

LETTRE D'INFORMATION

CHINE : ACTUALITE JURIDIQUE

JANVIER 2010

ARBITRAGE INTERNATIONAL

■ Première exécution juridictionnelle d'une sentence arbitrale de la Chambre de Commerce Internationale en Chine

Malgré la qualité de l'arbitrage CCI, les sentences arbitrales de la CCI ont toujours rencontré des difficultés pour devenir exécutoires en Chine. Les tribunaux chinois avaient jusqu'à présent toujours refusé de délivrer l'exequatur aux sentences de la CCI, invoquant à cette fin divers obstacles juridiques.

Pour la première fois en 2009, une sentence arbitrale a toutefois été exécutée par la Cour Intermédiaire de la ville de Jingbo sur la base de la Convention de New York de 1958. La sentence avait été rendue en Chine par un arbitre unique de nationalité singapourienne.

Ce précédent a une grande valeur.

Toutefois, cette décision ne devrait malheureusement pas faire jurisprudence pour les raisons suivantes :

1. La Chine ne reconnaît pas l'arbitrage ad-hoc. Par conséquent, une clause d'arbitrage indiquant que les règles applicables à la procédure sont celles de la CCI, choisissant la Chine comme lieu de l'arbitrage, mais ne faisant pas référence explicite à un arbitrage institutionnel CCI, pourrait être considérée comme nulle pour le droit chinois.

2. Par ailleurs, la question est posée de savoir si la CCI est autorisée à fournir des services d'arbitrage en Chine. Une opinion largement partagée en Chine est que le domaine de l'arbitrage n'est pas ouvert aux centres d'arbitrage étrangers et ne devrait pas l'être avant un certain temps dans la mesure où les règles de l'OMC ne contiennent aucune obligation en la matière. D'où, un refus systématique des tribunaux chinois à exécuter des sentences arbitrales de la CCI rendues en Chine (c'est-à-dire dont le siège d'arbitrage a été fixé en Chine).

3. Enfin, la procédure à suivre pour l'exécution forcée d'une telle sentence est toujours controversée.

Pour l'exécution des sentences arbitrales il existe en droit chinois trois types de sentences. Les sentences domestiques, les sentences non domestiques et les sentences internationales. En fonction de la catégorie dans laquelle se trouve la sentence arbitrale, la procédure pour son exécution est différente.

Jusqu'à présent les commentateurs et les praticiens du droit chinois étaient majoritairement d'opinion que les sentences



de la CCI rendus en Chine étaient des sentences non-domestiques. Et ce, en raison du fait que bien que rendues en Chine ces sentences étaient rendues par un centre d'arbitrage étranger.

Toutefois, pour une minorité, les sentences rendues par la CCI devraient être considérées comme des sentences internationales car de «nationalité française» dans la mesure où la CCI est basée à Paris. Par voie de conséquence, les règles concernant leur exécution devraient être celles de la Convention de New York.

En raison de toutes ces controverses et incertitudes, et dans la mesure où la Cour Suprême ne s'est pas prononcée en la matière, nos recommandations en matière d'arbitrage commercial en rapport avec la Chine demeurent inchangées. Si la sentence doit être exécutée en Chine, il est préférable de choisir soit la principale institution d'arbitrage chinoise (CIETAC - *China International Economic and Trade Arbitration Commission*) si l'arbitrage doit avoir lieu en Chine, soit une institution d'arbitrage international, telle que la CCI, si l'arbitrage doit avoir lieu en dehors de Chine.

Dans l'hypothèse où l'exécution de la sentence attendue à l'encontre d'une partie chinoise peut avoir lieu en dehors de Chine, les usages ordinaires en matière d'arbitrage ad hoc ou d'arbitrage institutionnel peuvent être respectés.



ENVIRONNEMENT

■ Troisième lecture du projet de loi chinois en matière de responsabilité délictuelle, en cas de pollution environnementale

Lors du onzième *People's Congress Standing Committee* qui se déroulait à Pékin du 27 au 31 octobre dernier, le projet de loi chinois en matière de responsabilité délictuelle ("*le Projet*") a fait l'objet d'une troisième lecture.

En dehors des règles générales applicables à la responsabilité délictuelle, le *Projet* énumère sept cas de responsabilité délictuelle spécifiques figurant dans sept chapitres distincts.

Sont ainsi par exemple régis par des règles spéciales la responsabilité du fait des produits, du fait des accidents de la route des véhicules à moteur, la responsabilité médicale, la responsabilité due aux blessures infligées par des animaux, et la responsabilité due à la pollution environnementale.

Bien qu'il n'y ait eu pour le moment que peu de contentieux en la matière (1,400 contentieux en 2008 pour toute la Chine), la responsabilité en matière de pollution environnementale a toujours fait l'objet de discussions intensives sur le plan théorique.

L'une des raisons principales de ces débats tient au fait que la législation en la matière est ambiguë.

L'article de base en matière de responsabilité environnementale est l'article 124 des Principes Généraux du Droit Civil de la République Populaire de Chine. Selon ce dernier :

"Toute personne qui pollue l'environnement et cause des dommages à autrui en violation des règles nationales pour la protection de l'environnement et la



prévention de la pollution doit être civilement responsable conformément à la loi.”

Cette réglementation a été interprétée dans le sens où la responsabilité délictuelle d'une personne ne peut être engagée que si une loi ou une réglementation spécifique a été violée. Sans violation d'un texte spécifique les tribunaux refusent de sanctionner.

Toutefois, l'article 41 de la Loi sur la Protection Environnementale de la République Populaire de Chine indique que :

“Une personne qui cause ou est susceptible de causer une pollution environnementale est obligée de procéder à la cessation des activités en causes et doit procéder à l'indemnisation des personnes ayant subi un dommage direct.”

Au vu de ce texte, il est soutenu par certains que la responsabilité d'une personne en matière de pollution environnementale peut être engagée alors même qu'aucune réglementation n'a été violée. Dès lors qu'une pollution cause un dommage, celui-ci devrait être indemnisé.

Dans la présente version du Projet, il semble que l'approche retenue par la Loi sur la Protection Environnementale ait prévalu.

En effet, selon l'article 65 du Projet :

“En cas de dommages causés à l'environnement la responsabilité délictuelle du pollueur est engagée.”

En outre, le pollueur doit assumer la charge de la preuve pour limiter sa responsabilité ou démontrer qu'il n'est pas responsable et ainsi démontrer qu'il n'existe pas de corrélation entre ses actions et le dommage.

Cette responsabilité dite “stricte” accentue la responsabilité du pollueur dans la mesure où celui-ci est présumé

responsable à moins qu'il n'en apporte la preuve contraire.

Le projet prévoit par ailleurs, que dans les cas où plus de deux pollueurs sont mis en cause, chacun d'eux ne peut être exempté de responsabilité que s'il démontre qu'il n'y a pas de lien de causalité entre son action et le dommage.

Enfin, le Projet prévoit que dans les cas de pollution causés à raison d'un tiers, les victimes de la pollution peuvent choisir entre demander des dommages et intérêts au pollueur direct ou au tiers indirectement responsable de la pollution. Si la responsabilité du pollueur est activée, celui-ci dispose d'une action récursoire contre le tiers réellement à l'origine de la pollution.

En conformité avec le texte lu en deuxième lecture, la troisième mouture du Projet conserve la mise en œuvre d'un principe de responsabilité stricte des pollueurs. Lors de la troisième lecture du Projet, certains membres du *People's Congress* ont toutefois soulevé les problèmes d'interprétation pouvant survenir dû à l'article 124 des Principes Généraux du Droit Civil de la République Populaire de Chine et ont demandé que soit ajoutée comme pré-condition pour engager la responsabilité d'un éventuel pollueur la violation d'un texte.

En raison des conséquences importantes de cette législation, nous vous tiendrons informés de son adoption définitive.





PROPRIETE INTELLECTUELLE

■ Brève introduction au nouveau droit chinois des brevets

La nouvelle version de la loi sur les brevets a été adoptée par le Comité Permanent du Congrès National du Peuple (*Standing Committee of the People's National Congress*) fin 2008 et est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2009. Cette révision est la troisième en 23 ans depuis l'adoption du premier texte en 1985. Les textes d'applications des nouvelles dispositions de la loi sur les brevets sont toutefois encore au stade de projet.

Par ailleurs, il convient de préciser à titre préliminaire que la nouvelle loi sur les brevets concerne également les dessins et modèles. En effet, contrairement au droit français, le terme brevet est utilisé en Chine comme un terme générique couvrant les brevets d'invention et les dessins et modèles.

La nouvelle loi contenant plusieurs dispositions favorables au breveté, elle reçoit à ce jour un accueil positif des titulaires de brevets.

Les principales dispositions de la nouvelle loi susceptibles de concerner vos activités en Chine peuvent être résumées comme suit :

1. Diminution des restrictions pour le dépôt hors de Chine de demandes de brevet pour des inventions réalisées en Chine

Sous l'empire de l'ancienne loi, les demandes de brevet portant sur des inventions réalisées en Chine devaient d'abord être déposées en Chine avant d'être déposées à l'étranger. Cette exigence a été remplacée par un examen préalable confidentiel par l'Office chinois de la propriété

intellectuelle (*State Intellectual Property Office* ou "SIPO").

La nouvelle loi prévoit également que les brevets ne seront pas accordés en Chine si le demandeur ne remplit pas les critères de la procédure d'examen préalable. Les dessins et modèles ne sont pas soumis à cette condition.

Les détails concernant la procédure d'examen préalable figurent dans le texte d'application.

2. De la "Nouveauté relative" à la "Nouveauté absolue"

Sous l'ancienne loi, la nouveauté de l'invention, qui est une condition de brevetabilité, était appréciée de manière « relative ». A cet égard, une invention était considérée comme nouvelle même si elle était utilisée publiquement ou rendue accessible au public en dehors de Chine dès lors qu'elle n'était pas connue du public par le biais de publications antérieures à la date de la demande de brevet.

La nouveauté d'une invention est désormais appréciée de manière « absolue ». Une technologie ne sera plus considérée comme nouvelle si elle a été utilisée ou rendue accessible au public, de quelque manière que ce soit, avant la date de dépôt de la demande.

3. Extension du champ des conflits en raison d'une demande de dépôt antérieur

Une autre condition devant être remplie pour déterminer si le dépôt d'une demande de brevet est recevable est de savoir si une précédente demande avait déjà été déposée. Sous l'ancienne loi, une demande antérieure enregistrée par un tiers était considérée comme créant un conflit avec un nouveau dépôt. Avec la nouvelle loi, une demande antérieure faite par le demandeur est désormais également considérée comme créant un conflit.



4. Plusieurs dessins et modèles peuvent être couverts par une seule demande

La nouvelle loi permet que deux ou plusieurs dessins et modèles se rapportant à un même produit soient déposés en même temps permettant ainsi au titulaire de bénéficier d'une protection plus étendue pour une même série de produits. L'ancienne loi ne permettait que de déposer une demande par dessin et modèle et créait le risque que certaines demandes soient rejetées en raison de la similarité des dessins et modèles ou d'un conflit d'antériorité de dépôt.

5. Formalités nécessaires à la cession des droits attachés à un brevet à une partie étrangère

L'ancienne loi prévoyait que la partie chinoise devait obtenir une autorisation administrative si celle-ci souhaitait transférer ses brevets ou les droits qui y étaient attachés à une partie étrangère. Cette disposition de la loi était en contradiction avec le règlement sur l'importation et l'exportation de technologies selon lequel seules les technologies figurant dans la catégorie «*restricted*» doivent faire l'objet d'une autorisation administrative. Pour les autres technologies, un simple enregistrement est nécessaire.

La nouvelle loi prévoit que la cession de brevet ou des droits qui y sont attachés à une partie étrangère doit être réalisée conformément aux lois et règlements applicables en la matière. A l'heure actuelle, ces lois et règlements sont le règlement sur l'importation et l'exportation de technologies et la loi sur la protection des secrets d'Etat.

6. L'exploitation des brevets d'invention détenus en co-propriété

Il s'agit d'une nouvelle disposition qui ne figurait pas dans l'ancienne loi. La nouvelle loi prévoit que lorsque les droits relatifs à une demande de brevet ou à un brevet sont détenus en co-propriété,

l'exploitation de ces droits est réalisée conformément à l'accord conclu entre les différents titulaires. En l'absence d'un tel accord, chacun des co-proprétaires a le droit d'exploiter la technologie faisant l'objet du brevet et d'accorder des licences non-exclusives d'exploitation à un tiers. Si une telle licence est accordée, les redevances doivent être partagées entre les différents co-proprétaires.

7. L'offre de vendre des produits reproduisant un dessin ou modèle déposé sans autorisation constitue une infraction

L'ancienne loi interdisait d'offrir à la vente des produits reproduisant des inventions brevetées ou des modèles d'utilité, mais ne protégeait pas l'offre de vente de produits reproduisant un dessin ou modèle. La nouvelle loi interdit désormais l'offre de vente de produits reproduisant des dessins ou modèles déposés. Il est ainsi dorénavant possible de poursuivre en justice des personnes montrant lors de foires, sur des sites internet, dans des expositions, ou par tout autre moyen des produits reproduisant des dessins ou modèles déposés et proposés à la vente.

8. "Rapport d'Evaluation" dans le cadre de procédures en contrefaçon

Sous l'ancienne loi, lorsqu'un litige impliquant un modèle d'utilité était soumis à un tribunal ou à l'administration chinoise en charge des brevets, le tribunal ou l'administration pouvaient demander au titulaire de soumettre un "Search Report" émis par le SIPO.

Sous la nouvelle loi, ce rapport est remplacé par un rapport d'évaluation contenant l'analyse et l'évaluation du SIPO. Ce rapport d'évaluation sera directement utilisé comme preuve et permettra d'éviter la suspension par la commission de réexamen du SIPO de la procédure judiciaire en cours devant un tribunal.

En outre, sous la nouvelle loi, la possibilité pour le tribunal ou l'administration d'exiger un « Rapport d'Evaluation » est également



prévue dans le cadre de procédures en contrefaçon de dessins ou modèles.

9. Calcul des indemnités

La nouvelle loi prévoit dans l'ordre suivant des méthodes de calcul permettant d'évaluer : 1) Le préjudice subi par le titulaire du brevet; 2) les revenus illégaux réalisés par le contrefacteur; 3) Le montant éventuel des redevances du brevet si des difficultés subsistent pour l'application des méthodes applicables présentées aux deux premiers points.

En dehors des cas précités, le titulaire du brevet peut également être indemnisé pour les frais raisonnablement engagés pour mettre fin à la violation de ses droits.

10. Augmentation des dommages-intérêts et des amendes administratives prévus par la loi

Dans le cadre d'un litige en matière civile, et lorsqu'il est difficile de déterminer le montant des dommages-intérêts devant être accordé au titulaire du brevet en utilisant une des méthodes envisagées précédemment (au point 9), le tribunal peut accorder une indemnité d'un montant maximal de 1 million de RMB (approximativement 100.000 euros), ce qui constitue une augmentation considérable par rapport au montant précédemment prévu par l'ancienne loi qui était de 0,5 million de RMB. Par ailleurs, le titulaire du brevet peut également être indemnisé pour les frais raisonnablement engagés pour mettre fin à la violation de ses droits en plus des dommages-intérêts prévus par la loi.

Les amendes maximum pouvant être infligées par l'administration pour la violation des droits du titulaire d'un brevet passent de 50.000 RMB à 200.000 RMB (approximativement de 5.000 à 20.000 euros).

11. Mise en place d'une procédure pour la préservation des preuves avant un procès

Sous l'ancienne loi, une telle procédure n'existait pas. La nouvelle loi prévoit que le titulaire d'un brevet peut déposer une demande auprès du tribunal compétent pour la préservation de preuves avant d'engager un procès. Le tribunal compétent peut demander une garantie au demandeur pour accepter sa demande et dispose de 48 heures pour accepter ou refuser la demande de préservation de preuve.

Si la demande est acceptée par le tribunal, le détenteur du brevet doit engager une procédure contentieuse dans les 15 jours suivant la date de la décision de préservation des preuves. A défaut, le tribunal doit décider la révocation des mesures conservatoires.

■ Interdiction de l'utilisation non autorisée de bases de données de polices de caractères chinois

Selon un jugement du 16 novembre 2009 rendu par la première Cour intermédiaire de Pékin, les fabricants de logiciels ne sont pas autorisés à utiliser des bases de données de polices de caractères chinois développés par un tiers sans compensation ni autorisation de ce tiers. Le jugement a été rendu à l'encontre de l'entreprise Microsoft suite à l'utilisation par cette dernière d'une base de données de polices de caractères chinois installés sur ses produits tel que Windows 98, Windows 2000, Windows XP pendant près de 10 ans sans aucun agrément ni paiement du développeur de ces polices.

■ Protection du nom et du droit à l'image

Suite à l'utilisation du nom et de l'image du célèbre architecte Ieoh Ming Pei, un promoteur immobilier de la ville de Changzhou dans la province du Jiangsu a été condamné par un tribunal de Pékin.



Selon le jugement, le promoteur immobilier a été condamné à effacer toute publicité affirmant de façon mensongère que leoh Ming Pei était le concepteur du projet immobilier, à présenter ses excuses à leoh Ming Pei dans un journal national et à lui verser une indemnité équivalente à 40.000 euros.

leoh Ming Pei est connu pour ses nombreuses réalisations architecturales, incluant en particulier la Pyramide du Louvre à Paris.



INVESTISSEMENTS DIRECTS ETRANGERS EN CHINE

■ Nouvelle réglementation concernant la constitution des sociétés en nom collectif par des entreprises et personnes physiques étrangères

Afin de favoriser en Chine les investissements de petite et moyenne taille, le Conseil d'Etat chinois a récemment annoncé l'entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation intitulée *Administrative Measures on Establishment of Partnership Enterprises in China by Foreign Enterprises and Individuals* (les "Mesures Administratives"). Ces Mesures Administratives entreront en vigueur le 1^{er} mars 2010.

Jusqu'à présent, les investisseurs étrangers qui réalisaient des opérations en Chine avaient pour seuls choix de véhicules d'investissement la société à responsabilité limitée et la société anonyme.

Avec les nouvelles Mesures Administratives les investisseurs étrangers peuvent dorénavant choisir les sociétés en nom collectif comme véhicule d'investissement pour s'associer avec d'autres investisseurs étrangers, ou avec des partenaires chinois personnes physiques ou personnes morales.

En comparaison des formes sociales jusqu'à présent utilisées, l'un des avantages majeur de ce nouveau véhicule d'investissement est que la procédure d'agrément du ministère du commerce et de ses bureaux locaux (qui durait de un à trois mois environ) n'est plus nécessaire. Pour la constitution d'une telle société, les investisseurs d'une société en nom collectif ont seulement comme obligation de faire enregistrer la société auprès de l'administration de l'industrie et du commerce local en charge de l'enregistrement.

Le principal inconvénient de cette forme sociale est cependant que la règle est celle de la responsabilité solidaire des associés. Toutefois, il existe certaines exceptions, telle que les sociétés en nom collectifs spéciales, permettant de limiter cette responsabilité.

■ Nouvelle réglementation en matière de concentration relative aux fusions et acquisitions en matière d'investissements étrangers en Chine

En matière de fusions et acquisitions en Chine, les investisseurs étrangers doivent faire attention à la réglementation sur les concentrations, qui peut interdire les transactions envisagées lorsque les opérateurs dans un secteur d'activité spécifique sont susceptibles de détenir des parts de marché trop importantes suite à la fusion.

Pour faire suite aux *Provisions of the State Council on the Standard for Declaration of Concentration of Business Operators* entrées en vigueur en août 2008, le ministère du commerce a récemment publié les *Measures on Examination of the Concentration of Business Operators* (les



“Mesures”), qui entreront en vigueur au 1er janvier 2010.

Ces Mesures clarifient certains points concernant la procédure d'autorisation pour la concentration des opérateurs sur un marché spécifique. Pendant l'examen, le ministère du commerce peut communiquer avec les opérateurs par écrit, conduire des investigations et procéder à des auditions.

Si le ministère du commerce décide que la concentration n'est pas interdite ou si aucune décision n'est rendue dans le délai légal prévu par la loi contre les concentrations, les opérateurs peuvent procéder à la fusion.

Le ministère du commerce peut également décider d'interdire la concentration ou de l'autoriser sous certaines conditions.



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



ACTUALITES DU CABINET

Afin de mieux vous servir et répondre à vos besoins, nos bureaux de Pékin et Shanghai ont déménagé. Nos nouvelles adresses sont les suivantes :

A PEKIN

Suite 2108, Zhongyu Plaza,
A6 Gongti north Road,
Chaoyang District,
Beijing, 100027

Tél: +86 10 8523 6858

Fax: +86 10 8523 6878

Beijing@adamas-lawfirm.com

A SHANGHAI

Suite 3301, United Plaza
1468 Nanjing Xi Lu
Jing An District
Shanghai, 200040

Tél: +86 21 6289 6676

Fax: +86 21 6289 6672

Shanghai@adamas-lawfirm.com

Nous disposons par ailleurs de bureaux partenaires dédiés, à Canton, Chengdu, Wuhan, et Hong Kong.