

LETTRE D'INFORMATION

CHINE: ACTUALITE JURIDIQUE

DECEMBRE 2010

Investissements Directs Etrangers en Chine

■ Nouvelle interprétation de la Cour Suprême sur la gestion des conflits au sein des entreprises à investissements étrangers (EIE)

La Cour Suprême chinoise a publié le 5 août 2010 les *Règles sur la gestion des conflits au sein des entreprises à investissements étrangers (EIE)* (ci-après les « Règles »). Elles sont entrées en vigueur le 16 août 2010.

Ces « Règles » sont applicables aux conflits naissant à l'occasion de la création ou de la modification structurelle des EIE.

1. Approbation des contrats de création et de modification structurelle des EIE

Selon la loi applicable, pour être valides, les contrats de création ou de modification des EIE doivent recevoir l'approbation des autorités compétentes (le Ministère du Commerce (MOFCOM) ou l'un de ses départements locaux). Néanmoins, en pratique et pour diverses raisons, les parties ignoraient cette procédure ou s'en exonéraient volontairement.

Dorénavant, les Règles prévoient clairement qu'en cas de non-respect de la procédure, les tribunaux devront considérer ces contrats comme n'étant pas encore valides. Ils ne pourront pas accueillir les demandes tendant à faire confirmer leur nullité. Lorsqu'un contrat n'a pas encore été validé, les clauses relatives à la procédure d'approbation gardent néanmoins leur force obligatoire et les parties contractantes doivent les respecter. Les tribunaux permettent ainsi aux parties de se mettre en conformité avec la législation et de valider leurs contrats.

Les contrats de modification structurelle peuvent être considérés valides par les tribunaux même sans avoir reçu l'approbation des autorités compétentes, à condition de ne pas porter sur des points matériels ou substantiels, comme par exemple la modification du capital ou la cession d'actions.

2. La cession d'actions

✧ Procédure d'agrément :

La législation chinoise conditionne la validité d'un contrat de cession d'actions à l'agrément des autorités compétentes.

Si le cédant et l'EIE n'ont pas rempli cette obligation après la conclusion d'un contrat de cession, le cessionnaire pourra alors :

- mettre en demeure le cédant et l'EIE de se conformer à leurs obligations dans un certain délai. A l'issue de ce délai, si le cessionnaire n'obtient



aucun résultat, il pourra demander au Tribunal la résiliation du contrat de cession ; ce dernier devra accueillir favorablement sa demande, prononcer le remboursement du prix de cession et allouer une indemnité proportionnelle au préjudice réel subi par le cessionnaire du fait de la défaillance des parties ;

- soumettre directement une demande au Tribunal afin d'obtenir une décision contraignant le cédant et l'EIE à respecter leurs obligations ;

si les parties s'exécutent mais que l'agrément est refusé par l'autorité compétente, le cessionnaire pourra demander le remboursement du prix de cession par la mise en œuvre d'une seconde procédure devant les Tribunaux ; une indemnité complémentaire pourra être accordée selon le manquement des parties ;

si les parties ne s'exécutent pas, le cessionnaire pourra demander la résiliation du contrat devant les Tribunaux ; la résiliation du contrat devra alors être prononcée et une indemnité proportionnelle au préjudice subi - contrairement au cas précédent - sera allouée, tenant compte de la différence de prix des actions, des profits et des autres pertes raisonnables.

✧ **Réalisation d'opérations sans agrément :**

Si après la conclusion d'un contrat de cession, le cessionnaire prend part aux activités de l'EIE et réalise des bénéfices alors même que ledit contrat n'a pas reçu l'agrément de l'autorité compétente, le cédant pourra demander au cessionnaire de se retirer des opérations en lui remboursant le bénéfice réalisé, déduction faite des frais correspondants.

✧ **Consentement des autres actionnaires :**

La cession d'actions à un tiers autre qu'un actionnaire doit intervenir avec l'accord unanime des actionnaires de la société. A

défaut, ces derniers peuvent demander l'annulation de l'opération devant les Tribunaux.

L'accord est dit « unanime » lorsque les actionnaires sont avertis par écrit de la cession et ne s'opposent pas à l'opération dans les trente jours suivant la notification. De même, s'ils manifestent leur opposition dans ce délai mais qu'ils ne rachètent pas les actions du cédant.

✧ **Droit de préemption :**

En cas de cession d'actions à un tiers, les actionnaires de la société peuvent mettre en œuvre leur droit de préemption. Ils doivent agir dans le délai d'un an à compter du jour où ils ont eu connaissance, ou auraient dû avoir connaissance, de la conclusion du contrat.

Le cédant et le tiers acquéreur ne peuvent pas demander la nullité du contrat sur le fondement de la mise en œuvre par un actionnaire de son droit de préemption.

✧ **Nantissement d'actions :**

Le régime juridique du nantissement d'actions est encadré par la *Loi sur le Droit de Propriété* et les textes associés.

Le défaut d'approbation par l'autorité compétente n'emporte pas nullité du nantissement.

✧ **Actionnaire occulte :**

Un actionnaire occulte d'une EIE, c'est-à-dire un investisseur qui ne souhaite pas apparaître vis-à-vis des tiers comme actionnaire, peut faire une demande devant les Tribunaux afin de faire reconnaître son statut réel d'actionnaire, sous certaines conditions :

- avoir effectivement investi dans l'EIE,
- voir son statut reconnu par les autres actionnaires,
- obtenir l'agrément de l'autorité compétente durant l'audience (demande faite par le Tribunal).

La nullité d'un accord d'actionariat occulte ne peut pas être demandée sur le



seul fondement du défaut d'approbation par l'autorité compétente.

L'investisseur réel peut demander à l'actionnaire apparent d'exécuter l'accord afin de recevoir, par exemple, les dividendes distribués par l'EIE. Il n'est pas possible cependant pour cet investisseur d'exercer directement ses droits d'actionnaire au sein de l'EIE.

Lorsqu'un accord d'actionariat occulte est nul, l'investisseur peut demander à l'actionnaire apparent le remboursement de son apport et partager avec lui les bénéfices, si la valeur des actions a augmenté. En revanche, si le prix des actions a diminué, il ne peut demander un remboursement qu'à hauteur de la valeur réelle des actions. Si l'actionnaire apparent ne souhaite plus détenir les actions de l'investisseur, ces actions pourront être mises aux enchères ou vendues par les tribunaux afin que l'investisseur soit remboursé avec la somme reçue.

3. L'acquisition de bonne foi des actions

Les règles prévoient que si un actionnaire perd ses actions par dol ou manœuvres frauduleuses des autres actionnaires d'une EIE, il sera possible pour cet actionnaire de faire reconnaître son statut d'actionnaire devant la Cour.

Néanmoins, si les actions sont acquises par un tiers de bonne foi, l'actionnaire victime ne pourra pas en exiger la restitution mais pourra demander réparation aux actionnaires ou à la société sur fondement de la responsabilité délictuelle.



■ Circulaire renforçant les conditions d'achats des biens immobiliers par les personnes physiques et morales étrangères.

Le 4 novembre 2010, le Ministère du Logement et du Développement Urbain et Rural a publié conjointement avec l'Administration des Changes la *circulaire renforçant les conditions d'achat des biens immobiliers par les personnes physiques et morales étrangères* (2011) (ci-après « la Circulaire »).

La Circulaire prévoit qu'une personne physique étrangère ne peut acquérir qu'un seul bien immobilier d'habitation en Chine. Une personne morale étrangère ayant des succursales ou des bureaux de représentation en Chine ne peut, quant à elle, n'acquérir que des biens immobiliers non-résidentiels pour les besoins de son activité, dans les villes où ses structures sont enregistrées.

Les limitations imposées par la Circulaire sont plus strictes que celles contenues dans *les Opinions régissant l'accès et l'organisation de l'investissement étranger sur le marché immobilier* (2006) (ci-après « les Opinions »). En effet, selon ces Opinions, les succursales et les bureaux de représentation des personnes morales étrangères en Chine (sauf les entreprises autorisées à réaliser des opérations immobilières) et les personnes physiques de nationalité étrangère travaillant ou étudiant en Chine depuis plus d'un an peuvent acquérir en leur nom propre des biens immobiliers à usage d'habitation ou à usage professionnel, de surface limitée. Les chinois de Hong Kong, Macao et Taiwan ainsi que ceux vivant à l'étranger peuvent acquérir sans condition de durée des biens immobiliers à usage d'habitation, de surface limitée, pour leurs besoins en Chine.

Comparativement aux Opinions, la Circulaire prévoit davantage de restrictions concernant, d'une part, le nombre de biens immobiliers pouvant être détenus par des étrangers et, d'autre part, la localisation, l'usage et le type de biens



pouvant être achetés par des personnes morales étrangères.

La Circulaire encadre les formalités relatives au compromis de vente d'un bien immobilier et à l'enregistrement d'un droit de propriété. Un étranger doit fournir à titre complémentaire :

- Une attestation des autorités compétentes prouvant qu'il travaille en Chine depuis plus d'un an. Pour les chinois de Hong Kong, Macao et Taiwan, ainsi que pour ceux vivant à l'étranger, il suffit d'apporter la preuve qu'ils travaillent, étudient ou résident en Chine, sans condition de durée.
- Une attestation sur l'honneur garantissant qu'il n'existe pas d'autres biens immobiliers d'habitation enregistrés à son nom en Chine.

Pour les personnes morales étrangères, il est également demandé à titre complémentaire :

- L'accord et le certificat d'enregistrement de l'autorité compétente relatif à l'établissement des succursales ou bureaux de représentation en Chine.
- Une attestation sur l'honneur garantissant que les biens immobiliers sont achetés pour les besoins réels de l'activité.

Par ailleurs, le paiement en devises étrangères pour l'acquisition du bien immobilier doit être réalisé conformément à l'*Avis encadrant le change de devises sur le marché immobilier* (2006). Ce paiement doit être classé et enregistré dans le Système d'Information des Changes des Investissements Directs de l'Administration des Changes.

Intégrée dans le cadre de la politique actuelle de contrôle du marché immobilier menée par le gouvernement, la promulgation de cette Circulaire vise principalement les spéculateurs tentant d'investir le marché immobilier chinois. Elle a également pour but de contrôler la

nouvelle demande croissante et de stabiliser le marché.

Pour les entreprises étrangères créées directement en Chine, et notamment celles dont les activités sont en lien avec l'immobilier, l'impact direct de cette législation reste très faible.



Droit du Travail

■ Interprétation des règles procédurales en cas de litiges de droit du travail

Le 13 septembre 2010, la Cour Suprême a publié *l'Interprétation de la Cour Suprême sur diverses problématiques procédurales en cas de litiges de droit du travail* (ci-après « l'Interprétation »). Elle est entrée en vigueur le 14 Septembre 2010.

Il s'agit de la seule interprétation judiciaire depuis la promulgation de la *Loi sur les Contrats de Travail de la République Populaire de Chine* (2008) et la *Loi de Médiation et d'Arbitrage des litiges de droit du travail de la République Populaire de Chine* (2008). Cette Interprétation apporte des précisions sur plusieurs questions procédurales soulevées au cours de litiges de droit du travail. L'objectif est de mieux équilibrer les intérêts respectifs de l'employeur et du salarié.

1. Compétence des tribunaux pour les litiges de droit du travail

L'Interprétation prévoit qu'un salarié peut agir devant le tribunal populaire sans recourir aux autorités administratives du travail. La demande devra être accueillie lorsque :

- un salarié demande réparation de l'impossibilité à bénéficier d'une assurance sociale en raison de la défaillance de son employeur à remplir les formalités d'assurance et



de l'incapacité pour l'Assurance de les accomplir a posteriori.

- un litige naît à l'occasion de la restructuration d'une entreprise, ou
- un salarié demande des indemnités complémentaires à son employeur en raison de sa défaillance à payer dans le délai imparti par les autorités administratives du travail les réparations compensatoires prévues en cas de retard de paiement dans la rémunération du salarié, ses heures supplémentaires ou son indemnité de licenciement.

Par ailleurs, selon la *Loi du Travail* (1995) et la *Loi de médiation et d'Arbitrage des litiges de droit du travail de la République Populaire de Chine* (2008), un litige de droit du travail ne peut en principe être présenté devant les tribunaux sans avoir fait l'objet d'une demande préalable devant la Commission d'arbitrage du travail. L'Interprétation pointe deux situations particulières :

- lorsqu'un accord de médiation rendu par la Commission d'arbitrage du travail a produit ses effets et qu'une des parties regrette ce choix et décide d'agir devant les tribunaux, le tribunal populaire n'accueillera pas la demande, ou s'il la reçoit, rendra une décision de rejet ;
- lorsque la Commission d'arbitrage du travail ne rend pas sa décision d'acceptation d'un dossier ou ne respecte pas le délai imparti pour rendre sa sentence arbitrale et que la partie concernée présente directement une action devant les tribunaux, le tribunal devra accepter la demande, sauf raison légitime.

2. Parties aux litiges de droit du travail

Afin d'améliorer la protection des salariés en cas de litige avec un employeur qui n'a pas de licence d'exercice, ou dont la licence a été confisquée, ou qui a

poursuivi ses activités après l'expiration de sa licence, l'Interprétation prévoit que le concédant de la licence professionnelle (si l'employeur a emprunté la licence professionnelle d'un autre employeur pour la réalisation de ses activités professionnelles en tant qu'affilié), et/ou l'apporteur financier de l'employeur seront parties à l'action, indépendamment ou conjointement avec l'employeur.

Le cas échéant, le concédant de licence et/ou l'apporteur pourront éventuellement être responsables solidairement ou individuellement.

3. Relations légales entre employeur et salariés sous statut particulier

Selon la *Loi du Travail* (1995) et la *Loi sur les Contrats de Travail* (2008), une « relation dite de travail » offre une plus grande protection à un salarié qu'une « relation dite de service ». L'Interprétation apporte des précisions sur deux situations :

Relation de service : si un « salarié » bénéficie d'ores et déjà d'une assurance-retraite ou s'il a déjà reçu ses pensions conformément à la loi, alors la relation entre l'employeur et ce salarié ne sera pas considérée comme une « relation de travail » d'un point de vue légal mais comme une « relation de service ».

Relation de travail : si le salarié est en congé avec suspension de paiement ou en retraite anticipée, ou s'il a été relevé de son poste ou est en attente d'un nouveau poste, ou encore s'il est en chômage technique en raison de la cessation des activités de production de l'entreprise, alors la relation entre le nouvel employeur et ce salarié sera considérée d'un point de vue légal comme une « relation de travail », étant précisé que la relation entre l'employeur initial et ce salarié demeure également, bien que suspendue, une « relation de travail ».

Cette disposition implique qu'un salarié peut être engagé dans une ou plusieurs « relation de travail » en même temps.



4. Renversement partiel de la charge de la preuve pour les heures supplémentaires

Lorsqu'un salarié réclame le paiement de ses heures supplémentaires, il supporte en premier lieu la charge de la preuve. Cependant, lorsque le salarié a la preuve que l'employeur détient des éléments attestant de la réalisation de ses heures supplémentaires, c'est alors à l'employeur de supporter la charge de la preuve. Si l'employeur n'apporte pas ces preuves, il devra en supporter les conséquences.

Cette disposition vise à encourager, d'une part, les salariés à garder des preuves de leurs heures supplémentaires et d'autre part, l'employeur à mettre en place un système de contrôle de présence au travail tout en conservant des preuves pour se défendre contre des salariés malhonnêtes.

5. Effets d'un accord d'annulation ou de résiliation d'un contrat de travail

L'Interprétation prévoit que l'accord passé entre un salarié et un employeur sur les conditions d'annulation et de résiliation d'un contrat de travail, le paiement des salaires, des rémunérations, des heures supplémentaires, des indemnités de licenciement ou des réparations diverses, etc... est valide tant qu'il ne contrevient pas aux dispositions légales et administratives obligatoires et qu'il n'est pas conclu par fraude ou menace ou en tirant avantage de la détresse de l'autre partie.

Aujourd'hui encore, l'application de cette disposition n'est pas très claire. Certaines localités en Chine prévoient explicitement que le montant de l'indemnité de licenciement prévu par la *Loi sur les Contrats de Travail* (2008) est obligatoire et qu'il n'est pas possible de prévoir un montant inférieur. D'autres estiment que tant que les parties parviennent à un accord et que le salarié connaît ses droits à la conclusion de l'accord, ce dernier doit être considéré comme valide, et ce, même si l'indemnité prévue dans l'accord

est plus faible que celle de la *Loi sur les Contrats de Travail* (2008).

6. Précisions procédurales

L'Interprétation clarifie quelques problématiques procédurales relatives au règlement des litiges de droit du travail.

L'interprétation définit plus clairement l'étendue de "la sentence arbitrale finale" qui prend effet à la date de sa remise. Il est également précisé les cas particuliers dans lesquels le tribunal populaire doit accepter les demandes dont il est saisi ou faire appliquer la sentence finale.

Par ailleurs, l'Interprétation prévoit la possibilité pour un salarié de recourir à un arbitrage et/ou de débiter un procès lorsque sa demande en garantie de paiement est rejetée par le tribunal populaire.



■ Loi de Protection Sociale

Le 28 octobre 2010, la 17ème session du Comité Permanent du 11ème Congrès de l'Assemblée Populaire Nationale a adopté la *Loi de Protection Sociale de la République Populaire de Chine* (2011) (ci-après « la Loi »). Elle entrera en vigueur le 1^{er} juillet 2011.

La Loi organise le système de protection sociale en cinq catégories : l'assurance vieillesse, l'assurance médicale, l'assurance accidents du travail, l'assurance chômage et l'assurance maternité. Sont couverts tous les habitants de zones urbaines et rurales, y compris les travailleurs migrants et les étrangers travaillant en Chine. Des règles relatives à la collecte des contributions sociales, aux fonds sociaux, à l'engagement de la responsabilité en cas de violation de la Loi, etc, sont également prévues.

De manière générale, la Loi envisage seulement les règles de base du système de protection sociale afin de permettre



son application uniforme dans tout le pays. Il est en outre donné autorité au Conseil de l'Etat et aux gouvernements locaux pour prendre les mesures et arrêter les règles spécifiques nécessaires à sa mise en œuvre.

Trois années ont été nécessaires au Comité Permanent pour promulguer cette Loi. En tant que première loi systématique de protection sociale en Chine, ce texte représente un grand pas vers la légalisation de l'ancien système d'assurance sociale chinois.

Enfin, sont envisagées des dispositions spécifiques permettant aux étrangers travaillant en Chine de participer au système d'assurance. Des règles plus détaillées sur ce point sont en cours de rédaction par le Conseil de l'Etat et les gouvernements locaux.



Droit International Privé

■ Application des lois dans les relations civiles présentant un élément d'extranéité



Le 28 octobre 2010, le Comité Permanent de l'Assemblée Nationale Populaire, l'organe législatif chinois, a promulgué les *Règles d'application des textes législatifs dans le cadre de relations civiles présentant un élément d'extranéité de la République Populaire de Chine* (2011) (ci-après « les Règles»). Elles entreront en vigueur le 1^{er} avril 2011.

Ces Règles ont pour but de clarifier l'application des lois dans les relations civiles présentant un élément d'extranéité, de résoudre les litiges propres à ces relations, et de sauvegarder les droits et les intérêts des parties.

Des règles générales et systématiques sont prévues afin de permettre de choisir et d'appliquer les lois existantes dans les relations civiles présentant un élément d'extranéité, notamment pour toutes les

questions relatives au mariage, à la famille, aux problématiques d'héritages, droits réels, droits obligatoires, droits de propriété intellectuelle, etc. Selon ces Règles, les parties sont libres de choisir la loi applicable à leurs relations lorsqu'il existe un élément d'extranéité, que ce soit dans le cadre de contrats, délits, droits de propriété intellectuelle, acquisitions, etc. Cependant, si des dispositions obligatoires sont spécifiquement envisagées pour ces relations par la législation chinoise, celles-ci doivent être directement appliquées.

Pour la rédaction de ces Règles, l'organe législatif chinois a étudié les dispositions de droit allemand, suisse, japonais, etc., ainsi que les traités édités par l'Union Européenne et la Conférence de la Haye en droit international privé, etc.

De manière générale, la promulgation de ces Règles illustre la modernisation de la législation chinoise dans le domaine du droit international privé.



CONTACTS

En France

Robert GUILLAUMOND

robert.guillaumond@adamas-lawfirm.com

Denis SANTY

denis.santy@adamas-lawfirm.com

Yvan RAZAFINDRATANDRA

yvan.raza@adamas-lawfirm.com

En Chine

Alban RENAUD

alban.renaud@adamas-lawfirm.com

Li Huini

li.huini@adamas-lawfirm.com



BUREAUX ADAMAS

Nous sommes heureux de vous accueillir dans nos bureaux de Pékin et Shanghai :

ADAMAS à Beijing

Suite 2108, Zhongyu Plaza,
A6 North Gongti Road,
Chaoyang District,
Beijing, 100027
Tel: +86 10 8523 6858
Fax: +86 10 8523 6878

ADAMAS à Shanghai

Suite 3301, United Plaza,
1468 West Nanjing Road,
Jing'an District,
Shanghai, 200040
Tel: +86 21 6289 6676
Fax: +86 21 6289 6672

ADAMAS collabore également de manière étroite avec des cabinets partenaires installés à Canton, Chengdu, Wuhan et Hong Kong.