

Paris, 2 décembre 2015
Association Franco-Chinoise pour le droit économique

L'affaire Yung Kee Holdings Limited et la protection des actionnaires minoritaires à Hong Kong.

En prenant Wellington Street en partant de Central on remarque sur la gauche un établissement sur trois étages, assez imposant, aux cuivres rutilants: le restaurant **Yung Kee**.

Il s'agit d'une institution de la gastronomie hongkongaise, étoilé pendant un temps au guide Michelin et considéré comme un des plus célèbres restaurants au monde.

Ce restaurant fut créé au début des années trente par un homme qui s'appelait **Kam Shui Fai**.

Sans instruction, il avait commencé à travailler en qualité d'apprenti à l'âge de 12 ans dans un restaurant où il apprit une recette secrète de préparation de l'oie rôtie dont il devint par la suite un maître incontesté.

Il monta alors un petit restaurant de rue avec des amis près de la jetée du ferry et plus tard en 1942, il ouvrit son premier restaurant à l enseigne Yung Kee dans Wing Lok street.

C'était un homme extrêmement travailleur et d'un grand courage,.

Pendant la guerre un bombardement japonais eu raison de l'établissement mais Kam en ouvrit un nouveau dans Pottinger Street lequel commença à connaître rapidement la prospérité puis la renommée grâce à sa recette miraculeuse d'oie rôtie.

En 1962 le restaurant déménagea à Wellington Street puis Kam acquit les quatre petits immeubles adjacents et construisit l'immeuble de cinq étages où est exploité actuellement le restaurant.

L'affaire était prospère. Kam, seul maître à bord, contrôlait tout. La famille entière travaillait dans le restaurant et jusqu'à un âge avancé le patriarche y venait quotidiennement où il donnait parfois le coup de main en cuisine. Kam était respecté de tous car il incarnait toutes les vertus confucéennes du chef de famille.

La société devint si prospère qu'elle développa d'autres activités parallèles et un groupe de sociétés se forma dont Kam avait le contrôle au travers une holding.

A la mort de Kam en 2004 le restaurant était estimé à 1.5 milliard de dollars de Hong Kong soit environ 180 millions d'euros. La société disposait également d'une dizaine de millions de dollars en liquidités.

C'est à partir de ce moment que les difficultés commencèrent.

Ses héritiers se sont en effet lancés dans un conflit judiciaire d'une extrême violence dont la presse a suivi les péripéties et qui n'est toujours pas à ce jour terminé.

Il convient de préciser que Kam avait eu quatre épouses, non pas parce qu'il avait été veuf ou divorcé plusieurs fois mais pour une toute autre raison : il était polygame.

En Chine, la polygamie avait été abolie sous le régime républicain et interdite strictement à partir de 1949, mais aussi étrange que cela puisse paraître elle n'a été abolie à Hong Kong qu'en 1971.

La tardivité de cette abolition s'explique par un certain degré de reconnaissance légale qui a été attribuée à la coutume chinoise à Hong Kong.

La colonisation de Hong Kong s'est faite en trois temps. Tout d'abord l'île de Hong Kong, cédée à perpétuité à partir de 1841, puis la péninsule de Kowloon en 1860 puis aux termes de la Convention de Pékin de 1898 par l'annexion des Nouveaux Territoires dans le cadre d'un bail de 99 ans.

La Common Law anglaise s'est trouvée immédiatement applicable sur l'île de Hong Kong et à Kowloon mais par pragmatisme, un régime juridique dual a été mis en place dans les Nouveaux Territoires faisant coexister les coutumes et usages alors en vigueur avec la nouvelle législation coloniale.

Ces Nouveaux Territoires étaient immenses et fortement peuplés. Il eut été difficile pour le pouvoir britannique d'imposer le droit anglais à une population importante et au surplus assez rebelle.

Les Tribunaux de Hong Kong ont donc toujours pu appliquer le droit coutumier chinois pour suppléer aux lacunes de la Common Law et le droit coutumier chinois fait partie du système juridique ce qui est expressément reconnu par l'ordonnance dite de légitimité (***Legitimacy Ordinance Cap 184***).

Ce droit coutumier chinois est constitué par la coutume immémoriale de la dynastie Qing telle qu'elle existait en 1842 et son interprétation telle qu'elle en a été faite postérieurement par les décisions des Tribunaux de Hong Kong

Ceci est encore vrai de nos jours mais de manière extrêmement résiduelle car pour l'essentiel les règles de la coutume chinoise sont soit tombées en désuétude soit ont été abrogées par des textes.

Ainsi Kam eut dix-huit enfants de ses quatre « chambres ».

Selon le droit traditionnel chinois le patrimoine devait être partagé également entre les quatre chambres mais Kam avait préparé sa succession et s'agissant du restaurant il avait imaginé, de manière assez irréaliste, que deux de ses fils le gèreraient ensemble afin de prolonger l'harmonie qui régnait jusqu'alors dans son exploitation.

Ainsi à sa mort en 2004 les actions de la société Yung Kee Holdings limited furent réparties selon sa volonté entre deux de ses fils, **Kinsen (Kam Wkan Sing)**, l'aîné, et

Ronald (Kam Kwai Lai), le cadet, chacun recevant 45 % des titres, les 10 % restant revenant à une des filles, **Kelly (Kam Mei Ling)**.

Malheureusement Kelly rompit l'équilibre en vendant ses actions à Ronald qui prit alors le contrôle de la société Yung Kee Holdings.

Le cadet prit alors un certain nombre d'initiatives qui tendaient à évincer le frère aîné de la gestion du restaurant. Il nomma notamment son fils en qualité de *director*, prenant ainsi le contrôle du *board*.

Kinsen, minoritaire, estima qu'il faisait l'objet d'une injustice, qu'il avait été évincé et il engagea une procédure en 2010 tendant à ce que ses actions lui soient rachetées ou alors que la société soit liquidée purement et simplement.

Les parties ne réussirent pas à transiger et la procédure suivit son cours.

Si en droit français les actionnaires minoritaires disposent d'un arsenal assez complet et équilibré d'actions pour protéger leurs intérêts, en droit Hongkongais, dérivé du droit anglais, la situation se présente différemment.

Tout d'abord, il existe en Common Law un principe selon lequel un actionnaire individuel ne peut intenter une action pour faire réparer le préjudice causé à la société ou pour se plaindre d'irrégularités commises par les *directors*.

Le principe est connu sous le nom de la règle **Foss v Harbottle** (1843).

Deux actionnaires s'étaient plaints des *directors* qui avait détourné des biens appartenant à la société et avaient hypothéqué indument un autre bien.

Ils furent déboutés au motif que le demandeur ne peut être que la société et en aucun cas les actionnaires. Le principe est également connu sous le nom de la règle du **proper plaintiff**, « le demandeur qualifié pour agir ».

Par ailleurs, une autre règle, la « règle de la majorité », **majority rule** édicte que les Tribunaux n'interviendront pas dans la gestion interne des sociétés et que les actes irréguliers des *directors* peuvent parfaitement être ratifiés par le vote des actionnaires en vertu du principe selon lequel chacun a le droit de voter comme il l'entend.

La règle de Foss v Harbottle fit l'objet de nombreuses critiques mais ne fut jamais abrogée.

Les Tribunaux anglais cherchèrent cependant à donner tout de même des moyens d'intervention aux minoritaires en créant des actions dites, exceptions à la règle Foss v Harbottle basées sur « la fraude à l'égard de la minorité », **fraud on minority**, en raison du principe qu'une fraude ne peut être ratifiée.

S'il y a eu fraude à l'égard de la minorité et que les responsables contrôlent la société, un actionnaire minoritaire peut intenter en principe une action pour faire respecter les droits de la société mais le Tribunal conserve son pouvoir discrétionnaire d'appréciation.

Cette exception à la règle *Foss v Harbottle* s'est révélée extrêmement difficile à mettre en œuvre. La jurisprudence est apparue contradictoire et parfois obscure et le coût de la procédure exorbitant. En effet, les dommages éventuellement alloués en réparation du préjudice subi par la société seront encaissés *in fine* par celle-ci et non par les demandeurs.

Malgré les efforts déployés par les Tribunaux pour parvenir à une règle claire pour déterminer quand il y a eu fraude au préjudice de la minorité, l'incertitude de son application et le caractère aléatoire ont donné lieu à une intervention législative par l'adoption en Angleterre des sections 216A et 216B du *Companies (Amendment) Act* de 1993, créant ainsi un régime particulier pour permettre d'introduire des actions sociales : ***statutory derivative actions***.

Ces dispositions législatives ont été transposées en droit hongkongais en 2004 mais pour autant, la procédure en Common Law (***fraud on minority***), même si elle ne se justifie plus vraiment a été maintenue et il s'agit d'une source de complication.

En vertu des textes nouveaux introduits en 2004 à Hong Kong deux types d'actions sont envisageables :

A. Action dérivée sur le fondement des articles 731 à 738 de la Companies Ordinance Cap 622 (anciens articles 68BB à 168BJ de la CO Cap 32 réformée en 2014)

Au visa de ces articles les actionnaires peuvent être autorisés par la Cour à engager une action sociale en cas d'abus de pouvoir, ***misfeasance***, de la part des *directors*.

Une autorisation judiciaire est cependant nécessaire - ***statutory leave requirement***.

Celle-ci ne sera accordée que si :

- L'action est intentée dans l'intérêt même de la société,
- L'action est fondée et juste,
- La société n'a pas pris d'initiative judiciaire, engagé de procédure ou ne s'est pas défendue dans une action judiciaire,
- Une mise en demeure a été préalablement notifiée à la société 14 jours avant l'introduction de l'instance.

A priori, la ratification ou la possibilité de ratification par la société ne devraient pas être un obstacle à la demande.

L'offre de rachat des actions est souvent une défense à l'action.

B. Demandes fondées sur un comportement injuste et préjudiciable – *the unfair prejudice remedy* – articles 723 à 725 de la Companies Ordinance Cap 622 (ancien article 168A de la CO Cap 32 réformée en 2014)

Une autre fondement d'action est possible en cas de comportement ***unfairly prejudicial*** à l'égard d'un actionnaire minoritaire.

Le comportement critiqué doit présenter un caractère inéquitable et dommageable. Les deux éléments doivent coexister.

Ces textes autorisent un actionnaire à demander à la Cour de prendre une mesure appropriée lorsque celui-ci n'a pas été traité équitablement.

La Cour pourra prononcer toute injonction qu'elle estimera utile pour rectifier la situation : ***such order as the Court thinks fit***, notamment :

- Donner le droit à des actionnaires d'inspecter des documents de la société,
- Autoriser des actionnaires à convoquer une assemblée générale,
- Ordonner la dissolution de la société,
- Ordonner le rachat des actions par une partie,
- Désigner un administrateur judiciaire,
- Enjoindre la société à engager une action ou de faire telle ou telle chose.

Bien que la Cour ait un choix relativement large d'injonctions possibles, dans la grande majorité des cas c'est le rachat des actions qui est ordonné.

La Cour peut également allouer des dommages et intérêts au demandeur.

En l'espèce Kinsen se plaignait des faits suivants :

- Il avait été écarté de la gestion de la société,
- Ronald avait placé son fils au *board of directors* et lui avait alloué une rémunération très confortable,
- Les affaires de la société avaient été gérées de manière préjudiciable et dommageable, ***unfairly prejudicial***. et Kinsen rapportait la preuve d'un certain nombre d'actes de gestion d'une utilité douteuse.

Il sollicita alors l'application des dispositions de l'article 168A de la *Companies Ordinance* afin que la société soit dissoute et liquidée et alternativement que ses actions lui soient rachetées au juste prix.

A titre subsidiaire il demandait que la société soit liquidée au visa de l'article 327(3)(c) de la *Companies Ordinance* (Cap 32) sur le fondement de ***just and equitable grounds***, demande alternative qui pourrait s'apparenter à la dissolution pour « justes motifs ».

La Cour de Première instance rendit sa décision le **31 octobre 2012 - Kam Kwan Sing v Kam Kwan Lai & Ors. (HCCW 154/2010)** et elle ne fut pas favorable à Kinsen.

L'affaire prit alors un tour particulièrement tragique lorsque Kinsen décéda quelques jours après que la décision ait été rendue.

Pour comprendre la décision, il convient ici de préciser que l'entreprise était détenue par une construction complexe de sociétés dont l'entité ultime, Yung Kee Holdings Limited était immatriculée aux Iles Vierges Britanniques. C'est dans cette entité que l'on trouvait la répartition litigieuse des actions.

Cette société holding détenait 100 % d'une autre société des Iles Vierges qui elle-même détenait des participations dans les sociétés opérationnelles à Hong Kong et notamment celle qui exploitait le restaurant.

Mais pourquoi Kam le patriarche était-il allé aux Iles Vierges pour loger la société qui devait détenir son restaurant de Hong Kong ?

La réponse est simple : il est difficile de connaître les actionnaires d'une société immatriculée aux Iles Vierges et il s'agissait d'éviter aux héritiers de payer les droits de succession applicables à l'époque à Hong Kong.

Depuis les droits de succession ont été abolis à Hong Kong en **2005** et les héritages ne sont plus taxés mais il s'avère que la détention d'actions par des sociétés situées aux Iles Vierges Britanniques, aux Iles Cayman ou ailleurs demeure toujours extrêmement populaire à Hong Kong, même lorsqu'il s'agit de détenir des sociétés cotées.

Ce type de montage ne fait pas cependant obstacle à la compétence des juridictions hongkongaises pour régler les litiges au sein de ces sociétés pour autant qu'elles aient un lien suffisant avec Hong Kong.

Dans le jugement de première instance, l'honorable Mr Justice Harris, a admis (*obiter dictum*) que les deux frères étaient dans une situation de **quasi-partnership** et que le cadet avait géré le restaurant de manière préjudiciable aux intérêts de son frère et en tout cas contraire à la volonté du père qui avait voulu une gestion conjointe de l'établissement par ses deux fils.

La Cour cependant se déclara incompétente au motif que la société n'avait pas de **place of business** à Hong Kong et n'avait donc pas un lien suffisant avec Hong Kong.

Ainsi le Juge Harris a relevé que :

- La société était immatriculée aux Iles Vierges Britanniques et non à Hong Kong (elle aurait parfaitement pu l'être en tant que société étrangère),
- Son seul actif était constitué par des actions d'une autre société immatriculée aux Iles Vierges et elle était donc un investisseur purement passif,
- Les registres légaux étaient tenus aux Iles Vierges,
- La société Yung Kee Holdings limited n'avait pas de compte en banque à Hong Kong,
- Si les affaires de la société ont pu être gérées à partir de Hong Kong cela ne fait pas de Hong Kong une **place of business**,
- La volonté d'éviter l'impôt démontre bien la volonté de ne pas avoir de présence substantielle à Hong Kong,
- **Place of business** ne veut pas dire nécessairement des bureaux et du personnel mais au moins une présence régulière.

La veuve et les héritiers de Kinsen furent autorisés à faire appel. Dans les pays de Common Law l'appel n'est pas de droit, l'affaire doit présenter un certain intérêt.

Les demandeurs auraient pu alors saisir la juridiction des Iles Vierges Britanniques. Leurs conseils préférèrent interjeter appel.

La décision du Juge Harris avait suscité un émoi certain dans la communauté des affaires car elle risquait de remettre en question des montages exotiques particulièrement courants.

Cet émoi fut renforcé lorsque la Cour d'Appel confirma le **6 mars 2014** le jugement de première instance en toutes ses dispositions...

Au surplus la Cour d'Appel précisa qu'elle n'avait pas même à se prononcer sur le point de savoir ce qu'elle déciderait, si elle avait été compétente, quant aux griefs soulevés à l'encontre de l'associé majoritaire.

Ce point semble s'expliquer par le fait que la Cour d'Appel, renvoyant de facto l'affaire devant la juridiction des Iles Vierges, ne voulait pas préjuger du fond dans un litige où elle avait par ailleurs décliné sa compétence.

La veuve et les héritiers de Kinsen disposaient encore d'un ultime recours.

La juridiction suprême à Hong Kong est la **Court of Final Appeal**, la Cour d'Appel Final qui remplace depuis la rétrocession de 1997 le **Judicial Committee of the Privy Council** à Londres qui est compétent pour juger en dernier ressort les décisions des juridictions du Commonwealth.

La *Court of Final Appeal* est composée du Chief Justice et de quatre juges, trois permanents et un non-permanent ou un juge venant d'une autre juridiction de Common Law.

La Cour d'Appel Final a donc été saisie par la veuve et les héritiers de Kinsen et l'affaire fut évoquée à nouveau le **7 octobre 2015**.

Le **12 novembre 2015** la bataille judiciaire a connu un rebondissement tout à fait spectaculaire et inattendu lorsque la Cour Suprême donna finalement son accord pour que la société soit purement et simplement liquidée.

La Cour d'Appel Final a estimé qu'en réalité la société avait bien une connexion suffisante avec Hong Kong pour justifier la compétence de ses Tribunaux :

- les actionnaires et les *directors* étaient tous résidents à Hong Kong,
- les actifs de la société étaient tous situés à Hong Kong,
- tous les revenus de la société trouvaient leur origine à Hong Kong.

A la différence de la précédente décision, la Cour a estimé que ces trois exigences de base étaient satisfaites et qu'elles étaient suffisantes.

Les cinq juges ont cependant ajourné leur décision de mise en liquidation et ont donné aux parties un délai de **28 jours** pour permettre d'étudier les possibilités de rachat par l'une ou l'autre des parties des actions de la société Yung Kee Holdings Limited.

Si aucun accord n'est trouvé avant la fin de la semaine prochaine un liquidateur sera nommé et le restaurant Yung Kee vieux de **73 ans** sera mis en vente aux enchères publiques...

Affaire à suivre.

Paris, le 2 Décembre 2015

Jean-Yves TOULLEC

Solicitor - Hong-Kong
Avocat à la Cour