s'applique par ailleurs qu'aux secteurs qui ont été insérés par le pays accueillant l'investissement dans la liste prévue à cet effet. De la même façon, l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelles qui touche le commerce (ADPIC)* ayant pour but de protéger la technologie des firmes engageant des ressources dans la recherche et la technologie, constitue une autre forme de protection des investissements⁷³.

Suite au cycle d'Uruguay qui dura de 1986 à 1994 et qui résulta en la création de l'OMC, le sujet de l'IED fut renvoyé à l'OCDE où les pays membres engagèrent des négociations devant conduire à un accord multilatéral⁷⁴ qui aurait, par la suite, servi de base de discussion à l'intérieur de l'OMC⁷⁵. Plus de six cent ONG de soixante-dix pays firent avorter le projet en exerçant des pressions, en exprimant leurs inquiétudes face aux problèmes sociaux et environnementaux qui pourraient être engendrés par la mise en place d'un tel accord⁷⁶. Les négociations échouèrent mais elles permirent de soulever plusieurs questions litigieuses telles que la définition de l'investissement, celle de l'expropriation et celle de l'exception culturelle⁷⁷.

Par la suite, à la première conférence ministérielle de l'OMC à Singapour en 1996, l'Inde, avec quelques appuis, réussit à ce qu'aucune disposition contraignante ne soit insérée dans la déclaration finale⁷⁸. L'Inde soutenait entre autres que l'OMC n'était pas le forum adéquat pour examiner la question des investissements puisque cette organisation n'avait pour mandat que de discuter de commerce. À l'inverse, les pays occidentaux, sous le leadership de l'Union européenne, cherchaient à inclure dans l'OMC un accord multilatéral sur l'investissement qui garantirait le droit d'entrée, l'établissement et le traitement national des investisseurs étrangers dans tous les pays membres. Dans la déclaration finale de la conférence de Singapour, les ministres s'entendirent pour mettre en place deux groupes de travail, le premier sur le lien entre le commerce et l'investissement et le second sur l'interaction entre le commerce et la politique en matière de concurrence. Il fut prévu que des négociations à ce sujet auraient lieu après la cinquième session de la Conférence ministérielle sur la base d'une décision à être prise par consensus explicite sur les modalités des négociations. Ce consensus a par la suite été utilisé par l'Inde pour soutenir que si un seul membre s'opposait à la tenue des négociations portant sur un

⁷³ *Id.*

⁷⁴ l'Accord multilatéral sur l'investissement

⁷⁵ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁷⁶ Matsushita MITSUO, Thomas J. SHOENBAUM, Petros C. MAVROIDIS, *The World trade organization- Law, Practice and policy*, New York, Oxford University press, 2003, p.522-524

⁷⁷ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2 ; Surya, B. SUBEDI, *loc.cit* note 38

⁷⁸ Cela faisait suite à une initiative des dirigeants de pays en développement de convoquer une réunion à New Delhi, à cette réunion 13 participants avaient déclarés leur opposition à l'insertion des investissements à l'ordre du jour de la Conférence ministérielle de Singapour.

éventuel accord multilatéral sur les investissements, de telles discussions ne pourraient être engagées, ce à quoi se sont opposées certaines autres délégations⁷⁹.

Lors de la troisième conférence ministérielle de l'OMC à Seattle en 1999, certaines délégations ont voulu revenir sur la décision et prolonger la période prévue pour l'élimination de l'AMIC entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Cette fois, les États-Unis s'opposaient à la négociation d'un accord plus en profondeur portant sur le lien entre commerce et investissement, probablement pour des raisons stratégiques⁸⁰.

À la quatrième conférence ministérielle à Doha en 2001, conférence qui approuva l'accession de la Chine à l'OMC et lui imposa l'adoption de l'ensemble des accords jusque là convenus entre ses membres, les pays en développement et les pays moins avancés se sont consultés afin de donner une certaine cohésion aux discussions. À mesure que les effets des MIC se faisaient sentir, les pays en développement exprimaient leur désillusion face à ces mesures qui devaient attirer les IED.⁸¹ Dans la déclaration de Zanzibar, en préparation de Doha⁸², les pays en développement s'entendirent donc pour demander d'être exemptés des règles relatives aux MIC et pour dire qu'ils n'étaient pas demandeurs d'un cadre multilatéral dans ce domaine car les conséquences pour le développement qu'aurait un accord multilatéral sur l'investissement, de quelque type que ce soit, n'avaient ni été débattues à fond ni bien comprises. Toutefois, les avis étaient partagés sur la question. Certaines délégations continuaient à faire preuve de scepticisme quant aux avantages que leur pays avait à tirer d'un tel accord⁸³. Les négociations furent donc entreprises à Doha mais nettement au détriment des pays en développement. Elles se terminèrent par le processus des chambres vertes (quelques pays en développement sont invités à se joindre à une douzaine de pays développés pour résoudre les questions restées en suspens alors que les autres sont exclus du processus de négociation) et menèrent à un compromis minimal pour que les négociations à ce sujet soient entreprises à la 5^e conférence ministérielle⁸⁴ sur la base d'une décision consensuelle de tous les membres quant aux balises et à la procédure de ces négociations, sous la forte pression des pays européens et américains⁸⁵. Il fut décidé que cette question serait négociée à la 5^e conférence ministérielle. Ce cycle de négociation doit se terminer en juin 2007, ce qui ne laisse pas beaucoup de temps pour que les divers intérêts soient harmonisés.

⁷⁹ C. DEBLOCK, loc.cit., note 2

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id.

⁸² adoptée lors de la réunion des ministres du commerce des pays les moins avancés en préparation de la Conférence de Doha

⁸³ C. DEBLOCK, loc.cit., note 2

⁸⁴ Qui devait avoir lieu le 13 décembre 2005 dernier à Hong Kong

⁸⁵ C. DEBLOCK, loc.cit., note 2; Michel RINELLI, L'organisation mondiale du commerce, 7e Édition, Paris, Le monde diplomatique, Éditions la Découverte, 2004, p. 159

Dans le cas où les différents pays ne réussiraient pas à s'entendre, cela pourrait de l'avis de certains remettre en jeu et annoncer la fin du cycle de négociation de Doha et même de l'OMC à titre de forum de négociation efficace au niveau international⁸⁶. Doha traduit la crainte des pays en développement à l'égard d'un éventuel accord multilatéral sur l'investissement. Mais pour le moment, ces derniers sont dans une certaine mesure gagnants puisque les accords AMIC, AGCS et ADPIC traitant de l'investissement et conclus à l'intérieur de l'OMC sont loin d'être aussi contraignants et complets que ne le voudraient les pays développés, avec leur contingent de firmes transnationales⁸⁷. On peut par ailleurs s'interroger sur les chances de voir les membres de l'OMC arriver à un accord multilatéral sur les investissements et l'éventuelle légitimité d'un accord obtenu par l'utilisation de la vieille tactique de la chambre verte qui cherche à restreindre le nombre d'opposants aux positions des pays dominants, alors que sur 148 états membres, deux tiers sont maintenant des pays en développement⁸⁸. Si accord multilatéral sur les investissements étrangers il y a, il n'ira probablement pas aussi loin que les divers accords bilatéraux d'investissement déjà en vigueur⁸⁹ puisque le fossé est toujours aussi profond entre les pays développés et les pays en développement au sujet de l'investissement. En attendant se continue la course aux traités bilatéraux d'investissement que plusieurs pays en développement cherchent à conclure avec les principaux pays exportateurs de capitaux se poursuit.⁹⁰

1.2. Rôle des accords bilatéraux sur les investissements étrangers directs (IED)

Afin de se rendre attractifs aux IED, plusieurs des pays en développement s'engagent dans la voie du bilatéralisme ou du régionalisme, ce qui risque d'aboutir au résultat recherché par les pays industrialisés, soit la conclusion d'un accord plurilatéral sur les investissements⁹¹. Il existe à l'heure actuelle plus de 2000 accords bilatéraux relatifs aux IED à l'échelle mondiale. Si l'existence d'un accord bilatéral sur l'investissement doit constituer un facteur positif et important dans les décisions d'investir dans un pays étranger, l'accord n'en demeure pas moins qu'un seul des nombreux facteurs à considérer. En 2004, la Chine a ajouté six traités bilatéraux sur les IED

⁸⁶ "World trade talks, In the rough", *The Economist*, November 5-11, 2005, p.77

⁸⁷ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁸⁸ "Tired of Globalisation", *The Economist*, November 5-11, p.11-12

⁸⁹ C. DEBLOCK, *loc.cit.*, note 2

⁹⁰ *Id.*; M. RINELLI, *op.cit.*, note 85, p.185-186; RAPPORT SUR L'INVESTISSEMENT DANS LE MONDE 2000 DE LA CNUCED (il y avait déjà 1856 traités bilatéraux d'investissement à la fin de 1999

⁹¹ Andrew T. GUZMAN, *Why LDCs Sign treaties that hurt them : explaining the popularity of Bilateral investment treaties*, n.38, *Virginia journal of International law*, 1998, p.639-688; Matthew W. BARRIER, *Regionalization : the choice of a new millenium*, n.9, *Currents : International Trade Law journal*, 2000, p.25-34; Robert H. jr. EDWARDS, Simon N. LESTER, *Towards a more comprehensive World trade Organization Agreement on trade related investment measures*, n.33, *Stanford Journal of International Law*, 1997, p.169-214; Murray GIBBS, Mina MASHAYEKHI, *The Uruguay Round Negotiations on Investment: Lessons for the future*, CNUCED (<http://unctad.org/en/docs/investgm.pdf>), 1998; Martin KHOR, *Trade an investment : Fighting over investors' right at WTO*, *Third world network* (<http://www.twinside.org.sg/totle/right-cn.htm>); Rupert SCHLEGELMICH, *WTO: Why still no multilateral rules for foreign direct investment*, n.6 vol. 3, *International trade law & regulation*, 2000, p.78-83; A. SINGH, *op.cit.*, note 49; Terrence P. STEWART, *The GATT Uruguay round: A negotiating history (1986-1994)*, vol 1-4, Deventer, Boston, La Haie, Londres, Kluwer law international, 1991-1999

à sa liste déjà longue⁹². De plus, le Canada s'est engagé dans un effort renouvelé pour élargir son réseau d'accords bilatéraux sur les investissements et le commerce et négocie présentement avec la Chine⁹³. Les négociations se sont tenues à Beijing, du 21 au 23 septembre 2004 et ont reprises du 31 mai au 1^{er} juin 2005. Cet accord, s'il est signé, aura probablement pour principal effet d'assurer une meilleure protection des investissements d'une partie contractante sur le territoire de l'autre mais préservera le droit des deux états de mettre en place des règlements dans l'intérêt public⁹⁴.

2 Cadre idéologique et culturel influençant le droit interne chinois

Comme dans toutes les parties du monde, un certain nombre de données culturelles constituant les fondements de la société chinoise vont conditionner et modeler la façon pour les chinois d'aborder le droit et de mettre en place un cadre juridique pour régir leurs relations. On trouve dans l'âme chinoise un certain nombre de traits culturels développés sur 25 siècles qui sont très éloignés de l'idéologie capitaliste mais ne rendent pas impensable une adaptation à ce système. Le Confucianisme, le Taoïsme, le Bouddhisme et le Maoïsme ont chacun à leur façon un rôle à jouer dans la mise en place de la nouvelle idéologie politique de la Chine d'économie socialiste de marché⁹⁵.

2.1 Perspective historique

La Chine ancienne ne connaissait que la notion de responsabilité et ignorait le concept des droits et de l'exercice de ceux-ci. Cette société n'avait donc besoin ni de lois ni de contrats puisque chacun devait se comporter en fonction de ses devoirs dans la société⁹⁶. La philosophie de Confucius a comme fondement de ramener à la société toute entière les règles régissant les rapports entre les membres d'une même famille. C'est le statut, la position au sein de la société qui doit définir l'individu et conséquemment ses droits et devoirs, ce qui doit en théorie exclure toute possibilité de confrontation. L'individu n'est pas un centre d'initiative mais fait partie d'une totalité qui l'insère dans un réseau d'obligations et structure ainsi toutes ses relations. La hiérarchisation quasi bureaucratique de sa vision de la société s'oppose à l'initiative individuelle

⁹² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, op.cit., note 3, p.58

⁹³ COMMERCE INTERNATIONAL CANADA, Négociations et accords commerciaux, Initiatives régionales et bilatérales, www.international.gc.ca/tra_nac/fipa_list_fr.asp

⁹⁴ Le Conseil commercial Canada Chine constitue un effort de mise en relations par les autorités des deux pays pour accroître le commerce et les investissements entre les deux. En place depuis 1978 ; Site internet de Commerce international Canada, Négociations et accords commerciaux- Initiatives régionales et bilatérales www.international.gc.ca/tra_nac/fipa_list_fr.asp; Paul EVANS, Yuen Pau WOO, Le Canada et la Chine mondialisante : de la relation particulière au partenariat gouvernemental, Ministère des affaires étrangères et du Commerce international du Canada, 29 avril 2004

⁹⁵ Jean MANDELBAUM, Daniel HABER, La victoire de la Chine, l'occident piégé par la mondialisation, Paris, Descartes et compagnie, 2001

⁹⁶ Tim AMBLER, Witzel MORJEN, Doing business in China, London, Ratledge, 2000, p.103

indispensable qui caractérise l'économie libérale et la pensée capitaliste. Par ailleurs, le confucianisme place le travail, l'éducation, le respect du savoir et la mobilisation de la volonté comme valeurs essentielles permettant d'atteindre la dignité de l'homme. Le travail en réseau propre à la mentalité chinoise est une source de fiabilité et de confiance. Ainsi, dans une certaine mesure, et bien qu'étant à certains égards contradictoires, ces valeurs sont compatibles avec l'univers capitaliste. Le Bouddhisme quant à lui, incite à l'inaction puisqu'il enseigne que le destin de chacun est associé au destin des autres. Par ailleurs, le fait de travailler sans attendre de récompense terrestre et de comprendre que le changement est au cœur de la réalité et que l'on doit y être préparé puisqu'il y a impermanence des choses prépare les chinois au changement de communisme à capitalisme. De son côté, le Taoïsme apporte la souplesse et la flexibilité indispensables à un système capitaliste en postulant que toute affirmation contient en elle-même sa propre contradiction⁹⁷.

La révolution culturelle sous Mao, qui a duré de 1966 à 1976, a placé la Chine dans une situation d'autarcie, de planification centrale et d'anarchie. Le Maoïsme prévoyait des modes de gestion de la société fondé sur deux axes important : Le Hukou, document essentiel à l'organisation de la société chinoise, est fondé sur l'appartenance de chaque individu à un lieu géographique faisant en sorte que l'individu ne peut quitter facilement ce lieu. L'autre grande forme de contrôle de l'individu dans l'idéologie de Mao est le Danwei qui constitue l'unité de travail assignée à l'individu. Cette unité exerce un contrôle économique et social pendant toute la durée de la vie de l'individu. Ces éléments sont difficilement conciliables avec l'idéologie capitaliste qui prône dans une certaine mesure la liberté et l'initiative individuelle, toutefois l'importance accordée aux idées maoïstes diminue graduellement. À la fin de la révolution, soit à la mort de Mao en 1976, une opportunité s'est présentée. Deng Xiaoping est donc intervenu avec ses quatre principes de modernisation afin de provoquer les changements économiques fondamentaux dont la Chine avait besoin pour se relever de cette période difficile⁹⁸.

2.2 Situation actuelle

Dans un discours à Shenzhen en 1992, Deng Xiaoping a amené en Chine l'idée de l'économie socialiste de marché. L'idée, qui est maintenant l'idéologie en Chine est d'ajouter aux mécanismes de marché (instrument de créativité et d'allocation optimale des ressources) le socialisme (modes de répartition des richesses). Ce qui n'est finalement pas très loin de l'objectif politique de nombreux pays européens bien que cela ne soit pas exprimé de la même façon. La Chine veut

⁹⁷ J. MANDELBAUM, *op.cit.*, note 95; A. FAURE-BOUTEILLER, *op.cit.*, note 7

⁹⁸ A. FAURE-BOUTEILLER, *op.cit.*, note 7 ; T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.92

finalement s'approprier ce qu'elle estime bon du capitalisme tout en écartant les excès du libéralisme ; elle espère ainsi concocter une recette qui fera en sorte qu'elle aura une place prééminente sur la scène internationale. Les élites chinoises croient en la validité de ce capitalisme à la chinoise. Ils fondent en grande partie leur jugement sur les résultats : un PIB multiplié par quatre en vingt ans, une richesse qui bien que mal répartie pour le moment saute aux yeux, un esprit d'entreprise bien répandu, des capitaux qui affluent du monde entier, des acheteurs de plus en plus nombreux et des vendeurs excités par le plus grand marché de consommation du monde⁹⁹.

« Qu'un chat soit noir ou blanc, peu importe s'il attrape des souris »¹⁰⁰. La pensée moderne chinoise qui s'est tant opposé au capitalisme, la Chine demeurant un pays communiste, revient en quelques sortes à une acceptation du marché comme la meilleure façon de régir la production et la concurrence bien qu'elle le dissocie de la notion de capitalisme. Les prix formés sur le marché libre sont perçus comme la meilleure forme d'allocation des ressources et l'économie trop planifiée ayant fait dans le passé la démonstration coûteuse de son inefficacité. Les chinois croient que la réglementation par le marché a besoin d'un encadrement juridique strict pour définir les règles du jeu, ce dont ils disent s'être dotés. Les autorités reconnaissent la nécessité de la législation et de tribunaux indépendants pour remplacer la vertu confucéenne et le droit est perçu comme l'outil d'expression du droit des autres et de la société face aux dérives de l'individu, qui demeure par ailleurs régi par un ensemble de devoirs déterminée par sa place au sein de la société. Ainsi, ce que plusieurs appellent maintenant le capitalisme à la chinoise est un capitalisme garanti par un état fort qui contrôle les règles qu'il a institué et qui participe lui aussi de manière importante au jeu du marché. L'état demeure omniprésent dans un grand nombre de secteurs qui sont souvent les mêmes que ceux encore contrôlés dans les pays occidentaux. La régulation du marché par l'état est intense et le marché n'est pas vraiment libre mais libéré en permanence. Les autorités doivent être extrêmement vigilantes pour éviter que des acteurs du marché libre n'acquièrent des positions de monopole qui mèneraient à des contraintes par le marché¹⁰¹.

Par ailleurs, Hu, qui assume la tête du parti communiste depuis deux ans et était au départ perçu comme un réformateur libéral est maintenant perçu comme un conservateur autoritaire. Il semble que ses attaques du néo-libéralisme aient coïncidées avec un ralentissement sur le marché, ce qui dans l'histoire économique a été une réaction normale. Dans ce contexte, de nouvelles lignes

⁹⁹ J. MANDELBAUM, *op.cit.*, note 95

¹⁰⁰ Discours de Deng Xiaoping à la fin de sa vie qui a été interprété comme le fait que le capitalisme pouvait s'installer en Chine.

¹⁰¹ J. MANDELBAUM, *op.cit.*, note 95

directrices sont mises en place pour une réponse à l'interventionnisme de l'état, remettant en cause des réformes remontant aussi loin que 1990. La phrase clé de Hu est maintenant « l'équilibre dans le développement »¹⁰². Malgré cette attitude plus autoritaire, tout récemment et un peu ironiquement, pour réaffirmer l'adhésion de la Chine au marché, les dirigeants du parti communiste ont adopté un programme de cinq ans¹⁰³ marquant un tournant vers le développement durable. Ce programme de cinq ans prévu pour les années 2006-2010 a été accepté le 11 octobre 2005. On continue de rechercher une forte croissance économique, en modifiant cependant les règles de base du fonctionnement de l'économie. Les détails de ce programme sont encore secrets jusqu'en mars 2006 moment de la session annuelle du parlement, mais on dit qu'il vise une meilleure distribution de la richesse et une protection accrue de l'environnement. Cependant, à la différence de son prédécesseur, il ne fait aucune mention de la nécessité d'encourager le secteur privé¹⁰⁴.

Comme nous le verrons, il n'est pas si certain que les chinois aient réussi à mettre en application tous les principes dont ils se sont dotés et que nous avons énoncés ci-devant. La Chine demeure à ce jour un pays où les décisions importantes sont encore guidées par des considérations essentiellement politiques et où le parti, fort de ses 50 millions de membres est, avec l'armée, la seule organisation omniprésente et omnipotente ; l'activité économique est dans une grande marge encore régie par le politique. Les entreprises d'état sont encore très importantes et jouissent d'une place de choix à cause entre autres du rôle social qui leur est relégué. La majorité des dirigeants de ces entreprises sont issus du parti. Le parti est encore animé par une politique marxo-léniniste-maoïste ou du moins, puisqu'il n'existe pas de consensus même au sein du parti, socialiste de marché. On peut donc douter de la capacité d'un pays comme la Chine à mettre en œuvre une politique économique de libéralisation des marchés¹⁰⁵. Par ailleurs, le ciment principal en Chine n'est plus qu'idéologique mais est de plus en plus orienté vers des considérations pragmatiques et l'atteinte des ambitions personnelles ce qui conduit d'avantage vers une libéralisation de l'activité économique. La Chine est aujourd'hui une coalition d'intérêts multiformes qui cherchent à tirer profit de leur position ce qui peut remettre en question les politiques socialistes visant le bien commun¹⁰⁶. Cela pourra exercer une certaine pression pour la mise en place réelle de la nouvelle idéologie chinoise. Par ailleurs, le capitalisme chinois est encore sauvage puisque ce n'est pas toute la population qui s'est

¹⁰² "China, Hu's in charge", *The Economist*, August 20-26 2005, p.31-32

¹⁰³ Ironiquement, le propre des pays communistes a depuis leur début été de mettre en place des « plans » de 5 ans, et maintenant voilà que les dirigeants du parti communiste mettent en place un « programme » de 5 ans pour montrer leur adhésion au marché.

¹⁰⁴ "China's communist party plenum, Five more years", *The Economist*, October 15-21, 2005, p.45

¹⁰⁵ Bien qu'il soit possible d'argumenter sur le statut de pays en développement de la Chine dans les dernières années, vu entre autres la position qu'a adoptée cette dernière au sein de l'OMC et de la longue liste de ses succès sur les palmarès de la scène internationale.

¹⁰⁶ A. FAURE-BOUETILLER, *op.cit.*, note 7

adaptée et certains ont été et continuent d'être pris au dépourvu. Cela entraîne de très fortes disparités individuelles et régionales qui pourraient causer éventuellement une menace au développement de la Chine¹⁰⁷.

Le système de droit interne aujourd'hui en place en Chine a été forgé par divers facteurs, tant idéologiques que relatif à la place de la Chine sur la scène internationale. Certains éléments ont pris plus d'importance que d'autres dans la mise en place de la politique d'ouverture de la Chine qui se reflète dans sa législation. Puisque notre objectif est de passer en revue le contenu du droit interne applicable aux IED et la façon dont ces règles sont appliquées pour être en mesure de déterminer dans quelle mesure les investisseurs étrangers bénéficient aujourd'hui en Chine d'un environnement sécuritaire et d'un traitement non discriminatoire engendré par l'absence de mesures de protection du marché, il est primordial pour la suite de l'analyse de garder en tête certains facteurs clés ayant influencé ce cadre juridique.

Un des éléments essentiels à une bonne compréhension du cadre des IED aujourd'hui en place en Chine est l'accession de cet état à l'OMC en 2001. Comme condition de son admission au sein de cette organisation, la Chine s'est engagée à réformer l'ensemble de son système législatif dans le but d'y insérer d'avantage de rationalité, de prévisibilité, de transparence, d'uniformité ainsi qu'un contrôle indépendant. Cela revient à dire que les membres de l'OMC ont exigé de la Chine qu'elle fasse ce qui s'impose pour devenir un état de droit. La Chine devait prendre ces engagements à cœur puisque cela lui permettrait de gagner le statut de partenaire commercial fiable sur la scène internationale. Nous verrons dans les sections qui suivent que de nombreux efforts ont été faits par les autorités chinoises dans l'atteinte de cet objectif mais que par ailleurs, la Chine ne peut pas encore être qualifiée d'état de droit, ce qui laisse supposer qu'elle a encore beaucoup à faire pour remplir l'ensemble de ses engagements.

En ce qui concerne la conclusion au niveau international d'un accord multilatéral sur l'investissement, rien de substantiel n'a jusqu'à maintenant été accompli. Il est vrai qu'un accord de base a été conclu en 1995 et que certaines dispositions des accords de l'OMC relatifs aux services et à la propriété intellectuelle puissent s'appliquer aux IED mais cela demeure négligeable dans la détermination du cadre juridique applicable aux IED. Il commence de plus à être fort douteux que les négociations aboutissent un jour à un accord vu les positions diamétralement opposées des pays du nord et du sud. Ce qui est d'avantage intéressant pour notre analyse est la position de la Chine dans ces négociations. Elle mise sur la libéralisation

¹⁰⁷ J. MANDELBAUM, *op.cit.*, note 95

lorsqu'elle regarde du côté des pays en développement et des opportunités que ces derniers présentes comme marché pour sa production et à la fois sur la protection des marchés, principalement du sien lorsqu'elle regarde du côté des pays développés avec qui un certain protectionnisme est de mise, pour contrôler son marché et ainsi gérer son développement économique. En attendant, en ce qui concerne la relation entre le Canada et la Chine relativement à l'IED, il faudra surveiller la conclusion d'un éventuel accord bilatéral qui pourrait avoir des répercussions importantes sur le cadre juridique applicable aux IED entre ces deux pays.

Quant au cadre idéologique et politique de la Chine, il a inévitablement un impact sur les politiques qui ont été ou qui seront mises en place dans le droit interne chinois relativement aux IED. L'absence de droit pendant la plus grande partie de l'histoire de la Chine rend le rattrapage de cette dernière important. À cet effet, nous remarquerons rapidement que le chemin parcouru depuis le début de la réforme en 1979 est impressionnant, ce qui rend plus difficile une critique sans scrupule de ce qui est aujourd'hui en place. De plus, le changement idéologique vers l'économie socialiste de marché influe nécessairement sur le contenu législatif chinois. Il forge ce droit dans le but de le mettre à l'image de cette nouvelle politique économique. Il s'exprime par un désir d'utiliser les mécanismes du marché tout en s'assurant de bien les contrôler par un cadre juridique stricte et par un désir de répartition des richesses sur le territoire. Cependant, bien que la législation tende vers l'atteinte de ces grands principes idéologiques, nous constaterons dans les sections qui suivent que beaucoup reste encore à faire tant au niveau du contenu du droit interne que de son application, le politique conservant encore dans une grande mesure le dernier mot quant au traitement réservé aux IED sur le territoire chinois.

PARTIE II- DROIT INTERNE APPLICABLE AUX INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS DIRECTS (IED) EN CHINE

Le contexte politique et culturel de la Chine, le droit international, le rôle de la Chine sur la scène internationale et les pressions que subi cette dernière venant de la communauté internationale que nous venons d'aborder brièvement déterminent le contenu du droit interne chinois. De façon importante les pressions internationales ont forcé la Chine à développer ce droit interne qui était, compte tenu de l'historique culturelle et politique de celle-ci, quasi inexistant jusqu'à tout récemment. Les lois adoptées dans le cadre de la mise en place d'un système juridique en Chine nous permettent d'évaluer le traitement qui est réservé aux IED et de mesurer le degré de protection dont ils bénéficient. C'est également en fonction de cet ensemble législatif qui reflète le cadre idéologique et politique de la Chine moderne que nous pourrions déterminer dans quelle mesure les autorités protègent le marché en instaurant des mesures protectionnistes qui ont pour effet de discriminer les investisseurs étrangers en leur accordant un traitement différent de celui réservé aux nationaux.

Nous aborderons donc dans cette section les lois applicables aux IED qui nous semble avoir un impact tant sur la protection du marché chinois que sur la protection des investisseurs étrangers. Essentiellement, ces lois sont celles qui restreignent les secteurs d'activités étant ouverts aux IED, les lois relatives à l'établissement des diverses structures de l'IED et relatives à la mise en opération des différents projets d'IED, soit surtout les lois applicables aux divers contrats de base ainsi que le droit relatif à la propriété intellectuelle et finalement le traitement fiscal réservé aux IED.

Nous avons cru bon de séparer le traitement de cette section en fonction de l'objet des lois, soit les mesures restreignant les secteurs d'activités, les règles d'établissement et relatives au contrat et les règles fiscales, pour une meilleure compréhension des enjeux. Toutefois, dans la réalité, toutes ces lois doivent être prises en compte simultanément par l'investisseur étranger. L'objet social déterminera la possibilité pour un projet d'entreprise d'être approuvé par les autorités en charge du territoire choisi pour implanter l'entreprise et souvent également la forme que l'investissement étranger devra prendre. De la même façon, les incitatifs fiscaux applicables aux IED devront être pris en compte dès les étapes initiales de la mise en place d'un projet d'IED puisque l'investisseur étranger n'en bénéficiera qu'en fonction des régions d'implantation et des secteurs d'activités choisis. Tous ces éléments pris en compte permettront à l'investisseur étranger de faire un choix éclairé en fonction de la spécificité de son projet pour bénéficier du traitement le plus avantageux possible et de la meilleure protection pour son investissement.

Les sources du droit interne en Chine sont très variées. En plus des lois, il existe des règlements nationaux et locaux. La codification ne s'opère donc pas seulement au niveau national mais également au niveau local entre autres par le biais des assemblées populaires locales et des gouvernements populaires locaux¹⁰⁸. Le comité permanent de l'ANP, deuxième organe législatif, intervient pour interpréter et contrôler la mise en œuvre de la constitution, formuler et amender les lois qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'ANP, publier des dispositions supplétives aux lois adoptées par l'ANP et abroger les dispositions réglementaires et les textes adoptés par les assemblées populaires locales qui parfois contredisent la *Constitution* ou les lois adoptées par l'ANP ou son comité permanent. Le CAE qui est le troisième organe législatif de la Chine, peut également publier directement ou indirectement, par l'intermédiaire des ministères et commissions d'état placées sous son autorité, des textes réglementaires (circulaires, décisions et avis), après les avoir soumises à l'ANP ou à l'assemblée populaire locale. Les assemblées populaires locales jouissent également d'un pouvoir législatif qu'elles peuvent exercer pour répondre aux besoins locaux, à condition de ne pas contredire les dispositions constitutionnelles et législatives nationales. Le pouvoir législatif des gouvernements locaux est en principe circonscrit à l'adoption, par l'assemblée populaire locale, de textes pris en application des lois nationales, de textes supplétifs ou de ceux réglementant des questions strictement locales¹⁰⁹. Les normes locales ne peuvent en aucun cas être plus permissives que les règles nationales mais il arrive que les règles locales soient plus strictes. Tout en se conformant aux dispositions des lois et règlement nationaux, les règles édictées localement contiennent très souvent sur une même question des dispositions très différentes les unes des autres. Certains points font l'objet d'une attention particulière dans une localité et sont complètement passés sous silence dans une autre. Des conflits entre les lois et règlements des différents paliers du gouvernement sont fréquents¹¹⁰. En toute situation, il est primordial pour un investisseur étranger de se renseigner très précisément sur le contenu des règles qui sont localement applicables, et en particulier de vérifier que les dispositions en question ne sont pas contraires au droit national¹¹¹.

Le droit applicable aux IED est assez complet. Il permet cependant de constater que le traitement réservé aux investisseurs étrangers est encore substantiellement différent de celui qui est réservé aux chinois. Ce traitement est parfois désavantageux, étant plus formaliste et parfois nettement à l'avantage des investisseurs étrangers. Il est difficile de déterminer dans quelle mesure un

¹⁰⁸ Tao JINGZHOU, *Droit chinois des affaires*, Paris, Éditions Economica, 1999, p.15-16

¹⁰⁹ Benjamin BERRUX, « S'implanter en Chine », dans Pierre LETOCART, *Centre français de commerce extérieur*, Paris, Éditions CFCE, 2003, p.38 à 40

¹¹⁰ T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.94

¹¹¹ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.15-16

équilibre existe quant à la protection accordé à chacun mais il est certainement aisé de constater qu'existe à l'heure actuelle un système distinct applicable aux IED.

1 Restrictions imposées aux investissements étrangers directs (IED) en fonction de leur secteur d'activité

Comme nous l'avons vu à la Partie I, la Chine, bien qu'elle tienne à garder le contrôle sur l'entrée de capitaux à l'intérieur de ses frontières, a adopté, comme la majorité des pays dans un contexte de globalisation des marchés, une politique d'ouverture de son marché. Les autorités chinoises en sont arrivées à la conclusion que l'ouverture sur l'étranger était sans doute le meilleur moyen de soutenir le développement de la Chine, ce qui a contribué à ce qu'elles adhèrent à cette idéologie. Par ailleurs, bien que le mot d'ordre soit en principe l'ouverture des marchés en Chine, et comme cela est le cas dans beaucoup de pays, il subsiste une certaine réticence des autorités qui est présente dans les prises de position de la Chine sur la scène internationale. Ainsi, des règles du droit interne chinois prévoient des limitations aux investissements étrangers en fonction des secteurs d'activités dans lesquelles ils se proposent d'oeuvrer. Ces règles qui agissent comme un filtre des projets d'IED, visent à contrôler les secteurs d'activités qui admettent les investisseurs étrangers en fonction de la définition de leur objet social. Elles limitent substantiellement l'accès des divers projets d'investissement étrangers proposés et ont pris sur ce que les entreprises étrangères déclarent avoir l'intention d'entreprendre, d'où la nécessité de contrôler préalablement les déclarations que font les investisseurs étrangers sur la nature de leurs activités futures. L'investisseur étranger devra obtenir l'approbation de ses activités suivant les règles restrictives prévues essentiellement au *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*¹¹² ainsi que dans certaines lois particulières.

Cet ensemble de règles reflète les préoccupations et les limites établies par les autorités chinoises face à l'ouverture du marché telle que présentée à sa politique d'ouverture. Ces règles constituent la façon la plus directe pour les autorités chinoises de limiter ou d'encourager l'entrée de capitaux étrangers sur le territoire de la Chine. Toutefois cette façon de procéder est visible et identifiable de l'extérieur et ne réussit pas par conséquent, à passer inaperçue. De ce fait, les moyens utilisés par les autorités à cette étape ont été et continuent d'être critiqués. C'est beaucoup à ces politiques internes de contrôle que s'en prennent les organisations internationales telle que l'OMC pour tenter de faire pression sur les autorités chinoises dans le but de faire modifier les règles

¹¹² Catalogue for the Guidance of foreign investment industries (Décision No. 21 du State development planning commission, le State economic and trade commission et le Ministry of foreign trade and economic cooperation, sanctionné le 4 mars, 2003 par le State council, promulgué le 11 mars 2002, en vigueur à compter du 1^{er} avril 2002)

applicables aux entreprises à capitaux étrangers, l'objectif poursuivi étant une plus grande ouverture des marchés au niveau international, position soutenue par les pays développés¹¹³. Bien évidemment et comme nous l'aborderons dans les sections qui suivent, les autorités chinoises utilisent plusieurs autres moyens pour limiter et conserver le contrôle sur l'entrée de capitaux étrangers dans le pays, mais ces moyens sont plus subtils et pourraient être qualifiés d'indirects puisqu'ils visent à assurer un certain contrôle des investissements étrangers à tous les niveaux, une fois leur implantation autorisée.

1.1 Objet social des entreprises à investissement étranger (EIE)

Au moment de s'implanter en Chine, une EIE doit déposer des documents constitutifs dont des articles d'incorporation en conformité avec la *Loi sur les compagnies*¹¹⁴. Ces articles lient la compagnie, ses actionnaires, directeurs, superviseurs et gestionnaires et doivent définir de manière précise l'objet social projeté de l'entreprise. En fonction de l'objet social que l'EIE se donnera avant même l'acceptation de son établissement proposé sur le territoire chinois, elle sera encouragée ou limitée dans son installation en fonction du secteur de l'économie qui chapeaute son objet social. C'est en fonction de la description de l'objet social que seront déterminées les conditions et les restrictions auxquelles sera soumise l'entreprise, entre autres relativement aux régions d'implantations lui étant accessibles mais surtout relativement aux types de structures auxquelles elle aura accès. Puisque le gouvernement chinois exerce encore un contrôle important quant aux types d'activités que les étrangers sont autorisés à exercer à l'intérieur des frontières chinoises, il est logique que le droit chinois impose des obligations strictes relativement à la description du champ d'activité et à un éventuel changement de celui-ci. Il deviendrait autrement trop facile pour les investisseurs en provenance de l'étranger de contourner la protection que la Chine tente d'accorder à ses marchés. Il ne suffirait que d'une fausse description du champ d'activité dans le but d'éviter de toucher à des secteurs protégés de l'économie au moment de décrire son champ d'activité ou encore d'une modification de cette dernière une fois toutes les formalités relatives à l'établissement et la mise en opération de l'entreprise complétées, pour contourner les restrictions imposées aux secteurs d'activités.

¹¹³ On pourrait longuement s'interroger sur le bien fondé d'un tel objectif d'ouverture totale des marchés qui souvent peut avoir des effets dévastateurs sur le développement des pays en voie de développement qui ne sont pas en mesure de compétitionner sur un même pied d'égalité avec les pays développés mais cela est un tout autre débat et notre tâche se limitera à dresser un portrait de la position de la Chine dans sa législation interne relative aux IED

¹¹⁴ Company law of the People's Republic of China (adoptée le 29 décembre 1993, par la 5e session du Comité permanent du 8e National people's congress, promulguée par le National people's congress le 29 décembre 1993 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 révisée et ré-adoptée le 25 décembre 1999 par la 13e session du Comité permanent du 9e National people's congress)

La définition du champ d'activité de l'entreprise est également primordiale puisqu'elle est reprise dans la licence d'exploitation délivrée suite à l'approbation et à l'enregistrement¹¹⁵ de l'EIE à laquelle cette dernière devra se conformer strictement dans le cadre de ses opérations¹¹⁶. Un simple changement dans le champ d'activité de l'entreprise nécessitera un changement des articles d'incorporation qui devra faire l'objet d'un enregistrement auprès de l'autorité compétente, au même titre que les articles d'incorporation initiaux. La EIE désireuse de modifier son objet social devra avoir commencé à exercer son activité principale telle qu'établie initialement et selon les dispositions applicables. Une telle modification devra se conformer à la procédure suivie lors de la définition initiale de l'objet social¹¹⁷. De plus, tout investissement subséquent par une EIE sera considéré comme un supplément de son activité principale, à savoir l'activité telle qu'approuvée à titre d'objet social par l'autorité concernée et devra donc faire l'objet de la même procédure d'approbation.

À la question de l'objet social est aussi immanquablement liée la question des pouvoirs d'une entreprise en Chine. Bien qu'il soit nécessaire de définir strictement l'objet social et donc les activités dans lesquelles l'entreprise propose de s'engager, cette dernière sera autorisée à entreprendre des activités sous-jacentes ou liées à ses activités principales telles qu'elles ont été

¹¹⁵ Règlement de la république populaire de Chine concernant l'enregistrement des sociétés (promulgué par le MOFTEC le 10 janvier 1995) requièrent que toutes les entreprises à investissements étrangers s'enregistrent en tant que corporations auprès de l'administration d'État pour l'industrie et le commerce. L'investisseur étranger peut effectuer directement les formalités d'approbation de création d'une EEDE ou faire appel aux services d'un agent qui coordonnera l'obtention des autorisations nécessaires pour obtenir les bénéfices du droit d'usage des terrains et bâtiments, des fournitures en eau, électricité, gaz,.... Dans tous les cas il faudra : (1) Soumettre une proposition de projet de création de la société établie conjointement avec l'institution administrative centrale/ locale responsable du secteur d'activité concerné, à la CEDR ou sa représentation locale et au MOFCOM. (Ce projet comporte notamment : objet, taille et champ d'activité de la société, nature des produits, technologie et équipements utilisés, proportion des ventes domestiques par rapport aux exportations, besoins en infrastructure et source d'énergie. En principe la notification du rejet ou de l'approbation du projet doit intervenir dans les 30 jours à compter de la date de réception de la demande.), (2) préparer une étude de faisabilité, (3) déposer l'ensemble des documents pour approbation par la MOFCOM : formulaire de création d'une EEDE, étude de faisabilité, statuts de la société, statuts de la société mère étrangère et son certificat d'enregistrement émis par l'administration de son pays d'origine, bilan des trois derniers exercices comptables de la société mère étrangère, liste des équipements devant être importés, lettre d'appréciation de la solvabilité de la société mère étrangère émise par sa banque, copie du contrat de société si la société à capitaux exclusivement étrangers est constitué par plusieurs sociétés étrangères. En principe, le MOFCOM doit notifier sa décision dans un délai maximum de 90 jours à compter de la date de réception des documents soumis à approbation (sauf en cas d'extension de ce délai motivé par une demande d'informations additionnelles par les autorités administratives). (d) enregistrer le certificat d'approbation de la création de la société auprès de l'AIC pour obtenir une licence d'activité dans le délai maximum d'un mois à compter de la date de délivrance dudit certificat (la date de création de la société est celle de la délivrance de la licence d'activité). La licence d'activité est délivrée, dans le délai maximum de 30 jours à compter de la date de la réception de la demande, à titre provisoire tant que le capital enregistré n'a pas été entièrement libéré. Les documents devant être fournis à l'appui de la demande d'immatriculation sont les suivants : formulaire de demande signé par le président et le vice président, copie du certificat d'approbation délivré par le MOFCOM, contrat de société, étude de faisabilité et statuts de l'EIE, liste des membres du conseil d'administration et des principaux dirigeants, certificat de solvabilité, certificat de vérification du capital ou garantie sur fonds propres, documents d'identité des représentants légaux de l'EIE, y compris pièce d'identité du directeur chinois transmise par son ancien employeur, certificat de domicile et exemplaire du bail ou du certificat de droit d'usage, lettre de notification de l'approbation de la dénomination sociale, tout autre document réclamé par l'AIC, le paiement d'un droit d'enregistrement proportionnel calculé sur la base du montant du capital enregistré (jusqu'à 10 millions CNY : 0,1% (minimum de 50 CNY). Entre 10 millions et 100 millions CNY : 0,05%, Au-delà de 100 millions CNY, aucun droit.); B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.98 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, Country commerce- China, UK, Paterson Dartford, Questor Trade park, février 2005, p.45-47

¹¹⁶ Fréquemment, l'objet social qui apparaît sur la licence d'exploitation sera plus restreint que celui mentionné dans les statuts de la société. La justification de ce rétrécissement est purement pratique et relève du fait que l'espace réservé à cet effet sur la licence d'exploitation ne permet pas une description extensive de l'objet social de l'entreprise. Ce problème matériel a pourtant des effets juridiques inquiétants puisque la question de savoir lequel de l'objet social approuvé dans les statuts ou celui abrégé contenu dans la licence d'exploitation est le véritable objet social de l'entreprise n'a pas été résolue. Pour plus de détails, voir la section 2 de la présente partie

¹¹⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.68 ; Ces exigences excluent la possibilité de créer une société coquille dans le seul but de réinvestir.

définies. Un objet accessoire ne sera pas considéré comme une nouvelle activité de l'entreprise et ne requerra pas de modification auprès de l'autorité compétente. Par exemple, même si une licence d'exploitation n'autorise pas une EIE à s'engager dans des opérations bancaires, elle pourra ouvrir des comptes en banque et procéder à toute opération nécessaire pour recevoir et faire des paiements dans la monnaie de son choix (Remimbi ou devises étrangères). De plus, malgré une absence de mention dans la définition de l'objet social, l'entreprise pourra investir dans l'immobilier, emprunter de l'argent, licencier sa technologie, s'engager dans un certain nombre d'activités similaires qui peuvent être ou non incidentes à son objet social spécifique et même investir dans d'autres sociétés domestiques.

On remarque la complexité et la lourdeur de ce processus visant à déterminer l'objet social d'une EIE se proposant d'entreprendre une activité commerciale sur le territoire chinois. De plus, une grande part de ce régime de détermination de l'objet social repose sur l'obtention de permissions de la part des autorités, ce qui intègre dans le processus une grande part de discrétion de ces dernières avant même que l'EIE ne soit formellement établie en Chine. Vu ces considérations, les règles relatives à l'objet social, bien que n'étant pas en elles-mêmes un élément de discrimination face aux investisseurs étrangers, ces dernières étant théoriquement applicables de la même façon à toutes les entreprises sur le territoire chinois, constituent dans les faits un moyen de contrôle important par les autorités qui détiennent un pouvoir discrétionnaire quant à l'approbation de l'objet social susceptible de varier suivant l'identité de celui qui présente une demande.

1.2 Réforme des restrictions relatives à certains secteurs d'activités : *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* et autres initiatives législatives

Une fois défini, l'objet social de l'entreprise doit être approuvé par l'autorité compétente locale ou nationale, selon la taille du projet¹¹⁸. Évidemment, au moment de déterminer son objet social, l'entreprise devra considérer les règles restreignant l'accès à certains secteurs de l'économie chinoise puisque c'est en fonction de ces dernières que les autorités détermineront si l'entreprise peut exercer les activités proposées. Une telle approbation du projet d'entreprise est essentielle à la progression du projet vers les étapes subséquentes de sa réalisation, dont son enregistrement au registre des entreprises dans le but d'obtenir une licence d'opération. Sans la licence d'exploitation, aucune activité d'affaire ne peut être poursuivie au nom et pour le compte de la compagnie. Toutefois, en principe, ces règles ne constituent pas un facteur de discrimination puisqu'elles sont appliquées à toutes les entreprises en Chine qu'elles soient composées de

¹¹⁸ Supra à la page 56

capitaux étrangers ou non¹¹⁹. Cependant, puisqu'elle est sujette à approbation, les commentaires de la partie III sur l'effectivité de la règle de droit sont pertinents à la question du projet d'entreprise.

C'est en se fondant sur la définition de l'objet social de l'EIE prévue dans ses documents constitutifs que les autorités détermineront si cette dernière peut s'implanter en Chine pour exercer les activités telles que proposées. Les autorités se fonderont sur les règles établissant les restrictions d'établissement d'EIE en fonction des secteurs d'activités soit essentiellement celles contenues aux *Catalogues d'orientation des investissements étrangers*¹²⁰ ainsi que dans diverses lois et règlements particuliers adoptés suivant les besoins, ce qui dans les faits s'est surtout présenté suite à l'accession de la Chine à l'OMC. Nous aborderons d'une perspective historique les initiatives législatives qui ont été engagées pour réglementer les secteurs d'activités dans lesquels l'implantation d'entreprises étrangères serait permise dans le but de faire ressortir la tendance générale à l'ouverture du marché chinois au cours des dix dernières années. Il faut toutefois garder à l'esprit que les restrictions demeurent nombreuses et continuent de protéger le marché chinois constituant du point de vue de l'investisseur étranger une forme de discrimination.

Un premier *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*¹²¹ a été adopté en 1995 pour refléter le plan de développement économique et social du gouvernement central chinois en matière d'investissements étrangers directs. Bien que ce catalogue présente certaines ouvertures on constate la subsistance d'un contrôle important de l'autorité centrale chinoise sur l'accès accordé aux IED sur son territoire. Par la suite et allant tout à fait à l'encontre des grandes lignes de conduites que s'étaient données les autorités chinoises dans leur plan d'ouverture sur l'extérieur, la version amendée du Catalogue de 1998 augmentant le nombre des restrictions par secteurs appliquées aux investissements étrangers directs sur le territoire de la Chine. Nous ne nous expliquons pas très bien ce changement de cap et la tendance aurait peut être été

¹¹⁹ Plusieurs documents doivent être envoyés au registre des entreprises pour que la compagnie soit en mesure d'obtenir sa licence d'exploitation. Les investisseurs doivent d'abord soumettre une proposition d'établissement d'entreprise qui doit être approuvée par les autorités chinoises. Par la suite, les investisseurs peuvent négocier et signer les documents de l'entreprise tel que les statuts d'incorporation. Ces derniers doivent être approuvés par les administrateurs du commerce international du gouvernement chinois dans les cas où des investisseurs étrangers sont impliqués. Suite à toutes ces approbations, la licence d'opération est émise et l'entreprise peut passer à travers la série de formalités des institutions commerciales et industrielles chinoises pour être en tout points conformes à ce que requièrent les autorités. Les procédures d'enregistrement pour une entreprise comprenant dans son capital des investissements étrangers sont encore plus complexes. Ces entreprises doivent se conformer aux mêmes règles que celles imposées aux entreprises chinoises relativement par exemple à ses statuts d'incorporation mais doivent faire preuve d'encore plus de rigueur. Elles doivent déposer une demande préalable d'enregistrement de leur nom, avant même le dépôt de ses règles d'incorporations. Une fois le nom enregistré il sera réservé au bénéfice de l'entreprise pour une période d'un an et elle acquerra le droit de l'utiliser au moment de son incorporation et de son enregistrement comme entreprise. Si ce processus dure plus d'une année, elle aura perdu l'usage exclusif de ce nom. L'entreprise deviendra une entité légale ayant la personnalité juridique à compter du jour où sa licence d'entreprise sera délivrée. Suite à l'obtention d'une licence d'opération, les dites entreprises doivent ouvrir un compte de dépôt bancaire en Rmb auprès de la Banque de Chine, ou d'une autre banque désignée, et un compte en devise étrangère auprès d'une Banque désignée par l'administration d'état pour les échanges internationaux (SAFE). ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.28

¹²⁰ *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*, *précité* note 112

¹²¹ *Catalogue for the Guidance of foreign investment industries*, (Promulgué le 27 juin 1995, édicté par le State development planning commission, State economic and trade commission et le Ministry of foreign trade and economic cooperation (MOFTEC))

maintenue, n'eut été de pressions politiques internationales exercées en lien avec les négociations de la Chine pour son accession à l'OMC. À la conclusion des négociations, la Chine a signé un protocole d'accession à l'OMC reflétant la série d'engagements issus des négociations. Elle s'engageait à une plus grande ouverture de ses marchés et donc à adapter ses lois internes pour refléter ce qui avait été convenu comme étant des conditions de son accession. La Chine s'engageait à se remettre sur la bonne voie et à suivre la politique d'ouverture établie en 1995 par les autorités et dont elle s'était écartée en 1998, tout en accentuant et en accélérant cette ouverture pour se conformer à ses engagements internationaux. Dans les faits, immédiatement suite à la clôture de ce long cycle de négociations, on assista en matière d'IED à une série d'ouvertures dans de nouveaux secteurs de l'économie chinoise. Par ailleurs, et la raison de cela peut susciter toutes sortes d'hypothèses, plutôt que d'intégrer ces ouvertures dans le cadre législatif déjà en place, les ouvertures furent plutôt exprimées dans une série de lois particulières adoptées au lendemain de la clôture des négociations et se poursuivant encore aujourd'hui. Il est prévu que les dernières lois de ce groupe seront adoptées d'ici la fin de l'année 2006.

Suite à ces bouleversements et probablement dans le but d'adapter le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* à ces nouvelles législations éparses, une nouvelle version amendée du *Catalogue* fut adoptée en 2002¹²². On y respectait cette fois le principe directeur d'ouverture des marchés mais le *Catalogue* n'a pas du tout consolidé les ouvertures faites dans les lois particulières. Il n'en a repris qu'une partie. Les autorités ne se sont pas expliquées sur les motifs de cette consolidation partielle. On retrouve aujourd'hui, en conséquence de cette évolution deux législations parallèles visant l'atteinte des mêmes objectifs de contrôle de certains secteurs de l'économie chinoise face aux IED ; les diverses versions du *Catalogue* et les nombreuses lois particulières ayant amenées chacune à leur tour des ouvertures. S'ajoute à cela une réforme des règles d'approbation qui constitue un effort significatif des autorités pour réduire les incertitudes liées au processus d'approbation, puis finalement une réforme du *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* en 2005¹²³ qui n'a par ailleurs rien modifié de substantiel par rapport à la version de 2002 et dont on s'explique difficilement l'utilité. Il existe également un *Catalogue des investissements étrangers* distinct pour les provinces du centre et de l'ouest. Ce dernier est plus permissif quant à certains secteurs d'activités et répond à des impératifs de développement qui sont propres à ces régions.

1.2.1 *Catalogue d'orientation des investissements étrangers de 1995*

¹²² *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*, version amendé de 2002, **précité** note 112

¹²³ *Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries*, Order of the State Development and Reform Commission, the Ministry of Commerce of the People's Republic of China No.24, en vigueur à compter du 1er janvier 2005

Le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* de 1995¹²⁴ constitue la première version d'un instrument qui est encore aujourd'hui privilégié par les autorités comme étant un outil efficace de contrôles des IED en Chine. Son rôle est de déterminer les secteurs de l'économie chinoise accessibles aux étrangers et donc tout autant les nombreux secteurs qui leurs sont encore fermés partiellement ou en totalité. L'adoption du Catalogue et la détermination de son contenu reviennent au *National Development and reform commission (NDRC)*¹²⁵ et au MOFCOM¹²⁶. Ce premier Catalogue a été promulgué conformément à ce qui avait été exposé dans les *Dispositions intérimaires guidant les investissements étrangers*¹²⁷ dans le but de s'assurer que les IED se conforment au plan de développement économique et social du gouvernement central chinois¹²⁸. Ainsi, le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*¹²⁹, bien qu'imposant énormément de restrictions aux IED dans le but évident de protéger le marché chinois, a comme mission à plus long terme de mettre en place la politique d'ouverture graduelle dont l'effet doit être d'accorder plus de protection aux IED et surtout un traitement plus semblable à celui des investisseurs domestiques. Ceci diminuera sensiblement la discrimination dont les investisseurs étrangers sont victimes au détriment de l'importante protection encore accordée aux acteurs du marché chinois. Considéré comme l'expression de l'ouverture de la Chine, le Catalogue est conçu comme un document devant être régulièrement mis à jour. Ses règles doivent être prises au sérieux puisqu'elles sont appliquées avec une certaine rigueur et que, par exemple, des projets impliquant des investissements étrangers et ayant reçu l'approbation des autorités chinoises peuvent par la suite être purement et simplement annulés pour cause de violation de ses dispositions¹³⁰.

Le Catalogue classe en quatre catégories les secteurs industriels devant être considérés par les autorités d'approbation au moment de prendre la décision d'autoriser ou non l'implantation d'une EIE en Chine. Il énumère la liste des secteurs d'activité où l'investissement étranger est interdit, restreint ou encouragé. Lorsqu'un secteur ne figure pas dans le Catalogue, il est tout simplement permis. Ce classement en quatre catégories distinctes, a des incidences à quatre niveaux soit au niveau de la possibilité de faire approuver un projet, de l'instance (centrale ou locale) d'approbation, de l'importance de la participation étrangère autorisée et finalement de l'éligibilité à certains régimes de faveur, fiscaux notamment, que nous aborderons ci-après¹³¹.

¹²⁴ Catalogue d'orientation des investissements étrangers de 1995, précité note 121

¹²⁵ qui a absorbé l'ancien State Economic and trade commission

¹²⁶ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121

¹²⁷ Provisional regulations of foreign investment guidelines or Interim provisions for Guiding foreign investment, (promulguées par le State development planning commission le 27 juin 1995)

¹²⁸ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121, art. 1

¹²⁹ Id.

¹³⁰ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121, art. 12

¹³¹ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.64 à 68

De manière générale, dès 1995, les règles contenues au Catalogue sont favorables aux secteurs des hautes et nouvelles technologies, de l'agriculture, des ressources énergétiques, des communications, de l'exploitation des matières premières d'importance aux projets orientés vers l'exportation et qui permettent de faire entrer en Chine des devises étrangères, à ceux visant la prévention de la pollution et la protection de l'environnement et enfin ceux qui tentent d'avantager les provinces du centre et de l'ouest de la Chine¹³². À l'inverse, les investisseurs étrangers se voient généralement interdire l'accès aux projets que les autorités jugent comme pouvant mettre en danger la sécurité de l'état, causer de la pollution, des troubles environnementaux ou de santé publique, qui utilisent de grandes terres agricoles, qui sont défavorables ou nuisibles au développement ou à la protection des ressources foncières ou qui mettent en danger la sécurité et le fonctionnement normal de l'armée chinoise¹³³.

Plus spécifiquement, les projets interdits dans le Catalogue de 1995 sont ceux qui mettent en danger la sûreté de l'état ou l'intérêt public, nuisent à l'environnement, détruisent les ressources naturelles, nuisent à la santé publique, requièrent trop de terrain arable, gênent des installations militaires, ou encore prévoient l'utilisation de techniques ou technologies qui sont propres à la Chine, cette dernière protégeant jalousement les secteurs qu'elle a développé sans l'aide des étrangers pour promouvoir l'initiative de ses entrepreneurs. Ces derniers projets ne peuvent en aucun cas faire l'objet d'investissements étrangers¹³⁴. Il est raisonnable que les autorités chinoises imposent des limites à l'installation d'entreprises à investissements étrangers pouvant compromettre la sécurité de l'état ou faisant une mauvaise utilisation des ressources naturelles et foncières. La population totale chinoise atteint aujourd'hui 1,3 milliards et ce sur un territoire relativement restreint. Pour s'assurer de continuer d'être en mesure de subvenir aux besoins de cette population, il est justifié selon nous que certaines ressources de base fassent l'objet d'un minimum de protection dans le but de contrer un pillage des ressources.

Les projets restreints sont pour leur part ceux dont la technologie est désuète, qui nuisent à la réduction de l'utilisation des ressources naturelles et à l'amélioration de l'environnement, qui impliquent l'exploration ou l'exploitation de minerais protégés et qui interviennent dans des secteurs que l'état ouvre de manière graduelle. Les principales restrictions liées aux projets d'IED qui sont classés dans les catégories restreintes sont d'une part que l'investisseur étranger doit s'être entendu avec des partenaires éventuels sur le terme des opérations, celui-ci devant être

¹³² Ces provinces étant nettement plus pauvres puisque la presque totalité de l'essor économique de la Chine est concentrée dans les provinces côtières de l'est du pays.

¹³³ What items are encouraged for foreign investment by China and what are prohibited?, China internet information center, webmaster@china.org.cn.

¹³⁴ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p. 64 à 68

clairement stipulé dans les documents constitutifs, et d'autre part, que l'autorité d'approbation ne peut être déléguée à un niveau inférieur à celui du gouvernement provincial de la région autonome ou de la municipalité spécifique stipulée selon le cas¹³⁵. De deux catégories restreintes (A et B), la catégorie restreinte A est un peu moins rigoureuse notamment en ce qui a trait aux procédures d'approbation ainsi qu'en raison de la possibilité pour les projets d'IED entrant dans cette catégorie d'être requalifiés en projets autorisés si le volume de leurs ventes à l'exportation dépasse 70% du volume total des ventes¹³⁶. Cette catégorie est donc une catégorie intermédiaire par laquelle plusieurs secteurs passeront au cours de leur processus d'ouverture, cette dernière se faisant en général de manière graduelle.

Finalement, relèvent généralement de la catégorie encouragée, les industries qui utilisent une technologie qualifiée par les autorités chinoises de « nouvelle », « avancée » ou simplement de « haute technologie ». Le seul avantage clair lié à une industrie encouragée mentionné dans le Catalogue est que, pour certains projets d'investissements étrangers encouragés impliquant la construction et la gestion à grande échelle et à long terme d'infrastructures, le domaine d'activité peut être étendu à d'autres domaines connexes¹³⁷. Les EIE de ces secteurs de haute technologie sont accueillies avec bienveillance en Chine puisqu'elles permettent le développement d'industries de pointe et la formation d'industriels chinois qui seront plus tard en mesure d'œuvrer seuls dans ces secteurs. La Chine mise énormément sur le secteur technologique et dans la politique de commerce extérieur de cette dernière un lien étroit existe encore à ce jour entre technologie et investissements étrangers.

1.2.2 Version amendée du catalogue de 1998

À compter du 1^{er} janvier 1998, une nouvelle version a supplanté le Catalogue de 1995 mais les *Dispositions intérimaires guidant les investissements étrangers*¹³⁸ ont continué de s'appliquer. Bien que l'organisation du *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* de 1998¹³⁹ soit demeurée identique à celle du Catalogue de 1995, une partie substantielle du contenu des catégories a subi des modifications. Un grand nombre de ces modifications a restreint d'avantage l'environnement des IED ce qui est surprenant vu la politique « d'ouverture » que disait avoir adopté les autorités centrales chinoises tel que mise en oeuvre dans le Catalogue de 1995¹⁴⁰. Les

¹³⁵ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121, art. 9 et 10 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.68 à 72

¹³⁶ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121, art. 11 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.68 à 72

¹³⁷ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121, art. 8 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.69

¹³⁸ Précité note 127

¹³⁹ Catalogue of major industries, products and technologies encouraged for development in China, (en vigueur à compter du 1er janvier 1998, approuvé par le State council le 29 décembre 1997 et émis par le State planning commission le 31 décembre 1997)

¹⁴⁰ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.68 à 72

opportunités d'IED furent réduites principalement par l'ajout de qualifications restrictives pour certains éléments de la catégorie encouragée. À titre d'exemple, dans l'industrie du commerce domestique le contrôle fut renforcé par l'ajout d'une exigence suivant laquelle la partie chinoise devait garder une participation de contrôle ou de majorité dans toute entreprise conjointe de ce secteur. On peut aussi voir la tendance à la fermeture par l'élargissement de la catégorie restreinte B (la plus rigoureuse des deux catégories restreintes) qui s'est exprimé par une augmentation des contraintes pesant sur certaines industries déjà énumérées dans cette catégorie. Cette fermeture observée dans cette seconde version du Catalogue s'est finalement exprimée par un élargissement de la catégorie prohibée bien que cette catégorie ait été celle qui a subi le moins de modifications, continuant d'interdire l'investissement étranger dans des domaines comme celui des moyens de diffusion¹⁴¹ de l'information de masse, des arts et de la médecine traditionnelle chinoise ainsi que de la gestion de service publics urbains et la production d'armes. Finalement, et ce au grand désarroi des investisseurs étrangers, la gestion et l'exploitation des services de télécommunications est demeuré, en 1998, sur la liste des industries prohibées¹⁴².

Il faut par ailleurs mentionner que ce Catalogue révisé a aussi introduit quelques ouvertures entre autres en ajoutant à la liste de la catégorie encouragée un nombre important de nouveaux secteurs, comme par exemple les projets de protection de l'environnement ou de construction ainsi qu'en supprimant de la catégorie restreinte certaines industries importantes comme celles du charbon, de l'équipement et du matériel de construction et des métaux. Toutefois, en dépit d'un tel relâchement dans ces quelques secteurs spécifiques, la tendance générale est demeurée à la recrudescence des restrictions et ainsi à une augmentation de la protection accordée au marché chinois au détriment des investisseurs étrangers¹⁴³.

1.2.3 Concessions faites par la Chine lors de son accession à l'Organisation mondiale du commerce (OMC)

Lors de son accession à l'OMC en 2001, la Chine a pris des engagements devant mener à une ouverture encore plus significative de ses industries aux investisseurs étrangers. Une série de règles se retrouve dans des lois particulières et témoignent de la pression politique importante qui était exercée sur la Chine à cette période. Malgré cela, les autorités centrales ont refusé d'accorder aux étrangers la possibilité de gagner le contrôle de certains secteurs vus comme stratégiques ou importants à l'économie chinoise. Il demeure par conséquent des limites à

¹⁴¹ les secteurs de la radio diffusion et de la télédiffusion ont été ajoutés à la catégorie des secteurs prohibés

¹⁴² T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.70 à 72

¹⁴³ id.

l'ouverture proclamée du marché chinois malgré l'accession à l'OMC que la Chine convoitait pour lui donner une crédibilité internationale.

Un des exemples les plus significatifs du fait que la Chine ait, malgré des concessions importantes, conservé le contrôle sur son marché, est sans doute qu'au cours des négociations, la Chine ait toujours réussi à éviter les discussions qui l'aurait mené à s'engager à dénouer le lien qui existe entre IED et transfert de technologie, bien que le protocole d'entrée visait à empêcher que ce lien puisse être fait¹⁴⁴. La Chine a depuis le tout début de son ouverture sur l'étranger accordé beaucoup d'importance à l'obtention de technologies de pointe dans le but de mettre en place des industries concurrentes sur les marchés internationaux. À notre avis, cela est en partie dû aux exemples de développement économique que trouve la Chine autour d'elle. On peut par exemple penser au Japon qui a beaucoup misé sur les secteurs de hautes technologies pour nourrir son développement¹⁴⁵.

Le fait que tant de changements soient survenus uniquement suite à des négociations au niveau international pour l'accession de la Chine à l'OMC, montre à quel point les pressions politiques au niveau international ont un rôle à jouer dans le droit interne d'un pays comme la Chine. Évidemment, on ne peut pas savoir comment les autorités chinoises auraient agi si elles n'avaient pas subi de pression devant mener à l'ouverture du marché chinois. Toutefois, on peut supposer que les concessions qu'a fait ce pays n'auraient pas été aussi importantes ou auraient tardé à intégrer le droit interne. Les pressions politiques internationales ont donc eu un rôle de premier plan à jouer dans la modification du droit interne chinois relatif aux IED. C'est à notre avis en grande partie grâce à ces pressions qu'est attribuable l'ouverture graduelle que nous observons de façon plus constante depuis l'accession de la Chine à l'OMC en 2001. Il faut noter toutefois que cette ouverture avait été amorcée avant cette date charnière puisqu'il faut considérer que les autorités chinoises négociaient l'accession à l'OMC depuis 1986 et devaient au cours de cette période faire preuve de bonne volonté et donc entamer la mise en place de mesures réformatrices de son droit interne. Au surplus, dans certains secteurs clés, la Chine a apporté des modifications importantes à son droit interne suite à son accession à l'OMC. Les nouvelles lois, pour la plupart de petites lois ayant un objectif spécifique d'ouverture propre à un secteur pointu, ont été adoptées immédiatement au lendemain de son accession en 2001 mais d'autres sont entrées en vigueur plus tard. Il est prévu que des lois de ce type continueront d'entrer en vigueur jusqu'à la fin de l'année 2006, date butoir qui fut prévue au moment de l'accession de la Chine à l'OMC. La

¹⁴⁴ Shenkar ODED, *The Chinese century: the rising Chinese economy and its impact on the Global Economy. The balance of power and your job*, University of Pennsylvania, Whartan School Publishing, Pearsons Education, 2005, p.67

¹⁴⁵ Bien que le Japon ait d'avantage misé sur le développement de technologies à l'intérieur de ses frontières plutôt qu'importés par le biais d'IED

Chine devrait donc en principe s'être conformé à l'ensemble de ses engagements d'accèsion à l'OMC d'ici la fin de l'année 2006. Dans ce contexte, certains secteurs de l'activité économique chinoise font l'objet de réformes très importantes, comme par exemple les communications, les services, l'accès au marché interne et l'import-export dont nous donnerons un aperçu ci-après.

A- Secteur des communications et des transports

Dans le secteur des télécommunications, immédiatement suite à l'accèsion de la Chine à l'OMC, les entreprises étrangères ont été autorisées à détenir une participation allant jusqu'à 30% dans les entreprises conjointes (EC)¹⁴⁶ procurant des services ajoutés aux activités de télécommunications dans les villes de Beijing, Shanghai et Guangzhou. Ce plafond fut augmenté à la fin de 2002 à 49% et la zone géographique étendue à 14 autres villes¹⁴⁷. Le maximum de détention fut à nouveau augmenté en décembre 2003 pour atteindre 50 % et toutes les limitations géographiques furent à ce moment retirées. Quant aux services de télécommunication de base, la limite de détention étrangère fut limitée à 49% le 11 décembre 2004 et aucun engagement de la Chine au niveau international ne requiert de nouvelles augmentations de cette limite. Par ailleurs, en août 2005, cinq ministères du gouvernement ont émis un nouveau règlement pour la protection de la culture nationale en interdisant aux EIE ou à des chaînes étrangères de diffuser en Chine et ont imposé des limites sur des ententes entre chinois et étrangers pour la production de films et d'émissions de télévision, limitant ainsi l'exposition des chinois à l'extérieur. Cela aura pour effet de limiter les activités d'entreprises comme Disney et Time Warner¹⁴⁸.

Des règles détaillées sur les entreprises d'imprimerie à capitaux étrangers sont entrées en vigueur le 29 janvier 2002 pour faire suite à la réglementation plus générale d'août 2001. Ces règles autorisent l'établissement d'entreprises à investissements étrangers se proposant d'œuvrer dans le secteur des publications imprimées et objets imprimés pour la décoration des emballages, tout en requérant un capital enregistré minimum de 10 millions de Rmb. Les entreprises entièrement détenues par des étrangers (EEDE) sont autorisées uniquement pour les entreprises œuvrant dans le domaine des objets imprimés pour la décoration des emballages, des EC sous contrôle chinois étant requises pour œuvrer dans le secteur des publications imprimées. De nouvelles règles sont entrées en vigueur en mai 2003 pour permettre la participation étrangère dans les publications pour le marché de détail. Quelques compagnies étrangères ont démontré un intérêt à s'implanter dans ce secteur tel que Bertelsmann (Allemagne) et McGraw Hill (US).

¹⁴⁶ *Supra* à la page 64

¹⁴⁷ Chengdu, Chongqing, Dalian, Fuzhou, Hangzhou, Nanjing, Ningbo, Qindao, Shenyang, Shenzhen, Taiyuan, Wuhan, Xiamen et Xian

¹⁴⁸ "China's media back on the leash", *The Economist*, August 20-26 2005, p.32

L'ouverture de ces secteurs était tout à fait prévisible puisque le réseau de communication chinois est encore en développement. Par ailleurs, il est tout autant compréhensible que l'ouverture accordée en cette matière ne soit que très limitée, les autorités chinoises ne désirant pas céder le contrôle d'entreprises de communications visant le grand public à des investisseurs étrangers pour des impératifs de contrôle de l'information¹⁴⁹. Des considérations de cet ordre relatives aux communications sont présentes dans la majorité des pays et n'ont donc rien de surprenant. Par exemple, la *Loi sur les investissements étrangers*¹⁵⁰ canadienne prévoit certaines restrictions quant à la détention par des étrangers d'entreprises oeuvrant dans le secteur des communications¹⁵¹.

Le développement d'un réseau de transports efficace est essentiel au développement économique d'un pays comme la Chine, plus spécifiquement à un développement uniforme de l'ensemble du territoire. L'ouverture du secteur des transports est probablement un moyen pour la Chine de tenter de rééquilibrer les disparités de développement entre les régions côtières et celles du centre et de l'ouest. Tant que les régions moins développées demeurent isolées ou difficiles d'accès, leur développement sera compromis. En ce sens l'ouverture du secteur des transports, bien qu'elle n'ait pas été requis lors des négociations pour l'entrée à l'OMC, était stratégique pour les autorités chinoises on peut par ailleurs imaginer que les autorités chinoises aient été ambivalentes sur la question. Un des courants de pensée quant au développement économique de la Chine est à l'effet que les autorités désirent garder le plus longtemps possible des populations dans des conditions précaires pour continuer de pouvoir offrir aux entreprises étrangères une main d'œuvre bon marché permettant des coûts de production faibles. Les autorités maintiendraient des populations isolées pour s'assurer cette réserve, d'où sans doute la subsistance de multiples contradictions. Peu importe la motivation ayant poussée les autorités chinoises à le faire, le MOFCOM et le Ministère des voies ferrées ont ensemble adopté un règlement le 29 août 2000 autorisant les étrangers à investir dans des entreprises de transport ferroviaire. Les entreprises étrangères ayant un minimum de 10 ans d'expérience dans cette industrie sont maintenant autorisés à investir dans des EC pour un maximum de 49 % du capital

¹⁴⁹ Par ailleurs, par peur qu'une trop grande liberté de presse rende nécessaire une réforme politique, les histoires de pauvreté, de maladie et de corruptions ne semblent plus être les bienvenues, depuis peu. Toutefois, la censure ne se fait pas directement par le biais de restrictions du secteur des télécommunications mais plutôt par la méthode de l'exemple qui consiste à faire peur à ceux qui s'impliquent dans de telles histoires, espérant faire peur aux autres. Dans la dernière année deux membres de la presse internationale ont dans ce contexte été emprisonnés. ; "China's media back on the leash", *The Economist*, August 20-26 2005, p.32

¹⁵⁰ Law of the People's Republic of China on foreign capital enterprises (approuvée par la 4eme session du 6eme National peoples congress le 12 avril 1986, promulgué par l'ordre no.39 du Président de la République populaire de Chine et en vigueur à compter du 12 avril 1986, révisé en accord avec la decision de réviser la loi à la 18° rencontre du Standing committee du 9° National people's congress le 31 octobre 2000, promulgué par ordre no.41 du président de la République populaire de Chine, entré en vigueur le jour de sa promulgation)

¹⁵¹ Loi concernant les investissements au Canada, LRC (1985), ch.28 ; Robert P. PATERSON, Martine M.N.BAND, International trade & investment law in Canada, 2nd Edition, Paterson & Band, 1995, Carswell Thompson professional publishing, p.12.1-12.28

social. Ces EC doivent avoir un capital enregistré minimum de 25 millions de USD et peuvent opérer pour une période allant jusqu'à 20 ans. De la même façon, de nouveaux règlements, entrés en vigueur le 1^{er} août 2002 ont été promulgués par le MOFCOM et d'autres agences d'investissement étranger pour autoriser les investisseurs étrangers à former des EC oeuvrant dans le secteur de l'aviation. Ces règlements requièrent que l'EC soit contrôlé par le partenaire chinois et un partenaire étranger seul ne peut détenir plus de 25% du capital de l'EC. Récemment, le ministère chinois des voies ferrées s'est dit prêt à autoriser des EEDE à prendre en charge des EE de transport ferroviaire. Cela sera certainement bénéfique et devra continuer de se faire dans d'autres secteurs pour que l'économie chinoise continue de progresser¹⁵².

Le protocole d'entrée de la Chine à l'OMC ne prévoyait rien de spécial pour le secteur d'activité des logistiques. Toutefois le MOFCOM s'est chargé de mettre en place une réglementation¹⁵³ permettant l'établissement de EC dans certaines zones pilotes sur le territoire dont les villes de Beijing, Chongqing, Shanghai, Shenzhen et Tianjin et les provinces du Guangdong, Jiangsu, et du Zhejiang. Un capital enregistré minimum de 5 millions de USD est requis et la forme requise est l'EC dans laquelle l'investisseur étranger n'est pas autorisé à détenir la majorité. Ces entreprises ne seront par ailleurs autorisées qu'à vendre leurs propres produits et uniquement ceux qui sont produits en Chine. L'ouverture de ce secteur, bien que modérée a créé de l'insatisfaction au sein des entreprises chinoises de services postaux¹⁵⁴.

B- Secteur des services (principalement financiers et professionnels)

À compter de 2005, la Chine a aboli les restrictions régionales applicables dans le domaine de l'assurance en permettant aux étrangers d'offrir des assurances santé, des assurances de groupe et des services de pension partout sur le territoire de la Chine. Les autorités ont également abaissé les restrictions imposant un plancher de la somme des actifs d'une entreprise étrangère désireuse d'œuvrer comme agent de courtage et autorisera l'établissement d'EEDE dans ce secteur. De plus, en conformité avec le protocole d'accession de la Chine à l'OMC et dès cette accession, les entreprises étrangères ont été autorisées à détenir jusqu'à 50 % des parts d'une EC dans le domaine de l'assurance vie, permettant en sus à l'investisseur étranger d'aménager la structure pour s'arroger le contrôle dans la gestion d'une telle entreprise. Finalement, les IED dans

¹⁵² "Chinese companies, over the Great wall", The Economist, November 5-11, p.71

¹⁵³ entrée en vigueur le 26 juillet 2002

¹⁵⁴ À titre d'exemple, China Post a insisté pour que son marché soit protégé et même étendu. Dans cette optique, dans une notice de février 2002, China post a demandé que les entreprises privées de livraison ne pourraient se charger que des colis pesant plus de 500 grammes et devaient charger des prix plus élevés que ceux de China Post. Aucune suite ne semble toutefois avoir été donné à ces demandes. ; Le MOFCOM et l'agence nationale du tourisme ont promulguées de nouvelles règles qui sont entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2003, autorisant l'établissement d'agences de voyage sous forme de EEDE ou de EC contrôlées par des investisseurs étrangers. Par ailleurs ces agences de voyage sont autorisées sur un territoire restreint soit dans les villes de Beijing, Shanghai, Guangzhou, Shenzhen et Xian et sont restreinte à l'organisation de visites dans les limites du territoire chinois.

le domaine des assurances de risques commerciaux d'envergure, de réassurance, d'assurance maritime, d'aviation et de transport international ont été autorisés dès l'accession de la Chine à l'OMC à détenir une participation dans une entreprise de courtage pouvant aller jusqu'à 50%. Cette limite a par la suite été augmentée à 51 % à la fin de 2004 et il est prévu qu'elle atteindra 100% à la fin de 2006. Elle permettra en fait à l'État chinois de faire supporter une partie des risques de pertes à des assureurs étrangers.

Les banques chinoises font très mauvaise figure, de nombreux prêts ne seront pas remboursés puisque dans une large mesure, les banques chinoises prêtent sous les ordres du parti et financent des gouffres sans fonds telles que les improductives entreprises d'état (EE). Une réforme des banques est donc importante pour le développement économique chinois. Les IED stratégiques, qui apportent des connaissances techniques, sont maintenant autorisés à obtenir une participation minoritaire dans les banques. Les investisseurs étrangers sont aussi incités à investir dans les banques chinoises par des incitatifs financiers tel des prix moindre que ceux inscrits aux livres. Toutefois, comme la participation étrangère dans ce secteur est encore limitée, le rôle des étrangers dans la gestion est également restreint, ce qui réduit l'ampleur des réformes. Pour que les réformes de ce secteur soient réellement entreprises, les prises de contrôle par des investisseurs étrangers devront être autorisées¹⁵⁵. En 2004, cinq banques chinoises ont fait entrer en Chine 2,7 milliards de USD sous forme d'IED et l'entrée totale d'IED dans le secteur des banques a représenté 3,8 milliards de USD¹⁵⁶. On peut ainsi croire que ces mesures d'ouverture ont eu et continueront d'avoir un impact positif sur le marché chinois et le développement de la Chine et donc sur l'atteinte des objectifs établis par les autorités chinoises dans sa politique d'ouverture. Par exemple, HSBC a cet année acquis 19,9% de participation dans Bank of Communications (le 5^e plus gros prêteur chinois), pour une somme de 1,7 milliards de USD.

Quant aux institutions financières autres que les banques, elles auraient dues être autorisées à fournir du financement automobile dès l'accession de la Chine à l'OMC en 2001 mais elles n'ont

¹⁵⁵ "Special report, China's Banking industry, A great big banking gamble", *The Economist*, October 29- November 4, p.71-73; Dans ce contexte, les banques étrangères se voient graduellement accorder plus de latitude tant au niveau des activités qu'elles peuvent exercer qu'au niveau des zones géographiques qui leur sont accessibles. Toutes leurs activités en devises étrangères ont été libéralisées au moment de l'entrée de la Chine à l'OMC. L'étendue géographique autorisant les banques étrangères à transiger en Rmb avec des entreprises étrangères a été élargi au premier décembre 2002 à un plus grand nombre de villes (De Shanghai, Shenzhen, Dalian et Tianjin à Guangzhou, Nanjing, Qingdao, Wuhan et Zhuhai. Furent ajoutées à la liste le 1er décembre 2003 Chengdu, Chongqing, Fuzhou et Jinan, puis Beijing, Kunming et Xiamen à la fin de 2004. Ningbo, Shantou, Shenyang et Xian devrait être ajoutés à cette liste fin 2005.) Le 1^{er} décembre 2003, les entreprises étrangères ont été autorisées à transiger en devises locales avec des entreprises domestiques. Toutes les restrictions géographiques devraient par ailleurs disparaître d'ici la fin de l'année 2006. Il est également prévu que les banques étrangères auront accès aux transactions en Rmb avec des individus d'ici la fin de l'année 2006. Toutefois, pour compenser cette ouverture, il est prévu que le minimum de capital requis par ce type d'entreprise passera de 12 millions de USD qu'il est actuellement à 72 millions de USD suite à l'abolition des dernières restrictions géographiques. De plus, et tel que cela a été accordé lors de l'accession de la Chine à l'OMC, pour transiger en Rmb, une banque étrangère devra justifier de 3 années d'opérations en Chine dont les deux dernières devront nécessairement avoir été profitables. (Les initiatives à ce titre tant par les autorités locales que provinciales pour libéraliser d'avantage les domaines bancaires et de l'assurance ont mené plusieurs banques étrangères à installer un bureau de représentation dans les grandes villes côtières chinoises et dans certains centres urbains des provinces du centre.)

¹⁵⁶ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, op.cit., note 3, p.52

gagné ce privilège que deux ans plus tard, soit en octobre 2003. Avec le développement exponentiel du marché chinois de l'automobile qui est maintenant un des plus importants du globe, cette concession constitue un élément important de l'ouverture de la Chine. En 2003, la demande d'automobile sur le marché chinois a augmenté de 75%. En 2004, 5 millions de voitures ont été vendues à des chinois, ce qui fait de la Chine le troisième plus gros marché automobile au monde. Elle devrait devenir le deuxième dans les prochaines années puisque 450 millions de personnes ont maintenant un pouvoir d'achat de 7000\$, ce qui est considéré suffisant pour l'achat d'une automobile. Le gouvernement chinois veut faire de l'automobile un des piliers de son économie, faisant avantageusement participer les chinois à l'essor des entreprises de fabrication d'automobiles, les investisseurs étrangers étant limités à une détention de 50% dans de telles entreprises¹⁵⁷. Mais pour que le marché continue de s'agrandir, le financement des consommateurs est un élément important. Par ailleurs, bien que les restrictions aient en théorie été levées à cette date, les deux premières EIE autorisées à offrir du financement automobile en Chine, Volkswagen (Allemagne) et General Motors (États-Unis) ne le furent que tout récemment en août 2004. Ces ouvertures du secteur des institutions financières ont permis de diversifier les sources de financement disponibles tout en accordant la possibilité aux entreprises étrangères de faire affaire avec des banques et des institutions financières étrangères pour une partie de leurs opérations en Chine, ce qui dans certains cas, a pu être rassurant¹⁵⁸.

En 2002, le *Règlement pour l'administration de bureau de représentation de Cabinets d'avocats étrangers en Chine*¹⁵⁹ a autorisé l'établissement de cabinets d'avocats étrangers sur le territoire chinois, mais ces derniers ne sont par ailleurs pas autorisés à pratiquer le droit chinois. Ils ne peuvent que conseiller leurs clients sur l'application de celui-ci. Quant aux comptables, ils bénéficient maintenant d'un accès sans restrictions au marché chinois. Cette ouverture à l'égard des professionnels étrangers a sans doute pour but de rassurer les investisseurs étrangers notamment en ce qui a trait à l'information financière pour ce qui est des comptables et de l'interprétation de la législation chinoise pour ce qui est des avocats. À notre avis, l'accès de ces professionnels au marché chinois, bien qu'il ne soit pas total, est une façon efficace pour la Chine de promouvoir et de démystifier l'accès des IED à ses marchés et est donc en ce sens un élément qui ne pouvait être négligé, bien que ce bénéfice soit indirect. Par ailleurs, le rôle de ces professionnels étant surtout de faire les mises en garde qui s'imposent, on peut comprendre que

¹⁵⁷ "Dream Machines", *The Economist*, June 4-10 2005, p.24-26

¹⁵⁸ Dans le secteur des valeurs mobilières, les EC avec une détention étrangère minoritaire ont été autorisées à s'engager dans la gestion de fonds au même titre que des entreprises domestiques lors de l'accession de la Chine à l'OMC, étant par ailleurs limitées à une détention d'un maximum de 33 % du capital action des EC établies dans ce secteur. Ce maximum fut augmenté à 49% à la fin de 2004.

¹⁵⁹ entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002

la Chine ait exprimé certaines réserves quant à l'opportunité de leur permettre un accès sans bornes.

C- Accès au marché interne

En matière d'activités de commerce interne, la règle générale applicable sur l'ensemble du territoire chinois demeurait jusqu'à tout récemment l'interdiction pour les entreprises à investissement étranger d'œuvrer dans ce secteur c'est-à-dire essentiellement de vendre leur production ou d'offrir leurs services en Chine. Cette activité a par ailleurs été autorisée de manière exceptionnelle sur le marché chinois à compter de 1992 pour quelques sociétés mixtes de six villes¹⁶⁰ et cinq Zones économiques spéciales (ZES)¹⁶¹. Le *Règlement amendé sur les sociétés mixtes de capitaux*¹⁶², entré en vigueur le 22 juillet 2001, fut une autre étape d'ouverture de ce secteur en permettant aux sociétés mixtes de capitaux (SMC)¹⁶³ de vendre leurs productions sur le marché interne. Ce règlement a du même coup aboli la règle générale qui interdisait la vente sur le marché interne à moins que le produit ne soit requis de manière urgente et pour remplacer des importations nécessaires à la production des entreprises qui achetaient cette production¹⁶⁴.

L'accession de la Chine à l'OMC semble avoir eu un impact significatif sur ce secteur d'activité puisqu'un courant de libéralisation plus important se fait sentir depuis l'année 2001. Depuis cette date charnière, les activités de service après vente, jadis interdites, sont autorisées. La presque totalité des biens peuvent aujourd'hui être distribués par des entreprises étrangères sur le marché chinois¹⁶⁵, à l'exception des livres, journaux et magazines¹⁶⁶. Ainsi le 11 décembre 2003, les investisseurs étrangers furent autorisés à détenir une participation majoritaire dans une EIE de vente en gros ou au détail. Puis, le 11 décembre 2004, la Chine s'est conformée à un des engagements clé qu'elle avait prise lors de son accession à l'OMC en 2001, par l'adoption d'un nouveau règlement autorisant les investisseurs étrangers, incluant les EEDE à oeuvrer dans le secteur de la distribution (tant pour la vente en gros que pour la vente au détail) sur l'ensemble du territoire chinois¹⁶⁷ et à transiger directement avec les entreprises domestiques chinoises¹⁶⁸. De

¹⁶⁰ Pékin, Shanghai, Canton, Dalian, Tianjin et Qingdao

¹⁶¹ Shenzhen, Shantou, Zhuhai, Xiamen et Hainan ; Nous aborderons à la section traitant de la fiscalité les spécificités des zones spéciales d'investissement, dont les ZES ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.66

¹⁶² *Regulations for the implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint ventures*, (promulguées le 20 septembre 1983 par le State council, amendée le 15 janvier 1986 par le State council, amendée le 21 décembre 1987 par le State council, amendée le 22 juillet 2001 par le State council en conformité avec la décision du State Council de reviser la Law of the People's Republic of China on Sino-foreign Equity joint-ventures) ; *Interim provisions concerning contract period of Chinese foreign equity joint ventures*, (en vigueur à compter du 22 octobre 1990, approuvées par le State council le 30 septembre 1990 et promulguées par le Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China le 22 octobre 1990)

¹⁶³ Nous aborderons les spécificités de cette structure à la prochaine section des présentes traitant des structures d'établissement

¹⁶⁴ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.74

¹⁶⁵ depuis le 11 décembre 2001

¹⁶⁶ 11 décembre 2002 au détail et 2004 en gros

¹⁶⁷ La responsabilité de l'approbation de ces entreprises revient au MOFCOM depuis le 11 décembre 2004.

plus, la plupart des restrictions relatives au nombre d'implantations ont à ce jour été supprimées¹⁶⁹. Il est par ailleurs prévu, dans la lignée des engagements pris lors de l'accession de la Chine à l'OMC, qu'au 11 décembre 2006, l'ensemble du marché interne aura été ouvert aux IED¹⁷⁰.

Ces ouvertures furent sans doute une des concessions les plus importantes pour la Chine qui avait mis jusque là énormément d'énergie à protéger son marché. La Chine en permettant l'accès de ce marché aux étrangers, a mis sur un même pied d'égalité toutes les entreprises susceptibles de se faire concurrence, retirant aux entreprises chinoises un important marché autrefois captif. Cette ouverture est importante vu le nombre de consommateurs potentiels que représente la population chinoise, ce qui en fait un marché très intéressant particulièrement dans la perspective de l'accroissement du pouvoir d'achat des consommateurs chinois. Cette concession s'imposait puisque de plus en plus, l'avantage de faire affaire en Chine tient à la possibilité pour l'EIE d'exploiter ce marché domestique colossal et en expansion constante¹⁷¹. Par ailleurs, la période pendant laquelle les entreprises chinoises ont pu bénéficier de l'exclusivité aura sans doute contribué à l'essor de ces dernières, ce qui explique pourquoi les autorités chinoises ont pu être réticentes à faire cette concession¹⁷².

D- Activités d'import-export

Un scénario étudié par la Banque asiatique de développement constate que les exportations chinoises progressent deux fois plus vite que le commerce mondial. Pour ne donner qu'un exemple, aujourd'hui, 19% des textiles importés aux Etats-Unis proviennent de la Chine¹⁷³. En conséquence, elle prévoit que la Chine devrait en 2020 réaliser 10 % des exportations mondiales¹⁷⁴. Pourtant, les activités d'import-export¹⁷⁵ en Chine restaient jusqu'à tout récemment réservées à quelques dizaines de milliers d'entreprises chinoises étant titulaires de licences d'import-export. La situation est toutefois en progression, d'une part vu l'ouverture du marché

¹⁶⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.70

¹⁶⁹ Une autre concession intéressante de la Chine concerne le secteur de l'automobile. L'état chinois a aboli l'ensemble des restrictions jadis applicables à l'industrie automobile et qui avait obligé les producteurs automobiles en provenance de l'étranger à s'associer à des partenaires chinois sous la forme de EC. Un accès sans restriction au territoire chinois a été offert aux opérateurs d'hôtels en leur permettant une détention majoritaire dès l'accession de la Chine à l'OMC et en prévoyant la possibilité d'établir une EEDE dans ce domaine dès la fin de 2005.

¹⁷⁰ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.66-67

¹⁷¹ Ont également été autorisées à cette date la vente au détail de médicaments et pesticides, la franchise et la vente à distance.

¹⁷² "Doing Business in China, Brick Wall", The Economist, September 24-30, p.99; MCGREGGOR, James, 1 billion buyers- Lessons from the front line of doing business in China, Free Press, 336 pp.

¹⁷³ "South East Asia Textiles on the sidelines", The Economist, June 4-10, 2005, p.41

¹⁷⁴ Françoise LEMOINE, L'économie Chinoise- Une synthèse difficile à surpasser, 3^e édition, Paris, tiers monde, Repères, La découverte, 2003, p.108

¹⁷⁵ Une entreprise exportatrice est une entreprise produisant essentiellement dans le but d'exporter et dont la balance des changes reste excédentaire après soustraction des sommes rapatriées en devises étrangères par l'investisseur étranger (Catalogue d'orientation des investissements étrangers, précité note 121, Art.2) ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.105

interne chinois mais également puisque l'établissement d'EC spécialisées dans le domaine de l'import-export a été autorisé pour la première fois dans un texte particulièrement restrictif d'octobre 1996. En vertu de ce règlement, les EC devaient être basées dans la zone économique spéciale de Shenzhen ou à Pudong pour pouvoir œuvrer dans le domaine de l'import-export. Lorsqu'une entreprise ne détenant pas une telle licence désirait importer ou exporter, ce qui est le cas de la presque totalité des EIE, elle devait mandater une société d'import-export détenant la licence appropriée¹⁷⁶. Combiné aux restrictions qui existaient jusqu'à tout récemment quant à la possibilité des entreprises étrangères de vendre leur production sur le marché interne chinois, les investisseurs étrangers oeuvrant dans la production se retrouvaient dans les faits devant une impasse. Ils devaient exporter leur production mais pour ce faire, devait obligatoirement passer par des entreprises chinoises d'import-export qui bénéficiaient de ce fait du dernier mot quand à la distribution hors frontières de la production des EIE établies en Chine.

Ce secteur très prisé de l'import-export s'ouvre progressivement par application des engagements en matière de distribution pris par la Chine lors de son accession à l'OMC. Ces ouvertures ont le potentiel d'être bénéfiques pour la Chine, faisant, entre autres, entrer des devises étrangères sur le marché mais constituent, outre cela, un retour d'ascenseur essentiel à une bonne entente avec les pays imposant peu de limites quant à l'exercice de ce type d'activités par des étrangers sur leur territoire. Aujourd'hui, une EIE établie en Chine qui désire commercer avec l'extérieur doit avoir un capital social minimum de 50 millions de USD (au lieu de 100 millions de USD selon l'ancien texte) et la participation étrangère doit être supérieure à 25 %. Jusqu'au 11 décembre 2003, cette participation étrangère devait être inférieure à 51 %, ce qui assurait aux chinois de pouvoir prendre part à ces activités. Malgré que subsistent plusieurs restrictions, les EIE ont gagné de l'importance dans les secteurs de l'exportation. En 2005, plus de la moitié des exportations de la Chine proviennent d'EIE et ces chiffres ne cessent d'augmenter. On peut donc penser que les mesures mises en place par la Chine permettant aux IED de s'occuper elles-mêmes de leurs exportations ont été extrêmement efficaces dans l'atteinte des objectifs de la politique d'ouverture de la Chine qui misait beaucoup sur l'exportation par les EIE¹⁷⁷.

On constate que les mêmes considérations et principes directeurs que ceux établis dans la 1^{ère} version du Catalogue ont, suite à l'accession de la Chine à l'OMC, été repris. Les secteurs des hautes technologies et des services ont graduellement continué d'ouvrir leurs portes aux

¹⁷⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.67

¹⁷⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT *op.cit.*, note 8, p.35; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.67; Depuis une Circulaire de juillet 2001 les centres de recherche et de développement, structures peu prisées des investisseurs étrangers, peuvent importer de faibles quantités de produits à titre de tests. Un droit similaire a été accordé aux SI afin qu'elles puissent tester les futurs produits des EIE dans lesquelles elles détiennent des participations. Cette même circulaire autorise également des EIE à exporter, outre leur propre production, des biens achetés en Chine.

investisseurs étrangers, ceci étant l'objectif premier des autorités : garder un lien étroit entre IED et technologies pour continuer d'acquérir du savoir faire. La Chine, s'étant engagée dans des négociations ardues, a été obligée de faire des concessions afin d'obtenir le statut de membre de l'OMC, ce qui lui tenait à cœur vu l'impact positif que cela aurait sur son économie. Elle n'a donc pas eu d'autre choix que d'accélérer le rythme de son ouverture et a entre autres dû permettre l'accès à son marché interne, ce qui n'avait pas été inclus dans son plan d'ouverture initial. De la même manière, le secteur des imports-exports se libéralise doucement depuis l'accession de la Chine à l'OMC, bien que la Chine le fasse à son corps défendant. En effet, cette concession est majeure puisqu'elle lui fait perdre une façon de contrôler les entrées et sorties sur son territoire, ce qui a permis une participation incontournable et quasi exclusive de sa classe d'affaire chinoise oeuvrant sans concurrence dans ce secteur d'activité.

1.2.4 Version amendée du catalogue de 2002

L'accession de la Chine à l'OMC en 2001 constitue comme nous venons de le voir un point tournant pour la mise en place de mesures d'ouverture du marché chinois. De ce fait, bien que la révision du Catalogue de 1998 ait dans l'ensemble été marqué par une augmentation des restrictions imposées aux investissements étrangers, la révision de 2002¹⁷⁸ suivant l'énoncé de politiques de la Chine en matière de commerce et les engagements pris au moment de son accession à l'OMC a accru le libéralisme au niveau de l'établissement d'EIE dans de nombreux secteurs¹⁷⁹. Le Catalogue de 2002 a donc repris pour une bonne part la série d'ouvertures entourant l'accession de la Chine à l'OMC, sans toutefois intégrer de manière systématique les ouvertures faites dans les lois particulières dans la période de 1998 à 2001.

Plus précisément, la révision du Catalogue en 2002 a conduit à un élargissement de la catégorie restreinte au détriment de la catégorie interdite. Les sociétés de télécommunications relèvent donc désormais de cette catégorie¹⁸⁰. D'autres secteurs importants ont été transférés de la catégorie interdite à la catégorie restreinte : les activités de construction et d'exploitation de réseaux de gaz, de chauffage central, d'eau potable et d'eaux usées étant désormais ouvertes dans les villes grandes et moyennes, bien que seulement en EC à majorité chinoise. La nouvelle version du Catalogue, adoptée en mars 2002, ne reprend plus au sein de la catégorie des secteurs restreints

¹⁷⁸ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, version amendée de 2002, précité note 112

¹⁷⁹ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.64 à 66

¹⁸⁰ Imax du Canada a annoncé une transaction le 5 janvier 2005 avec Lark International Multimedia, une entreprise domestique chinoise, pour la construction de six cinémas de gros format dans les plus gros centres urbains de Chine jusqu'en 2008. Imax compte maintenant 13 salles de cinéma en Chine et 35 sur l'ensemble du territoire asiatique. L'entreprise a également annoncé une transaction distincte le 13 janvier 2005 pour la construction de 3 salles de cinéma supplémentaires dans la ville de Chongqing, située au centre de la Chine, à titre de partenaire dans un EC avec Chongqing Property Development group. Imax n'a toutefois pas révélé la valeur de ces deux investissements.

les anciennes subdivisions A et B¹⁸¹. Ont également été ajoutées de nombreuses activités de commerce préalablement non répertoriées. De plus, la version de 2002 du Catalogue comporte 265 secteurs encouragés contre 186 dans la version précédente. Cette catégorie a notamment été augmentée de nombreux secteurs dans l'électronique et les communications. De plus, tous les projets réalisés dans des secteurs autorisés (qui ne rentrent pas dans une catégorie définie par le Catalogue) et dont les produits sont en totalité destinés à l'exportation, appartiennent suivant ce Catalogue à la catégorie des investissements encouragés. Cela démontre une motivation des autorités chinoises à permettre un plus grand accès à leurs marchés. La plupart des secteurs en cours d'ouverture en vertu de l'échéancier imposé par l'OMC dans le protocole d'accession de la Chine se trouvent encore dans le Catalogue de 2002 dans la catégorie restreinte, l'investissement étant désormais autorisé mais un certain nombre de contraintes subsistant toujours et devant être supprimées graduellement¹⁸².

Une autre version du Catalogue a été promulguée tout récemment en 2005. Toutefois, cette nouvelle version n'a rien apporté de nouveau par rapport à la version de 2002. Nous nous expliquons difficilement l'objectif visé par l'adoption de cette nouvelle version et on ne s'attardera pas d'avantage à cette dernière puisqu'elle n'apporte pas d'éléments nouveaux dignes d'intérêt. On peut donc conclure que les dernières versions du Catalogue en 2002 et en 2005 qui suivaient l'accession de la Chine à l'OMC ont repris la ligne de l'ouverture initiée en 1995 et des changements importants ont été apportés par rapport à la version de 1998. Certaines des ouvertures prévues à des lois particulières suite à l'accession de la Chine à l'OMC ont été intégrées dans ces versions plus récentes du Catalogue mais ces nouvelles versions n'ont pas consolidé l'ensemble des règles sur le sujet. Cela a pour résultat que la réglementation des secteurs accessibles aux investisseurs étrangers est exprimée parallèlement dans le Catalogue et dans diverses lois particulières. Cela entraîne une plus grande insécurité juridique pour un investisseur étranger pour qui il ne suffit plus de consulter la version la plus à jour du Catalogue. Ce dernier doit s'enquérir de l'existence de lois particulières relatives à son secteur d'activité. Ces lois peuvent être difficiles à recenser et l'investisseur étranger pourra avoir de la difficulté à se faire une idée juste de la législation en place.

1.2.5 Réforme des règles d'approbation des Investissements étrangers directs (IED) en fonction des secteurs d'activités proposés

¹⁸¹ La Chine avait rétabli, à compter du 1^{er} janvier 1998, les mesures d'exemption de droits de douane et de TVA pour les biens importés au titre de la réalisation de projets d'investissement figurant dans les secteurs encouragés ou restreints de catégorie B par le Catalogue d'orientation des investissements étrangers et comportant un transfert de technologie. Cette mesure ne s'applique plus depuis le 1^{er} avril 2002, qu'aux investissements dans des secteurs encouragés. Toutefois, les projets relevant anciennement des secteurs restreints de catégorie B approuvés avant le 1^{er} avril 2002 continuent de bénéficier des avantages acquis.

¹⁸² B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.4 à 68

C'est aux autorités que revient le rôle d'approuver les projets d'EIE en conformité avec les règles relatives aux secteurs d'activités que nous venons de voir. Le montant de l'investissement et la localisation du projet proposé sont les éléments qui déterminent le palier de gouvernement autorisé à approuver le projet. En plus de réglementer les secteurs et puisque pour une bonne part, peu importe la réglementation en place, la décision d'accepter un projet d'EIE sur le territoire de la Chine revient encore aux autorités et qu'on puisse douter que ces dernières se sentent liées par la législation, ce qui importe par-dessus tout est de régir la façon dont les approbations sont données et d'encadrer l'exercice du pouvoir exécutif. En 2004, une réforme d'importance substantiellement modifiée les critères d'approbation et ce à l'avantage incontesté des investisseurs étrangers. Le 11 décembre 2004¹⁸³, au moment du 3^e anniversaire de l'entrée de la Chine à l'OMC¹⁸⁴, une réforme a permis de terminer l'implantation des *Mesures pour l'administration des entreprises à investissement étranger dans le secteur commercial*¹⁸⁵. Le mot d'ordre général est une latitude accrue. En vertu des nouvelles règles, la présomption générale a été inversée : un projet d'IED est permis à moins d'être spécifiquement prohibé s'il ne requiert pas de financement gouvernemental et qu'il se retrouve dans les catégories encouragées ou permises du Catalogue. Les projets rencontrant ces critères n'auront qu'à être enregistrés au Conseil d'État. Cependant, les projets entrant dans la catégorie restreinte demeurent assujettis au contrôle et à l'approbation des autorités et la liste des activités limitées ou interdites aux IED reste à ce jour importante¹⁸⁶.

Le gouvernement central chinois a par ailleurs haussé le seuil à partir duquel les autorités locales ont le pouvoir d'approuver des projets d'IED¹⁸⁷. Dans les faits, les autorités locales, en compétition avec les autres localités pour obtenir l'implantation d'une nouvelle EIE sur leur territoire, sont reconnues pour être beaucoup plus indulgentes et libérales. Elles accordent dans la majorité des cas les approbations requises, ce qui est nettement à l'avantage des investisseurs étrangers. La procédure d'approbation de l'IED peut faire apparaître les rivalités existant entre les autorités

¹⁸³ Annoncée le 25 juillet 2004 ; Le SDRC a émis un communiqué en mars 2000 autorisant les autorités du niveau provincial de gouvernement (incluant les provinces, les régions autonomes et les municipalités) à approuver les projets d'investissement sans égard à leur taille. La signification pratique de cette annonce peut être remise en cause puisqu'elle liste une série d'industries d'importances pour lesquelles les règles ne trouvent pas application tel que les centrales d'énergie, les usines chimiques, l'électronique, le transport aérien et les mines. Les règles sont appliquées de manière spécifique uniquement dans les industries légères et dans les industries pharmaceutiques. Le communiqué décrit également une série de cas spécifiques pour lesquels les règles ne seraient pas applicables: les projets pour lesquels du financement provenant du budget national ou de banques propriétés de l'État est nécessaire, les projets faisant partie intégrante de la planification nationale, ceux pour lesquels le droit d'usage du terrain doit être approuvé par le Conseil d'État, les projets de foresterie pouvant avoir un effet néfaste sur l'environnement, les projets nécessitant un permis d'import export et des projets pilotes. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.28

¹⁸⁴ Tel que nous l'avons mentionné précédemment, une révision est entrée en vigueur au début de 2005, mais n'a apporté aucun changement significatif.

¹⁸⁵ Measures for the Administration on Foreign Investment in Commercial Fields, (émises par le Ministry of Electric power industry le 9 décembre 1997)

¹⁸⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.16 à 23

¹⁸⁷ Id., p.6

locales, soucieuses de développer leur région, et les autorités centrales qui ont une vision plus macroéconomique du rôle des IED. L'investisseur soucieux d'une réalisation rapide du projet a tendance à vouloir éviter de le soumettre à l'approbation des autorités centrales, plus susceptibles de le critiquer, voire de le refuser¹⁸⁸. Les nouvelles règles réduisent le nombre de projets devant obtenir l'approbation du gouvernement central en autorisant les autorités locales à donner leur approbation à des projets d'IED ayant une plus grande valeur qu'auparavant. Pour les projets d'IED d'une valeur inférieure à 100 millions de USD, les autorités en charge de donner leur approbation incluent les ministères d'état, les provinces, les régions autonomes et les municipalités ayant un plan de développement indépendant. Le MOFCOM se réserve l'approbation de projets d'une valeur supérieure à 100 millions de USD (cette valeur était avant la réforme fixée à 30 millions de USD)¹⁸⁹. De plus, le MOFCOM se réserve un pouvoir exclusif d'approbation sur les EEDE produisant des biens destinés à être vendus sur le marché domestique chinois¹⁹⁰. Ce nouveau régime assouplit dans les faits considérablement le traitement réservé aux IED. Cependant, un catalogue distinct dressant la liste des projets qui devraient être approuvés par les autorités baptisé le *Catalogue des investisseurs étrangers*¹⁹¹ a également été promulgué au moment de cette réforme récente. Ce catalogue énumère des actifs et des projets importants dans 11 industries tel que les infrastructures et l'agriculture qui requièrent l'approbation du conseil d'état même en l'absence de financement gouvernemental. Dans les cas où une approbation est requise, cette dernière peut provenir soit de l'État ou des autorités locales suivant l'ampleur de l'investissement proposé¹⁹².

Une pratique qui consiste à limiter le montant de l'investissement total à 100 millions USD, y compris en le découpant plus ou moins artificiellement en plusieurs structures dont l'investissement total propre est inférieur à 100 millions USD a été développée pour limiter le pouvoir des autorités centrales sur l'approbation de nouveaux projets d'IED¹⁹³. À terme cette pratique démontre ses limites, notamment quand les relations au niveau local se sont refroidies et que l'investisseur étranger en vient à rechercher le soutien des autorités centrales ou encore

¹⁸⁸ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.97

¹⁸⁹ Le MOFCOM est dans la majorité des cas l'autorité d'approbation ayant compétence au niveau national bien que la Commission de Développement et de réforme d'état (SDRC) soit l'organe compétent pour accorder l'ultime approbation.; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.28

¹⁹⁰ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.28 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, 95 ; Ces règles générales s'appliquent pour les projets de la catégorie permise et restreinte en conformité avec le Catalogue d'orientation des investissements étrangers, *précité* note 113 (en vigueur en date du 1^{er} avril 2002). Le MOFCOM ne se dessaisit pas totalement de ses pouvoirs puisque l'autorité locale qui approuve un projet doit lui transmettre une série de documents. Le MOFCOM dispose alors d'un mois pour répondre à l'autorité locale et lui faire part de ses éventuelles objections. Il faut donc rester vigilant et ne pas se contenter de la lettre d'approbation des autorités locales, s'agissant d'une EIE dans un secteur encouragé dont l'investissement est supérieur à 30 millions USD, dans la mesure où le MOFCOM dispose encore d'un mois pour remettre en cause le projet. En admettant que le MOFCOM ne soulève aucune objection, le certificat d'approbation sera remis à l'EIE un mois après la lettre d'approbation. La situation est moins claire dans le cas où le MOFCOM souhaite formuler des objections. Il est probable que ces objections doivent être communiquées aux parties au projet, pour que celui-ci soit amendé, à la suite de quoi seulement le certificat d'approbation pourra être délivré.

¹⁹¹ Measures for the administration of foreign investment in commercial fields, en vigueur à compter du 26 novembre 1998

¹⁹² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.16 à 23

¹⁹³ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.97

quand l'investisseur se heurte au refus catégorique des autorités centrales d'approuver un accroissement de l'IED au dessus de la barre fatidique des 100 millions USD, tandis que l'investissement initial a déjà entraîné des dépenses substantielles. Cette pratique perd par ailleurs de son intérêt avec la tendance récente au renforcement des pouvoirs locaux d'approbation¹⁹⁴. La décision d'opérer une réforme du système d'approbation des IED représente un effort significatif de la Chine pour réduire l'incertitude ayant jusque là entouré l'approbation des projets d'IED.

1.2.6 Catalogue d'orientation des investissements étrangers spécifique pour le centre et l'ouest du pays

À la fin de l'an 2003, 29 millions de chinois vivaient sous le seuil de la pauvreté, soit 800 000 de plus que pour l'année 2002. Les chinois dans cette situation se trouvent en grande majorité dans les zones rurales de la Chine, soit pour la plupart dans les provinces du centre et de l'ouest du pays. Les régions de l'ouest à elles seules occupent 71 % du territoire chinois, la population vivant dans cette région représente 29 % de la population totale et la part du PIB attribuable à ces régions représente un maigre 17%. Les lacunes de ces régions se font sentir à tous les niveaux ; économique, social, développement des infrastructures (routes, chemins de fers, lignes de télécommunications et réseaux de distribution d'eau potable). La Chine a intérêt à privilégier le développement de ces régions puisqu'à terme, si ces provinces sont gardées à l'écart, elles constitueront un boulet pour l'économie chinoise toute entière. Leurs standards de vie ne s'amélioreront pas et ils ne contribueront pas à l'augmentation de la consommation et donc à l'expansion du marché. L'atteinte de l'objectif chinois de construire une société prospère et moderne ne pourra donc vraisemblablement pas être atteint si ces régions demeurent à l'écart¹⁹⁵. De plus, cette situation présente une menace d'instabilité politique et sociale. De là vient entre autre l'importance pour les autorités centrales de tenter de rendre ces régions plus attrayantes afin de limiter le mécontentement.

Toutefois et comme nous l'avons brièvement abordé précédemment, de l'avis de certains, les autorités chinoises voudraient maintenir une part de la population isolée du développement pour conserver le plus longtemps possible une main d'œuvre bon marché, assurant des coûts de production faibles et de ce fait l'intérêt des IED pour la Chine. L'objectif serait de développer le territoire petit à petit dans les régions périphériques. Par ailleurs, on peut douter de la validité de ces spéculations sur les stratégies de développement puisque beaucoup d'attention a, dans les

¹⁹⁴ Id.

¹⁹⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.114-115

dernières années, été porté aux régions moins développées de la Chine dans le cadre de la mise en place de nouvelles politiques économiques. En 1999, les autorités chinoises ont mis en place une stratégie de développement de l'ouest, le focus étant mis sur les infrastructures, la protection de l'environnement, l'encouragement des investissements dans le secteur privé et la création de conditions propices à l'installation de diverses activités économiques. L'objectif final des organisations internationales serait d'atteindre une égalité de traitement sur l'ensemble du territoire chinois¹⁹⁶. Cet objectif est loin d'être atteint mais les autorités se disent optimistes quant à la mise en place de mesures nationales d'ici la fin de l'année 2006. Par ailleurs, on remarque que souvent, les autorités ont fixé des dates pour calmer les protestations et que ces échéances n'ont par la suite pas été respectées. En attendant, les autorités tentent une modification de leurs politiques relatives aux IED afin de promouvoir les régions intérieures de la Chine et les secteurs de l'économie propres à ces régions¹⁹⁷.

Cette volonté d'encourager l'investissement dans le centre et l'ouest du pays s'est traduite, entre autres par l'adoption, en juin 2000, d'un catalogue spécial pour ces zones, le *Catalogue du centre et de l'ouest*¹⁹⁸. Dans ce Catalogue, dans l'ensemble plus permissif que les diverses versions du Catalogue général applicable à l'ensemble du territoire, les projets encouragés sont par exemple ceux qui utilisent des technologies avancées ou de nouvelles technologies agricoles, répondent aux besoins du marché et produisent des nouveaux équipements et matériels pour lesquels la production chinoise est insuffisante, renferment des technologies permettant d'économiser l'énergie ou les matières premières, permettent de mieux utiliser les ressources naturelles, contribuent à la protection de l'environnement ou à l'amélioration des performances techniques des entreprises ou encore mettent en valeur les atouts des régions du centre et de l'ouest en termes de ressources humaines et naturelles.

De plus, pour encourager d'avantage de projets d'IED sur le territoire intérieur de la Chine, le Conseil d'État a accordé en 1996 une permission spéciale aux provinces du centre de la Chine leur permettant d'approuver des entreprises à investissement étranger dans le domaine de la manufacture d'un minimum de 30 millions de USD. Avant cette date, les provinces du centre ne pouvaient approuver que les projets d'investissement ayant une valeur inférieure à 10 millions de USD. Les investissements étrangers dans des domaines autres que la manufacture dans les provinces du centre sont encore soumis à la limite de 10 millions de USD, tout autant que les projets dans les zones de hautes technologies mises en place par le gouvernement national. Les

¹⁹⁶ entre autre par l'adoption d'une loi fiscale nationale comme nous l'aborderons ci-après

¹⁹⁷ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p. 6

¹⁹⁸ , en vigueur à compter du 1^{er} juin 2000 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.64 à 66

districts locaux, les comtés et les bureaux sont en mesure d'approuver les projets d'investissement d'une valeur inférieure à 5 millions de USD¹⁹⁹. À l'analyse de ces modifications législatives, on constate que les autorités semblent vouloir rendre ces régions plus attrayantes pour les IED. Toutefois, on constate également qu'elles semblent vouloir conserver un plus grand contrôle sur ces dernières. Par ailleurs, les chiffres ne mentent pas et démontrent bien que, peu importe quelle est la stratégie de la Chine face à ces régions, la situation s'est améliorée, la proportion de la population rurale vivant avec un revenu en dessous de 1 USD par jour étant passé de 31,3 % en 1990 à 11,5 % en 2000²⁰⁰.

1.2.7 Réflexions sur l'évolution de la réforme de la réglementation des investissements étrangers directs (IED) en fonction des secteurs d'activité

Pendant fort longtemps le seul secteur de l'économie chinoise ouvert aux IED était celui de la production. Cela permettait d'employer la main d'œuvre locale, faisant ainsi rouler l'économie, sans par ailleurs être trop compromettant pour les autorités qui protégeaient jalousement leur territoire contre « l'invasion » des étrangers. Le premier Catalogue adopté en 1995 avait comme objectif déclaré de refléter le plan d'ouverture de la Chine sur l'extérieur. Ce premier Catalogue établissait les bases de la réglementation en matière de restriction de l'accès des investisseurs étrangers suivant le secteur d'activité dans lequel ils se proposaient d'œuvrer. Il devait être régulièrement mis à jour pour s'adapter à la politique d'ouverture graduelle que les autorités s'étaient donné comme principe directeur. Dans ses grandes lignes, ce Catalogue se donnait comme objectifs d'élargir l'accès des IED à des secteurs cibles tels que les hautes technologies, les exportations, l'agriculture, l'énergie, les communications, l'exploitation des matières premières dans le respect de l'environnement et finalement les projets pouvant contribuer au développement des provinces du centre et de l'ouest du pays, tous ces éléments étant intimement liés à des objectifs de développement économique de la Chine. On aurait pu croire en 1995, lors de l'adoption de la version initiale du Catalogue, que la politique d'ouverture des marchés était chose acquise et que les choses allaient progresser dans ce sens. Toutefois, à la grande surprise de plusieurs, la révision de 1998 referma les possibilités d'IED sur le territoire de la République populaire de Chine.

Cependant, un second revirement de cap survint. Suite à l'entrée de la Chine à l'OMC, on sentit un nouveau vent d'ouverture, ce qui montre très bien l'importance des pressions politiques internationales dans l'évolution de la législation interne chinoise. Selon la position du lecteur face

¹⁹⁹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.28

²⁰⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT *op.cit.*, note 8, p.106

à ces questions d'ouverture des marchés, les négociations internationales ayant culminées en l'accession de la Chine à l'OMC sont vues comme une bénédiction ou une malédiction. Toujours est-il qu'elle constitue certainement l'évènement qui aura permis à la Chine d'être rappelée à l'ordre relativement à sa politique d'ouverture. Pour se conformer aux engagements qu'elle avait pris dans son protocole d'accession, la Chine dû réagir rapidement pour montrer sa bonne volonté. Ce qui peut par ailleurs apparaître curieux c'est que plutôt que d'amender la version du Catalogue de 1998, tel que le Catalogue avait été conçu, les autorités législatives chinoises ont plutôt adopté une série de lois particulières pour intégrer ses engagements dans son droit interne. La version amendée du Catalogue de 2002 a repris cette tendance d'ouverture. Par ailleurs les concessions mises en place par les lois particulières n'ont pas fait l'objet d'une intégration systématique dans cette version du Catalogue, instaurant un double système législatif et réglementaire. Le Catalogue spécifique aux provinces du centre et de l'ouest de la Chine est plus accueillant aux investissements étrangers dans les secteurs pouvant aider au développement d'une classe d'industriels dans ces régions reculées. Par ailleurs, ce Catalogue fait ressortir le contrôle des autorités centrales sur les autorités locales de ces régions, qui se réservent la prérogative importante d'accorder l'approbation à un nombre important de projets d'IED sur le territoire de ces régions. Toutes ces restrictions encore présentes nous permettent de soutenir que les mesures mises en place reflètent d'avantage des préoccupations internes de la Chine qu'un désir d'accorder un traitement plus égalitaire et sécuritaire aux IED.

Par ailleurs, en 2004, une réforme importante a remis en cause les critères d'approbation des projets d'IED par les autorités. L'approbation est alors devenue le principe et le rejet l'exception. Ce changement est la preuve d'un effort important des autorités afin de réduire l'insécurité entourant l'approbation de projets d'IED. De plus, cette réforme a permis de mieux adapter les critères d'approbation en fonction de spécificités locales en accordant aux autorités locales la responsabilité d'approuver des projets plus importants. L'investisseur étranger peut toutefois encore éprouver beaucoup de difficulté à déterminer l'autorité compétente pour approuver un projet. Les règles restent très compliquées et parfois plus d'une approbation doit être obtenue, ces dernières pouvant même se contredire, ce qui fait en sorte que la procédure d'approbation d'un projet soit encore entourée d'une bonne part d'insécurité.

Le constat est que la tendance récente est à la libéralisation, beaucoup de secteurs ayant été ouverts aux IED dans les dix dernières années. Les secteurs clés ayant bénéficié d'une ouverture sont essentiellement ceux des technologies, des ressources naturelles, énergétiques et alimentaires, des communications et ceux permettant d'alimenter le développement des provinces du centre et de l'ouest. Ces secteurs sont intéressants pour le développement de la Chine et c'est

à notre avis en grande partie pour cette raison que les autorités ont accepté de graduellement les ouvrir ; les technologies permettent de développer une industrie de pointe et de créer une classe d'affaire domestique. Une des raisons importantes de laisser le marché chinois être inondé de capitaux étrangers est de bénéficier de la technologie y étant associé. Le second grand axe de cette stratégie des autorités concerne l'encouragement aux exportations permettant de faire entrer en Chine des devises étrangères. Les secteurs tels que les communications, ressources naturelles et énergétiques permettent de développer les infrastructures et d'organiser un environnement propice à d'autres types d'activités. L'ouverture des divers secteurs se fait graduellement, passant par l'ensemble des catégories contenues au *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*²⁰¹, ce qui exprime une méfiance des autorités chinoises. Il demeure encore énormément de restrictions même dans ces secteurs qu'on dit en processus d'ouverture. Dans la majorité des cas, les IED sont soumis à d'innombrables conditions et à des règles limitant grandement la latitude de leurs opérations. Il est par ailleurs permis de penser que le gouvernement chinois se dirigera vers une plus grande ouverture des secteurs aujourd'hui restreints de son activité mais le processus va certainement s'opérer de manière graduelle et progressive, il reste beaucoup à faire. Ainsi, les règles de filtre sont toujours discriminatoires à l'égard des investisseurs étrangers, ces mesures n'étant pas applicables de la même façon aux entreprises domestiques. De plus, les restrictions par secteurs d'activités constituent un moyen privilégié pour les autorités d'exercer un contrôle sur les étrangers désireux d'investir en Chine. Ce contrôle important subsiste pour s'assurer que seuls les projets supportant les priorités de développement national et permettant d'équilibrer les taux d'échanges de devises étrangères soient approuvés. Les autorités visent encore beaucoup à protéger le marché. En conséquence, il faut comprendre que le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* constitue d'avantage un outil pour stimuler le développement de l'économie chinoise dans le sens des objectifs des autorités politiques que comme un outil visant une saine intégration des IED dans l'économie chinoise. La Chine a son propre agenda et les modifications qu'elle apporte à sa législation interne sur les secteurs d'activités accessibles aux étrangers nous apparaissent refléter ses choix propres plutôt qu'un désir de se conformer à ses engagements pour satisfaire les investisseurs, et donc par ricochet les pays industrialisés puisque la majorité des IED en Chine proviennent de ces pays.

Toutefois, n'est ce pas le propre de tous les états que de se donner comme priorité de vouloir protéger ses intérêts ? Il est important de tenir compte de certains facteurs économiques et politiques de la Chine moderne avant de porter un jugement sur ces restrictions. Pour un

²⁰¹ Précité note 112

occidental, l'interdiction aux étrangers d'œuvrer à leur gré dans certains domaines peut sembler injustifié et discriminatoire, les pays occidentaux n'étant pas aussi restrictifs. Toutefois, et sans vouloir en faire une analyse exhaustive, il peut être intéressant de s'attarder aux problématiques suivantes : Un développement qui n'est qu'à ses débuts, les ressources limitées du pays, une densité de population difficile à imaginer, des problèmes environnementaux majeurs et le désir d'impliquer les chinois dans le développement de leur économie. Nous ne sommes pas convaincus que de telles considérations puissent avoir suffisamment de poids pour justifier les mesures protectionnistes imposées quant à certains secteurs d'activités mais elles peuvent certainement aider à atteindre une meilleure compréhension de ces dernières.

Il est vrai que les pays industrialisés sont généralement beaucoup moins restrictifs quant aux secteurs d'activités accueillants pour les investisseurs étrangers mais il suffit de penser à l'exemple de la *Loi sur les investissements canadienne*²⁰² pour comprendre que même le Canada impose des limites et des restrictions dans certains secteurs spécifiques de son économie comme par exemple la culture et l'agriculture, bien qu'il soit perçu comme ouvert à l'IED. À notre avis et bien que cela sorte de notre champ d'expertise spécifique, il nous apparaît qu'il puisse être justifié pour un pays de protéger son marché et ses investisseurs nationaux dans une phase de rattrapage de développement économique face à d'autres pays beaucoup plus avancés économiquement et ce afin d'acquérir la force nécessaire afin de faire le saut dans la cour des grands. Ces derniers disposant d'avantage de ressources ne laisseront aucune chance aux pays émergents comme la Chine de bénéficier de leur essor et de participer à une véritable progression économique, si leur accès n'est pas limité. La preuve en est que la plupart des pays développés ont, à notre connaissance, passés par des phases où des mesures protectionnistes nombreuses étaient en place dans le but d'assurer la naissance d'une classe d'industriels. Peut être seront nous plus à l'aise de critiquer les mesures restrictives de la Chine face aux investissements étrangers lorsque cette dernière aura atteint le niveau de développement économique des pays industrialisés.

Par ailleurs, on ne peut conclure que les règles relatives aux secteurs d'activités autorisés en Chine ont en elles même un impact négatif sur la protection qui est accordée aux IED. Cependant, les dispositions d'orientation des IED ne donnant pas suffisamment de détails sur les avantages et les restrictions qui pourraient permettre de différencier et de départager les quatre catégories de secteurs prévues au Catalogue, font apparaître un élément non négligeable d'insécurité. Il est très difficile de déterminer la catégorie à laquelle appartient l'entreprise mise sur pied. Cette fonction revient par conséquent souvent aux autorités d'approbation. Il nous apparaît comme un élément

²⁰² Loi concernant les investissements au Canada, LRC (1985), ch.28., précité note 150

non négligeable d'insécurité le fait que la décision d'approuver un projet d'IED demeure encore soumise à un pouvoir discrétionnaire des autorités. La discrétion est exercée différemment suivant l'autorité en charge ce qui fait en sorte qu'on ne retrouve pas de régime uniforme applicable sur l'ensemble du territoire de la Chine. Cela ne concerne pas à proprement parler le droit interne mais plutôt l'application du droit. Nous aborderons donc plus à fond cette question à la partie III des présentes traitant de l'effectivité de la règle de droit.

2 Règles relatives à l'établissement des différentes structures d'accueil des entreprises à investissement étranger (EIE) en Chine

Une fois le stade de l'acceptation de l'objet social de l'EIE, et de la détermination, en fonction du *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*²⁰³ et des autres lois particulières, des conditions et restrictions qui s'imposent au secteur d'activité auquel est associé l'objet social, l'investisseur étranger ayant fait approuver son implantation doit procéder à l'établissement de l'entité sur le territoire dans le but ultime de pouvoir débiter ses opérations. Pour ce faire, il devra se conformer au droit corporatif chinois. La définition stricte d'IED, telle que nous l'avons abordée en section introductive, nécessite la création ou du moins une participation dans une entité chinoise et implique nécessairement le droit corporatif chinois. L'investisseur étranger sera de plus soumis aux conditions d'établissement propres à la structure d'EIE qu'il aura choisi d'utiliser pour structurer son investissement et qui sont prévues à la *Loi sur les investissements étrangers*²⁰⁴. Les choix de structure, bien que des lois particulières en élargissent les possibilités, demeurent limités. Il devra par ailleurs toujours garder en tête les restrictions imposées à son secteur d'activité, entre autres au moment du choix de la structure puis à l'étape de sa mise en place vu les nombreuses restrictions qui subsistent. Nous tenterons dans cette section de faire ressortir les éléments de discrimination de l'IED mis en place pour accorder une protection au marché et qui sont dans beaucoup de cas liés aux mêmes considérations que les restrictions par secteurs d'activités que nous avons abordé dans la section précédente²⁰⁵.

En fonction de la définition des IED, est nécessairement impliqué dans un projet d'IED une structure stable et permanente sur le territoire du pays hôte, en l'occurrence la Chine. La structure utilisé est obligatoirement chinoise et est de ce fait soumise et régie par le droit chinois. Ce droit chinois régissant les entreprises est récent en Chine mais s'est développé à une vitesse phénoménale. Le développement du droit corporatif a été initié par le besoin d'encadrer les IED.

²⁰³ **Précité** note 112

²⁰⁴ **Précité** note 150

²⁰⁵ Leih KAI, Zhou ZONGHAI, « Setting up », chap. 5, dans Jiao JIE, *Recueil de texte, Droit chinois, Programme d'études en Chine*, Faculté de droit, Université de Montréal, Été 2004

Sans cadre juridique pour leurs investissements, les étrangers seraient réticents à exporter leurs capitaux vers la Chine. Puisque la Chine avait établi que l'IED serait un excellent moteur pour son développement économique, elle se devait de mettre en place un cadre susceptible de rassurer les investisseurs et ainsi, les encourager à s'établir chez elle plutôt qu'ailleurs. Dans ce contexte, les autorités chinoises adoptèrent au début des années 1990 la *Loi sur les investissements étrangers*²⁰⁶. Par la suite seulement se développa un cadre corporatif général applicable à toutes les entreprises sur le territoire chinois. Essentiellement, la *Loi sur les investissements étrangers*²⁰⁷ prévoit les structures qui peuvent être utilisées pour structurer un IED. Cette loi est complétée par la *Loi sur les compagnies*²⁰⁸ de 1994 qui est d'application supplétive bien qu'elle ait été adoptée quelques années après la *Loi sur les investissements étrangers*²⁰⁹. Pour une meilleure compréhension du cadre juridique relatif à l'établissement des EIE en Chine et des structures pouvant être utilisées, le lecteur est invité à se référer à l'**Annexe B**.

Par ailleurs, la notion d'IED est une création juridique. Bien sur, elle doit refléter la réalité mais il faut reconnaître que des classifications artificielles sont créées pour assurer une bonne compréhension de la situation sur le terrain. Ainsi, il nous apparaît impossible d'ignorer l'existence de solutions apparentées assurant à des étrangers une présence commerciale en Chine. Le bureau de représentation (**BR**), qu'on ne peut qualifier juridiquement d'IED, se présente comme le précurseur des IED en Chine et a constitué le premier moyen pour les étrangers de pénétrer le marché chinois. Ce mode qui ne peut être strictement qualifié d'IED est encore aujourd'hui très utilisé bien qu'il ait perdu en popularité. Puisqu'il ne constitue pas une entité chinoise, sa mise en place est nettement moins formaliste. Nous aborderons brièvement ses modalités dans le but de présenter une perspective historique de la présence d'étrangers voulant faire commerce en Chine et pour prétendre un moindrement avoir cerné le sujet (2.1). En ce qui a trait aux structures d'accueil nous traiterons (2.2) des dispositions générales du droit corporatif chinois et (2.3) des règles spécifiques relatives aux façons de structurer un projet d'IED sur le territoire chinois.

2.1 Perspective historique : le bureau de représentation (BR)- une méthode sans société qui ne peut pas être juridiquement qualifiée d'investissement étranger direct (IED)

Un investisseur étranger qui désire s'assurer une présence sur le marché chinois bénéficie d'autres possibilités que les IED entendus au sens stricte. C'est d'ailleurs ces façons de faire

²⁰⁶ **Précité** note 150 ; J. M. ZIMMERMAN, *op.cit.*, note 38, p.128

²⁰⁷ **Précité** note 150

²⁰⁸ **Précité** note 112

²⁰⁹ **Précité** note 150

qu'ont privilégié les étrangers jusqu'à tout récemment. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la *Loi sur les compagnies*²¹⁰ en 1994 prévoyant un cadre stable de droit corporatif en Chine, le mode le plus utilisé par les entreprises étrangères pour s'assurer une présence en Chine était le BR²¹¹. Les entreprises étrangères, surtout celles oeuvrant dans le domaine des services²¹², continuent d'utiliser les BR pour opérer en Chine ce qui leur permet dans beaucoup de cas de passer outre à un grand nombre de restrictions qui leur imposeraient des restrictions limitant leurs opérations. On peut voir le BR comme l'ancêtre des IED. Bien que non juridiquement qualifiable d'IED, pour la principale raison qu'aucune entité juridique chinoise n'est créée et que cette façon de s'assurer une présence commerciale en Chine demeure soumise à la loi de son pays d'origine sauf en ce qui concerne ses activités sur le territoire de la Chine. Le BR est beaucoup utilisé par les étrangers et souvent dans le même but que celui recherché par la création d'un IED à proprement parler. Cela donne à notre avis au BR voie au chapitre bien que ce dernier ne puisse être intégré à la catégorie juridique des IED. Le BR n'est pas une personne de droit chinois et demeure lié à l'entreprise étrangère. Cela simplifie grandement sa procédure d'établissement. Toutefois, l'étranger doit être une entreprise d'une certaine envergure, ce qui en limite les possibilités.

L'entreprise étrangère désireuse d'établir un BR en Chine doit se conformer aux *Dispositions provisoires de la République populaire de Chine relatives à l'administration des bureaux de représentation des sociétés étrangères*²¹³. Ce texte est complété par un règlement d'application publié par le MOFCOM²¹⁴. L'ouverture d'un BR peut être décomposé en plusieurs étapes distinctes : (1) obtention d'un certificat d'approbation auprès des autorités locales du commerce extérieur²¹⁵, en vertu de cette réglementation, le certificat d'approbation est valide pour une période maximale de 3 ans²¹⁶ et doit être renouvelé au plus tard 60 jours avant sa date

²¹⁰ **Précité** note 114

²¹¹ En anglais "Registered representative office" (RRO)

²¹² surtout dans les secteurs bancaires, comptables, de la consultation à divers niveaux et de l'import-export

²¹³ Dispositions provisoires de la République populaire de Chine relatives à l'administration des bureaux de représentation des sociétés étrangères (promulgué le 30 octobre 1980 par le conseil des affaires d'état) ; T. JINGZHOU, op.cit., note 109, p.36-38

²¹⁴ Procedures of SAIC of the People's republic of China for the registration and administration of Resident representative offices of Foreign Enterprises, (promulguées par la SAIC le 5 mars 1983 et entrées en vigueur le 15 mars 1983) ; Detailed rules of the Ministry of foreign trade and economic cooperation (MOFCOM) on the approval and control of resident representative offices of foreign enterprises, (en vigueur à compter du 17 mars 1995) Art. 29;

²¹⁵ Le certificat d'approbation d'ouverture du bureau de représentation s'obtient auprès du MOFCOM ou de l'une de ses émanations locales (au niveau de la province, de la région autonome ou de la municipalité indépendante). La réglementation en vigueur impose au MOFCOM de se prononcer dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception de la demande d'approbation. Pour certains secteurs d'activité particuliers pour lesquels l'accès au marché chinois est encore fortement contrôlé, il s'obtient auprès de l'organisme de tutelle compétent selon le secteur d'activité considéré (ministère, commission d'état, banque centrale,...); L'entreprise étrangère qui demande l'autorisation d'ouvrir un bureau de représentation doit fournir les documents suivants : (1) Formulaire de demande d'approbation signé du représentant légal de l'entreprise française. Ce formulaire contient quelques mentions obligatoires telles que le nom du futur bureau de représentation, son lieu d'implantation, le nom de son représentant légal, son champ d'activité et sa durée d'existence, (2) Document légal attestant l'existence de l'entreprise à l'étranger. L'entreprise doit avoir au moins un an d'existence légale à l'étranger avant de pouvoir ouvrir un bureau de représentant en Chine., (3) Document délivré par la banque de l'entreprise étrangère attestant de la crédibilité de celle-ci, (4) Mandat donné par le représentant légal de l'entreprise étrangère au futur représentant en chef et aux futurs membres du bureau de représentation ainsi que CV et copie des documents d'identité de chacun d'entre eux. ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.77

²¹⁶ Règlement sur les bureaux de représentation, précité note 213, Art. 5 et 16

d'expiration²¹⁷. (2) Enregistrement auprès de l'administration de l'industrie et du commerce (AIC) locale pour obtenir la licence d'activité, document qui donne au BR son existence juridique²¹⁸. Pour obtenir une autorisation d'exercice, l'entreprise devra démontrer que ses affaires vont bien dans son pays d'origine. La licence d'activité est accordée pour une période maximale d'un an et doit être renouvelé au plus tard 60 jours avant sa date d'expiration²¹⁹. (3) Enregistrement du BR auprès du bureau de sécurité publique, des douanes et de l'administration fiscale²²⁰. (4) Ouverture d'un compte bancaire²²¹. Le respect de l'ensemble de ces formalités nécessite un délai de 2 à 3 mois ce qui est généralement beaucoup plus court que pour un IED. Avant d'entreprendre ces démarches administratives, l'entreprise doit disposer d'un garant chinois, choisi dans une liste de sociétés de services chinoises agréées tenue par la MOFCOM. Ce garant s'occupera d'effectuer les démarches auprès de l'administration chinoise dont notamment de déposer le dossier de demande d'approbation et d'effectuer l'enregistrement auprès de l'AIC²²². Ce représentant choisi par l'entreprise pour prendre soin des affaires du BR devra être de nationalité chinoise et posséder un passeport chinois²²³.

Les activités des BR sont par ailleurs limitées. Ils ne peuvent s'engager que dans des activités de commerce indirect²²⁴ conformément au règlement adopté en 1983. Ces activités indirectes incluent des activités de liaison au nom de l'entreprise étrangère, tel que des contacts de commerce avec des entreprises chinoises ou étrangères, de la collecte d'information, l'introduction de produits, des études de marché, des échanges de technologie et tout ce qui est considéré par les autorités comme n'étant pas une activité commerciale directe. À l'inverse la production et les activités de ventes directes sont considérées comme des activités de commerce direct et sont donc interdites aux BR²²⁵. En plus, officiellement, les BR ne sont pas autorisés à agir comme des centres de services. Toutefois en pratique, cette règle n'est pas respectée et de

²¹⁷ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.77-78

²¹⁸ La licence d'activité s'obtient, sur présentation du certificat d'approbation, auprès de l'AIC du lieu d'implantation du bureau de représentation. L'AIC doit procéder aux formalités d'enregistrement du bureau et délivrer une licence d'activité dans les 30 jours à compter de la réception de la demande.

²¹⁹ Règlement sur les bureaux de représentation, *précité* note 213, Art. 16 et 17 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.78

²²⁰ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.77 ; L'enregistrement auprès du bureau des douanes requiert la fourniture d'une liste des équipements de bureau et des effets personnels des employés expatriés du bureau de représentation. ; Le bureau de représentation et son personnel doivent procéder à leur enregistrement auprès de l'administration fiscale du lieu du siège du bureau en présentant la licence d'activité, le certificat d'approbation, le sceau du bureau de représentation (à enregistrer au bureau de sécurité publique) et le formulaire de demande d'enregistrement. Les délais d'enregistrement sont de 7 à 10 jours

²²¹ Afin de procéder à l'ouverture des compte pour le bureau de représentation et chacun de ses employés étrangers il est nécessaire de fournir les pièces suivantes : (1) la licence d'activité délivrée par l'AIC, (2) une lettre officielle précisant l'origine des ressources et l'utilisation des fonds, le titre du signataire et le nom du représentant, (3) la carte du représentant délivrée par l'AIC, (4) un formulaire de demande d'ouverture de compte, (5) une carte de spécimen de signature, (6) le sceau du bureau de représentation. Toutes ces démarches peuvent s'effectuer auprès de la Banque de Chine ou de tout autre banque chinoise habilitée à ouvrir des comptes étrangers.

²²² B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.77 ; Certaines collectivités locales ont également édicté leur propre réglementation, comme la province du Guangdong ou la municipalité de Shanghai. Les entreprises désireuses d'ouvrir un bureau de représentation doivent également se conformer à la réglementation particulière publiée par les autorités de tutelle administrative pour certains secteurs d'activité. C'est notamment le cas pour les bureaux de représentation des institutions bancaires, des compagnies d'assurances, des entreprises de transit international, des cabinets d'avocats ou d'experts comptables.

²²³ Règlement sur les bureaux de représentation, *précité* note 213, Art. 29

²²⁴ *Id.*, Art. 4

²²⁵ *Id.* ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.76; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.36 à 38

nombreux BR dépassent largement la sphère de compétence autorisée. Les BR ne peuvent faire de profits directs²²⁶. L'exercice d'une activité non permise à un BR peut entraîner une amende de 20 000 Rmb qui peut être assortie d'une suspension ou d'une interdiction d'exercer toute activité. En pratique les sanctions imposées sont souvent bien plus élevées, car la SAIC fixe le montant de la pénalité en fonction de l'importance des revenus générés par les activités frauduleuses du BR²²⁷. Puisque le BR n'est pas une entité juridique en Chine, les contrats signés par les BR doivent l'être au nom et pour le compte de la société mère ou de l'une de ses filiales, et en aucun cas au nom du BR lui-même. De même la vente, la facturation et le recouvrement de créances qui découlent des contrats signés pour le compte de la société pour la fourniture de services techniques, de consultants ou autres, doivent être effectués par la société mère elle-même ou par l'une de ses filiales²²⁸. Tout au long de l'existence du BR, l'entreprise étrangère demeure responsable pour toutes les activités de celui-ci en Chine²²⁹.

On constate donc que cette façon de s'assurer une présence en Chine comporte des limites entre autres quant aux activités pouvant être entreprises et n'est, de ce fait, une option intéressante que pour l'exercice d'activités particulières. De plus, la responsabilité illimitée de l'entreprise étrangère est un élément qui doit être considéré puisqu'elle peut avoir des conséquences importantes. Le BR permet malgré cela de prospecter le marché chinois, de faire connaître et de coordonner les activités de l'entreprise étrangère en Chine ou encore d'animer un réseau de distributeurs locaux²³⁰. Il constitue dans certains cas une étape intermédiaire pour mieux appréhender les contraintes économiques et juridiques du monde des affaires chinois, en vue de trouver le bon partenaire industriel ou commercial ou de réfléchir aux modalités d'un éventuel investissement. Il présente l'avantage d'une structure d'accueil plus souple et moins onéreuse qu'une structure d'IED, tout en bénéficiant de la plupart des avantages de fonctionnement accordés aux IED²³¹. Également, ce type de structure offre l'avantage important que les règles qui lui sont applicables soient claires et appliquées depuis déjà un bon moment par les autorités, ce qui a pour effet de limiter l'insécurité de l'investisseur étranger²³².

2.2 Droit corporatif général- la *Loi sur les compagnies de 1994*

²²⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.47-48

²²⁷ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.36-38

²²⁸ *Id.*

²²⁹ Règlement sur les bureaux de représentation *précité* note 213, Art.26,

²³⁰ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.36

²³¹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.75

²³² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.47-48

En 1994, la Chine a mis en place un système national pour l'établissement d'entités corporatives indépendantes de l'État en adoptant la *Loi sur les compagnies*²³³. Des règles spécifiques aux investissements étrangers directs étaient à ce moment déjà en place en Chine, principalement dans la *Loi sur les investissements étrangers*²³⁴, mais en cas de vide dans cet ensemble de règles par ailleurs assez complet, la *Loi sur les compagnies*²³⁵ trouverait dorénavant application supplétive²³⁶. Cette application supplétive, prévue aux articles 18 et 70 de la *Loi sur les compagnies*²³⁷ est non négligeable et plusieurs des règles issues de cette loi ont un impact important sur les IED et leur structure juridique.

Le droit corporatif chinois, constitue la référence de base à l'établissement d'une entreprise en Chine et ce tant pour les entreprises constituées de capitaux chinois qu'étrangers. Du fait que cette loi soit en principe applicable à toutes les entreprises sans discrimination, elle ne soulève pas de difficulté particulière. Elle prévoit les règles d'établissement de la société par actions (SA)²³⁸ et de la société à responsabilité limitée (SRL)²³⁹, les structures au centre du droit corporatif chinois²⁴⁰. Ces structures corporatives sont très semblables aux entités corporatives qui existent dans les pays occidentaux, bénéficiant d'une limitation de responsabilité, étant formées d'actionnaires et dirigées par un conseil d'administration²⁴¹. La création d'une entreprise en vertu de la *Loi sur les compagnies*²⁴² qu'elle se fasse sous l'une ou l'autre des formes, doit généralement être approuvée par le MOFCOM ou par le gouvernement provincial²⁴³. La

²³³ Précité note 112

²³⁴ Précité note 150

²³⁵ Précité note 112

²³⁶ Comme pour les EIE, les règles d'immatriculation des sociétés suivent les dispositions du règlement du 3 juin 1998 publié par le CAE. ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.103-106

²³⁷ Précité note 112

²³⁸ Qualifiée en anglais de « Joint stock company » (JSC) ; Elles doivent également se conformer au Règlement sur les SA. (art.3 du Règlement sur les SA) T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.51-52

²³⁹ En anglais « limited liability company » (LLC)

²⁴⁰ « The company law in China », chap. 1-5, dans Jiao JIE, Recueil de texte, Droit chinois, Programme d'étude en Chine, Faculté de droit, Université de Montréal, Été 2004.

²⁴¹ Loi sur les compagnies précité note 114, art 57 ; empêche certaines personnes d'agir à titre de dirigeant, superviseur ou gestionnaire d'entreprises ; J. M. ZIMMERMAN, op.cit., note 38, p.129 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.47-48

²⁴² Précité note 112

²⁴³ Les statuts d'une SA doivent comporter les mentions obligatoires suivantes : nom de la société et adresse du siège social, objet social, mode de constitution de la société (avec ou sans appel public à l'épargne), nombre et valeur nominale des actions et montant du capital enregistré, nom ou titre des fondateurs et nombre d'actions souscrites par ceux-ci, nature des droits et obligations des actionnaires, création, pouvoirs, obligations et fonctionnement du conseil d'administration, création, pouvoirs, obligations et fonctionnement du comité de surveillance, mode de distribution des bénéfices, mode d'annonce publique choisi par la société, représentant légal de la société, causes de dissolution de la société et méthodes de liquidation ainsi que toutes autres mentions jugées nécessaires par les actionnaires ; En cas d'appel public à l'épargne, les fondateurs doivent préalablement obtenir auprès de la CSRC l'autorisation de faire appel public à l'épargne en fournissant à l'appui de leur demande une série de documents (le certificat d'approbation de constitution de la SA, les projections financières de l'activité de la société, les statuts, les nom ou titres des fondateurs, nombres d'actions souscrites par les fondateurs et nature de leurs apports, certificats de libération des apports, le projet de prospectus d'introduction en bourse, le nom et l'adresse des institutions bancaires qui recevront les souscriptions et le contrat conclu avec les fondateurs, les noms des intermédiaires de placement des titres et contrats conclus avec les promoteurs). ; Pour obtenir les approbations nécessaires à sa constitution, une entreprise de ce type doit avoir un nom enregistré auprès de l'autorité compétente, un lieu pour ses affaires déterminé et les moyens nécessaires pour produire et pour opérer l'entreprise. (En vertu de la Loi sur les compagnies précité note 114, un représentant ou un agent désigné par les actionnaires doit déposer la demande d'enregistrement de l'entreprise. Des entreprises à investissement étranger à responsabilité limitée qui sont sujet à la procédure d'examen et l'approbation, doit déposer une demande d'enregistrement à l'intérieur d'un délai de 90 jours. En l'absence d'appel public à l'épargne, les actionnaires doivent, après approbation de la constitution de la compagnie, libérer entièrement leur apport en capital. Le conseil d'administration doit effectuer la demande d'enregistrement de la compagnie auprès de l'AIC proche du lieu de son siège social en présentant le certificat

délivrance de la licence d'activité marque la date d'acquisition de la personnalité morale de la société et le début de ses activités²⁴⁴. Peu importe que soit constituée une SA ou un SRL, la contribution en capital peut être effectuée en argent, en actifs tangibles en technologie ou en droit d'usage de terrains dont l'entreprise a besoin dans l'exercice de ses activités commerciales. Les contributions au capital effectués en propriété intellectuelle et en technologie ne peuvent en aucun cas excéder 20% du total du capital enregistré de la corporation créée²⁴⁵.

2.2.1 Société par actions (SA)

La SA constitue la structure la plus semblable au concept de compagnie tel qu'il est entendu au Canada. Les actionnaires d'une SA sont responsables pour les dettes de l'entreprise jusqu'à concurrence du montant de leur investissement. Toutes les actions d'une SA doivent être de valeurs égales et le capital enregistré minimum doit atteindre 10 millions de Rmb²⁴⁶. Les actions de SA sont émises sous la forme de certificats d'actions prévoyant tous les mêmes droits, peu importe la catégorie d'action²⁴⁷. Tant une entreprise étrangère qu'un individu étranger peut acquérir une participation dans une SA par l'achat d'actions de catégorie B (des actions émises en Rmb mais échangées sur les marchés internationaux et achetées uniquement par des étrangers) ou par l'achat d'actions listées sur un marché boursier étranger soit à Hong Kong (actions de catégorie H) et à New-York, (actions de catégorie N).

Il existe deux méthodes d'incorporation des SA. Elles peuvent en premier lieu être incorporée par promotion. Suivant ce modèle, un minimum de 5 promoteurs, dont la moitié au moins doit être domiciliée en Chine²⁴⁸, prennent soin de toutes les formalités relatives à l'incorporation pour ensuite être en mesure de vendre des parts sur les marchés publics. Les commanditaires (ou promoteurs) d'une SA doivent être des personnes morales ou des départements ayant été préalablement autorisés par l'état à effectuer de tels investissements²⁴⁹. Les règlements d'incorporation d'une SA ainsi constituée sont rédigés par les promoteurs du projet et doivent par

d'approbation, les statuts et les certificats d'approbation des apports. L'AIC doit faire connaître sa décision dans un délai de 30 jours à compter de la date de réception de la demande d'enregistrement. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43 ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.106

²⁴⁴ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.106 ; Après versement de l'ensemble des souscriptions, les fondateurs doivent convoquer l'assemblée constitutive des actionnaires dans le délai de 30 jours à compter de la date de versement de l'ensemble des souscriptions.

²⁴⁵ Procedures of Shanghai municipality on the administration of production permit, (en vigueur à compter du 1er janvier 1999) requière des entreprises étrangères qu'elles soient établies sous forme de commandite (que toutes les actions émises par la compagnie sont souscrites par les commanditaires eux-mêmes) ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43

²⁴⁶ Loi sur les Compagnies, précité note 114, Art. 35

²⁴⁷ Loi sur les Compagnies, précité note 114, Art. 129 à 132

²⁴⁸ Loi sur les Compagnies, précité note 114, Art.76

²⁴⁹ Dans le cas où le commanditaire d'une SA est un SMC ou un CC, les parties au EC devraient s'entendre sur leurs droits et obligations respectives suivant l'établissement de l'entreprise. À Shanghai, avant d'établir une SA, les commanditaires devraient s'entendre et choisir conjointement un commanditaire enregistré dans la municipalité de Shanghai avant de faire les demandes relatives à l'établissement de l'entreprise. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43

la suite être soumis à la première assemblée des actionnaires pour approbation²⁵⁰. La seconde méthode suivant laquelle peut être constituée une SA est par souscription directe. Ce mode d'incorporation des SA est beaucoup moins utilisé et généralement l'entreprise sera incorporée suivant la première méthode c'est-à-dire par un nombre restreint de promoteurs qui procéderont par la suite à une émission d'actions sur les marchés publics après avoir obtenu l'approbation de la Commission de réglementation des marchés financiers (**CARC**). Comme nous venons de le mentionner, la SA peut faire appel public à l'épargne, y compris sur les marchés étrangers. La faculté d'introduction en bourse lui fournit la possibilité de se procurer des fonds supplémentaires. L'entreprise doit préalablement obtenir l'approbation de la CARC et les actionnaires fondateurs (promoteurs) doivent avoir souscrit au minimum à 35 % du capital social²⁵¹. Le fait qu'une SA puisse être cotée en bourse influence sa structure corporative qui est de ce fait plus lourde, plus formaliste et plus coûteuse. Une particularité importante du droit chinois réside dans l'interdiction faite par la *Loi sur les compagnies*²⁵² de céder des actions d'une SA non cotée en bourse bien que les implications exactes de cette disposition restent incertaines²⁵³.

Peu importe le mode d'incorporation de la SA qui sera favorisé, un capital enregistré minimum doit être fourni en fonction du type d'activité qu'exerce cette dernière. Pour une entreprise dont les principales activités concernent la production ou la vente en gros, un minimum de 500 000 Rmb doit être enregistré, pour une entreprise de vente au détail, un minimum 300 000 Rmb de capital doit être enregistré et pour une entreprise de développement scientifique ou technologique ou une entreprise de services un minimum de 100 000 Rmb de capital doit être enregistré. En vertu de la *Loi sur les compagnies*²⁵⁴, le capital enregistré minimum d'un SA qui veut s'adjoindre un partenaire étranger est de 30 millions de Rmb. Les SA désireuses d'émettre des actions sur un marché public doivent avoir un capital action d'au moins 50 millions de Rmb.

2.2.1.1 Société par action à capitaux étrangers (SACE)

²⁵⁰ La contribution au capital dans ce type de SA doit nécessairement être faite en argent. S'il arrivait que d'autres types de contributions soient nécessaires ou offertes, elles devront être incluses aux actifs de la compagnie préalablement à l'incorporation de l'entreprise. Cela se comprend très bien puisqu'il est nécessaire d'être en mesure de déterminer avec une facilité relative la valeur monétaire de chacun vu l'envergure habituelle de ce type d'entreprise.

²⁵¹ *Loi sur les Compagnies*, précité note 114, Art.51

²⁵² Précité note 112

²⁵³ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.53 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43 ; Les actions peuvent être des actions ordinaires ou privilégiées (ces dernières ne bénéficiant normalement pas de droit de vote). Les entreprises doivent recevoir l'approbation de la branche locale de la Banque populaire de Chine (la Banque centrale) et des autres autorités compétentes pour émettre des actions de catégorie A (en Rmb et disponibles aux citoyens chinois et aux investisseurs étrangers rencontrant certains critères) et d'actions de catégorie B (en USD). Les actions de catégorie A sont d'avantages divisées en actions détenues par des individus, des personnes morales et par l'État. Les actions de catégorie A détenues par des individus peuvent se transiger librement sur un marché de valeurs mobilières en vertu des lois et des règlements pertinents. Les actions de catégorie A détenues par des personnes morales sont échangées sur un réseau électronique distinct, les actions de catégorie A détenues par l'État ne peuvent faire l'objet d'aucune transaction.

²⁵⁴ Précité note 112

La *Loi sur les compagnies*²⁵⁵ autorise une EIE à s'établir sous la forme d'une SA²⁵⁶. Les SACE forme une sous-catégorie de SA²⁵⁷. Une SACE réfère à une entreprise formée par des actionnaires chinois et étrangers qui assument chacun une part de responsabilité équivalent au pourcentage des actions qu'ils détiennent²⁵⁸. Une SACE possède un capital enregistré divisé en actions de valeur égale et dans laquelle l'investisseur étranger doit détenir au moins 25% des actions²⁵⁹.

Il peut être intéressant pour un investisseur étranger de s'impliquer dans une SA déjà en place. L'avantage le plus significatif pour un investisseur étranger d'investir sur le marché chinois en participant à une entreprise déjà établie sous forme de SA est de limiter son engagement personnel et de ne pas avoir à engager ses actifs et ses ressources directement dans le projet. Il s'agit en fait d'une alternative à la participation à un EC qui sera en général moins coûteuse en temps et en énergie²⁶⁰. Il est également possible pour une EIE déjà en opération de se convertir en SACE²⁶¹ en vertu du *Règlement provisoire sur diverses questions régissant l'établissement d'une société limitée par actions à investissement étranger*²⁶². Pour que la conversion soit possible, l'entreprise doit justifier d'une exploitation minimum de 5 ans et de l'existence d'exercices bénéficiaires consécutifs au cours des 3 années précédant celle au titre de laquelle la transformation est demandée²⁶³. Les droits et obligations de l'EIE transformée sont transmis en totalité à la nouvelle société. Les lois et règlements relatifs aux EIE continuent d'être applicables à une EIE nouvellement convertie en SACE²⁶⁴. De la même façon que pour les autres SA, cette forme requière un capital enregistré d'au minimum 30 millions de Rmb mais duquel au moins 25 % doit être apporté par des actionnaires étrangers²⁶⁵. Le fait que cette possibilité soit prévue dans le droit corporatif général de la Chine constitue en quelque sorte une reconnaissance par les autorités de l'importance des IED dans le développement économique du pays.

²⁵⁵ *Id.*

²⁵⁶ *Règlement provisoire régissant l'établissement des sociétés par actions à investissement étranger (Provisional regulations on several issues concerning the Establishment of Foreign Invested companies limited by shares)*, (promulgué par le MOFTEC le 10 janvier 1995)

²⁵⁷ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.26

²⁵⁸ Les dispositions du 10 janvier 1995 définissent la SACE comme une personne morale constituée conjointement par des sociétés, entreprises ou personnes physiques étrangères et par des sociétés, entreprises ou personnes physiques chinoises, dont le capital social est constitué par des actions ayant la même valeur nominale, souscrites par des actionnaires chinois ou étrangers.

²⁵⁹ *Règlement provisoire régissant l'établissement des sociétés par actions à investissement étranger*, *précité* note 253, Art. 3; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.52 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 110, p.103

²⁶⁰ J. M. ZIMMERMAN, *op.cit.*, note 39, p.130-131 ; Elle est gouvernée en conformité avec ses articles d'incorporation qui doivent être approuvée par les autorités locales d'examen et d'approbation des investissements. Le conseil d'administration qui doit être formé de 5 à 19 membres, est l'organe exécutif permanent de l'assemblée des actionnaires, tant des actionnaires que des non actionnaires peuvent être nommés à ce titre. Un comité de supervision composé d'un minimum de trois membres doit être formé pour superviser les activités du conseil d'administration et des gestionnaires de la SA.

²⁶¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.47-48

²⁶² *Précité* note 256

²⁶³ *Règlement provisoire régissant l'établissement des sociétés par actions à investissement étranger*, *précité* note 259, Art. 15 ; Le montant de l'acquisition des parts sociales doit être versé dans le délai de 3 mois à compter de la délivrance de la licence d'activité de la nouvelle société. En cas de circonstances exceptionnelles, le MOFCOM ou son bureau local (suivant le montant), peut autoriser le versement de 60 % du prix d'acquisition dans le délai de 6 mois à compter de la date d'obtention de la licence d'activité et du solde dans un délai d'un an à compter de la même date. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.82

²⁶⁴ *Règlement sur les SACE*, *précité* note 256, Art 3 et 4

²⁶⁵ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.94

2.2.2 Société à responsabilité limitée (SRL)

La SRL est en plusieurs points similaire à ce qui est prévu pour les EIE dont nous aborderons les spécificités ci-après. Ce seront donc le plus souvent les règles spécifiques à cette forme qui trouveront application supplétive pour les structures d'IED²⁶⁶. La *Loi sur les compagnies*²⁶⁷ définit la SRL comme une entreprise ayant la personnalité morale et dont la responsabilité des actionnaires est limitée à leur apport respectif dans le capital²⁶⁸. Cette entité peut être formée de 2 à 50 actionnaires²⁶⁹ dont au moins la moitié doivent être domiciliés en Chine²⁷⁰ et aucune limite n'est imposée quant à la valeur de la participation étrangère²⁷¹. Toutefois, la *Loi sur les compagnies*²⁷² impose un minimum de capital enregistré qui varie en fonction du type d'activité²⁷³. La cession de parts de SRL à un tiers doit recueillir l'agrément de la majorité des associés. Ces derniers disposent d'un droit de préemption les autorisant à acheter les parts de l'associé sortant aux mêmes conditions que celles offertes aux tiers²⁷⁴. La SRL dont l'activité est importante (il n'existe toutefois pas de critères particuliers relativement à cette condition) doit constituer un comité de surveillance. Ce comité, composé au moins de 3 membres choisis parmi les associés et les représentants du personnel, est élu pour 3 ans afin de contrôler les affaires financières de la société et la gestion des administrateurs et directeurs²⁷⁵.

Le 18 août 2001, le MOFCOM, le Ministère des sciences et des technologies (MOST) et le SAIC ont émis le *Règlement provisoire sur l'établissement d'entreprises à investissement étranger de capital de risque (EIECR)*²⁷⁶, qui ouvre formellement le marché chinois du capital de risque aux investisseurs étrangers. Ce Règlement a été adopté dans le but d'encourager les entreprises

²⁶⁶ Chap. II de la Loi sur les compagnies précité note 114, Ces dispositions n'ont pas d'impact sur les EIE déjà établies et organisées sous la forme de SRL.; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.26

²⁶⁷ Précité note 112

²⁶⁸ Loi sur les compagnies précité note 114, Art 3

²⁶⁹ Loi sur les compagnies précité note 114, Art.22

²⁷⁰ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43

²⁷¹ Les actionnaires doivent signer et approuver les règlements d'incorporation. Ces règlements comprennent le nom et domicile de la compagnie, son mode d'incorporation, le secteur dans lequel elle oeuvre, son capital enregistré, le nom des actionnaires ainsi que leurs droits et obligations, les méthodes de contribution au capital et le montant de la contribution de chaque actionnaire, les conditions relatives au transfert des parts, l'organisation de la compagnie, les fonctions et pouvoirs de chaque organe, les règles de procédure interne, le nom des représentants légaux de la compagnie et les conditions relatives à sa liquidation ou sa dissolution.

²⁷² Précité note 114

²⁷³ 500 000 Rmb pour les SRL oeuvrant dans les domaines de la production et des opérations de manufacture, 300 000 pour la vente au détail et 100 000 pour le développement technologique et scientifique et les services de consultation. Une SRL doit avoir un conseil d'administration composé de 3 à 13 membres tel que cela est prévu à la Loi sur les compagnies, précité note 114, dont le mandat ne peut excéder trois ans. De la même façon que pour une SA, un comité de supervision doit être mise en place. Par ailleurs, une exception permet aux SRL de petite envergure de contourner ces restrictions et de nommer, pour remplacer le conseil d'administration un directeur officiel, qui agira à la fois comme gestionnaire de la compagnie si tel est le désir des actionnaires. ; J. M. ZIMMERMAN, op.cit., note 38, p.129-130 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.44

²⁷⁴ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.104-105

²⁷⁵ Il peut convoquer les associés en assemblée en dehors des assemblées annuelles. Les membres du comité doivent assister aux assemblées d'associés mais sont dépourvus de droit de vote.

²⁷⁶ Règlement provisoire sur l'établissement d'entreprises à investissement étranger de capital de risque (EIECR) (Foreign invested venture capital investment enterprises), (en vigueur au 1^{er} septembre 2001 et modifié le 1^{er} mars 2003)

étrangères et autres organisations économiques à investir dans les nouvelles et hautes technologies en Chine. Ces entreprises peuvent être établies sous forme de SRL²⁷⁷. Les conditions d'établissement de ce type d'entreprises sont les suivantes : au moins 2 et au plus 5 investisseurs, et au moins un investisseur principal qui rencontre les critères réglementaires, un minimum de capital enregistré de 10 millions de USD si elle n'a pas de personnalité morale et 5 millions de USD dans le cas contraire. Cette entreprise doit embaucher un minimum de 3 professionnels d'expérience dans ce domaine, à moins qu'elle n'engage une compagnie de gestion pour effectuer ce travail²⁷⁸. Des critères doivent également être rencontrés par l'investisseur principal²⁷⁹. Les contributions au capital de ce type d'entreprises doivent être faites en conformité avec les règles en vigueur à cet effet et applicables aux autres EIE²⁸⁰. Une EIECR est autorisé à distribuer des profits à l'étranger tant que toutes ses obligations fiscales chinoises sont rencontrées²⁸¹.

2.2.3 Succursale ou filiale

La *Loi sur les compagnies*²⁸² prévoit à ses articles 199 à 205, la possibilité offerte autant aux investisseurs étrangers que domestiques de créer en Chine une succursale d'entreprise que cette dernière soit étrangère ou domestique²⁸³. La succursale est une entité dépourvue de personnalité morale et porte en principe le nom de la société à laquelle elle est rattachée²⁸⁴. Elle demeure partie intégrante de l'entreprise étrangère et ne peut être considérée comme une entité juridique chinoise et n'est donc ni soumise, ni bénéficiaire des droits et obligations applicables aux entreprises chinoises. Cela fait en sorte que l'EIE ou l'entreprise étrangère demeure indéfiniment responsable au niveau civil pour les activités de ses filiales en Chine²⁸⁵. L'EIE pourra désigner un ou des représentants de l'entreprise pour ses opérations sur le territoire chinois mais ces derniers devront nécessairement être domiciliés en Chine. En pratique, cette structure qui cumule les

²⁷⁷ ou de EC sans personnalité morale

²⁷⁸ Règlement provisoire sur l'établissement d'entreprises à investissement étranger de capital de risque, précité note 276, Art.6

²⁷⁹ Id., Art 7; le "venture capital" est son activité principale, dans les 3 années précédents, il a un sous sa responsabilité au minimum de 100 millions de USD en tout temps, dont au moins 50 millions de USD ont été investis dans des venture capital (dans le cas où l'investisseur principal est chinois, les sommes sont de 100 millions et 50 millions mais de Rmb plutôt que de USD)

²⁸⁰ Règlement provisoire sur l'établissement d'entreprises à investissement étranger de capital de risque, précité note 276, Art.16

²⁸¹ Id., Art. 35, 36, 37; le terme de ce type d'entreprise doit être prévu dans le contrat mais ne peut en aucun cas excéder 12 ans, mais peut être prolongé avec l'accord des autorités

²⁸² Précité note 112

²⁸³ Une compagnie étrangère est définie dans la Loi sur les compagnies précité note 114 comme étant une compagnie établie et enregistrée dans une autre juridiction et en conformité avec les lois de cette juridiction.

²⁸⁴ Il doit également être fait mention de la nationalité de cette société, afin de permettre aux tiers de savoir à quel régime de responsabilité la société étrangère est soumise pour les activités de sa succursale étant donné que la société étrangère est seule responsable pour toutes ses activités en Chine.

²⁸⁵ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.79 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.38-39

inconvenients des BR et des entreprises étrangères sans en présenter les avantages, n'est pas beaucoup utilisée par les étrangers²⁸⁶.

2.3 Structures juridiques spécifiquement prévues pour les investissements étrangers directs (IED) : La *Loi sur les investissements étrangers*

Nous avons abordé les principales caractéristiques des véhicules corporatifs de droit commun prévus à la *Loi sur les compagnies*²⁸⁷ chinoise. Ce droit corporatif doit constituer la toile de fond pour la mise en place de toute entreprise sur le territoire chinois qu'elle soit domestique ou qu'elle comporte une part d'IED, puisqu'elle est dans tous les cas d'application supplétive aux lois particulières dont la plus importante est la *Loi sur les investissements étrangers*²⁸⁸. La *Loi sur les investissements étrangers*²⁸⁹ prévoit un régime corporatif distinct applicable aux IED. Elle prévoit deux grandes familles de structures des IED en Chine : les entreprises entièrement détenues par des étrangers (EEDE)²⁹⁰ et les entreprises conjointes (EC). Il existe en vertu de cette loi deux types d'entreprises conjointes, les sociétés mixtes de capitaux (SMC)²⁹¹ et les sociétés mixtes coopératives (CC)²⁹². Les sociétés coopératives peuvent être formées avec ou sans personnalité morale. Une des formes de société coopérative sans personnalité morale pour laquelle sont prévues des règles particulières est la société en participation (SP). Cette dernière n'est pas une structure exclusive aux IED mais peut servir à structurer un IED sans personnalité morale. Finalement, il existe des situations particulières d'IED qui sont régies par des règles particulières ; la société d'investissement (SI) et la contribution à une entreprise d'état existante. Ces modes d'IED se rapportent par ailleurs tout autant à la *Loi sur les investissements étrangers*²⁹³ et aux structures qui y sont prévues.

Il y a une dizaine d'années, les restrictions sectorielles étant plus importantes qu'aujourd'hui, l'entreprise étrangère devait par exemple se contenter d'un BR pour les secteurs où les IED n'étaient pas autorisés; dans d'autres secteurs, un partenaire chinois était imposé. Toutefois, de plus en plus avec les ouvertures sectorielles que nous avons abordé à la section précédente, il est possible pour les IED d'adopter la structure qui correspond le mieux au projet d'implantation et

²⁸⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.80; Par ailleurs, un avantage de cette façon de s'assurer une présence commerciale en Chine se situe au niveau fiscal puisque cette forme sera exemptée de la taxe d'affaires et de la taxe sur les revenus d'entreprise pour les services rendus à sa compagnie mère ou une de ses compagnies affiliées à condition que la compagnie mère contrôle 100 % des droits de votes sur l'ensemble de ses compagnies affiliées, que les compagnies mères et affiliées soient incorporées dans le même pays, que toutes les activités de la filiale soient sous le contrôle de la compagnie mère et que la compagnie mère consolide, déclare et paye des taxes pour ses filiales et couvre l'ensemble de leurs pertes.

²⁸⁷ *Précité* note 112

²⁸⁸ *Précité* note 150

²⁸⁹ *Id.*

²⁹⁰ En anglais, "Wholly foreign owned enterprise"(WFOE)

²⁹¹ En anglais "Sino foreign equity joint venture" (EJV)

²⁹² En anglais « contractual ou coopérative Joint-venture »(CJV)

²⁹³ *Précité* note 150

d'exercer un véritable choix²⁹⁴. Cependant, il arrive encore fréquemment que les règles relatives aux secteurs d'activités dictent le type de structure corporative qui devra être utilisé pour structurer un projet d'IED ayant une activité donnée.

Les structures prévues pour les IED dans la *Loi sur les investissements étrangers*²⁹⁵ ont certaines caractéristiques en commun. La presque totalité des règles générales aujourd'hui applicables à toutes les formes d'IED furent initialement prévues pour la structure de la SMC, jadis beaucoup plus utilisée que toutes les autres et qui bénéficiait par conséquent d'un cadre juridique beaucoup plus complet. L'application de ces règles générales applicables aux SMC fut rapidement étendue aux autres structures prévues dans la *Loi sur les investissements étrangers*²⁹⁶, soit la CC et la EEDE.

Ainsi, peu importe la structure choisie pour encadrer un IED en Chine, certaines règles doivent être respectées quant à la nature de la contribution de l'investisseur étranger et au versement de cette dernière. Les partenaires à une EIE, peu importe la structure adoptée, doivent verser leur contribution suivant un échéancier fixé dans le contrat de constitution de l'entreprise. Un défaut de se conformer à cet échéancier peut mener à l'annulation ou à l'abandon forcé ou encore à la révocation de la licence d'exploitation²⁹⁷. L'échéancier de libération des apports en capital prévu dans le contrat d'établissement de l'EIE doit respecter les contraintes posées par le droit interne chinois. Si les apports sont libérés de façon échelonnée, le premier versement doit intervenir lors de la constitution de la société et doit représenter au moins 15 % du capital social. La réglementation prévoit également un délai maximum de libération du solde des apports en fonction de l'importance de l'investissement total. Chaque actionnaire doit fournir la totalité du capital auquel il a souscrit suivant les règlements d'incorporation sous peine de quoi, il sera responsable pour bris de contrat face aux autres actionnaires. Les partenaires chinois et étrangers doivent libérer leurs apports aux mêmes dates. Si, pour des raisons particulières, ce principe ne peut être respecté dans le contrat de société, il convient d'obtenir une dérogation du MOFCOM ou de son bureau local. Dans tous les cas l'investisseur étranger majoritaire ne peut exercer son droit de gestion de l'entreprise tant qu'il n'a pas complètement libéré ses apports en capital. De plus, le non respect des délais contractuels de libération du capital peut entraîner le versement d'intérêts moratoires ou d'une indemnité compensatoire du préjudice économique supporté par l'EIE. Finalement, dans le cas où la EIE néglige de répondre aux injonctions de l'AIC voulant la forcer à

²⁹⁴ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.75

²⁹⁵ *Précité* note 150

²⁹⁶ *Id.*

²⁹⁷ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.42-43

libérer le capital constituant sa contribution, celle-ci peut annuler le certificat d'enregistrement de l'EIE²⁹⁸.

Quant à la nature de la contribution, un partenaire peut faire ses contributions au capital en argent, Rmb ou en devises étrangères en conformité avec le taux de change stipulé par l'Administration d'état pour les échanges avec l'étranger (**SAFE**) au jour où les fonds sont soumis. Sous certaines conditions, le capital peut également être apporté en actifs tangibles (équipements, immeubles, et autre matériel) ou en actifs intangibles (droits de propriété intellectuelle et savoir faire)²⁹⁹. Aucun pourcentage maximum n'est officiellement fixé sur le montant d'actifs intangibles pouvant constituer les contributions au capital par le partenaire étranger. Toutefois une réglementation gouvernementale interne requière que la valeur de propriété intellectuelle et de technologie contribué par un investisseur étranger ne puisse excéder 50% de la contribution au capital de l'investisseur étranger, ou 20% du capital enregistré totale de l'EIE. Des dispositions sur plusieurs questions concernant l'usage de haute et nouvelle technologie contribuées à titre de capital prévoient que cette limite de 20% peut être dépassée et atteindre jusqu'à 35% du capital enregistré total de l'entreprise à investissements étrangers si cette dernière se qualifie d'entreprise de haute ou nouvelle technologie suivant les définitions publiées par le MOFCOM³⁰⁰. Lorsque les partenaires à une EIE font leur contribution au capital en actifs, la valeur de la contribution est déterminée conjointement par les partenaires ou par un tiers désigné par les partenaires, généralement un comptable agréé chinois³⁰¹. Habituellement, les investisseurs chinois fournissent le droit d'usage de la terre, les immobilisations et dans certaines circonstances particulières décident d'ajouter du capital alors que la contribution des investisseurs étrangers s'effectue d'avantage en capital ou en technologie³⁰².

2.3.1 Entreprise conjointe (EC)³⁰³

Le premier choix qui s'offre à un investisseur étranger est de s'adjoindre un ou des partenaires chinois en formant une EC. Il existe deux types d'EC pouvant servir à structurer un IED en Chine, les sociétés mixtes de capitaux (SMC) et les sociétés mixtes coopératives (CC). Leur caractéristique principale est évidemment d'impliquer la participation d'un partenaire chinois³⁰⁴.

²⁹⁸ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.83

²⁹⁹ La contribution en droit de propriété intellectuelle ne peut excéder 20% du capital enregistré, sauf autorisation par l'état chinois.

³⁰⁰ Tel sera le cas par exemple s'il s'agit de microélectronique, d'information, de biotechnologie, d'écologie et de protection de l'environnement ayant fait l'objet d'une certification par une agence agréée à cet effet par la SAIC.

³⁰¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.42-43

³⁰² Sophie SOJFER, Emmanuel GUTTON, Nicolas HYACINTHE, Mehdi EL JAMALI, *Investir en Chine*, 2003, R.D.A.I. no.1, p.61-79 ; Iris BELLANGER, *Développements récents sur les investissements étrangers en Chine*, 2000, R.D.A.I. no.3, p.311-345

³⁰³ En anglais « Joint venture » (JV)

³⁰⁴ Le choix d'un partenaire chinois est en général ce qui est le plus difficile et l'étape la plus importante. Certains critères sont à cet effet à considérer : l'influence du partenaire au niveau politique, son accès au financement domestique, son habileté à créer un marché

L'EC est une façon de faire des affaires qui est très adaptée à la réalité chinoise où les relations prennent énormément d'importance. Elles permettent aussi aux investisseurs étrangers de partager le risque. Du point de vue des autorités chinoises, ce véhicule est également le plus intéressant puisqu'il permet de mieux contrôler le développement économique du pays en rendant les choses faciles dans certains secteurs et en dressant des obstacles dans d'autres³⁰⁵. Pourtant, un certain nombre de formalités doivent être respectées pour leur mise en place. Elles doivent, suivant la réception du certificat officiel d'approbation du projet d'entreprise, être enregistrées auprès de l'Administration d'état pour l'industrie et le commerce (SAIC) ou ses représentants locaux³⁰⁶. Suivant les modifications qui ont été apportées à la *Loi sur les sociétés mixtes de capitaux*³⁰⁷, suite à l'obtention de l'approbation des autorités chinoises, les partenaires de l'EC préparent un rapport de faisabilité complet. Ils soumettent ensuite une demande, le contrat d'EC ainsi que les articles d'incorporation pour une seconde approbation³⁰⁸. Une étude de l'impact environnemental du projet doit être déposée auprès des autorités locales³⁰⁹.

Curieusement, les textes généraux sur les EIE ne prévoient pas de capital minimum ni de plafond quant à la participation étrangère à une EC. Il convient par conséquent de raisonner par analogie aux sociétés commerciales de droit commun et par référence aux pratiques locales d'approbation

interne pour sa production, le niveau d'habileté de son personnel et son intégrité et sa force au niveau de la gestion de l'entreprise. Un mauvais choix de partenaire peut mener à d'innombrables problèmes et un bon choix peut être un excellent guide et un ami important au moment de s'adresser aux membres de la bureaucratie. Les EC créées dans certains secteurs d'activités sont, outre les règles générales décrites ci-dessous, assujetties à des contraintes particulières. C'est notamment le cas pour les EC d'import-export, de publication de consultation médicale, de distribution, de construction, d'évaluation d'actifs, d'audit, d'ingénierie ou de transit international. Il s'agit souvent de secteurs d'activité ou les investissements étrangers sont limités par le Catalogue d'orientation de l'investissement étranger. ; Le *Economist intelligence unit* de 1996 définit essentiellement 3 types de partenaires chinois qui sont légèrement caricaturés mais qui donne par ailleurs une idée des choix qui s'offrent à l'investisseur étranger : le partenaire vis et écrou qui a pour rôle de régler les problèmes d'accès et d'approbations au fur et à mesure qu'ils se présentent ; le parrain bien nanti qui détient énormément de pouvoir, qui seront souvent des officiers de l'état et ; le partenaire quatre mains sur le volant qui est plus stratégique et dans lequel le partenaire chinois est intéressé à un développement stratégique et non seulement à un élément spécifique comme le transfert d'une technologie. T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.118-119 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.81 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.47-48

³⁰⁵ T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.115

³⁰⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.42-43 ; La partie chinoise à ce type de structure doit soumettre une description du projet proposé, un rapport de faisabilité préliminaire et une lettre d'intention faisant état de l'intérêt de l'entreprise étrangère dans le projet.

³⁰⁷ *Loi sur les sociétés mixtes de capitaux (Law on Sino Foreign Equity Joint-Venture)*, (adoptée le 1er juillet 1979 à la 2^e Session du 5^e National peoples congress, amendée le 4 avril 1990 à la 3^e session du 7^e National peoples congress en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Equity Joint ventures, amendée à nouveau le 15 mars 2001 à la 4^e session du 9^e National peoples congress en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Equity Joint ventures) ; Applicable comme nous l'avons vu en introduction à l'ensemble des EIE ; *Regulations for the implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint ventures*, (promulguées le 20 septembre 1983 par le State council, amendée le 15 janvier 1986 par le State council, amendée le 21 décembre 1987 par le State council, amendée le 22 juillet 2001 par le State council en conformité avec la décision du State Council de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-foreign Equity joint-ventures), les SMC ne requièrent plus le dépôt de plans de productions et d'opération à l'agence chinoise ; *Provisional measures governing the establishment of sino-foreign joint foreign trade corporations on a trial basis*, (en vigueur à compter du 3 septembre 1996, émises par le Ministry of Foreign trade and Economic Cooperation le 30 septembre 1996) ; *Provisional regulations of State Administration for industry and commerce on the Ratio between the registered capital and the total amount of investment of sino-foreign equity joint ventures*, (promulgués le 1er mars 1987 par le State Administration for industry and commerce) ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.23

³⁰⁸ D'autres documents peuvent être requis, incluant des contrats de transfert de technologie et de licences de marques. Dans le cas du SMC, les autorités doivent rendre une décision relative à l'approbation à l'intérieur d'un délai de 3 mois calculé à compter de la réception des documents. Ce délai est réduit à 45 jours dans le cas du CC.

³⁰⁹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.23 ; Suivant le dépôt de cette étude, l'EC devrait appliquer pour obtenir les permis nécessaires aux droits d'usages de terrains et à la construction.

ainsi qu'aux éventuelles réglementations sectorielles. On en conclut que le capital minimum pour obtenir l'approbation d'une EC se proposant d'exercer une activité industrielle sera généralement de 100 000 USD³¹⁰, les investisseurs étrangers devant nécessairement injecter un minimum de 25% du capital³¹¹. Par ailleurs, un nouveau texte, entré en vigueur en janvier 2003, a apporté un assouplissement au principe de la contribution minimale de 25% (cas particulier du EIE à participation étrangère inférieure à 25%)³¹².

2.3.1.1 Sociétés mixtes de capitaux (SMC)

Les SMC, historiquement la première forme de société prévue pour accueillir les investissements étrangers, doivent maintenant être structurés sous la forme d'une SRL, bien que la *Loi sur les compagnies*³¹³ soit entrée en vigueur après la loi autorisant la mise en place de cette structure. Elles sont régies par la *Loi sur les sociétés mixtes de capitaux*³¹⁴ et son *Règlement d'application*³¹⁵ et sont généralement utilisées pour des projets de longue durée. Ce sont des entreprises créées en Chine conjointement par des investisseurs étrangers (entreprises et individus) et des investisseurs chinois qui doivent être des personnes légales reconnues par le droit chinois (compagnies, entreprises ou autres formes d'entité économiques). Au minimum deux investisseurs doivent composer ce type d'entreprise, l'un chinois, l'autre étranger. En principe, l'importance de la participation étrangère n'est pas plafonnée sauf si les investissements sont réalisés dans un secteur pour lequel le *Catalogue d'orientation de l'investissement étranger* ou une réglementation sectorielle spécifique prévoit que la partie chinoise doit être majoritaire³¹⁶. Les principes sous-jacents de l'égalité et du bénéfice mutuel sont essentiels à ce type d'entreprise puisque toutes les parties gèrent ensemble et partagent les risques, les bénéfices et les pertes³¹⁷ en proportion de leur investissement³¹⁸.

Jadis le véhicule le plus utilisé³¹⁹ pour les IED, les SMC ne constituaient pour la première moitié de l'année 2004 qu'un maigre 25 % des nouveaux projets d'IED en Chine. L'engouement d'autrefois pour les SMC peut notamment s'expliquer par le fait que pendant longtemps, cette forme de société était régie par un ensemble de règles beaucoup plus complètes et précises, ce

³¹⁰ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.81

³¹¹ Loi sur les sociétés mixtes de capitaux, *précité* note 307, Art 4 ; L'article 18 du Décret sur les CC prévoit que dans l'hypothèse d'une CC ayant la personnalité morale, l'investisseur étranger doit détenir au moins 25 % du capital social, alors que dans le cas d'une CC sans personnalité morale la notion de capital social n'existant pas, l'investisseur étranger devant détenir au moins 25 % du montant total de l'investissement. T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.44

³¹² B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.81

³¹³ *Précité* note 112

³¹⁴ *Précité* note 307

³¹⁵ *Id.*

³¹⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.81

³¹⁷ Les parties ne répondent des dettes de la société que dans la limite de leurs apports

³¹⁸ Loi sur les sociétés mixtes de capitaux, *précité* note 307, art.4 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.26

³¹⁹ Jusqu'à la fin des années 1990 la majorité des EIE étaient structurées sous cette forme B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.81

qui offrait une sécurité non négligeable aux investisseurs étrangers. La chute de l'intérêt accordé à ce type de structure s'explique notamment par le fait que la Chine se soit conformée à une bonne partie de ses engagements d'accession à l'OMC, en permettant entre autres à des entreprises composées à 100% de capital étranger (EEDE) d'œuvrer dans la vente en gros et au détail sur le marché domestique et dans divers autres secteurs requérant autrefois une participation chinoise, tel que nous l'avons abordé précédemment. Il est prévisible que la popularité des SMC chute encore d'avantage.

Malgré une baisse de popularité, un partenaire chinois avec de bonnes relations et de bonnes connaissances du milieu des affaires en Chine est encore un atout important pour un investisseur étranger peu expérimenté³²⁰. Le partenaire chinois a une meilleure connaissance des lois chinoises et de l'environnement des affaires et est mieux à même de résoudre les problèmes de communication, et d'ouvrir les portes du marché chinois³²¹. De plus l'investisseur étranger peut tirer parti des autorisations et droits d'usage qui ont été antérieurement obtenus par le partenaire chinois, notamment pour les terrains et immeubles ou de l'assistance du partenaire chinois dans l'obtention des approbations administratives. Ceci est surtout vrai dans le cas d'une première implantation à l'occasion de laquelle l'investisseur étranger n'a pas encore été introduit aux contraintes du monde commercial chinois³²². Ces avantages comportent par ailleurs des limites et parfois la présence d'un partenaire peut créer des difficultés. Ainsi, dans la mesure où les perspectives de développement nécessitent une augmentation de capital, l'associé chinois, souvent dépourvu de fonds propres, aura tendance à s'opposer à cette augmentation plutôt que de voir sa participation au capital dilué du fait du financement exclusif de cette opération par le partenaire étranger³²³. Il est également aisé de concevoir que la gestion sera nettement simplifiée en l'absence d'un partenaire chinois dont les modes de fonctionnement peuvent être forts différents³²⁴.

³²⁰ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.26

³²¹ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.42-43 ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.81

³²² B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.81

³²³ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.45

³²⁴ Le conseil d'administration d'un SMC doit être constitué d'un minimum de 3 membres, incluant le président et le vice président. Des règles en vigueur depuis juillet 2001 ont retiré une restriction préexistante qui prévoyait que le président devait nécessairement être nommé par la partie chinoise et le vice président par la partie étrangère. La réunion des administrateurs qui doit se tenir au minimum une fois par année, décide de toutes les questions importantes en conformité avec les articles d'incorporation de l'entreprise. Peu de décisions requièrent l'approbation des actionnaires mais lorsque cela est nécessaire, le vote des actionnaires est proportionnel à la détention de chacun dans le capital enregistré de l'entreprise. (Un nombre minimum et maximum d'administrateurs est prévu pour chacune des structures en vertu de la Loi sur les compagnies précité note 114. Dans tous les cas où la structure implique la constitution en personne morale le président du CA est le représentant légal de l'entreprise à investissement étranger. Normalement, si le président d'une structure donné est nommé par la partie étrangère, le vice président sera nommé par la partie domestique et inversement, dans le but de démontrer la bonne foi des parties en présence et d'équilibrer les relations entre les investisseurs chinois et étrangers.). Les règles relatives aux SMC, également applicables à l'ensemble des autres structures d'investissement étranger, prévoient une majorité décisionnelle à 55%. L'unanimité est par ailleurs requise pour certaines opérations telles que la modification des statuts, l'augmentation ou la réduction de capital, la dissolution, la constitution d'hypothèques, les fusions acquisitions ou un changement dans le statut légal de l'entreprise. ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.83, 104, 105) ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.41-42 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.44-46

2.3.1.2 Sociétés mixtes coopératives ou co-entreprise contractuelle (CC)

Une CC, régie par la *Loi sur les sociétés mixtes coopératives*³²⁵ et son *Règlement d'application*³²⁶, est une association d'au moins deux investisseurs voulant réaliser le même objectif commercial. À la différence de la SMC où aucun aménagement contractuel n'est possible, les relations, droits et obligations des parties sont définis par les parties à la CC dans le contrat d'incorporation. Les règles relatives aux CC sont par conséquent significativement plus souples que celles applicables aux SMC. Les droits et obligations des parties répartis par contrat devront être prévus dès le stade des négociations entre les investisseurs pour éviter des problèmes à des étapes subséquentes³²⁷.

Il existe deux types de CC, le premier possédant la personnalité juridique et le second ne la possédant pas. Le droit chinois impose quelques contraintes communes aux deux types de CC comme par exemple la nécessité d'atteindre un capital minimum et d'effectuer une étude de l'impact environnemental. Le premier type de CC est souvent comparé et ressemble beaucoup à un SMC dans la mesure où une entité légale souvent apparentée à une SRL est créée³²⁸. La contribution au capital de la CC ayant la personnalité morale se fait suivant un ratio qui a été entendu par les parties dans le contrat de constitution³²⁹ tout en respectant les ratios minimums établis dans le *Règlement provisoire concernant le ratio entre le capital social et l'investissement total dans les entreprises communes sino étrangères*³³⁰. La CC sans personnalité juridique³³¹ fonctionne quant à elle suivant les règles relatives aux sociétés et associations. Cela signifie que chaque investisseur est responsable suivant les proportions prévues dans le contrat de CC pour les pertes et les risques. Les parties encourent une responsabilité illimitée et partagent

³²⁵ Loi de la république populaire de Chine concernant les joint ventures contractuelles sino-étrangères (Law of the People's Republic of China on Chinese foreign contractual joint-ventures or Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative enterprises) (approuvée le 13 avril 1988 à la 1^e Session du 7th National peoples congress et promulguée par l'ordre no.4 du Président de la République Populaire de Chine le 13 avril 1988 et en vigueur à compter de la date de sa promulgation, révisée en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino foreign cooperative enterprises prise à la 18^e rencontre du Standing committee du 9^e National peoples congress le 31 octobre 2000, promulguée par ordre no.41 du Président de la République Populaire de Chine, devant entrer en vigueur le jour de sa promulgation)

³²⁶ Règlement d'application de la loi sur les sociétés mixtes coopératives (Detailed rules for the implementation of the law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Contractual Joint ventures) (en vigueur à compter du 4 octobre 1995, approuvé par le State council of the People's Republic of China le 7 août, 1995 et promulguée par le Ministry of foreign trade and economic cooperation le 4 septembre 1995 et commandé par Wu Yi, Minister of MOFTEC à entrer en vigueur au jour de sa promulgation le 4 septembre 1995, amendée en octobre 2000 et amendée la dernière fois en avril 2001); Explanations of MOFTEC on implementing certain articles of detailed rules on the implementation of the law on sino-foreign cooperative joint ventures, (promulguée par le Ministry of Foreign trade and Economic cooperation le 22 octobre 1996) ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.26

³²⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.p.44

³²⁸ L'entité contractuelle est dirigée par un conseil d'administration et seules certaines décisions importantes requièrent une décision des investisseurs.

³²⁹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43

³³⁰ Provisional regulations of State Administration for industry and commerce on the Ratio between the registered capital and the total amount of investment of sino-foreign equity joint ventures, (promulgués le 1^{er} mars 1987 par le State Administration for industry and commerce)

³³¹ Il est préférable de mentionner expressément dans le contrat de société que la responsabilité des parties est limitée au montant de leurs apports en capital même si l'obtention de la personnalité morale crée une présomption de responsabilité limitée. B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.85 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.43

conjointement les bénéficiaires de l'activité de la société³³². Il importe par ailleurs de préciser qu'un associé qui quitte la société n'est responsable que des dettes antérieures à la date de son départ, alors qu'un associé qui entre dans la société doit supporter la charge de toute dette née avant son arrivée de la même façon que pour une société en participation (SP)³³³. Bien que cette forme d'investissement soit encore prévue en droit chinois, l'adoption en 1988 de la *Loi sur les Sociétés mixtes coopératives*³³⁴ a quasiment fait disparaître cette seconde forme de CC, les autorités gouvernementales ayant cessé d'approuver sa formation.

Par ailleurs, sans égard à ce qui est prévu à la *Loi sur les investissements étrangers*³³⁵ relativement au CC sans personnalité morale, une loi particulière prévoit la mise en place d'une société en participation. Cette loi ne vise pas spécifiquement les IED mais peut leur être applicable. D'ailleurs, on renvoie, lorsqu'on traite de CC sans personnalité morale, aux règles relatives aux sociétés qui sont plus complètes. Cette structure qui s'intègre nous semble t-il dans la catégorie des CC sans personnalité morale de la *Loi sur les investissements étrangers*³³⁶, offre en quelque sorte une option supplémentaire ou alternative à la CC sans personnalité morale qui a cessé d'être approuvée par les autorités. Ce véhicule développé tout récemment en Chine est régi par la *Loi sur les sociétés en participation*³³⁷. Il est défini comme une organisation destinée à faire du profit et il est établi en Chine par le biais d'entités légales qui contribuent conjointement au capital, partagent les profits et les risques en proportion du ratio stipulé dans la convention formant l'entreprise, ou si la convention ne le prévoit pas, sur une base égalitaire et s'engagent à une responsabilité illimitée pour les dettes de l'entreprise³³⁸. La loi requiert que ce type d'entreprise soit composé d'au moins 2 partenaires³³⁹, qu'une entente écrite soit signée, que le capital soit versé et payé par tous les partenaires et qu'un lieu d'affaire soit établi. Les partenaires doivent être des personnes légales ayant la pleine capacité pour agir civilement. Ils peuvent faire leur contribution en devise, en droit d'usage de terrain, en propriété intellectuelle ou autres droits de propriété sans exigence minimale concernant le montant du capital³⁴⁰. La procédure

³³² Loi de la république populaire de Chine sur les sociétés en participations (Partnership enterprise law), (en vigueur à compter du 1^{er} août 1997, promulguée par le National people's congress le 23 février 1997 et entrée en vigueur le 1^{er} août 1997), art. 32 ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.85

³³³ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.53-54

³³⁴ Précité note 307

³³⁵ Précité note 150

³³⁶ Id.

³³⁷ Précité note 332

³³⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.26

³³⁹ Toutefois, les textes applicables sont muets quant à la nature des associés. L'interprétation communément admise semble être que seules des personnes physiques puissent avoir recours à cette forme d'investissement. Il n'existe aucune limite particulière quant aux nombres de partenaires d'un SP.

³⁴⁰ Les partenaires peuvent augmenter leur contribution au capital tel que cela est stipulé dans la convention de société ou telle que subséquemment décidé par les partenaires. De telles contributions additionnelles devraient être utilisées pour étendre l'étendue de l'entreprise ou pour rattraper des pertes. L'admission de nouveaux partenaires est sujet à l'approbation des partenaires et la conclusion d'un accord écrit de société suivant les dispositions de la loi. Les nouveaux partenaires jouissent des mêmes droits et responsabilités que les partenaires initiaux. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.53-54

d'approbation de la demande de création d'une SP est simple et rapide, peu de documents étant exigés par les autorités lors de l'examen du projet. De plus le mode de fonctionnement et de gestion est plus souple, puisque n'existe aucune obligation pour les associés de mettre en place un organe particulier pour cette fonction³⁴¹. Les inconvénients liés à la SP résident principalement dans la méconnaissance de ce type de structure par les autorités chinoises qui seront amenées à en contrôler la création³⁴².

En comparaison à la SMC, la structure de la CC n'est que très peu utilisée. Toutefois, et bien que le *Règlement d'application de la loi sur les sociétés mixtes coopératives*³⁴³ soit venu aligner les modes de gestion de la CC sur la plupart des règles gouvernant celle de la SMC, la CC conserve un intérêt distinct du fait de ses règles atypiques en matière de répartition des bénéfices et d'amortissement de l'investissement³⁴⁴. Cela laisse place à beaucoup plus de flexibilité et permet d'élaborer des montages qui colleront mieux à la réalité des parties et à leurs préoccupations que la structure rigide d'une SMC. Pour ne donner qu'un exemple, il pourrait s'avérer intéressant d'utiliser ce type de structure dans le cas où l'investisseur étranger désire récupérer son investissement avant le terme de l'opération envisagée ou à l'opposé, dans le but de distribuer plus de bénéfices à la partie chinoise en contrepartie de pouvoirs plus importants laissés à l'investisseur étranger dans la gestion de l'entreprise³⁴⁵. L'investisseur étranger peut aussi vouloir n'attribuer à son partenaire chinois qu'un rôle mineur dans la gestion de la société, lorsque par exemple sa présence n'est justifiée qu'en raison du droit d'utilisation d'un site particulier qu'il apporte à la CC, et contre lequel des profits plus importants que la valeur réelle du terrain lui sont versés sous formes de dividendes³⁴⁶.

³⁴¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.42-43 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.54 ; Ces entreprises n'émettent pas d'actions. ; La gestion est assurée par tous les associés, à moins que ces pouvoirs de gestion ne soit délégués à un associé ou un groupe restreint d'associés, qui représentent alors cette dernière vis-à-vis des tiers. (art.25 de la loi sur les sociétés en participation)

³⁴² T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.54

³⁴³ *Précité* note 307

³⁴⁴ qui trouvent toute l'ampleur dans des secteurs d'activités particuliers, tel le secteur de l'énergie électrique ou du traitement des eaux, où la construction et l'exploitation des infrastructures peuvent faire appel à la méthode du financement de projet. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 110, p.108

³⁴⁵ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.85

³⁴⁶ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.44-45 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.15 ; Une contrainte importante encore prévue dans la loi chinoise est à l'effet que seules des entités juridiques chinoises peuvent contracter avec d'autres entités chinoises pour par exemple louer des terres ou conclure des contrats de fourniture. Ainsi, par exemple, les CC du second type n'ayant pas la personnalité morale devront nécessairement utiliser le partenaire chinois pour passer de tels contrats, ce qui sera le plus souvent fait par le biais d'une procuration par la partie étrangère à la partie chinoise. Les règles sur les SMC accordent maintenant une latitude raisonnable relativement à la décision du lieu de leur approvisionnement. Cela est encore plus vrai depuis que la Chine, anticipant son accession à l'OMC a promulgué de nouvelles règles régissant les SMC le 22 juillet 2001. Ces règles ont retiré une obligation qui donnait antérieurement priorité aux producteurs locaux lorsqu'un EC achetait des éléments nécessaires à sa production tel que de l'équipement et des matériaux bruts.³⁴⁶ De plus, une loi de décembre 2004, promulguée en ligne avec les engagements pris par la Chine lors de son accession à l'OMC autorise les EIE à faire affaire directement avec des compagnies chinoises. Cette loi apporte une amélioration significative puisque dans le passé, les EIE ne pouvait pas s'adresser directement par exemple à leurs fournisseurs et devaient obligatoirement passer par des intermédiaires approuvés par le gouvernement dans toutes leurs relations avec des entreprises domestiques rendaient ces relations nécessaires inefficaces et gonflait les coûts

Outre les restrictions qui font en sorte de traiter un peu différemment l'investisseur étranger de l'investisseur chinois³⁴⁷ désireux de structurer le même genre de projet, la décision d'utiliser une EC, peu importe son type, pour structurer un IED demeure une décision stratégique. L'investisseur doit peser les pour et les contre de chacune des structures et prendre une décision en fonction de ses besoins et de ce qu'il est prêt ou non à accepter. Un partenaire chinois peut être intéressant pour ses relations et sa connaissance du milieu des affaires en Chine mais peut représenter un obstacle dans la gestion de l'entreprise, d'où l'intérêt de l'EEDE.

2.3.2 Entreprises entièrement détenues par des étrangers (EEDE)

Bien qu'un partenaire chinois puisse dans certaines circonstances constituer un atout comme nous venons de l'aborder, beaucoup d'investisseurs étrangers seront réticents à s'associer à un chinois dans une EC et préféreront agir seuls dans la conduite de leurs opérations en Chine. Évidemment, ce choix ne sera pas toujours possible et sera fonction du secteur d'activité de l'entreprise vu les nombreuses restrictions qui subsistent quant au pourcentage de détention étrangère dans des EIE de divers secteurs d'activité, tel que nous l'avons abordé à la première section de la présente partie. La structure de l'EEDE est soumise à la *Loi sur les entreprises entièrement détenues pas des étrangers*³⁴⁸ et à son *Règlement d'application*³⁴⁹. Elle est constituée en totalité d'investissements étrangers, les investisseurs étrangers étant de ce fait seuls responsables des risques et seuls bénéficiaires des profits³⁵⁰. Suivant la définition d'EEDE, les investisseurs étrangers peuvent être des entreprises, des organisations économiques diverses ou des individus. Les EEDE peuvent être organisées sous forme de SRL ou dans toute autre forme corporative dans la mesure où cette dernière est approuvée par les autorités en charge d'évaluer la demande d'application de l'EEDE. Un EEDE doit s'enregistrer à titre de personne morale³⁵¹.

L'EEDE est, et ce depuis avant même l'entrée de la Chine à l'OMC, le mode le plus populaire de structurer un projet d'IED en Chine, les investisseurs ayant découvert qu'il est de moins en moins

³⁴⁷ En plus de la nécessité d'utiliser l'entreprise conjointe pour oeuvrer dans certains secteurs d'activités. *Infra* à la page 38

³⁴⁸ *Loi de la république populaire de chine concernant les entreprises à capitaux étrangers (Law of the People's Republic of China on sole foreign investment enterprises)*, (adoptée le 12 avril 1986 à la 4e session du 6e National people's congress, promulgué par ordre no.39 du Président de la République populaire de Chine, entré en vigueur au même moment, révisé le 31 octobre 2000 à la 18e rencontre du Standing committee du National people's congress par la décision de révision de la Law of the People's Republic of China Concerning enterprises with Sole foreign investment)

³⁴⁹ *Décret d'application de la Loi de la république populaire de chine concernant les entreprises à capitaux étrangers (Detailed rules of implementation of the Law of the People's Republic of China on sole foreign investment enterprises)*, (approuvé le 28 octobre 1990 par le State council, émis le 12 décembre 1990 par le Ministry of Foreign economic Relations and Trade (MOFTEC), en vigueur à la meme date, révisé le 12 avril 2001 en conformité avec la décision du State council de réviser les Detailed rules for the implementation of the law of the People's Republic of China on Sole foreign investment enterprise, re-promulgué le 12 avril 2001 par l'ordre no. 301 du State council)

³⁵⁰ Cette forme d'investissement étranger n'inclut toutefois pas les filiales d'entreprises étrangères qui s'établissent sur le territoire chinois dont le traitement est beaucoup moins formaliste, celles-ci demeurant en tout temps rattaché à la compagnie mère qui se trouve à l'étranger ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.45

³⁵¹ ce qui lui accorde, entre autres choses le droit de poursuivre d'autres personnes physiques ou morales chinoises

nécessaire de s'associer un partenaire chinois, jouissant d'avantage de possibilités à cet égard vue l'ouverture graduelle de nouveaux secteurs d'activité à cette structure d'IED entièrement constituée de capitaux étrangers³⁵². À titre indicatif, dans la période de janvier à juillet 2003, les EEDE constituaient 65,3% (14,5 milliards de USD) du total des IED utilisés en Chine alors que les SMC ne représentaient que 30,7% (6,8 milliards de USD) et les CC 4% (897 millions de USD)³⁵³. À la première moitié de 2004 près de 70 % des projets d'IED entrant en Chine et près du trois quart des USD provenant de l'IED en Chine étaient des EEDE, en faisant de loin le mode le plus utilisé³⁵⁴. Leur nombre devrait continuer de croître, les autorités locales étant de plus en plus familières avec leurs particularités et leur champ s'étant graduellement élargi à un plus grand nombre d'activités. Les EEDE s'étendent maintenant d'entreprises de petite envergure, orientées vers l'exportation, les projets de manufacture, de transport domestique et de hautes technologies jusqu'aux conglomérats importants de fabrication et d'exportations. Cette structure est d'avantage choisie et dans des contextes plus variés en raison du fait qu'elle est en mesure de mieux protéger la technologie utilisée et qu'elle accorde une plus grande latitude au niveau de la gestion. L'augmentation de l'utilisation des EEDE peut en partie s'expliquer par le fait que beaucoup d'investisseurs étrangers ont dans les dix dernières années acquis de l'expérience en exerçant leurs activités commerciales en EC et, ils se sentent aujourd'hui plus sécurisés connaissant mieux les pratiques du marché. Un autre élément contribuant à l'essor de ce type de structure est que de moins en moins de partenaires chinois intéressants sont disponibles pour s'associer à des étrangers. L'utilisation croissante de ce type de structure est un signe encourageant puisqu'il rapproche la Chine des standards internationaux. Au contraire des EC, les EEDE ont une durée de vie illimitée ce qui les rend d'avantage une partie intégrante de l'économie chinoise³⁵⁵.

Les conditions d'implantation des EEDE qui doivent être respectées pour obtenir les approbations nécessaires sont encore plus restrictives que celles imposées aux EC et sont prévues de manière alternative dans le *Décret sur les EEDE*. Cela se comprend du point de vue des autorités chinoises, vu la plus grande latitude accordée aux investisseurs une fois toutes les formalités d'établissement remplies et étant donné que les autorités sont encore réticentes à autoriser la mise en place de ce type de structure, surtout parce qu'elles n'impliquent en rien les nationaux. Ainsi une EEDE devra remplir l'une des deux conditions suivantes : (1) utiliser une technologie ou des équipements avancés, contribuer au développement de nouveaux produits, réaliser des

³⁵² T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.422-43

³⁵³ State Administration for foreign exchange; suivant les données les plus récentes présentées par l'Administration d'état pour les échanges avec l'étranger

³⁵⁴ statistiques de l'administration d'état des échanges avec l'étranger ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.26

³⁵⁵ Cette dernière a par ailleurs l'obligation de définir de manière détaillée la structure de gestion qu'elle se propose d'employer dans ses articles d'incorporation (devoirs et limites des pouvoirs de ses représentants légaux, nom du chef comptable, gestionnaire général et chef ingénieur, procédure de liquidation et de dissolution et d'amendements des articles d'incorporation.) THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.16, 44, 47-48; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.75, 108-109 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.42-43, 47

économies d'énergie ou de matières premières, améliorer la qualité des produits existants ou fabriquer des produits qui puissent se substituer aux produits importés ; ou (2) exporter au minimum 50% du total de sa production annuelle, et parvenir ainsi à un équilibre, voire un excédent de ses devises étrangères³⁵⁶. En plus, le *Décret sur les EEDE* énumère limitativement les secteurs fermés aux EEDE, soit les secteurs de la télévision, de la radio, des médias, du cinéma, du commerce intérieur et extérieur, des assurances, de la publicité, des postes et des télécommunications³⁵⁷, les activités étant susceptibles de heurter la souveraineté chinoise, ses intérêts sociaux ou politiques, de mettre en jeu la sécurité nationale de l'État, de violer une loi ou un règlement ou d'entrer en conflit avec les critères de développement de l'économie nationale ou encore de polluer l'environnement. Ce décret reprend donc substantiellement les considérations à la base de la réglementation restrictive par secteurs prévue entre autres au *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*³⁵⁸ que nous avons abordé précédemment et s'ajoutent à cette série de règles³⁵⁹. La constitution d'une EEDE qui n'est pas encore autorisée dans tous les secteurs d'activité, est soumise à un sévère contrôle administratif³⁶⁰. Par ailleurs la création d'une EEDE dans les secteurs d'état tels que les services publics, les transports, ou l'immobilier, est étroitement contrôlée par les autorités³⁶¹. À ces restrictions peuvent s'ajouter des prohibitions sporadiques imposées par le gouvernement chinois par le biais de politiques directrices visant les IED³⁶². C'est pourquoi certaines entreprises étrangères privilégient encore le choix de l'EC en s'associant avec un partenaire chinois de complaisance³⁶³. Par ailleurs, bon nombre d'autorités administratives locales, chargées de la vérification du respect des critères relatifs à l'établissement des EEDE et animées par le désir d'attirer les IED dans leur localité, ont une interprétation souple des critères³⁶⁴.

L'investisseur étranger qui se propose d'investir sous la forme d'une EEDE doit soumettre un rapport aux autorités locales faisant état de la nature du projet proposé, incluant sa taille, son objectif, les produits, la technologie et les droits d'usages utilisés et nécessaires³⁶⁵. Si le projet dépasse une valeur d'investissement déterminée (aujourd'hui habituellement 100 millions de USD tel qu'abordé précédemment) ou se propose d'agir dans une industrie qui est encore restreinte aux IED ou qui est considérée sensible, l'investisseur étranger doit subséquemment soumettre

³⁵⁶ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.46 à 48

³⁵⁷ Décret sur les EEDE, *précité* note 348, art.4

³⁵⁸ *Précité* note 112

³⁵⁹ Catalogue d'orientation des investissements étrangers, *précité* note 112

³⁶⁰ *Précité* note 112

³⁶¹ Décret sur les EEDE, *précité* note 348, art.5

³⁶² Le MOFCOM refusera d'accorder sa permission dans les cas où les activités proposées du EEDE vont à l'encontre du décret sur les EEDE ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.46

³⁶³ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.81

³⁶⁴ Certaines municipalités, tel que Qingdao dans le nord est de la province du Shangdong, encouragent les EEDE afin d'éviter des disputes entre les chinois et les étrangers. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.47-48; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.46

³⁶⁵ Les autorités répondent normalement dans un délai de 30 jours. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.23

une seconde demande aux autorités locales et présenter une étude de faisabilité qui doit être approuvée par le MOFCOM³⁶⁶. Suite à l'obtention de toutes les approbations requises, l'investisseur étranger doit s'enregistrer auprès de l'AIC³⁶⁷ à l'intérieur d'une période d'un mois et ce dans le but d'obtenir une licence d'exploitation³⁶⁸.

La contribution au capital peut être faite autant en devises (Rmb ou étrangère) qu'en actifs tangibles, en machinerie, en équipements, en droits de propriété intellectuelle ou en technologies. Toutefois, afin de pouvoir être considérés comme une contribution en capital, les équipements et la machinerie doivent être nécessaires à l'implantation par l'entreprise de ses installations de production et ne doivent pas être disponibles en Chine ou encore ne doivent pas pouvoir être fournis en quantité suffisante pour rencontrer la demande de l'EEDE ou dans les délais que cette entreprise requière. Quand la contribution en capital se fait par versements, le premier versement doit représenter au minimum 15 % du capital contribué total et doit être remis dans un délai de 90 jours à compter de l'émission de la licence d'opération. Le dernier versement doit être fait à l'intérieur de trois années de la date d'émission de la licence d'opération. Le capital enregistré ne peut pas être réduit durant la période active de ses activités mais peut être augmenté avec l'approbation des autorités compétentes³⁶⁹.

On constate donc que bien que le nombre des EEDE n'ait cessé de croître ces dernières années, le contrôle exercé sur ce type de structure par les autorités reste serré, et une demande de création peut aisément être rejetée si par référence au plan de l'état les autorités administratives estiment que ce projet d'IED risque de déstabiliser un secteur d'activité ou une entreprise d'état (EE). C'est pourquoi la création d'une EEDE destinée à fabriquer des produits qui complètent la production des EE a plus de chances d'être autorisée, de la même façon que si l'investisseur étranger jouit d'une position dominante par un contrôle des technologies ou des exportations dans son domaine d'activité. La contrepartie de la structure d'une EEDE, pour ne prendre que l'exemple le plus frappant, est liée à l'absence de partenaire chinois. Or, dans un pays comme la Chine, où le réseau de relations « guanxi » que nous aborderons à la partie III des présentes, joue un rôle des plus importants, cette absence de partenaire chinois peut causer quelques difficultés d'accès

³⁶⁶ Cette seconde demande d'approbation doit comprendre les articles d'incorporation, les lettres de « creditworthiness » émises par la banque des investisseurs, et l'identité du représentant légal de l'investisseur. (le MOFCOM a normalement l'obligation de répondre à une telle demande d'approbation dans un délai de 3 mois du dépôt de la demande.); THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.23

³⁶⁷ State administration of industry and commerce

³⁶⁸ Les EEDE, au même titre que les joint ventures, doivent déposer un exposé de l'impact environnemental de leur projet, suivi de demandes de permis pour le droit d'usage d'un terrain et de permis de construction. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.23

³⁶⁹ La valeur totale des droits de propriété intellectuelle ou industrielle ne peut excéder 20% du capital enregistré de la EEDE. Cette règle est également applicable aux SMC et aux SRL. Ces entreprises n'émettent pas d'actions. (Si deux investisseurs ou plus font une demande d'établissement d'un EEDE, une copie du contrat signé par les investisseurs doit être déposée auprès des autorités en charge d'examiner et d'approuver les projets d'investissement.; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43

aux matières premières et aux marchés locaux, ainsi que des problèmes pour créer un réseau de distribution solide. Ces difficultés sont principalement rencontrées par les investisseurs étrangers de taille moyenne, qui n'ont pas les moyens de se créer rapidement un tel réseau ou qui n'ont aucune connaissance du marché chinois et de son fonctionnement. La gestion et le recrutement du personnel local sont également plus difficiles à assurer dans le cadre d'une EEDE, à cause de la carence d'un bon réseau de relations. Il devient alors nécessaire pour la EEDE de parvenir à remédier à l'absence de partenaire chinois en tentant d'établir une relation privilégiée avec les autorités locales et les membres de la communauté d'affaire³⁷⁰, un processus qui peut s'avérer long et laborieux.

2.3.3 Situations particulières auxquels s'applique la Loi sur les investissements étrangers

Tel que nous l'avons brièvement exposé dans la section introductive de la présente section, la base de la réglementation sur les structures de l'IED se trouve à la *Loi sur les investissements étrangers*³⁷¹ et est complété par la *Loi sur les compagnies*³⁷². La *Loi sur les investissements étrangers*³⁷³ prévoit deux structures de base parmi lesquelles les IED peuvent choisir : L'EC qui se divise en SMC et CC ou l'EEDE. Par ailleurs, au-delà de cette loi, d'autres législations traitent de situations particulières d'IED. Ces IED à caractéristiques spécifiques sont tout autant régies par la *Loi sur les investissements étrangers*³⁷⁴ et doivent s'y conformer ce qui signifie qu'ils doivent être formés suivant les structures qui y sont prévues. Toutefois, ces situations particulières doivent également répondre à d'autres conditions prévues dans leurs lois particulières. Nous aborderons à titre illustratif le cas de la Société d'investissement (SI) et celui de la prise de participation dans une EE.

2.3.3.1 Société d'investissement (SI)

La SI est régie par les *Règlements de 1995 sur la création de sociétés d'investissement*³⁷⁵. Elle est définie comme une société constituée en Chine avec des investisseurs étrangers, dans l'une des formes prévues à la *Loi sur les investissements étrangers*³⁷⁶ (EEDE ou EC)³⁷⁷, dans le but

³⁷⁰T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.47-48

³⁷¹Précité note 150

³⁷²Précité note 112

³⁷³Précité note 150

³⁷⁴Id.

³⁷⁵Dispositions sur l'établissement de sociétés d'investissements par des investisseurs étrangers (promulguées le 10 juin 2003, entrées en vigueur 30 jours plus tard, remplace et codifie toute la réglementation existante régissant les sociétés d'investissement, incluant le Règlement concernant l'investissement dans un établissement de sociétés d'investissement par des entités d'affaires étrangère (publiées en 1995))

³⁷⁶Précité note 150

d'exercer une activité d'investissement direct³⁷⁸. À la différence de ces structures, la SI doit rencontrer certaines conditions supplémentaires. La SI est soumise à des conditions d'établissement très restrictives et beaucoup de formalités doivent être observées. Ses attributions sont limitées à des projets d'IED importants mais elle permet de tirer des bénéfices intéressants. Ainsi, tout investisseur étranger qui souhaite créer une SI doit remplir l'une des deux séries de conditions alternatives suivantes : (1) le montant total des actifs nets de l'investisseur étranger ne doit pas être inférieur à 400 millions de USD l'année précédant sa demande de création d'une SI, l'investisseur doit être partie dans une ou plusieurs EIE en Chine pour lesquelles le montant total des capitaux investis doit atteindre au moins 10 millions de USD, l'investisseur doit avoir obtenu l'approbation des autorités chinoises pour au moins trois autres projets d'investissement en Chine³⁷⁹ et bénéficier d'une bonne réputation, ou (2) l'investisseur étranger doit avoir créé en Chine au moins dix EIE engagées dans des activités de manufacture ou de développement d'infrastructures dont le montant total des capitaux atteint 30 millions de USD qui doit être libéré par l'investisseur étranger ou le groupe d'investisseurs étrangers collectivement dans les deux ans de l'obtention de la licence d'exploitation³⁸⁰. Par ailleurs, des conditions doivent également être remplies par le partenaire chinois (pour les SI constituées en EC) qui doit lui aussi avoir une bonne situation financière ; le montant total de ses actifs ne devant pas être inférieur à 100 millions de USD³⁸¹. Les apports constitutifs du capital social ne peuvent être libérés qu'en numéraire, en devises étrangères librement convertibles par les investisseurs étrangers et en Rmb dans certains cas³⁸². Cela exclut donc, contrairement à ce qui est autorisé pour d'autres structures permettant une participation étrangère, les apports en nature³⁸³. Le MOFCOM a publié des *Dispositions sur l'établissement de sociétés d'investissements par des investisseurs étrangers*³⁸⁴. Ces règles prévoient qu'une SI n'est pas autorisée à détenir des parts dans une SRL ou une SA. Elles prévoient également qu'une SI ayant un capital enregistré minimum de 30 millions de USD est autorisée à emprunter jusqu'à 4 fois le montant du capital enregistré total (et jusqu'à 6 fois ce montant si elle a un capital enregistré d'un minimum de 100 millions de USD)³⁸⁵. De manière classique, le projet de création de SI est soumis à l'examen et l'approbation du

³⁷⁷ Plus récemment, cette réglementation éparses a été unifiée et modifiée avec l'adoption par le MOFCOM le 10 juin 2003 du Règlement relatif à l'établissement de sociétés d'investissement à capitaux étrangers. Ce règlement intègre les ouvertures qui étaient apparues depuis 1995 mais il comporte également un certain nombre de nouveautés. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.89

³⁷⁸ Règlement sur les SI, *précité* note 375, art. 1 ; Il est important de ne pas confondre cette SI à capitaux étrangers régie par le règlement sur le SI avec la société financière d'investissement proprement dite, qui relève de la catégorie des institutions financières et qui est en conséquence soumise à d'autres règles spécifiques.

³⁷⁹ Règlement sur les SI, *précité* note 375, art. 2 (1)a)

³⁸⁰ *Id.*, Art. 2(1)b), 2(3); T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 109, p.50 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 110, p.89-90

³⁸¹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.89-91 ; Dans le cas où la SI prend la forme d'une EC, l'investisseur étranger doit détenir au minimum 25 % des parts du capital sociale de la SI et le partenaire chinois doit contribuer l'équivalent d'au minimum 100 millions de Renminbi.

³⁸² Règlement sur les SI, *précité* note 375, art. 4

³⁸³ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.50

³⁸⁴ *précité* note 375; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.26

³⁸⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.26

MOFCOM³⁸⁶. Toutefois, l'investisseur étranger doit également présenter à l'autorité d'approbation locale une lettre de garantie en bonne et due forme engageant sa participation financière dans le capital social³⁸⁷.

Un investisseur étranger peut trouver intéressante l'option de former une SI s'il désire unir plusieurs EC ou autres formes d'IED en Chine pour en faire une seule entité intégrée qui puisse combiner la vente, l'approvisionnement, l'investissement dans des filiales, la fabrication et les services d'entretien pour une vaste ligne de produits³⁸⁸. Elle peut permettre de consolider plusieurs activités des filiales d'une même entreprise en Chine. La SI peut offrir certaines économies d'échelle au niveau de ses opérations et de sa gestion à cause de la diversité de ses investissements tous rassemblés à l'intérieur de la même entité. Ses forces se retrouvent dans un approvisionnement centralisé des composants nécessaires à la production, un entraînement et une formation uniforme du personnel impliqué dans des projets subsidiaires et le bénéfice d'une seule entité pour la mise en marché de toute la ligne de produits offerts³⁸⁹. Cependant, le *Règlement sur les sociétés d'investissement*³⁹⁰ prévoit de manière limitative les secteurs d'activités dans lesquels ce type d'entité peut oeuvrer³⁹¹. Elle ne peut investir que dans (1) des secteurs d'activités encouragés et dont l'accès est ouvert par l'état aux IED soit essentiellement ce que nous avons abordé dans notre analyse des règles contenues au *Catalogue d'orientation des investissements étrangers* à la section précédente, (2) fournir des services de consultant aux investisseurs de la SI, et (3) fournir les services énumérés au règlement³⁹² aux entreprises dans lesquelles la SI a réalisé des investissements. Compte tenu de ces conditions d'établissement

³⁸⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.90 ; Les documents requis sont les suivants : proposition de projet et rapport d'étude de faisabilité, certificat de crédit et d'immatriculation des investisseurs et documents d'identité de leurs représentants légaux, certificat d'approbation, licence d'exploitation et rapport de vérification du capital des EIE dans lesquelles l'investisseur étranger a déjà investi, bilan vérifié des trois derniers exercices de chacun des investisseurs, lettre de garantie de l'investisseur étranger (dans certaines situations seulement).

³⁸⁷ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.50

³⁸⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.26

³⁸⁹ *Id.*, p.47-48

³⁹⁰ *précité* note 375

³⁹¹ *Id.*, art. 5

³⁹² Les services permis à un SI sont d'assister et de représenter les entreprises de la SI pour l'acquisition en Chine ou à l'étranger de machines et d'équipement, de matériel de bureau pour leur usage propre ainsi que des matières premières et des composants et pièces détachées nécessaires à la production, d'assister les entreprises de la SI pour la commercialisation de leurs produits et fournir des services après vente aux entreprises de la SI ; de veiller à l'équilibre des comptes bancaires des entreprises de la SI en devises étrangères sous le contrôle de l'administration du contrôle des changes (State administration for foreign exchange (SAFE)) ; d'assister et conseiller les entreprises de la SI pour le recrutement et la formation de leur personnel ainsi que pour la recherche de débouchés ; d'assister les entreprises de la SI pour l'obtention de prêts et de fournir des garanties à leurs créanciers. Le règlement sur les SI précise que la SI ne peut exercer les activités énumérées ci-dessus qu'au profit des Entreprises de la SI elles mêmes. La SI n'est donc pas autorisée à exercer une mission d'intermédiaire commercial pour le compte de ses investisseurs, mais elle peut en revanche, avec l'approbation de la Banque populaire de Chine, apporter sa caution financière aux entreprises qu'elle a créées (art. 7 du Règlement sur les SI, *précité* note 375). Pour distribuer des fonctions telles que la distribution des produits à la SI, l'unanimité au sein de tous les conseils d'administration de toutes les EIE doit être obtenue, ce qui peut être relativement aisé à atteindre si elles sont toutes des EEDE, mais qui peut s'avérer bien plus difficile dans le cas de EC si par exemple un des partenaires chinois s'oppose au projet. Dans un cas comme celui là, l'investisseur pourra tenter de persuader le partenaire chinois récalcitrant à la création d'une SI de lui racheter ses parts mais il n'est pas assuré que celui-ci acceptera, et le prix de rachat risque de se négocier bien au-delà du prix réel. De plus cette stratégie de restructuration par transformation d'une EC en EEDE peut concerner plusieurs EIE et ralentir considérablement le processus de mise en place d'une SI, surtout si les différentes EC sont dispersées dans diverses provinces et que les autorités locales doivent être consultées et donner leur approbation pour chaque restructuration. Enfin, les autorités chinoises peuvent être pour certains secteurs d'activités peu enclines à accepter une telle restructuration de EC en EEDE, sans parler des cas où le secteur concerné est fermé aux EEDE, et donc où toute restructuration sera susceptible d'être rejetée. ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.49-51

restrictives et de ces attributions limitées, la SI est restée jusqu'à maintenant réservée aux très grandes entreprises étrangères et multinationales voulant montrer leur engagement à long terme en Chine et structurer leur investissement pour l'avenir. Les réformes récentes ont par ailleurs sensiblement augmenté son champ d'attribution. Malgré cela, l'énumération des règles d'établissement d'un SI en Chine nous mène vers le constat qu'il faut être initié depuis un bon moment à la façon de faire affaire en Chine et avoir très bien réussi pour bénéficier de l'option d'utiliser ce type de structure³⁹³. La SI souffre de son manque d'utilité, la réglementation chinoise ne lui autorisant pas les usages pour qu'elle remplisse son rôle notamment en matière de consolidation fiscale. Cette situation s'améliore mais³⁹⁴ il n'existe toujours pas de régime fiscal de groupe applicable aux SI³⁹⁵.

2.3.3.2 Prise de participation dans une entreprise entièrement détenue par l'état (EE)

Une des particularités du système chinois est qu'un nombre important d'entreprises sont détenues par l'état (EE). L'article 64 de la *Loi sur les compagnies*³⁹⁶ définit les EE comme étant des SRL établies uniquement par les institutions ou départements d'investissement du gouvernement chinois autorisés. Les entreprises d'État qui manufacturent des produits spécialisés ou qui s'engagent dans des activités spécifiques adoptent généralement la forme corporative des EE. Elles constituent dans une large mesure, un élément d'inefficacité de l'économie chinoise. On en constate l'ampleur lorsqu'on réalise qu'une ville comme Whenzhou qui dès 1986, aidé par son retrait géographique mais surtout par l'absence presque totale d'EE, a fait en sorte de donner toute la place aux entreprises privées. Cette ville fait maintenant l'envie de tous³⁹⁷. Pour tenter de remédier à la situation actuelle où les EE prennent énormément de place sur le marché chinois, la prise de participation par un investisseur étranger dans une EE constitue un mode d'investissement très spécifique au système chinois d'aujourd'hui qui passe graduellement d'une économie planifiée à une économie de marché, et qui tente ainsi de réduire les pouvoirs du gouvernement au sein des entreprises. Cela se fait dans l'optique des nouvelles politiques du gouvernement chinois qui tendent vers une ouverture des marchés et une désinstitutionalisation

³⁹³ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.50

³⁹⁴ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.89-92

³⁹⁵ *Id.* p.162 ; La SI ne peut donc pas se porter redevable de l'impôt sur les bénéfices qui seraient déterminés sur un résultat d'ensemble ce qui permettrait d'imputer les pertes de certaines filiales sur les bénéfices des autres. Ce régime serait actuellement à l'étude par les autorités chinoises mais les praticiens estiment qu'ils ne devraient pas voir le jour à court terme. Une des difficultés majeures qui empêche sa mise en place est la concurrence fiscale entre les autorités locales. Au minimum, les sociétés d'investissement peuvent bénéficier des avantages fiscaux octroyés aux EIE si elles sont établies dans des zones économiques spéciales et si la participation étrangère y est d'au moins 25%. En raison de sa qualité d'EIE, les résultats d'une SI sont assujettis à l'impôt sur les bénéfices au taux de droit commun de 33 %. La double imposition des dividendes versés par les filiales est évitée par voie d'exonération. Les dividendes versés par les filiales à la SI sont exonérés d'impôt sur les bénéfices et les dividendes distribués par la filiale à sa société mère sont exonérés de retenues à la source. En contrepartie, les frais et charges afférents aux participations ne sont pas déductibles

³⁹⁶ **Précité** note 112

³⁹⁷ "Whenzhou, from bags, to cigarette lighters (and dildo and property to)", *The Economist*, June 4-10, 2005, p.42.

des entreprises d'état pour une plus grande productivité en mesure de concurrencer les marchés internationaux. Bien que plusieurs secteurs soient vus par les autorités comme devant demeurer publics, un mouvement des dernières années privilégie la privatisation de certaines des EE espérant les rendre profitables. Ainsi, de 1996 à 2000, une majorité d'EE ont été transformées en sociétés par actions mais le mot d'ordre demeure encore ni privatisation ni faillite et elles demeurent donc contrôlées par l'état. Toutefois, la part de PIB des EE en Chine a sensiblement diminuée au cours des dernières années, passant de 80 % en 1978 à 30% en 2000, ce qui démontre un effort considérable des autorités de diminuer le rôle de l'état dans les entreprises et de promouvoir le secteur privé³⁹⁸. Les autorités sont par ailleurs soumises à un problème supplémentaire du fait que beaucoup de travailleurs se fient sur les EE pour leur sécurité sociale puisqu'il n'existe pas en Chine de régime national de sécurité sociale³⁹⁹. En attendant que des systèmes nationaux prennent le relais, les entreprises d'état remplissent une fonction sociale ce qui explique qu'elles soient tant favorisées par les autorités⁴⁰⁰. Ces entreprises sont encore des unités de travail assurant la protection sociale de plusieurs, ce qui freine leur développement.

Une participation dans une EE peut devenir un mode d'IED dans la mesure où les investisseurs étrangers sont encouragés par des conditions de prise de participation dans des EE avantageuses mises de l'avant dans certaines circonstances par les autorités chinoises. Le plus souvent, une entente prévoit que l'investisseur étranger acquière des actions dans la EE qui est de ce fait transformée en EIE, ce qui est à plusieurs égards plus simple que d'établir une nouvelle EC pour l'investisseur étranger puisqu'il n'a ainsi pas à se soucier de toutes les formalités d'établissement. Le cadre des opérations de prise de participation a été grandement précisé par les *Règles provisoires relatives aux acquisitions d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers*⁴⁰¹. Ces règles ont vocation à s'appliquer à quatre catégories d'opérations, deux d'entre elles portant sur des droits sociaux (rachat des parts dans une entreprise chinoise, souscription à une augmentation de capital d'une entreprise chinoise), les deux autres portant sur des actifs (établissement d'une EIE qui va acheter les actifs d'une entreprise chinoise, achat des actifs d'une entreprise chinoise par un investisseur étranger aux fins d'investir dans une EIE)⁴⁰². Peu importe l'opération, l'activité de la nouvelle EIE doit être conforme aux dispositions du *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁴⁰³ et la prise de participation ne peut servir à

³⁹⁸ J. R. WOETZEL, *op.cit.*, note 10

³⁹⁹ vestige du régime des unités de travail de la période de Mao ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT *op.cit.*, note 8, p.34

⁴⁰⁰ J. MANDELBAUM, *op.cit.*, note 95

⁴⁰¹ *Règles provisoires relatives aux acquisitions d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers* (conjointement adoptées le 7 mars 2003 par le MOFCOM, l'administration nationale des impôts (SAT), l'administration d'état pour l'industrie et le commerce (SAIC) et l'administration d'état du contrôle des changes (SAFE))

⁴⁰² B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.120-123

⁴⁰³ *Précité* note 112

contourner les règles restreignant ou interdisant l'IED dans certains secteurs⁴⁰⁴. Les principaux cas de figure d'IED par utilisation d'une structure existante varient en fonction de l'identité de l'investisseur, de l'identité de la société cible, et de la méthode d'acquisition⁴⁰⁵. Dans tous les cas, la structure mise en place est une EIE bénéficiant des avantages liés à ce statut en vertu de la *Loi sur les investissements étrangers*⁴⁰⁶, sauf si la participation est inférieure à 25%, seuil qui dans beaucoup n'est pas encore atteint⁴⁰⁷. En fonction des particularités de l'opération envisagée, elle sera structurée soit en EC s'il demeure une part détenue par l'état ou si l'investisseur étranger s'associe un partenaire chinois ou soit en EEDE si la prise de participation rend l'investisseur étranger seul détenteur de parts dans cette entreprise, ce qui n'est à toute fin pratique jamais permis.

Le montant total de l'investissement étranger dans une EE ne peut dépasser un certain plafond fixé en fonction du capital social (inférieur à 2,1 millions USD – 10/7 du capital social, entre 2,1 et 5 millions USD- 2 fois le capital social, entre 5 et 12 millions USD- 2,5 fois le capital social, supérieur à 10 millions USD- 3 fois le capital social)⁴⁰⁸. Les délais de paiement varient selon que l'opération d'acquisition est ou non suivie d'une augmentation de capital de l'EIE résultant de l'opération. Dans le cas d'un rachat simple, le paiement intégral doit être effectué dans les 3 mois de la délivrance de la licence d'exploitation de la nouvelle EIE ou, par autorisation spéciale, au

⁴⁰⁴ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.118 ; Le processus d'émission d'actions en bourse exige que la SA et le souscripteur se conforment aux réglementations relatives à l'information des actionnaires en vigueur en Chine ou dans le pays où sont émis les titres. La loi sur les sociétés exige ainsi que les informations inscrites sur le prospectus pour la vente d'actions de l'entreprise soient véridiques, et impose des pénalités en cas de diffusion de fausses informations (art.207 de la Loi sur les compagnies, *précité* note 114), pour défaut de paiement (art. 208 de la Loi sur les compagnies), ou présentation d'un faux rapport financier au public (art.212 de la loi sur les compagnies)

⁴⁰⁵ Circulaire concernant l'examen et l'approbation de projets utilisant des investissements étrangers pour la restructuration d'entreprises existantes de 1995 (Circular concerning the examination and approval of projects utilising foreign investments for the reformation of existing enterprises), (promulgué par le State economic and trade commission le 11 mars 1995) ; Dispositions provisoires relatives à l'utilisation d'investissements étrangers pour réorganiser les entreprises d'état (adopté le 8 novembre 2002 conjointement par la CEEC, le MOF, la SAIC et la SAFE) ; Moftec's Notice of distribution and circulation of Interim provisions of state owned enterprises utilizing of foreign investment for reshuffling (adopté par ordre no.576 du State Economic and Foreign trade en 1998) ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.54-57

⁴⁰⁶ *Précité* note 150

⁴⁰⁷ Dans ce cas la nouvelle réglementation relative à une participation étrangère inférieure à 25% trouvera application. L'EIE minoritaire est une nouvelle forme d'investissement proposée aux entreprises étrangères pour les secteurs encore fortement contrôlés par l'état chinois. Il s'agit d'une prise de participation minoritaire sous forme de souscription par l'intermédiaire de l'introduction en bourse des titres de la société cible. Ces titres peuvent être introduits sur les marchés de Hong Kong, Singapour, Londres ou New York. Cependant la crise financière asiatique a ralenti les grandes ambitions des autorités chinoises. De plus, l'investisseur étranger pourra, malgré le fait que sa participation au sein de ces entreprises soit recherché et fortement encouragé, souffrir de l'absence des avantages liés au statut d'EIE, à l'absence d'une réglementation propre à assurer réellement la protection des intérêts minoritaires, et à l'impossibilité d'intervenir réellement dans la gestion de l'entreprise. Sa participation peut se faire sous la forme d'un accord de compensation ou d'un accord de transformation ou d'assemblage. L'accord de compensation peut prévoir une compensation directe ou indirecte. La compensation directe consiste pour l'investisseur étranger à fournir des équipements, des machines ou sa technologie à un partenaire chinois, en échange de quoi ce dernier se charge de l'employer avec les matières premières, le site, le personnel, l'usine qu'il apporte de son côté, pour fabriquer des produits qui sont ensuite exportés et permettent ainsi de rembourser l'investisseur étranger et, bien entendu, de lui faire bénéficier d'une partie des profits générés par l'opération. La compensation indirecte consiste en revanche à rembourser l'investisseur étranger par le moyen de biens différents, qui ne sont pas issus de l'opération de production à partir des équipements, des machines ou de la technologie de la société étrangère. Dans le cas d'un accord de transformation ou d'assemblage, l'investisseur étranger s'engage à fournir des équipements, des machines, ou sa technologie à un partenaire chinois et verse au partenaire chinois une certaine somme en échange de laquelle ce dernier effectuera les opérations de transformation pour fabriquer des produits finis, qui pourront être exportés et remis à l'investisseur étranger ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.39, 239 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p. 110-117

⁴⁰⁸ inférieur à 2,1 millions USD – 10/7 du capital social, entre 2,1 et 5 millions USD- 2 fois le capital social, entre 5 et 12 millions USD- 2,5 fois le capital social, supérieur à 10 millions USD- 3 fois le capital social. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.118 À 120

moins 60 % des sommes dues doivent être versées dans les premiers 6 mois de la délivrance de la licence d'exploitation et la balance dans les 12 mois. Pour une augmentation de capital suivant un rachat, les sommes peuvent être versées par un paiement unique devant être effectué dans les 6 mois de la délivrance de la licence d'exploitation de la nouvelle EIE ou par un paiement fractionné (15 % de la participation totale libérée dans les 3 mois, le reste dans les 12 mois ou les 3 ans, selon le montant du capital social)⁴⁰⁹. L'investisseur étranger n'acquerra les droits d'un actionnaire et un droit dans la gestion qu'à compter du paiement total des sommes dues⁴¹⁰.

Bien que les procédures liées à la mise en place de l'IED par une prise de participation dans une EE soient plus simples puisque la plus grande partie des formalités est déjà accomplie au moment pour l'investisseur étranger d'acquérir une participation dans l'entreprise, ce mode d'investissement peut être plus risqué pour un investisseur étranger plus ou moins au fait des règles et des usages en vigueur en Chine puisqu'elle peut occasionner bon nombre de surprises. Il est donc important pour l'investisseur étranger de s'assurer d'une part que les dispositions du droit chinois soient respectées pendant tout le processus de l'évaluation, afin d'éviter toute surévaluation de l'investissement projeté⁴¹¹. Le prix d'achat aussi désigné comme le frais de transfert, doit être basé sur le prix d'évaluation des actifs. Un expert chinois doit être mandaté pour évaluer les actifs de l'entreprise d'état et les résultats atteints par cet expert doivent être confirmés par la Commission réglementant les actifs d'états. Des problèmes peuvent survenir puisque souvent les actifs de l'EE seront surévalués, causant de mauvaises surprises à l'investisseur une fois la transaction complétée. Nombreuses sont les EE qui sont surendettées. Souvent ces entreprises sont insolvables mais ne sont pas mises en liquidation par souci d'éviter les problèmes sociaux qui pourraient en résulter. Face à ces risques, il est déconseillé à un investisseur étranger de se fier aux stricts rapports financiers produits par un cabinet d'experts comptables indépendant pour la société cible car les pratiques comptables chinoises ne correspondent pas aux standards internationaux. De plus, il se peut que certaines entreprises bénéficient à tort d'avantages fiscaux divers, et que l'attention des autorités fiscales soit attirée sur de telles erreurs justement au moment de la transaction, en raison des restructurations directes que cette dernière implique. L'investisseur étranger se doit ainsi d'enquêter sur les pratiques de la société cible, afin de vérifier que les avantages fiscaux dont elle dispose lui sont bien dus, et de

⁴⁰⁹ Le montant du capital de l'EIE suite à une opération de rachat de droits sociaux reste le même que celui de l'entreprise chinoise objet de l'opération et le pourcentage détenu par l'acquéreur reste le même que le pourcentage précédemment détenu par le vendeur. En cas d'augmentation de capital, le capital de l'EIE est égal au capital initial de l'entreprise chinoise augmenté du montant de l'augmentation du capital. Toutefois la répartition du capital suite à l'augmentation, entre l'investisseur étranger et les associés initiaux se fait en fonction de l'évaluation des actifs de l'entreprise chinoise objet de l'opération. ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.118-120

⁴¹⁰ Id., p.118 ; Le ministère du commerce est compétent pour l'examen et l'approbation du projet d'acquisition et doit rendre sa décision dans un délai de 30 jours suivant le dépôt du dossier par l'investisseur étranger. Toutefois, une autorisation spécifique est requise lorsque le rachat porte sur des actions d'état. L'investisseur étranger doit ensuite, dans les 30 jours suivant l'obtention de la licence d'exploitation procéder à l'enregistrement de la nouvelle société auprès de la SAIC.

⁴¹¹ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.113 à 120

s'assurer que l'interruption de ces pratiques n'affecterait pas l'intérêt que représente la transaction envisagée⁴¹². D'autres imprévus peuvent être dus au fait qu'une entreprise déjà en opération a fort probablement contracté des obligations qui peuvent être difficiles à détecter et à évaluer lors de la vérification diligente⁴¹³. L'entreprise ciblée pourra aussi imposer des contraintes obligeant par exemple l'acquéreur à garder à son emploi les employés déjà en place et même à s'engager à soutenir la famille de chacun de ses employés ce qui peut s'avérer un lourd fardeau⁴¹⁴.

De plus, il existe dans les *Règles de concurrence du 7 mars 2003*⁴¹⁵ un ensemble de restrictions visant à éviter que les opérations d'acquisition d'EE par des investisseurs étrangers ne créent de situations restrictives de concurrence. Ces règles ont été adoptées avant même qu'un régime national de contrôle des concentrations ne soit mis en vigueur en Chine. En vertu de ces règles l'investisseur étranger est tenu d'informer les autorités de concurrence dans l'un des cas suivants : (1) le chiffre d'affaires sur le marché chinois d'une partie à l'acquisition est supérieur à 1,5 milliards CNY, (2) l'investisseur étranger a acquis en moins d'un an 10 entreprises chinoises ou plus dans des secteurs liés, (3) l'une des parties au contrat va détenir plus de 25% des parts de marché en Chine suite au rachat, (4) la part du marché chinois détenue par une des parties intéressée est supérieure à 20 %. À la demande des tiers intéressés (entreprises concurrentes, organisations professionnelles), les autorités compétentes peuvent demander à l'investisseur étranger de fournir des informations financières et économiques. Des dispenses existent néanmoins dans certaines situations (sauvegarde des emplois, introduction de technologies avancées)⁴¹⁶. Sur la base de ces informations financières, les autorités compétentes ont 90 jours pour rendre leur décision finale après s'être concertées avec toutes les parties intéressées⁴¹⁷. Les autorités politiques lançaient en 2003 une campagne empêchant le rachat d'actions d'EE, une forme pourtant devenue commune de privatisation⁴¹⁸.

Le droit de l'investisseur étranger de choisir la structure par laquelle il désire mettre en place son investissement est grandement limité, principalement à cause des restrictions imposées à divers secteurs d'activités. L'investisseur étranger qui privilégie la structure de l'EEDE est encore plus limité quant à la possibilité d'exercer ce choix. Les formalités sont nombreuses et les approbations des autorités difficiles à obtenir, les autorités étant encore très réticentes à donner leur

⁴¹² Id.

⁴¹³ J. M. ZIMMERMAN, op.cit., note 38, p.131-132

⁴¹⁴ système obligatoire et répandu en Chine suivant lequel l'aide social passe par des fonds de prévoyances mis en places et financés par les employeurs eux-mêmes tel que nous verrons plus loin les règles relatives à l'emploi dans la présente section.

⁴¹⁵ Règles provisoires relatives aux acquisitions d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers (conjointement adoptées le 7 mars 2003 par le MOFCOM, l'administration nationale des impôts (SAT), l'administration d'état pour l'industrie et le commerce (SAIC) et l'administration d'état du contrôle des changes (SAFE))

⁴¹⁶ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.121

⁴¹⁷ Id.

⁴¹⁸ Ross LESTER, Anti-Monopoly regulation in the Peoples Republic of China: Recent developments, 2003, R.D.A.I., no.5, p.525-539

approbation à des projets d'IED n'impliquant pas les nationaux. De la même façon, les SI ne sont que difficilement approuvées et sont encore réservées aux grandes entreprises étrangères initiées depuis un bon moment au commerce en Chine. Toutes ces restrictions sont en place pour protéger le marché chinois et s'assurer que les projets d'IED ne soient approuvés que dans la mesure où ils servent le développement économique de la Chine et s'intègrent dans sa politique d'ouverture qui a été élaborée pour servir l'économie chinoise. Tout autant, la possibilité maintenant offerte aux investisseurs étrangers de prendre une participation dans une EE vise à servir le développement économique de la Chine en donnant une opportunité aux nombreuses EE de devenir profitables tout en s'assurant que le contrôle de ces industries demeure entre les mains de l'état, entre autres par les règles de concurrences en place. Toutes ces mesures n'ont cependant rien d'extraordinaire et sont utilisés partout dans le monde à divers degrés. Il est de la prérogative d'un état que de contrôler l'accès d'étrangers à son territoire et le rôle d'un gouvernement est notamment d'assurer, au meilleur de sa connaissance, la prospérité économique du pays. En théorie la *Loi sur les compagnies*⁴¹⁹ et la *Loi sur les investissements étrangers*⁴²⁰ présentent comme principal bénéfice pour l'investisseur étranger d'établir un cadre juridique complet et stable auquel ce dernier peut se référer pour régler ses comportements. Cependant, le régime distinct applicable aux investisseurs étrangers en vertu de la *Loi sur les investissements étrangers*⁴²¹ instaure un double standard de traitement par rapport à celui qui est réservé aux chinois. Les règles de ce régime sont contraignantes et plus formalistes. Qu'elles soient justifiées ou non, ces mesures protectionnistes du marché chinois ont pour effet de causer de la discrimination aux investisseurs étrangers qui ne sont pas soumis au même traitement que les investisseurs chinois. Par ailleurs, l'élément qui nous apparaît ressortir est que, bien qu'un cadre juridique complet et en apparence bien encré soit en place en Chine pour régir les entreprises tant domestiques qu'à investissement étranger, les autorités jouissent d'énormément de discrétion pour l'application de ces lois et accordent les approbations nécessaires à la mise en place de projets d'IED sur un base discrétionnaire. Nous aborderons cette question qui constitue un élément essentiel à une analyse complète de la protection dont jouissent les IED en Chine, à la partie III des présentes traitant de l'effectivité de la règle de droit.

Dans la majorité des cas, l'entrée d'IED sur le marché chinois se fait progressivement. De ce fait, choisir directement une EEDE pour structurer un investissement peut apparaître risqué, aucune relation n'ayant été bâtie, et l'investisseur disposant d'une connaissance insuffisante de la réalité chinoise. Les investisseurs étrangers, conscients de ces risques, commenceront donc souvent par

⁴¹⁹ Précité note 114

⁴²⁰ Précité note 150

⁴²¹ Id.

s'associer un partenaire chinois dans une EC pour plus tard, une fois un certain nombre de risques calculés et maîtrisés, se convertir en EEDE⁴²². Certains mêmes passeront par le BR avant de risquer de se structurer en EC. Cela peut expliquer la popularité grandissante de l'EEDE. Beaucoup d'entreprises se sont établies dans les dix dernières années sur le territoire chinois sous forme d'EC. Elles sont pour plusieurs rendues au bout de ce cycle et prêtes à aborder de nouveaux défis avec assurance, comme celui d'opérer sans partenaire chinois leurs activités en Chine. Par ailleurs, le succès des EEDE serait, de l'avis de John Child de l'Université Cambridge, hautement surestimé et les EC auraient plus de chances de devenir profitables et ce rapidement. Le *Economist intelligence unit* a également trouvé que 47 % de EC en Chine devenaient profitables à l'intérieur de deux ans d'opérations, ce qui est le meilleur ratio au niveau international⁴²³.

Ainsi, une façon pour un investisseur étranger de se sécuriser d'avantage est de s'associer à un partenaire chinois. De cette façon, il est mieux armé pour discuter avec les autorités et obtenir les nombreuses approbations nécessaires à son exploitation commerciale. De plus, il jouit d'un avantage dans ses relations avec d'éventuels fournisseurs, distributeurs et autres acteurs avec lesquels il devra conclure des contrats et engager des relations. Cependant, nous ne percevons pas du tout cet avantage que peut procurer un partenaire chinois comme un élément de protection pour l'investisseur étranger. Bien au contraire, il trahit plusieurs éléments insécurisant pour l'investisseur étranger. Si ce dernier a plus de chance de réussir en EC, cela signifie que s'il veut investir seul, sous la forme d'une EEDE, il sera soumis au traitement inverse ; difficultés dans ses relations avec les autorités, problèmes dans l'obtention des approbations requises et relations difficiles à établir avec les fournisseurs, distributeurs et autres acteurs essentiels à ses opérations. De la même façon, le fait que l'EEDE accorde l'avantage d'une meilleure protection de la propriété intellectuelle apportée par l'investisseur étranger, en éliminant la possibilité que son partenaire chinois l'utilise à son propre avantage au détriment de l'EC, démontre à notre avis que la protection qui est accordée à la propriété intellectuelle en Chine est déficiente. Cela ajoute donc un élément de risque à IED qui est structuré sous la forme d'une EC. Ces risques supplémentaires pour les IED liés aux opérations ne doivent pas être négligés.

3 Mise en opération : les contrats de l'entreprise et la propriété intellectuelle

Une fois la structure de l'IED choisie et en place et toutes les formalités y étant relatives rencontrées, l'entreprise nouvellement constituée doit être mise en opération. Évidemment, les

⁴²² T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.117

⁴²³ *Id.*, p.113

éléments nécessaires à la mise en opération d'une entreprise varieront grandement en fonction du secteur d'activité et des spécificités de cette dernière mais on peut malgré cela s'avancer et prétendre qu'un certain nombre de contrats de base devront dans la majorité des cas être conclus. Une entreprise aura normalement besoin de personnel, de fourniture, de distributeurs, d'une place d'affaire constituée d'un terrain et de bâtiments et possiblement de financement additionnel pour supporter toutes ces dépenses. Au cours de cette étape de son établissement, l'EIE qui entrera dans des relations contractuelles sera soumise à des restrictions supplémentaires à celles imposées aux entreprises domestiques. Jusqu'à tout récemment, les relations contractuelles d'un étranger étaient régies par un régime distinct mais cette disparité s'est estompée par l'adoption en 1999 d'un régime uniforme ce qui réduit substantiellement la disparité de traitement des étrangers par rapport à celui des chinois. Par ailleurs, certaines disparités subsistent malgré cette unification du droit des contrats, ce qui intègre un élément discriminatoire à l'égard des investisseurs étrangers au bénéfice de la protection du marché. Nous aborderons les règles générales régissant toutes les relations contractuelles pour ensuite aborder plus spécifiquement les règles relatives aux installations physiques de l'EIE, à l'embauche de son personnel, à la propriété intellectuelle et aux emprunts d'une telle entreprise.

3.1 Règles générales sur les contrats

L'EIE, peu importe la façon dont elle a été structurée, devra au cours de sa vie corporative et pour opérer ses activités, signer des contrats avec divers acteurs du milieu des affaires. Jusqu'en 1999, la *Loi sur les contrats économiques étrangers*⁴²⁴ s'appliquait aux contrats commerciaux conclus entre des personnes morales chinoises, d'une part, et des personnes physiques ou morales étrangères d'autre part. Les dispositions de cette loi étaient en outre complétées par les *Explications de la Cour populaire Suprême sur plusieurs questions concernant l'application de la Loi sur les contrats économiques étrangers de 1987*⁴²⁵. Puisqu'il n'existait pas de cadre légal général applicable à toutes les situations contractuelles, la nouvelle *Loi sur les contrats*⁴²⁶, a procédé à l'unification des trois lois (la *Loi sur les contrats commerciaux domestiques*, la *Loi sur les contrats commerciaux étrangers* et la *Loi sur les contrats technologiques*) qui furent dès lors abolies, contribuant ainsi à résorber leurs contradictions réciproques et à mettre en place un régime uniforme pour les entreprises domestiques et les EIE. Ainsi, la *Loi sur les contrats*⁴²⁷ concerne maintenant toutes les catégories de contrats commerciaux pouvant être conclus entre

⁴²⁴ Loi de la République populaire de Chine sur les contrats économiques étrangers de 1985 (Foreign Economic Contracts law of the People's Republic of China), (adoptée par le National people's congress le 21 mars 1985 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985) (ancienne loi)

⁴²⁵ publié le 19 octobre 1987 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.20

⁴²⁶ Contract law of the People's Republic of China, (en vigueur à compter du 1er janvier 1999)

⁴²⁷ Id.

tous les sujets juridiques. Ceci constitue une nette amélioration pour les investisseurs étrangers, diminuant considérablement la discrimination faite à leur égard notamment par l'abolition de la dualité du système des contrats en fonction du fait qu'il s'agissait d'une entreprise domestique ou d'une EIE. Les règles relatives aux contrats nécessaires à la mise en opération d'un projet d'IED ne sont pas en place uniquement pour protéger le marché. Elles établissent un cadre juridique qui accorde une certaine sécurité aux investisseurs étrangers et permettent une stabilité dans les relations des investisseurs étrangers avec les autorités chinoises. En principe, les règles régissant les relations contractuelles sont d'application uniforme. Par ailleurs subsistent en pratique des disparités de traitement.

3.1.1 Conditions de forme

La nouvelle *Loi sur les contrats*⁴²⁸ prévoit qu'un contrat est réputé prendre effet dès le moment de sa conclusion, sauf dans les cas pour lesquels des textes spécifiques exigent qu'une approbation soit obtenue ou un enregistrement effectué. Bien que cela semble à la base équitable pour toutes les entreprises, les textes particuliers régissant les relations économiques avec des étrangers réclament toujours en pratique au moins une de ces conditions. Dans la presque totalité des cas, les contrats conclus avec des étrangers doivent être approuvés par le MOFCOM ou sa branche locale puis enregistrés auprès de la SAIC ou de sa branche locale tel que nous l'avons vu précédemment. Cette supervision s'effectue de la même manière à tous les stades de la vie du contrat mais se matérialise souvent au moment de sa formation par l'apposition d'un sceau de l'administration sur l'instrument même du contrat⁴²⁹. Cette distinction ramène finalement une dualité de traitement entre les entreprises domestiques et les EIE qui constitue une forme de discrimination envers les investisseurs étrangers au profit d'une protection du marché.

Certains contrats peuvent être conclus sous forme orale mais le contrat écrit reste de rigueur dans plusieurs cas, notamment pour la presque totalité des contrats entre chinois et étrangers⁴³⁰. À titre de comparaison, en vertu des lois antérieures sur les contrats, les contrats commerciaux domestiques devaient prendre exclusivement la forme écrite à l'exclusion des contrats à exécution instantanée qui pouvaient être valablement conclus sans écrit⁴³¹. Un assouplissement s'est opéré pour les contrats domestiques mais l'équivalent n'est pas vrai pour les contrats conclus avec des

⁴²⁸ *Id.*

⁴²⁹ Loi sur les contrats économiques étrangers, *précité* note 424, art.3 ; bien qu'une lettre d'approbation émise par l'AIC compétente vaudra également approbation ; Cette condition de forme entre dans la notion plus globale de « supervision des contrats » qui incombe à l'AIC locale ainsi qu'à d'autres autorités compétentes en la matière pour les contrats qui impliquent des intérêts étrangers. ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.26-27

⁴³⁰ Loi sur les contrats, *précité* note 426, art.197 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 109, p.25

⁴³¹ Loi sur les contrats économiques étrangers, *précité* note 424, art.3

étrangers puisque l'existence d'une exception applicable à leur égard les replace dans la même situation qu'avant la réforme ; tous les contrats doivent être constatés par écrit. On constate encore une disparité de traitement entre les contrats purement domestiques et ceux incluant des intérêts étrangers malgré une unification récente du droit applicable⁴³².

3.1.2 Conditions de fond

La loi impose des conditions de fond à la conclusion d'un contrat : liberté et égalité contractuelle, bonne foi, respect de l'ordre public et socio-économique, capacité, consentement des parties et autonomie de la volonté⁴³³. Cependant si ces notions sont la preuve d'une transcription directe des standards juridiques occidentaux et internationaux en droit chinois, il n'en reste pas moins que leur mise en œuvre dans le système juridique chinois risque de différer de ce à quoi s'attendent les investisseurs étrangers⁴³⁴. L'interprétation qui sera faite en Chine de cette nouvelle législation et l'importance qui sera accordée à ces nouvelles notions risquent de diverger largement de ce qui se fait en occident. Il faudra donc encore un peu de temps avant de pouvoir véritablement mesurer l'ampleur du bouleversement juridique qui vient de s'opérer en matière de contrats⁴³⁵.

⁴³² Droits de timbres : Depuis le 1^{er} janvier 1994, les EIE sont assujetties aux droits de timbres sur l'ensemble de documents conclus au cours de leur exploitation. Ces sommes sont collectées sur les documents conclus, reçus et utilisés en Chine, tel que des contrats d'achats ou de vente de marchandise, d'assemblage, d'ingénierie, d'étude de marché et de design, de bail, de transport, de stockage et de chargement, de prêt, d'assurance, de développement technologique, de transferts de titres de propriété, les livres de comptes les documents relatifs aux droits et licences et tout autre document désigné imposable par le MOFCOM. L'assiette du droit de timbre correspond au montant figurant sur le document. Le taux varie selon la nature du document considéré, entre 0,001% (contrats d'assurance) et 0,05% (contrats de travail, de transport de marchandises, de transfert de propriété et d'états comptables) Les droits de timbres font l'objet de paiements volontaires. Le redevable procède lui-même au calcul des droits de timbre, et appose sur le document la preuve du paiement du droit de timbre. ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.331

⁴³³ Loi sur les contrats, *précité* note 426, art.43 ; De même, les parties à des négociations contractuelles doivent s'abstenir de divulguer les secrets commerciaux dont elles auraient eu connaissance, même si les négociations n'aboutissent pas à la signature d'un contrat ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.23

⁴³⁴ Cette question est abordée plus longuement à la section des présentes traitant de l'effectivité de la règle de droit.

⁴³⁵ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.30; Nous aborderons plus à fond cette question de l'effectivité à la partie III du présent exposé ; Li-Kotvtchikhine XIAO-YING, *Le nouveau droit chinois des contrats internationaux*, 2002, (v.129) J.D.I. 1, p.113-163

Contexte de négociations entre chinois et étrangers

Les négociations en Chine obéissent à un protocole particulier et ne manquent pas de surprendre l'investisseur étranger par certaines de ses caractéristiques particulières. Si au début de l'ouverture de la Chine aux IED, les partenaires chinois étaient prêts à d'importantes concessions, ils sont aujourd'hui de plus en plus nombreux à vouloir s'implanter ou commercer en Chine, ce qui place naturellement leurs partenaires chinois dans une position de force puisque ces derniers, plus sollicités, deviennent plus sélectifs et exigeants. Le principe cardinal de la vie en Chine est défini comme la valeur sociale positive qu'une personne revendique pour elle-même, le crédit que la société confère à l'individu et qu'il s'efforce de conserver. Cette vision de la place de l'individu découle des enseignements de Confucius. Cela fait en sorte que le chinois sera prêt à beaucoup pour sauver la face et s'assurer que son interlocuteur sauve lui aussi la face. Dans les rapports avec des étrangers cette notion se complexifie d'avantage puisque c'est la face de la Chine qui est en jeu. Cela peut se traduire par une grande incompréhension pour l'occidental qui n'obtiendra par exemple pas toute l'information.

Le partenaire chinois bénéficie d'un certain nombre d'avantages dans les négociations avec un étranger. Il jouit premièrement d'un avantage géographique. Dans la grande majorité des cas, les négociations se déroulent en Chine même, ce qui place le partenaire chinois en position de force car il reste sur son terrain, dans son environnement habituel et à proximité de sa direction ; ces avantages psychologiques peuvent avoir une influence sur le cours des négociations, surtout lorsque celles-ci s'éternisent, sans parler du coût matériel engendré par le déplacement et l'hébergement des négociateurs du côté de la société étrangère, ainsi que les frais de communication engendré par les fréquents rapports qui doivent être faits à leur direction restée hors de Chine. À cette accumulation d'éléments se joint la fatigue du voyage et le dépaysement des négociateurs étrangers, lesquels sont en conséquence bien souvent mal à l'aise quand ils abordent ces négociations. Les chinois jouissent également d'un avantage lié à la procédure. Le principe reste encore en Chine que les étrangers ne sont pas autorisés à pénétrer dans les locaux des administrations chinoises. De ce fait, dans la pratique, seuls les partenaires chinois sont autorisés à effectuer les nombreuses démarches administratives liées aux formalités d'approbation et d'enregistrement des EIE. L'étranger ne peut donc pas participer directement aux efforts de persuasion à l'égard de ces autorités administratives tenues de délivrer les certificats et les approbations nécessaires. Or il arrive que ces investisseurs étrangers ressentent que leurs partenaires chinois, par inexpérience ou souci d'entretenir de bonnes relations avec les autorités, se plient trop facilement aux directives administratives et ne déploient pas leurs meilleurs efforts pour convaincre ces autorités du bien fondé des faveurs

3.1.3 Exécution du contrat ; valeur relative de l'écrit

Selon la nouvelle *Loi sur les contrats*⁴³⁶, les parties contractantes ont la faculté de suspendre l'exécution de leurs obligations réciproques dans la mesure où la partie débitrice de l'obligation suspendue est tenue d'exécuter son obligation en premier et peut prouver de façon concluante que l'autre partie se trouve dans l'une des situations suivantes : (1) ses affaires se sont sérieusement détériorées, (2) elle organise son insolvabilité, (3) elle a perdu toute crédibilité professionnelle, (4) elle se trouve dans une situation laissant présager qu'elle n'est plus à même d'honorer ses obligations⁴³⁷. Cette possibilité ouverte aux contractants peut se révéler importante pour les investisseurs étrangers dans le contexte économique actuel, alors que de nombreuses entreprises chinoises, et principalement des entreprises d'état, connaissent de grosses difficultés financières et que leurs cocontractants, avant de s'engager par contrat avec eux, peuvent avoir de la difficulté à s'assurer de leur santé financière. Dans une telle situation, si un investisseur étranger devait découvrir la situation précaire dans laquelle se trouve son cocontractant seulement au moment de l'exécution de sa propre obligation, il serait relativement protégé par cette nouvelle disposition. Tout sera ensuite une question d'interprétation par les juges ou arbitres saisis en cas de litige, de la qualité de la preuve soumise par l'investisseur étranger au soutien de la suspension de l'exécution de sa propre obligation. À cet égard, la matérialité de la preuve de la perte de crédibilité professionnelle par exemple, semble difficile à cerner⁴³⁸.

La *Loi sur les contrats*⁴³⁹ a permis l'introduction d'une autre notion nouvelle, celle de la force majeure, bien que les chinois ne l'aient pas identifié ainsi. Elle prévoit qu'en cas de bouleversements politiques ou économiques ayant des incidences sur l'exécution normale du contrat et qui étaient imprévisibles au stade de la formation du contrat, on permet à la partie victime de ces bouleversements de demander à un juge la réfaction des termes du contrat ou l'annulation de celui-ci si les parties n'ont pas réussi à les renégocier elles-mêmes⁴⁴⁰. Ces règles récentes sur l'exécution des contrats démontrent un effort des autorités législatives chinoises d'accorder une meilleure protection, entre autres, à l'investisseur étranger et ce bien que de nombreuses disparités de traitement subsistent essentiellement au niveau de l'application des

demandées. Que cela découle véritablement de l'inexpérience ou d'une stratégie des partenaires chinois, cela peut causer des frustrations pour l'investisseur étranger. Les tactiques chinoises de négociation tel que le recours aux négociateurs multiples, l'utilisation du facteur temps, le retour sur les points de détail, la mise en avant des spécificités chinoises ou d'argument relatif à l'attitude des autorités peuvent être très épuisantes pour les étrangers et mener à des concessions prématurées de leur part ou simplement au découragement.

⁴³⁶ précité note 426

⁴³⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.28-29

⁴³⁸ Id.

⁴³⁹ précité note 426

⁴⁴⁰ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.28-29

règles par les autorités administratives. On peut conclure que la majorité de la législation sur les contrats auquel s'attend un occidental a été mise en place en Chine. L'application égalitaire de ces règles est cependant déficiente. Nous aborderons cette question primordiale lorsqu'il sera question de l'effectivité de la règle de droit en Chine à la partie III des présentes.

Dans le cadre de l'exécution des contrats, on ne doit pas négliger la valeur relative de l'écrit qui découle de différences culturelles. Même une fois les négociations conclues et les contrats signés, les difficultés de l'investisseur étranger ne sont pas pour autant chose du passé. Les Chinois considèrent que la parole et la confiance mutuelle des parties sont des garanties suffisantes de la réussite d'un projet commun et n'accordent pas la même valeur que les occidentaux aux contrats⁴⁴¹. Les partenaires étrangers éprouvent donc souvent des difficultés importantes lorsque vient le temps de faire respecter les engagements pris par leurs partenaire chinois dans les contrats qu'ils ont signé et cela malgré le fait que les lois pour la protection des contrats aient été renforcées⁴⁴². Il est souvent dit du partenaire chinois qu'il n'attache qu'une importance minime à la valeur du contrat écrit, s'aménageant ainsi une marge de manœuvre pour renégocier les points qui risquent de lui apparaître en fin de compte peu satisfaisant. Par ailleurs, si en principe, la valeur de l'écrit reste relative dans les relations d'affaires avec un partenaire chinois, il convient d'observer que depuis l'ouverture de la Chine, les investisseurs chinois accordent de plus en plus d'attention à la phase de rédaction des documents constitutifs de leur structure et impliquent de plus en plus souvent leurs avocats dans le processus des négociations⁴⁴³.

Un certain nombre de contrats de base sont pour la majorité des projets d'IED essentiels à la véritable mise en opération des activités. Qu'il s'agisse de l'embauche des employés, d'acquisition immobilière, de construction, d'emprunt ou de la protection de la propriété intellectuelle de l'entreprise, des particularités propres à chacun de ces éléments de base méritent d'être examinées pour l'évaluation de la protection accordée aux IED et de la protection accordée au marché chinois.

3.2 Recrutement du personnel

L'entreprise qui veut exercer les activités commerciales pour lesquelles elle a accompli les formalités d'établissement aura, dans la majorité des cas, besoin de main d'œuvre. À cette étape, l'EIE est placée devant un choix quant à l'embauche de chacun de ses employés : elle peut

⁴⁴¹ Id., p.120 à 126

⁴⁴² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.8

⁴⁴³ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.120 à 126

engager un chinois ou un étranger. Très souvent, elle fera le choix d'embaucher des étrangers pour la gestion et de la main d'œuvre locale qui effectuera les activités de production, vu le faible coût de cette dernière qui souvent constitue un élément important dans le choix de s'établir en Chine plutôt qu'ailleurs. Peu importe les choix qu'elle fera, l'entreprise devra se conformer à des règles pour l'embauche de son personnel tant chinois qu'étranger. Dans les deux cas, elle sera soumise à un certain nombre de restrictions et de formalités qui nous apparaissent comme des mesures visant d'avantage à protéger le marché chinois en s'assurant de la création d'emplois sur le territoire chinois⁴⁴⁴.

3.2.1 Recrutement du personnel chinois

Les EIE sont autorisées à recruter directement du personnel chinois dans le respect des principes fondamentaux énoncés par la *Loi sur le travail*⁴⁴⁵. Plus qu'autorisés, elles subissent dans plusieurs cas des pressions pour engager les inactifs locaux⁴⁴⁶. De plus, on constate certaines différences au niveau de l'application de la loi. Ainsi, en principe les EIE et les entreprises domestiques sont assujetties de manière identique à la *Loi sur le travail*⁴⁴⁷. Toutefois, une différence de traitement se manifeste dans les textes spéciaux s'appliquant aux EIE et qui doivent être combinés à la loi précitée⁴⁴⁸. À titre d'exemple, les dispositions particulières prévoient que les EIE sont libres de fixer le niveau de rémunération de leurs employés. Toutefois, pour fixer le niveau de salaire, les EIE doivent tenir compte du niveau minimum de salaire fixé par la réglementation locale ainsi que du niveau réglementaire retenu par les EE⁴⁴⁹. En pratique le niveau des salaires des employés

⁴⁴⁴ Zhu YING, « La grande mutation des relations professionnelles en Chine », dans James D. THWALTES, *La mondialisation : origines, développement et effets*, Montréal, Les presses de l'Université Laval, L'harmattan, 2000, p.788-804

⁴⁴⁵ Adoptée à la 8^e réunion du Standing Committee du 8^e National People's Congress le 5 juillet, 1994, promulguée par l'ordre no.28 No.28 du président de la People's Republic of China le 5 juillet, 1994, et en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1995 ; Les principes de la Loi sur le travail comprennent la liberté des EIE de recruter et de licencier leurs employés, la nécessité d'un contrat de travail écrit, la rémunération de l'employé en conformité avec les minima sociaux fixés par les autorités locales, l'obligation de verser des contributions sociales aux différents fonds d'assurance sociales, le respect du droit des employés à former un syndicat et le droit des bureaux du travail locaux de contrôler la politique des EIE au regard de leur personnel.

⁴⁴⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 110, p.184

⁴⁴⁷ *Précité* note 445 ; Ce dernier texte souffre toutefois de problèmes d'applications et il en résulte des écarts qu'une note du 5 novembre 1999 promulgué par le ministère du travail et de la sécurité sociale tente de renforcer

⁴⁴⁸ Si un conflit surgit entre les textes, le ministère du travail estime que la Loi sur le travail doit prévaloir. Dans l'hypothèse où certaines réglementations contiennent des dispositions obscures ou contradictoires, il est conseillé d'interroger le bureau du travail compétent sur la conformité des termes du contrat de travail. Cette précaution prémunira l'entreprise contre une remise en cause arbitraire des dispositions contractuelles par un comité d'arbitrage du travail et évitera ainsi de placer l'EIE dans une situation d'insécurité juridique quant à un élément souvent important de ses opérations; sa force de travail. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.183

⁴⁴⁹ les BR doivent toutefois se fonder sur les barèmes de rémunération pratiqués par les sociétés de services ; La situation à laquelle font face les BR quant à l'embauche se résume encore au contrôle important qu'exercent les autorités qui semblent utiliser au profit d'impératifs sociaux de la société chinoise les emplois créés par leur établissement. Les BR doivent impérativement s'adresser à des sociétés de services agréées pour embaucher du personnel chinois. (La plus importante de ces agences est FESCO, placée sous l'autorité du MOFCOM.) Il n'existe donc pas, en principe de lien juridique direct entre le BR et son employé puisque ce dernier est mis à la disposition du bureau par l'intermédiaire d'un contrat de services avec l'agence. En pratique, les BR sélectionnent dans beaucoup de cas directement leurs employés et s'adressent ensuite à la société de services pour que cette dernière recrute et remplissent les exigences imposées par la loi. Une fois l'employé embauché, le BR a le choix de verser directement le montant du salaire à la société de services qui le rétrocède, diminué des cotisations sociales, à l'employé ou encore de verser mensuellement un montant d'honoraires fixe à la société de services et de rémunérer directement les employés mis à sa disposition. Cependant, l'absence de lien de subordination n'exonère pas, le BR de l'obligation de respecter la réglementation en vigueur quant au traitement de ses employés. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.79, 184-188

d'une EIE doit être fixé au minimum à 120% du salaire de base équivalent pratiqué pour des fonctions analogues dans les EE. La majorité des EIE rémunèrent toutefois leurs employés au-delà de ce seuil de 120 %⁴⁵⁰ et cette règle n'est donc pas perçue comme créant en elles-mêmes des difficultés.

3.2.2 Emploi des étrangers

Souvent et tel que l'expérience semble le démontrer, pendant les premières années d'activité d'une EIE, il est primordial pour la partie étrangère d'avoir en Chine un ou plusieurs représentants de son pays d'origine pour assurer la direction de la société et en contrôler la gestion. Le constat général est que, dans la majorité des cas, les chinois embauchés pour ces rôles n'ont pas reçu la formation nécessaire et ont souvent beaucoup de difficulté à s'adapter à la façon occidentale de faire des affaires. Quant à ceux ayant les aptitudes nécessaires, ils sont de plus en plus difficiles à recruter. Il semble qu'à court terme, les habiletés du personnel ne s'améliorent que très peu sous la direction d'un gestionnaire chinois ce qui mène dans trop de cas à une organisation peu productive. Une fois que cet engrenage s'est mis à tourner et l'entreprise étant très peu profitable, la décision dispendieuse d'envoyer un étranger pour aider à redresser la situation est plus difficile et la roue continue de tourner. Si l'embauche des dirigeants étrangers implique de lourds frais, leur présence peut, de l'avis de plusieurs constituer un réel gage de réussite de l'IED. Ces commentaires sont par ailleurs moins pertinents puisque la présence d'étrangers depuis un certain temps déjà a été bénéfique et a contribué à former une classe d'industriels chinois plus efficaces. Cela était un des objectifs sous-jacents à la politique d'ouverture de la Chine.

Le recrutement des salariés étrangers est soumis aux règles générales de la *Loi sur le travail*⁴⁵¹, au *Décret sur le travail dans les EIE*⁴⁵² et aux *Dispositions relatives à la gestion du travail des étrangers*⁴⁵³. Confrontées à un taux de chômage croissant et à la multiplication des EIE, les autorités chinoises ont souhaité, en 1996, renforcer le contrôle et uniformiser les conditions d'accès des salariés étrangers au marché local. Les *Dispositions relatives à la gestion du travail des étrangers*⁴⁵⁴ définissent les conditions et les autorisations requises pour employer un salarié

⁴⁵⁰ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.188 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.204 À 208

⁴⁵¹ *Précité* note 445

⁴⁵² *Regulations on the labor management of the foreign-funded enterprises*, (en vigueur à compter du 11 août 1994); *Dispositions provisoires relatives à la gestion des salaires dans les EIE* (publiés par le ministère du travail le 14 février 1997)

⁴⁵³ *Dispositions relatives à la gestion du travail des étrangers (Rules for the Administration of employment of foreigners in China)*, (en vigueur à compter du 1er mai 1996, promulguées conjointement par le Ministry of labour, Ministry of public security, Ministry of foreign affairs et le Ministry of foreign trade and economic cooperation of the People's Republic of China le 22 janvier 1996)

⁴⁵⁴ *Id.*

étranger⁴⁵⁵. Dans le cas d'embauche d'étrangers par une EC⁴⁵⁶, à l'exclusion des personnes déjà mentionnées dans les documents constitutifs de la société⁴⁵⁷, l'accord des autorités chinoises doit être obtenu, par autorisation de l'AIC locale suivie de la délivrance d'un permis de recrutement par le bureau local du travail. Les autorités vérifient que le recrutement soit conforme aux prévisions d'embauche initialement formulées par l'EIE et correspond aux besoins et aux perspectives de recrutement du personnel étranger qui avait été annoncés lors de la constitution de la EC⁴⁵⁸. Ces formalités permettent aux autorités de s'assurer que, conformément au *Décret sur l'emploi des étrangers*⁴⁵⁹, la nécessité du recrutement d'un salarié étranger est réel et qu'il n'était pas possible de recruter un salarié chinois pour le dit poste⁴⁶⁰. Dans le cas d'embauche d'étrangers par une EEDE, aucun accord préalable de ce type n'est requis, quel que soit le statut de l'étranger en question et l'employeur n'a en principe aucune démarche à effectuer sauf obtenir le permis du bureau local du travail ce qui peut expliquer une partie de la réticence des autorités à approuver les projets d'EEDE tel que nous l'avons abordé précédemment⁴⁶¹.

Une attention particulière doit être portée à la rémunération du personnel étranger. En effet, les *Dispositions provisoires relatives à la gestion des salaires dans les EIE*⁴⁶², posent le principe de l'égalité du niveau de rémunération entre salarié chinois et salarié étranger lorsqu'ils occupent des fonctions équivalentes. En pratique, si le salaire de l'étranger est supporté en tout ou en partie par l'EIE, les rémunérations des employés chinois occupant des positions analogues devront être fixées au même niveau que l'étranger. Néanmoins, l'employé chinois ne percevra pas son salaire pour son montant nominal mais pour un montant établi en cohérence avec le marché⁴⁶³. La différence entre le salaire nominal et le salaire réel devra être versé par l'employeur à titre de contributions aux trois fonds d'assurances sociales. Ces dispositions peuvent donc avoir une incidence forte sur la rentabilité de l'EIE et doivent être pris en compte⁴⁶⁴.

⁴⁵⁵ Ces dispositions ne concernent pas les personnes qui résident à Taiwan, Macao ou Hong Kong, ces dernières étant régies par un texte particulier. ; Les règles de recrutement sont semblables, que l'employeur soit un BR ou une EIE, mais certaines différences existent néanmoins. ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.189-190 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.194-195

⁴⁵⁶ ou un BR

⁴⁵⁷ ou dans la demande d'ouverture du BR ; Décret sur l'emploi des étrangers, *précité* note 453, art. 10 ; La dispense de cette procédure pour les expatriés susmentionnés, à savoir les dirigeants du joint-venture et les représentants des BR est justifié par le fait que l'autorisation administrative pour leur recrutement a déjà été implicitement donnée par les autorités lors de l'approbation des documents constitutifs.

⁴⁵⁸ Ou lors de l'ouverture du BR. Dans les 15 jours suivant l'entrée de l'expatrié sur le territoire chinois, son employeur doit présenter au bureau du travail un exemplaire du contrat de travail, de son passeport et du permis de recrutement afin d'obtenir le permis de travail de son employé. (Ce dernier doit alors déposer sa demande de visa de résident et de carte verte auprès du bureau de la sécurité publique dans un délai de 30 jours à compter de sa date d'entrée en Chine. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.194-195 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.189-190

⁴⁵⁹ *Précité* note 453

⁴⁶⁰ Décret sur l'emploi des étrangers, *précité* note 453, art. 6

⁴⁶¹ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.189-190 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.194-195 ; Il existe également une exception pour l'emploi des représentants en chef et des représentants des BR des entreprises étrangères, ainsi que des étrangers affectés à la réalisation des programmes de coopération mis en place entre le gouvernement chinois et des gouvernements étrangers ou des organisations internationales.

⁴⁶² *Précité* note 453

⁴⁶³ on parle alors de salaire réel

⁴⁶⁴ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.195

L'investisseur étranger qui souhaite associer certains de ses salariés ou techniciens au fonctionnement de l'EIE dispose d'une solution alternative à celle de l'emploi direct. Il peut décider de procéder par le biais d'un contrat de service signé avec l'EIE en vertu duquel la société étrangère met l'employé concerné à la disposition de l'EIE, sans que le lien de subordination employeur-salarié avec l'investisseur étranger ne soit affecté. De cette façon, l'investisseur étranger continue de verser un salaire à son salarié et la EIE rembourse les frais engendrés par la mise à disposition et l'expatriation de l'employé en question⁴⁶⁵. L'un des avantages d'un tel contrat mis en place avant la création de l'EIE est que de cette façon, la question délicate du traitement et des bénéfices des étrangers peut être réglé dès le départ avec le partenaire chinois, au lieu d'être soumise à la décision du conseil d'administration de l'EIE où des blocages interviendront inmanquablement, les partenaires chinois ne comprenant pas nécessairement la nécessité de la présence d'un étranger, souvent beaucoup plus coûteuse. Un second avantage est que les termes du contrat sont aussi fixés une fois pour toute et le conseil d'administration de l'EIE ne peut en principe demander la renégociation des conditions de travail de cet étranger. Cette question du pouvoir du conseil d'administration de l'EIE est essentielle lorsque la partie chinoise détient une majorité de votes au sein du conseil d'administration, et qu'elle peut à ce titre, forcer une telle renégociation. Mais c'est aussi une sécurité non négligeable dans tous les autres cas de figure, même si le partenaire chinois est minoritaire car la question occasionnera forcément des frictions si elle peut être remise à l'ordre du jour⁴⁶⁶.

Il nous apparaît clair qu'une pression est exercée sur les EIE pour qu'elles recrutent et forment du personnel chinois plutôt que de faire entrer des étrangers pour combler les postes de main d'œuvre spécialisée. De plus en plus, les chinois ont accès à une bonne formation académique et technique et on retrouve d'avantage de main d'œuvre qualifiée sur place. Évidemment, pour un gouvernement, il est important de créer une classe d'industriels qualifiés supportant le développement économique du pays. Il est donc compréhensible que des pressions législatives soient exercées sur les étrangers pour que les chinois ayant reçu une formation puisse être embauché à des postes spécialisés au sein des EIE, où ils apprendront beaucoup. Ainsi, d'une part, les EIE subissent, dans beaucoup de cas, des pressions pour engager les inactifs locaux et d'autre part, les autorités contrôlent et tentent de limiter l'embauche d'étrangers dans les cas où des chinois pourraient faire le travail. Les contrats de travail pour l'embauche d'étrangers doivent de plus être approuvés par les autorités.

⁴⁶⁵ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.191

⁴⁶⁶ Id., p.41-42, 191

3.3 Les installations physiques de l'entreprise

Pour la majorité des EIE, au même titre qu'elles auront besoin de personnel pour opérer, elles auront besoin d'un terrain et d'installations physiques pour exercer leurs activités commerciales. Au moment d'aborder cette étape de leur organisation, les investisseurs étrangers devront être conscients de la spécificité du régime foncier chinois et des difficultés que ce dernier peut représenter, constituant un élément important d'insécurité pour quiconque fait affaire en Chine sous la forme d'un IED dont les opérations nécessitent des installations physiques.

3.3.1 Acquisitions immobilières

Dans le système socialiste en vigueur en Chine, la notion de propriété privée de terrains n'existe pas depuis l'entrée en vigueur de la *Constitution de 1982*⁴⁶⁷ qui a mené à la disparition des derniers îlots restant de propriété privée. Les deux seules formes de propriété foncières aujourd'hui reconnues par la loi chinoise sont la propriété d'état et la propriété collective. La propriété d'état recouvre les droits de propriété immobilière de l'état ou du peuple chinois. En général, les terrains localisés dans des zones urbaines sont des propriétés d'état. La propriété collective recouvre les droits de propriété immobilière des collectivités. Les terrains localisés dans les zones rurales et les banlieues sont ainsi généralement des propriétés collectives. L'état détenant le pouvoir suprême sur l'ensemble du territoire de la RPC peut, dans l'intérêt public, réquisitionner des terrains détenus par une collectivité en accord avec la loi chinoise⁴⁶⁸.

Puisqu'il est, en vertu de cette constitution, impossible pour une entité privée d'acquérir la propriété d'un terrain sur le territoire chinois, la *Loi sur la gestion foncière*⁴⁶⁹ a permis en 1988, une transmission du droit d'usage des terrains sous certaines conditions. Ce droit est maintenant régi par le *Règlement de la république populaire de chine sur la vente et le transfert des droits d'usage des terrains dans les zones urbaines*⁴⁷⁰. Ce texte est très important car il marque, pour la première fois en Chine, l'instauration d'un système national autorisant l'obtention et la transmission des droits d'usage des terrains dans un dessein commercial. Les droits d'usage des terrains peuvent donc désormais être accordés par l'administration en charge du terrain concerné à toute

⁴⁶⁷ Constitution of the People's Republic of China, adoptée le 4 décembre 1982 puis amendée en 1988, 1993, 1999 et 2004

⁴⁶⁸ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p. 212

⁴⁶⁹ *Loi sur l'administration foncière (Law of the People's Republic of China on land management)*, (promulguée par l'assemblée nationale populaire le 25 juin 1986, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1987 et amendée le 29 août 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999) ; se référer également au *Décret d'application de la loi foncière de la république populaire de chine sur la gestion des terrains (Rules for the implementation of the law of the People's Republic of China on land management)*, (promulgué par le conseil des affaires d'état le 4 janvier 1991, entrée en vigueur le 1^{er} février 1991 et amendée le 27 décembre 1998)

⁴⁷⁰ *Règlement de la république populaire de chine sur la vente et le transfert des droits d'usage des terrains dans les zones urbaines (Tentative regulation of the People's Republic of China on the assignment and transfer of state owned land use rights in cities and towns)*, (promulgué par le conseil des affaires d'état le 19 mai 1990)

entreprise chinoise ou étrangère. L'administration en conserve l'entière propriété⁴⁷¹. Ainsi, relativement au droit du sol, la *Constitution*⁴⁷² consacre le principe de la séparation des droits de propriété (les terrains appartiennent à l'état ou à des collectivités territoriales) et des droits d'utilisation du sol qui peuvent se présenter sous deux formes : le droit d'usage alloué et le droit d'usage concédé. Suivant cela, une EIE peut obtenir des droit d'usage de terrains soit directement des mains de l'administration par allocation ou concession, soit par l'intermédiaire d'un concessionnaire ayant obtenu ce droit d'usage de l'administration pour son propre compte⁴⁷³.

Afin de pouvoir obtenir des droits d'usage de terrains dans l'objectif d'être en mesure d'entreprendre ses activités, l'EIE doit déposer une demande au Bureau de l'administration foncière du gouvernement local de l'endroit où l'entreprise désire s'installer⁴⁷⁴ pour obtenir un certificat l'autorisant à utiliser le terrain en question. Des frais devront être payés par l'entreprise pour l'utilisation du terrain suivant les règlements nationaux et locaux⁴⁷⁵. Un occidental perçoit ces démarches comme une simple formalité à laquelle doit se soumettre l'entreprise mais il n'en est pas nécessairement ainsi. En réalité, l'attribution des droits d'usage des terrains est très aléatoire et se fait souvent sur la base des contacts et de retours de faveurs. En plus de ces particularités du système chinois, au contraire d'une société à 100% chinoise qui peut obtenir le droit d'utiliser un terrain non public en formant une entité commune avec le propriétaire d'un terrain (très courant dans les zones rurales où les terrains sont détenus par des coopératives agricoles), une EIE ne peut obtenir le droit d'utiliser les terrains publics que par l'intermédiaire de l'état (concession ou allocation) ou d'un autre concessionnaire qui a déjà un droit d'utilisation d'un terrain⁴⁷⁶. Il peut par conséquent être extrêmement difficile pour un investisseur étranger ne connaissant ni la langue ni la culture et ne possédant que des contacts limités au sein de la société chinoise de franchir toutes ces étapes qu'il pourrait au premier abord avoir cru purement formelles. C'est probablement en abordant les discussions relatives au droit d'usage de terrain que bon nombre d'investisseurs étrangers se découragent d'investir seuls (c'est-à-dire par le biais d'une EEDE) en Chine et optent plutôt pour des véhicules d'EC qui leur permettent de bénéficier de l'expérience et des contacts de leurs collègues chinois quant à cet aspect de leur établissement.

3.3.1.1 Droit d'usage alloué

⁴⁷¹ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.213

⁴⁷² *Précité* note 467

⁴⁷³ Une fois que l'entreprise a obtenu son droit d'usage, elle doit faire attention de ne pas laisser inoccupé des terrains dont la conversion a été approuvée. À défaut, une taxe est exigible si le terrain est resté en jachère plus d'un an. Si le terrain est laissé plus de deux ans en jachère, les autorités qui avaient admis la conversion peuvent imposer au bénéficiaire du droit d'usage d'en faire une terre arable et aucune compensation ne pourra dans ce cas être demandé. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.41 à 43 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.213 à 223

⁴⁷⁴ Depuis le 1^{er} janvier 1998, c'est le ministère de la construction sous l'autorité duquel se trouvent dorénavant placés les bureaux fonciers, qui a compétence exclusive pour délivrer les certificats de propriété de droit d'usage immobilier

⁴⁷⁵ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.41 à 43

⁴⁷⁶ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.213 à 223

De façon traditionnelle, il est possible par allocation d'accorder des droits d'usage, c'est-à-dire de conférer le droit à une personne privée d'utiliser les terrains qui sont propriété d'état ou propriété collective, à charge pour cette dernière de l'aménager. L'allocation est également possible pour la gestion d'un service public par une personne privée. Dans tous les cas, le bénéficiaire d'un droit d'usage alloué sera tenu de s'acquitter des frais d'usage du terrain, conformément au contrat d'allocation. Le droit alloué sous entend toutes les méthodes permettant d'obtenir des droits d'usage de terrains de l'état : la location par paiement immédiat ou par un accord négocié avec le gouvernement, ou encore tel que traditionnellement alloué aux EIE, par paiement d'un droit d'usage annuel⁴⁷⁷.

Ce droit confère à l'utilisateur le droit de conduire ses propres activités quelles qu'elles soient à condition d'être en stricte conformité avec ses objectifs commerciaux tels que dûment approuvés par les autorités chinoises et ce pour une durée illimitée. Par ailleurs, les règlements provisoires sur cette façon d'accorder un droit d'usage interdisent formellement à l'utilisateur du terrain alloué de louer, céder ou hypothéquer son droit à un tiers⁴⁷⁸. Néanmoins, sous réserve de l'accord préalable des autorités qui gèrent ledit terrain, le droit alloué peut être transformé en droit concédé moyennant le paiement de frais importants, ce qui a pour effet de rendre possible la disposition du droit d'usage par un des modes susmentionnés⁴⁷⁹. La loi prévoit par ailleurs la possibilité pour le propriétaire d'un immeuble construit sur une parcelle obtenue par le biais d'une allocation, d'hypothéquer ou de disposer de l'immeuble dans un but économique. Cette cession sera soumise à la condition que le propriétaire indemnise l'état en contrepartie dudit droit, soit préalablement à la date de commencement de jouissance de l'immeuble⁴⁸⁰ ou avec d'autres sources de revenus que ceux qui seront générés par la mise à disposition de l'immeuble⁴⁸¹. Un texte de 1995⁴⁸² introduit une nouveauté importante en permettant au propriétaire d'un immeuble de louer celui-ci, et ce même s'il n'est pas titulaire d'un droit d'usage commercial (concedé) sur le terrain sur lequel l'immeuble est édifié. La contrepartie de cette règle est que le bailleur de l'immeuble devra, en sus du paiement du loyer de l'immeuble, verser à l'état une somme correspondant au montant auquel l'état aurait eu droit si le droit d'usage commercial du terrain

⁴⁷⁷ Id.

⁴⁷⁸ Id.

⁴⁷⁹ Un droit alloué ne peut suivant cela pas en principe être amené à titre d'apport à un EC et devrait faire l'objet d'une conversion en droit d'usage concédé avant d'être ainsi apporté (Cela implique toutefois des frais importants ce qui fait que dans les faits, beaucoup de droits alloués sont illégalement amenés à titre d'apport à un EC.)

⁴⁸⁰ acquérant ainsi les droit d'usage pour la parcelle contenant l'immeuble

⁴⁸¹ Loi sur l'administration foncière , précité note 469, art. 50

⁴⁸² Mesures sur l'administration de la location d'immobilier urbain (en vigueur à compter du 1^{er} juin 1995)

avait été acquis dès l'origine⁴⁸³. Ce droit de mise en location demeure malgré tout précaire puisqu'il peut être retiré à tout moment par les autorités administratives⁴⁸⁴.

À la différence du droit d'usage commercial (concédu) pour lequel le bénéficiaire doit payer un droit plus une taxe annuelle payable pendant toute la durée d'utilisation du terrain, comme nous le verrons ci-après, un utilisateur de droit alloué ne sera pas en mesure de prévoir à l'avance les coûts qu'il aura à supporter pendant toute la durée d'utilisation du terrain étant donné que le gouvernement est autorisé (et le fera probablement) à ajuster le droit d'usage de façon périodique pour s'adapter au prix du marché. Les frais annuels sont toutefois habituellement de moindre importance que les frais qui sont chargés pour des droits d'usage concédés. Ils varient de manière significative, allant d'un maigre 400 Rmb par mètre carré dans certaines régions à 6 000 Rmb par mètre carré dans des régions très en demande comme certains secteurs de la ville de Beijing et de d'autres villes chinoises en plein essor⁴⁸⁵.

En théorie, une EIE peut choisir le mode par lequel elle désire se voir octroyer un droit d'usage. Cependant, le gouvernement souhaite limiter la quantité de droits d'usage pouvant être acquis par les EIE par le biais de l'allocation. Cette tendance restrictive claire se traduit notamment par l'adoption dans certaines localités de mesures interdisant l'allocation de droits d'usage de terrains aux EIE ou encore les soumettant à des conditions extrêmement strictes⁴⁸⁶. Une entreprise dont les installations se trouvent sur un terrain dont le droit d'usage a été alloué vaut considérablement moins que celle qui est installée sur un terrain dont le droit d'usage a été concédé vu la différence entre les droits qu'accordent ces deux types de droits d'usages de terrains. Par ailleurs, les frais à payer pour ce droit sont de beaucoup moindres⁴⁸⁷.

3.3.1.2 Droit d'usage concédé

Pour le droit d'usage concédé, le concessionnaire obtient le droit d'utiliser et d'exploiter le terrain pour toute la durée de la concession qui est par ailleurs limitée et, pendant cette période, d'assigner⁴⁸⁸, de louer, d'hypothéquer⁴⁸⁹ ou d'utiliser le droit d'usage du terrain à toute fin

⁴⁸³ Loi sur l'administration foncière, précité note 469 ; art. 55

⁴⁸⁴ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.213 à 223

⁴⁸⁵ Certaines autorités locales ont été tentées d'offrir des droits d'usage à rabais à titre d'incitatif pour attirer les investisseurs étrangers. Toutefois le ministère des finances a émis un communiqué en avril 2001 qui mettaient l'accent sur l'obligation des autorités locales de prélever le montant total prévu à titre de frais du droit d'usage.

⁴⁸⁶ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.219 à 223

⁴⁸⁷ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.39

⁴⁸⁸ Loi sur l'administration foncière, précité note 469, Art. 47

⁴⁸⁹ Loi sur l'administration foncière, précité note 469; L'évaluation de la valeur de transfert du droit concédé est surtout fonction de la négociation entre les parties. Dans certaines localités, il existe un véritable marché immobilier qui permet à l'investisseur étranger de se reporter à la valeur du marché. Dans les autres cas, l'investisseur pourra prendre appui sur Réglementation sur le système de partage de la gestion de terrains (Share system enterprise land management (trial) regulations), (promulguée en 1992 par l'administration d'état

économique⁴⁹⁰. Pour cette raison, le droit d'usage concédé est communément appelé droit d'usage commercial du terrain, accordant nettement plus de droits à son détenteur. L'obligation principale de l'administration en sa qualité de propriétaire foncier est de garantir au concessionnaire la jouissance de son droit d'usage exclusif du terrain. Ainsi, par comparaison au droit d'usage alloué, le droit d'usage concédé comporte une garantie supplémentaire. En effet, l'état assure que le droit d'usage ne sera pas retiré au concessionnaire avant l'expiration de la durée prévue dans le contrat. Dès lors, si l'état doit, pour des raisons d'intérêt public, retirer ce droit d'usage au concessionnaire avant son terme, il versera une compensation au concessionnaire alors que dans le cas d'un droit d'usage alloué, une telle compensation ne couvrirait que les bâtiments et autres installations édifiées sur le terrain sans qu'aucune compensation ne soit accordée au titre de la perte du droit d'usage⁴⁹¹.

En principe, les droits d'usages octroyés par concession le sont pour une durée maximale de soixante-dix ans pour usage résidentiel, cinquante ans pour usage industriel et quarante ans pour un usage commercial ou pour des activités de tourisme et de loisir⁴⁹². Pour tout autre usage ou pour un usage combiné, la durée maximale est de cinquante ans⁴⁹³. Toutefois, ces maximums pourraient être sujets à variation dans certaines zones économiques spéciales et dans certaines localités. De plus, le titulaire peut demander une extension de ses droits. Les autorités jouissent à ce sujet d'une discrétion totale ce qui rend incertain un renouvellement des droits d'usages. Par ailleurs, la *Loi sur l'administration foncière urbaine*⁴⁹⁴ prévoit que la demande d'extension de la période d'usage doit être déposée, sur le formulaire prévu à cet effet, au moins un an avant l'expiration du terme initial et que, à l'exception du cas où le terrain doit être repris pour des raisons de nécessité publique, cette demande devra être approuvée⁴⁹⁵. À condition que la prolongation du terme soit approuvée, un nouveau contrat de concession sera signé⁴⁹⁶. À l'inverse, en l'absence de renouvellement du contrat le droit d'usage est retiré au concessionnaire

des terrains). En vertu de ce règlement, l'apport des droits d'usage des terrains doit être évalué de façon à rémunérer la partie qui contribue à la formation des titres et le règlement stipule que l'évaluation doit être faite par le bureau municipal de l'urbanisme du gouvernement populaire local. L'évaluation sera ensuite approuvée par le gouvernement populaire. Cependant le règlement ne prévoit rien quant à la manière d'effectuer les évaluations. T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.213 à 223

⁴⁹⁰ Un tel transfert est soumis à la condition que le nouveau concessionnaire de ce droit ne change ni l'usage ni la durée initialement prévue. En cas de modification de ces conditions essentielles, la procédure de concession devra être recommencée au début entre l'administration et le nouveau concessionnaire. Un contrat de bail comporte par ailleurs une sérieuse limitation puisque le locataire ne peut pas disposer du droit d'usage loué dans la même mesure que le droit d'usage apporté au capital social de la société. De plus, de l'avis de l'administration foncière d'état, le locataire détenant un droit d'usage louée n'est autorisé qu'à construire des structures temporaires sur le terrain. Or, les structures temporaires ne sont pas définies dans les textes chinois, si bien qu'il reste difficile de savoir quelle construction constitue une violation des règles en vigueur; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.41-43

⁴⁹¹ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.218-224

⁴⁹² Loi sur l'administration foncière urbaine, précité note 469, art.12

⁴⁹³ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.41 à 43

⁴⁹⁴ Précité note 469

⁴⁹⁵ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p. 213 à 223

⁴⁹⁶ Loi sur l'administration foncière urbaine, précité note 469, art.12

et le titre foncier du terrain ainsi que les installations qui y sont édifiées reviennent à l'état, sans qu'aucune compensation ne soit versée à l'ancien concessionnaire⁴⁹⁷.

Un frais important est par ailleurs chargé pour ce type de droit d'usage sans toutefois que des frais annuels équivalents à ceux requis pour les droits alloués ne soient de manière générale perçus⁴⁹⁸. Les droits d'usage ne sont acquis au concessionnaire qu'une fois le paiement du montant total de la prime de concession payée. La prime de concession doit être intégralement versée dans les soixante jours qui suivent la conclusion du contrat de concession⁴⁹⁹. En pratique cependant, une certaine flexibilité est accordée aux entreprises à capital 100% chinoises et aux entreprises d'état qui peuvent se voir accorder un droit d'usage sans avoir payé l'intégralité des frais et la possibilité d'effectuer le paiement au-delà du soixante jours imparti de la loi. Cette flexibilité n'est généralement pas accordée aux EIE. Cependant certaines localités permettent l'aménagement des termes de paiement sur 6 mois, ou un an, même pour les EIE. Après l'acquittement des frais d'usage, le titulaire reçoit un certificat d'état d'usage de terrain attestant du droit qui lui est concédé⁵⁰⁰.

Ce type de droit d'usage peut être obtenu directement auprès du bureau foncier local, par négociation, appel d'offres ou adjudication⁵⁰¹. La concession n'est valable que pour un usage déterminé contractuellement et en conformité avec les plans d'urbanisme du secteur. L'usage ne pourra pas être modifié ultérieurement de façon unilatérale par le concessionnaire et toute modification de l'usage du terrain devra faire l'objet d'un nouvel accord entre le concessionnaire et l'administration concernée⁵⁰². Dans l'hypothèse où le terrain n'est pas utilisé conformément au but prévu dans le contrat de concession, une exception aux droits du concessionnaire s'applique. De surcroît, si aucune des activités ou constructions prévues n'ont été entreprises dans les deux ans de l'acquisition du droit d'usage concédé, les autorités sont en droit de reprendre le terrain sans aucune compensation pour le concessionnaire⁵⁰³.

3.3.1.3 Autres particularités du système de droit relatif à l'usage des terrains

⁴⁹⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.213 à 223

⁴⁹⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.39

⁴⁹⁹ Règlement provisoire sur les droits d'usage, précité note 470, art.14

⁵⁰⁰ Règlement provisoire sur les droits d'usage, précité note 468, art.16 ; Loi d'administration foncière, précité note 469, art. 59 et 60 ; Dans l'hypothèse où l'investisseur étranger envisage la construction de bâtiments sur le terrain, une demande spéciale devra être déposée auprès de l'autorité foncière locale. Après vérification, cette autorité émettra un titre de propriété pour chaque bâtiment (art. 60 de la loi de l'administration foncière urbaine) ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.213 à 223

⁵⁰¹ Règlement provisoire sur les droits d'usage, précité note 470, art. 13, 17 ; Loi de l'administration foncière, précité note 469, art. 17

⁵⁰² Loi d'administration foncière, précité note 469, art. 17

⁵⁰³ Id., art. 25 ; L'autorité compétente pour délivrer un droit d'usage de terrain d'État est fonction de la taille du terrain. Ce sera a priori les autorités locales pour, et pour les grands terrains, il pourra être nécessaire de remonter jusqu'au Conseil des affaires d'état. ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.219 à 223

La plupart des investisseurs étrangers acquièrent encore les droits d'usage sur un terrain par le biais d'accords négociés pour des prix plus élevés que ceux habituellement payés par des entreprises chinoises pour des terrains comparables. La vérification de la validité d'un droit d'usage en Chine n'est pas chose facile. Le pays ne jouit même pas d'un système régional d'enregistrement des terrains, et l'accès aux transactions relatives aux terrains est presque impossible⁵⁰⁴. De ce fait, les investisseurs étrangers devraient toujours requérir de leur partenaire chinois qu'il démontre qu'une parcelle spécifique de terrain est approuvée pour être transférée à une EIE pour un usage particulier puisqu'il pourrait autrement en découler des conséquences fâcheuses⁵⁰⁵. Un exemple frappant d'une EIE s'étant fait prendre au jeu des règles contraignantes sur les droits d'usage de terrains est McDonald's (US) qui a été forcé, en 1996 de fermer un de ses restaurants les mieux situés de la rue Wangfujing à Beijing. La compagnie avait patienté plusieurs années pour ouvrir ses portes en 1992. Cette fermeture est due au fait que l'entreprise avait acquis des droits d'usage alloués plutôt que concédés alors qu'un droit alloué ne peut être accordé à un EIE que directement des autorités. L'entreprise s'est vue retirer le site qui fut accordé à un développeur de Hong Kong⁵⁰⁶.

De plus, la *Loi sur l'administration foncière*⁵⁰⁷ accorde aux investisseurs étrangers moins de possibilités d'obtenir des droit d'usage de terrains puisqu'elle resserre le contrôle qui est exercé sur l'usage de terres arables pour des buts n'étant pas associés à l'agriculture et requière de l'EIE qu'elle remette des terres arables d'une superficie équivalente à celle qu'elle utilise pour son exploitation commerciale⁵⁰⁸. Cela est tout à fait compréhensible lorsque l'on considère que les terres arables en Chine ne comptent que pour 13% du territoire, ce qui fait en sorte que la Chine a 40% moins de terre arable par habitant que partout ailleurs dans le monde. Avec plus de population et moins de terre arable, il est normal que la Chine cherche à mettre en place des mesures pour protéger ce qui lui reste⁵⁰⁹. De plus, le statut juridique des terres arables n'est pas clair puisqu'en théorie elles sont propriété collective mais il n'y a pas entente quant à savoir si cela signifie qu'elles appartiennent collectivement aux habitants de ces régions ou sont simplement sous l'autorité des représentants de ces régions. Cela cause des problèmes puisque les autorités, dans le but de s'enrichir, accordent ces terrains à des entreprises pour la mise en place d'usines ou d'infrastructures. Vu ces problèmes, les autorités locales doivent maintenant se soumettre à la

⁵⁰⁴ En vertu de la loi sur l'administration foncière, précité note 469, le droit d'usage et la propriété de l'immeuble doivent être enregistrés et certifiés par le département d'administration des terrains au niveau du conté ou à un niveau supérieur. Les deux types de certificats résultant de l'enregistrement servent de preuve de propriété et sont requis pour compléter toutes les transactions immobilières. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.39

⁵⁰⁵ Une façon efficace de s'en assurer est de demander au partenaire chinois de produire une copie du certificat de droit d'usage délivré par les autorités.

⁵⁰⁶ Elle a toutefois réussi à récupérer le site après trois ans ; T. AMBLER, op.cit., note 96, p.84

⁵⁰⁷ Précité note 469

⁵⁰⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.39

⁵⁰⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.112

décision des autorités centrales pour accorder des droits d'usages industriels sur des terres arables⁵¹⁰. De la même façon, la *Loi sur l'administration foncière*⁵¹¹ redéfinit les niveaux d'approbation, les procédures et les sanctions relatives à l'acquisition de droits d'usage de terrains. Elle met l'accent sur la protection des terres arables sur la base de trois principes directeurs : (1) restriction de la conversion des terres cultivables en terrain à bâtir, (2) contrôle de la superficie totale des terrains à bâtir, (3) fourniture d'une protection spéciale pour les terres cultivables. Les nouvelles dispositions de cette loi obligent désormais les investisseurs étrangers, désirant obtenir le droit d'usage d'un terrain, à redoubler de vigilance et à s'assurer que toutes les étapes des procédures d'examen et d'approbation aient été franchies. L'utilisation du terrain doit être conforme à sa destination. Si le terrain est une terre arable, la construction n'est possible qu'après sa conversion et sa compensation par transformation d'une nouvelle parcelle en terre cultivable, ou bien par paiement d'une taxe, dans les cas où la compensation en nature n'est pas possible⁵¹².

De plus, le CAE et le PCC ont conjointement publié⁵¹³, une circulaire qui renforce le contrôle de la gestion des terres agricoles par les collectivités locales. Ce texte interdit notamment à ces collectivités de transférer ou de louer leurs droits d'usage des terrains pour des projets de promotion immobilière ou de développement industriel, sauf en cas d'expropriation par l'État pour cause d'utilité publique. La publication de cette circulaire exprime l'inquiétude des autorités face à l'érosion de la surface des terres cultivables et sa conséquence sur la production d'aliments de base ou sur l'exode rural. Les efforts des autorités pour freiner ce phénomène risquent d'entraver les projets de création d'EEDE dans les régions plus reculées. Toutes ces considérations font en sorte que les investisseurs, en l'absence de partenaires chinois comme dans une EC, ont de plus en plus de difficultés à trouver des terrains disponibles en dehors des zones spéciales d'investissement de la région côtière⁵¹⁴. On peut donc affirmer qu'une disparité de traitement subsiste encore aujourd'hui relativement aux possibilités des entreprises d'acquérir des droits d'usage de terrains dans le but de s'établir en Chine sur une base égalitaire avec les entreprises domestiques.

Ces mesures contraignantes sont par ailleurs contrebalancées par le fait que plusieurs villes côtières offrent plus de droits d'usage de terrains par des procédures d'appels d'offres ou

⁵¹⁰ "China's land disputes, Turning ploughshares into staves", *The Economist*, June 29- July 1, 2005, p.40

⁵¹¹ *Précité* note 469

⁵¹² B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.41 à 43

⁵¹³ le 15 avril 1997

⁵¹⁴ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.41 à 43 ; dont nous traiterons plus loin dans cet exposé à la section sur la fiscalité ; les sanctions pouvant atteindre l'expropriation et l'imposition des amendes, pour avoir bénéficié illégalement d'un droit d'usage de terrain, bien que de l'avis des experts en la matière, les sanctions ne soient que rarement imposées.⁵¹⁴ Pour les EC dans lesquelles le partenaire chinois ne fournit pas son apport en droit d'usage d'un terrain, une alternative est d'obtenir un droit d'usage des autorités locales, le EC devant dans ce cas effectués des versements périodiques devant être appliqués à titre de frais.

d'encans. Il en découle une parité des prix accordés aux investisseurs étrangers et aux entreprises domestiques. L'obtention d'un droit d'usage directement par suite de l'appel d'offre d'un bureau local d'administration des terrains offre également un degré élevé de certitude quant à la qualité du titre accordé⁵¹⁵. Cette mesure s'est étendue puisque récemment, le *Règlement sur l'octroi de droits d'usage de terrains par appel d'offre, encan, ou annonce*⁵¹⁶ combiné à la *Loi sur la gestion urbaine de l'immobilier*⁵¹⁷, ont permis de mettre de l'ordre dans le marché encore chaotique de l'immobilier en Chine. Ce règlement requiert que la majorité des droits d'usage de terrains du gouvernement soient accordés par encans ou par appel d'offre public plutôt que par des accords privés⁵¹⁸. La loi prône la transparence et des lignes directrices de développement plus claires, ainsi que des dispositions pour empêcher la spéculation immobilière. De plus, un meilleur système de location de propriété, une alternative de plus en plus populaire au sein des EIE et des BR se développe sous l'égide des *Mesures sur l'administration de la location d'immobilier urbain*⁵¹⁹.

En principe les règles applicables en matière de droit foncier en Chine sont les mêmes pour toutes les entreprises, domestiques et à investissements étrangers. Toutefois, ce régime foncier est très particulier puisqu'il ne permet la propriété foncière qu'à deux entités ; l'état et les collectivités. Pour tous les autres, ils doivent se satisfaire de l'obtention d'un droit d'usage de terrain. Les droits accordés sont précaires et ne jouissent en rien des attributs du droit de propriété. Dans les deux cas, tous les droits et les constructions reviennent à échéance à l'état qui dans les meilleurs cas accorde une maigre compensation. Puisque ce régime des droits d'usages est encore largement contrôlé par l'administration, il peut mener à des inégalités de traitement pour les étrangers puisque le processus d'attribution manque encore de transparence. Le régime foncier chinois permet un contrôle total par les autorités. Les droits sont alloués pour des périodes illimitées avec des possibilités d'expropriation ou pour des périodes limitées sans aucune assurance quant à leur renouvellement. L'arbitraire prend donc encore énormément de place dans ce système et pour un investisseur étranger qui engage des sommes importantes et sa responsabilité, ce régime n'a rien de rassurant. Il nous faut de ce fait conclure que ce régime juridique a comme objectif de protéger le marché et l'état chinois au détriment de l'investisseur étranger qui ne jouit pas d'une sécurité suffisante. De plus, les investisseurs étrangers se voient contraints à un régime plus sévère quant

⁵¹⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.39

⁵¹⁶ *Règlement sur l'octroi de droits d'usage de terrains par appel d'offre, encan, ou annonce* (émis par le ministère des terres et des ressources, en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2002)

⁵¹⁷ *Précité* note 469

⁵¹⁸ Les invitations dans l'appel d'offre et les encans ainsi que des conditions pour les soumissions déposées dans le but d'obtenir des droits d'usage détenus par l'état sont donc prévus à ce nouveau règlement. THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.39

⁵¹⁹ en vigueur depuis le 1^{er} juin 1995 ; Ces mesures établissent les droits et les obligations du locataire et du locateur, de la procédure d'enregistrement, du contenu obligatoire des contrats de location et des pénalités en cas de défaut de se conformer aux règles incluses dans lesdites mesures. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.39

à l'usage qu'ils peuvent faire de terres arables. La seule consolation accordée à l'investisseur étranger est la tendance à une augmentation des attributions de droit d'usage par des procédures d'encan et d'appel d'offre qui assurent plus de transparence.

3.3.2 Construction d'un immeuble

Pour un occidental, il est quasi impensable de construire un immeuble sur un terrain dont il n'est pas propriétaire. Pourtant, en Chine, puisqu'il n'y a pas d'autre choix, cela est pratique courante et compte tenu de ce que nous venons d'analyser ci-devant, il s'en suit beaucoup d'insécurité. L'investisseur engageant des frais importants n'a pas l'assurance de pouvoir en bénéficier à son gré puisque le sort des constructions qu'il aura érigé est lié au droit d'usage. Cependant, le National People's congress a passé une série d'amendements à la Constitution en mars 2004 pour accorder une protection constitutionnelle à la propriété privée, ce qui pourra avoir un impact positif sur la propriété des immeubles et traduit la bonne volonté des autorités d'accorder plus de protection sur leur territoire⁵²⁰. De plus, en août 2005, la première loi sur le droit de propriété visant la protection des individus et des entreprises contre l'approbation arbitraire par l'état est entrée en vigueur, mais plusieurs sont d'avis qu'elle est inadéquate⁵²¹. En vertu de la *Loi sur la gestion urbaine de l'immobilier de 1988*, l'administration locale de la propriété doit délivrer un certificat de propriété de l'immeuble qui repose sur le certificat de droit d'usage du terrain délivré par le département d'administration du fond de terre au niveau du comté ou à un niveau supérieur. Ainsi, le fond de terre n'appartient pas à l'entreprise mais les constructions qui s'y trouvent lui appartiennent. On comprend que ces droits de propriétés sont un peu précaires puisque l'entreprise pourrait à tout moment être exproprié du droit d'usage du terrain. Toutefois la propriété de l'immeuble lui donne en principe droit à compensation dans cette éventualité. La cession ou la modification de l'immobilier doit être enregistré auprès du département local de gestion de la propriété, qui émettra un nouveau certificat ou amendera le certificat existant de droit d'usage du terrain, tel que cela sera rendu nécessaire. Les EC ont traditionnellement obtenu les autorisations de construire leurs usines et bureaux par l'apport du partenaire chinois pour qui l'obtention du permis devenait sa contribution à l'entreprise. Cependant, les EIE acquièrent de plus en plus de droits d'usages de terrains concédés par elles-mêmes dans le but d'y construire leurs installations et d'obtenir elles-mêmes les permis requis⁵²².

⁵²⁰ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.6 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT op.cit., note 8, p.34

⁵²¹ "China, Hu's in charge", *The Economist*, August 20-26, 2005, p.31-32

⁵²² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.34

Les procédures liées à la construction d'un immeuble soumettent une fois de plus les EIE à l'insécurité de s'adresser aux autorités pour obtenir des approbations. La *Loi sur la construction de 1998* prévoit que l'équipe de construction travaillant sur un nouveau projet doit obtenir du département local pour l'administration de la construction un permis⁵²³. Vu l'importance du rôle des autorités dans le processus menant à la construction d'un immeuble commercial, il est à prévoir que dans beaucoup de cas, les étrangers seront soumis à des décisions discrétionnaires sur lesquelles leur statut d'étranger pourra avoir un impact négatif et ce bien que les règles applicables soient en principe les mêmes pour les entreprises domestiques et les EIE et bien qu'on constate que des efforts soient faits pour limiter le pouvoir discrétionnaire des autorités chargées de certifier des projets de construction. Essentiellement, cette loi a étendu au niveau national l'application de la réglementation antérieure qui existait dans plusieurs localités. Elle prévoit que le contrat de construction devrait faire l'objet d'un appel d'offre tant que faire ce peut, ce qui renforce la position de négociation du partenaire étranger qui veut s'opposer à l'insistance du partenaire chinois de faire affaire avec une entreprise de construction qu'il a choisi.

3.3.3 Considérations environnementales

Les EIE doivent en principe se conformer aux mêmes lois environnementales et restrictions imposées sur les constructions que celles applicables aux entreprises domestiques, mais bon nombre d'entre elles se plaignent d'être dans les faits soumises à une application plus rigoureuse de ces lois⁵²⁴. Une part du raisonnement par lequel les autorités tentent de justifier ce double standard et qui a été exposé par ces dernières tient au fait que les entreprises étrangères ont une plus longue expérience de protection de l'environnement et devrait, vu cette avance, être soumises à une application stricte des règles environnementales. Toutefois, peu importe la validité d'une telle justification, l'effet est le même, un double standard d'application des normes environnementales est imposé selon que l'entreprise est domestique ou étrangère, et ce malgré le constat que les entreprises domestiques représentent souvent une plus importante menace pour l'environnement et que des solutions efficaces à leur problème soient encore perçues comme pouvant mettre en danger leur santé financière ce qui, du point de vue des autorités, est inacceptable.

Faisant preuve de réalisme on revient toutefois au constat général sur l'application de la loi suivant lequel les entreprises domestiques étant plus près des autorités locales elles bénéficient

⁵²³ *Id.*, p.34 ; Le travail doit commencer dans les 3 mois de la délivrance du permis.

⁵²⁴ Les mêmes éléments de réflexion sont applicables à toutes la législation environnementale à laquelle une entreprise sera soumise en Chine mais nous ne nous attarderons pas dans cet exposé à toutes ces règles : Il suffit pour le lecteur d'être conscient de l'existence de règles environnementales pouvant avoir un impact sur ses activités commerciales.

souvent d'un traitement préférentiel. Malgré que cette disparité de traitement puisse être choquante, les considérations environnementales devraient être prises au sérieux par les EIE pour des raisons même purement stratégiques. Les partenaires dans une EC devraient porter une attention particulière à la conformité à la réglementation environnementale d'un droit d'usage de terrain apporté par le partenaire chinois à titre de contribution au capital, puisque des terres ayant été contaminées ou polluées pourraient constituer une charge financière importante pour l'entreprise dans le futur⁵²⁵.

3.4 Propriété intellectuelle

La notion de droit de propriété intellectuelle est relativement récente en Chine, la première loi sur le sujet datant de 1983. Des lois et des règlements ont été promulgués presque chaque année depuis 1982 et dans les mois qui ont précédé et qui ont suivi l'accession de cet état à l'OMC, le National people's congress a adopté une série d'amendements importants à la législation existante. La motivation principale de ces amendements était d'aligner les lois chinoises avec les standards de l'OMC en matière de propriété intellectuelle et d'échanges internationaux. Depuis, le gouvernement a élaboré une réglementation particulièrement volumineuse et a incorporé dans sa législation l'ensemble des conventions internationales en ce domaine⁵²⁶. On peut donc penser qu'en cette matière, les investisseurs sont bien protégés et que le bénéfice leur est accordé à eux plutôt qu'au marché chinois. Toutefois, malgré l'existence de nombreuses règles en cette matière, la situation n'est pas aussi limpide qu'elle en a l'air et la protection édictée dans le droit substantif en faveur des IED n'est pas nécessairement transposable dans la réalité et présente de nombreux problèmes entre autres d'application⁵²⁷. Puisque bon nombre de projets d'investissements étrangers qui seront acceptés par les autorités chinoises impliqueront des technologies avancées vu la politique d'ouverture de la Chine qui lie les notions de hautes technologies et d'IED, la protection des droits de propriété intellectuelle de l'EIE est primordiale. Selon l'Alliance internationale de la propriété intellectuelle, les compagnies américaines ont perdu 2,6 milliards de USD en 2003 à cause de violations de droits de propriété intellectuelle en Chine. Le problème se serait même empiré en 2004 puisque la Chine n'a pas augmenté ses arrestations de contrefacteurs⁵²⁸.

Bien que beaucoup soit encore à faire en matière de protection de la propriété intellectuelle en Chine, des signes encourageants ont pu être aperçus dans les dernières années. Ces derniers

⁵²⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.36

⁵²⁶ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.197

⁵²⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.229

⁵²⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.58

nous suggèrent au minimum que les chinois sont de plus en plus sensibilisés à ces problèmes et au fait que ces derniers sont peut être en train de causer des torts importants à leur économie. Cela est encourageant partant du principe que toute réaction commande une action ! Un exemple très concret mais par ailleurs significatif de cette évolution des mentalités se trouve dans un cas récent présenté devant le Bureau d'état de la propriété intellectuelle (SIPO) en juillet 2004 concernant Pfizer, un géant américain de l'industrie pharmaceutique. Il fut dans cette affaire décidé que la compagnie n'était pas en droit d'être protégé de 12 producteurs chinois d'une version générique du Viagra, son produit vedette. Le SIPO a décidé que le brevet sur l'ingrédient actif du Viagra de Pfizer n'était pas valide en Chine puisque la compagnie n'avait pas adéquatement supporté sa demande de brevet du médicament en question. Bien évidemment, les pessimistes furent tout de suite d'avis qu'il ne s'agissait que d'un cas de plus dans lequel une EIE ayant un intérêt légitime à faire valoir relativement à une activité de piratage avait été soit ignoré ou présenté à son désavantage. Les analystes ayant une vision plus optimiste de ce jugement furent plutôt d'avis que la décision représentait une victoire importante dans la constante bataille visant à faire de la Chine un état gouverné par la règle de droit plutôt que par des réseaux de relations. Ils ont notés qu'il s'agissait de la première fois que les producteurs chinois s'étaient attaqués à une grosse firme étrangère détentrice de brevets dans le cadre de procédures administratives établies, par opposition à une simple utilisation frauduleuse des droits de propriété intellectuelle, sans égards aux conséquences de ces actes⁵²⁹.

3.4.1 Protection législative accordée aux différents droits de propriété intellectuelle

En Chine, l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle et industrielle présente deux caractéristiques importantes que les investisseurs étrangers doivent connaître : D'une part, les EIE doivent avoir recours à des agents habilités par l'état pour procéder au dépôt des droits et d'autre part, outre le cas d'exercice du droit de propriété prévu par la *Convention de Paris*⁵³⁰ et le cas de la reconnaissance des marques notoires, les droits de propriété industrielle sont attribués au premier déposant ce qui impose à l'investisseur d'être prudent car, s'il néglige de procéder au dépôt de ses droits, il s'expose au risque d'être devancé par une société chinoise dans la procédure d'enregistrement⁵³¹.

⁵²⁹ *Id.*, p.58 ; Un appel a été logé par Pfizer mais aux dernières nouvelles, aucun jugement n'avait encore été rendu. Des experts en cette matière de Hong Kong ont émis l'opinion suivant lequel la décision de première instance ne faisait en rien preuve de favoritisme envers les producteurs chinois mais était bien au contraire fondée sur des principes juridiques bien encrés.

⁵³⁰ *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* (du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979)

⁵³¹ En Chine, l'action contre la contrefaçon présente la particularité d'offrir aux victimes deux voies de recours: l'action judiciaire et l'action administrative. L'une comme l'autre permet aux titulaires de droits de propriété intellectuelle d'obtenir la saisie des biens

En plus de l'enregistrement des droits proprement dits, le droit chinois accorde aussi la possibilité d'une certaine protection aux frontières par le biais d'un enregistrement douanier⁵³². Le *règlement concernant la protection douanière des droits de propriété intellectuelle* prohibe l'importation et l'exportation de produits qui enfreignent des droits de propriété intellectuelle et industrielle. Cette protection n'est ouverte que pour les droits de propriété intellectuelle enregistrés en Chine ou pour les droits d'auteur protégés par une convention internationale. Ce type d'enregistrement présente l'avantage de pouvoir s'effectuer de manière concomitante au dépôt de la plainte contre des exportateurs importateurs de produits contrefaits, une fois l'infraction constatée, ce qui autorise une sorte de régularisation à posteriori. L'enregistrement douanier est valable pour sept ans, et peut être renouvelé au plus tard six mois avant l'expiration de la première période⁵³³.

Il existe par ailleurs le régime des droits non enregistrés (régime général de la concurrence déloyale) bien que ce dernier soit encore relativement récent en Chine. Les règles applicables aux droits non enregistrés sont contenues dans la *Loi sur la Concurrence déloyale*⁵³⁴. Ce texte reste dans son contenu en deçà de ce qui était attendu, mais prohibe par ailleurs trois catégories d'actes : (1) la concurrence par moyens illicites, l'abus de position dominante et les pratiques commerciales déloyales qui se traduisent par l'obtention de secrets commerciaux et d'informations technologiques par des moyens déloyaux ; (2) leur utilisation et leur divulgation, la violation d'une obligation de confidentialité, une publicité trompeuse ou mensongère, l'utilisation sans autorisation de marques enregistrées, du nom d'une entreprise ou d'une personne, des labels de qualité ou d'origine d'un produit ; (3) et finalement le dénigrement d'un concurrent par la propagation de faux renseignements. Ces règles sont également applicables aux droits résiduels soit le savoir faire et les secrets commerciaux⁵³⁵.

3.4.1.1 Brevets

La protection des brevets et des droits voisins en Chine est principalement réglementée par la *Loi de la république populaire de Chine sur les brevets*⁵³⁶ et son *Règlement d'application*⁵³⁷. Les

contrefaits et l'application d'amendes. Si le cas de contrefaçon est particulièrement grave, la loi autorise aussi une action pénale. Même si la notion de gravité n'est pas définie, les tribunaux considèrent qu'un chiffre d'affaire de 50 000 CNY réalisé sur les ventes de contrefaçon présente un caractère grave. ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.198-207

⁵³² *Règlement concernant la protection douanière des droits de propriété intellectuelle* (promulgué en 1995)

⁵³³ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.246

⁵³⁴ *Loi sur la Concurrence déloyale (Anti-unfair competition law of the People's Republic of China)*, (promulguée par l'Assemblée nationale populaire le 2 septembre 1993 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1993)

⁵³⁵ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.247 à 249

⁵³⁶ *Loi de la république populaire de Chine sur les brevets (Patent law of the People's Republic of China)*, (adoptée à la 4e rencontre du Standing committee du 6e National peoples congress le 12 mars 1984, amendée en conformité avec la décision de la 27e rencontre du Standing committee du 7e National people's congress d'amender la Patent law of the People's Republic of China le 4 septembre 1992,

éléments susceptibles de faire l'objet de brevets sont les inventions, les modèles d'utilité (objets tridimensionnels présentant la forme ou la structure d'un produit) et les dessins (expression esthétique de formes ou de couleurs destinée à une application industrielle). En revanche, ne sont pas brevetables les méthodes de diagnostic et de traitement des maladies, les variétés d'animaux et de plantes, les substances obtenues au moyen d'une transformation nucléaire ainsi que les règles et les méthodes de certaines activités intellectuelles. Sont par ailleurs brevetables les procédés utilisés dans l'obtention de nouvelles variétés de végétaux ou d'animaux⁵³⁸. Le critère de nouveauté, fondamental pour envisager une brevetabilité, n'est pas rempli si l'invention a déjà été utilisée en Chine, notamment par la publication d'une documentation technique au cours d'une exposition commerciale. Les entreprises étrangères doivent donc faire preuve de vigilance sur la manière dont elles communiquent leurs inventions lors de la prospection⁵³⁹.

La procédure de dépôt d'un brevet exige la réunion préalable d'un certain nombre de documents. La demande de dépôt peut s'effectuer de plusieurs manières, y compris via Internet, auprès du Bureau national de la propriété intellectuelle (SIPO). Pour les dessins et modèles, le SIPO se contentera d'effectuer un simple examen formel qui consiste en un contrôle de conformité des documents fournis à la réglementation en vigueur. La demande sera ensuite publiée dix-huit mois à compter de la date de priorité ou de la date de réception de la demande en l'absence de priorité⁵⁴⁰. À cet examen formel, s'ajoute en matière de brevets d'invention, un examen substantiel de l'invention qui devra être demandé par le déposant et qui sera effectué par le SIPO. Cette procédure, qui peut parfois durer jusqu'à trois ans, aboutit à la délivrance d'un brevet qui dote l'invention d'une protection de vingt ans non renouvelable. La protection est de dix ans non renouvelable pour les dessins et les modèles.⁵⁴¹ La protection des brevets en Chine a été renforcée puisqu'avant 1992, le dépôt du brevet ne protégeait que pour une durée de cinq ans. La durée pouvait par ailleurs être prolongée une seule fois pour une période additionnelle de trois ans⁵⁴². Des frais sont par ailleurs chargés pour l'enregistrement d'un brevet en Chine⁵⁴³. Le dépôt de brevet confère à son titulaire un droit exclusif d'exploitation. Ainsi, lorsque l'objet breveté est un processus de fabrication, la protection s'applique non seulement au processus lui-même, mais

amendée une seconde fois en conformité avec la décision de la 17^e rencontre du Standing committee du 9^e National people's congress d'amender la Patent law of the People's Republic of China le 25 août 2000)

⁵³⁷ Règlement d'application (Implementing regulations of the patent law of the Peoples Republic of China), (adopté par le conseil des affaires d'état et promulgué par le bureau des brevets le 19 janvier 1985, entré en vigueur le 1^{er} avril 1985 et amendé le 12 décembre 1992, modifié le 4 septembre 1992, 1^{er} janvier 1993, le 15 juin 2001, le 28 décembre 2002, et le 1^{er} février 2003) ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.198

⁵³⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.64

⁵³⁹ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.198

⁵⁴⁰ Id., p.198

⁵⁴¹ Loi sur les brevets, précité note 526, art.45 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.64

⁵⁴² T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.238 à 240

⁵⁴³ Les frais sont chargés en fonction du type d'enregistrement : Application : Invention 900Rmb, Modèle utilitaire 500Rmb, Frais annuels : Invention 900Rmb pour les 3 premières années, 1200 Rmb pour les années 4 à 6, 2000Rmb pour les années 7 à 9, 4000Rmb pour les années 10 à 12, 6000Rmb pour les années 13 à 15, 8000Rmb pour les années 16 à 20. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.64

s'étend également aux produits qui en sont issus⁵⁴⁴. Le droit exclusif détenu par le propriétaire du brevet interdit à tout tiers de fabriquer, d'utiliser ou de vendre le produit breveté ou d'utiliser le procédé breveté à des fins de production ou d'exploitation commerciale sans l'autorisation du titulaire du brevet⁵⁴⁵.

3.4.1.2 Marques de commerce

Le problème qui est probablement le plus important dans le domaine de la propriété intellectuelle se retrouve sans doute au niveau de l'utilisation frauduleuse de marques. Les EIE ont vu leur produits contrefaits dans les jours suivants leur implantation sur le territoire chinois et parfois même des produits qui n'étaient pas encore introduits sur le marché mais dont on anticipait l'arrivée. De plus, certains contrefacteurs chinois exportent maintenant leur produits sur les marchés européens et nord américains. Selon les statistiques du US Trade representative, 75% des produits piratés saisis à la frontière américaine en 2003 provenait de la Chine⁵⁴⁶.

Le dépôt d'une marque en Chine est principalement règlementée par la *Loi sur les marques*⁵⁴⁷, son *Règlement d'application*⁵⁴⁸ et des règles provisoires⁵⁴⁹, additionné du *Règlement supplémentaire sur les sanctions pénales contre les contrefacteurs de marques enregistrées* qui accroît la sévérité des sanctions⁵⁵⁰. Depuis 1993, il est possible de faire enregistrer les marques de services en plus des marques de biens de consommation qui pouvaient déjà être enregistrées⁵⁵¹. Les drapeaux de pays ou les emblèmes, les noms génériques de produits, les mots en référence directe avec la nature du produit, les mots allant à l'encontre de la philosophie communiste ou pouvant être de mauvaise influence, les noms de lieux étrangers ou chinois ne peuvent jamais être enregistrés⁵⁵². On constate ainsi que la Chine a aujourd'hui adopté la

⁵⁴⁴ Loi sur les brevets, précité note 534, art. 11

⁵⁴⁵ Id.; Il est à noter que la dernière révision de la Loi sur les brevets autorise un aménagement conventionnel pour la détermination de la titularité du brevet, notamment dans le cadre d'une coopération scientifique. Cette innovation devrait encourager les investisseurs à multiplier les accords de recherche avec les universités chinoises. ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.198 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.238 à 240

⁵⁴⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.63

⁵⁴⁷ Loi sur les marques (Trademark law of the Peoples Republic of China), (promulguée par le National people's congress le 23 août 1982, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1983 et amendée le 1^{er} février 1993 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, et le 27 octobre 2001)

⁵⁴⁸ Décret d'application de la loi de la république populaire de Chine sur les marques (Regulations for the implementation of the Trademark law of the People's Republic of China), (adopté par le conseil des affaires d'état et promulgué par le SAIC le 3 janvier 1988, entrée en vigueur le 13 janvier 1988 et amendée le 15 juillet 1993, le 25 août 2000, le 15 septembre 2002 (a remplacé dans son intégralité l'ancien règlement d'application du 13 janvier 1988))

⁵⁴⁹ Règles provisoires sur la reconnaissance et la gestion des marques notoires ou Règles sur l'enregistrement et l'administration de marques collectives et des marques certifiées (Rules on the protection and recognition of well known trademarks) (adoptées le 1^{er} juin 2003) ; voir également Avis concernant plusieurs problèmes relatifs à l'application pour la reconnaissance d'une marque notoire (publié par le SAIC le 28 avril 2000) ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.201

⁵⁵⁰ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.229-236

⁵⁵¹ Loi sur les Marques, précité note 547, art. 4

⁵⁵² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.65

classification internationale des biens et des services pour l'enregistrement des marques⁵⁵³. Par ailleurs, à ce jour, le statut des marques collectives, associées et certifiées demeure obscur⁵⁵⁴.

L'enregistrement garantit à celui qui l'a effectué en premier l'utilisation exclusive de cette marque. Pour que la protection accordée par cette loi soit opérationnelle, le détenteur du droit d'utiliser la marque a l'obligation d'indiquer « marque enregistrée » sur le produit⁵⁵⁵. De plus, il est essentiel que ce dernier dépose sa marque non seulement dans sa forme originale mais aussi en caractère chinois⁵⁵⁶. Ce droit lui permet de l'exploiter lui-même, de la céder ou de la licencier à des tiers. La marque est protégée contre toute utilisation frauduleuse par autrui pour des produits et services de même catégorie, catégorie signifiant la gamme ou la nature des produits ou des services⁵⁵⁷. Toutefois, depuis décembre 1984, moment où la Chine a adhéré à la *Convention de Paris*⁵⁵⁸, les ressortissants de d'autres nations membres peuvent réclamer la priorité sur une marque déjà enregistrée en Chine dans les six mois du premier dépôt⁵⁵⁹. Une fois la marque enregistrée, sa protection sera assurée pour une période de dix ans à compter de la date d'approbation de l'enregistrement⁵⁶⁰; un renouvellement de ce délai de dix ans est possible et peut être autorisé à condition que la demande soit présentée au plus tard six mois avant la date d'expiration du premier terme de dix ans⁵⁶¹. Si en revanche, le renouvellement de la marque n'est pas demandé et que l'enregistrement initial parvient à son terme, la règle est à l'effet qu'aucune autre demande ne pourra être déposée pour une marque identique ou similaire pour une durée d'au moins un an⁵⁶².

Par ailleurs, le titulaire étranger de la marque doit garder à l'esprit qu'un enregistrement peut se révéler inutile si son seul motif est de prendre une simple mesure préventive, sans intention d'exploiter la marque dans l'immédiat. En effet, toute autre personne intéressée pourra demander l'annulation d'un tel enregistrement si la marque est restée inutilisée par le titulaire pendant plus de 3 ans après son enregistrement. Une telle action en annulation ne sera cependant pas accueillie de façon automatique car le titulaire de la marque peut justifier cette absence

⁵⁵³ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.229 à 236

⁵⁵⁴ Règles sur l'enregistrement et l'administration de marques collectives et des marques certifiées (1^{er} juin 2003) et Règles d'application de Madrid sur l'enregistrement des marques (1^{er} juin 2003); Une interprétation de la Cour populaire suprême, entrée en vigueur le 22 janvier 2002, prévoit la possibilité pour les détenteurs de marques de commerce de demander aux tribunaux une injonction préliminaire pour préserver la preuve et freiner la production illégale en lien avec cette marque. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.59

⁵⁵⁵ Loi sur les marques, précité note 547, art. 7 ; Décret des marques, précité note 548, art. 26

⁵⁵⁶ Le choix des caractères peut se faire en fonction de leur proximité phonétique avec la marque d'origine ou en fonction de leur signification. Idéalement, la marque en caractères chinois aura à la fois une sonorité proche de la prononciation de la langue étrangère et une signification favorable, en rapport avec le produit qui la revêt. B. BERRUX, loc.cit., note 109, p. 201

⁵⁵⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.229 à 236

⁵⁵⁸ Précité note 530

⁵⁵⁹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.65

⁵⁶⁰ Loi sur les marques, précité note 547, art. 23

⁵⁶¹ Id., art.24

⁵⁶² Loi sur les marques précité note 547, art.32 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.232

d'utilisation de la marque qu'il a enregistré⁵⁶³. Le montant des frais occasionnés par un dépôt de marque en Chine est très variable et est fonction du nombre de classes de produits, de l'existence ou non d'un droit de priorité et d'une multitude d'autres facteurs. À titre indicatif, il semble qu'il faille compter entre 2 000 et 3 000 USD pour déposer une marque en Chine⁵⁶⁴.

Depuis la promulgation en 1996 des *Règles provisoires sur la reconnaissance et la gestion des marques notoires*⁵⁶⁵ une protection renforcée est accordée aux marques notoires. Selon ce texte, une marque notoire est une marque qui est reconnue en Chine et dans le monde, par le public visé par le produit et qui jouit d'une certaine renommée⁵⁶⁶. L'avantage accordé aux marques notoires résulte aussi de l'article 6-b de la *Convention de Paris*⁵⁶⁷ que la Chine a signée en 1985 et qui accorde à une marque renommée le bénéfice d'une protection dans tous les états signataires même en l'absence d'enregistrement. L'intérêt du statut de marque notoire réside dans la protection supplémentaire contre l'enregistrement ou l'utilisation d'une marque identique ou similaire, non seulement pour des produits de même catégorie mais aussi pour des produits de catégorie différente, par exemple l'utilisation d'une marque de chaussure pour des articles de papeterie. Selon la *Convention de Paris*⁵⁶⁸, une marque notoire est en principe protégée dès lors que ce statut lui est reconnu suite à la demande d'octroi, et sans qu'un enregistrement normal de ladite marque n'ait été effectué. Néanmoins, les règles sur les marques notoires exigent que le titulaire de la marque notoire ait procédé à un enregistrement préalable, sans pour autant préciser si cet enregistrement doit être fait en Chine⁵⁶⁹. La notoriété d'une marque peut être appréciée à la demande d'une partie au moment d'une opposition ou d'une annulation d'un enregistrement, lorsqu'il y a contrefaçon, ou enfin pour empêcher l'enregistrement d'une marque a priori douteuse. Depuis les réformes, en plus du bureau des marques, les AIC locales et les tribunaux peuvent être amenés à décider de la notoriété d'une marque⁵⁷⁰. Dorénavant, les textes établissent la liste des critères permettant de décider si une marque peut être qualifiée de notoire. Ainsi la notoriété d'une marque étrangère est appréciée au regard du volume des ventes (degré de reconnaissance aux yeux du public) de l'étendue de sa zone de commercialisation, de l'importance des campagnes de promotion publicitaire de la marque, de la durée de la période d'utilisation continue de cette marque, ainsi que du nombre d'enregistrements des droits afférents à la marque en Chine comme à l'étranger, et d'une manière plus générale, « de tout autre facteur »⁵⁷¹. Les *Règles sur la*

⁵⁶³ Décret sur les marques précité note 548, art. 29 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.232

⁵⁶⁴ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.202

⁵⁶⁵ 14 juillet 1996

⁵⁶⁶ Règles sur les marques notoires, précité note 549 art. 2 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.234-235

⁵⁶⁷ Précité note 530

⁵⁶⁸ Précité note 530

⁵⁶⁹ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.234-235

⁵⁷⁰ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.202

⁵⁷¹ Id.

*reconnaissance et la protection des marques notoires*⁵⁷² remplacent des règles en place depuis 1996 qui ne traitaient pas des marques étrangères. Si une entreprise peut prouver son droit sur une marque notoire, l'enregistrement préalable par d'autres compagnies pourra être déclaré nul. L'*avis concernant plusieurs problèmes relatifs à l'application pour la reconnaissance d'une marque notoire*⁵⁷³, prévoit des détails sur la mise en place de règles à l'origine stipulées dans le *Règlement provisoire*⁵⁷⁴. Ce règlement définissait le concept de marque notoire⁵⁷⁵.

Une protection expérimentale inspirée par le système d'appellations d'origine contrôlée (AOC), a été mise en place en Chine avec l'adoption par le bureau d'état de la qualité et de la supervision technique (désormais fusionnée dans l'AQSIQ) des *Dispositions concernant la protection des indications géographiques*⁵⁷⁶. Depuis lors la révision de la *Loi sur les marques*⁵⁷⁷ a intégré le concept d'indication géographique au titre de la protection des marques collectives ou de certification⁵⁷⁸.

3.4.1.3 Noms de domaine

Les noms de domaines constituent un élément de plus en plus important du patrimoine incorporel des entreprises. L'enjeu commercial lié à l'attribution des noms de domaines a posé un problème épineux dont la communauté internationale s'est rapidement saisie en signant un *Protocole d'accord sur l'enregistrement et la gestion des noms de domaines*. L'absence de réglementation chinoise en la matière a provoqué à une époque une multiplication des cas de dépôts frauduleux, technique généralement dénommée *cybersquatting* qui consiste à déposer une marque connue ou notoire comme nom de domaine afin de revendre celui-ci au titulaire légitime de la marque. Les premières règles adoptées en 1997 pour limiter les cas de *cybersquatting* étaient insuffisantes dans la mesure où le nom de domaine était attribué au premier déposant et où le CNNIC (centre chinois d'information sur le réseau Internet), autorité responsable de l'enregistrement des noms de domaines, ne vérifiait pas en pratique si le nom de domaine proposé à l'enregistrement n'était pas par ailleurs une marque déposée ou une marque notoire. De nouvelles mesures ont par conséquent été adoptées d'abord en juillet 2001 puis en septembre 2003, obligeant le CNNIC à vérifier que le dépôt ne comporte pas de caractère frauduleux et ne porte pas atteinte aux droits d'un tiers. Fut également prévue la possibilité d'annuler un enregistrement dans certaines

⁵⁷² Précité note 549

⁵⁷³ Id.

⁵⁷⁴ Id.

⁵⁷⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.60-61

⁵⁷⁶ Dispositions concernant la protection des indications géographiques (entrées en vigueur le 17 août 1999)

⁵⁷⁷ Id.

⁵⁷⁸ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.203

situations, notamment si le nom de domaine est identique à une marque notoire. Enfin, en cas de litige, les textes offrent dorénavant aux plaignants la possibilité de porter ce dernier devant les tribunaux judiciaires ou arbitraux⁵⁷⁹.

3.4.1.4 Droits d'auteur

La protection des droits d'auteur en Chine signifie la reconnaissance du droit exclusif d'exploitation de l'œuvre par le détenteur du droit. Cela inclut le droit de divulgation, le droit à l'intégrité, le droit d'exploitation et les droits économiques qui en résultent⁵⁸⁰. Le droit d'auteur est régi par la *Loi de la république populaire de Chine sur les droits d'auteurs*⁵⁸¹ et son *Règlement d'application*⁵⁸². De plus, la Chine a ratifié la *Convention universelle sur les droits d'auteurs* en 1993 et la *Convention de Berne sur la protection des œuvres littéraires et artistiques* en 1992. Contrairement aux autres droits de propriété intellectuelle, les droits d'auteurs n'exigent pas un enregistrement. La Chine protège les œuvres visées dans la *Convention universelle sur les droits d'auteurs* dont notamment les œuvres littéraires sociales, scientifiques, photographiques et musicales, les programmes d'ordinateur, les plans et schémas, les constructions architecturales, les bases de données, cartes géographiques, œuvres graphiques et illustrations. L'art. 2 de la *Loi sur le droit d'auteur*⁵⁸³ accorde une protection aux œuvres publiées pour la première fois en Chine. D'après le *Règlement d'application*⁵⁸⁴ de cette loi, une œuvre étrangère est considérée comme publiée pour la première fois en Chine si elle l'est dans les trente jours suivant sa publication initiale. La protection des œuvres étrangères est accordée aux œuvres publiées en Chine ou dans un pays ayant signé soit un accord bilatéral avec la Chine, soit un traité international auquel la Chine est partie. De plus, en vertu de l'article 12 de la *Loi sur le droit d'auteur*⁵⁸⁵ la Chine étend cette protection aux adaptations, traductions, et annotations d'œuvres préexistantes. Toutefois sont exclus du champ de protection du droit d'auteur, les lois, règlements, les documents administratifs et judiciaires et leurs traductions officielles. La loi chinoise confie à l'agence nationale du droit d'auteur le soin de superviser en la matière⁵⁸⁶.

La réglementation chinoise a pleinement assimilée les principes internationalement reconnus en matière de droit d'auteur. Hormis les droits perpétuels, l'ensemble de ces droits, s'ils sont détenus

⁵⁷⁹ *Id.* p.203-204

⁵⁸⁰ *Loi de la république populaire de Chine sur les droits d'auteurs (Copyright law of the People's Republic of China)*, (promulguée par le National people's congress le 7 septembre 1990 et entré en vigueur le 1^{er} juin 1991 et modifié en octobre 2001), art. 10 ; Dont la possibilité de licencier ce droit pour une période de 10 ans.

⁵⁸¹ *Loi de la république populaire de Chine sur les droits d'auteurs*, *précité* note 580

⁵⁸² *Implementing rules of tue copyright law of the People's Republic of China*, (adoptées par le conseil des affaires d'état le 24 mai 1991, promulgué par le bureau d'état sur les droits d'auteur le 30 mai 1991 et entré en vigueur le 1^{er} juin 1991, modifié le 2 août 2002)

⁵⁸³ *Précité* note 580

⁵⁸⁴ *Précité* note 582

⁵⁸⁵ *Précité* note 580

⁵⁸⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.204

par une personne physique, sont protégés pendant la vie entière de l'auteur, et pendant les cinquante années suivant sa disparition⁵⁸⁷. Une exception s'applique par ailleurs aux œuvres dans le domaine cinématographique, télévisuel, vidéo et photographique où la protection est accordée pour cinquante ans à compter de la première publication ou divulgation de l'œuvre⁵⁸⁸, la même exception s'appliquant à tous les droits d'auteur détenus par une personne morale. Il existe par ailleurs deux exceptions au droit exclusif, ces dernières étant conformes à ce qui est internationalement reconnu. Ces exceptions concernent la nécessité sociale de la promotion et la divulgation des connaissances et autorise une utilisation par d'autres : (1) lorsqu'est mentionné le nom de l'auteur et le titre et que le droit n'est pas divulgué à titre lucratif⁵⁸⁹ ou (2) lorsqu'est obtenue une licence réglementaire⁵⁹⁰.

3.4.1.5 Secrets commerciaux

L'article 10 de la *Loi sur la concurrence déloyale*⁵⁹¹ définit les secrets commerciaux comme les informations techniques et commerciales inconnues du public, qui sont de nature à procurer à leur détenteur des avantages économiques, qui possèdent une valeur pratique et pour lesquelles leurs détenteurs ont pris leurs mesures de protection. Le savoir faire entre donc dans cette catégorie et doit être protégé par des clauses contractuelles de confidentialité. Le soin apporté à la rédaction de ces clauses est essentiel afin de garantir le caractère secret des informations. Malgré la force contraignante de telles clauses, la *Loi sur la concurrence déloyale*⁵⁹² constitue l'arme ultime pour lutter contre les actes frauduleux consistant à obtenir ou révéler des secrets commerciaux⁵⁹³.

3.4.1.6 Licences de technologie

Les licences de technologie sont régies par le *Règlement de la République populaire de Chine sur la gestion des contrats d'importation de technologie*⁵⁹⁴ qui constitue un régime administratif de transfert des technologies. La nouvelle réglementation comporte désormais deux régimes distincts d'importation de technologie : (1) un régime général de simple enregistrement applicable aux technologies dont l'importation ne fait l'objet d'aucune restriction. (Le certificat d'enregistrement est délivré soit par le MOFCOM, soit par des représentants au niveau local selon le type de projet,

⁵⁸⁷ Id. p.203

⁵⁸⁸ Loi sur les droits d'auteur, précité note 580, art 21

⁵⁸⁹ Id., art. 22

⁵⁹⁰ Id., art. 32 et 35 ; Règlement d'application de la loi sur les droits d'auteur précité note 582, art. 43 et 48

⁵⁹¹ Loi sur la Concurrence déloyale (Anti-unfair competition law of the People's Republic of China), (promulguée par l'Assemblée nationale populaire le 2 septembre 1993 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1993)

⁵⁹² Id.

⁵⁸³ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.205

⁵⁹⁴ Règlement de la République populaire de Chine sur la gestion des contrats d'importation de technologie (adopté par le CAE le 31 octobre 2001 (remplace dans son intégralité le règlement de 1985))

dans les trois jours de la réception de la demande) et (2) un régime d'approbation préalable qui ne s'applique plus désormais qu'aux technologies dont l'importation est restreinte par réglementation. Les cas de restrictions sont ceux énumérés à l'article 16 de la *Loi sur le commerce extérieur*⁵⁹⁵ (sauvegarde la sécurité nationale, protection de certains secteurs industriels ou agricoles, équilibre de la balance des paiements, atteinte de l'intérêt public, atteinte à la vie ou à la santé humaine, atteinte à l'environnement, application de traités internationaux). Une application raisonnable de ces dispositions devrait conférer au régime d'approbation préalable un caractère exceptionnel. L'approbation est généralement délivrée dans un délai de trente jours. Le CAE doit ensuite donner son accord à la licence d'importation de technologie dans un délai de dix jours à compter de la réception du dossier. L'enregistrement des licences de marques doit être effectué dans les trois mois à compter de la signature du contrat auprès du bureau des marques qui en assure la publicité⁵⁹⁶.

3.4.2 Effectivité des règles de propriété intellectuelle

Maintenant que le cadre juridique en cette matière a atteint les standards internationaux, la Chine est tournée vers les problèmes de mise en vigueur effective et d'application de ce cadre juridique. Malgré une prise de conscience quant à l'importance de la protection des droits de propriété intellectuelle, non seulement au sein du gouvernement central mais aussi localement, chez ceux qui participent à la lutte contre la contrefaçon, soit l'administration de l'industrie et du commerce (AIC), les bureaux de supervision technique, la police, les douanes et les tribunaux, il subsiste une grande incertitude. Celle-ci est due autant à la subsistance d'un climat de protectionnisme local qu'à un réel manque de moyens. Les progrès constatés restent donc insuffisants face à l'ampleur d'un phénomène qui croît de manière exponentielle, au point, selon certains observateurs, de représenter 8% du produit intérieur brut (PIB) chinois⁵⁹⁷.

Ainsi, en dépit de l'existence de nombreuses règles, l'application des lois visant la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle que confère ces dernières est malheureusement très souvent déficiente. En fait, la profusion réglementaire en matière de protection des droits de propriété intellectuelle et industrielle est fondée sur des considérations extérieures aux intérêts directs des industriels, mais est destiné dans une certaine mesure à rassurer les investisseurs étrangers en leur donnant l'impression que leurs droits et actifs sont protégés par les réglementations chinoises et à faire bonne figure sur le plan international. En conséquence,

⁵⁹⁵ *Foreign trade law of the People's Republic of China*, en vigueur à compter du 1er juillet 1994

⁵⁹⁶ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.205-206

⁵⁹⁷ *Id.*, p.197

malgré les efforts de la Chine à la promulgation prompte et continue de textes visant à protéger les droits de propriété intellectuelle, ce pays a souvent fait l'objet de critiques acerbes de la part des acteurs étrangers soulignant les nombreux problèmes d'application des règles édictées⁵⁹⁸.

De là vient peut être l'intérêt grandissant des investisseurs étrangers pour la structure de l'EEDE. Cette dernière permet à l'investisseur étranger une plus grande confidentialité de sa technologie. Cet élément est très important car il arrive que le partenaire chinois d'une EC s'approprie la technologie transférée par le partenaire étranger à l'EC et l'utilise à son propre compte, la contrefaçon en Chine étant ainsi plus souvent le fait de partenaires économiques ou commerciaux du détenteur de la technologie en question, que le fait de tiers. Les investisseurs étrangers, rassurés quant à la protection de leurs secrets industriels et de leur propriété intellectuelle et donc plus confiants, sont enclins, grâce à cette forme d'IED, à introduire en Chine une technologie avancée, souvent plus que celle qu'ils accepteraient de dévoiler dans le cadre d'une EC. Ainsi, certains investisseurs ne se laissent convaincre de s'implanter en Chine que parce que la forme d'une EEDE leur est offerte, à défaut de quoi ils hésitent à franchir le pas⁵⁹⁹.

Pourtant les autorités projettent l'image d'avoir adopté une ligne rigide pour empêcher la contrefaçon. Cela prend entre autres la forme d'évènements qui sont hautement publicisés dans l'objectif de donner l'exemple. Un de ces évènements fut une campagne entreprise de septembre à décembre 2003, au cours de laquelle les autorités de Beijing, Shanghai, le sud de la province du Guangdong, et le sud ouest de la province du Sichuan ont confisqué et détruit 3,6 millions de disques compacts piratés. Malgré ces efforts, les entreprises et les gouvernements étrangers sont en général insatisfaits de l'application du cadre juridique relatif à la propriété intellectuelle. Il faut par ailleurs mentionner que les bureaux locaux d'administration des brevets sont de plus en plus efficaces et agressifs dans leur lutte pour contrer les utilisations frauduleuses de ces droits et essaient de rendre les solutions administratives à de telles violations plus attrayantes. De plus, on voit maintenant de plus en plus de dossiers relatifs aux droits d'auteurs dans lesquels les tribunaux imposent des pénalités importantes. Enfin, les tribunaux chinois ont récemment entendus plus de dossiers dans ces matières que dans les années précédentes ; ainsi en 2003 on a entendu 5 600 dossiers, soit une augmentation de 25% par rapport à l'année précédente⁶⁰⁰. Toutefois, malgré l'augmentation du nombre de dossiers, les tribunaux chinois manquent encore d'expertise en matière de propriété intellectuelle. Cependant, certains tribunaux ont établis des divisions de propriété intellectuelle et on constate donc une progression. Par ailleurs, bien que les

⁵⁹⁸ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.228

⁵⁹⁹ *Id.*, p.47

⁶⁰⁰ Statistiques de la Cour suprême populaire de Chine

trois juges siégeant par exemple dans cette chambre spécialisée à Beijing soient très compétents, dans des régions éloignées, les dossiers se font plus rares et les juges n'ont par conséquent pas une aussi bonne connaissance des lois⁶⁰¹.

3.5 Considérations relatives aux emprunts de l'entreprise

Bien sur l'investisseur qui met sur pied une entreprise en Chine assumera généralement les coûts reliés à sa mise en opération mais il peut survenir divers événements qui font en sorte que l'entreprise contracte des prêts pour obtenir du financement additionnel. Le *Règlement provisoire concernant le ratio entre le capital social et l'investissement total dans les entreprises communes sino-étrangères* impose le respect d'un ratio capitaux propres/dettes afin d'empêcher un surendettement des EIE. En pratique, plus le montant de l'investissement total sera réduit, plus la part des capitaux propres devra être élevée⁶⁰². Bien que le *Règlement sur les ratios*⁶⁰³ ne traite que du cas des SMC, ces dispositions sont également applicables par analogie aux autres formes de EIE. L'investisseur étranger peut toutefois déroger à ces contraintes en obtenant une approbation administrative préalable⁶⁰⁴.

Les ratios d'endettement exigés par les autorités dans le règlement sont les suivants⁶⁰⁵ : (1) Si le montant total de l'investissement est inférieur ou égal à 3 millions de USD, le capital social doit constituer au moins 70 % de l'investissement total, (2) si le montant total des investissements se situe entre 3 et 10 millions de USD, le capital social doit constituer au moins 50 % de l'investissement total et dans les cas où le montant total de l'investissement se trouve entre 3 et 4,2 millions de USD au moins 2,1 millions de USD, (3) si le montant total de l'investissement se situe entre 10 et 30 millions de USD, le capital social doit constituer au minimum 40 % (2/5) de l'investissement total, (4) si le montant total des investissements est supérieur à 30 millions de USD, le capital social doit constituer au moins 33% de l'investissement total et dans les cas où le montant total de l'investissement se trouve entre 30 et 36 millions de USD au moins 12 millions de USD. En cas d'augmentation ultérieure de l'investissement total au cours de la vie de la société, l'augmentation du montant de capital social devra être proportionnel et surtout devra respecter les

⁶⁰¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.62

⁶⁰² Le droit chinois distingue la notion d'investissement total de celle du capital enregistré (aussi appelé capital social). L'investissement total regroupe l'ensemble des fonds nécessaires à l'acquisition des actifs et au besoin des fonds de roulement et des emprunts. Le capital enregistré d'un EC ou d'un SA constitue le montant total de capital apporté par les parties et enregistré auprès des autorités au moment de l'établissement formel de ce type d'entreprise. Pour le cas d'un SA, le capital enregistré est plus spécifiquement le total des souscriptions payées (la valeur totale des actions de la compagnie). Le capital enregistré correspond au montant total du capital souscrit pour une société et qui doit être apporté dans un certain délai. T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.40-42 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.42-43

⁶⁰³ Provisional regulations of State Administration for industry and commerce on the Ratio between the registered capital and the total amount of investment of sino-foreign equity joint ventures, (promulgués le 1er mars 1987 par le State Administration for industry and commerce)

⁶⁰⁴ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.82

⁶⁰⁵ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.40 à 42

dispositions du règlement sur les ratios. Des règles spécifiques relatives au capital enregistré exigé sont par ailleurs applicables suivant le type de structure que l'investisseur étranger décide d'utiliser⁶⁰⁶. Ces ratios n'ont pas d'équivalent applicable aux entreprises domestiques, dont les entreprises d'état qui sont pourtant souvent surendettées. Cela introduit un double standard de traitement. Toutefois, en toute logique, le fait de dépasser ces ratios ne serait pas dans l'intérêt de l'EIE qui se trouverait dans une situation financière plutôt précaire.

Le fait que le droit des contrats ait été unifié constitue certainement un élément à prendre en compte pour conclure que la Chine est sur la bonne voie et que des efforts sont faits pour limiter les disparités de traitement entre les nationaux et les étrangers. Toutefois, la discrimination subsiste dans le traitement qui est fait des nationaux dans la législation sur les contrats. Les approbations qui sont exigées pour les contrats impliquant des intérêts étrangers sont plus nombreuses et souvent plus difficile à obtenir. N'est pas à négliger la valeur relative qui est accordé à l'écrit, les contrats ne se voyant pas accorder la même valeur que dans les sociétés occidentales. Finalement, une place importante est accordée à la discrétion des autorités et cela insère un élément d'insécurité supplémentaire pour les étrangers. Nous aborderons cette question à la partie III des présentes traitant de l'effectivité de la règle de droit.

La particularité du régime foncier est également source d'insécurité pour les investisseurs étrangers, ne permettant pas la propriété privée. Cela constitue un obstacle majeur pour les EIE. Seuls des droits d'usages peuvent être consentis. Hors, ces derniers sont attribués suivant le bon vouloir des autorités et peuvent être remis en cause à tout moment. Les droits alloués ne permettent pas la cession ou l'hypothèque du terrain en question ; il est alors extrêmement difficile de prévoir les coûts liés à leur acquisition et souvent les étrangers payent beaucoup plus que les nationaux. Les droits concédés accordent par ailleurs plus de droits mais sont consentis pour des durées limitées. Les autorités prennent toutefois conscience des problèmes auxquels font face les étrangers en la matière et font des efforts pour que la situation s'améliore. De plus en plus de droits d'usages sont dans cette optique accordés par des processus d'appel d'offres.

La législation sur la propriété intellectuelle atteint le niveau des standards internationaux. Cependant, la contrefaçon demeure un problème important en Chine et démontre très bien que l'application qui est faite de la législation sur la propriété intellectuelle est inadéquate. La protection insuffisante constitue un risque important pour bon nombre de projets d'IED qui apportent souvent de la propriété intellectuelle, ceci constituant une des priorités de l'état chinois

⁶⁰⁶ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.82, 104 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.42-43

en matière d'investissements étrangers. Il faut par ailleurs souligner que des efforts sont faits pour améliorer la situation et les autorités sont de plus en plus sensibilisées à ces problèmes.

Le droit relatif à l'embauche par des EIE montre très bien que les projets d'IED en Chine ont comme principal rôle de soutenir le développement économique. Les EIE doivent justifier l'embauche d'étrangers en rapport avec leurs prévisions d'embauches telles qu'approuvées et doivent dans tous les cas obtenir l'approbation des autorités. Elles subissent de plus en plus de pression pour embaucher des inactifs locaux.

Un certain nombre de précautions doivent donc être prises pour tenter de limiter l'insécurité juridique face à laquelle est placé l'investisseur étranger. Tout d'abord, le transfert des droits d'utilisation des terrains étant soumis à des règles strictes, il est important pour l'investisseur étranger de se familiariser avec ce régime foncier avant de s'engager. Cette prudence doit être de mise, à plus forte raison lorsque l'apport de l'investisseur chinois est constitué en tout ou en partie d'un droit d'usage d'un terrain. Dans tous les cas, il devra s'assurer que le droit d'usage dudit terrain couvre une période suffisante, afin de prévenir toute interruption des activités de la future EIE en raison de l'expiration de cette durée et d'un refus ou d'une impossibilité de prolonger le contrat. L'investisseur doit s'assurer que les actifs soient bien la propriété de l'investisseur qui les transfère à l'entreprise à titre de contribution au capital en vérifiant les titres de propriété et l'absence de sûretés grevant les actifs. De plus, pour tout investissement effectué dans une EIE existante, il est important de s'assurer que les divers investisseurs de la EIE en question ont bien libéré leurs apports selon les termes de leur contrat. Dans le cas d'une prise de participation dans une entreprise existante, l'investisseur doit s'assurer qu'aucun contrat en cours n'affecte ni n'interdit la transaction envisagée et qu'aucun engagement n'a été pris, vis-à-vis de clients ou de fournisseurs, dans des conditions que le futur investisseur ne peut pas accepter ou qui serait mis à sa charge. Il est possible pour l'investisseur étranger de demander l'annulation des clauses indésirables avant toute transaction qui le ferait entrer dans le capital de la EIE, ce qui pourra permettre de remédier à une situation initiale fâcheuse⁶⁰⁷.

4 Mesures fiscales incitatives applicables aux investissements étrangers directs (IED)

Les incitatifs peuvent constituer des moyens efficaces pour les états de mettre en place leurs stratégies de développement. Ils peuvent compenser pour des carences dans l'environnement des affaires qui sont plus difficiles à régler. Mais ils peuvent à la fois créer de la compétition entre

⁶⁰⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p. 113 à 120

les états et répartir les ressources financières suivant d'autres impératifs que les besoins liés au développement. Trois catégories d'incitatifs sont utilisées par les états : les incitatifs financiers, comme des prêts à rabais ou des bourses qui sont surtout utilisés par les pays développés, ces derniers disposant d'avantage de ressources, les incitatifs fiscaux soit essentiellement des exemptions ou des réductions de taxes, ces derniers étant d'avantage utilisés par les pays en développement et les incitatifs liés à la position concurrentielle comme des préférences sur le marché ou des exemptions quant à des règles du travail ou environnementales. Ces façons de faire peuvent être intéressantes mais ne constituent pas des solutions à long terme pour un état qui devrait plutôt s'attarder à régler les problèmes de son droit interne⁶⁰⁸. La Chine utilise principalement des incitatifs fiscaux pour attirer les IED sur son territoire. En substance, elle met en place un régime discriminatoire positif en faveur des IED pour les inciter à s'installer chez elle, malgré l'insécurité de son droit. Ces incitatifs n'ont par ailleurs aucun effet sur la protection qui est accordée aux IED, ils ne visent qu'à compenser.

Partant du principe maintenant bien établi en vertu duquel les IED doivent être structurées en entités juridiques chinoises, ces derniers sont donc nécessairement soumis aux lois fiscales chinoises. Ces lois exercent un équilibre sur le traitement qui est réservé aux IED en Chine du fait qu'à l'inverse des lois internes chinoises relatives aux secteurs d'activités, à l'établissement et aux contrats qui ont plutôt tendance à être plus exigeantes avec les étrangers que les nationaux, les lois fiscales mettent en place un régime qui avantage nettement les investisseurs étrangers par rapport aux investisseurs chinois. À l'inverse des sections précédentes, la discrimination que subissent les investisseurs étrangers est positive et vient créer un certain équilibre dans le traitement jusqu'à maintenant peu avantageux qui leur est réservé. Bien qu'il s'agisse officiellement d'un régime d'exception qui nécessite que l'investisseur se qualifie, ce régime a quand même pour effet de créer un certain équilibre dans le traitement qu'accorde le droit chinois aux IED.

Le principe veut que les IED soient imposées au même titre que les autres entreprises sur le territoire de la Chine. Il existe 5 différents types de revenus pouvant être réalisés par une société étrangère en Chine et pouvant faire l'objet d'impôts ou de taxes : (1) dividendes versés par une EIE chinoise dans laquelle la société étrangère est investisseur ; (2) redevances sur l'utilisation en Chine de droits de propriété intellectuelle et industrielle de la société étrangère ; (3) loyers sur des biens loués en Chine ; (4) intérêts sur dépôt, prêts, garanties, paiements anticipés en subrogation et paiements différés effectués en Chine et (5) revenus tirés de l'aliénation d'immeubles, de

⁶⁰⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, *International investment agreements. Key issues*, Volume II, New-York and Geneva, United Nations, 2004, p.49-69

bâtiments et de droits d'usage de terrains en Chine⁶⁰⁹. En marge des revenus de source chinoise perçus par les EIE et par des établissements stables de sociétés étrangères, les sociétés étrangères peuvent elles-mêmes générer des revenus en Chine et ces revenus directs sont soumis à l'impôt chinois sur le revenu selon les dispositions de la *Loi fiscale*⁶¹⁰.

Par ailleurs, des mesures incitatives très intéressantes sont disponibles pour les IED en fonction de leur localisation ce qui constitue un élément extrêmement important dans la compréhension de l'approche chinoise de l'ouverture de ses marchés. En accordant des incitatifs en fonction de la localisation des IED, la Chine fait la promotion de certaines régions au détriment de certaines autres et agit sur la façon dont le territoire se développe. Des incitatifs sont également accordés en fonction des secteurs d'activités de l'entreprise. Cette seconde catégorie d'incitatifs répond aux mêmes impératifs que le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶¹¹ et le reste de la législation sur les secteurs d'activités et elle vise à promouvoir sensiblement les mêmes objectifs de la politique extérieure chinoise mais en encourageant l'établissement dans certains secteurs plutôt qu'en posant des interdictions ou des contraintes⁶¹².

Les mesures fiscales incitatives proviennent tant des autorités centrales que d'initiatives des gouvernements locaux. Toutefois, les avantages promis par les autorités locales commandent une plus grande méfiance puisque la tolérance dont le gouvernement central a pu faire preuve dans le passé est moins de mise aujourd'hui. Tous les incitatifs fiscaux, sans égard à l'autorité qui les a instaurés vont sensiblement dans le même sens, répondant aux besoins de chacune des régions. Ils constituent dans beaucoup de cas un moyen pour les régions de se rendre plus attrayantes aux yeux d'investisseurs potentiels⁶¹³.

Indépendamment des considérations relatives à la compétence des différentes autorités, certains des avantages fiscaux sont depuis quelques années remis en cause. Les autorités chinoises ont souvent répété au cours des dernières années que leur politique en matière d'incitatifs fiscaux aux IED devait être remaniée. Cela ne découle pas des concessions d'accession de la Chine à l'OMC,

⁶⁰⁹ Les quatre dernières catégories de revenus peuvent être versés indifféremment par la EIE de la société étrangère ou par toute autre entité non affiliée à la société étrangère, le régime fiscal étant le même dans tous les cas. Les autorités chinoises pourront ajouter d'autres revenus de source chinoise susceptibles d'être soumis à une retenue à la source chinoise ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 109, p.292-293

⁶¹⁰ The income tax law of the People's Republic of China concerning Chinese-foreign joint-ventures (adoptées par la 3e session de la 5e rencontre du National peoples congress, promulguée et entrée en vigueur le 10 septembre 1980) art. 19, voir également Règlement d'application de la Loi relative à l'impôt sur le revenu des EIE et des entreprises étrangères (Detailed rules and regulations for the implementation of the income tax law of the People's Republic of China for enterprises with foreign investment and foreign enterprises), (en vigueur à compter du 1er juillet 1991) ; Cet impôt prend la forme d'une retenue à la source, puisque aucune entité intermédiaire n'est implantée en Chine (EIE ou établissement stable) pour encaisser le revenu directement perçu par la société étrangère ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.292-293

⁶¹¹ *Précité* note 112

⁶¹² B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.173

⁶¹³ *Id.*

bien que cette organisation prohibe le traitement fiscal inégal des entreprises étrangères et domestiques⁶¹⁴, ce qui pourrait faire en sorte d'accélérer le processus. Cette volonté de changement découle plutôt de la pression des entreprises chinoises désirant bénéficier des mêmes traitements fiscaux préférentiels que les étrangers. Ce sont probablement les avantages accordés en considération de la qualité d'EIE qui seront supprimés les premiers, ceux accordés en fonction du secteur d'activité étant destinés à subsister un peu plus longtemps puisqu'ils appuient la politique d'ouverture commerciale de la Chine⁶¹⁵. Il est ainsi probable que la *Loi fiscale unifiée de 1991 pour les entreprises à investissements étrangers*⁶¹⁶ soit remplacée par une loi fiscale plus universelle, applicable à toutes les entreprises en Chine, sans que ne soit considérée la provenance géographique des investissements. Aucun échéancier n'a encore été fixé pour la mise en place d'une telle loi⁶¹⁷ mais certaines mesures ont commencé à apparaître, entre autres en vertu du *Règlement provisoire sur l'impôt sur le revenu des entreprises*⁶¹⁸. Ce règlement prévoit une baisse du taux d'imposition des entreprises domestiques de 55% à 33%. Ce taux est maintenant applicable aux EIE non couvertes par les taux préférentiels des Zones économiques spéciales (ZES) ou de d'autres régions ou des réglementations spéciales sont applicables⁶¹⁹.

Bien que le gouvernement chinois ait démontré de sérieuses intentions de modifier le régime fiscal, la façon dont il s'y prendra pour mettre en place cette réforme importante fait encore l'objet de débats. Une des options discutée est d'accorder aux entreprises domestiques les mêmes avantages que ceux qui sont actuellement accordés aux EIE. Certaines autorités locales semblent déjà cheminer dans ce sens. À titre d'exemple, la ville de Shanghai a étendu le taux de 15 % pour la taxe corporative à une centaine d'entreprises domestiques en 1998. Une seconde option qui est contemplée par les autorités pour l'unification du traitement fiscal applicable aux EIE et aux entreprises domestiques est de retirer l'ensemble des incitatifs fiscaux applicables aux EIE pour les remettre sur un pied d'égalité avec les entreprises domestiques. Une troisième option qui apparaît être la plus vraisemblable, est de fixer une nouvelle échelle de taux d'imposition se situant à l'intérieur de la plage du 15% à 33%, le niveau que le plus grand nombre d'autorités chinoises considère acceptable étant de 24%⁶²⁰. Toutefois d'ici à ce que le régime fiscal applicable aux entreprises subisse les remaniements projetés, les EIE bénéficient encore d'un

⁶¹⁴ J. R. WOETZEL, *op.cit.*, note 10

⁶¹⁵ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.173

⁶¹⁶ *Loi relative à l'impôt sur le revenu des EIE et des entreprises étrangères* (entrée en vigueur le 9 avril 1991)

⁶¹⁷ De l'avis du SAT (State administration of taxation) les contrats signés avant l'entrées en vigueur d'une nouvelle loi unifiée devraient continuer de bénéficier des incitatifs fiscaux en vigueur au moment de leur établissement sauf en ce qui concerne le taux préférentiel de 15% applicable aux investisseurs étrangers dans des zones approuvées devrait disparaître.

⁶¹⁸ *Règlement provisoire sur l'impôt sur le revenu des entreprises* (Provisional enterprise income tax regulations) (entré en vigueur en 1994)

⁶¹⁹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.49-57; De plus, depuis 1994, les entreprises étrangères doivent payer les nouvelles taxes indirectes au même titre que les entreprises domestiques et indépendamment des régimes fiscaux préférentiels qui peuvent leur être applicables.

⁶²⁰ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.49-57

traitement préférentiel qui s'exprime par une série d'incitatifs fiscaux applicables tant en fonction de la localisation des investissements, que des secteurs d'activités dans lesquels elles œuvrent.

4.1 Incitatifs fiscaux applicables en fonction de la localisation de l'investissement étranger direct (IED) sur le territoire : Les zones spéciales d'investissement (ZSI)

Le choix du lieu d'implantation d'un projet d'IED est une étape importante pour l'investisseur étranger car les conditions varient de façon significative entre les différentes provinces, localités et même quartiers d'une même ville. Les investisseurs doivent bien entendu tenir compte de plusieurs facteurs comme la présence de matières premières, l'existence d'infrastructures, la proximité de voies d'eau et la proximité de fournisseurs ou de clients. Par ailleurs, le facteur qui est souvent le plus déterminant relève des régimes de faveurs accordés dans certaines régions. Ainsi, dans un nombre grandissant de régions, les autorités semblent prêtes à d'importantes concessions pour attirer les IED, ces dernières étant par le fait même nettement avantagées, alors que d'autres endroits demeurent pratiquement impénétrables. Les investisseurs devront prendre en compte ces considérations au tout début de leurs démarches pour la mise en place d'un projet d'IED puisqu'elles pourront avoir un impact significatif sur le traitement leur étant réservé.

L'ouverture de la Chine est prévue comme devant se faire par étapes, ces dernières étant souvent conçues en fonction des régions géographiques. Les mesures incitatives fiscales mises en place par le biais des ZSI sont très représentatives des efforts des autorités d'attirer les IED pour servir le développement de leur économie. L'objectif est de créer des poches de richesse dans un pays en voie de développement afin de susciter un effet d'entraînement sur les régions limitrophes. L'opération a d'abord été présentée comme une expérience limitée, destinée à utiliser les zones à statut spécial comme des laboratoires dédiés à l'introduction de nouvelles politiques économiques, fiscales et juridiques⁶²¹. Ainsi, les autorités mettent en place des ZSI de divers type sur le territoire dans lesquelles les entreprises étrangères bénéficient d'un traitement préférentiel qui va de procédures simplifiées, à la possibilité d'obtenir des droits d'usage de terrains à bon compte jusqu'à une diminution substantielle de la charge fiscale.

Les inégalités de développement et de richesse des diverses régions, calquées sur les disparités naturelles ont largement conditionné la politique de création des ZSI. Au contraire de ce que l'on pourrait croire, l'objectif des autorités centrales était d'attirer les IED et leur technologie dans les régions où les entreprises chinoises, destinées à en bénéficier, étaient elles mêmes implantées et

⁶²¹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.54 à 56

ne visaient donc pas à uniformiser le développement sur le territoire. On comprend que l'objectif des autorités était de créer une synergie permettant à ses industries de bénéficier directement d'un essor attribuable à l'arrivée massive d'IED. Toutefois, du fait de la création de ces zones développées, certaines régions ne faisant pas partie des zones choyées accusent un retard de développement considérable. À la lecture de la doctrine sur le sujet et comme nous le verrons dans les paragraphes qui suivent, on comprend toutefois que la création de ces inégalités était probablement voulue et planifiée dans la politique d'ouverture que se sont données les autorités chinoises.

Ces mesures incitatives des ZSI étaient à l'origine principalement des initiatives des autorités locales mais se sont rapidement additionnées à ces dernières diverses initiatives du gouvernement central. À l'exemple du succès qu'a connu Hong Kong, les autorités centrales ont institué, au début des années 1980, des ZSI à l'intérieur desquelles une marge de manœuvre importante fut laissée aux gouvernements régionaux, provinciaux et locaux, pour la mise en place au bénéfice des IED d'un cadre juridique et fiscal attrayant, en mesure de contribuer à l'essor économique de ces régions tout en étant très avantageux pour les investisseurs étrangers. Les mesures édictées par les autorités locales sont souvent plus attrayantes encore que celles issues des autorités centrales. Cependant, un tel régime fiscal accordé localement sans l'assentiment des autorités centrales demeure illégal. Toute faveur accordée illégalement à une EIE sur cette base peut être annulée rétroactivement, l'entreprise étant alors tenue de rembourser la différence⁶²².

La mise en place de ZSI a débuté avec la création des Zones économiques spéciales (ZES), puis des zones de développement économique et technologique (ZDET) toutes deux majoritairement situées dans les villes de la région côtière chinoise⁶²³. L'objectif recherché était que la somme des avantages dont disposent ces zones parviennent à séduire les investisseurs étrangers : main d'œuvre abondante et bon marché, situation géographique pratique, avantages fiscaux, terrains disponibles à des conditions très favorables et possibilité pour l'investisseur de négocier les conditions de son implantation dans la zone avec l'autorité locale qui sait faire preuve de pragmatisme et de flexibilité puisque désireuse d'attirer les IED chez elle. De ce fait, les IED se sont multipliés permettant la construction d'usines, de bureaux et d'hôtels et la formation d'une classe d'industriels chinois. Dans ces zones se sont accumulés le savoir faire technique, commercial et financier. Ainsi, le succès de ces zones fut immédiat et dépassa toutes espérances faisant de la région côtière chinoise une zone prospère et en plein essor économique mais

⁶²² T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.105, 288 à 291

⁶²³ Id., p.388 à 291

laissant malheureusement la majorité du territoire chinois dans l'ombre. Suite au succès des ZES et des ZDET, les autorités créèrent en 1984, 14 zones dites de « villes côtières ouvertes » qui reçurent ultérieurement l'autorisation du gouvernement central de créer des zones de développement économique et technologique (ZDET). Parallèlement, en 1985 apparurent les zones économiques ouvertes⁶²⁴.

Les ZSI ont suite à cela continué de prendre de l'expansion. Les autorités ont en 1988 tenté une remise en ordre en promulguant les *Dispositions pour l'encouragement de l'investissement étranger*⁶²⁵. Ces dispositions mettent l'accent sur les entreprises de haute technologie et les entreprises exportatrices des outils nécessaires à la réduction de la bureaucratie, cette dernière nuisant à la mise en œuvre des avantages accordés dans les diverses ZSI⁶²⁶. En outre, et toujours avec le même objectif, des conseils ont été donnés aux régions. Confronté à un phénomène de création par les autorités locales de zones non répertoriées et proposant des avantages parfois illégaux, le gouvernement central a lancé une politique d'inspection des zones. Il en a résulté d'une première enquête à ce titre que, sur les 3 837 zones de développement et parcs industriels recensés sur le territoire chinois, seuls 1 251 avaient été approuvés par le conseil des affaires d'état et par les gouvernements provinciaux. Toutefois, l'expérience est parvenue à démontrer que le pragmatisme des autorités centrales les a généralement empêché de remettre totalement en cause des avantages accordés localement lorsqu'il s'avérait que le projet industriel était sain et que l'entreprise créée était bénéfique pour l'économie locale⁶²⁷. Cette approche a toutefois changée et la tolérance des autorités centrales a significativement diminué dans les dernières années. Bien qu'au premier abord, ce resserrement n'ait rien de bénéfique pour les investisseurs étrangers, on conclut après réflexion qu'il ne peut qu'augmenter la sécurité juridique sur le territoire chinois en ce sens qu'un investisseur qui s'installe à un endroit où il bénéficie d'avantages liés à une ZSI a beaucoup moins de risques qu'auparavant de voir les avantages dont il jouit remis en cause puisque les autorités centrales exercent beaucoup plus de contrôle sur la création de ces zones. Cela laisse beaucoup moins de place aux initiatives locales illégales qui sont trop souvent difficiles, voir quasi-impossibles à détecter pour un investisseur étranger qui est déjà affairé à se démêler dans la myriade des ZSI toutes plus ou moins semblables quant aux bénéfices qu'elles accordent.

⁶²⁴ deltas du Yangtzi et de la rivière des perles, triangle Xamen-Zhangzhou-Quanzhou dans le Fujian ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 110, p.54-56

⁶²⁵ *Dispositions pour l'encouragement de l'investissement étranger (Provisions for encouragement of Foreign investment)* (promulguées par le Conseil des affaires d'état le 11 octobre de 1986)

⁶²⁶ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.105

⁶²⁷ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.54 à 56

Les grandes lignes des bénéfices accordés dans ces ZSI se résument à des réductions significatives des taux d'imposition applicables aux EIE : Les EIE implantées dans les ZES et les ZDET sont assujetties à un impôt sur les bénéfices à un taux de 15%. Elles peuvent en plus obtenir l'exonération locale de 3 % mais cet avantage est laissé à la discrétion des autorités locales. Les EIE engagées dans des entreprises de production et implantées dans les zones et villes côtières ouvertes sont imposées sur les bénéfices à un taux de 24 % pour la part nationale et 3 % pour la part locale. Un taux spécial est appliqué aux EIE qui se qualifient d'entreprises de haute technologie ; pour ces dernières le taux d'impôt sur les bénéfices est de 15 % pour la part nationale et la part locale reste inchangée. Les EIE oeuvrant dans des secteurs d'activités⁶²⁸ particuliers peuvent bénéficier d'une réduction de 15 à 30 % de la part nationale du taux d'impôt sur les bénéfices pour une période de dix ans à compter de la fin de la période de cinq ans applicable aux EIE de production établies pour dix ans au moins⁶²⁹. Nous aborderons dans les sections suivantes les bénéfices accordés spécifiquement dans chacune des catégories des zones de développement plus en détail.

4.1.1 Zones économiques spéciales (ZES)

Comme nous venons brièvement de le mentionner, les 4 premières zones économiques spéciales (ZES) ont été créées en 1984⁶³⁰ suivies d'une cinquième créée en 1988 (Hainan). Elles sont toutes situées dans des zones géographiques stratégiques, à proximité de Hong Kong et Taiwan sur la côte sud-est de la Chine. Les ZES sont soumises aux réglementations nationales des autorités centrales et aux réglementations locales édictées par la province à laquelle elles sont rattachées. En principe, les réglementations locales doivent se conformer aux textes nationaux. Toutefois, compte tenu des nombreuses contradictions entre ces différents textes, il est difficile de s'assurer du contenu exact des diverses règles susceptibles de s'appliquer ce qui peut constituer une carence dans la protection qui est accordée aux investisseurs⁶³¹.

Le régime fiscal préférentiel offert aux IED dans les ZES s'applique en principe à toutes EIE et souvent également aux sociétés étrangères n'ayant pas créé de EIE. Ces zones offrent le régime le plus avantageux. L'importance des exemptions fiscales varie en fonction des domaines d'activité spécifiques que la ZES désire encourager⁶³². La *Loi fiscale unifiée de 1991*⁶³³ offre aux

⁶²⁸ Les secteurs visés par ces exemptions sont les secteurs agricole, forestier et de l'élevage animal. Les entreprises implantées dans les zones économiques reculées peuvent également bénéficier de ces avantages.

⁶²⁹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.173 à 177

⁶³⁰ Shenzhen, Zhuhai, Shantou, et Xiamen

⁶³¹ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.107 à 110

⁶³² *Id.*, p.107-110

⁶³³ *Précité* note 616

EIE dans les quatre ZES initiales un taux d'impôt national sur le revenu réduit à 15% en plus d'une exemption complète pour la première année et une réduction de 50% pour les deux années suivantes pour les EIE valant plus de 5 millions de USD dans le secteur des services et ayant un terme d'opération d'au moins dix ans. De plus, en vertu de la *Loi sur la taxe sur la valeur ajoutée*⁶³⁴, tous les biens (à l'exclusion du pétrole, des cigarettes et de l'alcool) importés, produits et vendus sur les territoires des ZES sont exemptés⁶³⁵. La EIE établie dans une ZES est en outre très souvent exonérée de l'impôt local sur le revenu. Certaines activités particulières peuvent également bénéficier d'un régime de faveur. Ainsi, une banque étrangère ou une EC du secteur bancaire implantée dans une ZES avec une durée minimale de dix ans et un apport étranger déjà versé d'au moins dix millions de USD⁶³⁶ peut se voir exonérée d'impôt national sur le revenu pour la première année et bénéficier d'une réduction de 50% pour les deux années suivantes. À partir de la quatrième année, le taux de 15 % s'appliquera⁶³⁷.

Quant à la cinquième ZES, l'île de Hainan, les EIE sont exemptées de l'impôt sur le revenu local et les autres frais locaux. De plus, les EIE oeuvrant dans le secteur de la manufacture ou des transports pour un minimum de dix ans sont exemptées de l'impôt sur le revenu pour les deux premières années d'opération profitables puis d'une exemption de 50% de l'impôt sur le revenu pour les années trois à cinq. Les entreprises opérant pour moins de dix ans sont également exemptées d'impôt pour les deux premières années profitables mais commencent à payer des impôts sur le revenu à un taux de 15 % dès la troisième année. De plus, les entreprises qui exportent la majorité de leur production, soit au moins 70%, ne sont imposées qu'à un taux de 10% une fois l'exemption de deux ans terminée⁶³⁸.

Du fait du traitement particulier que les ZES accordent aux IED qui y sont implantés, elles sont considérées comme des zones géographiques hors Chine et des contrôles douaniers sont instaurés à leurs frontières. Ainsi, pour les produits fabriqués dans les ZES et exportés vers d'autres parties du territoire, une déclaration doit être faite et le transport de ces produits est soumis à une procédure d'approbation. Les ZES tout comme la Zone de Shanghai-Pudong dont nous traiterons ci-après conservaient jusqu'à récemment des tarifs douaniers avantageux pour les importations destinées à une utilisation dans la zone concernée. Cependant ces privilèges ont été

⁶³⁴ Provisions of the ministry of finance for the collection and refund of product tax and value added tax on import and export products (Émises le 22 mars, 1985)

⁶³⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.49-57; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.288 à 291

⁶³⁶ ou en fonds attribués, s'il s'agit d'une branche de banque étrangère, pour laquelle on ne peut pas parler de capital social

⁶³⁷ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.288 à 291

⁶³⁸ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.49-57

abolis en l'an 2000. Après cette date, les dispositions de la *Directive n.37* et de ses textes d'application ont trouvé application aux mêmes conditions que sur le reste du territoire chinois⁶³⁹.

4.1.2 Zones de développement économique et technologique (ZDET)

La réglementation de ces zones est variée car l'intervention du législateur au niveau national est complétée par celles des autorités administratives locales au niveau de la ZDET en question. Les ZDET sont actuellement au nombre de cinquante trois et bénéficient d'avantages similaires à ceux accordés aux ZES, bien que leurs objectifs soient moins spécifiquement tournés vers l'exportation mais plus vers la modernisation du tissu industriel chinois. Les avantages accordés dans ces zones visent principalement les entreprises de production répondant à la définition d'entreprise de haute technologie⁶⁴⁰ et touchent principalement au traitement fiscal et au droit de douane, par la mise en place d'un taux réduit d'impôt sur les bénéfices, d'exemptions de droits de douanes, et de plusieurs avantages avant tout pratiques tel que plus de flexibilité au niveau de l'établissement et un accès facilité aux infrastructures⁶⁴¹. Une EIE ayant une activité de production implantée dans une ZDET est imposée au niveau national au taux de 15%⁶⁴² et au niveau local au taux de 3 % sauf exonération ou réduction accordée par les autorités locales. Les mêmes faveurs que celles accordées dans les Zones côtières ouvertes sont en outre valables dans les ZDET si ces dernières oeuvrent dans le secteur de la production. Par ailleurs, les EIE dans des secteurs autres que la production mais oeuvrant dans les secteurs de l'énergie et du transport et installées dans les limites des ZDET sont éligibles au même taux d'imposition si leur investissement enregistré est d'au moins 30 millions de USD⁶⁴³. Ainsi, les taux en vigueur sont de 24 % pour une EIE de production, et de 15 % pour une EC qui utilise une technologie ou un savoir faire avancé, ou un IED supérieur à 15 millions de USD avec une longue période de remboursement ou, est engagée dans le secteur de l'énergie, des transports ou d'un projet de construction portuaire⁶⁴⁴. Vu l'orientation non contestée de ces zones vers les hautes technologies et la formation du tissu industriel chinois, on peut se demander si une fois les apprentissages faits et les habiletés recherchées acquises, les avantages qui sont aujourd'hui accordés dans ces zones ne sont pas

⁶³⁹ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.107-110, 327

⁶⁴⁰ Pour la définition d'entreprise de haute technologie, nous vous référons à la section Secteurs d'activités- Technologie infra

⁶⁴¹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.54 à 56 ; T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.107 a 110

⁶⁴² Règlement d'application de la Loi fiscale, *précité* note 616, art. 73(5)

⁶⁴³ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.49-57

⁶⁴⁴ En 1988 s'est ajouté à cette catégorie la Zone Expérimental de Pékin pour le développement des industries de nouvelle technologie qui est régie par le Règlement provisoire sur la zone expérimentale de Pékin pour le développement des industries de nouvelle technologie et reçoit substantiellement le même traitement que les autres ZDET (*Interim regulations on Beijing Experimental zone for the development of new technology industries*, (approuvé par le conseil des affaires d'état le 10 mai 1988 et promulgué par le gouvernement populaire de la municipalité de Pékin le 20 mai 1988)) ; Plus récemment, une nouvelle vague de ZDET a été créée, chacune des provinces de l'ouest étant autorisée par le CAE à choisir une de ses zones spéciales créées localement (offrant des avantages à la légalité douteuse) pour qu'elles soient transformées en zones d'état. Malgré leurs dénominations différentes, ces zones offrent à peu près toutes le même régime ;T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.107-110, 288-291

voués à être retirés, la présence des investisseurs étrangers n'étant plus nécessaire à la bonne marche de l'industrie devenue autonome.

4.1.3 Villes et régions ouvertes

Dès le milieu des années 1980, les autorités centrales ont voulu étendre les traitements préférentiels fiscaux à certaines zones urbaines délaissées par les IED. Aujourd'hui, cinquante et une villes et dix régions ont été baptisées ouvertes. Elles offrent des avantages similaires à ceux des ZES et des ZDET⁶⁴⁵. Seules quatorze de ces villes ouvertes sont situées en zone côtière, toutes les autres se trouvant à l'intérieur du pays. L'ouverture de ces villes a marqué le début des efforts des autorités en faveur des régions les plus reculées. La réglementation chinoise n'a pas dressé de liste de ces régions permettant de délimiter précisément ces vieux quartiers urbains mais le terme est généralement interprété largement par les autorités, ce qui permet aux investisseurs de pouvoir bénéficier des avantages fiscaux dans un grand nombre de quartiers mais qui fait également en sorte de créer une imprévisibilité juridique et par le fait même une certaine insécurité pour les IED qui ne sont pas toujours en mesure de s'assurer que les avantages qui leur sont accordés sont légaux et ne seront pas remis en cause plus tard⁶⁴⁶.

4.1.4 Zones franches

⁶⁴⁵ Les avantages dans ces zones concernent indifféremment tous les types d'entreprises, qu'elles soient des EIE ou des sociétés étrangères. Cependant, pour bénéficier des avantages fiscaux, l'entreprise doit utiliser une technologie ou des connaissances particulières, ou encore doit favoriser, de par son activité, le développement des secteurs de l'énergie, des transports ou des ports, ou enfin fournir un investissement supérieur à 30 millions de dollars US. ; Une EIE de production implantée dans une région côtière ouverte ou dans un « vieux district urbain » d'une ville côtière ouverte sera imposée au taux préférentiel de 24 % au niveau national et 3 % au niveau local, sauf exonération spéciale accordée par les autorités. En outre, les EC qui utilisent une technologie avancée ou un savoir faire recherché en Chine, les EC ayant un investissement étranger supérieur à 15 millions de dollars US avec une longue période de recouvrement, et les EC engagées dans le secteur de l'énergie, des transports ou un projet de construction portuaire, sont imposées au niveau national au taux préférentiel de 15 % (art. 73(1) du Règlement d'application de la Loi fiscale, précité note 606) De plus les EIE installées sur le territoire de ces zones et oeuvrant dans le domaine du développement des infrastructures ou dans d'autres projets encouragés par l'État peuvent bénéficier d'un taux d'imposition sur le revenu d'avantage réduit et atteignant 15%. ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.49-57 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.107-110 288-291.

⁶⁴⁶ La zone de Shanghai Pudong- Les EIE de production et les entreprises étrangères ayant des activités commerciales dans la Zone de Shanghai Pudong sont soumises à un impôt national sur le revenu de 15% pour l'ensemble des revenus tirés de leurs activités de production, d'exploitation ou de toute autre source dans la zone même de Shanghai Pudong. Les EIE de production ayant une durée supérieure à 10 ans sont quant à elles exonérées de cet impôt national pour les deux premières années de bénéfices, puis imposées à 50% du taux habituel de 15 % de la Zone de Shanghai Pudong, ce qui revient à l'application du taux plancher de 10 %. Les EIE exportatrices implantées dans la Zone de Shanghai Pudong et qui vendent en principe au moins 70% de leur production à l'étranger, sont également exonérées d'impôt national sur le revenu pour les deux premières années de bénéfice puis imposées à 50 % du taux habituel, ce qui résulte en l'application d'un taux d'impôt sur le revenu national de 7.5%, pour les 3 années suivantes. En outre, pour ces EIE, la faveur fiscale de réduction de 50% se poursuit au delà de la sixième année, bien qu'en réalité un taux plancher de 10 % s'applique (au lieu de 7.5%) (art.75 (8) du Règlement d'application de la Loi fiscale, précité note 616) À cet égard, les faveurs sont appliquées seulement pour les années où la EIE peut être qualifiée d'exportatrice. Les EIE de technologie avancée sont soumises au même régime pour les 5 premières années, puis sont imposées au taux plancher de 10 % pendant les 3 années suivantes (bénéficiant en fait d'une réduction de 50 % sur le taux habituel mais limité par le taux plancher) avant d'être imposées, à partir de la 9^e années au taux local habituel de 15%(art. 75(7) Règlement d'application de la Loi fiscale, précité note 616) ; Procedures of the Shanghai municipality for encouragement of non-local investments in the Pudong new area, (en vigueur à compter du 20 mai 1991, approuvées par le Shanghai Municipal Peoples Government le 20 mai 1991) ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.288-291

La création des zones franches s'est opérée à l'initiative des gouvernements locaux et il n'existait au départ en Chine aucune réglementation nationale sur ces dernières. Plus tard, le législateur national a édicté quelques textes sur des points spécifiques liés aux activités dans les zones franches, notamment en matière de droit des changes. Bien qu'il existe des différences de réglementation, elles sont toutes construites sur un schéma plus ou moins identique indépendamment de la région qui les a adoptées. À l'intérieur de ces zones qui sont aujourd'hui au nombre de quinze, les activités de commerce doivent en principe s'effectuer librement. Pour cette raison, de la même manière que les SEZ, elles sont réputées situées hors Chine et donc les produits entrant ou sortants des zones franche sont réputés importés ou exportés et bénéficient d'un régime douanier de faveur. De surcroît, les entreprises situées dans ces zones bénéficient d'un taux d'impôt sur le revenu réduit de 15%⁶⁴⁷.

4.1.5 Avantages fiscaux accordés dans les provinces du centre et de l'ouest

Pendant longtemps, les conditions difficiles des régions reculées ont rebuté les investisseurs. L'absence de réduction fiscale, d'infrastructures modernes, la pénurie de techniciens qualifiés, les difficultés d'accès et les moyens de communications obsolètes n'ont pas favorisé le développement de ces régions. Cependant, ces dernières années, les autorités ont décidé de mettre en valeur les atouts plus spécifiques qu'offrent ces régions plus reculées, en jouant donc sur leurs particularités pour leur permettre de concurrencer avec les régions côtières et ainsi se donner les outils nécessaires à leur développement. Ces régions bénéficient déjà d'un potentiel important provenant de la proximité des ressources naturelles et des matières premières, des ressources en main d'œuvre importantes (bien que peu qualifiée), du bas niveau de salaire des travailleurs et du fait que les administrations locales entendent se montrer de plus en plus indulgentes à l'égard des IED désireux de s'installer sur leur territoire⁶⁴⁸. Cela sera possiblement ce qui permettra à ces régions qui accusent un retard significatif de développement de rattraper les régions côtières au niveau du flux des capitaux étrangers entrant et ainsi, d'améliorer leur prospérité économique. Les autorités locales continuent de déployer des efforts dans l'atteinte d'un rattrapage économique par la mise en place de divers avantages allant de la promesse de simplification des procédures d'implantation et de réduction du temps d'attente pour effectuer les

⁶⁴⁷ En pratique, tous les grands groupes étrangers installés en Chine ont nécessairement une ou plusieurs sociétés dans les zones franches ce qui implique théoriquement l'ouverture d'un bureau et d'une ligne téléphonique. De plus, les entreprises installées dans ces zones doivent en principe effectuer leurs opérations commerciales sur place, sous le contrôle strict de l'administration des douanes. Une règle qui peut par ailleurs paraître légèrement incongrue est que normalement, ces entreprises en zone franche ne peuvent pas ouvrir de succursales en dehors d'une Zone franche. En pratique cependant, ces entreprises ont ouvert des bureaux de liaison hors des zones franches et certaines n'ont dans les locaux situés dans les zones franches qu'un personnel réduit en nombre, ce qui leur permet, en passant par le personnel basé dans ces locaux de liaison ou dans les bureaux d'une filiale par exemple, de disposer d'une certaine marge de manœuvre pour agir hors de la zone. ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.107-110 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.49-57

⁶⁴⁸ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.110-111

formalités d'approbation et d'enregistrement à l'accord de conditions préférentielles pour l'utilisation de terrains, en passant par des réductions et exemptions fiscales, parfois même plus avantageuses que celles mises de l'avant dans les ZSI que nous avons exposées.

Au niveau central, la promesse a été faite par le conseil des affaires d'état de mettre un terme aux restrictions encore existantes dans ces régions. À cet égard le statut de municipalité auto-administrée (ou provinciale) octroyé en 1997 à la ville de Chongqing, au même titre que Pékin, Shanghai et Tianjin, marque clairement cette volonté⁶⁴⁹. La ville de Chongqing a agressivement développé de nouveaux incitatifs fiscaux avec l'assentiment du gouvernement central. En plus des incitatifs standards accordés dans les régions côtières, Chongqing offre aux EIE des réductions de certains frais locaux incluant les droits d'usages de terrains et les droits d'enregistrement et d'approbations. Les *Politiques préférentielles sur l'investissement étranger de la ville de Chongqing*⁶⁵⁰ prévoient que les EIE bénéficient d'exemptions fiscales de six ans pour l'impôt sur le revenu régional à compter de leur première année profitable, suivi de quatre années d'exemption à 50% des impôts sur le revenu régional. Les EIE en opération pour plus de quinze ans bénéficient également d'une exemption de dix ans sur les taxes de droits immobiliers et d'une exemption de trois ans sur les taxes liées aux licences de véhicules ou de bateaux⁶⁵¹.

Des mesures votées par le Conseil d'état le 26 octobre 2000⁶⁵² et étendues jusqu'en 2010 prévoient que les EIE paieront un impôt sur le revenu d'entreprise de 15% pour trois années supplémentaires après la fin des autres bénéfices qui leurs sont accordés en vertu de la *Loi fiscale*⁶⁵³ si elles œuvrent dans des secteurs encouragés par le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶⁵⁴ et qu'elles sont installées dans les régions du centre et de l'ouest de la Chine⁶⁵⁵. Ces règles ont une étendue géographique plus importante que les autres et incluent en plus des douze provinces initiales, les provinces de Anhui, Heilongjiang, Henan, Hunan, Hubei, Jiangxi, Jilin et Sanxi. Elles prévoient que l'emphase sera mise pour attirer les IED dans des industries tel que l'agriculture, l'énergie et l'environnement, soulignant par ailleurs que les investissements dans des secteurs comme les télécommunications, le tourisme et les banques seront également bien accueillis. L'administration fiscale d'État a également publié un avis, en vigueur au premier janvier 2002, applicable aux mêmes régions que celles visées par les mesures du 26 octobre 2000, et qui introduit des incitatifs pour les EIE investissant dans les services

⁶⁴⁹ *Id.* ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.54

⁶⁵⁰ *Politiques préférentielles sur l'investissement étranger de la ville de Chongqing* (promulguées le 20 janvier 1997)

⁶⁵¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.49 à 57

⁶⁵² *Circulaire de la SAT* entrée en vigueur de 1^{er} janvier 2000

⁶⁵³ *Précité* note 616

⁶⁵⁴ *Précité* note 112

⁶⁵⁵ Chongqing, Gansu, Guangxi, Zhuang, Guizhou, l'intérieur de la Mongolie, Ningxia, Qinghai, Shaanxi, Sichuan, Tibeet, Xianjing et Yunnan

postaux, l'énergie, la radio et la télévision, le transport et les ressources en eau. En autant que ces investissements aient une durée de vie d'au moins dix ans, ils peuvent bénéficier d'exemptions fiscales de deux ans suivies d'une période de trois ans de réduction de 50% applicable à l'impôt sur le revenu. Ce régime prend le relais des avantages accordés aux EIE de production mais est cumulatif avec celui dont bénéficient celles qui exportent plus de 70% de leur production ou qui se sont vu reconnaître le statut d'entreprise à technologie avancée. Le taux effectif d'imposition ne peut toutefois jamais être inférieur à 10 %. Dans ces zones, des sociétés chinoises résultant de réinvestissement par des EIE peuvent, à certaines conditions, bénéficier des avantages accordés aux EIE⁶⁵⁶.

Pour encourager les IED dans les provinces du centre et de l'ouest, une exemption plus large de droits de douane et de TVA est également accordée. Une *Circulaire de l'administration générale des douanes*⁶⁵⁷ entrée en vigueur en septembre 1999 prévoit que les investissements importés par les EIE implantés dans les provinces du centre et de l'ouest bénéficient d'exemptions de droits de douane et de TVA lors de l'importation d'équipements inclus dans leur investissement total ainsi que pour l'importation d'équipements qui ne sont pas nécessairement compris dans leur investissement total mais qui sont destinés à des transformations technologiques⁶⁵⁸.

4.1.6 Stratégies d'implantation en fonction des zones spéciales d'investissement (ZSI)

Les ZSI sont d'importance capitale dans la compréhension de la stratégie de développement de la Chine. Elles sont à la base de tout un système et remonte à la source des toutes premières ouvertures accordées aux IED sur le marché chinois. Elles démontrent tout à la fois une certaine crainte des autorités quant à l'ouverture des marchés et constituent donc une excellente démonstration de l'énorme contrôle que les autorités conservent. Et étant donné que les mesures fiscales incitatives sont fonction de la localisation des projets d'IED, il nous apparaît qu'elles soient mises de l'avant par les autorités chinoises uniquement dans la mesure où elles contribuent au développement économique de la Chine. De surcroît, ces mesures démontrent très bien que le développement de la Chine est organisé pour se faire par strate à l'intérieur du pays. Des populations sont isolées et accusent un retard de développement⁶⁵⁹. Par contre, les régions côtières restent encore aujourd'hui et malgré les efforts faits par les autres régions pour se rendre plus attrayantes, les zones de prédilection pour l'installation d'EIE. En marge des avantages

⁶⁵⁶ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.49-57 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.173-181

⁶⁵⁷ *Circulaire de l'administration générale des douanes* (entrée en vigueur en septembre 1999)

⁶⁵⁸ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.179 à 181

⁶⁵⁹ Une des théories à cet effet est qu'en conservant des populations dans l'isolement et en développement le territoire par petites strates, la Chine s'assure un avantage de main d'œuvre à faible coût pour encore plusieurs années.

offerts sur le plan fiscal, ces régions côtières ont élaboré un cadre juridique plus précis qu'ailleurs, ce qui constitue un gage de sécurité supplémentaire pour les étrangers souvent soumis à l'exercice d'une discrétion des autorités désavantageuse à leur égard. Enfin, les autorités dans ces régions ont nettement plus d'expérience en matière d'IED que leurs homologues dans les régions intérieures⁶⁶⁰.

Cependant, les incitatifs fiscaux permettent également d'établir un certain équilibre avec les contraintes mises en place par le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶⁶¹ en discriminant de manière positive les IED. Une certaine insécurité pour les investisseurs étrangers émane toutefois du fait qu'ils sont constamment sous la juridiction d'au moins deux paliers du gouvernement ; ainsi, il ne faut jamais oublier que le gouvernement central peut remettre en cause ce que les autorités locales ont accordé.

Il faut garder à l'esprit que la Chine étant un pays communiste, des mesures permettant une expansion des entreprises privées s'inscrivent avec difficulté dans l'idéologie politique et économique de cette dernière. Dans cette optique, la mise en place restreinte de ZSI présentée comme une réglementation à caractère expérimental, est une façon pour les autorités chinoises de donner une légitimité à ces politiques progressives, autrement difficiles à justifier dans l'idéologie chinoise communiste. Le problème, qui n'en est finalement pas vraiment un, auquel les autorités chinoises sont aujourd'hui confrontées, est que ces zones ont connu un succès fulgurant. Elles se sont développées très rapidement suite à la mise en place des bénéfices accordés aux IED. Cela place les autorités devant le constat que les ZSI qui bénéficiaient dans beaucoup de cas d'un avantage naturel, ont eu droit à toute l'attention, laissant les autres régions dans l'ombre et créant des disparités de richesse importantes sur le territoire chinois. Ces zones continuent de prendre de l'expansion et les mesures incitatives sont lentement étendues à des régions comme le centre et l'ouest de la Chine qui accusent un retard de développement considérable.

Les mesures fiscales incitatives que l'on retrouve dans les ZSI représentent par ailleurs un couteau à deux tranchants pour le marché chinois et ne sont pas aussi bénéfiques que ce que l'on croyait au premier abord puisqu'en accordant un régime plus avantageux aux entreprises étrangères que domestiques, les autorités d'une part attirent les IED créant ainsi un certain essor économique, mais n'accordent pas une chance égale aux entreprises domestiques et ne

⁶⁶⁰ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.110-111; Francis LEFEBVRE, *Chine: juridique et fiscal. Collection dossiers internationaux*, Shanghai, Éditions Francis Lefebvre, 2004, par. 502-515, 610-624, 882-892, 1000-1005, 1200-1265, 2010-2020, 2030-2057

⁶⁶¹ *Précité* note 112

valorisent donc pas les initiatives internes qui feraient en sorte que le développement puisse provenir de l'intérieur du pays plutôt que de l'étranger. Les EIE bénéficient d'un régime fiscal plus avantageux que les entreprises domestiques ce qui à notre avis peut avoir des effets contre-productifs ; ainsi un des effets pervers de ces mesures est qu'il peut devenir plus avantageux pour un chinois d'être au service d'une EIE que de faire preuve d'initiative. La preuve en est que les chinois qui ont des capitaux à investir les expatrient pour ensuite les investir en Chine à titre d'IED et ainsi bénéficier des avantages dont jouissent les étrangers. L'avantage pour l'économie chinoise qui découle des bénéfices d'EIE a ses limites. Ils créent de l'emploi et de l'activité mais les profits des EIE sont le plus souvent rapatriés à l'étranger et bénéficient donc au pays d'origine de l'entreprise en question. Cette situation est assez typique des pays en développement qui, voulant créer une activité et un essor économique, négligent de penser à plus long terme. Heureusement, les entreprises domestiques et les industriels chinois commencent à faire pression sur les autorités chinoises pour bénéficier d'un traitement au moins aussi avantageux que celui dont bénéficient les EIE établies sur le territoire chinois. Une fois une telle réforme mise en place, cela devrait stimuler l'initiative des industriels chinois, ce qui à notre avis ne pourra qu'être bénéfique pour l'économie chinoise mais aura un effet négatif sur le traitement réservé aux IED, un fois de plus au bénéfice de la protection du marché.

4.2 Incitatifs fiscaux applicables à certains secteurs d'activités

En plus des avantages fiscaux accordés dans les diverses ZSI, certains incitatifs fiscaux sont accordés aux IED en fonction du secteur de leurs activités commerciales. Ces mesures avantageuses suivent sensiblement les mêmes impératifs que ce qui est exprimé au *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶⁶². Elles visent à encourager l'implantation d'entreprises étrangères qui oeuvrent dans les secteurs de l'exportation, des technologies et de certains secteurs particuliers tel que l'agriculture et les institutions financières et permettant de la même façon d'orienter les IED en fonction des considérations sous-jacentes à la politique d'ouverture de la Chine⁶⁶³.

4.2.1 Production

En vertu de la *Loi fiscale unifiée de 1991*⁶⁶⁴, les EC et EEDE ayant un contrat de production (à l'exclusion du secteur des services) d'au moins dix ans bénéficient d'une exemption standard de

⁶⁶² Précité note 112

⁶⁶³ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.49-57

⁶⁶⁴ Précité note 616

deux ans qui débute avec la première année profitable de l'entreprise et qui est suivie d'une période de trois ans de réduction de 50% des impôts. À compter de la première année d'exercice bénéficiaire et pour deux ans, cette exonération est suivie d'une réduction de 50 % pour la 3^e à la 5^e année⁶⁶⁵. En outre, cette EIE est exonérée de l'impôt local sur le revenu pendant les cinq premières années bénéficiaires. L'impôt local est ensuite appliqué mais à hauteur de 50% du taux habituel pour les revenus générés de la 6^e à la 10^e année⁶⁶⁶.

La *Loi fiscale*⁶⁶⁷ énumère de manière non exhaustive les activités dites de production⁶⁶⁸: la fabrication de matériel électronique, les activités du secteur de l'énergie, à l'exception de l'exploration pétrolière et de gaz naturel, les activités métallurgiques, chimiques et de construction des bâtiments, les industries légères, les industries du textile et du conditionnement (emballage), les appareils médicaux et les produits pharmaceutiques, l'agriculture, la sylviculture, l'élevage, la construction, les moyens de transport et de communication (à l'exception du transport de passager), le développement scientifique et technologique, les services d'étude de marché et les services de consultant en informations industrielles servant directement une activité de production, les services de maintenance pour des équipements de production et des instruments de précision. La notion d'activité de production est très large dans le droit chinois et la *Loi fiscale*⁶⁶⁹ élargit encore davantage les critères de qualification en prévoyant que sera qualifiée d'activité de production toute activité désignée comme tel par les principales autorités fiscales⁶⁷⁰. Ce pouvoir discrétionnaire n'est pas forcément défavorable aux IED, les autorités locales ayant souvent fait preuve de beaucoup de souplesse dans l'interprétation des critères permettant de bénéficier d'un régime fiscal de faveur. Cette attitude s'explique par le fait que les autorités sont soucieuses de favoriser l'implantation dans leur localité de ces EIE créatrices d'emplois et qui utilisent de la technologie étrangère. Cependant, il est vrai que certaines régions soient aujourd'hui plus sévères puisqu'elles arrivent à saturation et ont moins besoin de ces EIE⁶⁷¹. Ce régime préférentiel réservé aux activités de production industrielle montre clairement que les autorités chinoises encouragent davantage ce type de projet au détriment d'autres activités qui leur apparaissent moins intéressantes.

4.2.2 Exportations

⁶⁶⁵ *Id.*, art. 8

⁶⁶⁶ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.285

⁶⁶⁷ *précité* note 616

⁶⁶⁸ *Id.*, art. 72

⁶⁶⁹ *Id.*

⁶⁷⁰ Règlement d'application de la loi fiscale, *précité* note 616, art 72 al 10

⁶⁷¹ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.285 ; B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.173 à 177

Dans le secteur des exportations, un premier volet d'avantages fiscaux est celui de l'exonération de TVA d'entrée sur le matériel, les matières premières et les produits semi finis achetés pour la fabrication de produits destinés à l'exportation. Après avoir accordé des avantages en matière de TVA aux EIE qui acquièrent des équipements fabriqués en Chine, la SAT⁶⁷² a adopté⁶⁷³ la *Circulaire relative aux questions d'imputabilité sur l'impôt sur les bénéfices des achats d'équipements domestiques par les entreprises à investissement étranger et les entreprises étrangères*⁶⁷⁴. Ce régime vise à encourager l'achat d'équipements chinois par les EIE. Les mécanismes consistent à imputer 40% des dépenses d'achats d'équipements chinois de l'année considérée sur l'augmentation d'impôts sur les bénéfices par rapport à l'année précédente. Les conditions pour bénéficier de ce régime sont les suivantes : (1) les équipements qui permettent de bénéficier de cet avantage doivent être fabriqués en Chine, ce qui exclut les équipements assemblés en Chine à partir de composants importés, (2) l'EIE doit être constituée dans un secteur encouragé du *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶⁷⁵, (3) les équipements ne doivent pas figurer sur le catalogue des biens importés au titre de projets d'investissements étrangers qui ne sont pas exemptés et (4) les achats d'équipement doivent s'inscrire dans le montant de l'investissement total de l'EIE. Cette dernière condition peut être écartée si l'équipement est acquis dans l'un des buts suivants : améliorer les bénéfices économiques et la qualité des produits, augmenter la variété des produits, surclasser le niveau des produits, augmenter les exportations, réduire les coûts, renforcer l'utilisation optimale des ressources et le traitement des déchets, assurer la sécurité du travail, améliorer la technologie des équipements existants. La partie non immédiatement imputable de l'impôt peut être reportée au titre des cinq années suivantes. Cette période de report peut être étendue à sept ans pour les EIE qui bénéficient d'exemptions fiscales, afin d'augmenter les chances d'imputation du crédit d'impôt. Les équipements doivent être conservés au moins cinq ans par l'EIE. Si leur propriété est transférée pendant ce délai ou s'ils sont loués à un tiers, le montant des réductions d'impôt doit être intégralement remboursé⁶⁷⁶.

Un second volet est celui d'un crédit accordé pour la TVA d'entrée déjà payée, l'exportateur pouvant soustraire cette somme au montant de la TVA de sortie qu'il doit normalement régler sur ses ventes internes. Un dernier volet est celui du remboursement partiel sur la TVA d'entrée. Pour tous les cas où cette somme excéderait le montant de la TVA de sortie sur les ventes internes, la différence peut en principe faire l'objet d'une demande de remboursement. En outre, aucun

⁶⁷² conjointement avec le ministère des finances

⁶⁷³ le 14 janvier 2000

⁶⁷⁴ Circulaire relative aux questions d'imputabilité sur l'impôt sur les bénéfices des achats d'équipements domestiques par les entreprises à investissement étranger et les entreprises étrangères (entré en vigueur le 1^{er} juillet 1999)

⁶⁷⁵ Précité note 112

⁶⁷⁶ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.177-178

remboursement de TVA d'entrée ne peut être réclamé par l'exportateur si les ventes à l'exportation représentent moins de 50% des ventes totales sur un même exercice trimestriel. Si les ventes à l'exportation représentent moins de 50% des ventes totales sur un même exercice trimestriel, l'excès de TVA d'entrée « créditable » peut faire l'objet d'un report sur l'exercice comptable suivant. En raison des conditions diverses ainsi posées pour le régime de préférences fiscales, il reste difficile de déterminer à l'avance quelle sera la charge de la TVA d'une EIE en Chine⁶⁷⁷. La *Circulaire relative à l'ajustement de certaines politiques préférentielles en matière de taxes à l'importation*⁶⁷⁸ est venue limiter les cas d'exemptions de droits de douanes et de TVA en prévoyant notamment qu'aucune exemption ne devra plus être accordée au cas par cas en dehors des régimes légaux existants. Cette circulaire remet également largement en cause le régime d'exonération de droits de douane et de TVA sur les équipements importés dans le cadre de projets dans les secteurs permis du *Catalogue d'orientation* et dont la production est entièrement destinée à l'exportation⁶⁷⁹.

Le but de ces faveurs fiscales est évidemment d'encourager les exportations, génératrices de revenus en devise étrangère. En amputant la TVA de sortie, le système permet à l'exportateur de vendre les biens à un prix compétitif et un remboursement partiel des taxes payées. Ce système permet de ne pas défavoriser cet exportateur en lui laissant la charge de la TVA d'entrée et de toutes les taxes éventuellement versées par lui sur la plus value qu'il a apporté au bien avant de le revendre. Si en revanche des importations de matériel sont effectuées avec exonération de droit de douane et de TVA, mais qu'ensuite les produits finis utilisant ce matériel sont revendus sur le marché intérieur chinois au lieu d'être exportés, le vendeur doit alors payer rétroactivement les droits dus normalement sur les importations initiales. Seuls quelques produits spécifiques restent soumis à ces droits de douanes à l'exportation⁶⁸⁰. Ces mesures constituent en fait une subvention indirecte à l'exportation⁶⁸¹.

4.2.3 Technologie

Une entreprise de haute technologie est une entreprise qui met en œuvre une technologie ou des procédés de production avancés (n'existant pas encore ou étant peu répandus en Chine) ou qui utilise un équipement permettant de fabriquer de nouveaux produits, d'améliorer la qualité ou de remplacer des produits existants, avec à terme, une augmentation des exportations du produit

⁶⁷⁷ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.328-329

⁶⁷⁸ *Circulaire relative à l'ajustement de certaines politiques préférentielles en matière de taxes à l'importation* (adoptée le 4 septembre 2002 conjointement par le MOF, la CEPD, la CEEC, le MOFCOM, l'administration générale des douanes et la SAT)

⁶⁷⁹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.179 à 181

⁶⁸⁰ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.328-329

⁶⁸¹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.173 à 177

concerné. La fabrication de ces produits doit mettre en application pour la première fois en Chine ou dans le monde une technique ou un principe scientifique innovateur. Alternativement, la fabrication doit impliquer l'utilisation d'un nouveau matériau ou d'une nouvelle technologie, qui permet d'améliorer la qualité du produit ou la productivité, ou encore de réduire de manière significative les coûts de production. En outre, il est souvent exigé que la technologie ou le produit corresponde aux standards internationaux. Pour bénéficier des régimes préférentiels liés à ce statut, l'EIE devra, dans la majorité des cas (étant entendu que cette condition se trouve au centre du pouvoir discrétionnaire des autorités), se plier à diverses exigences comme celle d'avoir des employés ayant complété une formation universitaire technique poussée ou encore l'obligation de verser une partie des bénéfices de l'entreprise pour être alloués à un fonds de financement pour la recherche et le développement scientifique de la technologie utilisée⁶⁸². Par ailleurs, il est communément admis que les secteurs de haute technologie sont ceux relatifs à l'informatique, à l'électronique, aux nouveaux types de matériaux et aux nouvelles sources d'énergie. Le conseil d'État a émis une liste de critères suivant lesquels une compagnie peut poser sa candidature pour obtenir le statut d'entreprise technologiquement avancée et ainsi bénéficier desdits privilèges. Afin de pouvoir demander ce statut, il est requis qu'au minimum 30% des employés de l'entreprise œuvre dans le domaine des sciences et de la technologie détiennent un diplôme universitaire. De plus, les ventes de produits de haute technologie de la compagnie doivent constituer au minimum 60% de son revenu total et une somme au minimum égale à 5% de ses ventes doit être allouée à la recherche et au développement. Les entreprises technologiquement avancées qui ne se qualifient pas pour les exemptions accordées aux EIE de production ont droit à une réduction de 50% de leur impôt sur le revenu pour une période de trois ans, débutant la première année de rentabilité.

En vertu d'un *Avis du Ministère du commerce sur les investissements liés à l'établissement de Centre de Recherche et développement par des investisseurs étrangers*⁶⁸³, l'équipement et les composantes importées par des centres de recherche et de développement sont exemptées de toutes charges douanières en plus de la taxe sur la plus value à l'importation. De plus, la technologie qu'elle développe est exemptée de la taxe d'affaire. Pour bénéficier de ces avantages, les centres de recherche et de développement doivent avoir un investissement minimum de 22 millions de USD et au moins 80 % de leurs employés à temps complet doivent être détenteurs au minimum d'un baccalauréat. De plus, deux circulaires⁶⁸⁴ établissent que les dépenses de recherche et de développement peuvent être immédiatement déduites du bénéfice imposable des

⁶⁸² T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.105 a 110

⁶⁸³ *Avis du Ministère du commerce sur les investissements liés à l'établissement de Centre de Recherche et développement par des investisseurs étrangers* (adopté en avril 2002)

⁶⁸⁴ publiées par la SAT en 1999

entreprises chinoises, comme des EIE et non pas capitalisées. Si les dépenses de recherche et de développement exposées au titre d'une année donnée dépassent d'au moins 10% celles exposées au titre de l'année précédente, l'entreprise pourra déduire à nouveau 50% de ses dépenses du bénéfice imposable de l'EIE⁶⁸⁵.

4.2.4 Autres industries qualifiées de prioritaires

Les priorités demeurent en substance les mêmes que celles qui sont prévues au *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶⁸⁶ qui énumère des secteurs prioritaires de l'industrie chinoise : l'agriculture, la construction industrielle liée au secteur de l'énergie, les communications et les matières premières, les hautes technologies, la protection de l'environnement et le développement de projets dans les provinces du centre et de l'ouest.

4.2.4.1 Agriculture, élevage, sylviculture et exploitation forestière

Sans même qu'il ne soit nécessaire d'en faire la demande, une EIE ayant une durée de dix ans au moins dans les domaines de l'agriculture, d'exploitation forestière, de sylviculture ou d'élevage bénéficie de préférences fiscales. Les cinq premières années d'exercices bénéficiaires sont soumises au régime des EIE de production ayant une durée de dix ans au moins, à savoir une exonération de l'impôt sur le revenu national pour les deux premières années, puis une réduction de 50% pour les trois années suivantes. Alors que les autres EIE de production sont imposées à 30% à partir de la sixième année, les EIE d'agriculture, de sylviculture et d'élevage sont quant à elles soumises pendant les dix années suivantes, à un taux situé entre 15 et 30 %. Cela s'explique tout à fait lorsque l'on tient compte qu'en 2003, la part du PIB attribuable à l'agriculture ne représentait que 14,6% alors que la population rurale du pays représentait 49,5% de la force de travail en Chine. Le même régime s'applique aux EIE implantées dans des régions reculées. De manière similaire, les EIE avec une durée de quinze ans au moins et engagées dans le secteur des projets de construction portuaire sont exonérées d'impôt national sur le revenu pendant les cinq premières années de bénéfices, et imposées les cinq années suivantes à 50% du taux habituel, donc à 15%. À partir de la onzième année, le taux habituel de 30 % s'applique⁶⁸⁷.

4.2.4.2 Institutions financières

⁶⁸⁵ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.176; Cette super déduction ne peut être opérée que sur le bénéfice effectivement imposable de l'exercice considéré et ne peut pas faire l'objet d'un report. Elle ne peut donc pas être opérée sur un exercice non bénéficiaire, ou lorsque sur le bénéfice de l'exercice viennent s'imputer des déficits antérieurs, ou encore l'EIE bénéficie d'une exonération d'impôt sur le bénéfice

⁶⁸⁶ Précité note 112

⁶⁸⁷ Loi fiscale, précité note 616, art. 8 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.285

L'administration d'état de l'impôt a émis un avis en 1995 qui confirmait que les banques à investissement étranger, les banques étrangères, les branches de banques étrangères et les EC oeuvrant dans le secteur financier pouvaient bénéficier d'un traitement fiscal préférentiel même à l'extérieur des ZES. Cela signifie que là où elles sont autorisées, ces entreprises bénéficient de préférences fiscales. Pour les entreprises de cette catégorie dont les investissements étrangers sont d'au moins 10 millions de USD et qui ont des termes d'opération d'au moins dix ans, il est prévu un taux d'imposition sur le revenu d'entreprise réduit à 15%, une exemption de l'impôt sur le revenu pour la première année et une réduction de 50% pour les deuxième et troisième années. Il n'est pas surprenant que ces entreprises soient encouragées à s'établir sur le territoire chinois puisqu'elles peuvent contribuer à l'atteinte d'un des objectifs de la politique d'ouverture chinoise qui est de s'assurer de l'entrée suffisante de devises étrangères sur son territoire. Subsidiairement, l'installation d'entreprises de services financiers peut avoir un impact bénéfique quant à l'installation d'EIE de toute nature, ces dernières pouvant être rassurées par la présence d'institutions financières en qui elles ont confiance.

4.2.4.3 Augmentation de capital et profits réinvestis

Toutes les EIE bénéficient maintenant d'un congé fiscal de deux ans et d'une réduction de 50% de l'impôt sur le revenu pour une période additionnelle de trois ans sur les augmentations d'investissement. Cette mesure générale a été mise en place par le SAT et le Ministère des finances qui ont promulgué de nouvelles règles⁶⁸⁸ afin d'encourager l'expansion de capital par les EIE déjà établies. De plus, les EIE qui investissent dans le centre et l'ouest de la Chine peuvent bénéficier d'incitatifs encore plus importants pour une période pouvant aller jusqu'à dix ans suivant la période initiale de cinq ans. Tous ces incitatifs sont applicables pour les EIE qui augmentent leur capital d'au moins 60 millions de USD ou au moins 15 millions de USD si l'augmentation marque une expansion du capital de 50% ou plus. De plus, ces incitatifs ne s'appliquent que dans les secteurs de l'économie « encouragés » par le *Catalogue d'orientation des investissements étrangers*⁶⁸⁹ et les EIE désireuses d'en bénéficier doivent demeurer en opération pendant un minimum de dix ans suivant l'augmentation de capital sans quoi elles devront rembourser le montant d'impôt duquel elles ont été exemptées. Une précision apportée par la SAT en mars 2003 confirme qu'il est possible d'additionner les augmentations de capital faites par une EIE de manière échelonnée dans le temps pour atteindre le seuil d'application de l'exemption⁶⁹⁰.

⁶⁸⁸ en vigueur le 1^{er} juin 2002

⁶⁸⁹ Précité note 112

⁶⁹⁰ Loi relative à l'impôt sur le revenu des EIE et des entreprises étrangères du 9 avril 1991 et son règlement d'application du 30 juin 1991, précités note 616 ; L'impôt sur les bénéfices est perçu au taux de 33% (30% national et 3% local). Ce taux est le même pour les

De manière un peu semblable, en vertu de l'article 10 de la *Loi fiscale unifiée de 1991*⁶⁹¹, toutes les EIE bénéficient d'un remboursement d'impôt de 40 % pour les profits qu'elles réinvestissent dans une nouvelle entreprise ou une entreprise existante en Chine, à condition qu'un tel réinvestissement demeure en place pendant au moins 5 ans⁶⁹². Par ailleurs, une *Réplique officielle de la SAT* concernant les questions relatives au remboursement d'impôts par les EIE⁶⁹³, stipule que seuls les investisseurs étrangers (et non les EIE) sont éligibles à ces remboursements. De plus, une note émise le 30 juillet 2001 pose une autre limite en précisant que les investisseurs étrangers qui transfèrent leurs profits dans une société affiliée ne sont pas éligibles au remboursement⁶⁹⁴. Ces mesures visent à inciter les IED à une implication durable sur le marché chinois, contribuant ainsi au développement économique de la Chine.

En outre, si l'investisseur étranger utilise sa part des bénéfices d'une EIE pour créer ou développer une autre EIE à technologie avancée ou tournée vers l'exportation, la restitution sur réinvestissement sera de 100% de l'impôt sur le revenu déjà versé à titre de réinvestissement⁶⁹⁵. Toutefois, si cette EIE perd son statut d'entreprise à technologie avancée ou d'entreprise exportatrice, la restitution sur réinvestissement passera de 100% à 40 %. L'investisseur étranger sera donc tenu de rembourser aux autorités fiscales 60% de l'impôt initialement versé puis remboursé pour les sommes réinvesties. La perte de ce statut spécial est automatique si la EIE concernée ne remplit pas les critères légaux pendant les trois années qui suivent le démarrage de son activité⁶⁹⁶.

Les mesures fiscales incitatives à l'IED établies en fonction des secteurs d'activités sont en ligne avec les impératifs de la politique commerciale extérieure de la Chine, et répondent donc aux mêmes considérations relatives aux divers secteurs que ce qui est en place dans le *Catalogue*

EIE et les entreprises domestiques, même si les règles d'assiette sont différentes. Par ailleurs, il existe des avantages fiscaux concernant l'impôt sur les bénéfices pour les EIE. L'année fiscale est fixée du 1^{er} janvier au 31 décembre. Les états comptables et financiers de l'EIE doivent être préparés en mandarin ou en langue étrangère ou en mandarin. Les comptes peuvent être libellés en CNY ou en devise étrangère. Ces états doivent être conservés pour une période de 10 ans. Les EIE doivent déposer une déclaration de résultats trimestrielle, dans les 15 jours suivants la fin de chacun des trimestres, ainsi qu'une déclaration annuelle récapitulative, dans les 4 mois suivant la clôture de l'exercice comptable, accompagné des états audités. Le montant final de l'impôt est fixé dans un délai de 5 mois de la date de clôture de l'exercice. Il fait l'objet d'acomptes provisionnels qui doivent être versés dans le même délai que le dépôt de déclarations trimestrielles. Les versements d'impôts doivent s'effectuer en CNY même si la comptabilité de l'EIE est libellée en devises.

⁶⁹¹ Précité note 616

⁶⁹² Id., art. 10

⁶⁹³ émises en 1995

⁶⁹⁴ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.290-291

⁶⁹⁵ Règlement d'application de la Loi fiscale, précité note 616, art. 81

⁶⁹⁶ Les autorités fiscales chinoises considèrent que le droit à une telle restitution sur réinvestissement n'est pas ouvert lorsque les fonds sont rapatriés vers l'étranger et aussitôt réinvestis en Chine. Cette faveur n'est donc possible que si les capitaux en question ont été immédiatement insufflés dans la EIE. Le réinvestissement dans une société existante par simple prise de participation, sans que le capital de cette entreprise ne s'en trouve augmenté n'est pas considéré comme un réinvestissement permettant à l'investisseur étranger de bénéficier du crédit d'impôt. ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.290-291

*d'orientation des investissements étrangers*⁶⁹⁷. La Chine encourage fortement l'implantation de deux types d'organisations sur son sol: les entreprises de technologie avancée et les entreprises exportatrices. Cela est compréhensible, dans le premier cas parce que les entreprises contribuent au développement de l'industrie chinoise et dans le second cas, parce qu'elles permettent l'entrée en Chine d'un flux important de devises étrangères⁶⁹⁸. Ces mesures incitatives sont donc en place pour protéger le marché chinois et s'assurer que les IED soient dirigés en fonction de leur contribution au développement économique de la Chine. Les secteurs prioritaires en fonction de ces incitatifs ont été déterminés avec soins pour répondre aux besoins de la Chine quant à son développement. Les règles incitatives sont évidemment favorables aux IED, leur accordant un traitement préférentiel et donc créant un équilibre avec le traitement par ailleurs souvent injuste qui leur est réservé. Toutefois, ces règles n'affectent en rien la sécurité des IED en Chine. Elles peuvent même dans certains cas créer de l'insécurité du fait que deux paliers de gouvernements ont le pouvoir sur ces questions et peuvent entrer en conflit et renverser des décisions.

Le droit des affaires au sens large, entendu comme l'ensemble des règles qui encadrent toute activité économique, ne s'est pas réellement développé en Chine avant la mise en place de la politique de porte ouverte en 1979. Le besoin s'est initialement fait sentir de mettre en place un cadre juridique stable au moment où les autorités ont déterminé qu'il serait intéressant pour leur économie que des étrangers investissent chez eux. La Chine dispose aujourd'hui d'un arsenal législatif relativement cohérent et élaboré de textes de lois notamment en ce qui concerne le droit des IED⁶⁹⁹. La *Loi sur les investissements étrangers*⁷⁰⁰ a été promulguée et est entrée en vigueur avant le corps du droit corporatif (*La loi sur les compagnies*⁷⁰¹). Ainsi, avant même que la *Loi sur les compagnies*⁷⁰² ne soit adoptée en Chine, il existait un système distinct de règles relatif aux IED. Le droit corporatif chinois en est cependant encore au stade primaire de son développement. L'élaboration du cadre légal chinois applicable aux IED s'effectue par étapes, en fonction de l'ouverture progressive de l'économie chinoise et du souci des autorités chinoises de contrôler l'accès au compte gouttes des IED. La réglementation s'est multipliée à une vitesse exponentielle depuis l'accession de la Chine à l'OMC mais beaucoup reste encore à faire pour que les investisseurs étrangers soient aussi bien protégés que le marché chinois, l'environnement juridique étant encore très éloigné de sa maturité⁷⁰³.

⁶⁹⁷ Précité note 112

⁶⁹⁸ T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.285

⁶⁹⁹ Id., p.13

⁷⁰⁰ Précité note 150

⁷⁰¹ Précité note 114

⁷⁰² Id.

⁷⁰³ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.38 à 40; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.17-19

La réglementation est par ailleurs dans certains cas une façon pour les autorités chinoises d'encadrer et de surveiller les activités économiques et les réglementations adoptées sont souvent strictes, ne laissant aux acteurs économiques concernés qu'une marge d'action minimale. Dans cette perspective, l'excès de réglementation peut être un inconvénient pour les investisseurs, qui se trouvent limités dans leurs actions surtout dans la mesure où la réglementation adoptée conserve l'objectif de protéger le marché chinois. La réglementation relative aux secteurs d'activités admettant les IED est très restrictive pour les étrangers et limite considérablement leur accès, ce qui protège le marché mais instaure un traitement discriminatoire pour les IED. De la même façon, le droit applicable à l'établissement des structures d'IED est très détaillé et restrictif ce qui permet d'accorder une protection aux investisseurs étrangers mais qui au même moment, assure aux autorités un contrôle serré quant à l'entrée de capitaux sur leur territoire⁷⁰⁴.

Dans de nombreux domaines, des textes distincts ont été adoptés pour être applicables lorsque sont présents des intérêts étrangers, bien qu'en général cette tendance ait commencé à s'estomper avec l'accession de la Chine à l'OMC. Ainsi, en marge d'une loi sur les sociétés d'application générale, des textes spéciaux ont été promulgués pour les EIE. Par ailleurs on note une tendance très nette vers l'unification des règles applicables aux étrangers et aux chinois. Cette nouvelle tendance s'observe notamment par la suppression de textes qui font double emploi, au profit d'un seul texte applicable à tous. Un bon exemple de cette tendance à l'uniformisation du droit est la nouvelle *Loi sur les contrats* entrée en vigueur en 1999⁷⁰⁵, bien que malgré cette unification du droit des contrats de nombreux éléments maintiennent en place une disparité de traitement entre les étrangers et les nationaux.

Une autre caractéristique de la législation promulguant l'ouverture de la Chine est que les autorités accordent souvent aux nouvelles initiatives législatives en Chine un caractère expérimental et provisoire. Cette façon de faire semble souvent utilisé pour justifier une nouvelle politique parfois controversée ou n'allant pas de paire avec l'idéologie communiste chinoise. La mise en place de ces projets pilotes se déroule en général au niveau national, mais souvent aussi au niveau d'une localité. À la suite de la période d'expérimentation dont la durée n'est en général pas définie à l'origine, le texte peut être entériné, modifié, ou tout simplement supprimé de l'ordre juridique chinois. Ce processus pose évidemment le problème du manque de prévisibilité des règles applicables puisque l'extension du champ d'application de ces règles n'est jamais assurée

⁷⁰⁴T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.17-19, 35

⁷⁰⁵Id., p.16

et que le maintien de ces législations expérimentales tient au bon vouloir des autorités législatives.⁷⁰⁶

Puisque l'exécutif et le législatif ne font qu'un, il n'est pas surprenant que le législatif laisse une large place à l'interprétation puisqu'il conserve de cette façon un pouvoir discrétionnaire qui sera exercé par l'exécutif. Il est permis de penser que le flou des textes est dans une certaine mesure voulu par le législateur chinois, afin de favoriser une certaine souplesse de l'interprétation et de permettre aux autorités d'adapter les solutions aux diverses situations. L'utilisation de termes vagues dans plusieurs textes législatifs et l'insuffisance des définitions rendent impossible toute prévision de l'interprétation qui en sera faite par l'administration et laisse donc dans beaucoup de cas un pouvoir discrétionnaire démesuré aux diverses autorités chargées d'appliquer les lois. Par la même législation, dans un contexte similaire, on constate que les autorités chinoises pourront arriver à des conclusions différentes. Les divergences dans l'interprétation des règles écrites contribuent à rendre leur application incertaine et souvent incohérente. Ces divergences s'observent d'une part entre les localités, et d'autre part dans une même juridiction entre divers services administratifs. Dans certains cas, le même bureau pourra être incohérent et ambigu dans son processus de prise de décisions et d'application de la loi. Ce système traduit une trop grande confiance accordée aux pouvoirs exécutifs, et est de ce fait souvent dénoncé comme la source d'injustices, l'administration n'étant pas toujours suffisamment informée pour comprendre le sens et la portée véritable des textes qu'elle doit appliquer, ou encore ne faisant pas toujours preuve de la meilleure impartialité dans sa mise en œuvre des textes. Le droit administratif qui devrait normalement se charger de contrôler des excès de la part de l'exécutif est, comme le reste de la législation, incomplet et souffre dans beaucoup de cas de difficultés quant à son application, ce qui vient ajouter un élément d'insécurité. Ce pouvoir discrétionnaire des autorités s'inscrit dans un problème plus grand de l'effectivité du système de droit en Chine que nous aborderons à la partie III qui suit.

Les lacunes dans le progrès de la réglementation en Chine ne sont pas toujours regrettées ou dénoncées par les investisseurs étrangers qui ont en fait souvent réussi à tirer profit des incertitudes du droit chinois. Aujourd'hui, le législateur chinois entend mettre une barrière à ces pratiques des étrangers et s'efforce de réglementer plus scrupuleusement certains domaines jusqu'à maintenant négligés. Un bon exemple de cela étant l'inclusion d'un plus grand nombre de secteurs spécifiques dans le Catalogue pour s'assurer que certaines activités ne tombent pas entre deux chaises et évitent ainsi de se soumettre à ce cadre juridique restrictif. Toutefois, dans

⁷⁰⁶ Id., p.17 à 19

l'ensemble, la tendance générale du droit chinois a été celle de l'ouverture du marché aux IED, notamment par la diversification des structures auxquelles on peut avoir recours pour leur mise en place, l'élargissement des secteurs qui leur sont accessibles et la bonification des avantages fiscaux. Ces dernières années, le développement du droit relatif aux IED se concentre sur deux objectifs contradictoires : celui de renforcer le contrôle administratif et d'enrayer les dérapages causés par l'application des textes très permissifs ou incomplets et le réel désir des autorités d'encourager les IED. Toutefois, l'élément causant probablement le plus d'insécurité et de dichotomie dans le traitement réservé aux IED demeure celui de l'application effective du droit en vigueur.

PARTIE III- EFFECTIVITÉ DE LA RÈGLE DE DROIT

Bien que le contenu du droit en vigueur dans un pays comme la Chine soit essentiel au traitement juste et à la protection théoriquement réservée aux IED, l'application de ce cadre juridique l'est tout autant, si ce n'est d'avantage. Lorsque l'application du droit interne d'un pays laisse à désirer, la valeur de son droit s'en trouve dans la même mesure amoindrie et même dans certaines situations anéantie d'un point de vue pratique. Un plan ou une règle n'est finalement qu'un euphémisme s'il ne donne pas concrètement lieu à des actions. Doit on croire sur parole quelqu'un qui nous présente une idée, même si cette dernière a fait l'objet d'un rapport écrit dûment enregistré ou doit on plutôt chercher à savoir si cette idée est appliquée concrètement. De la même façon, doit on prendre le droit interne chinois pour une réalité ou plutôt chercher à savoir si ce dernier est appliqué concrètement, dans quelle mesure et de quelle façon. Cette évaluation est un élément essentiel dans l'analyse du niveau de protection qui est accordé aux IED, leur sécurité dépendant en grande partie de la rigueur avec laquelle sont appliquées les règles du droit interne chinois. S'il s'avère que le droit ne soit pas appliqué rigoureusement, il perd énormément de crédibilité aux yeux d'un investisseur étranger qui doit s'y fier. Ce dernier peut-il s'appuyer sur le droit pour déterminer sa conduite et le guider dans ses prises de décisions ou est-ce que la réalité est tout autre et fait en sorte que des principes différents de ceux inscrits dans la loi prennent plus d'importance et guident dans les faits les comportements de l'investisseur étranger averti qui n'accorde finalement qu'une importance réduite au droit ? Ce questionnement justifie de s'attarder à la manière dont le droit interne est appliqué en Chine. Cette analyse déterminera dans quelle mesure un investisseur étranger sera en mesure de se fier sur les règles du droit interne que nous avons exposé à la partie II des présentes et qui devraient théoriquement refléter la réalité des IED en Chine. Un état qui peut être qualifié d'état de droit applique son droit interne fermement. Nous tenterons de déterminer si c'est aujourd'hui le cas en Chine⁷⁰⁷. Nous traiterons ainsi de certaines lacunes dans la séparation des pouvoirs en Chine, de l'importance du réseau de relations et finalement de l'insécurité juridique engendrée par un accès inadéquat aux règles et la difficulté d'établir une hiérarchie entre les règles.

1 État de droit ; la situation chinoise

⁷⁰⁷ Jan JOHANSON et Martin JOHANSON, "Entering Emerging Markets: Ignorance and Discovery", dans S. Benjamin PRASAD et Pervez N. GHOURI, Global Firms and Emerging Markets in an age of anxiety, Westport, Connecticut, Praeger Publishers, 2004, p.195-207, p.207-251

L'état de droit est défini par plusieurs grands penseurs⁷⁰⁸ comme le fait *d'encadrer et de limiter la puissance de l'état par le droit*. Cette notion ne se réfère pas directement à l'idée de démocratie ou de justice mais à une conception de l'état fondée sur le principe de l'égalité et sur le contrôle juridictionnel de celui-ci. Les conceptions britanniques de la *Rule of Law* ou du *Due process of law* semblent également requérir d'autres qualités substantielles comme la publicité des textes, la prévisibilité des règles applicables et la reconnaissance des droits des citoyens.

Il n'est pas généralement admis que la Chine puisse aujourd'hui être qualifiée d'état de droit dans lequel le droit assure une protection à tous ceux qui entrent en relation sur son territoire et cela malgré l'existence d'un cadre législatif développé. L'état de droit à la chinoise nous apparaît en fait comme n'étant rien d'autre que l'incarnation des contradictions d'un système qui ne sait pas se défaire de l'arbitraire. En Chine l'expression d'état de droit ne se comprend qu'en référence à un état gouverné selon des principes communistes. Ainsi, état de droit en Chine ne signifie certainement pas démocratie ou protection des libertés individuelles. Par ailleurs, la Chine fait l'objet de beaucoup de pressions pour établir un cadre juridique stable des affaires et tout indique qu'elle fait véritablement des efforts bien qu'il soit difficile de déterminer combien de temps il lui faudra pour devenir un véritable état de droit.

Il y a un ordre juridique formel en Chine, mais cela n'est pas suffisant pour que l'on puisse parler d'état de droit. La Chine s'est doté dans les dix dernières années d'un système de lois qui peut apparaître au premier abord comme l'équivalent de ce que l'on retrouve en occident, bien que le marché soit d'avantage contrôlé et que beaucoup plus de mesures de protectionnisme soient en place. Le système semble élaboré, détaillé et complet. Cependant, il n'en est pas nécessairement ainsi. Le choix délibéré de termes vagues au contenu ambigu sujet à une interprétation plus ou moins stricte permet au pouvoir de s'assurer que le système juridique reste bien sous le contrôle de l'État puisqu'il n'y a pas de contrôle de constitutionnalité des lois, ni de séparation des pouvoirs.⁷⁰⁹ Le droit chinois demeure à l'heure actuelle la version institutionnalisée des directives et politiques d'un parti qui exerce son leadership au nom de l'état, et quand la loi perd le contact avec la réalité socio-économique au lieu d'accompagner son évolution, il est légitime de se demander vers quel état de droit se dirige aujourd'hui la Chine.

Le passé culturel et politique de la Chine a sans aucun doute eu un impact sur le système juridique chinois et continue d'avoir de l'influence entre autre par l'importance qui est accordée

⁷⁰⁸ Théoriciens allemands de la seconde moitié du XIX siècle comme O Bahr, R. von Gneist, R. von Mohl, F.J. Stahl puis en France avec notamment R Carré de Malberg, Jacques CHEVALIER, *L'état de droit*, Paris, Montchrestien, 1994, 157 pp.

⁷⁰⁹ Leila CHOUKROUNE, *Chine-OMC- L'état de droit par l'ouverture au commerce international*, (Forum Européen de la Communication), 2002, R.D.A.I. N.6, p.668-669

aux réseaux de relations. Les autorités exécutives, en charge d'appliquer le droit jouissent et s'arrogent d'un énorme pouvoir discrétionnaire et se permettent une grande latitude dans l'application des règles. De surcroît, les décisions prises par ces autorités ne sont pas contrôlées puisqu'il n'existe pas de séparation des pouvoirs en Chine. La législation est souvent incomplète, floue et difficile d'accès ce qui fait en sorte que les étrangers et les nationaux ne sont pas traités de la même manière. Certaines lacunes existent également au sein des procédures de règlement des différends et les mêmes commentaires relatifs à la séparation des pouvoirs leur sont applicables.

Par ailleurs, on ne peut certes pas nier que la Chine se rapproche de plus en plus d'un état de droit avec des efforts importants des autorités d'afficher des règles claires et une multiplication rapide de lois. Les interactions accrues des chinois avec l'occident les portent à s'orienter dans cette voie. Les autorités reconnaissent depuis peu que la Chine a besoin d'un cadre juridique appliqué et que son système traditionnel ne suffit plus avec l'ouverture de ses frontières et l'introduction de nouvelles réalités qui doucement changent les comportements de ses domestiques⁷¹⁰. Dans cette optique, Pékin essaie de faire respecter la loi et la suite des événements en la matière sera un bon indicateur de la capacité de la Chine de devenir un état de droit et d'établir une base solide pour la poursuite de son développement économique. Les nouvelles initiatives de l'état doivent être analysées comme laissant de plus en plus de place à la régulation par le marché et donc comme limitant la prise de décision discrétionnaires des autorités, ce qui rapproche d'avantage la Chine d'une qualification d'état de droit⁷¹¹.

2 Séparation des pouvoirs et pouvoir discrétionnaire des autorités dans la prise de décision

En vertu de la *Constitution de 1982*⁷¹², l'ensemble des pouvoirs constitutionnels appartient au peuple qui les exerce à travers l'ANP et les assemblées populaires locales. Ce centralisme constitutionnel implique qu'il n'existe aucune distinction entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif. Le pouvoir exécutif est un démembrement du pouvoir législatif qui ne peut être le fait, en principe que d'un seul organe institutionnel, l'ANP. Toutefois, celle-ci délègue une partie de ses pouvoirs au CAE qui est son bras exécutif. C'est pourquoi la constitution parle, en ce qui concerne l'ANP, de pouvoir législatif suprême qui s'exerce à travers l'adoption et l'amendement de la *Constitution* et des lois fondamentales fixant les principes généraux devant régir la société civile,

⁷¹⁰ T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.92

⁷¹¹ J. MANDELBAUM, *op.cit.*, note 95 ; Wang XIXIN, *Rule of rules: An Inquiry into Administrative Rules in China's Rule of law context*, Beijing, Lecture in public law studies, Peking university law school, 2003, 9pp.

⁷¹² Précité note 467

le tout par ailleurs complété par des lois adoptées par les organes inférieurs auxquels on délègue des pouvoirs⁷¹³. Le gouvernement, en plus de jouer un rôle actif au niveau de la législation et de la prise de décisions au niveau exécutif, est actif en tant qu'investisseur, détenant et contrôlant plusieurs entreprises. Puisqu'il n'existe pas en Chine de séparation des pouvoirs, aucun contrôle n'est exercé sur les décisions prises par les autorités administratives. Cependant, il commence en Chine à y avoir des discussions sur l'opportunité d'en arriver à une séparation de ces pouvoirs ce qui serait un pas important vers la transformation de la Chine en état de droit⁷¹⁴.

De plus, puisque le législatif et l'exécutif ne forment qu'un, il n'est pas étonnant que le premier adopte des lois vagues, laissant place à l'interprétation du second. De cette façon, l'exécutif pourra prendre une décision discrétionnaire qui n'est pas nécessairement conforme aux grands principes du droit tel l'égalité de traitement et la décision prise jouira d'une légitimité totale par le biais de l'interprétation de la loi. Les décisions discrétionnaires du pouvoir exécutif prennent donc énormément de place en Chine ce qui crée un grand degré d'insécurité juridique pour l'investisseur étranger et permet aux autorités de contrôler le marché en jouissant d'une grande latitude dans la prise de décision. Les autorités chinoises jouissent d'énormément de pouvoir quant à leur prise de décision. Ils détiennent donc un quasi droit de veto quand à la mise en place d'une EIE et quant à ses activités puisqu'elle doit, comme nous l'avons vu, obtenir de multiples autorisations administratives. Ainsi, à toutes les étapes de la mise en place et de l'exploitation d'une EIE, cette dernière doit s'en remettre au bon vouloir des autorités administratives. Bien que des lois soient en place pour guider la prise de décision de ces autorités, il est très difficile de prévoir dans quel sens iront les décisions puisque les règles sont vagues et que l'officier détenant l'autorité exécutive ou administrative s'arroge énormément de pouvoir quand à son interprétation et s'autorise même dans beaucoup de cas à s'éloigner de la lettre de la loi. Au-delà des pouvoirs conférés par la loi, le gouvernement chinois jouit d'énormément d'autorité, ce qui signifie qu'il aura souvent le dernier mot sans qu'il ne lui soit nécessaire d'utiliser ses pouvoirs formels, mais simplement en « suggérant » telle ou telle action. Celui qui prend la décision et l'organe pour qui il la prend n'est pas effrayé de prendre de telles initiatives allant à l'encontre de la loi puisqu'en l'absence de séparation des pouvoirs, les décisions des autorités administratives ne sont pas contestées ni remises en cause⁷¹⁵. Le seul contrôle exercé sur les décisions vient d'organes ayant le même rôle mais situées à un pallier d'autorité supérieur.

⁷¹³ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.38 à 40

⁷¹⁴ T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.89

⁷¹⁵ Les bureaucrates sont autorisés et à l'aise avec le fait de tenir simultanément des positions différentes au sein de l'administration, ce qui peut parfois les placer en conflit d'intérêt.

Les autorités exécutives centrales délèguent énormément de leurs responsabilités à caractère décisionnelles à des paliers inférieurs de gouvernement. Cela fait en sorte que les décisions des autorités exécutives sont encore plus difficiles à contrôler⁷¹⁶. De plus, cette délégation nuit à une application uniforme du droit puisque les autorités administratives locales utilisent différemment leur discrétion et interprètent donc tous très différemment le droit en vigueur. Il devient très difficile pour un investisseur étranger de prévoir le traitement qui sera fait d'une loi et dans quel sens ira la décision et ce malgré l'existence d'une loi qui est en apparence claire sur le sujet. Il arrive souvent que les autorités centrales remettent en cause les décisions des autorités locales et ce de manière tout aussi discrétionnaire mais cela représente toutefois un effort de contrôler le pouvoir que s'approprient les autorités. Cela fait en sorte que de facto, on assiste finalement à une ouverture en pièces détachées, mise en place par un ensemble de décisions locales qui sont tolérées par les autorités supérieures, sans qu'un véritable plan d'ensemble ne soit suivi, et ce malgré l'existence d'une politique d'ouverture de la Chine. Ainsi, en matière d'incitation à l'investissement, il convient de redoubler de vigilance face à des promesses locales de régimes préférentiels (notamment fiscaux) qui ne seraient pas autorisés et donc susceptibles d'être remis en cause par les autorités centrales⁷¹⁷. Les municipalités prennent beaucoup d'initiatives d'ouverture, allant souvent même à l'encontre de ce que prévoit le gouvernement central. Vu l'excès de zèle de la part des autorités locales qui a donné énormément d'ampleur aux mesures locales (60 créations de zones spéciales dans la seule ville de Shanghai), le CAE s'est trouvé dans l'obligation de publier en 1997 une « circulaire urgente » interdisant l'octroi de licences municipales dans le domaine de la grande distribution. Cette mesure ne constitue qu'un exemple des tentatives du gouvernement central de contrôler le pouvoir que s'approprient les autorités locales et régionales. Il démontre à la fois un certain malaise au sein du cadre juridique chinois, qu'on pourrait presque qualifier de perte de contrôle du délégataire.

L'existence de tant de discrétion dans le pouvoir des autorités fait en sorte que de bonnes relations puissent s'avérer extrêmement utiles pour obtenir des permissions des autorités dans toutes sortes de situation ; un permis de construction, l'autorisation de développer, de vendre, de mettre sur pied une manufacture ou former une EIE⁷¹⁸.

3 Importance du réseau de relations (« Guanxi »)

⁷¹⁶ Chaque département ou agence gouvernementale a son propre champ de responsabilités mais ces champs empiètent souvent les uns sur les autres et puisque chacun garde jalousement ses pouvoirs et ses privilèges, les disputes sont fréquentes. T. AMBLER, op.cit., note 96, p.86-87

⁷¹⁷ B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.40

⁷¹⁸ T. AMBLER, op.cit., note 96, p.84

Un proverbe chinois dit que les règles sont fixes mais les personnes flexibles. Cela en dit plutôt long sur l'attitude chinoise face à la loi. Bien qu'il ne soit pas si certain que ce proverbe soit encore vrai dans son intégralité, la réalité observée en Chine est que le contenu des règles est effectivement fixe mais dans beaucoup de cas, les autorités en charge d'appliquer ces règles s'arrogent le pouvoir de ne pas les respecter. Il ne faut pas oublier que la société chinoise, incluant le monde des affaires, est organisée sur des bases relationnelles. Les bases de cette société construite sur des relations se pose sur trois principaux piliers : le *Qingmian* ou le sentiment humain qui rappelle l'importance de respecter les sentiments des autres, surtout dans des relations de gestion, le *Hé* ou l'harmonie qui rappelle l'importance de la bonne entente au sein des groupes de la société et à l'absence de conflit et finalement le *Guanxi* qui est ordinairement simplement traduit comme les relations ou les connections. Ce sont ces dernières qui font avancer les affaires en Chine⁷¹⁹. Ce concept complexe soutient le concept sous-jacent en vertu duquel habituellement des faveurs sont retournées. Le *Guanxiwang* ou réseau de relations est tout le système des obligations subtiles et un peu moins subtiles mais ce système ne compte pas de droits. C'est de cette réalité que découle, entre autres, la nécessité d'entretenir un réseau de contacts en Chine. À tous les niveaux des affaires d'une entreprise, les relations sont essentielles en Chine pour faire commerce. Les relations doivent être développées de manière simultanée puisqu'elles seront chacune à leur tour essentielles à l'avancement et à la bonne marche de l'entreprise en Chine. Un homme d'affaire doit donc cultiver ses relations avec les distributeurs, les fournisseurs, les clients, les gouvernements locaux et régionaux et la communauté en général puisque c'est d'avantage ce réseau que son respect des lois en vigueur qui lui assurera un avenir prometteur dans ses activités commerciales en Chine. Essentiellement toutes les histoires de réussites d'entreprises d'investisseurs étrangers en Chine incluent un énorme travail de mise en place de *Guanxiwang* (réseau de relations) avant de mettre en place l'entreprise. Des entreprises comme IBM et Volkswagen qui ont connu beaucoup de succès en Chine ont passé des années à développer leurs relations⁷²⁰.

Tout autant que l'absence d'un état de droit rend nécessaire le développement de contacts, l'absence d'un état de droit s'explique par l'importance du *Guanxi* dans la culture chinoise. En Chine, le *Guanxi* doit être pris sérieusement puisqu'il coexiste avec le droit, cette pratique retournant aussi loin qu'à la période de l'antiquité. Le *Guanxi* est ancré dans le Confucianisme. Cette doctrine prévoit que ce sont la famille et le contexte social qui définissent l'individu ce qui est fort loin de la vision occidentale en vertu de laquelle c'est l'individu qui détermine son contexte. En

⁷¹⁹ T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.80, 201, 205 ; Une des façons pour un investisseur étranger de pallier à son insuffisance de *Guanxi* est d'embaucher un entremetteur (*hongnian*). Ce dernier aidera à la conclusion d'ententes en l'échange d'un pourcentage des sommes en jeu

⁷²⁰ *Id.*, p.97

Chine, l'individualisation n'est donc possible que par un procédé d'engagements avec d'autres dans le contexte de son rôle social et de ses relations. Le soi est un être de relations en Chine. Le Guanxi est une façon de jouer avec le risque. Sans Guanxi, les chinois préfèrent manquer une opportunité. De l'autre côté, ils peuvent être prêts à de grosses pertes pour construire leur Guanxi pour le futur. Les chinois établissent un lien de confiance en introduisant graduellement plus de risque pour évaluer les réactions. Plus le risque sera important, plus le Guanxi devra être fort⁷²¹. Le Guanxi est fondé sur plusieurs éléments parmi lesquels il faut considérer la durabilité (naiyong) qui signifie d'avantage l'inconditionnalité et qui réfère donc à la certitude que le support accordé sera réciproque et qu'il pourra être différé dans le temps, la dureté (ying) qui renvoie à l'importance relative de l'autre personne, le plus de séniorité elle détient le plus solide le Guanxi qui en découle sera, et finalement la connectivité (lianhua) qui réfère à l'importance d'une relation dans un réseau d'affaires par exemple. Le Guanxi se bâtit sur des émotions (ganqing) qui se construisent sur des expériences partagées. Les relations d'affaires sont perçues comme un Guanxi ayant une faible valeur puisqu'il cherche à assouvir un intérêt personnel ou monétaire. Le véritable Guanxi, beaucoup plus noble, est donc en quelques sortes synonyme de confiance alors que celui qui ne réfère qu'à l'argent est d'avantage synonyme d'identité d'intérêts entre des individus et recherche le bien commun.

Les occidentaux ont parfois de la difficulté avec l'idée d'être soumis à des obligations sans que ne leur soit attaché des droits. Pourtant, en soi, le concept de Guanxi n'a rien de négatif. Il constitue un mode différent de régir une société qui est depuis longtemps de mise en Chine. À l'inverse, jusqu'à tout récemment, les chinois n'avaient pas de mot et ne connaissait pas le concept de droits. Ils ont finalement importé *chuan li* du Japon. Ces divergences sont donc fonction du passé culturel et idéologique des pays en cause. Toutefois, tout comme ce problème existe dans les sociétés occidentales, mais étant certainement dans une certaine mesure plus naturellement intégré dans un système de société basé sur les relations, le Guanxi peut mener à de la corruption⁷²². La corruption a pris avec les élans de recherche du bénéfice de chacun une ampleur considérable dans les dernières années. On calcule 1,1 milliards de USD mal dépensé en 2004⁷²³ qui touche en priorité les membres du parti qui jouissent d'une position avantageuse. Cette corruption joue un rôle de plus en plus important entre autres dans la prise de décisions affectant le domaine immobilier, pour lequel se développe un nouveau régime de propriété privée, surtout

⁷²¹ Le parti communiste est extrêmement puissant en Chine. Beaucoup de chinois en font partie moins pour des raisons idéologiques que pour gagner l'accès à des privilèges et à des relations. Le parti est un excellent réseau de relations qui jouit d'un accès aux joueurs importants de tous les niveaux de gouvernements et d'industries.

⁷²² Pierre R. TURCOTTE, *Des marchés à conquérir- Chine, Hong Kong, Taiwan et Singapour*, Les Éditions transcontinentales, Fondation de l'entrepreneurship, 1994, p.101-104 ; T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.91

⁷²³ Selon les calculs de Mr Li Jinhua, le vérificateur général de la Chine qui est un des premiers à avoir le courage de dénoncer cette situation ; « China's uncooking the books », *The Economist*, july 9-15, p.35

dans les grands centres. Bien que l'offense de corruption soit encore punissable de la peine de mort en Chine et que cette sanction soit encore exercée, et cela ajouté à de plus en plus de dénonciation dans les médias chinois la répression ne semble pas avoir de véritable valeur éducative, les bénéfices étant tellement démesurés. Cette corruption fragilise la crédibilité du parti qui demeure par ailleurs incontesté vu l'absence d'alternatives politiques organisées⁷²⁴.

Cette façon de voir les choses a également un impact au niveau gouvernemental. Le gouvernement joue un rôle beaucoup plus important dans l'économie que dans la majorité des pays occidentaux et même de nombreux pays en développement. L'économie chinoise est perçue comme étant au service de l'état et l'état n'hésite pas à intervenir lorsqu'il croit que son économie prend un mauvais virage. Ces décisions sont prises par tous les niveaux de gouvernement chinois qui jouissent par conséquent de beaucoup de pouvoir entre autres quant à l'approbation de nouveaux projets d'IED. Cela nous ramène à l'importance de maintenir avec les autorités gouvernementales de bonnes relations.

À cause de ce bagage culturel, l'attitude face à la loi est également différente. En occident, la loi est perçue comme un ensemble de règles de conduites essentielles à la bonne marche de notre société et le principal outil pour corriger une situation qui a mal tourné. En Chine les règles de conduites qui régissent traditionnellement la société sont les principes éthiques et les standards de comportement requis dans une société confucéenne. C'est la pression sociale beaucoup plus que les instruments légaux qui assurent la paix sociale. Cela ne signifie pas pour autant qu'il n'y a pas de lois en Chine mais les lois servent un objectif différent et sont donc utilisées différemment. Souvent les problèmes que les occidentaux appréhendent comme des questions légales sont perçues par les chinois comme des questions de relations.

4 Insécurité du droit

Malgré les mesures éparses prises pour limiter les conflits de loi et l'insécurité juridique tous deux notamment issus des nombreux niveaux législatifs en Chine, les étrangers peuvent être confrontés à des difficultés. Il peut, vu les nombreux législateurs et l'accès parfois limité à ces

⁷²⁴ La loyauté des fonctionnaires est assurée par une surveillance étroite et par un système centralisé de promotions, récompenses et privilèges et ce sans compter l'importance dans l'idéologie chinoise de la définition de l'individu par sa place au sein de la société et l'importance des relations (Guanxi) dans l'évaluation de la valeur de l'individu. Le soutien de l'armée est obtenu par les nombreux avantages matériels dont elle bénéficie et par la latitude économique qui lui est accordé qui fait que dans les faits elle gère plus de 20 000 entreprises à son profit ; A. FAURE-BOUETILLER, op.cit., note 7 ; Wim GOOSSENS ; Réglementations nationales et internationales de la corruption : Conséquences pratiques pour les entreprises et programmes de mise en conformité, 1998, R.D.A.I. no.1, p.19-47

nombreuses règles, devenir ardu de s'assurer du cadre juridique applicable à une situation donnée.

4.1 Accès inadéquat aux règles

Si le cadre devient graduellement plus stable, notamment en matière économique, il n'est pas pour autant devenu transparent, du fait, entre autre, du protectionnisme local, de l'absence de publication de certains textes et de l'absence de journal officiel. En plus de trouver de la réglementation différente d'un endroit à l'autre, dans beaucoup de cas, la réglementation n'est même pas couchée par écrit, ce qui en rend le respect encore plus difficile et n'aide en rien à limiter l'exercice de discrétion par les autorités pour qui il sera facile d'opposer à l'investisseur étranger une législation inaccessible⁷²⁵. De plus, en principe, les règlements et autres textes chinois doivent en principe être enregistrés auprès du bureau des affaires législatives du Conseil des affaires d'état. Cette mesure vise à limiter les risques de conflits. Cependant, dans la pratique, cette obligation est peu respectée et les textes ne sont que rarement enregistrés et répertoriés. Cette absence d'enregistrement a également pour conséquence de rendre l'exécution de ces textes plus compliquée⁷²⁶. Ceci constitue une entrave à la prévisibilité de la vie des affaires et complique la démarche des investisseurs étrangers qui dépendent souvent de leurs partenaires chinois pour découvrir les contraintes juridiques auxquelles ils sont soumis. Il faut toutefois reconnaître les importants efforts de la plupart des ministères à publier systématiquement sur leur site Internet la réglementation adoptée, conséquence des engagements pris par la Chine pour son accession à l'OMC⁷²⁷.

4.2 Défi que pose l'établissement d'une hiérarchie entre les règles

La confusion quant au droit applicable est souvent causée par la difficulté d'établir une hiérarchie entre divers textes contradictoires d'une part et par les incohérences entre les règles locales et nationales d'autre part. Conséquence du morcellement des textes, et de la multitude des règlements, décrets et mesures diverses pour régler un domaine particulier, des contradictions sont souvent relevées entre différents textes supposés se compléter. Il est rare de pouvoir se référer à un seul texte, tant les références à d'autres règles sont nombreuses⁷²⁸.

⁷²⁵ T. AMBLER, *op.cit.*, note 96, p.89

⁷²⁶ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.17-19

⁷²⁷ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.38 à 40

⁷²⁸ T. JINGZHOU, *op.cit.*, note 108, p.17-19

La nature des règles varie à l'intérieur de catégories de normes de droit interne; il peut s'agir de lois, de règlements, de décrets d'application, de mesures administratives, de règles de procédures, de circulaires et de directives. La hiérarchie entre ces différentes règles n'est ni systématique ni rigoureuse. Il faut donc surtout s'attacher à l'autorité qui est en charge de leur adoption pour pouvoir les classer et en déduire leur place dans la hiérarchie des normes. Une tentative de hiérarchisation des différentes règles devrait par ailleurs mener au résultat suivant: Constitution, lois fondamentales, lois ordinaires, textes du conseil des affaires d'état, assemblées populaires locales, cour suprême populaire (circulaires interprétatives ou explicatives, publication de jugements⁷²⁹).

4.3 Règlement des différends

Les enseignements de Confucius visent à éviter à tout prix la confrontation et chaque individu doit dans le meilleur des mondes pouvoir garder la face, tel que nous l'avons brièvement abordé à la première partie des présentes. Dans l'esprit chinois, le coupable est toujours celui qui rompt l'harmonie ou remet en cause l'équilibre existant. La décision est autant que possible collectivisée pour écarter les désirs de chacun⁷³⁰. En Chine, il y a une forte préférence pour la résolution de conflits par le biais de la conciliation qui favorise une entente entre les parties. Il est important de chercher un compromis acceptable pour toutes les parties évitant ainsi que l'une des parties perde la face suite à une confrontation. Dans cette optique, le recours à une instance judiciaire ou arbitrale peut parfois être analysée par la partie chinoise comme une volonté délibérée de ne pas dialoguer et de rechercher la confrontation. Dans la mesure du possible, il est donc préférable de favoriser la voie du règlement à l'amiable⁷³¹.

Les EIE souvent inquiètes par les délais de traitement et la partialité des tribunaux locaux, préfèrent fréquemment faire appel à l'arbitrage. De plus, on prendra en compte les obstacles rencontrés lorsqu'il s'agit d'exécuter les jugements des tribunaux chinois, spécialement dans les cas où ces jugements favorisent les étrangers au détriment des citoyens chinois⁷³². La méfiance des EIE et même de grosses entreprises chinoises vis-à-vis du système judiciaire chinois découle également de manière importante de l'absence d'une division claire des pouvoirs au sein de l'État chinois, les tribunaux agissant dans les faits toujours en étroite collaboration avec les politiciens et les officiers. De plus l'expansion de la corruption dans la Chine d'après la réforme a grandement

⁷²⁹ *Id.*, p.13 ; Cette fonction n'appartient qu'à cette Cour et les autres tribunaux ne sont pas autorisés à s'appuyer sur la jurisprudence d'autres tribunaux.

⁷³⁰ A. FAURE-BOUTEILLER, *op.cit.*, note 7

⁷³¹ B. BERRUX, *loc.cit.*, note 109, p.50 à 54

⁷³² THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, *op.cit.*, note 117, p.7

affecté la confiance des étrangers dans les tribunaux. Toutefois, il faut souligner que cette situation s'est grandement améliorée dans les grandes villes où des efforts considérables ont été entrepris pour enrayer la corruption des employés de la justice⁷³³.

Nous ferions une grave erreur en présentant la Chine comme un pays sans foi ni loi. Son système est simplement différent et fondé sur des prémisses opposées aux fondements du système occidental ce qui rend difficile pour nous d'apprécier la valeur de ce qui se fait en Chine depuis plusieurs siècles et qui a nécessairement un impact sur les relations d'affaires⁷³⁴. Par ailleurs, il est d'importance primordiale de souligner que, d'un point de vue occidental en vertu duquel l'état de droit est essentiel à de bonnes relations entre les différents acteurs de la société, des lacunes importantes sont notées en Chine. Ce pays ne se qualifie pas d'état de droit, les règles qui sont en place ne sont pas rigoureusement appliquées, diminuant considérablement l'effectivité de la règle de droit, ce qui peut causer des problèmes de sécurité aux IED. La règle de droit est développée

⁷³³ Procédures judiciaires

Le recours aux procédures judiciaires peut s'avérer nécessaire même dans le cas où le contrat comporte une clause d'arbitrage. Tel est le cas, notamment, lorsqu'il s'agit d'obtenir l'exécution forcée d'une sentence arbitrale domestique ou l'exequatur d'une décision arbitrale rendue à l'étranger. De plus, conformément au chapitre IV de la Loi de procédure civile du 9 avril 1991, les tribunaux judiciaires chinois sont compétents pour connaître des litiges opposant des entreprises étrangères à des personnes de droit chinois dans l'un des cas suivants : (1) le contrat conclu entre une EIE et une entreprise chinoise est signée ou exécutée en Chine, (2) le défendeur possède un bureau de représentation ou des actifs en Chine, (3) l'objet du litige est situé en Chine, (4) les faits ou les dommages reprochés ont lieu en Chine.

L'opinion de la CPS relative à différentes questions sur l'application de la Loi sur la procédure civile, en date du 14 juillet 1992, donne une définition plus détaillée des litiges impliquant des intérêts étrangers. L'article 304 précise, en effet, qu'il s'agit des litiges dans lesquels : (1) au moins l'une des deux parties est de nationalité étrangère, apatride, une entreprise ou une organisation étrangère, (2) l'acte juridique opérant la création, la modification ou la cessation des liens de droit est intervenu à l'étranger ou bien l'objet du différend est situé à l'étranger. Néanmoins, la CPS considère que ce chapitre ne s'applique pas aux litiges nés entre une EIE et une autre personne de droit chinois ou entre plusieurs EIE puisqu'il s'agit de différends opposant deux personnes de droit chinois.

Les sociétés à investissement étranger, les organisations étrangères et les personnes physiques étrangères ont toutes capacité pour ester en justice sur le territoire chinois. Le tribunal compétent est celui du siège de l'entreprise du défendeur, ou s'il est simple personne physique, celui du registre d'état civil. Le tribunal populaire saisi tente dans un premier temps, une procédure de conciliation entre les deux parties en présence. A défaut d'accord, le tribunal rend un jugement.

Arbitrage

L'arbitrage est privilégié dans les différents commerciaux internationaux car il garantit le secret du contentieux et autorise une certaine souplesse dans l'application du droit. Même si le choix des instances arbitrales est libre, les investisseurs peuvent avoir intérêt à recourir à la Commission chinoise d'arbitrage commercial international (CIETAC) dont le champ de compétence a été étendu suite à la révision de son Règlement du 5 septembre 2000, entré en vigueur le 1^{er} octobre 2000 et dont la réputation sur la scène internationale est maintenant bien établie. Outre les dispositions de la Loi sur l'arbitrage, l'article 128 de la Loi sur les contrats, adopté le 15 mars 1999, énonce que les parties à un contrat impliquant des intérêts étrangers ont la possibilité de soumettre leur litige à une instance arbitrale chinoise ou étrangère.

La pratique révèle la réticence des tribunaux chinois à reconnaître les décisions arbitrales rendues par des instances étrangères et encore plus de les appliquer. En revanche, ils sont plus disposés à exécuter les décisions émanant de la CIETAC. C'est la raison pour laquelle le choix de cette dernière est souvent plus judicieux. De plus, la CIETAC est devenue une des institutions arbitrales les plus importantes du monde. En 2002, elle a traité 684 affaires représentant un montant total de litiges de 11,3 milliards de dollars. La CIETAC est placée sous la compétence de la Chambre de commerce international de Chine et du Conseil Chinois pour la promotion du commerce international (CCPIT). Ses arbitres sont sélectionnés parmi des chinois et des étrangers ayant des connaissances juridiques et techniques étendues. Actuellement, la liste comporte environ 500 arbitre dont le tiers sont étrangers ou issue de Hong Kong. Le tribunal arbitral est généralement composé de 3 arbitres dont deux sont choisis par les parties et le troisième désigné conjointement par les parties ou par le président de la CIETAC. Dans le cadre de la procédure « accélérée », il est possible de recourir à un seul arbitre.

Au cours des 15 dernières années, la CIETAC est véritablement montée en puissance et a réussi à se forger une certaine réputation d'impartialité. Cette réputation a été un peu ternie en 2001 par une étude de la Chambre de commerce Américaine faisant état de cas de favoritisme en faveur de la partie chinoise. Il semble toutefois qu'il se soit agi de cas isolés qui ne doivent pas remettre en cause le professionnalisme de l'institution. La CIETAC dispose au-delà de sa réputation d'un certain nombre d'atouts : Tout d'abord, sa désignation dans un contrat commercial comme organisme arbitral compétent en cas de litige a toujours la faveur du contractant chinois. Ensuite, l'exécution des sentences de la CIETAC pose globalement moins de difficultés que celles des sentences d'organismes arbitraux internationaux, même si, dans tous les cas les tribunaux populaires ont une notion extensive de l'intérêt public et social chinois justifiant à leurs yeux un refus d'exécution. Les frais d'arbitrage de la CIETAC sont généralement considérés par les entreprises étrangères comme modérées en comparaison à ceux pratiqués par d'autres organismes ; B. BERRUX, loc.cit., note 109, p.50 à 54 ; T. JINGZHOU, op.cit., note 108, p.32 ; THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.7

⁷³⁴ T. AMBLER, op.cit., note 96, p.81-83

en Chine mais les manquements importants dans son application font en sorte que les règles perdent leur impact et n'assurent pas une protection suffisante aux IED. La valeur des réformes écrites importantes mises en place en Chine repose encore largement sur la manière dont ces changements sont appliqués et interprétés⁷³⁵.

Ainsi en l'absence d'un état de droit, l'arbitraire prend énormément de place. Les autorités jouissent d'énormément de discrétion dans la prise de décisions et sont souvent plus exigeantes avec les étrangers. Dans les faits, cela revient à un traitement discriminatoire des investisseurs étrangers. De plus, le fait que chaque autorité exerce son pouvoir discrétionnaire suivant son bon vouloir, rend impossible pour l'investisseur étranger de connaître l'issue d'une décision. Il n'existe de ce fait ni uniformité ni prévisibilité dans le droit chinois ce qui est une source d'insécurité majeure pour l'investisseur étranger. Finalement, en l'absence de séparation des pouvoirs, ces décisions ne font l'objet d'aucun contrôle. L'importance du réseau de relations met en lumière la discrétion dont jouissent les autorités. Le réseau de relations est ce qui permet en quelque sorte à l'investisseur étranger de s'assurer que les décisions discrétionnaires prises à son égard soient favorables et que l'ensemble de ses relations avec d'autres acteurs sur le marché tel que les fournisseurs et les distributeurs se passent bien. Toutefois, ces réseaux de relations prennent énormément de temps à bâtir et la démarche est encore plus difficile pour un étranger.

De plus, l'accès aux règles est inadéquat, la hiérarchie entre les diverses lois est extrêmement difficile à établir et le règlement des différends se fait semble t'il souvent avec un manque de transparence et les décisions avantagent souvent les nationaux au détriment des étrangers. Cela cause énormément d'insécurité à l'investisseur étranger qui a de la difficulté à connaître le droit applicable d'autant plus qu'il ne peut se fier aux tribunaux pour régler les différends qui pourraient survenir. Cependant les autorités sont conscientes des problèmes liés à l'effectivité de la règle de droit et font des efforts pour améliorer la situation. Cela constitue une excellente motivation pour les autorités d'améliorer la situation et de tendre vers un état de droit mais le bagage culturel et politique est lourd, bien ancré et constitue un obstacle majeur à l'atteinte de l'objectif de l'état de droit en Chine.

CONCLUSION

Les efforts de la Chine au niveau législatif depuis 1979 ont été considérables puisqu'avant cette date, elle ne disposait pas d'un système juridique organisé. Son passé culturel et politique lui a fait

⁷³⁵ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.6

prendre énormément de retard par rapport à d'autres états quant à la mise en place d'un système de droit. Cependant, elle a, en 25 ans, réussi à mettre en place un cadre juridique relativement complet. Les pressions du droit international et la place de plus en plus grande de la Chine sur la scène internationale ont contribué à donner plus d'importance au droit. Toutefois, il faut revenir à notre interrogation principale et se demander si le droit est aujourd'hui suffisamment développé pour pouvoir conclure qu'il existe une protection satisfaisante des IED sur le territoire chinois et un certain équilibre avec les mesures protectionnistes mises en place pour protéger le marché intérieur et qui peuvent avoir pour effet d'imposer un traitement discriminatoire aux investisseurs étrangers.

En vertu de la thèse classique de l'analyse des bénéfices que peuvent avoir les IED pour une économie, les états hôtes jouissent de plusieurs avantages : plus de capital disponible localement qui peut être réalloué à d'autres projets, diffusion de technologie, création d'emplois, formation de gestion, construction d'infrastructures, développement des transports, des services de santé et des écoles. Les IED sont perçus comme permettant le développement de pays moins développés⁷³⁶. Puisque les IED sont considérés comme étant bénéfique pour le développement économique d'un pays, de façon générale, certaines mesures sont utilisées par les états pour accroître les IED sur leur territoire. Ces mesures sont sensiblement les mêmes partout dans le monde et comprennent un assouplissement de la réglementation qui peut se présenter comme une simplification des procédures de sélection des projets d'IED, une ouverture de nouveaux secteurs et une diminution des restrictions à la participation étrangère, en plus de mesures visant à encourager des projets d'IED dans la privatisation d'EE et le développement des infrastructures. Elles peuvent aussi prendre la forme d'incitatifs financiers, fiscaux ou indirects (sous la forme de subventions par exemple) ou prescrire des résultats dans la production locale, les exportations et les travaux en recherche et développement. On reconnaît dans cette énumération bon nombre de mesures mises en place par les autorités chinoises. La Chine est donc tout à fait dans la norme par rapport à ce qui se fait au niveau international et son attitude n'a rien de surprenant ou de fâchant en soi. Elle cherche à mettre les IED au profit de son développement économique en utilisant, à des degrés divers, les mêmes moyens que les autres états désireux d'attirer les IED sur leur territoire, dans le but de servir son développement économique.

Ainsi, nous constatons que le cadre juridique des IED est essentiellement mis en place dans le but de promouvoir le développement économique du pays et est donc principalement au bénéfice du marché. Toutefois, cela ne devrait pas en principe signifier l'exclusion d'une protection de

⁷³⁶ M.SORNARAJAH, op.cit., note 20, p.38-39

l'investisseur étranger puisque ces deux facteurs peuvent se développer en parallèle, le véritable équilibre se trouvant d'avantage entre la protection du marché et la discrimination qui en découle pour l'investisseur étranger. Les pays cherchent tous leur bénéfice économique et imposent donc tous à différents niveaux des restrictions aux étrangers. Il s'agit de la prérogative des états de pouvoir contrôler ce qui se fait à l'intérieur de leurs frontières. Dans ce contexte de protection du marché par les états, c'est au droit international que revient le rôle de rechercher un équilibre entre le contrôle des marchés, un traitement non discriminatoire et la protection des IED. Les pressions des diverses organisations internationales telle l'OMC placent inévitablement la Chine sur la voie d'une sécurité accrue et d'un traitement plus égalitaire pour les investisseurs étrangers. La politique extérieure de la Chine est en théorie basée sur trois principes forts simples qui devraient normalement écarter le protectionnisme et la discrimination : respect mutuel, égalité et bénéfice mutuel. L'adhésion de la Chine à l'OMC témoigne en théorie d'une application de ces principes de base⁷³⁷. Toutefois, la Chine se place dans une situation un peu particulière puisque tout en cherchant à promouvoir le marché libre, elle cherche à maintenir des mesures de contrôle de son marché. Le gouvernement voit en quelque sorte le libre marché comme une façon d'atteindre ses propres fins mais non comme un principe idéologique à respecter à tout prix⁷³⁸. Toutefois, malgré la subsistance d'un contrôle des autorités, la Chine est plus près que jamais du concept occidental d'économie de marché et continuera vraisemblablement de s'en rapprocher dans les prochaines années. Cela devrait accroître la sécurité et l'égalité du traitement réservé aux IED.

Depuis le début de la réforme économique de la Chine en 1979, le gouvernement chinois a orchestré des changements légaux et commerciaux important principalement pour maximiser l'intérêt économique de la Chine au niveau domestique et international. Ainsi, certaines mesures ont clairement été mises en place pour protéger le marché et mettre les IED au service du développement économique de la Chine. La législation relative aux secteurs d'activités admettant les IED en est un bon exemple. Elle permet aux autorités de diriger les IED vers les secteurs clés de l'économie pour stimuler le développement. De la même façon, la législation relative aux structures corporatives pouvant être utilisées pour mettre en place un projet d'IED est très formaliste et restrictive et est pour une bonne part liée aux restrictions qui existent quant aux divers secteurs d'activité. La réglementation qui a trait aux relations contractuelles pose des exigences plus nombreuses aux étrangers, bien qu'une loi unifiée des contrats soit entrée en vigueur en 1995. Il demeure un traitement différent des EIE dans leurs diverses relations contractuelles. Par exemple, les étrangers sont soumis à des obligations d'embauche du

⁷³⁷ A. FAURE-BOUETILLER, op.cit., note 7

⁷³⁸ T. AMBLER, op.cit., note 96, p.83; J. MANDELBAUM, op.cit., note 95

personnel local. Cela est sans contredit orienté vers l'atteinte d'objectifs chinois de développement économique. Finalement, le pouvoir discrétionnaire significatif dont jouissent encore les autorités administratives permet une application souple des lois, peu importe leur contenu, ce qui semble être un avantage pour les autorités chinoises dans la gestion des IED, leur permettant de vraiment tenir compte de la meilleure solution pour le développement économique du pays. Que le pouvoir discrétionnaire des autorités soit toujours utilisé pour prendre les meilleures décisions eu égard au développement global du pays est une autre question mais il n'en demeure pas moins que cette possibilité favorise le marché, souvent au détriment de l'investisseur étranger, soumis à des décisions discrétionnaires et imprévisibles. Tous ces éléments que nous venons de mentionner et qui cherchent à protéger le marché en imposant un traitement différent aux IED constituent de la discrimination à l'égard des IED puisqu'ils sont plus formalistes et contraignants à leur égard.

Les éléments qui sécurisent ou insécurisent les investisseurs étrangers doivent également être considérés dans notre analyse de l'existence d'un équilibre entre la protection du marché et la protection des IED. L'accession de la Chine à l'OMC en 2001 est perçue comme étant le facteur le plus important ayant contribué à l'augmentation du flux des IED sur son territoire⁷³⁹. Cependant, on ne peut pas prétendre que la Chine ait aujourd'hui respecté tous les engagements qu'elle avait pris dans son protocole d'accession ce qui aurait dû mener à la mise en place de lois accordant une meilleure protection aux IED. Le cadre juridique actuellement en place (*Catalogue d'orientation des investissements étrangers, Loi sur les investissements étrangers*⁷⁴⁰, *loi unifiée sur les contrats*) permet en théorie une certaine prévisibilité du traitement réservé aux IED en Chine. Toutefois en pratique, des difficultés importantes sont rencontrées au niveau de la transparence et de la prévisibilité dans l'application de ces lois par les autorités. Cela se résume à des problèmes d'application du droit et donc d'effectivité de la règle de droit. Cette difficulté constitue un élément majeur d'insécurité pour les IED et se manifeste par exemple dans l'application qui est faite de la réglementation en matière de propriété intellectuelle qui cause de gros problèmes en Chine. Finalement, une insécurité non négligeable découle de la particularité du régime foncier chinois qui ne permet pas la propriété privée d'un terrain et qui soumet donc une bonne part des actifs de l'entreprise au bon vouloir des autorités. Ainsi, en plus de subir un traitement souvent discriminatoire au bénéfice de la protection du marché tel que nous l'avons brièvement souligné au paragraphe précédent, les IED en Chine ne bénéficient pas d'une protection suffisante, principalement à cause de carences dans l'effectivité de la règle de droit.

⁷³⁹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.9

⁷⁴⁰ Précité note 150

Jusque là, l'équation est fort simple ; protection insuffisante des IED à laquelle il faut ajouter un traitement discriminatoire de ces derniers, équivaut à un déséquilibre au bénéfice de la protection du marché et donc au détriment de l'investisseur étranger. Par ailleurs, dans le but de créer un équilibre les autorités chinoises ont mis en place une série d'incitatifs fiscaux. Cette façon de faire est très répandue au niveau international et a pour but de faire accepter par les investisseurs étrangers, les carences du contexte commercial du pays. Les incitatifs, tel que leur désignation l'indique, sont nettement à l'avantage des IED et leur accorde une discrimination positive par rapport au traitement réservé aux investisseurs chinois⁷⁴¹. Cet avantage nous apparaît significatif lorsqu'on constate que les chinois sortent leurs capitaux pour les rapatrier sous la forme d'IED. Cela nous permettrait de penser que le traitement réservé aux IED n'est pas si catastrophique par rapport au traitement réservé aux entreprises domestiques ; Mais pour cela il faudrait faire abstraction de la question de l'effectivité de la règle de droit et faire abstraction du fait que les incitatifs fiscaux ne constituent finalement qu'une façon de palier aux faiblesses du cadre juridique applicable aux IED⁷⁴². Ainsi, il est plus facile pour les autorités d'avoir recours à des incitatifs fiscaux que d'entreprendre une révision de l'ensemble du cadre juridique applicable aux IED. Toutefois, ce choix ne constitue pas une solution à long terme pour améliorer le flux des IED en Chine. La Chine devrait plutôt chercher à sécuriser son environnement des affaires pour inciter les investisseurs étrangers à avoir confiance en son marché. Au surplus, comme nous l'avons vu, les incitatifs fiscaux seront sous peu remis en cause. Cette nouvelle situation forcera la Chine à poursuivre ses réformes pour rétablir un certain équilibre en assurant un traitement non discriminatoire et sécuritaire aux IED. Cela constituera en bout de ligne la seule façon pour les autorités de s'assurer que le marché chinois ait sa part escomptée d'IED.

Tout cela étant établi, il n'en demeure pas moins qu'à l'heure actuelle, le cadre juridique applicable aux IED bien qu'il soit insécurisant et discriminatoire, n'a pas un impact significatif sur le flux d'IED vers la Chine. La décision d'affaires demeure intéressante, les conditions du commerce en Chine étant très avantageuses. La Conférence des nations unies sur les échanges et le développement (CNUCED) a confirmé en septembre 2005 que 87 % des multinationales considéraient la Chine comme le meilleur endroit pour faire des affaires⁷⁴³. Le contexte économique chinois est tellement favorable aux IED que les autorités chinoises ne se sentent pas trop pressées dans la mise en place d'un système juridique stable, les décisions d'affaires continuant de pointer vers la Chine. Par ailleurs, le MOFCOM estime qu'il y a eu dans la dernière année une baisse d'environ 2% dans le volume des IED en Chine, la première baisse de ce type

⁷⁴¹ THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, op.cit., note 117, p.26

⁷⁴² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.60-61; Il est estimé qu'environ 40% de l'entrée d'IED dans les dernières années seraient des capitaux chinois ayant transité à l'étranger pour revenir en Chine sous forme d'IED

⁷⁴³ "China, Faintly declining investment", The Economist, October 29, November 4, 2005, p.43

depuis 1999⁷⁴⁴ ; Cela serait en partie du au fait que la pratique de déménager en Chine des entreprises à haute densité de main d'œuvre soit en baisse. D'autres facteurs tel qu'une saturation de certains secteurs industriels, un accroissement de la compétition et l'augmentation des coûts des matières premières et de main d'œuvre doivent également être considérés. L'ensemble de ces facteurs, pour le moment négligeables dans la décision d'affaire d'un investisseur étranger direct de se diriger vers la Chine pourrait éventuellement prendre le dessus et faire perdre à la Chine son avantage concurrentiel ce qui pourrait avoir pour effet de diminuer le flux d'IED sur son territoire. De ce fait ressort l'importance pour la Chine de poursuivre avec un certain empressement ses réformes législatives pour accorder dans l'avenir un traitement égalitaire et sécuritaire aux IED à l'intérieur de ses frontières. C'est à ce prix que la Chine, malgré la perte de son avantage concurrentiel, pourra demeurer un lieu propice pour les IED. Ainsi, dans l'éventualité où ses avantages économiques et fiscaux seraient perdus, la Chine se retrouverait en compétition avec d'autres états hôtes d'IED ce qui pourrait la priver de flux importants de capitaux par ailleurs nécessaires à son économie, puisqu'elle se fonde sur les IED pour alimenter son développement économique. La Chine doit donc poursuivre ses réformes et chercher à mettre en place un cadre juridique des IED aussi complet et effectif que celui que l'on retrouve dans les pays industrialisés, ce qui éventuellement sera sa bouée de sauvetage.

Les réformes, déjà entreprises depuis 1979 demeurent incomplètes. Elles devront par ailleurs être remodelées pour faire face à de nouveaux défis. Les autorités chinoises devront, par exemple, s'attarder aux problèmes de corruption, de protection de la propriété intellectuelle et de stabilité de l'environnement législatif en plus de compléter l'adoption de législations de toutes sortes. Elles devront également réduire les inégalités de revenus, augmenter l'emploi dans les régions urbaines et gérer le suremplei dans les régions rurales, répartir les infrastructures sur le territoire, s'attarder à l'éducation et aux services publics, gérer les problèmes environnementaux et s'attaquer à la protection des droits fondamentaux. La Chine doit donc se doter d'une nouvelle politique⁷⁴⁵ et revoir ses stratégies de développement pour se concentrer d'avantage sur ces problèmes⁷⁴⁶. Le futur concept de développement de la Chine devra prioriser le développement

⁷⁴⁴ Alors que la croissance des flux d'IED en 2004 fut de 13,3%, représentant 562 milliards

⁷⁴⁵ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.109-116

⁷⁴⁶ Parmi les spécialistes de la Chine ainsi que plusieurs observateurs politiques et d'affaires le consensus est à l'effet que les IED sont importants pour la poursuite du développement économique de la Chine et que le montant des IED est très sensible aux circonstances domestiques et internationales. On peut donc se demander ce qui est susceptible d'affecter les IED en Chine dans la période se poursuivant jusqu'en 2010. On peut penser au fait qu'avec le temps, les salaires en Chine vont augmenter jusqu'au point où le pays ne sera plus compétitif dans des industries requérant beaucoup de main d'œuvre et devra donc céder sa place à des pays comme le Vietnam, le Bangladesh et plusieurs autres. De plus un déclin du taux de croissance pourrait mener un taux de chômage déjà élevé au dessus des nuages, à un moment où la sécurité sociale est déjà embryonnaire. Les inégalités de richesse, encore plus accentuée entre régions, s'accroissent à chaque minute qui passe, ce qui crée de plus en plus de frustrations et effrite la légitimité déjà fragile du système communiste. De 2003 à 2004, ont augmenté significativement les protestations sociales, de 58 000 en 2003, elles sont passées à 74 000 en 2004, impliquant plus de 3,7 milliards de personnes ("Protest in China, the Cauldron Boils", *The Economist*, October 1-7 2005, p.38) Pourraient également avoir un impact des influences extérieures sur les IED en Chine. À cause de l'intégration des marchés de capitaux internationaux, la Chine sera comparée aux autres pays quant aux risques que comportent ses investissements et aux retours qu'ils

humain et mettre l'emphase sur un développement durable sur le plan social et environnemental en insistant sur une croissance ordonnée à la fois de l'économie, de la société et des individus. La place des IED demeurera par ailleurs certainement centrale dans le développement de l'économie chinoise, les IED comptant encore pour 20 % de tous les investissements qui ne sont pas gouvernementaux ou faits par des EE en Chine⁷⁴⁷.

prévoient. La compétition de d'autres pays asiatiques tel que l'Inde pourra s'avérer féroce d'où l'importance pour la Chine de continuer de sécurisé les investisseurs entre autres par un élément primordial qu'est l'effectivité de la règle de droit. La capacité des entreprises de réellement concurrencer sur les marchés internationaux est un axe à développer et donc pourrait éventuellement mener à des changements radicaux de politiques relatives aux IED, entre autre par le retrait de la discrimination positive faite aux IED ; Charles Jr. WOLFE, K.C. YEH, Benjamin ZYCHER, Nicolas EBERSTADT, Sung-Ho LEE; Fault Lines in China's Economic terrain , Santa Monica, RAND, National defense research institute, 2003, p.145-149; J. R. WOETZEL, op.cit., note 10, p.14; UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.38, 144 ; S. ODED, op.cit. note 144, p.170-171
⁷⁴⁷ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT op.cit. note 8, p.112

Annexe A- Liste des abréviations

AIC	Administration de l'industrie et du commerce
AMIC	Accord sur les mesures concernant les investissements étrangers et liés au commerce
BM	Banque mondiale
BR	Bureau de représentation
CARC	Commission de réglementation des marchés financiers
CC	Société mixte coopérative
CNUCED	Conférence des nations unies sur le commerce et le développement
EC	Entreprise conjointe
EE	Entreprise d'état
EEDE	Entreprise entièrement détenue par des étrangers
EIE	Entreprise à investissement étranger
EIECR	Entreprise à investissement étranger de capital de risque
FMI	Fond monétaire international
GATT	General Agreements on tariffs and trade
IED	Investissement étranger direct
IP	Investissement de portefeuille
MIC	Mesures concernant les investissements et liées au commerce
MOFCOM	Ministère du commerce extérieur (anciennement MOFTEC)
MOST	Ministère des sciences et des technologies
NDRC	Development and reform commission
OCDE	Organisation for economic co-operation and development
OIC	Organisation internationale du commerce
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONU	Organisation des Nations unies
SA	Société par actions
SACE	Société par actions à capitaux étrangers
SAFE	Administration d'état pour les échanges avec l'étranger
SAIC	Administration d'état pour l'industrie et le commerce
SI	Société d'investissement
SIPO	Bureau d'état de la propriété intellectuelle
SMC	Société mixte de capitaux
SP	Société en participation
SRL	Société à responsabilité limitée
USD	Dollars américains
ZES	Zones économiques spéciales
ZDET	Zones de développement économique et technologique
ZSI	Zones spéciales d'investissement

ANNEXE B- ORGANIGRAMME DES STRUCUTRES JURIDIQUES DES IED

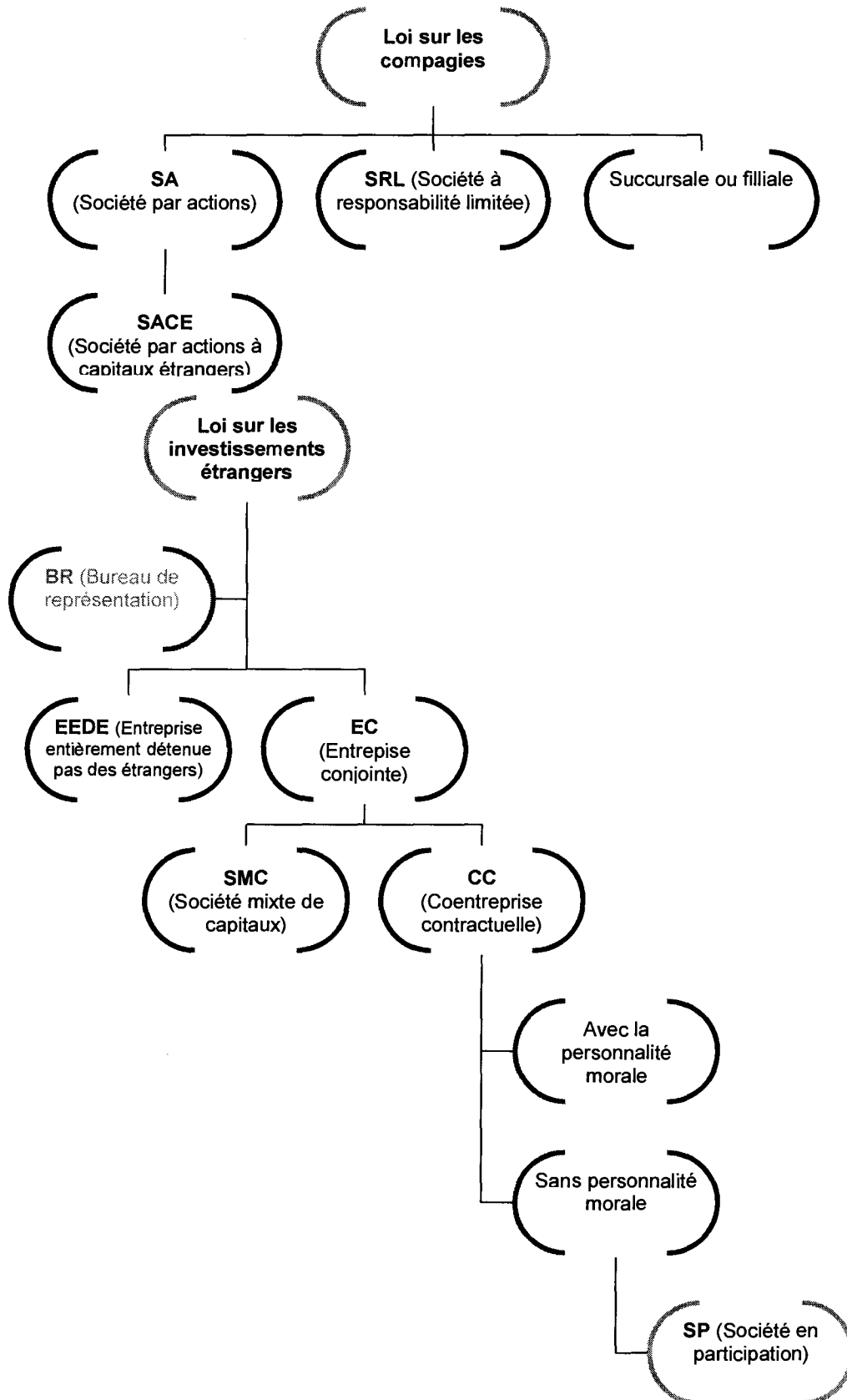


TABLE DE LA LÉGISLATION

DROIT INTERNATIONAL

Accord de Marrakech (Adoptée le 15 juin 1999, conformément aux procédures de prise de décisions au titre des articles IX et XII de l'Accord sur l'OMC approuvées par le Conseil général (WT/L/93))

Charte de la Havane, Acte final de la Conférence des Nations Unies sur le commerce et l'emploi, tenu à la Havane, Cuba du 21 novembre 1947 au 28 mars 1948, Acte final et documents connexes, Commission intérimaire de l'Organisation internationale du commerce

Accord général sur le commerce des services (AGCS)

Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche le commerce (ADPIC)

REGLEMENTATION SECTORIELLE

Catalogue d'orientation des investissements étrangers (Catalogue for the Guidance of foreign investment industries), (Promulgué le 27 juin 1995, édicté par le State development planning commission, State economic and trade commission et le Ministry of foreign trade and economic cooperation (MOFTEC))

Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries, Order of the State Development and Reform Commission, the Ministry of Commerce of the People's Republic of China No.24, en vigueur à compter du 1er janvier 2005

Catalogue of major industries, products and technologies encouraged for development in China, (en vigueur à compter du 1er janvier 1998, approuvé par le State council le 29 décembre 1997 et émis par le State planning commission le 31 décembre 1997)

Catalogue d'orientation des investissements étrangers (Catalogue for the Guidance of foreign investment industries) (Décision No. 21 du State development planning commission, le State economic and trade commission et le Ministry of foreign trade and economic cooperation, sanctionné le 4 mars, 2003 par le State council, promulgué le 11 mars 2002, en vigueur à compter du 1^{er} avril 2002)

Provisional regulations of foreign investment guidelines or Interim provisions for Guiding foreign investment, (promulguées par le State development planning commission le 27 juin 1995)

Measures for the Administration on Foreign Investment in Commercial Fields, (émises par le Ministry of Electric power industry le 9 décembre 1997)

Procedures of Shanghai municipality on the administration of production permit, (en vigueur à compter du 1er janvier 1999)

Notice of the tightening up of control over the examination and approval of the establishment of foreign-funded enterprises (FfEs) and their business registration, (en vigueur à compter du 3 novembre 1994)

Provisions of Fujian province for encouragement of foreign investment in agriculture, (en vigueur à compter du 1er août 1998, promulgué en août 1991)

Rules of procedures for examination and approval of foreign investments on inventory assets, (en vigueur à compter du 9 décembre 1997, émises par le Ministry of electric power industry le 9 décembre, 1997)

Interim provisions for submission and approval procedure on electric power project invested directly by foreigners, (en vigueur à compter du 9 décembre 1997, émises par le Ministry of power and industry)

Provisions on electric power projects invested by foreign businessman, (en vigueur à compter du 20 mars 1997, émises par le Ministry of electric power industry)

Interim regulations on encouraging foreign investment in the development and management of whole tracts of land, (En vigueur à compter du 5 mai 1991)

Loi concernant les investissements au Canada, LRC (1985), ch.28.

STRUCTURES JURIDIQUES (SOCIETES ET COMPAGNIES)

LOI SUR LES COMPAGNIES

Loi sur les compagnies (Company law of the People's Republic of China) (adoptée le 29 décembre 1993, par la 5e session du Comité permanent du 8e National people's congress, promulguée par le National people's congress le 29 décembre 1993 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 révisée et ré-adoptée le 25 décembre 1999 par la 13e session du Comité permanent du 9e National people's congress)

Règlement de la République Populaire de Chine concernant l'enregistrement des sociétés (promulgué par le MOFTEC le 10 janvier 1995)

SACE

Règlement provisoire régissant l'établissement des sociétés par actions à investissement étranger (Provisional regulations on several issues concerning the Establishment of Foreign Invested companies limited by shares), (promulgué par le MOFTEC le 10 janvier 1995)

Règlement provisoire sur l'établissement d'entreprises à investissement étranger de capital de risque (EIECR) (Foreign invested venture capital investment enterprises), (en vigueur au 1^{er} septembre 2001 et modifié le 1^{er} mars 2003)

BR

Dispositions provisoires de la République Populaire de Chine relatives à l'administration des bureaux de représentation des sociétés étrangères (promulgué le 30 octobre 1980 par le conseil des affaires d'état)

Procedures of SAIC of the People's Republic of China for the registration and administration of Resident representative offices of Foreign Enterprises, (promulguées par la SAIC le 5 mars 1983 et entrées en vigueur le 15 mars 1983)

Detailed rules of the Ministry of foreign trade and economic cooperation (MOFTEC) on the approval and control of resident representative offices of foreign enterprises, (en vigueur à compter du 17 mars 1995)

Règlement pour l'administration de bureau de représentation de Cabinets d'avocats étrangers en Chine (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002)

LOI SUR LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS

Law of the People's Republic of China on foreign capital enterprises (approuvée par la 4eme session du 6eme National peoples congress le 12 avril 1986, promulgué par l'ordre no.39 du Président de la République populaire de Chine et en vigueur à compter du 12 avril 1986, révisé en accord avec la décision de réviser la loi à la 18^e rencontre du Standing committee du 9^e National people's congress le 31 octobre 2000, promulgué par ordre no.41 du président de la République populaire de Chine, entré en vigueur le jour de sa promulgation)

EEDE

Loi de la République Populaire de Chine concernant les entreprises à capitaux étrangers (Law of the People's Republic of China on sole foreign investment enterprises), (adoptée le 12 avril 1986 à la 4e session du 6e National people's congress, promulgué par ordre no.39 du Président de la République populaire de Chine, entré en vigueur au même moment, révisé le 31 octobre 2000 à la 18e rencontre du Standing committee du National people's congress par la décision de révision de la Law of the People's Republic of China Concerning enterprises with Sole foreign investment)

Décret d'application de la Loi de la République Populaire de Chine concernant les entreprises à capitaux étrangers (Detailed rules of implementation of the Law of the People's Republic of China on sole foreign investment enterprises), (approuvé le 28 octobre 1990 par le State council, émis le 12 décembre 1990 par le Ministry of Foreign economic Relations and Trade (MOFTEC), en vigueur à la même date, révisé le 12 avril 2001 en conformité avec la décision du State council de réviser les Detailed rules for the implementation of the law of the People's Republic of China on Sole foreign investment enterprise, re-promulgué le 12 avril 2001 par l'ordre no. 301 du State council)

Principles for approval and essentials for examination of the MOFTEC to contracts and articles of association of foreign funded enterprises (FFE), (En vigueur à compter du 5 octobre 1993, promulgué par le Ministry of foreign trade and economic cooperation le 5 octobre 1993)

EC

Law on Sino Foreign Equity Joint-Venture, (adoptée le 1er juillet 1979 à la 2e session du 5^e National peoples congress, amendée le 4 avril 1990 à la 3e Session du 7e National peoples congress en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Equity Joint ventures, amendée à nouveau le 15 mars 2001 à la 4e session du 9e National peoples congress en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Equity Joint ventures)

Procedures of the People's Republic of China for the registration and administration of Chinese-foreign Joint-ventures (promulguées par le State council, en vigueur à compter du 26 juillet 1980)

Règlement provisoire concernant le ratio entre le capital social et l'investissement total dans les entreprises communes sino étrangères (Provisional measures governing the establishment of sino-foreign joint foreign trade corporations on a trial basis), (en vigueur à compter du 30 septembre 1996, émises par le Ministry of Foreign trade and Economic Cooperation le 30 septembre 30 1996)

Auditing procedures for Chinese foreign equity and contractual joint ventures, (en vigueur à compter du 12 janvier 1993)

SMC

Loi sur les sociétés mixtes de capitaux (Law on Sino Foreign Equity Joint-Venture), (adoptée le 1er juillet 1979 à la 2^e Session du 5^e National peoples congress, amendée le 4 avril 1990 à la 3^e session du 7^e National peoples congress en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Equity Joint ventures, amendée à nouveau le 15 mars 2001 à la 4^e session du 9^e National peoples congress en conformité avec la décision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Equity Joint ventures)

Several provisions of SAIC concerning the investments made by the various parties to Chinese-foreign Equity Joint ventures, (approuvées par le State council le 30 décembre 1987, promulguées par le Ministry of Foreign Economic relations and trade and the State Administration for industry and Commerce le 1er janvier 1988)

Provisional measures governing the establishment of sino-foreign joint foreign trade corporations on a trial basis, (en vigueur à compter du 3 septembre 1996, émises par le Ministry of Foreign trade and Economic Cooperation le 30 septembre 1996)

Interim provisions concerning contract period of Chinese foreign equity joint ventures, (en vigueur à compter du 22 octobre 1990, approuvées par le State council le 30 septembre 1990 et promulguées par le Ministry of Foreign Economic Relations and Trade of the People's Republic of China le 22 octobre 1990)

Regulations for the implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint ventures, (promulguées le 20 septembre 1983 par le State council, amendée le 15 janvier 1986 par le State council, amendée le 21 décembre 1987 par le State council, amendée le 22 juillet 2001 par le State council en conformité avec la

decision du State Council de reviser la Law of the People's Republic of China on Sino-foreign Equity joint-ventures)

Provisional regulations of State Administration for industry and commerce on the Ratio between the registered capital and the total amount of investment of sino-foreign equity joint ventures, (promulgués le 1er mars 1987 par le State Administration for industry and commerce)

CC

Loi de la République Populaire de Chine concernant les co-entreprises contractuelles sino-étrangères (Law of the People's Republic of China on Chinese foreign contractual joint-ventures or Law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Cooperative enterprises) (approuvée le 13 avril 1988 à la 1e Session du 7th National peoples congress et promulguée par l'ordre no.4 du Président de la République Populaire de Chine le 13 avril 1988 et en vigueur à compter de la date de sa promulgation, révisée en conformité avec la decision de réviser la Law of the People's Republic of China on Sino foreign cooperative enterprises prise à la 18^e rencontre du Standing committee du 9e National peoples congress le 31 octobre 2000, promulguée par ordre no.41 du Président de la République Populaire de Chine, devant entrer en vigueur le jour de sa promulgation)

Règlement d'application de la loi sur les sociétés mixtes coopératives (Detailed rules for the implementation of the law of the People's Republic of China on Sino-Foreign Contractual Joint ventures) (en vigueur à compter du 4 octobre 1995, approuvé par le State council of the People's Republic of China le 7 août, 1995 et promulguée par le Ministry of foreign trade and economic cooperation le 4 septembre 1995 et commandé par Wu Yi, Minister of MOFCOM à entrer en vigueur au jour de sa promulgation le 4 septembre 1995, amendée en octobre 2000 et amendée la dernière fois en avril 2001)

Explanations of MOFTEC on implementing certain articles of detailed rules on the implementation of the law on sino-foreign cooperative joint ventures, (promulguée par le Ministry of Foreign trade and Economic cooperation le 22 octobre 1996)

Regulations concerning the supervision and control over, and the levying and exemption of duties on imports and exports for Chinese-foreign contractual joint ventures, (promulguée le 31 janvier 1984 par le General Administration of customs, Ministry of finance and ministry of foreign economic relations and trade, en vigueur à compter du 1er février 1984.

SP

Loi de la république populaire de Chine sur les sociétés en participations (Partnership enterprise law), (en vigueur à compter du 1^{er} août 1997, promulguée par le National people's congress le 23 février 1997 et entrée en vigueur le 1^{er} août 1997).

SI

Dispositions sur l'établissement de sociétés d'investissements par des investisseurs étrangers (promulguées le 10 juin 2003, entrées en vigueur 30 jours plus tard, remplace et codifie toute la réglementation existante régissant les sociétés d'investissement, incluant le Règlement concernant l'investissement dans un établissement de sociétés d'investissement par des entités d'affaires étrangère (publiées en 1995))

Prise de participation dans une EE

Foreign trade law of the People's Republic of China (adopté à la 7e session du Standing committee du 8e National peoples congress le 12 mai 1994)

Règles provisoires relatives aux acquisitions d'entreprises chinoises par des investisseurs étrangers (conjointement adoptées le 7 mars 2003 par le MOFCOM, l'administration nationale des impôts (SAT), l'administration d'état pour l'industrie et le commerce (SAIC) et l'administration d'état du contrôle des changes (SAFE))

Notice concerning the change of sales method by foreign invested direct sale enterprises, (en vigueur à compter du 18 juin 1998)

Provisions for the alteration of investors equities in foreign funded enterprises, (en vigueur à compter du 28 mai 1997)

Regulations of Shanghai municipality against unfair competition, (en vigueur à compter du 1 décembre 1995)

Enterprises with foreign investment, (en vigueur à compter du 14 septembre 1998)

Moftec's Notice of distribution and circulation of Interim provisions of state owned enterprises utilizing of foreign investment for reshuffling (adopté par ordre no.576 du State Economic and Foreign trade en 1998)

Circulaire concernant l'examen et l'approbation de projets utilisant des investissements étrangers pour la restructuration d'entreprises existantes de 1995 (Circular concerning the examination and approval of projects utilising foreign investments for the reformation of existing enterprises, (promulgué par le State economic and trade commission le 11 mars 1995)

Dispositions provisoires relatives à l'utilisation d'investissements étrangers pour réorganiser les entreprises d'état (adopté le 8 novembre 2002 conjointement par la CEEC, le MOF, la SAIC et la SAFE) (571)

Rules on the management of property right registration of the state assets of enterprises, (en vigueur à compter du 25 janvier 1996, promulguées par le State council le 25 janvier 1996)

CONTRATS

Contract law of the People's Republic of China, (en vigueur à compter du 1er janvier 1999)

Loi de la République populaire de Chine sur les contrats économiques étrangers de 1985 (Foreign Economic Contracts law of the People's Republic of China), (adoptée par le National people's congress le 21 mars 1985 et entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985) (ancienne loi)

Régime foncier

Loi sur l'administration foncière (Law of the People's Republic of China on land management), (promulguée par l'assemblée nationale populaire le 25 juin 1986, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1987 et amendée le 29 août 1998, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1999)

Règlement de la République Populaire de Chine sur la vente et le transfert des droits d'usage des terrains dans les zones urbaines (Tentative regulation of the People's Republic of China on the assignment and transfer of state owned land use rights in cities and towns), (promulgué par le conseil des affaires d'état le 19 mai 1990)

Regulations concerning the setting up of foreign funded construction enterprises, (FFCEs), (en vigueur à compter du 18 septembre 1995, adopté conjointement par le Ministry of construction et le Ministry of foreign trade and economic cooperation en septembre 1995)

Décret d'application de la loi foncière de la République Populaire de Chine sur la gestion des terrains (Rules for the implementation of the law of the People's Republic of China on land management), (promulgué par le conseil des affaires d'état le 4 janvier 1991, entrée en vigueur le 1^{er} février 1991 et amendée le 27 décembre 1998)

Réglementation sur le système de partage de la gestion de terrains (Share system enterprise land management (trial) regulations), (promulguée en 1992 par l'administration d'état des terrains)

Règlement sur l'octroi de droits d'usage de terrains par appel d'offre, encan, ou annonce (émis par le ministère des terres et des ressources, en vigueur à compter du 1^{er} juillet 2002)

Mesures sur l'administration de la location d'immobilier urbain (en vigueur à compter du 1^{er} juin 1995)

Contrats de travail

Regulations on the labor management of the foreign-funded enterprises, (en vigueur à compter du 11 août 1994)

Regulations of Beijing municipal government on the administration of employment of Chinese citizens by resident representative offices of foreign enterprises, (en vigueur à compter du 15 juin 1996)

Dispositions relatives à la gestion du travail des étrangers (Rules for the Administration of employment of foreigners in China), (en vigueur à compter du 1^{er} mai 1996, promulguées conjointement par le Ministry of labour, Ministry of public security, Ministry of foreign affairs et le Ministry of foreign trade and economic cooperation of the People's Republic of China le 22 janvier 1996)

Dispositions provisoires relatives à la gestion des salaires dans les EIE (publiés par le ministère du travail le 14 février 1997)

Interim provisions of Hainan province on labor management in enterprises with foreign investment, (en vigueur à compter du 6 décembre 1990)

Loi sur le travail (Labour law of the People's Republic of China)(Adoptée à la 8^e réunion du Standing Committee du 8^e National People's Congress le 5 juillet, 1994, promulguée par l'ordre no.28 No.28 du président de la People's Republic of China le 5 juillet, 1994, et en vigueur à compter du 1^{er} janvier 1995)

Propriété intellectuelle

Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle (du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles le 14 décembre 1900, à Washington le 2 juin 1911, à La Haye le 6 novembre 1925, à Londres le 2 juin 1934, à Lisbonne le 31 octobre 1958 et à Stockholm le 14 juillet 1967, et modifiée le 28 septembre 1979)

Règlement concernant la protection douanière des droits de propriété intellectuelle (promulgué en 1995)

Loi sur la Concurrence déloyale (Anti-unfair competition law of the People's Republic of China), (promulguée par l'Assemblée nationale populaire le 2 septembre 1993 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1993)

Règlement de la République Populaire de Chine sur la gestion des contrats d'importation de technologie (adopté par le CAE le 31 octobre 2001(remplace dans son intégralité le règlement de 1985)

Decision of the State council of the PRC on further strengthening the work of intellectual property protection, (en vigueur à compter du 5 juillet 1994)

Brevets

Loi de la République Populaire de Chine sur les brevets (Patent law of the People's Republic of China),(adoptée à la 4^e rencontre du Standing committee du 6^e National peoples congress le 12 mars 1984, amendée en conformité avec la décision de la 27^e rencontre du Standing committee du 7^e National people's congress d'amender la Patent law of the People's Republic of China le 4 septembre 1992, amendée une seconde fois en conformité avec la décision de la 17^e rencontre du Standing committee du 9^e National people's congress d'amender la Patent law of the People's Republic of China le 25 août 2000)

Règlement d'application (Implementing regulations of the patent law of the Peoples Republic of China), (adopté par le conseil des affaires d'état et promulgué par le bureau des brevets le 19 janvier 1985, entré en vigueur le 1^{er} avril 1985 et amendé le 12 décembre 1992, modifié le 4 septembre 1992, 1^{er} janvier 1993, le 15 juin 2001 (ordre no.306 du State council of the People's Republic of China, le 28 décembre 2002, et le 1^{er} février 2003)

Regulations on patent commissioning, (promulguée le 4 mars 1991)

Marques de commerce

Loi sur les marques (Trademark law of the Peoples Republic of China), (promulguée par le National people's congress le 23 août 1982, entrée en vigueur le 1^{er} mars 1983 et amendée le 1^{er} février 1993 entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, et le 27 octobre 2001)

Décret d'application de la loi de la République Populaire de Chine sur les marques (Regulations for the implementation of the Trademark law of the People's Republic of China), (adopté par le conseil des affaires d'état et promulgué par le SAIC le 3 janvier 1988, entrée en vigueur le 13 janvier 1988 et amendée le 15 juillet 1993, le 25 août 2000, le 15 septembre 2002 (a remplacé dans son intégralité l'ancien règlement d'application du 13 janvier 1988))

Règles provisoires sur la reconnaissance et la gestion des marques notoires ou Règles sur l'enregistrement et l'administration de marques collectives et des marques certifiées (Rules on the protection and recognition of well known trademarks) (adoptées le 1^{er} juin 2003)

Avis concernant plusieurs problèmes relatifs à l'application pour la reconnaissance d'une marque notoire (publié par le SAIC le 28 avril 2000)

Droits d'auteur

Loi de la République Populaire de Chine sur les droits d'auteurs (Copyright law of the People's Republic of China), (promulguée par le National people's congress le 7 septembre 1990 et entré en vigueur le 1^{er} juin 1991 et modifié en octobre 2001)

Implementing rules of tue copyright law of the People's Republic of China, (adoptées par le conseil des affaires d'état le 24 mai 1991, promulgué par le bureau d'état sur les droits d'auteur le 30 mai 1991 et entré en vigueur le 1^{er} juin 1991, modifié le 2 août 2002)

Indications géographiques

Dispositions concernant la protection des indications géographiques (entrées en vigueur le 17 août 1999)

FISCALITE

The income tax law of the People's Republic of China concerning Chinese-foreign joint-ventures (adoptées par la 3e session de la 5e rencontre du National peoples congress, promulguée et entrée en vigueur le 10 septembre 1980)

Règlement d'application de la Loi relative à l'impôt sur le revenu des EIE et des entreprises étrangères (Detailed rules and regulations for the implementation of the income tax law of the People's Republic of China for enterprises with foreign investment and foreign enterprises), (en vigueur à compter du 1er juillet 1991)

Règlement provisoire sur l'impôt sur le revenu des entreprises (Provisional enterprise income tax regulations) (entré en vigueur en 1994)

Loi relative à l'impôt sur le revenu des EIE et des entreprises étrangères (entrée en vigueur le 9 avril 1991)

Loi sur la taxe sur la valeur ajoutée. (Provisions of the ministry of finance for the collection and refund of product tax and value added tax on import and export products) (Émises le 22 mars, 1985)

Douanes

Circulaire de l'administration générale des douanes (entrée en vigueur en septembre 1999)

Circulaire relative aux questions d'imputabilité sur l'impôt sur les bénéfices des achats d'équipements domestiques par les entreprises à investissement étranger et les entreprises étrangères (entré en vigueur le 1^{er} juillet 1999)

Regulation of the People's Republic of China on the Customs' protection of intellectual property right, (en vigueur à compter du 1er octobre 1995, promulguée par le décret no. 179 du State Council of the People's Republic of China le 5 juillet 1995)

Mesures fiscales incitatives aux IED

Dispositions pour l'encouragement de l'investissement étranger (Provisions for encouragement of Foreign investment) (promulguées par le Conseil des affaires d'état le 11 octobre de 1986)

Interim regulations on Beijing Experimental zone for the development of new technology industries, (approuvé par le conseil des affaires d'état le 10 mai 1988 et promulgué par le gouvernement populaire de la municipalité de Pékin le 20 mai 1988)

Politiques préférentielles sur l'investissement étranger de la ville de Chongqing (promulguées le 20 janvier 1997)

Circulaire relative à l'ajustement de certaines politiques préférentielles en matière de taxes à l'importation (adoptée le 4 septembre 2002 conjointement par le MOF, la CEPD, la CEEC, le MOFTEC, l'administration générale des douanes et la SAT)

Avis du Ministère du commerce sur les investissements liés à l'établissement de Centre de Recherche et développement par des investisseurs étrangers (adopté en avril 2002)

Circular of the State Administration of taxation on the relevant issues concerning the enterprise income tax refunded for the reinvestment made by foreign investors, (promulguée le 17 juillet 2002 par le State Administration of Taxation)

Income tax law of the People's Republic of China for enterprises with foreign investments and foreign enterprises, (en vigueur à compter du 1er juillet 1991)

Procedures of the Shanghai municipality for encouragement of non-local investments in the Pudong new area, (en vigueur à compter du 20 mai 1991, approuvées par le Shanghai Municipal Peoples Government le 20 mai 1991)

Circular of the State tax administration concerning taxation of industrial and commercial consolidated tax and enterprise income tax on land development and compensatory land use right transfer undertaken by enterprises with foreign investment, (en vigueur à compter du 22 mai 1990)

Provisions for encouraging domestic and foreign investment in Tibet, (en vigueur à compter du 14 juillet 1992)

Interim provisions on policies to encourage foreign investment in the Yizhuang industrial development zone in Beijing, (en vigueur à compter du 1er juin 1992, émises par ordre no.8 du Beijing People's municipal government)

Regulations on encouragement of foreign investment of Hunan province, (en vigueur à compter du 15 février 1992)

AUTRES

Regulations of Shanghai municipality on liquidation of enterprises with foreign investments, (en vigueur à compter du 1er janvier 1991, adoptées par la 28e session du Standing committee du 9e Shanghai municipal peoples congress le 16 août 1991)

Rules of liquidation of foreign-invested enterprises, (en vigueur à compter du 9 juillet 1996 approuvées par le State council le 15 juin 1996, promulguées par décret no.2 du Ministry of foreign trade and Economic cooperation le 9 juillet 1996)

Constitution (Constitution of the People's Republic of China), (adoptée le 4 décembre 1982 puis amendée en 1988, 1993, 1999 et 2004)

BIBLIOGRAPHIE

- AMBLER, T., MORJEN, W., Doing business in China, London, Ratledge, 2000, p.80-102, 111-127, 195-206
- BELLANGER, I., Développements récents sur les investissements étrangers en Chine, 2000, R.D.A.I. no.3, p.311-345
- BELLAVANCE, D., Avant de faire affaire avec la Chine, une bonne connaissance des règles juridiques s'impose, Le droit de savoir, droit transactionnel, Lavery de Billy avocats, mai 2004
- BERNAL, L.E., KAU KAB, R.S., YU III, V.P.B., The World development report 2005 : an unbalanced message on investment liberalization, Geneva, Switzerland, August 2004, 24pp.
- BERRUX, B., « S'implanter en Chine », dans Pierre LETOCART, Centre français de commerce extérieur, Paris, Éditions CFCE, 2003, p. 38-44, 47-53, 64-66, 75-129, 143-183, 191-205, 211-228
- BOUCHER, F., Travailler avec les chinois, Paris, Les livres de l'entreprise, Éditions Nathan, 1995, p.5-77
- BOUYEURE, C., L'investissement international, Paris, Que sais-je ?, Le point des connaissances actuelles, Presse universitaire de France, 1993, p.5-61
- BURT, E.M., Developing countries and the framework for negotiations on foreign direct investments in the World Trade Organization, n.12, American University journal of International law & policy, p.1038
- CHAMBRE DES COMMUNES CANADA, Comité permanent des affaires étrangères et du commerce international, 19^e rapport, mai 2002, p.67-70
- CHEN, L., VAN DER BORGHT, K., "Challenges for the Chinese administration after China's entry into the WTO", dans Essays on the future of the WTO- Finding a new balance, London, edited by Kim VAN DER BORGHT, Cameron MAY, International law and policy, 2003, p.87-105, 231-243
- CHESNAIS, F., La mondialisation du capital, nouvelle édition actualisée, Paris, Collections alternatives économiques, Éditions Syros, 1997, p.69-90, 99-101
- CHEVALIER, J., L'état de droit, Paris, Montchrestien, 1994, 157 pp.
- CHOUKROUNE, L., Chine-OMC- L'état de droit par l'ouverture au commerce international, (Forum Européen de la Communication), 2002, R.D.A.I. N.6, p.655- 673
- CHOUKROUNE, L., L'internationalisation du droit chinois des affaires, une première évaluation des conséquences juridiques de l'accession de la Chine à l'OMC, 2003, R.D.A.I. no. 5, p.503-525
- CHOW, C.G., China's Economic transformation, Princeton University, Massachusetts, Blackwell Publishers inc., 2002, p.18.1-18.7
- CIVELLO, P., The TRIMS Agreement, failed attempt at Investment liberalization, n.8, Minnesota journal of global Trade, 1999, p.97-126
- CLERC, D., « Services accès aux marchés, Organisation mondiale du commerce », dans Hélène DELORME et Denis CLERC, Un nouveau Gatt ?- Les échanges mondiaux après l'Uruguay round, Bruxelles, Éditions complexe, 1994, p.169-197
- DATTU, R., A journey from Havana to Paris: The fifty year Quest for the Elusive multilateral Agreement on investment, n.24, Fordham International Law journal, novembre-décembre 2000, p.295
- DEBLOCK, C., BRUNELLE, D., « Globalisation et nouveaux cadres normatifs, le cas de l'accord multilatéral sur l'investissement », dans Michel FREITAG et Éric PINEAULT, Le Monde enchaîné, Essais critiques des Éditions Nota Bene, 1999, p.95-15 ; vol.1, n.1, Géographie, Économie, Société, 1999, p.72

DEBLOCK, C., L'Organisation mondiale du Commerce, où s'en va la mondialisation ?, Points chauds, Fides, La presse, 2002. p.11-99150-165

DIESSE, F., Travaux des organisations internationales (Droit du commerce international), 2002, no.7, R.D.A.I., p.833-839

DODDS, J.C., "Emerging financial centers in the pacific", dans Peter N. NEMETZ, The pacific Rim- Investment development and trade, 2nd revised edition, Vancouver, University of British Columbia press, 1990, p.228-239, 297-310

EDWARDS, R.H.J., LESTER, S.N., Towards a more comprehensive World trade Organization Agreement on trade related investment measures, n.33, Stanford Journal of International Law, 1997, p.169-214

Encyclopedia of public international law, vol 8, p.246

EVANS, P., WOO, Y.P., Le Canada et la Chine mondialisante : de la relation particulière au partenariat gouvernemental, Ministère des affaires étrangères et du Commerce international du Canada, 29 avril 2004

FAURE-BOUTEILLER, A., La Chine- Clefs pour s'implanter sur le dernier grand marché, Les Éditions JV et DS, 1998, p. 26-29, 30, 33-39, 82, 83, 99-100, 102, 120, 173-175, 231-251, 295-301

FLORY, T., L'organisation mondiale du commerce, Droits institutionnel et substantiel, dans Organisation internationale et relations internationales, Bruxelles, Éditions Établissements Emile Bruylant, 1999, p.133-136, 171-189, 209-210

GAGNE, G., « À propos d'un barbarisme (la financiarisation) et de son personnage (l'investisseur) », dans Michel FREITAG et Éric PINEAULT, Le Monde enchaîné, Essais critiques des Éditions Nota Bene, 1999, p.151-176

GELINAS, J.B., La globalisation du monde, laisser faire ou faire ?, Montréal, Les éditions écosociété, 2000, p.79-87, 175-196

GIBBS, M., MASHAYEKHI, M., The Uruguay Round Negotiations on Investment: Lessons for the future, CNUCED (<http://unctad.org/en/docs/investgm.pdf>), 1998

GOOSSENS, W., Réglementations nationales et internationales de la corruption : Conséquences pratiques pour les entreprises et programmes de mise en conformité, 1998, R.D.A.I. no.1, p.19-47

GRUPE DE NEGOCIATION DE L'ACCORD MULTILATERAL SUR L'INVESTISSEMENT (AMI), L'accord multilatéral sur l'investissement, projet de texte consolidé, DAFFE/MAI(98)7/REV1, suite aux négociations de 1995 à 1998, OCDE, 24 avril 1998, www.oecd.org/daf/investment

GUOM, P., Foreign Investment and business operations in China, Laws and regulations, Miami, Florida Law offices, Becker & Poliakoff, China round table, Speech delivered August 7, 2003

GUZMAN, A.T., Why LDCs Sign treaties that hurt them : explaining the popularity of Bilateral investment treaties, n.38, Virginia journal of International law, 1998, p.639-688 Matthew W. BARRIER, Regionalization : the choice of a new millennium, n.9, Currents : International Trade Law journal , 2000, p.25-34

HABER, D., MANDELBAUM, J., La revanche du Monde chinois?, 2^e édition, Economica,1999, p.55-58, 73-76, 119-120, 132

HATEM, F., ANDERSEN, A., Délégation aux investisseurs internationaux, L'investissement international à l'horizon 2002, Publications des nations unies, 1998, p.24-26, 37-41, 115-128

HOGUET, G.R., How Best to Invest in China- SSgA Advisor strategies, Educated insights, September 2004, p.1-15

HOLY, D.A., « Commerce et développement - de la Charte de la Havane à l'OMC », chap. 10, dans Christian DEBLOCK, L'Organisation mondiale du Commerce, où s'en va la mondialisation ?, Points chauds, Fides, La presse, 2002, p.205 à la page 231

HUANG, Y., Why is Foreign direct investment too much of a good thing for China ?, Modern Asia series, Harvard university Asia center February 11, 2000

HUBIN, C., La culture dans l'accord multilatéral sur l'investissement (AMI) : avancée en terrain miné, 1998, no.8, R.D.A.I., p.955-960

HUI, Y.D., "PRC Officials View Role China to play at WTO", Zhongguo Xinwen She, Foreign broadcast information service, 12 novembre 2001

HYUN, C.C., La réglementation des investissements étrangers en Corée du Sud, 1999, R.D.A.I. no.7, p.803-809

ISSENMAN, R.B., « Les principales formes des entreprises à investissements étrangers en Chine », dans Nicole LACASSE et Louis PERRET, La Coentreprise à l'étranger, Montréal, La Collection Bleue, Faculté de droit, Section de droit civil, Université d'Ottawa, Série ouvrages collectifs, Éditions Wilson Lafleur, 1989, p.249-279

MASCOTTO, J., « De la souveraineté de l'état à l'a priori des organisations- Généalogie de l'AMI ou nécrologie du capitalisme politique », dans Michel FREITAG et Éric PINEAULT, Le Monde enchaîné, Essais critiques des Éditions Nota Bene, 1999, p.177-230

JI, L., "National Culture in China and Multinational performance" dans S. Benjamin PRASAD et Pervez N. GHOURI, Global Firms and Emerging Markets in an age of anxiety, Westport, Connecticut, Praeger Publishers, 2004, p.195-207, 207-251

JINNGZHOU, T., Droit chinois des affaires, Paris, Éditions Economica, 1999, p.13-35, 35-67, 67-105, 105-131, 185-337, 359-373

JOHANSON, J., JOHANSON, M., "Entering Emerging Markets: Ignorance and Discovery", dans S. Benjamin PRASAD et Pervez N. GHOURI, Global Firms and Emerging Markets in an age of anxiety, Westport, Connecticut, Praeger Publishers, 2004, p.195-207, p.207-251

KAI, L., ZONGHAI, Z., « Setting up », chap. 5, dans Jiao JIE, Recueil de texte, Droit chinois, Programme d'études en Chine, Faculté de droit, Université de Montréal, Été 2004

LAM, W., Incidence sur l'économie mondiale des réformes en matière d'investissement étranger et de commerce mises en œuvre en Chine, Document de travail no.17, Industrie Canada, Série de document de travail, octobre 1997

LE QUEMENT, J., Shanghai- à la croisée des chemins du monde, deuxième édition, Paris, L'harmattan 2002, p.127-162

LEFEBVRE, F., Chine: juridique et fiscal, Collection dossiers internationaux, Shanghai, Éditions Francis Lefebvre, 2004, par. 502-515, 610-624, 882-892, 1000-1005, 1200-1265, 2010-2020, 2030-2057

LEMOINE, F., L'économie chinoise - Une synthèse difficile à surpasser, 3^e édition, Paris, tiers monde, repères, La Découverte, 2003, p.80-99, 108-114

LERMANT, N., LETOCART, P., La Chine et le multilatéralisme économique, Ambassade de France en Chine, Mission économique, fiche de synthèse, rédaction du 12 août 2004, Pékin MINEFI-DREE/TRÉSOR, pekin@missioneco.org

LESTER, R., Anti-Monopoly regulation in the Peoples Republic of China: Recent developments, 2003, R.D.A.I., no.5, p.525-539

Lignes directrices de la Banque mondiale sur le traitement des IED, World Bank, Legal framework for the treatment of foreign investment (Vol.2, Guidelines 1992), 1992

LOUAPRE, E., PIVETEAU, J.M., SALVADOR, A., Chine, Objectif Monde ! Une domination programmée, Paris, Economica, 2001, p. 123-149

MANDELBAUM, J., HABER, D., La victoire de la Chine- l'Occident piégé par la mondialisation, Paris, Descartes et cie, 2001, p.23-33, 53-63, 65-90, 105-129

MCGREGGOR, J., 1 billion buyers- Lessons from the front line of doing business in China, Free Press, 336 pp.

MICHALET, C.A., Le capitalisme mondial, Paris, Quadrige/ Presse Universitaire de France, 1998, p.33-56

MITSUO, M., SHOENBAUM, T.J., MAVROIDIS, P.C., The World trade organization- Law, Practice and policy, New York, Oxford University press, 2003, p.521-539.

OEDD, S., The Chinese century: the rising Chinese economy and its impact on the Global Economy, The balance of power and your job, University of Pensylvania, Whartan School Publishing, Pearsons Education, 2005, p.66-71, 167-175

OECD, "Annual report on China-OECD Activities 2003, Environment", dans Annual report on China, ENV 2003.doc, modified on 28/01/2004

OECD, Detailed Benchmark definition of Foreign Direct investment, third edition, 1996

OECD, Environmental priorities for China's sustainable development, program of dialogue and co-operation with China, CCNM/CHINA (2001) 25, 13 nov 2001, 45 pp.

OECD, international monetary fund, balance of payment manual, fifth edition, 1993

OMAN, C., Étude du centre de développement- Quelles politiques pour attirer les investissements directs étrangers, dans OCDE, Développement, 2000, p.56-65, 103-129

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Nouvelles, Achèvement des négociations sur l'Accession de la Chine à l'OMC, Press 243, 17 septembre 2001

PANTZ, D., Institutions et politiques commerciales internationales; du Gatt à l'OMC, Paris, S.E.S.J.M./Armand Colin, 1998, p.24-66, 85-86, 89-90, 114-115, 121-126, 136-139

PASSMORE, J.L., ZHOU, P., « La Chine, le nouvel eldorado du placement », dans Benefit and Pension monitor, EAFE and Emerging markets, juin 2003

PATERSON, R.K., BAND, M.M.N., International Trade and investment law in Canada, 2nd Edition, Paterson & Band, Carswell Thompson professional publishing, 1995, p.10.1-11.34, 12.1-12.28

PIN, J.L., L'ouverture Économique de la Chine (1978-1999)- Au profit de qui?, Paris, Les études de la documentation française, 1999, p.27-82, 135-175

PINEAULT, E., « L'AMI, constitution pour une économie globalisée ?, un rappel des faits et une interprétation de leur signification », dans Michel FREITAG et Éric PINEAULT, Le Monde enchaîné, Essais critiques des Éditions Nota Bene, 1999, p.35-93

REVUE COMMERCE, La Chine Miracle ou Mirage?, Développement économique et régional et Recherche Québec, 105^e année, novembre 2004

RINELLI, M., L'organisation mondiale du commerce, 7e Édition, Paris, Le monde diplomatique, Éditions la Découverte, 2004, p.5-13, 15-22, 43-45, 51-84, 85-115

SANDSTROM, M.R., MCCALMAN, J., GOODY, T., HINE, T., "The impact of trade and customs laws upon international commercial transactions", dans Mark R. SANDSTROM, David N. GOLDSWEIG, Negotiating and Structuring international commercial transactions, second edition, American Bar association, Section of International Law and practice, 2003

SARAVANAMUTTOO, N., Investissement étranger direct et réduction de la pauvreté dans les pays en développement

SCHLEGELMICH, R., WTO: Why still no multilateral rules for foreign direct investment, n.6 vol. 3, International trade law & regulation, 2000, p.78-83

SCHWARZENBERGER, Foreign Investment and International Law, 1969

SINGH, A., Foreign direct investment and international agreements: A south perspective, South Center, 2001.

SOJFER, S., GUTTON, E., HYACINTHE, N., EL JAMALI, M., Investir en Chine, 2003, R.D.A.I. no.1, p.61-79

SORNARAJAH, M., The international law on foreign investment, New York, Faculty of law, National University of Singapore, Grotius publications, Cambridge university press, 1994, p.4-8, 38-81, 83-142, 187-224, 231-275, 332-338, 357-395

STEWART, T.P., The GATT Uruguay round: A negotiating history (1986-1994), vol 1-4, Deventer, Boston, La Haie, Londres, Kluwer law international, 1991-1999

STORY, J., Chine, un marché à conquérir, Paris, Pearson education France (traduction du texte de DAHAM, L.), 2004, p.185-232, 279-324

SUBEDI, S.B., "Regulation of foreign investment and the development round of the WTO", dans Essays on the future of the WTO- Finding a new balance, London, edited by Kim VAN DER BORGHT, Cameron MAY, International law and policy, 2003, p.87-105, 231-243

TASSE, L., « La Chine, leader des pays en développement », chap. 11, dans Christian DEBLOCK, L'Organisation mondiale du Commerce, où s'en va la mondialisation?, Points chauds, Fides, La presse, 2002, p.231 à la page 243

TERSEN, D., BRICOUT, J.L., L'investissement international, Paris, Armand Colin/ Masson, 1996, p.5-27, 59-74, 121-145, 177-241

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, Country commerce- China, UK, Paterson Dartford, Questor Trade park, février 2005

THOMAS, J.S., MEYER, M.A., The new rules of Global trade- A guide to the World trade Organization, Ontario, Éditions Carswell Thomson Canada, 1997, p.196-202, 342-343

THORPE, J., La Chine, main d'œuvre bon marché et devise faible crée un géant du commerce intournable, Financial post, 22 juillet 2003

TINDALL, Multinational Enterprises, 1975

TROCHON, J.Y., Les nouveaux risques de l'entreprise face à la mondialisation, une approche juridique, 2003, no.8, R.D.A.I., p.847-865

TURCOTTE, P.R., Des marchés à conquérir- Chine, Hong Kong, Taiwan et Singapour, Les Éditions transcontinentales, Fondation de l'entrepreneurship, 1994, p.93-121, 242-245, 274-287

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, China in a Globalizing World, Geneva, United Nations, 2005, p.4-8, 15-19, 35-37, 60-63, 105-122, 125-152.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, International investment agreements, Key issues, Volume II, New-York and Geneva, United Nations, 2004, p.50-77

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, World Investment Report, 2004, The Shift Towards Services, New York and Geneva, United Nations, 2004

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, World investment report 2005, Transnational corporations and the internationalization of R&D, New-York and Geneva, United Nations, 2005

US DEPARTMENT OF STATE, China: 2005 investment climate statement, <http://www.state.gov/e/eb/afd/2005/42000.htm>

VADCAR, C., La réciprocité dans le système commercial international, 2002, v.129, J.D.I. 3, p.773-791

VADCAR, C., Le projet d'accord multilatéral sur l'investissement : Problématique de l'adhésion des pays du sud, 1998, v.125, J.D.I. 1, p.9-65

VADCAR, C., Relations Nord-Sud: Vers un droit international du partenariat, 1995, v.122, J.D.I. 3, p.599-605

VARAPETH, K., Chine : Le monde des affaires, Paris, L'Harmattan, 1997, p.13-53, 111-265

WALLACE, International regulation of Multinational corporations, 1976

WALLACH, L., WOODALL, P., Whose trade organisation, a comprehensive guide to the WTO, New-York, London, Public citizen, The new press., 2004, p.135-189, 236-282

WLADIMIR, A., Les multinationales globales, 2^e édition, Repères, La Découverte, le Monde diplomatique, 2003, p.6-29, 76-98, 111-113

WOETZEL, J.R., Capitalist China, Strategies for a revolutionized economy, Singapore, McKinsey & Company, John Wiley & Sons (Asia) Pte, 2003, p.1-28, 207-228

WOLFE, C.J., YEH, K.C., ZYCHER, B., EBERSTADT, N., LEE, S.H., Fault Lines in China's Economic terrain, Santa Monica, RAND, National defense research institute, 2003, p.27-37, 141-156, 159-165, 169-175

XIAO-YING, L.K., Le nouveau droit chinois des contrats internationaux, 2002, (v.129) J.D.I. 1, p.113-163

XIXIN, W., Rule of rules: An Inquiry into Administrative Rules in China's Rule of law context, Beijing, Lecture in public law studies, Peking university law school, 2003, 9pp.

YING, Z., « La grande mutation des relations professionnelles en Chine », dans James D. THWALTES, La mondialisation : origines, développement et effets, Montréal, Les presses de l'Université Laval, L'harmattan, 2000, p.788-804

YU, David, Investment companies law amended, in Asialaw, March 2004, Legal analyst, www.asialaw.com

ZIMMERMAN, J.M., China Law Deskbook- a legal guide for foreign invested enterprises, Second Edition, American Bar Association, Section of International Law, 2005, p.1-7, 14-23, 31-35, 49-51, 75-149, 247-265, 307-331, 346-353, 359-363, 399-402, 601-619, 733-753, 788-804, 815-822, 903-932, 937-945, 1087-1112

“China, Faintly declining investment”, The Economist, October 29, November 4, 2005, p.43

"China, Hu's in charge", The Economist, August 20-26 2005, p.31-32

"China's communist party plenum, Five more years", The Economist, October 15-21, 2005, p.45

"China's land disputes, Turning ploughshares into staves", The Economist, June 29- July 1, 2005, p.40

"China's media back on the leash", The Economist, August 20-26 2005, p.32

"Chinese companies, over the Great wall", The Economist, November 5-11, p.71

"Doing Business in China, Brick Wall", The Economist, September 24-30, p.99

"Dream Machines", The Economist, June 4-10 2005, p.24-26

"Protest in China, the Cauldron Boils", The Economist, October 1-7 2005, p.38

"South East Asia Textiles on the sidelines", The Economist, June 4-10, 2005, p.41

"Special report, China's Banking industry, A great big banking gamble", The Economist, October 29-November 4, p.71-73

"Tired of Globalisation", The Economist, November 5-11, p.11-12

"World trade talks, In the rough", The Economist, November 5-11, 2005, p.77

"The company law in China", chap. 1-5, dans Jiao JIE, Recueil de texte, Droit chinois, Programme d'étude en Chine, Faculté de droit, Université de Montréal, Été 2004.

Documentation en ligne

AMBASSADE DU CANADA A BEIJING, Canada et Chine, Échanges commerciaux et investissements, Gouvernement du Canada, www.beijing.gc.ca;
<http://www.beijing.gc.ca/beijing/fr/navmain/canada/599/index.htm>

CHINA COUNCIL FOR THE PROMOTION OF INTERNATIONAL TRADE, China Chamber of international commerce, www.ccpit.com

CHINA DEVELOPMENT ZONE, www.cadz.org.cn

CHINA INFORMATION CENTER, Aperçu de la Chine, L'ouverture à divers niveaux ; L'utilisation des capitaux étrangers, www.china.org.cn

CHINA INTERNET INFORMATION CENTER, webmaster@china.org.cn, « What items are encouraged for foreign investment by China and what are prohibited »

CHINA, LAW LIBRARY OF CONGRESS, <http://www.loc.gov/law/guide/china.html>

Chine, aspect juridique de l'importation et des investissements directs et stratégie commerciale des petites et moyennes entreprises (P.M.E.), www.geocities.com/droitchoinois/pme

CNUCED, www.un.org

FOREIGN DIRECT INVESTMENT, <http://www.fdimagazine.com/news/categoryfront.php/id/230/China.html>

ICCA, Directory of arbitration websites and information on arbitration available online, Rosabel E. Goodman-Everard, http://www.arbitration-icca.org/directory_of_arbitration_website.htm

INSTRUCTIVE DIRECTORY ON INDUSTRIES RESTRICTING & PROHIBITING FOREIGN INVESTMENT; Directory on industries restricting foreign investment, www.chinatoday.com/inv/reg/a

INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: locating the resources- Revised, Jean M. Wenger, LLRX, International commercial arbitration, <http://www.llrx.com/features/arbitration.htm>

INTERNATIONAL SOCIETY OF INTERNATIONAL LAW, ASIL, INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, <http://www.asil.org/resource/arb1.htm>

INTERNET LEGAL RESEARCH GROUP, <http://www.ilrg.com/nations/cn/>

INVEST CHINA, <http://en.chinanasdaq.com>

INVEST IN CHINA, <http://www.invest-inchina.com/english/InvestmentEnvironment.asp>

INVESTIR A L'ETRANGER : LOIS, REGLEMENTATIONS, ET CADRE D'INVESTISSEMENT POUR LES SOCIETES, http://www.interex.fr/ATLAS/interex2_11.html

JURIS INTERNATIONAL, http://www.jurisint.org/pub/page00_fr.htm

KHOR, M., Trade an investment: Fighting over investors' right at WTO, Third world network (<http://www.twinside.org.sg/totle/right-cn.htm>)

L'OBSERVATEUR OCDE, <http://www.observateurocde.org>

LAL DAS, B., A critical analysis of the proposed Investment treaty in WTO, WTroubleO, Global policy forum, July 2003, <http://w.globalpolicy.org/socecon/bwi-wto/wto/2003/07critical.htm>

LEFEBURE, O., SAVOIE, S., LE GAONACH-BRET, C., « Investissement étranger », dans DS Avocats, Bureau de Pékin, droit chinois des affaires, n.85, avril-mai 2004, savoie@dsavocats.com

Les capitaux étrangers pourront accéder directement au marché chinois d'investissement-risque, Économie, Le quotidien du peuple, 2001, <http://french.peopledaily.com>

MINISTRY OF COMMERCE OF PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA, <http://english.mofcom.gov.cn/static/column/lawsdata/chineselaw.html/1>

NEW YORK UNIVERSITY SCHOOL OF LAW, http://www.law.nyu.edu/library/foreign_intl/china.html

OECD, Organisation de coopération et de développement économique, <http://www.oecd.org>

QUESTION CHINE.NET, <http://questionchine.net>

THE ECONOMIC AND COMMERCIAL COUNSELLOR'S OFFICE OF THE EMBASSY OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA IN CANADA, <http://ca2.mofcom.gov.cn/chinalaw/chinalaw.html>

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, Country Profile 2005, China, <http://www.eiu.com/schedule>, p.4-24, 31-39, 56-57, 61-62, 64-65, 69-70

THE ECONOMIST INTELLIGENCE UNIT, Country Report, China, March 2005, www.eiu.com, p.3-34

UNCTAD, NATIONS UNIES, Prospects for foreign direct investment and the strategies of transnational corporations, 2004-2007, Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, www.unctad.org/fdiprosects

USINFO.STATE.GOV, East asia and the pacific, China's industrial policies conflict with WTO Rules, Experts say, <http://usinfo.state.gov/eap/Archive/2005/Jun/02-648829.html>

www.international.gc.ca/tra_nac/fipa_list_fr.asp