

Laurent von Niederhäusern

La résiliation du contrat de travail par l'employeur en droit chinois

Der Beitrag eines in China tätigen Schweizer Anwalts verschafft eine detaillierte Übersicht zur Kündigung des Arbeitsvertrags in der Volksrepublik China aus der Perspektive des Arbeitgebers. Des Weiteren liefert er einige praxisbezogene Ratschläge für die in China tätigen ausländischen Unternehmen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Chinesisches Recht; Arbeitsrecht

Zitiervorschlag: Laurent von Niederhäusern, La résiliation du contrat de travail par l'employeur en droit chinois, in: Jusletter 22. Juni 2015

Table des matières

- I. Introduction
- II. La résiliation par l'employeur : les trois catégories de motifs de résiliation
 - 1. Résiliation sans indemnisation et avec effet immédiat (art. 39 LCT)
 - 2. Résiliation avec indemnisation simple et délai de trente jours (art. 40 LCT)
 - 3. Résiliation injustifiée résultant en une double indemnisation
- III. Autres cas de dissolution de la relation de travail
- IV. Calcul de l'indemnisation de départ (art. 47 LCT)
- V. Situations dans lesquelles une résiliation est prohibée
- VI. Exigences de forme
- VII. Radiation selon le droit des sociétés
- VIII. Licenciement collectif
- IX. Contentieux en rapport avec une résiliation — quelques remarques
- X. Conclusion : quelques conseils

I. Introduction

[Rz 1] Le droit du travail chinois est caractérisé par l'obligation de justifier toute résiliation par un motif prévu par la loi et de verser une indemnisation de départ basée sur l'ancienneté.

[Rz 2] Il est généralement admis qu'il n'est pas permis aux parties de prévoir des motifs de résiliation autres que ceux stipulés par le législateur, bien que les autorités judiciaires de certaines villes ou provinces acceptent, au cas par cas, de prendre en compte certaines clauses contractuelles. En outre, la grande majorité des résiliations donnent lieu à une indemnisation de départ dont le montant dépendra de l'ancienneté d'une part, et de la nature du motif de résiliation d'autre part. Une telle indemnisation est due même dans le cas de l'expiration d'un contrat de travail à durée déterminée. Comme nous allons le voir, il s'agit donc pour l'employeur de choisir judicieusement le motif de résiliation qu'il compte faire valoir afin de réduire l'indemnisation de départ autant que possible. Il peut être judicieux d'offrir un contrat à durée limitée ainsi qu'une longue période d'essai pour limiter les difficultés de licenciement.

[Rz 3] La loi prévoit trois catégories de motifs de résiliation, lesquels mènent à des délais de congé et des indemnisations différentes. La présente contribution s'oriente ainsi d'après ces trois catégories (ci-dessous chapitre II).

[Rz 4] Le droit du travail chinois est applicable de manière impérative à toute relation de travail se déroulant sur le territoire chinois, y compris celles concernant des citoyens étrangers employés en Chine. En d'autres mots, le droit international privé chinois exclut le choix d'un droit étranger pour une relation de travail. Les normes ci-dessous ne pourront donc être contournées par une convention prévoyant l'application d'un droit étranger.

[Rz 5] La dissolution du contrat de travail est réglée dans les articles 36 à 50 de la Loi sur le Contrat de Travail de la RPC (ci-après « LCT ») du 28 décembre 2012.

II. La résiliation par l'employeur : les trois catégories de motifs de résiliation

1. Résiliation sans indemnisation et avec effet immédiat (art. 39 LCT)

[Rz 6] L'art. 39 LCT prescrit qu'une résiliation sans indemnisation et à effet immédiat est possible dans les situations suivantes :

1. il est prouvé que l'employé ne remplit pas les conditions d'embauche pendant la période d'essai ;
2. l'employé commet une violation grave des règles et procédures prévues par l'employeur ;
3. l'employé cause des dommages graves à l'employeur en négligeant ses devoirs ou en cherchant des bénéfices personnels ;
4. l'employé entre dans une relation de travail avec un autre employeur et cela affecte sérieusement l'accomplissement de ses tâches ou l'employé refuse de rectifier la situation après que son employeur l'ait enjoint de corriger son comportement ;
5. le contrat de travail est déclaré nul et sans effet pour dol ou conclusion contre le gré d'une des parties ; ou
6. l'employé a été reconnu coupable d'un crime.

[Rz 7] L'alinéa 1 ne peut être invoqué que pendant la période d'essai, laquelle peut durer jusqu'à six mois pour un contrat de longue durée (trois ans au moins) ou à durée indéterminée. L'employeur n'est donc pas entièrement libre de résilier à sa guise pendant la période d'essai. La résiliation est cependant grandement facilitée : aucune indemnisation n'est due s'il est « prouvé » que les conditions d'embauche ne sont pas remplies.

[Rz 8] Les alinéas 3 à 6 mentionnent des manquements graves. Dans des cas moins sérieux, l'employeur cherchera à s'appuyer sur une « violation grave des règles et procédures prévues par l'employeur » (al. 2) pour justifier la résiliation. Dans cette perspective, il est recommandé, dans des buts de gestion de personnel, d'établir un règlement interne précis dont l'application est mentionnée dans les contrats de travail individuels. Lorsqu'il devient clair qu'un employé pose problème, il convient de communiquer les manquements par écrit afin de préparer le terrain pour un éventuel licenciement.

2. Résiliation avec indemnisation simple et délai de trente jours (art. 40 LCT)

[Rz 9] Dans les circonstances suivantes, le congé peut être donné avec une compensation simple et un délai de trente jours :

1. l'employé est malade ou blessé pour des raisons non liées au travail et ne peut, après traitement, ni reprendre son travail, ni assumer une autre position dans l'entreprise ;
2. l'employé est incompetent pour son poste de travail et continue de l'être après une formation complémentaire ou un changement de poste ; ou
3. la situation objective sur la base de laquelle le contrat de travail a été conclu a changé considérablement, de sorte que celui-ci ne peut plus être rempli, et les deux parties ne peuvent trouver un accord sur sa modification après négociations.

[Rz 10] La résiliation pour incompetence (art. 40 al. 2 LCT) est la solution invoquée d'ordinaire lorsqu'aucun manquement grave ou situation extraordinaire n'est relevé. Mais un congé donné sur ce motif requiert que l'employeur ait au préalable offert une formation supplémentaire ou une position différente à l'employé. Si l'on n'est pas prêt à offrir une formation supplémentaire, on devra donc proposer à la personne un autre poste et ne la licencier que quelques mois plus tard si elle n'apporte toujours pas satisfaction. Bien sûr, la perspective d'occuper une position plus basse et moins bien payée suffira souvent à pousser l'employé à négocier la dissolution du contrat de travail.

[Rz 11] En regard de l'al. 3, seules des circonstances rendant objectivement impossible l'accomplissement

du contrat de travail sont tolérées. Mais là encore, la résiliation doit être précédée d'efforts de la part de l'employeur pour résoudre le problème. Il doit consulter l'employé pour tenter de modifier le contrat de travail et permettre sa continuation. Pour des raisons de preuve, de telles négociations devront être proposées par écrit, tenues en présence de témoins ou tout du moins consignées par procès-verbal.

[Rz 12] La résiliation effectuée pour des motifs mentionnés à l'art. 40 LCT doit respecter un délai de trente jours qui ne doit pas se terminer à la fin d'un mois de calendrier. Ce délai peut être remplacé par le paiement d'un mois de salaire ordinaire. En outre, l'employeur a l'obligation de payer à l'employé une indemnisation de départ mesurée sur l'ancienneté selon l'art. 47 LCT (voir chapitre IV ci-dessous).

3. Résiliation injustifiée résultant en une double indemnisation

[Rz 13] Toute résiliation qui ne peut être justifiée par l'un des motifs stipulés aux articles 39 et 40 LCT sera considérée comme illicite. Dans ces cas-là, l'employé a le droit de demander à être réintégré dans son emploi initial (art. 58 LCT). S'il ne le souhaite point ou si cela est objectivement impossible, l'employeur a l'obligation de payer le double de la compensation usuelle (art. 87 LCT). En pratique, si l'employé parvient à faire déclarer la résiliation illicite, il optera d'ordinaire pour le versement d'une compensation. S'il requiert la continuation du contrat de travail, l'employeur pourra toujours arguer que cela est impossible. Les cas où un employé regagne sa place sont rares, mais ce risque ne doit pas être sous-estimé. Dans une situation où aucun des motifs mentionnés par la loi ne peut être invoqué, il est judicieux de négocier la dissolution de la relation d'emploi avec l'employé, plutôt que de s'exposer aux suites d'un licenciement illicite.

III. Autres cas de dissolution de la relation de travail

[Rz 14] L'employé a, de son côté, tout loisir de résilier le contrat de travail sans devoir invoquer de motifs en respectant un délai de trente jours, ou de 3 jours pendant la période d'essai. Bien entendu, aucune indemnisation ne lui est due dans ces cas de résiliation spontanée. Cependant, dans les cas où la résiliation est provoquée par un manquement de la part de l'employeur, l'employé peut exiger une indemnisation simple. Cela inclut en particulier le retard dans le paiement du salaire ou des contributions de sécurité sociale.

[Rz 15] Le contrat de travail peut être dissout par accord entre employeur et employé (art. 36 LCT). Si c'est l'employeur qui a proposé la dissolution, une indemnisation simple sera due à l'employé (art. 46 al. 2 LCT).

[Rz 16] Un employeur qui doute des qualifications d'un employé ou qui souhaite préserver toute liberté de le congédier sera tenté de lui offrir un contrat de durée déterminée pour faciliter son départ, puisqu'un motif stipulé par la loi n'est pas requis lorsqu'un contrat de travail arrive à expiration. Cependant, il est à souligner qu'une indemnisation simple sera due malgré tout, sauf dans le cas où l'employeur a proposé une extension du contrat sous des conditions similaires ou meilleures et que c'est l'employé qui a refusé.

[Rz 17] Il est à noter que l'art. 14 LCT stipule qu'un employé a le droit de requérir la conclusion d'un contrat de travail à durée indéterminée après l'expiration d'un deuxième contrat à durée déterminée consécutif. De plus, d'après la pratique de certaines régions, la prolongation des relations de travail

après l'expiration un contrat de durée déterminée, sans qu'un nouveau contrat écrit soit conclu, peut le transformer automatiquement en contrat de durée indéterminée.

[Rz 18] Une société ou un individu étranger ne peut directement employer un individu pour une relation de travail sur sol chinois. L'emploi doit être effectué par le travers d'une agence d'emploi agréée, telle que FESCO, de sorte que la résiliation devra être coordonnée avec cette agence et prononcée par celle-ci.

IV. Calcul de l'indemnisation de départ (art. 47 LCT)

[Rz 19] L'indemnisation de départ est basée sur l'ancienneté : un mois de salaire pour chaque année d'emploi. Dans ce calcul, toute période de moins de six mois compte comme une demi-année. Toute période excédant six mois équivaut à une année entière. Le « mois de salaire » sera déterminé d'après la moyenne du salaire de l'employé pendant les 12 mois précédant la résiliation, en tenant compte de tout ce qui est bonus, gratifications, etc.

[Rz 20] Cependant, le législateur a limité le montant de l'indemnisation pour les personnes à hauts revenus. Ainsi, si le salaire mensuel moyen est supérieur au triple du salaire « moyen » officiel déclaré par le gouvernement local, c'est ce chiffre qui sera utilisé. Dans ces cas-là, les années d'ancienneté ne seront pas multipliées par le salaire de l'employé, mais au contraire par le triple du salaire moyen officiel ; de plus, l'indemnisation sera limitée au facteur 12 (prise en compte de 12 années d'emploi). Le salaire moyen officiel est d'ordinaire publié sur le site internet officiel du gouvernement local¹.

[Rz 21] Il est à noter que la nouvelle version de la LCT est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2008. Selon les règles de droit transitoire, les principes de calcul de l'indemnisation prévus par l'ancienne loi doivent encore être appliqués pour les années d'emploi précédant cette date. Ceux-ci présentent deux différences : premièrement, toute période d'emploi de moins d'une année est considérée comme une année entière ; deuxièmement, la limitation selon le salaire moyen officiel n'existe pas, de sorte que les hauts salaires restent la référence.

[Rz 22] Si un employeur affecte un employé à une autre unité sans que cela soit dû à des motifs personnels de l'employé et qu'aucune indemnisation n'est payée par l'ancien employeur lors du transfert, les années d'emploi chez l'ancien employeur seront pris en compte lors du calcul.

[Rz 23] A titre d'illustration, admettons qu'un cadre travaillant dans la ville de Shanghai ait touché un salaire brut de RMB 50'000 dans les douze derniers mois, ainsi qu'un bonus de RMB 120'000. Son premier jour de travail était le 1^{er} novembre 2006. Son contrat de travail est résilié au 30 mai 2015. Une indemnisation simple lui est due. Quel est le montant de celle-ci ?

[Rz 24] La période de travail à compter de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi est de 7 ans et 5 mois. Dans le but du calcul, cela est compté comme 7,5 ans. Le salaire moyen officiel de Shanghai est actuellement de RMB 5'451. Le salaire de notre employé dépasse clairement le triple de cette somme. La première partie de la compensation est donc de $3 \times 5'451 \times 7,5 = \text{RMB } 122'647.50$.

[Rz 25] La personne a vécu une partie de sa relation de travail, soit exactement une année et 2 mois, sous l'égide de l'ancienne loi. Cela est compté comme deux années entières. Son salaire mensuel

¹ A titre d'exemple, le salaire moyen officiel se situe actuellement aux niveaux suivants dans ces villes chinoises. Shanghai : RMB 5'451; Pékin : RMB 5'793 ; Canton : RMB 5'808 ; Chengdu : RMB 3'970 ; Tianjin : RMB 4'686.

moyen des 12 derniers mois, en tenant compte du bonus, est de RMB 60'000. La seconde partie de la compensation est donc de $2 \times 60'000 = \text{RMB } 120'000$. L'indemnisation totale est de RMB 242'647.50

V. Situations dans lesquelles une résiliation est prohibée

[Rz 26] Dans les circonstances mentionnées par l'art. 42 LCT, il est interdit à l'employeur de résilier le contrat de travail et celui-ci devra être prolongé jusqu'à ce que la situation mentionnée par la loi cesse d'exister. Cette disposition protège en particulier les employés souffrant d'une maladie ou d'un accident en rapport avec le travail ; les femmes enceintes, mais aussi celles qui sont en période d'allaitement ; les employés qui ont travaillé pour l'entreprise pendant plus de 15 ans et sont à moins de 5 ans de l'âge de la retraite².

[Rz 27] Si l'employeur résilie le contrat malgré cette interdiction, il se verra dans l'obligation de maintenir le contrat de travail, ou alors de payer une double indemnisation si l'employé ne demande pas la prolongation ou que celle-ci n'est pas possible.

VI. Exigences de forme

[Rz 28] Le droit chinois ne stipule pas d'exigences de forme pour la résiliation elle-même. Cependant, il est évidemment judicieux de communiquer la résiliation par écrit et de la motiver pour créer des moyens de preuve.

[Rz 29] Toute résiliation doit être notifiée au syndicat de l'employé si celui-ci est affilié. Cette exigence est souvent négligée, mais dans ce cas la résiliation peut être considérée comme illégale, ce qui peut entraîner le paiement d'une indemnisation.

VII. Radiation selon le droit des sociétés

[Rz 30] Tout contrat de travail peut être résilié selon les règles décrites dans cette contribution. Attention cependant : certaines positions découlant du droit des sociétés exigent des mesures particulières. Dans une société à responsabilité limitée investie de capitaux étrangers, le Directeur Général (*General Manager*), le Vice-Directeur Général et le Directeur Financier sont démis de leurs fonctions par le Conseil d'Administration. Dans le cas des Administrateurs et Superviseurs, c'est l'Assemblée des Actionnaires qui possède cette compétence³. Les Administrateurs, Superviseurs, le Directeur Général et le Représentant Légal doivent être rayés des registres de l'Administration de l'Industrie et du Commerce (« AIC ») sur la base d'une décision écrite de l'organe compétent. Les règles sont légèrement différentes dans le cas de la *Joint Venture*.

² Pour une certaine tranche de la population chinoise, la retraite peut être prise dès 50 ans pour les femmes et 60 ans pour les hommes. Ainsi, cette protection contre la résiliation peut faire ses effets très tôt.

³ La position clef de Représentant Légal (*Legal Representative*) est assumée soit par le président du Conseil d'Administration, soit par l'administrateur unique (*Executive Director*), soit par le Directeur Général. L'organe compétent à congédier la personne dans la position correspondante est donc également apte à démettre de ses fonctions le Représentant Légal.

VIII. Licenciement collectif

[Rz 31] La résiliation d'au moins 20 employés ou 10% des employés d'une entreprise est considérée comme licenciement collectif au sens de l'art. 41 LCT⁴. Un tel licenciement en masse n'est toléré par la loi que si l'une des conditions suivantes est remplie :

1. l'employeur est soumis à une restructuration sous la Loi sur les Faillites ;
2. l'entreprise rencontre de sérieuses difficultés dans ses opérations commerciales ;
3. l'entreprise passe à de nouveaux produits, effectue des innovations technologiques importantes ou modifie ses méthodes commerciales, et il est toujours nécessaire de licencier les employés après avoir modifié les contrats de travail ;
4. la situation économique objective sur la base de laquelle les contrats ont été conclus a changé de manière substantielle, ce qui rend impossible l'accomplissement de ces contrats de travail. Cette condition est par exemple remplie si l'entreprise est forcée de relocaliser sa production ou si elle ne peut plus obtenir les permis nécessaires à ses opérations.

[Rz 32] En cas de licenciement collectif, l'employeur doit soumettre son projet de licenciement à tous les employés ou au syndicat au moins 30 jours à l'avance et écouter leurs suggestions, puis fournir un rapport au bureau de travail local. Une fois que ces démarches ont été effectuées, les résiliations peuvent être prononcées avec un délai de 30 jours. Si l'employeur souhaite réembaucher dans les six mois qui suivent, il devra en informer ses anciens employés et leur donner la priorité.

IX. Contentieux en rapport avec une résiliation — quelques remarques

[Rz 33] Lors d'un contentieux relatif à une résiliation, les parties devront suivre des règles de procédure bien particulières. Une partie ou les deux doivent tout d'abord s'adresser à l'Institut de Conciliation de Dispute de Travail local pour tentative de conciliation. Si celle-ci échoue, l'une des parties peut s'adresser au Comité d'Arbitrage de Dispute de Travail dès 15 jours après la demande de conciliation, mais au plus tard une année après que la partie ait pris connaissance de la violation de ses droits. Les procédures de conciliation et d'arbitrage, qui sont d'ordinaire conduites par des juges non professionnels, sont gratuites pour les deux parties. Celles-ci peuvent ensuite attaquer la décision du Comité d'Arbitrage devant la Cour Populaire compétente. La décision de cette dernière peut être l'objet d'un recours en appel.

X. Conclusion : quelques conseils

[Rz 34] Comme le lecteur a pu s'en rendre compte, les règles strictes du droit de travail chinois comportent le danger de résiliations laborieuses, d'indemnisations vertigineuses et même d'employés indésirables et éternels dont on ne peut se débarrasser. Les remèdes suivants pourront servir à adoucir ces maux :

- donner congé pendant la période d'essai ;
- offrir des contrats à durée déterminée ;

⁴ Etrangement, la loi ne définit pas la période pendant laquelle ce nombre de licenciements doit avoir lieu pour être considérés comme licenciement collectif. Cette question est donc sujette à l'interprétation des cours populaires.

- émettre un règlement interne précis ;
 - relever par écrit les manquements et fautes des employés ;
 - négocier avec l'employé la dissolution de la relation de travail et une indemnisation raisonnable, plutôt que tenter une résiliation mal fondée.
-

LAURENT VON NIEDERHÄUSERN, licencié en droit, avocat chez Wenfei Law à Shanghai, Chine ;
laurent.vonniederhaeusern@wenfei.com.