

Legal Practice | 法律实践

2023-02-27
202302/034

Inside this issue:

- Severance of employees when a foreign representative office is closed 1
- Indemnités de départ des employés d'un Bureau de liaison lors de sa fermeture 4
- 涉外代表处关闭时的员工遣散 6

Severance of employees when a foreign representative office is closed

A foreign-related representative office usually refers to the permanent representative office of a foreign (regional) enterprise, that is, an office established by a foreign enterprise in Chinese mainland to engage in non-profit activities related to the business of the foreign enterprise (hereinafter referred to as "Representative Office"). Setting up a Representative Office provides an opportunity for foreign companies to gain an in-depth understanding of the Chinese market at a lower cost. On this basis, some foreign enterprises choose to invest in setting up subsidiaries after recognizing the potential of the Chinese market to further cultivate the Chinese market; However, some foreign companies have decided to suspend their development of the Chinese market due to factors such as the epidemic. Whatever the purpose, in recent years, many foreign enterprises have chosen to close and deregister their Representative Offices, which inevitably involves the severance of Representative Office employees in the process. This article intends to examine the special employment mode of Representative Offices to provide readers with guidance on common problems encountered in the process of employee severance.

Q1. What are the particularities of the employment model of representative offices?

According to relevant laws and regulations, a Representative Office does not have the status of a legal person or an employer in the sense of China's labor law, so compared with foreign-invested enterprises, the employment mode of a Representative Office is special: foreign enterprises can dispatch their employees to work in a Representative Office, but if the Representative Office intends to hire employees locally in China, it should entrust the foreign affairs agency to handle it. Specifically, the Representative Office should sign a labor dispatch service agreement with the human resources service provider (hereinafter referred to as the "dispatching company"), and arrange for the employees to sign an employment

contract with the dispatching company, which will dispatch the employees to work in the Representative Office. During this process, the Representative Office does not establish an employment relationship with the employee. Based on the above special employment model, Representative Offices need to pay special attention to coordination with the dispatching company when dismissing their employees.

Q2. How to cooperate with the dispatching company to complete the employee severance?

According to paragraph 5 of Article 44 of the 'Labor Contract Law', if the employer decides to dissolve early, the labor contract shall be terminated. However, it should be noted that under the aforementioned special employment model, the Representative Office, as the actual employing company, is not itself an employer within the meaning of Labor Law. Therefore, if a foreign enterprise intends to deregister its Representative Office, it must notify the employee's real employer, that is, the dispatching company, in advance, and return the employee to the dispatching company according to the labor dispatch service agreement, which will terminate the labor relationship with the employee and pay severance to the employee in accordance with the law.

In order to start smoothly and complete the severance of employees on schedule, we usually recommend that foreign enterprises notify the dispatching company of the return of the employees as soon as they decide to close the Representative Office, and attach a written Decision/Resolution on the closure or deregistration of the Representative Office to gain the trust of the dispatching company. The specific conditions and circumstances of employee return should be determined according to the labor dispatch service agreement

signed between the Representative Office and the dispatching company, but in practice, the dispatching company usually does not directly accept the return of the employee by the Representative Office, but instead requires the Representative Office to directly negotiate with the employee to determine the compensation plan, also, negotiate the termination of the employment relationship. And, on this basis, we can arrange the Representative Office, the employee and the dispatching company to sign a tripartite agreement to terminate the employment relationship between the employee and the Representative Office, as well as the labor relationship between the employee and the dispatching company.

Although the dispatching company usually stipulates in the relevant agreement that if the Representative Office breaches the contract and returns the employee, it should bear all the costs arising therefrom, and the two parties seem to be in an antagonistic relationship, in practice, as an employer in the legal sense of the employee, the dispatching company itself also hopes to properly terminate the labor relationship with the employee as soon as possible to avoid possible labor arbitration or litigation, so the interests of the dispatching company and the Representative Office are the same in this regard. Based on our experience, if the Representative Office notifies the dispatching company as early as possible about the return of the employee and the subsequent severance arrangement, as long as the relevant compensation plan meets the statutory standards, it can often obtain the assistance of the dispatching company in the subsequent negotiation with the employee for termination.

Q3. How is the severance plan made?

According to Article 46 of the 'Labor Contract Law', if the employer terminates the labor contract pursuant to Article 44, paragraph 5, it shall pay severance to the employee. Although the Representative Office, as mentioned above, cannot directly issue a notice of termination of labor relationship to employees in accordance with Article 44, paragraph 5 of the 'Labor Contract Law', the closure and deregistration of the Representative Office is objectively the direct reason for the employee to be returned to the dispatching company, and even the subsequent termination of labor relationship by the dispatching company. Based on this, we recommend that the Representative Office formulates a compensation plan for each employee with reference to the provisions of Article 46 of the Labor Contract Law and the agreement on the return of severance under the relevant labor dispatch service agreement, and the specific compensation amount is calculated in principle based on the employee's working years in the representative office and the average salary in the 12 months before termination (average salary¹ * years of working).

However, if some special employees are involved, such as employees in the medical period, "Three-period" female employees, employees who are close to retirement, or some special circumstances, such as employees with long working years, which involving the length of service before 2008, and the compensation needs to be calculated in segments, etc., the formulation of the relevant compensation plan may need to consider more factors, for which we suggest that the Representative Office may consider consulting labor law lawyers or other professionals on such specific situations. With the support and assistance of the latter, targeted compensation

plans will be formulated and relevant matters of termination will be negotiated with relevant employees.

Q4: If a Representative Office is deregistered, how should employees who are dispatched to work in a Representative Office by a foreign company be placed?

Employees sent to work in a Representative Office by a foreign company are actually employees of a foreign company. They usually have an employment contract with a foreign company, and on this basis, they sign a supplementary dispatch agreement with the foreign company and are dispatched to work in a Representative Office. Therefore, the deregistration and closure of Representative Offices does not automatically mean that these employees will be dismissed. In fact, many employees who are dispatched by foreign companies to work in Representative Offices will stipulate with the foreign company in the dispatch agreement that if the Representative Office is closed for any reason, the foreign company should provide new jobs for employees at the overseas headquarters or other branches.

So if the foreign company is unable to provide new jobs for the above-mentioned employees and has to choose to dismiss the employees, how should the relevant termination and severance be handled? In practice, the vast majority of foreign employees who are dispatched to work in Representative Offices will agree with the foreign company that the foreign law shall apply to the dispatch agreement. The Provisions on the Administration of Employment of Foreigners in China only stipulate that the working hours, rest and vacation, labor safety and social insurance of foreigners employed in China shall be implemented in accordance with the relevant provisions of the state. We think that in this case, the labor relationship between such foreign employees and the foreign company, as well as the termination and severance matters of the two parties, should be implemented in accordance with the contractual agreement between the two parties and the relevant provisions of the applicable law.

Then, if a foreign employee and a foreign company agree that Chinese law shall prevail, is he/she entitled to claim severance or compensation from the foreign company in accordance with the 'Labor Contract Law'? In view of the fact that Article 43 of the 'Law on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations' stipulates that the law of the place of work shall be applied to the employment contract, it cannot be ruled out that some foreign employees choose the Chinese law as the governing law considering that the actual place of performance of the labor contract/dispatch agreement is China. Under such circumstances, there is some controversy in judicial practice as to whether the foreign employee can automatically apply the relevant provisions on termination, severance and compensation in the Labor Contract Law. Taking Shanghai as an example, in the Shanghai High Court's 2019 retrial case, the Shanghai High Court's ruling stated: "According to the Administrative Provisions on Employment of Foreigners in China, the minimum wage, working hours, rest and vacation, labor safety and social insurance of foreigners employed in China shall be implemented in accordance with the relevant provisions of national laws. Disputes between the parties other than the above provisions shall be subject to the

agreement of the parties. " Therefore, if the foreign employee fails to expressly agree with the foreign company on the payment of severance or compensation, it may be difficult to support his claim for severance or compensation.

Based on the above analysis, in order to avoid disputes that may arise in the future, we recommend that when foreign companies dispatch their employees to work in a Representative Office, they clearly stipulate the placement of relevant employees in the event of the closure or deregistration of the representative office, such as arranging for employees to return to work at the headquarters of the foreign company when conditions permit. In addition, foreign companies should also clearly stipulate the terms of termination of the employee's labor relationship and the corresponding compensation in the dispatch agreement.

Conclusion

Due to the particularity of the employment mode of Representative Offices, the severance and compensation of representative office employees usually need to consider multiple factors comprehensively, and different severance and compensation schemes are applied to different types of employees, which has certain complexity. In view of this, we recommend that foreign companies pay attention to the severance and resettlement of employees when deciding to deregister their Representative Offices, and formulate compensation plans with the assistance of professionals as soon as possible, so as to protect the interests of foreign enterprises and Representative Offices to the greatest extent and ensure that the deregistration of Representative Offices is completed on schedule.

¹ If the employee's monthly wage is higher than three times the average monthly wage of a social employee in the previous year where the employer is located, the standard of severance paid to the employee shall be three times the average monthly wage of a social employee, and the maximum period of time shall not exceed 12 years.

Indemnités de départ des employés d'un Bureau de liaison lors de sa fermeture

Un bureau de liaison désigne généralement le bureau qui représente de façon permanente une entreprise étrangère (régionale), c'est-à-dire un bureau établi par une entreprise étrangère en Chine continentale pour exercer des activités à but non lucratif liées aux activités de cette entreprise étrangère (ci-après dénommé « Bureau de liaison »). L'établissement d'un Bureau de liaison offre aux entreprises étrangères l'occasion d'acquérir une compréhension approfondie du marché chinois à moindre coût. Sur cette base, certaines entreprises étrangères, après avoir reconnu le potentiel de ce marché, ont choisi d'investir dans la création de filiales pour s'y implanter. Cependant, certaines entreprises étrangères, influencées par des facteurs tels que l'épidémie, ont décidé d'y suspendre leur développement. Quel qu'en soient les raisons, ces dernières années, de nombreuses entreprises étrangères ont choisi de fermer et de radier leurs Bureaux de liaison, ce qui implique inévitablement le licenciement de ses employés dans le processus. Cet article vise à examiner le statut particulier des salariés des Bureaux de liaison afin de fournir aux lecteurs des conseils sur les problèmes courants rencontrés lors du processus de licenciement et d'indemnisations.

Q1. Quelles sont les particularités du statut des salariés des Bureaux de liaison ?

Selon les lois et règlements en vigueur, un Bureau de liaison n'a pas le statut de personne morale ou d'employeur au sens du droit du travail chinois, donc comparé aux entreprises à capitaux étrangers, le processus de recrutement d'un Bureau de liaison est spécial : les entreprises étrangères peuvent y envoyer leurs propres employés, mais si le Bureau de liaison a l'intention d'embaucher des employés localement en Chine, il devrait confier à une agence en charge des affaires étrangères le soin de s'en occuper. Plus précisément, le Bureau doit générer un contrat avec le prestataire de services de ressources humaines (ci-après dénommé « l'agence RH ») qui fera ensuite signer à leurs employés un contrat de travail puis les enverrons travailler dans le Bureau. Au cours de ce processus, Il n'établit donc pas de relation de travail direct avec l'employé. Sur la base de ce statut particulier, les Bureaux de liaison doivent accorder une attention particulière à la coordination avec l'agence RH lors du licenciement de leurs employés.

Q2. Comment coopérer avec l'agence RH afin de déterminer de l'indemnité de départ de l'employé ?

Selon l'article 44 (5) du *Labor Contract Law of PRC* (le code du travail de la République Populaire de Chine), si l'employeur décide de dissoudre prématurément l'entreprise, le contrat de travail est résilié. Toutefois, il convient de noter que dans le cadre du statut particulier susmentionné, le bureau de liaison, même s'il est l'employeur physique, n'est pas l'employeur du salarié au sens légal du terme. Par conséquent, si une entreprise étrangère a l'intention de supprimer son bureau, elle doit en informer au préalable son employeur réel, c'est-à-dire l'agence RH, et l'y renvoyer, conformément au contrat de prestation de services établi entre le bureau et l'agence lors du recrutement, ce qui mettra alors fin à leurs relations de travail et devra lui verser une compensation économique conformément à la loi.

Afin de mener le licenciement de leurs salariés à bien dans les délais prévus, il est généralement conseillé aux entreprises étrangères d'informer l'agence RH du retour des employés dès qu'elles ont décidé de fermer leur bureau et de joindre une décision écrite de sa fermeture. Les conditions et circonstances spécifiques pour le retour du salarié doivent être déterminées conformément au contrat de prestation de services signé entre le bureau et l'agence. Sur cette base, une convention tripartite sera signée entre le bureau de liaison, le salarié et l'agence RH.

Bien que l'agence RH accepte généralement dans le contrat concerné que le Bureau de liaison supporte tous les frais encourus en cas de violation du contrat (par exemple en renvoyant le salarié sans en informer l'agence au préalable), ce qui peut apparaître comme une relation contradictoire entre les deux parties, en pratique, l'agence, en tant qu'employeur du salarié au sens juridique, souhaite également mettre fin à la relation de travail entre l'employé et le bureau le plus rapidement possible afin d'éviter un éventuel litige en matière de travail, de sorte que les intérêts de l'agence et du Bureau de liaison sont identiques sur ce point. D'après notre expérience, si le bureau informe le plus tôt possible l'agence du retour de l'employé et de l'indemnité de départ qui en découle, il est souvent possible d'obtenir son aide lors des négociations ultérieures avec l'employé, pour autant que l'indemnité réponde aux critères légaux.

Q3. Comment un plan de compensation est-il élaboré ?

L'article 46 du *Labor Contract Law of PRC* mentionne que « Selon l'article 44, paragraphe 5, si l'employeur résilie le contrat de travail, il doit verser une indemnité de licenciement à l'employé ». Bien que le Bureau de liaison, comme mentionné ci-dessus, ne puisse pas directement émettre un avis de résiliation de la relation de travail aux employés, sa fermeture et sa radiation auprès des services compétents

constituent la raison directe du retour de l'employé à l'agence RH, et même la résiliation ultérieure de la relation de travail par l'agence. Pour cette raison, nous recommandons que le Bureau de liaison élabore un plan d'indemnisation pour chaque employé conformément aux dispositions de l'article cité précédemment et à l'accord sur l'indemnisation du retour de l'employé en vertu du contrat en vigueur, le montant de l'indemnisation étant calculé en fonction de l'ancienneté de l'employé dans le bureau et du salaire moyen des 12 mois précédant la résiliation (salaire moyen ¹* ancienneté N).

Toutefois, il peut y avoir des cas particuliers, tels que les salariés en période de soins médicaux, les employées féminines étant dans l'une des 'trois périodes' (grossesses, naissances, allaitements), les employés proches de la retraite, ou bien d'autres circonstances particulières, telles que les employés ayant eu une longue durée de vie professionnelle et dont le calcul de la compensation fera dans les segments antérieurs à 2008. Dans ces cas-là, davantage de facteurs peuvent devoir être pris en compte dans la formulation du régime de compensation approprié, et nous suggérons que le Bureau de liaison envisage de consulter un avocat spécialisé en droit du travail ou un autre professionnel sur la situation spécifique, et avec le soutien et l'assistance de ce dernier, formuler un régime de compensation ciblé et négocier avec l'employé concerné sur les questions relatives à la résiliation.

Q4: Lors de la fermeture d'un Bureau de liaison, comment les employés envoyés par une entreprise étrangère pour y travailler doivent-ils être réaffectés ?

Les employés envoyés par une entreprise étrangère pour travailler dans un Bureau de liaison sont les employés de cette entreprise. Ils ont généralement un contrat de travail, sur la base duquel ils concluent un contrat de détachement supplémentaire avec l'entreprise, et sont affectés au Bureau de liaison. Par conséquent, la fermeture d'un Bureau de liaison ne signifie pas automatiquement que ses employés seront licenciés. En pratique, de nombreux employés qui sont envoyés par une entreprise étrangère pour travailler dans un Bureau de liaison conviennent avec elle, dans le contrat de détachement, que si le bureau est fermé pour quelque raison que ce soit, l'entreprise fournira à l'employé un nouvel emploi dans son siège ou dans d'autres succursales à l'étranger.

Si l'entreprise étrangère n'est pas en mesure de fournir de nouveaux emplois aux employés susmentionnés et doit choisir de les licencier, comment traiter le licenciement et qu'elles sont les indemnités appropriées ? Dans la pratique, la grande majorité des employés étrangers qui sont détachés pour travailler dans des Bureaux de liaison conviendront avec l'entreprise étrangère que la loi du pays d'accueil s'appliquera au contrat de détachement en tant que loi applicable. *The Provisions on the Administration of Employment of Foreigners in China* (Règlementation sur les conditions d'emploi des étrangers en Chine) prévoit uniquement que les heures de travail, le repos et les congés, l'assurance sociale, la sécurité et la santé au travail des étrangers employés en Chine doivent être effectués conformément aux réglementations nationales appropriées. Nous pensons donc que dans ce cas, la relation de travail entre les employés étrangers et la société étrangère, ainsi que leur licenciement et leur indemnisation, doivent être mises en œuvre conformément à l'accord contractuel entre les deux parties et aux dispositions pertinentes de la loi

applicable.

Si un employé étranger convient avec son entreprise que le droit chinois est la loi applicable, peut-il réclamer des indemnités ou des compensations à l'entreprise étrangère en vertu du *Labor Contract Law of PRC* ? Étant donné que l'article 43 du *Law on the Application of Laws to Foreign-Related Civil Relations* (Le droit international privé chinois) prévoit que « *The laws at the working locality of laborers shall apply to labor contracts* », il n'est donc pas exclu que certains employés étrangers utilisent la loi chinoise comme loi applicable compte tenu du fait que le lieu d'exécution de l'accord de détachement est la Chine. Dans de telles circonstances, il existe une certaine controverse dans la pratique judiciaire quant à savoir si les dispositions du *Labor Contract Law* relatives à la résiliation, à la compensation et à l'indemnisation sont applicables aux employés étrangers. Si l'on prend l'exemple du nouveau procès de 2019 de la Haute Cour de Shanghai, le jugement stipule : " Selon *Provisions on the Administration of Employment of Foreigners in China*, le salaire minimum, les heures de travail, le repos, les congés, la sécurité du travail et l'assurance sociale pour les étrangers employés en Chine doivent être mis en œuvre conformément aux dispositions pertinentes de la loi nationale ". Les litiges entre les parties autres que les dispositions ci-dessus seront donc régis par l'accord des parties, et, par conséquent, si le salarié étranger n'a pas établi un accord clair avec l'entreprise étrangère concernant le versement d'une indemnisation, sa demande pourra être difficile à défendre.

Sur la base de l'analyse ci-dessus, afin d'éviter d'éventuels litiges en matière de licenciement, nous recommandons aux entreprises étrangères, lorsqu'elles envoient leurs employés travailler dans un Bureau de liaison, de convenir au préalable de la réaffectation des employés en cas de fermeture du bureau, par exemple en prenant des dispositions pour que les employés retournent travailler au siège de l'entreprise étrangère, si les conditions le permettent. En outre, l'entreprise étrangère doit également stipuler dans l'accord de détachement les termes de la résiliation du contrat et les indemnités qui en découlent.

Conclusion

En raison de la nature unique du statut des salariés d'un Bureau de liaison, leurs licenciements et leurs indemnités nécessitent généralement une combinaison de facteurs, ainsi que différents plans pour chaque type d'employés, ce qui peut être quelque peu complexe. Dans ce contexte, nous recommandons aux sociétés étrangères de prêter attention au processus de licenciement et de réaffectation des employés lorsqu'elles décident de fermer leur bureau, et de formuler un plan d'indemnisation avec l'aide de professionnels dès que possible, afin de protéger les intérêts de la société étrangère et du bureau dans toute la mesure du possible et ainsi s'assurer que la résiliation se déroule comme prévu.

¹ Si le salaire mensuel de l'employé est supérieur à trois fois le salaire mensuel moyen d'un employé local au cours de l'année précédente, la norme d'indemnité de licenciement versée à l'employé doit être trois fois le salaire mensuel moyen d'un employé local, et la période maximale d'ancienneté ne doit pas dépasser 12 ans.

涉外代表处关闭时的员工遣散

涉外代表处，通常是指外国（地区）企业的常驻代表机构，亦即外国企业在中国大陆境内设立的从事与该外国企业业务有关的非营利性活动的办事机构（以下简称“代表处”）。设立代表处为外国企业提供了一个以较低的成本深入了解中国市场的机会。在此基础上，部分外国企业在认可中国市场的潜力后选择投资设立子公司，进一步深耕中国市场；但也有部分外国企业因受疫情等因素的影响，决定暂缓对中国市场的开拓。无论出于何种目的，近年来不少外国企业选择关闭注销其代表处，在此过程中不可避免地涉及代表处员工的遣散。本文拟结合代表处特殊的用工模式，针对员工遣散过程中遇到的常见问题，为读者提供指引。

Q1：代表处的用工模式有何特殊性？

根据相关法律法规，代表处不具有法人资格，也不具备中国劳动法意义上的用人单位主体资格，故相较于外商投资企业，代表机构的用工模式具有特殊性：外国企业可以将自己的员工派遣至代表机构工作，但若代表机构拟在中国当地雇用员工，则应委托外事服务机构办理。具体来说，代表处应与人力资源服务机构（以下简称“派遣单位”）签订劳务派遣服务协议，安排员工与派遣单位签订劳动合同，由后者将员工派遣至代表处工作。在此过程中，代表处与员工不会建立劳动关系。基于上述特殊的用工模式，代表处在遣散其员工时需尤其注意与派遣单位的协同配合。

Q2：如何与派遣单位配合完成员工遣散？

根据《劳动合同法》第44条第5项，用人单位决定提前解散的，劳动合同终止。但需要注意的是，在前述特殊的用工模式下，代表处作为实际用工单位，其本身并不是员工劳动法意义上的雇主。因

此，外国企业拟注销代表处的，需提前通知员工的真正雇主，也即派遣单位，依据劳务派遣服务协议将员工退回派遣单位，由后者依法解除与员工的劳动关系并向员工支付经济补偿金。

为了顺利启动并如期完成员工的遣散，我们通常建议外国企业在决定关闭代表处后，第一时间通知派遣单位员工的退回事宜，并附上有关关闭、注销代表处的书面决定/决议以取信于派遣单位。员工退回的具体条件和情形应依据代表处与派遣单位签订的劳务派遣服务协议确定，但实践中派遣单位通常不会直接接受代表处退回员工，而是转而要求代表处与员工直接谈判确定补偿方案，协商解除用工关系，在此基础上安排代表处、员工与派遣单位签署三方协议，解除员工与代表处的用工关系，以及员工与派遣单位的劳动关系。

虽然派遣单位通常会在相关协议中约定，若代表处违约退回员工应承担由此产生的一切费用，看似双方处在对立的关系，但实践中派遣单位作为员工法律意义上的雇主，其本身也同样希望尽早妥善解除与员工的劳动关系，以避免可能的劳动仲裁或诉讼，故在这一点上派遣单位和代表处的利益是一致的。根据我们的经验，代表处尽早通知派遣单位有关退回员工以及后续遣散安排的，只要相关补偿方案符合法定标准，往往能在后续与员工协商解除的过程中取得派遣单位的协助。

Q3：如何制定补偿方案？

根据《劳动合同法》第46条，用人单位依据第44条第5项终止劳动合同的，应向劳动者支付经济补偿。虽然代表处，如前所述，不能直接依据《劳动合同法》第44条第5项向员工发出劳动关系终止通知，但代表处的关闭注销客观上确实是员工被退回派遣单位，乃至后续被派遣单位解除劳动关系的

直接原因。基于此，我们建议代表处参照《劳动合同法》第46条的规定以及相关劳务派遣服务协议项下有关退回补偿的约定为每个员工制定补偿方案，具体的补偿金额原则上根据员工在代表处的工作年限以及终止前12个月的平均工资计算（平均工资*工作年限N）。

但若涉及一些特殊的员工，例如处于医疗期的员工、“三期”女员工、临近退休的员工，或是一些特殊情况，例如员工工作年限较长涉及2008年以前的工龄需分段计算补偿金等，相关补偿方案的制定或将需要考虑更多的因素，对此我们建议代表处可以考虑就具体情况咨询劳动律师或其他专业人士，在后者的支持和协助下制定针对性的补偿方案并与相关员工谈判协商解除的相关事宜。

Q4: 代表处注销的，经外国企业派遣至代表处工作的员工应如何安置？

经由外国企业派遣到代表处工作的员工实际上是外国企业的员工。他们通常与外国企业签订有劳动合同，并在此基础上与外国企业补充签订派遣协议，被派遣至代表处工作。因此，代表处的注销与关闭并不当然意味着这部分员工将被遣散。事实上，实践中不少被外国企业派遣至代表处工作的员工都会在派遣协议中与外国企业约定，代表处因故关闭的，外国企业应在境外总部或其他分支机构为员工提供新的工作岗位。

那如果外国企业无法为上述员工提供新的工作岗位，不得不选择遣散员工，相关的解除和补偿应如何处理？实践中，绝大多数被派遣至代表处工作的外籍员工都会与外国企业约定，派遣协议适用外国法作为准据法。鉴于《外国人在中国就业管理规定》仅规定在中国就业的外国人的工作时间、休息休假、劳动安全卫生以及社会保险按国家有关规定执行，我们认为在此情况下该等外籍员工与外国企业的劳动关系及其解除、补偿事宜应根据双方的合同约定，以及约定准据法的相关规定执行。

那如果外籍员工与外国企业约定中国法为准据法的，其是否有权依据《劳动合同法》向外国企业主张补偿金或赔偿金？鉴于《涉外民事关系法律适

用法》第43条规定劳动合同适用劳动者工作地法律，实践中亦不排除有部分外籍员工考虑到劳动合同/派遣协议的实际履行地为中国，选择约定中国法为准据法。在此情况下，外籍员工能否当然适用《劳动合同法》中有关解除与补偿金、赔偿金的相关规定，司法实践中存在一定争议。以上海为例，在上海高院2019年的再审案件中，上海高院的裁决载明：“根据《外国人在中国就业管理规定》，在中国就业的外国人的最低工资、工作时间、休息休假、劳动安全以及社会保险按国家法律有关规定执行。当事人之间除上述规定之外的争议，应按照双方的约定为准”。故，若外籍员工未能就补偿金或赔偿金的支付与外国企业明确约定，其有关补偿金或赔偿金的主张或将难以得到支持。

基于上述分析，为避免后续可能就遣散产生的争议，我们建议外国企业将其员工派遣至代表处工作时，明确约定代表处关闭或注销情况下，相关员工的安置事宜，例如在条件允许的情况下，安排员工返回外国企业总部工作。此外，外国企业还应在派遣协议中就员工劳动关系的解除以及相应的补偿等进行明确的约定。

总结

因代表处的用工模式具有一定的特殊性，代表处员工的遣散、补偿通常需要综合考量多重因素，针对不同类型的员工适用不同的遣散、补偿方案，具有一定的复杂性。有鉴于此，我们建议外国企业在决定注销代表处时，重视员工遣散、安置环节，尽早在专业人士的协助下制定补偿方案，以最大程度保护外国企业及代表处的利益，确保代表处的注销如期完成。

¹ 劳动者月工资高于用人单位所在地上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，年限最高不超过十二年。

Shanghai 上海

10F Jinmao Tower, 88 Century Avenue, Pudong New District, Shanghai City, PR China, 200121

上海市浦东新区世纪大道88号金茂大厦10楼

+86 21 5010 6580

Taicang 太仓

Room 1613B, German Centre, 319 Middle Zhenghe Road, Taicang City, Jiangsu Province, PR China, 215400

中国江苏省太仓市郑和中路319号兰德集团东亭大厦德国中心1613B

+86 512 5398 5389

shanghai@shaohe-lawfirm.com

www.shaohe-lawfirm.com

Your Contact 联系人



YAO Zheng | Associate 姚正 | 法律顾问

+86 21 5010 6517

yao.zheng@shaohe-lawfirm.com

- Employment Law 劳动法
- Antitrust law 反垄断法
- Restructuring, Liquidation & Insolvency 重组、清算和破产

Language: Chinese, English, French 语言: 中文、英文、法文



LI Xinyi | Senior Associate 李辛夷 | 资深律师

+86 21 5010 6583

li.xinyi@shaohe-lawfirm.com

- Employment Law 劳动法
- Compliance & Internal Investigations 合规和内部调查
- Antitrust law 反垄断法

Language: Chinese, English, German 语言: 中文、英文、德语

About Shaohe Law Firm 关于劭合

Shaohe Law Firm (formerly Luther Law Offices) is a full-service Chinese law firm with local expertise and global reach. Founded in 2007, Shaohe Law Firm has become one of the most trusted legal service providers for foreign, especially European, business in China.

- Shaohe Law Firm is a **PRC-licensed law firm**. We support clients in negotiations with Chinese counterparts, deal with government departments and represent clients in Chinese courts and arbitration.
- Shaohe Law Firm provides **full range of legal services** to foreign companies entering and developing in China.
- With more than 20 international and local lawyers, Shaohe Law Firm is one of the largest **German-speaking** laws firm in the country.
- As an independent law firm headquartered in Shanghai, we support you **all over China and cross borders**. We maintain a close cooperative relationship with other local firms in China and in other jurisdictions.

劭合律师事务所（原名上海陆德劭和律师事务所）是一家在中国注册的律师事务所。我们拥有本地专业知识和全球视野。劭合律师事务所成立于2007年，目前已成为外资企业（特别是欧洲企业）在中国最信赖的法律服务提供者之一。

- 劭合律师事务所是一家在中国注册的律师事务所。我们代表客户与中国合作伙伴谈判，与政府部门进行磋商，同时也代理诉讼和仲裁。
- 劭合律师事务所帮助外资企业开拓中国市场以及在中国获得长久的发展提供全方位的法律服务。
- 劭合律师事务所拥有20多名中国律师和持其他国家执业许可的境外法律顾问，是全国以德语为工作语言的最大律师事务所之一。
- 作为一家总部位于上海的律所，我们可以为您提供全国范围以及跨境法律服务。我们与其他值得信赖的本土律所以及其他司法管辖领域的律所保持紧密的合作。

Welcome to follow our WeChat account where you will find the updated legal insights and news.

欢迎扫码关注我们的微信公众号，在这里您可以获取最新的法律资讯和新闻。

