

## LES DÉFIS DU DROIT SOCIAL EN CHINE, 20 ANS APRÈS L'INTRODUCTION DE L'« ÉCONOMIE SOCIALISTE DE MARCHÉ »

**p. 1** Zheng Aiqing

Avant-propos de la coordinatrice du Dossier Thématique

**p. 3** Fan Wei

Le champ d'application du droit du travail et de l'emploi en Chine

**p. 13** Yang Fei

La législation sur l'emploi en Chine

**p. 23** Li Kungang

Le contrat de travail en Chine

**p. 33** Liu Cheng

Les conflits collectifs en Chine

**p. 45** Zheng Qiao

Les différents modes de déclenchement de la négociation collective en Chine

**p. 53** Lin Jia et Wu Wenfang

L'assurance maladie en Chine

**p. 63** Jiang Yue

La santé et la sécurité au travail des travailleurs migrants en Chine

**p. 75** Zhou Changzheng

Droit de l'assurance vieillesse en Chine : quelle couverture sociale pour les travailleurs migrants ?

## ACTUALITÉS JURIDIQUES INTERNATIONALES

**p. 89** Afrique du Sud

**p. 91** Algérie

**p. 93** Argentine

**p. 95** Australie

**p. 97** Bulgarie

**p. 99** Cameroun

**p. 101** Chili

**p. 103** Conseil de l'Europe

**p. 105** Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme

**p. 107** Espagne

**p. 109** États-Unis

**p. 111** Fédération de Russie

**p. 113** France - Droit du travail

**p. 115** Mexique

**p. 117** OIT

**p. 119** Pays-Bas

**p. 121** Portugal

**p. 123** Roumanie

**p. 125** Royaume-Uni

**p. 127** Union Européenne - Droit du travail

**p. 129** Union Européenne - Droit de la sécurité sociale

## FAN WEI

Docteur en droit et Maître de conférences  
Université normale de la capitale de Pékin

Thèmes de recherche : droit du travail, droit de la sécurité sociale.

Parmi ses publications :

- ~ « Etude comparative sur l'âge de la retraite », Revue Population et Economie (Chine), 5/2011.
- ~ « Analyses sur les difficultés du système juridique de la convention collective en Chine », Revue Yue Jiang Economie, 3/2011.

# LE CHAMP D'APPLICATION DU DROIT DU TRAVAIL ET DE L'EMPLOI EN CHINE



## ABSTRACT

The coverage of labor and employment law in China, mainly decided by the Labor Law and Employment Contract Law, was extended within the past two decades. However, the extension of the coverage just enumerates the types of employing units, and the persons who are not the employee. There have no general term of definition of the Labor Relation, Employer and Employee in the laws; the judges cannot get explicit guidance from the articles (such as workers over retirement age, trainee, worker with double labor relations and some atypical workers). In order to resolve these disputes and to optimize the legislations, we should adopt the general term of labor relation, employer and employee, and we should extend the denotations of employer and employee.

*KEY WORDS : coverage of Labor and Employment Law, Employing unit, Employee, General Term .*

## RÉSUMÉ

Le champ d'application du droit du travail et de l'emploi en Chine, essentiellement déterminé par la loi sur le travail et celle sur le contrat de travail, a été étendu au cours des 20 dernières années. Cette extension ne consiste concrètement qu'en une simple énumération des types d'unités soumises à l'application du droit du travail et de l'emploi ou, *a contrario*, à l'exclusion d'autres. Aucun élément de définition précis de la relation de travail ne ressort de ces dispositions ce qui provoque des divergences d'interprétation parmi les juges, notamment en ce qui concerne des catégories particulières de travailleurs (ceux ayant dépassé l'âge de la retraite, les stagiaires, les travailleurs atypiques...). Pour mettre un terme à ces controverses, l'adoption de critères de définition clairs des notions de « relation de travail », d'« employeur » et de « travailleur » s'impose.

*MOTS CLÉS : champ d'application du droit du travail et de l'emploi, unité de travail, travailleurs, critère de définition.*

**L'**élargissement du champ d'application du droit du travail et de l'emploi en Chine pourrait s'expliquer par la législation et les pratiques du contrat de travail au niveau national et local. Durant les années 50 et 60, le système du contrat de travail était applicable aux travailleurs temporaires. Mais dans les années 70, suite à la Révolution Culturelle, le système du contrat de travail a été aboli ; tous les travailleurs sont alors devenus des employés permanents des entreprises publiques disposant d'un emploi à vie<sup>1</sup>. Dans les années 1980, avec la réforme et l'ouverture, afin de soulager le fardeau des entreprises publiques, certains établissements ont recouru au contrat de travail. En 1986, le Conseil d'État (*Guó wù yuàn*) publia les Règles provisoires sur le contrat de travail dans les entreprises publiques. Par la suite, l'Assemblée populaire nationale (*Quánguó Rénmín Dàibiǎo Dàhuì*) adopta la loi sur le travail (*lao dong fa*) et la loi sur le contrat de travail (*lao dong he tong fa*), respectivement en 1994 et en 2007, qui toutes deux en étendirent le champ d'application.

Ainsi, et particulièrement au cours des deux dernières décennies, le champ d'application du droit du travail et de l'emploi en Chine, s'est extrêmement élargi, pour diverses raisons. Premièrement, avec la réforme économique, la qualité d'employeur et le modèle d'organisation du travail furent diversifiés. De nouveaux types d'employeurs et un nouveau modèle d'utilisation de la main-d'œuvre devinrent de plus en plus courants, comme les unités de travail non-entrepreneuriales à but non lucratif constituée de capitaux privés pour des services (*min ban fei qi ye*). Deuxièmement, avec le flux de main-d'œuvre, de plus en plus de ruraux se sont rués vers les zones urbaines et ont été employés par les entreprises. Malgré la rigidité des dispositions légales, la pratique du travail a rapidement changé, le champ d'application des lois sur le travail ayant été étendu, non sans difficultés.

## I – Le Champ d'application des législations du travail et de l'emploi

L'étendue et la portée du champ d'application du droit du travail et de l'emploi chinois s'avère déterminées par celui des deux législations principales en la matière (A). S'abstenant de définir la relation de travail employeur-employé, une simple énumération des types d'entreprises couvertes est proposée ainsi que l'indication des nombreuses catégories de travailleurs qui sont exclues du champ d'application du droit du travail (B). Cette absence de définition abstraite et générale de la relation de travail est à l'origine du caractère flou des notions utilisées (C).

### A – L'étendue et la portée des législations du travail et de l'emploi

La loi sur le travail de 1994 et celle sur le contrat de travail de 2007 sont les principales composantes du système du droit du travail chinois. Dans une certaine mesure, c'est le champ d'application de ces deux lois qui a presque déterminé celui du droit du travail chinois. L'article 2 de la loi sur le travail dispose qu'elle s'applique à toutes les entreprises et unités économiques individuelles (également désignées ci-après par l'expression « unités de travail ») à l'intérieur des frontières de la République Populaire de Chine, et à tous les travailleurs qui nouent avec elles une relation de travail. Les organes d'État, les organisations institutionnelles, les organisations sociales, et les travailleurs avec lesquels ils ont une relation de travail entrent dans le champ d'application de cette loi. L'article 2 de loi sur le contrat de travail souligne que qu'elle régit l'établissement de la relation de travail, la conclusion, l'exécution, la modification, la résiliation et la fin d'un contrat de travail, entre, d'un côté, les « employeurs » (des organisations telles que des entreprises, des organisations écono-

<sup>1</sup> A contrario du travailleur contractuel, sous le régime d'économie planifiée, le personnel permanent (travailleur) était embauché sur la base d'une disposition gouvernementale ; le licenciement était alors exclu sauf faute professionnelle du travailleur ; ce dernier travaillait dans la même entreprise jusqu'à la retraite.

miques individuelles et des unités privées de travail non-entrepreneuriales à but non lucratif) et, d'un autre côté, des travailleurs de la République Populaire de Chine. La conclusion, l'exécution, la modification, la résiliation et la fin d'un contrat de travail par les autorités publiques, des institutions ou des organisations sociales d'une part, et leurs employés d'autre part, doivent être mises en œuvre conformément à cette loi. La comparaison de ces deux articles permet de mettre en relief des similitudes et des différences. La principale similitude consiste dans le fait que les deux lois adoptent le même modèle, et la différence dans le fait que la loi sur le contrat de travail de 2007 énumère davantage d'unités de travail. En se fondant sur les articles susmentionnés, les employeurs dans le cadre de la législation du travail en Chine incluent notamment les entreprises (1), les unités économiques individuelles (*ge ti jing ji zu zhi*) (2), les unités privées non-entrepreneuriales (*min ban fei qi ye*) (3), les organes ou institutions gouvernementales (4), les établissements culturels, scientifiques ou éducatifs (5) et les organisations sociales (6).

### 1 – Les entreprises

Les entreprises sont des structures économiques à but lucratif. En Chine, les entreprises peuvent être divisées en différentes catégories fondées sur différentes normes. Tout d'abord, selon la qualification, les entreprises peuvent être classées en entreprises constituées sous forme de sociétés selon la loi sur les sociétés ou non. Ensuite, elles peuvent être distinguées selon leur forme juridique : entreprise d'État, entreprise collective, entreprise à capitaux intérieurs privés, entreprise à capitaux mixtes ou à capitaux étrangers. Ainsi, quelque soit leur forme juridique, toutes les entreprises se trouvent dans le champ d'application des lois sur le travail, et doivent s'y soumettre dès lors qu'elles embauchent des salariés.

### 2 – Les unités économiques individuelles

Il s'agit d'individus ou de membres d'une famille qui tiennent de petits commerces qui emploient moins de 7 personnes. Pour l'ouverture légale de ces petits commerces, ils sont obligés de se faire délivrer une licence d'industrie et de commerce par l'Administration

de l'Industrie et du Commerce sans toutefois détenir la qualification de personne morale<sup>2</sup>.

### 3 – Les *min ban fei qi ye*

La caractéristique des unités privées non-entrepreneuriales, telles que les écoles et les hôpitaux à fonctionnement privé, est complexe. Les éléments-clés de ces unités sont de deux ordres. Premièrement, elles ont été financées par le secteur privé, et non par l'État. Deuxièmement, elles ne sont pas entièrement à but lucratif, mais sont en partie d'intérêt public.

### 4 – Les organes ou institutions gouvernementales

Les organes ou institutions gouvernementales sont des personnes morales de droit public, dont la majorité du personnel est fonctionnaire. Elles remplissent les obligations de droit public, à l'exception des obligations relatives au contrat de travail. La relation entre les fonctionnaires et les autorités de l'État est donc régie par le droit public. Cependant, en plus des fonctionnaires, une portion du personnel est employée par les autorités de l'État sur la base d'un contrat de travail. Ces employés prennent en charge le travail auxiliaire, tels que le nettoyage du lieu de travail et le jardinage. En outre, ces emplois ne nécessitent pas l'autorisation des services de l'organisation et du personnel.

<sup>2</sup> Le Règlement relatif aux avis sur divers problèmes de mise en application du droit du travail émis par le Ministère du Travail en 1995, dispose qu'une unité économique individuelle est une industrie individuelle ou un petit commerce n'employant pas plus de 7 employés. La raison pour laquelle la réglementation a mis l'accent sur le nombre d'employés n'a pas d'explication législative. Cependant, en se basant sur la réglementation, nous pouvons en déduire que la limitation du nombre d'employés était influencée par le système de l'économie planifiée. S'il y a plus de 8 employés, l'unité n'est pas une petite structure industrielle et commerciale, mais une entreprise privée, ce qui comprend exclusivement les entreprises à capitaux privés, les entreprises à partenariat ou les sociétés à responsabilité limitée. En effet, si les Règles temporaires de l'Administration de l'Industrie et du Commerce publiées en 1987, prévoyaient une limitation du nombre d'employés à 7, aujourd'hui la législation et ses pratiques ont purement et simplement annulé cette exigence.

## 5 – Les établissements culturels, scientifiques ou éducatifs

Les établissements culturels, scientifiques ou éducatifs peuvent être divisés en trois catégories. En premier lieu, les institutions d'intérêt public financées par l'État pour l'intérêt général, et qui sont principalement consacrées aux services sociaux, comme l'éducation, la technologie, la culture et la santé. En deuxième lieu, les institutions se référant aux fonctionnaires, qui sont autorisées par les lois ou les réglementations à exercer les fonctions de gestion des affaires publiques. Troisièmement, les institutions axées sur les entreprises autofinancées et responsables de leurs propres profits et pertes. De manière générale, la plupart de ces établissements sont en plein processus de réforme pour faire entrer dans le champ d'application du droit du travail ceux qui ne se réfèrent plus au statut des fonctionnaires.

Les relations entre le personnel et ces trois catégories d'établissements sont assez différentes les unes des autres, les lois et réglementations ne relevant pas du droit du travail. D'une part, les relations entre le personnel et les institutions d'intérêt public – comme celles entre les enseignants et les écoles financées par l'État – était régies par des réglementations spécifiques différentes du droit du travail. Mais la loi sur le contrat de travail de 2007 intègre déjà ces relations dans le cadre du droit du travail<sup>3</sup>. Dans les faits, ce changement reste purement formel et n'a pas encore été concrétisé. D'autre part, les institutions se référant aux fonctionnaires sont presque identiques aux autorités de l'État, à l'exception des travailleurs logistiques, dont les relations avec les institutions sont soumises aux dispositions de la loi sur

<sup>3</sup> L'article 96 de la loi sur le contrat de travail de 2007 indique que lorsque des lois, des textes administratifs ou des formulations du Conseil d'État (*Guó wù yuàn*) contiennent des dispositions distinctes quant à la conclusion, l'exécution, la modification, la résiliation et la rupture des contrats de travail par les institutions et entre celles-ci et ceux qui parmi leur personnel sont assujettis au système d'emploi, ces réglementations doivent être appliquées. Par contre, en l'absence de telles réglementations spécifiques, les dispositions de la loi sur le contrat de travail de 2007 sont applicables à ces relations de travail. Le Gouvernement a récemment émis quelques réglementations sur la réforme des institutions, allant dans le même sens que les dispositions de 2007 et incluant ainsi les institutions d'intérêt public dans le champ d'application du droit du travail.

les fonctionnaires (*gong wu yuan fa*). Enfin, les institutions axées sur l'entreprise embauchant du personnel sont soumises aux dispositions du droit du travail.

## 6 – Les organisations sociales

Les organisations sociales, autorisées par les autorités compétentes, sont à but non-lucratif et créées sur la base de la liberté d'association des citoyens chinois. La majorité d'entre elles assument des fonctions d'administration publique, telles que la Fédération chinoise des syndicats (*quan guo zong gong hui*), la Fédération chinoise des femmes (*quan guo fu lian*), et la Ligue de la jeunesse communiste chinoise (*quan guo qing lian*). Les lois applicables aux relations de travail du personnel de ces organisations sociales sont identiques à celles applicables dans les organes ou institutions gouvernementales. Les autres organisations sociales qui n'ont pas de telles fonctions sont régies par les lois sur le travail.

## 7 – Autres entreprises

Le champ d'application de la loi sur le contrat de travail de 2007 a été étendu aux cabinets d'expertise comptable, aux cabinets d'avocats, à d'autres associations et aux fondations qui sont dès lors considérés comme appartenant à la catégorie des « employeurs », tels que définis par la loi sur le contrat de travail de 2007.

## B – Les personnes exclues du champ d'application des lois sur le travail

L'Avis sur l'application de la loi sur le travail émis par le Ministère du Travail en 1995, exclut du champ d'application du droit du travail plusieurs catégories de travailleurs, les fonctionnaires (1), les travailleurs ruraux (2), les militaires (3) et les nourrices (4).

### 1 – Les fonctionnaires et le personnel des établissements et des organisations sociales

Selon la loi sur les fonctionnaires, ce dernier est un travailleur d'État qui assume en vertu de la loi un service gouvernemental au sein d'une administration nationale dont le salaire et les avantages sont pris en charge par les finances publiques nationales. Le personnel des établissements et des organisations sociales qui se réfèrent à la fonction publique sont régis par les lois et

règlements administratifs. Ils font partie de la Fonction publique et sont financés par la fiscalité publique ; la relation avec l'État est donc fondée sur le droit public administratif et non sur le droit du travail.

## 2 – Les travailleurs ruraux

Les travailleurs ruraux désignent principalement les personnes et leurs familles, qui se consacrent aux travaux agricoles pour eux-mêmes ou qui sont embauchées par d'autres personnes ; à l'exclusion des personnes employées par des entreprises rurales, les travailleurs migrants et les personnes qui s'engagent eux-mêmes dans les affaires. L'exclusion des travailleurs ruraux du champ d'application du droit du travail s'expliquent par deux raisons. Premièrement, la qualification de travailleurs ruraux n'est pas basée sur le métier mais sur le lieu de résidence. En effet, la majorité d'entre eux sont auto-suffisants sans être employés car ils possèdent la terre et les outils pour l'exploiter. Deuxièmement, en Chine, les unités de travail ne peuvent être une personne physique, or, les personnes qui embauchent des travailleurs ruraux voire leur famille sont principalement des personnes physiques. C'est pourquoi elles n'entrent pas dans le champ d'application des lois sur le travail.

## 3 – Les militaires en service

Les militaires en service remplissent des obligations de défense nationale. Ils doivent obéir aux lois militaires et leurs relations avec l'État sont régies également par les lois militaires qui sont bien plus strictes et persuasives que les clauses d'un contrat de travail.

## 4 – Les nourrices

La famille qui engage une nourrice n'est pas une unité de travail et ne peut pas être considérée comme un employeur par le droit du travail. Mais, en pratique, certaines nourrices sont employées par des sociétés de service, et sont mises à disposition chez des clients. Les relations entre ces nourrices et la société de services sont en revanche régies par le droit du travail.

## C – Le caractère flou des notions utilisées

Si on le compare à d'autres pays, le droit du travail chinois est loin d'être ordinaire. En effet, la plupart des pays détermine le champ d'application du droit du travail en définissant la relation de travail employeur-employé<sup>4</sup>. Mais, en Chine, la loi sur le travail de 1994 et celle sur le contrat de travail de 2007 se sont contentées d'énumérer les types d'entreprises et n'ont pas donné une définition abstraite et générale de la relation de travail. De ce fait, les problèmes qui en découlent sont assez importants. Il s'agit tout d'abord de l'absence de clarté de la définition de la notion d'employeur (1), d'employé (2) ainsi que sur les décisions des arbitrages et des procès (3).

### 1 – La définition de l'employeur n'est pas explicite

Les lois ne définissent pas les caractéristiques essentielles de la relation de travail. Il n'existe donc pas d'accord unanime sur cette relation d'un point de vue légal et pratique.

Premièrement, en Chine, une personne physique ne peut pas être un employeur. Dans la législation chinoise, le terme « employeur » n'est pas utilisé. Mais on trouve l'expression « unité de travail » (*ge ti jing ji zu zhi*). Le terme « unité » indique donc le titre d'employeur. Or une personne physique ne peut pas être, à elle seule, une unité de travail. Selon les législations et les pratiques chinoises, la qualification d'unité est principalement décidée par l'inscription auprès des autorités, telles que les registres de l'industrie et du commerce. Deuxièmement, bien que le pouvoir de donner des directives et des ordres et d'en contrôler l'exécution constitue la caractéristique essentielle de la qualité d'employeur, la loi chinoise a ignoré cela pour mettre l'accent sur la qualification d'« unité ». Le directeur de la société n'a d'ailleurs pas la qualité d'employeur dans la mesure où lui-même signe un contrat de travail avec la société. Troisièmement, la liste légale n'étant pas exhaustive, il est donc possible que de nouvelles formes d'unités de travail soient admises comme ayant le statut d'« employeur » pour le droit du travail. Cela concerne notamment des établissements dont il est encore difficile

<sup>4</sup> Xu Jianyu, « Discussions on the Draft of Employment Contract Law », *Journal of China Labor*, Vol.5, 2006, p. 8.

de cerner le statut.

## 2 - L'absence de réglementation claire sur l'employé

Dans le droit du travail chinois, il n'existe pas de disposition concernant les critères de définition des travailleurs. La réglementation de base concerne uniquement l'âge minimum d'embauche ; aucune unité de travail n'est autorisée à recruter des jeunes âgés de moins de 16 ans. Il n'existe donc pas de réponse claire en droit du travail chinois, à la question de savoir qui peut être considéré comme employé et qui ne le peut pas. Dans la pratique, ce problème a suscité un certain nombre de controverses.

## 3 - L'absence de direction précise dans les décisions des arbitrages et les procès.

La loi sur le travail de 1994 et celle sur le contrat de travail de 2007 énumèrent uniquement les types d'unités de travail, étape préliminaire au jugement qui permet tout juste aux arbitres et aux juges de se faire une opinion sur ceux qui peuvent être considérés comme employeurs ou non. Bien qu'en se fondant sur les lois, les arbitres et les juges sont incapables d'apporter une réponse claire à la question de savoir si les parties sont couvertes ou non par le droit du travail dans un rapport juridique concret. En fait, dans les entreprises, certains sont considérés comme directeurs alors qu'ils devraient être employeurs, certains sont employés, et d'autres sont même des entrepreneurs indépendants. Par ailleurs, au sein des autorités d'État, certains sont fonctionnaires, d'autres employés.

## II - Les conflits de jurisprudence sur le champ d'application du droit du travail et de l'emploi

Du fait des imperfections susmentionnées, il existe en Chine quelques affaires controversées. Dans ces espèces, bien que les faits soient similaires, les jugements, eux, sont assez divergents. Ils concernent les travailleurs ayant atteint l'âge de la retraite (A), les stagiaires (B), les travailleurs cumulant des emplois (C) et les travailleurs atypiques (D).

## A - Les travailleurs ayant dépassé l'âge de la retraite

En Chine, beaucoup de personnes atteignent l'âge de la retraite<sup>5</sup> tout en étant en bonne santé. Certaines, employées ou des fonctionnaires, atteignent cet âge mais poursuivent leur activité professionnelle dans leur unité de travail d'origine. D'autres sont des travailleurs migrants venant des zones rurales, dépourvus de travail régulier en ville, voire sans emploi avant l'âge de retraite, qui travaillent bien que l'âge de la retraite ait été atteint. En général, ces relations de travail se déroulent normalement du fait du consentement mutuel des parties selon la loi sur les contrats ; les litiges ne surviennent qu'en cas d'accident. Ces litiges se focalisent sur la qualification de la relation afin de déterminer si l'accident doit être considéré comme un accident du travail soumis au droit du travail.

Des tribunaux estiment que la relation existant entre les parties ne relève pas du droit du travail. En effet, l'existence d'une relation de travail est le préalable indispensable à la reconnaissance des accidents de travail. Or, du fait que le droit du travail chinois établit que l'employé doit avoir atteint l'âge minimum pour travailler, certaines juridictions invoquent cet argument pour soutenir qu'un travailleur ayant dépassé l'âge de la retraite n'a plus la capacité juridique de travailler. La relation existant entre un travailleur ayant dépassé l'âge de la retraite et l'unité de travail ne constituerait pas une relation de travail mais une simple relation de service soumis au droit civil<sup>6</sup>. D'autres tribunaux soutiennent l'opinion contraire en prétendant qu'il n'y a pas de loi interdisant l'embauche des travailleurs ayant dépassé l'âge de la retraite, et que par conséquent il s'agit bien de relations de travail. Si ces derniers sont victimes d'accidents de travail, les unités devraient les en

<sup>5</sup> En Chine, l'âge de la retraite est fixé à 60 ans pour les hommes, à 55 ans pour femmes cadres et à 50 ans pour les femmes ouvrières.

<sup>6</sup> N° 23065 (2005) First Civil Judgment by Chaoyang District People's Court. Wang Jihong, « The Relationship between Retired Worker with another Unit is Service Relation, but not Labor Relation », *The People's Judicature : Cases Version*, Vol. 2 (2007).

dédommager<sup>7</sup>. L'absence de définition de la relation de travail constitue la raison principale de la controverse.

## B – Les stagiaires

En Chine, comme ailleurs, certains étudiants inscrits à l'université pratiquent une activité professionnelle à temps partiel, parallèlement à leurs études. Les stagiaires (*Shi xi sheng*) peuvent être classés en trois catégories selon l'objectif du stage. La première catégorie est composée d'étudiants qui combinent études et travail à temps partiel dans le but d'avoir des revenus leur permettant de subvenir à leurs besoins vitaux tout en accédant à une expérience professionnelle. La deuxième catégorie est constituée d'étudiants en dernière année d'études qui cherchent à faire des stages à la suite desquels il sera possible d'être directement embauché par l'unité de stage s'ils réussissent l'examen d'entrée ou de contrôle de cette unité. Pour la dernière catégorie, le stage est considéré comme une partie du projet d'études, comme par exemple le stage dans une clinique pour les étudiants en médecine.

À la lecture de l'Avis sur l'application de la loi sur le travail émis par le Ministère du travail en 1995, il est établi qu'un étudiant inscrit en quatrième année (*Bachelor degree*) qui effectue un travail à temps partiel tout en étudiant à l'Université (correspondant à la troisième catégorie de *Shi xi sheng*) n'est pas dans le cadre d'une relation de travail, et n'a donc nul besoin de signer un contrat de travail. Certains tribunaux ont donc affirmé que les stagiaires ne sont pas des employés et que le droit du travail ne leur est pas applicable<sup>8</sup>. Certaines autorités chargées de la reconnaissance des accidents du travail ainsi que des arbitres du travail et juges suivent cette même position. Cependant, cette décision ne fait pas l'unanimité puisque quelques tribunaux l'ont critiqué en soutenant en effet que le critère substantiel de la relation de travail réside dans la subordination de l'employé à son

employeur<sup>9</sup>. Les lois ne définissent pas clairement la relation de travail. Il en résulte souvent que les autorités qui reconnaissent les accidents du travail, les arbitres et les juges fondent leurs décisions sur des facteurs superficiels, comme l'âge et le statut<sup>10</sup> sans se donner la peine de chercher le fond et l'essence même de cette relation.

Ces dernières années, la situation a évolué progressivement. Du fait de l'intense compétition entre les diplômés, de plus en plus d'étudiants en quatrième année d'université (*Bachelor degree*) effectuent un travail à temps partiel pour essayer de tisser un lien professionnel le plus tôt possible. Les litiges concernant les accidents de travail et la qualification juridique des relations sont en augmentation graduelle. Certains employeurs ont demandé d'annuler des contrats de travail en estimant que leur relation n'est pas une relation de travail soumis au droit du travail. Cependant, de plus en plus de juges ont confirmé que la relation entre la deuxième catégorie de stagiaires et les unités de stage était une relation de travail ; dès lors la législation du travail leur a été appliquée. Selon ces juges, ces stagiaires sont ceux qui veulent trouver une unité de stage comme éventuel futur employeur après l'obtention de leur diplôme – ils ont déjà 16 ans, âge minimum pour travailler et satisfont ainsi à la qualification de salarié. Pour eux, l'Avis sur l'application de la loi sur le travail de 1995 du Ministère du travail ne concerne que les stagiaires des première et troisième catégories ; à savoir ceux qui accomplissent un stage pour les revenus qu'ils peuvent en retirer ou dans le cadre de leur projet d'études.

## C – Les travailleurs cumulant plusieurs relations de travail

Pour des raisons historiques, dans les années 1990 et au début du XXI<sup>ème</sup> siècle, certains employés d'entreprises d'État, des établissements et de gouvernements ont conservé leurs postes bien que leurs salaires aient été suspendus. Certains d'entre eux se sont tournés vers les affaires et ont été recrutés par des sociétés privées. Mais,

<sup>7</sup> N° 19 (2006) Final Administrative Judgment by Yibin Municipal Intermediate People's Court. Ding Guangyu et Fan Wei, « To Cognize Character of Labor Relation of Worker Over Retiring Age », *The People's Judicature: Cases Version*, Vol. 24 (2007).

<sup>8</sup> Chen Hongmei, « A New Idea About the Status of Cadet of Universities », *Jianghuai Tribune*, Vol. 2 (2010), p. 114.

<sup>9</sup> Shi Shangkuan, « On the Origin of Labor Law », *The Commercial Press*, 1978, p. 15.

<sup>10</sup> Ding Guangyu et Fan Wei, « To Cognize Character of Labor Relation of Worker Over Retiring Age », *op. cit.*



avant l'entrée en vigueur de la loi sur le contrat de travail le 1<sup>er</sup> janvier 2008, il était impossible pour un employé de cumuler deux relations de travail ; si une deuxième relation survenait, celle-ci était communément traitée comme une relation de service, régie par le droit civil des contrats. Il en découle que la relation liant les employés d'entreprises d'État, des établissements et de gouvernements et un autre employeur ne constituait donc pas une relation de travail, en raison du maintien de la relation de travail avec l'unité de travail d'origine. De même, ceux qui cumulaient deux emplois, voire plus, ne bénéficiaient ni de salaire minimum, ni d'assurance<sup>11</sup>.

L'article 39 de la loi sur le contrat de travail de 2007 indique pour sa part, qu'en cas de cumul d'emplois, si la seconde relation de travail affecte matériellement l'exécution des tâches relevant de la première relation d'emploi ou si le travailleur refuse de régler un problème ou un dysfonctionnement que le premier employeur aura porté à son attention, il est possible pour cet employeur de mettre un terme au contrat de travail. Cette disposition reconnaît indirectement l'existence du cumul de relations de travail, tout en y attachant des conditions floues et évasives.

## D – Les travailleurs atypiques

En Chine, la flexibilité de l'emploi est de plus en plus répandue et les travailleurs atypiques en sont la conséquence. L'emploi atypique inclut le travail à temps partiel, le travail temporaire, la mise à disposition de

main-d'œuvre, le prêt de main-d'œuvre et le télétravail.

La loi sur le contrat de travail de 2007 est applicable aux employés mis à disposition et aux travailleurs à temps partiel, pour lesquels il existe des dispositions spéciales. Cependant, en pratique, du fait des conditions d'instabilité, de délai court ou de subordination, la relation entre les travailleurs atypiques et les unités de travail est incertaine. Dans certains cas, elle peut être considérée comme une relation de travail, mais dans d'autres, cette relation peut être exclue du champ d'application des lois sur le travail.

## E – Les unités de travail illégales

Les Unités de travail illégales (*fei fa yong gong dan wei*) sont les unités exerçant leur activité sans autorisation, ou sans inscription ou enregistrement légaux, ou inversement dont la licence, l'inscription ou l'enregistrement leur ont été retirés. Afin de protéger les droits des travailleurs embauchés par ces unités de travail, la réglementation relative à l'assurance sur les accidents de travail dans l'industrie ainsi que les mesures d'indemnisation pour blessures et décès disposent que les travailleurs blessés ou décédés dans des unités de travail illégales doivent être indemnisés pour les accidents du travail survenus. Si certains considèrent que la relation entre les travailleurs et les unités de travail illégales constitue une relation de travail à laquelle le droit du travail est applicable<sup>12</sup>, telle n'est pas notre opinion. En effet, pour protéger les droits des travailleurs victimes d'accidents du travail et pour maintenir l'ordre du marché du travail, les unités de travail illégales doivent obéir aux règles de contrôle du travail et, de ce fait, prendre eux-mêmes en charge l'indemnisation. Cependant, le contrat est au cœur de la relation de travail, et la loi sur le contrat de travail de 2007 constitue le centre du système du droit du travail. En réalité, du fait que les unités de travail illégales n'ont pas la qualification pour conclure de manière effective un contrat de travail avec les travailleurs, dans une certaine mesure, elles ne sont donc pas couvertes par le droit du travail ou ne le sont que partiellement.

<sup>11</sup> Les raisons principales de cette opinion sont diverses. Premièrement, la fourniture personnelle du travail par le travailleur lui-même implique qu'il ne peut y avoir qu'une seule relation de travail à la fois. Deuxièmement, le cumul de relations de travail est néfaste pour la gestion du marché du travail et est défavorable à l'assurance sociale. Troisièmement, la réglementation dispose que, si un employeur X embauche un travailleur dont le contrat de travail avec un autre employeur Y n'a pas encore été résilié ou achevé, entraînant une perte pour cet autre employeur Y, l'employeur X doit être sévèrement et conjointement responsable avec l'employé des dommages causés. Il est donc difficile de distinguer clairement le cumul d'emplois de la situation précitée, régie par la réglementation. Cf. Lin Haiquan, « Of Double Labor Relations », *Journal of China Institute of Industrial Relations*, Vol. 1 (2007), p. 30 ; Xue Ruilin et Yan Lin, « On Dealing with the Factual Labor Relations in Labor Disputes », *Journal of Research on Judgments*, Vol. 2 (2004), p. 162.

<sup>12</sup> Zhang Liren, « On the Relationship between Workers and Unlawful Employer Units », *Journal of China Labor*, Vol. 1 (2006), p. 36.

### III – Suggestions d'amélioration de la législation du travail et de l'emploi

Le modèle législatif de classification pour déterminer le champ d'application des législations du travail et de l'emploi en Chine n'est pas satisfaisant ou adapté aux exigences pratiques. Nombreuses sont les suggestions à suivre pour optimiser le dispositif législatif actuel. Il s'agit principalement de l'adoption d'un critère général pour définir la relation de travail (A) ou encore de l'extension de la définition des notions d'employeur et d'employé (B).

#### A – L'adoption d'un critère général déterminant la relation de travail

Dans la plupart des pays, le droit du travail adopte un critère général pour définir la relation de travail. En Chine, les lois ne définissant pas les caractéristiques essentielles de la relation de travail, il n'existe aucun accord unanime sur cette relation de travail d'un point de vue légal ou pratique. Aussi, le recours à un critère précis permettrait-il de remédier aux imperfections du modèle législatif de classification chinois. Ce critère général déterminerait les caractéristiques essentielles de la relation de travail et constituerait la norme élémentaire de référence pour les tribunaux. Ce critère général permettrait de distinguer les cas couverts par le droit du travail de ceux qui ne le sont pas ; et non pas seulement de désigner ceux qui sont couverts. Ce critère général devrait être en mesure d'évoluer de façon à suivre le développement de la société. Ainsi, lorsque se présenteraient de nouvelles situations que la classification légale ne pourrait englober, des déductions ou des analogies pourraient être opérées sur la base de ce critère en s'appuyant sur le terme général. Un critère général est donc indispensable pour définir clairement la relation de travail employeur/employé.

Le premier projet de la loi sur le contrat de travail de 2007, écrit pour solliciter des avis, établissait que la relation de travail était la mise en application des droits et des devoirs entre employeurs et employés ; relation au cours de laquelle l'employeur embauche le travailleur et paye ses salaires, l'employé étant subordonné à l'employeur. Mais, la loi adoptée par l'Assemblée nationale populaire (*Quánguó Rénmín Dàibiǎo Dàhuì*)

abrogea finalement cet article. Quoiqu'il en soit, il nous paraît préférable que la définition de la relation de travail se décline à partir des éléments suivants :

- Définition de la relation de travail. Il s'agit d'une relation de droits et de devoirs liant un employeur et un employé ; relation par laquelle un employeur embauche un travailleur et le paie, l'employé étant personnellement subordonné à l'employeur dont il exécute les ordres et les instructions.

- Définition de l'employeur. L'employeur est le propriétaire de l'entreprise, le directeur de l'entreprise ou quiconque représentant le propriétaire s'agissant de la direction de l'entreprise.

- Définition de l'employé. Quelle que soit sa profession, un employé, qui fournit un travail et est payé pour ce travail, est la personne physique qui est embauchée par l'employeur et qui obéit à ses ordres et instructions<sup>13</sup>. S'agissant des fonctionnaires, militaires en service, et de tout autre travailleur non soumis à une subordination personnelle, ils ne devraient pas être considérés comme des employés.

#### B – L'extension de la définition des notions d'employeur et d'employé

Les définitions des termes employeur et employé telles que résultant des dispositifs législatifs actuels sont trop étroites pour englober toutes les parties prenantes à la relation de travail. Le terme « employeur » devrait être utilisé en lieu et place de la notion d'« unité de travail » ; ainsi une personne physique ou les membres d'une famille pourraient être considérées comme employeur(s), notamment en cas d'embauche d'une personne satisfaisant aux critères de la relation de travail. Inversement, et sauf disposition légale contraire, si la personne recrutée satisfait à ce même critère, elle devrait dès lors être considérée comme employée ; quel que soit son âge et qu'elle soit étudiante de premier cycle ou non.

<sup>13</sup> Hou Lingling et Wang Quanxing, « On the Conception of Employee in Labor Laws », *Journal of Yunan University*, Vol. 1 (2006), p. 71.

## Conclusion

Bien que la Chine soit un pays de droit continental (droit codifié), aucun modèle législatif de détermination du champ d'application des législations du travail et de l'emploi n'a été adopté en Chine, comme cela a pu être le cas dans d'autres pays de droit continental. Ce n'est pas un système de « droit jurisprudentiel » comme c'est le cas dans les pays de *Common Law*. Dans les relations de travail concrètes, il est donc impossible de prendre des décisions uniquement basées sur le champ d'application de la loi sur le travail de 1994 et de celle sur le contrat de travail de 2007. Pour résoudre ces problèmes et suivre le développement des pratiques de relations de travail, il serait préférable d'améliorer les législations chinoises, notamment en adoptant un critère général pour définir la relation de travail employeur/employé et en étendant la définition de ces deux notions.