



NEWSLETTER

ASIE

AVRIL 2015

CHINE : Les limites à la liberté de circulation des ressortissants étrangers

JAPON : Importations parallèles : la riposte impossible ? (Deuxième partie)

INDE : La réforme des règles liées à l'acquisition des terres

SINGAPOUR : Faciliter les émissions transfrontalières de titres financiers en ASEAN

VIETNAM : Nouveau décret sur les Partenariats Public Privé (PPP)

I. Chine : Les limites à la liberté de circulation des ressortissants étrangers

Le principe de libre circulation des ressortissants étrangers en Chine est prévu par deux conventions internationales ratifiées par la Chine : la « Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 » et la « Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale », ainsi que par « le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de New-York » signé mais pas encore ratifié par la Chine. Sur le plan national, ce principe est confirmé par l'article 4 de la « Loi relative à l'entrée et à la sortie des ressortissants étrangers sur le territoire de la République Populaire de Chine » de 1985 (ci-dessous la Loi de 1985) qui prévoit l'interdiction d'intenter à la liberté personnelle des ressortissants étrangers. Ce même article précise toutefois que des mesures de privation de liberté peuvent être décidées par le parquet ou un tribunal et exécutées par des agents de police ou de la sécurité

nationale. En revanche, la « Loi de la République Populaire de Chine » entrée en vigueur le 1er juillet 2013 et qui a remplacé la loi de 1985 (ci-dessous la Loi de 2013) indique simplement à son article 3 que les droits légaux des ressortissants étrangers sont protégés sur le territoire chinois, mais que ces derniers doivent respecter les lois chinoises.

I – Les cas légaux justifiant d'une interdiction de sortie du territoire

Ce droit de libre circulation n'est donc pas absolu, et un ressortissant étranger peut se voir interdire de sortir du territoire chinois lorsqu'il se trouve dans l'une des situations décrites ci-après.

I.1. En matière administrative

- a) Les ressortissants étrangers non munis de documents de voyage valides (passeport, carte d'identité et/ou visa), présentant un document de voyage falsifié ou appartenant à une autre personne, ou encore refusant de se soumettre au contrôle d'identité, peuvent faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire¹.
- b) D'une manière générale, tout ressortissant étranger ayant violé la loi chinoise peut se voir interdit de sortir du territoire si cette violation n'a pas fait l'objet d'un règlement et si les autorités concernées décident de lancer des poursuites².

I.2. En matière civile

- a) Le ressortissant étranger est partie à un procès civil en cours³ (voir point III ci-dessous) et a reçu une notification du tribunal populaire l'informant de son interdiction de sortie du territoire⁴ ;
- b) Le ressortissant étranger n'a pas exécuté le jugement rendu par le tribunal populaire lors d'un procès civil⁵ ;
- c) Le ressortissant étranger est redevable de salaires à des employés, et les autorités compétentes du Conseil des Affaires d'Etat, du gouvernement municipal de niveau provincial ont proclamé une interdiction de sortie du territoire.

Il convient de préciser que très souvent, en cas de litige civil, le ressortissant étranger ne reçoit pas de notification préalable du tribunal et ne découvre qu'au passage

¹ Article 12 du règlement d'application de la Loi de 1985.

² Article 23 de la Loi de 1985.

³ Article 28.2 de la Loi de 2013.

⁴ Article 23 de La loi de 1985.

⁵ Article 231 du Code de procédure civile.

des frontières qu'il fait l'objet d'une interdiction de sortie et parallèlement d'une plainte au civil déposée par une tierce personne.

I.3. En matière pénale

- a) Le ressortissant étranger est partie défenderesse à un procès pénal ou suspect en cas d'infraction pénale; ou en cas de condamnation pénale pas totalement purgée sauf transfert de l'intéressé vers un autre pays en application des conventions signées entre la Chine et ce pays⁶ ;
- b) La présence physique du ressortissant étranger est nécessaire à la tenue d'un procès pénal.

De plus, en cas de suspicion d'infraction pénale, le ressortissant étranger peut se voir assigné à résidence, faire l'objet d'un contrôle judiciaire (ses déplacements à l'intérieur de la Chine étant alors soumis à l'approbation des autorités concernées), ou encore mis en détention provisoire en attente du procès. Ainsi par exemple, en cas de suspicion de contrebande, une interdiction de sortie du territoire pourra être décidée directement par le bureau de lutte contre la contrebande de l'administration des douanes, et pourra ensuite être levée par ce même bureau, qui transmettra dans les deux cas l'information au bureau de la sécurité publique en charge du contrôle des entrées et sorties du territoire.

II – Les ressortissants étrangers susceptibles de faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire.

L'article 23 de la Loi de 1985 et l'article 28.2 de la Loi de 2013 prévoient que seuls les ressortissants étrangers étant parties à titre personnel à une affaire civile peuvent se voir interdire de sortir du territoire. Cependant, en pratique, il s'avère que les ressortissants étrangers employés par une société (de droit chinois ou de droit étranger) partie à une procédure civile ou pénale peuvent également faire l'objet d'une interdiction de sortie du territoire, à partir du moment où ils occupent les fonctions de représentant légal de la société impliquée, ou peuvent être considérés comme les « dirigeants directement responsables » ou les « autres personnes directement responsables » des faits objet de la procédure. Cette pratique a été confirmée par un compte rendu de réunion publié par la Cour Suprême en 2005.

En droit chinois, la notion de « dirigeant directement responsable » désigne le dirigeant ayant commis ou pouvant être considéré comme responsable de l'acte incriminé, et ne fait donc pas seulement référence au représentant légal. Quant à l'expression les « autres personnes directement responsables », elle vise les employés ayant commis ou participé à l'acte. La détermination de ces dirigeants ou

⁶ Article 23 de la Loi de 1985, Article 322 des Interprétations de la Cour suprême (1998) relatives à l'application de la Loi de procédure pénale, article 28.1 de la Loi de 2013

personnes directement responsables relève de l'appréciation des autorités qui peut être très large. Ainsi, en reprenant notre exemple de suspicion de contrebande, dans le cas d'une société étrangère commercialisant ses produits en Chine par le biais d'un agent chinois, le directeur ou responsable des ventes de la société étrangère (et donc la personne la plus susceptible de se rendre en Chine) peut tout à fait être considéré par les autorités chinoises comme la personne directement responsable, et à ce titre, se retrouver bloqué en Chine.

III – La possibilité de levée de l'interdiction de sortie du territoire dans le cas d'une procédure civile en cours

Le tribunal ne peut prononcer une interdiction de sortie du territoire que sur la demande expresse de la partie plaignante, et seulement une fois que le tribunal a accepté de se saisir de la plainte. Même si l'obligation ne figure pas dans les textes de loi, certains tribunaux, avant d'émettre l'interdiction de sortie du territoire, exigent le dépôt par le plaignant d'une caution dont le montant varie en fonction de la pratique locale. La Cour Populaire de la province du Guangdong indique exiger le paiement d'une caution d'un montant de 50 000 à 100 000 Yuan, d'autres tribunaux demandent le paiement d'une caution représentant 20 % des sommes réclamées. Cette caution est destinée, en théorie, à indemniser le ressortissant étranger qui se retrouverait à tort bloqué en Chine.

Le ressortissant étranger objet de l'interdiction de sortie du territoire peut demander la levée de cette interdiction avant le jugement en dernier ressort du tribunal et/ou son exécution, en payant une caution d'un montant équivalent à la somme réclamée par la partie plaignante. Après vérification de la bonne réception de la caution, le tribunal saisi de l'action civile, transmet pour approbation la demande de levée de l'interdiction de sortie du territoire au tribunal du ressort supérieur. Ce n'est qu'après avoir obtenu l'approbation du tribunal du ressort supérieur, et transmission de la décision au bureau de la sécurité publique en charge des entrées et sorties, que la levée de l'interdiction sera effective. L'ensemble de cette procédure nécessite toutefois un délai de l'ordre de quatre semaines, pendant lequel le ressortissant étranger reste bloqué en Chine.

II. Japon : Importations parallèles : la riposte impossible ? (Deuxième partie)

Par Landry GUESDON, Avocat aux Barreaux de Paris et Tokyo (GJB), IWATA GODO LAW OFFICE <http://www.iwatagodo.com/english/>

Marques : Le propriétaire de la marque au Japon est titulaire des droits d'exploitation de la marque. L'importation parallèle de produits authentiques ne constitue plus une contrefaçon. Dans sa décision majeure du 27 février 2003 concernant les importations parallèles, la Cour Suprême précise les trois conditions qui doivent être réunies afin que l'importation de produits authentiques ne constitue pas une contrefaçon de la marque au Japon:

(1) la marque doit avoir été dûment apposée sur les marchandises faisant l'objet d'importations parallèles par le titulaire de la marque à l'étranger ou son licencié;

(2) les titulaires de la marque dans le pays exportateur et au Japon sont une seule et même partie ou peuvent, juridiquement ou économiquement, être réputés être la même partie, de telle sorte que la marque figurant sur les produits importés soit réputée indiquer une origine similaire à celle indiquée par la marque enregistrée au Japon sans porter atteinte à la fonction d'indication d'origine de la marque; et

(3) les produits faisant l'objet d'importations parallèles et les produits portant la marque déposée apposée par le propriétaire de la marque au Japon ne sont pas sensiblement différents en termes de qualité garantie par la marque (pas d'atteinte à la fonction de qualité de la marque). Dans cette affaire, le titulaire de la marque "Fred Perry" au Japon réclamait des dommages-intérêts à un importateur de polos "Fred Perry". Les polos importés étaient produits par le titulaire de la marque à Singapour qui les faisait fabriquer en Chine en violation d'un accord de licence. Les trois conditions n'étaient pas remplies, la Cour ayant jugé que la contravention de l'accord de licence nuisait aux fonctions d'indication d'origine et de qualité de la marque, la fabrication étant réalisée hors du territoire concédé et sans contrôle du donneur de licence. Lorsque les produits sont d'une qualité sensiblement différente par rapport aux produits vendus au Japon, leur importation et vente par le paralléliste au Japon peut constituer une contrefaçon de marque au motif que les produits n'offrent pas la garantie de qualité attendue de la marque enregistrée au Japon. Les principes énoncés ci-dessus ne s'appliquent pas uniquement aux marques notoires. En outre, si la qualité du produit est affectée lors du

reconditionnement pour la vente au Japon, il y a atteinte à l'intégrité de la marque. Les décisions sur le "repackaging" sont assez peu nombreuses.

Brevets : les règles ont évolué dans un sens très favorable aux parallélistes depuis l'arrêt *Brunswick Corp. v. Orion Kogyo K.K.* (1969) dans lequel le Tribunal de district d'Osaka consacrait une approche rigoureusement territoriale des droits du titulaire du brevet, refusant d'appliquer, à l'échelon international, la doctrine dite "de l'épuisement des droits", admise au plan national, pour interdire des importations parallèles de matériel de bowling. D'après cette théorie, si les droits du titulaire du brevet ont été "épuisés" suite à la commercialisation de son produit, le titulaire, déjà rémunéré lors de la première vente de son produit, ne saurait restreindre la revente du produit mis sur le marché avec son consentement. Cette doctrine peut être appliquée tant au niveau national qu'au niveau international. Dans le premier cas, les droits seront épuisés au plan national mais la commercialisation à l'étranger n'épuise pas les droits du titulaire du brevet, tandis que dans la seconde hypothèse, la commercialisation à l'étranger est considérée comme épuisant les droits du titulaire. Le Tribunal préféra en l'espèce, avec des états d'âme car conscient des abus possibles de la part des propriétaires de brevets, appliquer strictement la loi japonaise sur les brevets en termes de territorialité et d'indépendance des brevets plutôt que d'appliquer la doctrine de l'épuisement des droits au niveau international.

Ces principes d'indépendance et de territorialité des brevets furent rapidement perçus comme un obstacle au développement du commerce international et à la libre circulation des marchandises protégées par un brevet. Face à ce constat, la Cour suprême estimera, en 1997, dans l'affaire *BBS Kraftfahrzeugtechnik A.G. c/ Racimex Japan K.K.; Jap Auto Products K.K.* opposant BBS, propriétaire de brevets au Japon et en Europe, à des parallélistes japonais, que les importations parallèles de pièces détachées automobiles en provenance d'Allemagne ne portent pas atteinte aux droits de brevet de BBS au Japon. Elle statua que l'article 4 bis de la Convention de Paris sur l'indépendance des brevets obtenus pour la même invention dans différents pays et dont le premier aliéna dispose que "Les brevets demandés dans les différents pays de l'Union par des ressortissants de l'Union seront indépendants des brevets obtenus pour la même invention dans les autres pays, adhérents ou non à l'Union", ne s'appliquait pas, le rejet par l'article 4 bis de toute interdépendance n'ayant pas d'incidence sur l'exercice de ses droits par le titulaire du brevet.

La Cour ne va pas jusqu'à reconnaître la doctrine de l'épuisement international des droits, mais presque. Elle juge que BBS ayant volontairement mis les produits sur le marché, BBS ne saurait faire valoir ses droits au titre de ses brevets japonais à

l'encontre de l'importateur pour en contrôler la revente. La Cour admet, toutefois, que les détenteurs de brevets peuvent convenir avec leurs premiers acheteurs que les produits ne seront pas destinés à la vente au Japon, tout en reconnaissant la difficulté pratique que pose la nécessité d'informer les acquéreurs successifs qui ne sont pas parties au contrat initial, de l'existence de la restriction géographique, laquelle devra être indiquée sur les produits brevetés pour être opposable.

Peu de parades efficaces pour les fabricants, hormis la perspective de victoires à la Pyrrhus. Les importateurs parallèles ont visiblement encore de beaux jours devant eux au Japon.

III. Inde : La réforme des règles liées à l'acquisition des terres

Entré en vigueur le 1er janvier dernier, le Right to Fair Compensation and Transparency in Land Acquisition, Rehabilitation and Resettlement Act de 2013 (la « Loi de 2013 »), modifié par ordonnance en date du 31 décembre 2014, a profondément modifié les règles applicables en matière d'acquisition/expropriation de terres, jusqu'alors régie par le Land Acquisition Act de 1894 (la « Loi de 1894 ») hérité des colons britanniques.

La Loi de 1894 permettait à l'Etat indien d'exproprier les paysans pour des projets d'intérêt public sans mécanisme de consultation préalable, de relocalisation ou de réinsertion et moyennant une faible compensation, entraînant, à chaque implantation d'entreprise indienne ou étrangère, de violentes réactions de la société civile et des populations concernées.

En 2013, suite aux nombreuses protestations contre les expropriations massives et la condamnation de la Loi de 1894 par le Cour Suprême indienne, le gouvernement indien a adopté une réforme visant à concilier les besoins en terres des projets industriels et les droits des populations locales.

La Loi de 2013 (dans sa dernière version) entend ainsi rééquilibrer les rapports de force entre populations locales et Etat par la mise en place de mécanismes de compensation adaptés, et en limitant les terres agricoles susceptibles d'expropriation.

Mécanisme de consultation préalable

Afin d'éviter les expropriations arbitraires, la Loi de 2013 prévoit un mécanisme de consultation préalable. Tout projet d'acquisition de terres de plus de 50 hectares en zone urbaine et 100 hectares en zone rurale doit désormais récolter l'assentiment de:

- 80% des populations potentiellement affectées par l'acquisition en cas d'initiative privée ; et
- 70% pour des partenariats public-privé

étant précisé que les personnes potentiellement affectées par la mesure d'expropriation doivent non seulement consentir au principe de l'expropriation mais également au montant de la compensation proposée.

Etude préalable d'impact social et environnemental

Parallèlement à la consultation des populations potentiellement affectées, tout projet d'acquisition devra donner lieu à une étude préalable d'impact social et environnemental réalisée par un groupe d'experts nommés par l'administration locale concernée dans un délai de 6 mois. L'étude devra être rédigée dans la langue locale et mise à la disposition des populations potentiellement affectées.

Exemptions introduites par l'ordonnance de 2014

Certains projets sont désormais exemptés du mécanisme de consultation préalable et de l'obligation de conduire l'étude préalable mentionnée ci-dessus, notamment tout projet nécessaire à la sécurité nationale ou à la défense de l'Inde, le développement des 'corridors industriels', la construction de logement pour les populations défavorisées, etc.

Mécanismes de compensation et de réinsertion

En rupture avec la loi antérieure, la Loi de 2013 prévoit désormais la juste compensation des personnes touchées par les mesures d'expropriation allant jusqu'à 4 fois la valeur de marché en zone rurale et 2 fois la valeur de marché en zone urbaine. Cette compensation doit notamment prendre en compte la valeur du terrain, des constructions, des pertes agricoles, le pretium doloris (égal à 100% de la valeur de marché) et bénéficie d'une fiscalité avantageuse, étant exonérée d'impôt sur les revenus et de droit de timbre (stamp duty).

Outre la revalorisation des prix d'acquisition, la loi prévoit la relocalisation et l'aide à la réinsertion des personnes expropriées ou déplacées, supportées par les entreprises, étant précisé que la prise de possession des terres expropriées ne peut intervenir avant la mise en place des mécanismes de relocalisation et de réinsertion.

Retour des terres en cas de non utilisation

En cas de vacance du terrain acquis en application de la Loi de 2013 (i) pendant 5 ans à compter de la date de prise de possession, ou (ii) pendant un certain délai déterminé en fonction du projet, le nouveau propriétaire sera contraint de restituer ledit terrain à son propriétaire initial ou à la banque foncière de l'état concerné (State Land Bank).

Une loi critiquée

Malgré la volonté du gouvernement de concilier les intérêts contradictoires de la communauté d'affaire et des paysans, la Loi de 2013 reste très critiquée comme trop contraignante pour les uns et pas assez protectrice par les autres.

En tout état de cause, les nouvelles modalités d'accès au foncier, et notamment ses conséquences financières, doivent désormais être analysées avec attention par les investisseurs.

IV. Singapour : Faciliter les émissions transfrontalières de titres financiers en ASEAN

Le 3 mars 2015, l'Autorité monétaire de Singapour et la Bourse de Singapour ont signé un Protocole d'accord avec la Commission des Valeurs Mobilières de la Malaisie, ainsi que la Commission des Valeurs Mobilières de la Thaïlande, pour mettre en place une procédure simplifiée pour la rédaction et la publication de prospectus financiers communs aux Etats membres de l'ASEAN. Cette initiative prise dans le cadre de l'exécution du plan élaboré par le Forum des Marchés de Capitaux de l'ASEAN (ACMF), facilitera les offres transfrontalières d'émission d'actions et d'obligations dans l'ASEAN.

Ce cadre commun vise à simplifier le processus de contrôle des émissions transfrontalières d'actions et d'obligations. Les autorités du pays d'origine et des pays hôtes devront conduire conjointement les procédures de revue et de contrôle dans un délai de 3 à 4 mois suivant la date de la soumission des dossiers. L'objectif est d'améliorer l'efficacité des marchés financiers, notamment en raccourcissant les délais nécessaires pour obtenir l'approbation des offres d'émissions de titres financiers.

La Malaisie, Singapour et la Thaïlande sont les trois premières juridictions à avoir signé le Protocole d'Accord. Les autorités de régulation des autres pays de l'ASEAN prendront part au Protocole lorsque celles-ci seront prêtes. L'objectif affiché est de

franchir un pas supplémentaire dans l'édification d'un marché commun de capitaux en ASEAN.

V. Vietnam : Nouveau décret sur les Partenariats Public Privé (PPP)



Publié le 15 février 2015 et entré en vigueur le 10 avril, le Décret 15/2015/ND-CP remplace désormais le décret 108, la décision 71 et le décret 24 et devient ainsi l'unique régime des PPP applicable au Vietnam.

La raison principale de cette réforme est l'écart qui existe entre, d'une part, une croissance économique et démographique continue et, d'autre part, les besoins importants d'infrastructures. Compte tenu des fonds publics disponibles insuffisants pour financer ces aménagements, un appel accru aux financements privés était le seul recours et nécessitait un dispositif légal plus clair et attractif pour les investisseurs dont certaines dispositions sont reprises ci-dessous.

D'une part, le décret a introduit de nouveaux types de contrats qui viennent compléter les dispositifs actuels que sont le Build, Operate and Transfer (BOT), le Build To Order (BTO) et le Build and Transfer (BT). Le nouveau décret a créé les nouvelles formes de contrat suivantes :

- Build Own and Operate (BOO),
- Build, Lease and Transfer (BLT),
- Build, Transfer and Lease (BTL),
- Operate and Manage (O&M).

D'autre part, si l'application du droit vietnamien reste le principe, le nouveau décret autorise l'application de la loi étrangère sous certaines conditions pour les contrats impliquant une partie privée étrangère notamment. De même, par référence à la Loi sur les investissements, le décret semble permettre le recours à l'arbitrage lorsqu'une partie au contrat est étrangère.

Par ailleurs, le nouveau décret prévoit des mesures d'incitation fiscale pour certains investisseurs et projets, le but étant de valoriser les contributions en faveur du développement local. Ces dispositions seront clarifiées dans le futur quant à la nature des projets visés.

Le décret 15 est un signe positif envoyé aux investisseurs et devrait encourager les investissements dans le secteur des infrastructures puisqu'il crée un environnement plus favorable et clarifie le rôle des autorités. Cependant, le décret comporte encore plusieurs lacunes comme l'absence de délai pour la négociation et la signature des contrats et certaines de ses dispositions nécessiteront des compléments de réglementation afin de les clarifier.

www.dsavocats.com

PARIS

BRUXELLES

QUEBEC

SHANGHAI

LYON

BARCELONE

MONTREAL

PEKIN

LILLE

MILAN

BUENOS AIRES

CANTON

BORDEAUX

STUTTGART

HANOI

LA REUNION

TUNIS

HO CHI MINH VILLE

SINGAPOUR