

CHIOMENTI  
STUDIO LEGALE

QUADRO DI RIFERIMENTO  
LEGISLATIVO E FISCALE  
PER GLI INVESTIMENTI STRANIERI  
IN CINA

2009

questo documento vuole fornire una succinta esposizione divulgativa di tematiche complesse ed in costante evoluzione. non rappresenta in alcun modo un parere legale sulla materia. il lettore è invitato a contattare direttamente gli esperti del nostro studio prima di prendere alcuna decisione o intraprendere alcuna iniziativa sulla base di quanto riportato nel presente documento. per quanto sia stata posta la massima cura nella redazione, chiomenti studio legale non assume alcuna responsabilità sulla completezza o correttezza dei contenuti.

## INDICE

<u>INDICE DELLE ABBREVIAZIONI</u>	<u>5</u>
<u>INTRODUZIONE</u>	<u>7</u>
<u>1. IL SISTEMA POLITICO</u>	<u>7</u>
<u>1.1. GLI ORGANI LEGISLATIVI</u>	<u>8</u>
<u>2. IL QUADRO LEGISLATIVO</u>	<u>9</u>
<u>3. LE ATTIVITA' DI PENETRAZIONE COMMERCIALE</u>	<u>10</u>
<u>3.1 IL COMMERCIO IN CINA IN GENERALE</u>	<u>10</u>
<u>3.2 LA DISCIPLINA DOGANALE GENERALE (IMPORT)</u>	<u>12</u>
<u>3.3 IL COMMERCIO INTERNO</u>	<u>13</u>
<u>3.4 LA DISCIPLINA SPECIALE DEL <i>FRANCHISING</i></u>	<u>14</u>
<u>3.5 IL <i>TRADING</i> PER LE SOCIETA' NON COMMERCIALI AD INVESTIMENTO STRANIERO</u>	<u>16</u>
<u>3.6 I TRASFERIMENTI DI TECNOLOGIA</u>	<u>18</u>
<u>3.7 L'UFFICIO DI RAPPRESENTANZA</u>	<u>19</u>
<u>4. LE PRINCIPALI FORME DI INVESTIMENTO</u>	<u>22</u>
<u>4.1 JOINT VENTURES (JV – 合营企业)</u>	<u>23</u>
<u>4.2 LA SOCIETA' AD INTERO CAPITALE STRANIERO (WFOE – 外商独资企业)</u>	<u>35</u>
<u>4.3 LE SOCIETA' DI TRADING</u>	<u>36</u>
<u>4.4 LA SOCIETA' DI DISTRIBUZIONE (FICE)</u>	<u>37</u>
<u>4.5 FICE o FTC?</u>	<u>41</u>
<u>4.6 ALTRE FORME, OPPORTUNITA' OPERATIVE E DI INVESTIMENTO</u>	<u>42</u>
<u>4.7 ACQUISIZIONE DI AZIENDE CINESI</u>	<u>47</u>
<u>5. LA DISCIPLINA FISCALE CINESE</u>	<u>54</u>
<u>5.1 IL SISTEMA</u>	<u>54</u>
<u>5.2 IMPOSTA SUL REDDITO DELLE PERSONE GIURIDICHE (EIT) (企业所得税)</u>	<u>56</u>
<u>5.3 IMPOSTE INDIRETTE: LA VAT (增值税)</u>	<u>59</u>
<u>5.4 IMPOSTE INDIRETTE: LA BUSINESS TAX (营业税)</u>	<u>59</u>
<u>5.5 IMPOSTA SUL REDDITO DELLE PERSONE FISICHE (IIT)</u>	<u>60</u>
<u>6. ALTRI ASPETTI RILEVANTI DELLA LEGISLAZIONE CINESE</u>	<u>61</u>
<u>6.1 LA LEGGE SUI DIRITTI REALI</u>	<u>61</u>
<u>6.2 IL SUOLO E GLI IMMOBILI</u>	<u>61</u>
<u>6.3 I DIRITTI DI PROPRIETA' INTELLETTUALE</u>	<u>66</u>
<u>6.4 LIQUIDAZIONE VOLONTARIA E PROCEDURE CONCURSUALI</u>	<u>73</u>
<u>6.5 LA CONCORRENZA SLEALE E LA DISCIPLINA ANTI-TRUST</u>	<u>75</u>
<u>6.6 LE RISORSE UMANE</u>	<u>78</u>
<u>6.6.1 II CONTRATTO DI LAVORO</u>	<u>79</u>
<u>6.7 GLI ASPETTI VALUTARI</u>	<u>82</u>

<u>6.8 L'AMBIENTE</u>	<u>84</u>
<u>7. LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE COMMERCIALI</u>	<u>86</u>

## Indice delle abbreviazioni

<b>CCC</b>	China Compulsory Certification
<b>CIETAC</b>	China International Economic and Trade Arbitration Commission 中国国际经济贸易仲裁委员 <i>Uno dei principali organismi arbitrali cinesi con sedi a Pechino, Shanghai e Shenzhen.</i>
<b>CJV</b>	Contractual (Cooperative) Joint Venture 合作经营企业
<b>CLS</b>	Company Limited by Shares 股份有限公司 <i>Nuova forma societaria introdotta dalla Company Law.</i>
<b>EJV</b>	Equity Joint Venture 合资经营企业 <i>Strumento di investimento: è generalmente una società a capitale misto a responsabilità limitata costituita con uno o più soci cinesi. A questa si riferisce anche più generalmente quando si parla di "Joint Venture" o "JV".</i>
<b>EUR</b>	Euro
<b>FIE</b>	Foreign Invested Enterprise (JV, WFOE) 外商投资企业 <i>Identifica qualsiasi forma di società con capitale (interamente o in parte) straniero; usata per distinguere queste ultime dalle società puramente "domestiche".</i>
<b>MofCOM</b>	Ministry of Commerce 商务部 <i>È l'autorità competente, anche attraverso le sue sedi periferiche, per l'approvazione di tutti i progetti di investimento straniero in Cina (sostituto del MofTEC).</i>
<b>RMB</b>	Renminbi 人民币 <i>La valuta locale cinese (anche identificata con "CNY").</i>
<b>PBOC</b>	People's Bank of China 中国人民银行 <i>La Banca Centrale Cinese.</i>
<b>PRC</b>	People's Republic of China 中华人民共和国
<b>SASAC</b>	State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State

	Council 国有资产管理局 <i>È l'ente amministrativo cui spetta la gestione dei beni demaniali e delle imprese statali in caso di trasferimento (alienazione, contribuzione, ecc.) degli stessi.</i>
<b>SAFE</b>	State Administration of Foreign Exchange 国家外汇管理局 <i>L'ente cui spetta la supervisione ed il controllo di tutti gli aspetti relativi alla valuta.</i>
<b>SAIC</b>	State Administration for Industry and Commerce 国家工商总局 <i>È l'ente amministrativo incaricato, tra l'altro, della registrazione e del controllo annuale delle imprese.</i>
<b>SAT</b>	State Administration of Taxation 国家税务总局 <i>L'ente amministrativo incaricato della riscossione delle imposte statali.</i>
<b>SOE</b>	State Owned Enterprise 国有企业 <i>Indica le società pubbliche (di Stato)</i>
<b>USD</b>	United States Dollar
<b>WFOE</b>	Wholly Foreign Owned Enterprise 外商独资企业 <i>Società ad intero capitale straniero</i>
<b>WTO</b>	World Trade Organization <i>Organizzazione Mondiale del Commercio</i>

## INTRODUZIONE

La nascita della Repubblica Popolare Cinese (1949) concluse la breve esperienza repubblicana segnando l'adozione di un sistema normativo di ispirazione sovietica. L'ulteriore sviluppo del sistema giuridico cinese si arrestò nuovamente nel 1957 con la campagna anti-reazionaria. La spirale discendente di eventi politici raggiunse il culmine con la Rivoluzione Culturale. Dal 1966 al 1976, poiché i tribunali e le altre istituzioni giuridiche cinesi furono sciolte e le leggi denunciate come strumento del capitalismo, regnava nel paese un generale vuoto normativo.

Sono le riforme di *Deng Xiao Ping* (1904 - 1997), e la cosiddetta politica della “porta aperta” (1979) nei confronti degli investimenti stranieri, che riportano l'attenzione sulla necessità di ricostruire un sistema normativo che fornisca certezza e stabilità nell'amministrazione del potere e dell'economia. Momento chiave di questo spirito è il 1982, quando l'Assemblea Nazionale del Popolo promulga la nuova Costituzione (la quarta: dopo quelle del 1954, del 1975 e del 1978) che definisce la Cina come uno “stato socialista sotto la dittatura democratica del popolo guidato dalla classe operaia e basato sull'alleanza tra i lavoratori e dei contadini”, sancendo altresì i principi della supremazia della legge ed embrionalmente della responsabilità della pubblica amministrazione nei confronti dei cittadini.

L'intensa produzione normativa degli anni successivi non fa riferimento esclusivo ad alcun modello o tradizione giuridica ma s'ispira a molte: la tradizione confuciana, socialista e quella di diritto civile e di *common law*. Il legislatore privilegia gli strumenti regolamentari e “sperimentali”, più rapidi ed efficaci nell'accogliere i repentini mutamenti della realtà sociale ed economica del paese, ma non disdegna l'adozione di testi normativi articolati e complessi.

Gli investimenti stranieri seguono una legislazione speciale. I principi seguiti sono quelli di proteggere l'economia nazionale, lo sviluppo delle imprese domestiche ed il mantenimento di un controllo centrale; ma anche quelli di offrire una sempre maggiore certezza di diritto al commercio e ai capitali internazionali e di offrire strumenti adeguati alla dinamica “economia socialista di mercato”.

Successivamente, l'integrazione con l'economia mondiale, lo sviluppo dei mercati azionari – con le relative esigenze di *governance* - come pure l'ingresso della Cina nel WTO (2001) stanno progressivamente riformulando il diritto societario, in termini sia di omogeneità tra imprese domestiche e ad investimento straniero sia di complessità di regolamentazioni.

Il risultato è una normativa articolata, spesso molto dettagliata, e in costante evoluzione. L'investitore straniero, pertanto, oltre a dover affrontare diversità e distanze linguistiche e culturali, deve anche essere in grado di rinvenire “le regole del gioco” e di tenersi aggiornato.

## 1. IL SISTEMA POLITICO

L'Assemblea Nazionale del Popolo è l'organo supremo del potere statale; L'apparato amministrativo e giudiziario sono stati creati dall'Assemblea Nazionale del Popolo che è inoltre responsabile per la loro supervisione.

Il Presidente della Repubblica è il capo dello Stato. Egli nomina il Primo Ministro, i membri dello *State Council*, i Ministri ed altri organi sulla base delle decisioni dell'Assemblea Nazionale e dello *Standing Committee*.

La Corte Suprema del Popolo è il vertice dell'apparato giurisdizionale che si dirama poi sia territorialmente sia per specializzazioni. Parallelamente è istituito l'apparato delle procure, che ha al suo vertice la Procura Suprema del Popolo.

Lo *State Council* è l'organo supremo dell'esecutivo; ad esso fanno capo i ministeri e le altre organizzazioni amministrative. Lo *State Council* è composto da circa 50 membri ed è presieduto dal Primo Ministro. L'organismo che tuttavia accentra a sé la maggior parte del potere esecutivo è lo *Standing Committee* dello *State Council*, composto dal Primo Ministro, quattro Vice-Premier, cinque Consiglieri di Stato ed un Segretario Generale.

### 1.1. GLI ORGANI LEGISLATIVI

L'Assemblea Nazionale del Popolo in quanto suprema autorità legislativa emana le leggi fondamentali in materia penale, civile, amministrativa e relativa ad altri importanti aspetti della vita del paese, la sua commissione permanente, ovvero lo *Standing Committee* adotta tutte le leggi diverse da quelle che non possono essere emanate dall'Assemblea Nazionale del Popolo.

Il Consiglio di Stato è autorizzato a formulare regolamenti amministrativi in conformità con la Costituzione e le leggi, mentre i suoi organi amministrativi subordinati possono emanare anche norme amministrative di attuazione della normativa promulgata rispettivamente dall'Assemblea Nazionale del Popolo e dalla sua commissione permanente, oppure regolamenti, decisioni e ordinanze emanate del Consiglio di Stato.

Le Assemblee Nazionali del Popolo e le commissioni permanenti a livello provinciale sono autorizzate ad emanare regolamenti locali che non siano in conflitto con la Costituzione, le leggi, i regolamenti amministrativi; Le Assemblee Nazionali del Popolo e le commissioni permanenti nelle città capoluogo di provincia, nelle zone economiche speciali e nelle grandi municipalità approvate dal Consiglio di Stato sono inoltre autorizzati ad emanare normative locali, che divengono effettive previa approvazione da parte della relativa commissione permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo a livello provinciale; i regolamenti autonomi e distinti formulati nelle aree autonome a livello locale, divengono effettivi previa approvazione da parte della commissione permanente dell'Assemblea Nazionale del Popolo; e i regolamenti autonomi ed indipendenti delle aree nazionali autonome a livello distrettuale, diventano effettivi previa approvazione delle relative commissioni permanenti delle Assemblee Nazionali del Popolo a livello provinciale.

I Governi del Popolo a livello provinciale, in conformità con le disposizioni legislative, con i regolamentari amministrativi ed i regolamenti locali, possono formulare norme amministrative in attuazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative locali, nonché emanare regolamenti specifici al fine di regolare le questioni amministrative relative ai rispettivi settori amministrativi.

## 2. IL QUADRO LEGISLATIVO

Dalla legge sulle *Joint Venture* (JV) di soli 15 articoli, promulgata nel 1979, che fissava i principi generali per la prima forma di investimento straniero nella PRC, attraverso la più articolata *Company Law* del 1993. Dopo un periodo di stabilizzazione e consolidamento delle discipline degli investimenti esteri nei primi anni Novanta, nel 1997 è ripresa un'abbondante produzione normativa, la quale ha provveduto anche alla configurazione di nuove forme di investimento, più adeguate agli standard internazionali, fino alla nuova *Company Law* del 2005.

Tale periodo di riforma ha visto non solo un'abbondante produzione normativa nelle materie caratterizzate da elementi di estraneità, ma anche notevoli innovazioni nell'assetto generale dell'ordinamento interno: il codice di procedura penale (1979 emendato da ultimo nel 1996), le leggi organiche sui tribunali e le procure del popolo (1979 emendate rispettivamente da ultimo nel 2006 e nel 1983), la legge sui brevetti (1984 emendata da ultimo nel 2008), la legge sulle successioni (1985), i principi generali del diritto civile (1986), la legge sul contenzioso amministrativo (1989), la legge sui marchi (1982 emendata da ultimo nel 1996), la legge sulle procedure amministrative (1989), la legge sulla concorrenza sleale (2003), il nuovo codice penale (1997 emendato da ultimo nel 2009), la legge sui titoli mobiliari (1998, emendata da ultimo nel 2005), la legge unificata sui contratti (1999), la legge anti-dumping (2001 emendata da ultimo nel 2004), la legge sul commercio con l'estero (2004), la legge sulla proprietà (2007), la legge *anti-trust* (2008), la legge fallimentare (2007), la legge sull'imposta sul reddito delle imprese (2008), la legge sul contratto di lavoro (2008), e molte altre.

Tra le leggi fondamentali, che costituiscono il primo punto di riferimento per chi è interessato ad investire in Cina, segnaliamo: la *Sino Foreign Equity Joint Venture Law* (1979, "EJV Law" emendata da ultimo nel 2001); le *Sino Foreign Equity Joint Venture Law Implementing Regulations* (1983, "EJV Regulations" emendata da ultimo nel 2001); la *Wholly Foreign Owned Enterprises Law* (1986, "WFOE Law" emendata da ultimo nel 2000) e le relative *Implementing Regulations* (1990, "WFOE Regulations" emendata da ultimo nel 2001); la *Sino Foreign Cooperative Joint Venture Law* (1988, "CJV Law" emendata da ultimo nel 2000) e le sue *Implementing Regulations* (1995, "CJV Regulations"); le *Establishment of Foreign Investment Companies Limited by Shares Tentative Provisions* (1995), le *Foreign Exchange Control Regulations* (1996 emendate da ultimo nel 2008), la *Contract Law* (1999), la *Company Law* (2005), le *Interim Provisions on the Takeover of Domestic Enterprises by Foreign Investors* (2006, M&A Rules) e la *Enterprise Income Tax Law* e le sue *Implementing Rules* (2008).

Molte di queste leggi sono state emanate a seguito dell'entrata della Cina nella WTO - in particolare, il settore del commercio è stato aperto all'investimento straniero con la *Foreign Trade Law* (2004); nel 2004 la Costituzione Cinese è stata rivista ulteriormente e sono stati emendati vari articoli per includere la protezione di proprietà privata (Articolo 13) – il riconoscimento formale dello sviluppo del settore privato determinatosi negli anni precedenti - e dei diritti umani (Articolo 33).

La materia degli investimenti stranieri è strategicamente diretta dal *Foreign Investment Industrial Guidance Catalogue* (1995, soggetto a frequente aggiornamento, da ultimo nel 2007), di seguito denominato **Catalogo**, che classifica gli investimenti stranieri in 1) incoraggiati, 2) limitati, con conseguenze relative a vari aspetti dell'investimento (in particolare, ai processi autorizzativi ed alla

possibilità che l'attività sia condotta in partecipazione o meno con un partner locale) e 3) vietati. Sono "permessi" tutti gli investimenti non elencati nel Catalogo.

La Cina ha inoltre recentemente implementato la strategia del "Go West", indirizzata ad accelerare lo sviluppo economico delle regioni centrali ed occidentali, fino ad ora meno coinvolte dallo sviluppo tumultuoso che ha caratterizzato le regioni costiere. Una serie di politiche preferenziali, tra cui esenzioni e favorevoli regimi fiscali, supporto delle autorità e possibilità di investire in progetti che il Catalogo classifica come limitati, sono state formulate per attirare capitale straniero nelle regioni centrali e dell'ovest. La materia è regolata principalmente dal *Catalogue for Priority Industries for Foreign Investment in Central and Western Regions*, promulgato nel giugno 2000 e aggiornato nel 2008.

Un fondamentale passo verso la più ampia e generale liberalizzazione del commercio e degli investimenti in Cina è rappresentato dall'ingresso della Cina nella WTO (2001), con le seguenti (principali) implicazioni:

- progressiva riduzione dei dazi doganali per tutti i prodotti;
- eliminazione (nel 2005) del sistema delle quote, in molti settori (e particolarmente per quanto previsto dal *memorandum of understanding on trade in textile and apparel*, relativamente a Stati Uniti ed Europa);
- progressiva liberalizzazione degli investimenti stranieri in più settori dell'economia (da cui, la frequente revisione del Catalogo).

Conseguenze di quanto precede sono state l'aumento delle attività di commercio diretto con la Cina, sia in *import* sia in *export*, e l'aumento degli investimenti diretti nel Paese.

### **3. LE ATTIVITA' DI PENETRAZIONE COMMERCIALE**

Riteniamo utile, seppure lo scopo del presente documento sia prevalentemente quello di fornire informazioni orientative in merito agli investimenti stranieri, accennare alle problematiche più rilevanti delle operazioni di commercio internazionale, un settore particolarmente "regolato" e tuttavia recentemente soggetto ad interessanti aperture.

#### **3.1 IL COMMERCIO IN CINA IN GENERALE**

Storicamente, il diritto di commerciare con aziende straniere (generalmente, il diritto di commerciare si riferisce al solo diritto di porre in essere attività di importazione ed esportazione, si vede nella sezione 4.3 e 4.4 qui di seguito) era limitato ad un ristretto numero di "associazioni di categoria" comunemente conosciute come "*Import/Export Corporations*", che detenevano il monopolio del commercio internazionale relativamente alle tipologie di beni soggetti alla loro amministrazione. Questo "modello" si è tramandato fino al 2004, quando la Cina, sulla base degli impegni assunti con l'accessione alla WTO, ha emanato una legge fondamentale che riguarda direttamente il commercio internazionale: la nuova *Foreign Trade Law*, semplificando in modo significativo la disciplina del commercio con l'estero. Si è passati infatti da un sistema basato su

autorizzazioni preventive alla più semplice registrazione delle società che svolgono attività di *import-export* (c.d. “*Foreign Trade Operators*”), soggette ai relativi requisiti.

In particolare, sulla base della *Foreign Trade Law* è considerato *Foreign Trade Operator* ogni persona giuridica, o altra organizzazione in forma associata o individuale, legalmente costituita che sia impegnata in attività di commercio con l'estero, incluse l'importazione ed esportazione di beni, tecnologie e servizi di commercio internazionale. Ogni *Foreign Trade Operator* impegnata in attività di importazione o esportazione di beni e tecnologie ha l'onere di registrarsi presso il competente ufficio del MOFCOM a meno che non sia diversamente disciplinato dalla legge, dai regolamenti amministrativi o dal MOFCOM stesso.

Occorre tuttavia specificare che, in alcuni settori, il meccanismo della registrazione è soggetto a restrizioni, che devono quindi essere verificate caso per caso. In mancanza di registrazione quale *Foreign Trade Operator*, sarà necessario effettuare l'operazione di import/export, e stipulare i relativi contratti, tramite una società di intermediazione specializzata (*I/E Company*).

In caso di contratti internazionali di compravendita, conclusi tra una parte cinese e una straniera, in conformità alla legge contrattuale, le parti interessate possono liberamente scegliere il diritto applicabile, a meno che la legge disponga altrimenti. A tale riguardo, le *Provisions on Several Issues Concerning the Application of the Law in Trials of Foreign-related Civil and Commercial Contract Disputes* ("Disposizioni sulla Legge Applicabile") hanno inoltre stabilito le norme specifiche per la scelta della legge applicabile ai contratti internazionali civili e commerciali. Ad esempio, le parti di un contratto di compravendita devono scegliere la legge o modificare la scelta relativa alla legge che disciplina la risoluzione delle controversie in modo esplicito. Nel caso in cui le parti non abbiano compiuto la scelta relativa ad una legge che disciplini la risoluzione delle controversie nel contratto, la legge del paese o della regione che detiene i rapporti più significativi con il contratto stesso dovrà essere la legge applicabile. Degno di nota è che, le Disposizioni sulla Legge Applicabile prevedono anche alcune circostanze in cui la legge applicabile deve solo essere la legge cinese. Ad esempio, nel caso in cui le parti interessate si sottraggono al dettato imperativo previsto dalla normativa cinese o in cui l'applicazione della legge straniera è in violazione dell'interesse pubblico cinese, la legge cinese deve essere quella applicabile. Vedasi inoltre al riguardo la sezione 7 qui di seguito.

Al di là dell'operazione estemporanea è peraltro molto frequente che si decida di instaurare con il compratore o fornitore cinese un accordo più duraturo o “strutturato”.

Le ipotesi più comuni sono:

- l'accordo di agenzia / distribuzione;
- l'accordo di lavorazione;
- l'accordo di fornitura.

### 3.1.1 Accordi di agenzia / distribuzione

Si tratta di accordi dal contenuto vario, aventi ad oggetto le condizioni per l'acquisto e la distribuzione da parte di una società cinese dei prodotti della società straniera.

Elementi critici di questo genere di accordi sono normalmente le condizioni di pagamento, anche se nella pratica vengono utilizzate L/C irrevocabili e/o confermate.

### *3.1.2 Accordi di lavorazione ("processing / assembly")*

Si tratta di accordi in virtù dei quali una società straniera fornisce materie prime o componenti (che vengono importate in esenzione dei dazi doganali e VAT) ad un soggetto cinese il quale effettuerà secondo le specifiche del partner straniero la produzione o l'assemblaggio, con l'obbligo di riesportare il prodotto finito alla società straniera entro un determinato periodo di tempo (di norma, non più di 12 mesi).

Per evitare frodi, le dogane possono richiedere il deposito di un importo pari al valore dei dazi e della VAT da corrispondersi in relazione a materie prime o componenti importati; il deposito verrà restituito al momento della ri-esportazione del bene finito.

Una variante di questo tipo di accordi è il *Compensation Trade*, in cui la parte straniera contribuisce servizi, *know-how*, tecnologia e macchinari e riceve, quale corrispettivo, per un periodo stabilito di anni, una parte o la totalità dei prodotti; al termine dell'accordo, i macchinari e la tecnologia rimangono al partner cinese (tale struttura è utilizzata principalmente per promuovere e migliorare le aziende esistenti).

### *3.1.3 Accordi di fornitura*

Sono il riflesso in acquisto degli accordi di agenzia o di distribuzione visti sopra. Di particolare criticità per l'operatore straniero sono di solito le disposizioni o i meccanismi relativi alla verifica della qualità delle merci inviate. Non è raro, quando l'attività di *procurement* è particolarmente sviluppata, associare a questo genere di accordi un ufficio di rappresentanza (vedi oltre) dedicato anche al controllo della qualità dei beni prima che questi vengano esportati.

## 3.2 LA DISCIPLINA DOGANALE GENERALE (IMPORT)

Riteniamo opportuno accennare in questa sede alla disciplina doganale, particolarmente in merito alle procedure d'importazione di prodotti. Parliamo in questo caso dell'importazione effettuata sulla base di un contratto di compravendita tra un'impresa straniera ed una cinese, mentre in un apposito paragrafo successivo si tratterà degli aspetti di importazione da parte di FIE, con riferimento specifico ai beni strumentali.

Il principio generale è che le merci in ingresso in Cina sono soggette al pagamento sia di un dazio doganale sia di una *Value Added Tax* (VAT, la nostra IVA). Alcune tipologie di beni sono inoltre soggette al pagamento della *Consumption Tax* (消费税).

Per quanto riguarda i **dazi doganali** (关税), all'ingresso della Cina nella WTO è seguita una generalizzata e sostanziale riduzione degli stessi. In apposito allegato al protocollo di accessione, la Cina si è infatti impegnata in un programma di abbattimento delle quote e di riduzione dei dazi

doganali applicabili.

Inoltre, l'applicazione del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*) ha comportato la concessione della clausola della nazione più favorita (MFN) a tutti i paesi membri del WTO. In altre parole - salvo il caso di specifiche e temporanee misure ritorsive quali *anti-dumping* e *countervailing duties* - i dazi sullo specifico prodotto sono uguali in caso di importazione da qualsiasi paese membro della WTO.

È consigliabile in proposito tenere monitorata la situazione (facendo riferimento direttamente alla *China Customs*) poiché adeguamenti delle tariffe avvengono con una certa frequenza. Le classi doganali utilizzate sono quelle internazionali.

L'autorità doganale cinese valuta e riscuote i dazi. Il dazio è calcolato sull'importo C.I.F. delle merci importate (con le rettificazioni previste dalle norme di calcolo). Se l'importo non appare adeguato o il valore della transazione non può essere altrimenti determinato, è facoltà delle dogane richiedere il pagamento di un dazio calcolato in misura "presuntiva" (secondo parametri interni). I dazi doganali riscossi sulle importazioni devono essere pagati entro 15 giorni dalla data di emissione del "*duty memorandum*".

È possibile, ma è sempre più comune la richiesta di un deposito (salvo accordo particolare con le dogane del posto), importare particolari categorie di merci (per esposizione, in particolare) in esenzione doganale per un periodo massimo di sei mesi, trascorso il quale i dazi devono essere pagati o le merci ri-esportate (cosiddetta "importazione temporanea").

L'importo della VAT (增值税) è determinato a seguito del calcolo del dazio doganale, incorporando il valore del dazio stesso. La Cina è vincolata dalle regole del WTO al fine di offrire un trattamento fiscale identico per i prodotti nazionali e per quelli importati. La VAT è riscossa regolarmente sulle importazioni alla frontiera. L'aliquota generale è del 17%, ma può essere ridotta al 13% per certe tipologie di beni. La VAT deve essere pagata di norma entro sette giorni a seguito dell'emissione del certificato di pagamento della tassa da parte dell'autorità doganale.

Dal 2003 la Cina ha inoltre istituito il sistema di **Certificazione CCC** (*China Compulsory Certification*): un marchio obbligatorio relativo alla sicurezza e alla qualità dei prodotti venduti sul mercato cinese. Per poter importare e commercializzare prevalentemente (ma non esclusivamente) materiale elettrico in Cina è necessario ottenere preventivamente la certificazione e il marchio CCC. La mancanza di certificazione ha come conseguenza, tra l'altro, il sequestro delle merci in dogana.

I prodotti ai sensi del *Catalogue of the Products under Compulsive Certification of the State* devono ottenere la certificazione CCC. Il *Catalogue of the Products under Compulsive Certification of the State* è pubblicato e costantemente aggiornato sul sito del *China Quality Certification Centre* ([www.cqc.com.cn](http://www.cqc.com.cn)).

### 3.3 IL COMMERCIO INTERNO

Il commercio interno è stato tradizionalmente uno dei settori più protetti dagli investimenti stranieri.

Teoricamente fino 2004, ma in pratica fino alla metà del 2005, la distribuzione interna doveva essere affidata ad un operatore domestico.

Una relativa eccezione godevano gli operatori stranieri che costituivano una *Foreign Trading Company* in una zona speciale (prevalentemente la *Free Trade Zone* di Shanghai – Waigaoqiao).

Come seconda eccezione, ricordiamo le società commerciali costituite negli anni '90 sulla base dei c.d. "*Pilot Projects*". L'opportunità è stata sfruttata dalle grandi multinazionali della distribuzione (*Carrefour, Auchan*, etc.). Per contro, alti requisiti di capitalizzazione rendevano inutilizzabile tale strumento giuridico per la maggior parte degli operatori stranieri.

Successivamente, le *Administrative Regulations for the Foreign Investment in the Commercial Sector* (2004, "*FICE Regulations*") hanno **aperto il settore del commercio domestico** (distribuzione all'ingrosso ed al dettaglio) agli investitori stranieri, permettendo la costituzione di *Foreign Invested Commercial Enterprises* (FICE). Per approfondimenti in materia vedesi sezione 4.4 qui di seguito.

### 3.4 LA DISCIPLINA SPECIALE DEL FRANCHISING

La prima normativa per questo sottosectore commerciale risale al 1997, i.e. le *Rules for the Administration of Commercial Franchise Operation* (le "*Franchise Rules del 1997*") emesse dall'allora Ministero per il Commercio Interno (allora distinto dal Ministero per il Commercio Estero), e riguardavano esclusivamente i rapporti tra soggetti locali e non si riteneva applicabile a soggetti stranieri. Conseguentemente, il c.d. "*cross-border franchising*" doveva essere "costruito" tramite un sistema contrattuale basato su diversi accordi di licenza di *trademark* e *know-how*, di fornitura continuativa e di assistenza alle vendite.

Successivamente all'abrogazione delle *Franchise Rules del 1997* avvenuta nel 2005 con la promulgazione delle *Measures for the Administration of Commercial Franchises* ("Franchise Measures" (2004)), il 31 gennaio del 2007, il Consiglio di Stato della RPC ha adottato le *Regulations on the Administration of Commercial Franchises* ("Franchise Regulations") in vigore dal 1° maggio 2007. In seguito le *Administrative Measures for Archival Filing of Commercial Franchise* ("Filing Rules") insieme alle *Administrative Measures for the Information Disclosure of Commercial Franchise* ("Disclosure Rules") vennero promulgate dal MOFCOM il 30 aprile 2007 entrando in vigore il 1° maggio 2007. Attualmente le *Franchise Regulations*, *Filing Rules* e le *Disclosure Rules* costituiscono il quadro giuridico di base che regola le attività nel settore del *franchising* in Cina.

#### a. Definizione di *Franchise* Commerciale

L'attività di "*franchising*", viene definita dalle *Franchise Regulations* come quella in cui un "*franchisor*", attraverso la stipula di un contratto, autorizza un *franchisee* ad utilizzare i marchi registrati, il logo dell'impresa, i brevetti, il *know-how*, i modelli di *business* e altre risorse operative di proprietà del *franchisor*, affinché il *franchisee* svolga la sua attività nel quadro di un sistema uniforme, corrispondendo un canone al *franchisor* in conformità con le disposizioni contrattuali stipulate tra le parti."

In sintesi, i quattro elementi necessari che costituiscono "l'attività di *franchising*" sono:

1. Il franchisor deve essere un'impresa che possiede la proprietà dei marchi, del logo

- dell'impresa, dei brevetti, del *know-how* e delle altre risorse operative;
2. Un contratto scritto di *franchising* deve esistere tra il *franchisor* e il *franchisee*;
  3. Il *franchisee* svolge attività rilevanti nel quadro di un sistema uniforme; e
  4. Il *franchisee* corrisponde un canone al *franchisor*.

#### **b. Requisiti per i *Franchisors***

Le Franchise Regulations indicano chiaramente i requisiti necessari per i *franchisors* che operano nella RPC, così come segue:

1. Nessun ente od individuo al di fuori di un'impresa può svolgere attività di *franchising* nella veste di *franchisor*, vale a dire che la disposizione implica che solo le imprese registrate nella RPC hanno diritto ad esercitare l'attività di *franchising*;
2. Un *franchisor* deve possedere un modello di attività ben consolidato e deve avere la capacità di fornire ai *franchisees* orientamento a lungo termine, assistenza tecnica e servizi di formazione; e
3. Un *franchisor* deve possedere almeno due negozi gestiti direttamente ed operativi da più di un anno.

Le *Franchise Regulations* rimuovono l'obbligo di ubicazione nel solo territorio della RPC dei due negozi direttamente gestiti dal *franchisor*, previsto dalle *Franchise Measures* (2004). Le *Filing Rules* riconoscono esplicitamente la possibilità che i due negozi direttamente gestiti possano essere gestiti anche al di fuori dei confini cinesi.

#### **b. Requisiti di Divulgazione**

Le *Franchise Regulations* prevedono che i *franchisors* debbano fornire ai *franchisees* le informazioni di base relative alle attività di *franchising* ed il testo scritto del contratto di *franchising*, almeno 30 giorni prima della data in cui il contratto formale di *franchising* venga stipulato. Le *Disclosure Rules* prevedono inoltre obblighi di divulgazione relativi ad alcuni dettagli. Sulla base delle *Franchise Regulations*, se un *franchisor* nasconde informazioni pertinenti o ne fornisce di false, il *franchisee* può annullare il contratto di *franchising*.

#### **c. Registrazione presso le Autorità Governative Competenti**

Esistono due tipi di registrazione di *franchising*: la registrazione iniziale di *franchising* e la registrazione annuale di *franchising*. Per una registrazione iniziale di *franchising*, il *franchisor* deve presentare domanda presso le autorità commerciali locali entro 15 giorni dalla stipula del contratto iniziale di *franchising*. Per una registrazione annuale di *franchising*, il *franchisor* deve, nel primo trimestre di ogni anno, presentare una relazione sullo stato dei contratti di *franchising* relativi all'anno precedente presso le autorità commerciali locali.

### e. Contratti di *Franchising*

Le *Franchise Regulations* hanno fissato i requisiti relativi ai termini e alle condizioni che devono essere incluse nei contratti di *franchising*, con tutti i contratti di *franchising* che devono contenere almeno le seguenti informazioni:

1. Informazioni basiche sul *franchisor* e sul *franchisee*;
2. Contenuti e termini del *franchising*;
3. Tipo, ammontare e termini di pagamento del canone di *franchising*;
4. I dettagli relativi all'orientamento, all'assistenza tecnica e ai servizi formativi e le procedure per la fornitura di tali servizi;
5. *Standards* e requisiti di qualità, e le relative garanzie per i prodotti o servizi;
6. Le promozioni e la pubblicità dei prodotti o dei servizi;
7. La tutela dei diritti dei consumatori, interessi e responsabilità per danni, e relativi indennizzi, derivanti dal *franchising*;
8. Modifica, cancellazione e risoluzione del contratto di *franchising*;
9. Responsabilità per violazione del contratto;
10. Risoluzione delle controversie; e
11. Altre clausole concordate tra il *franchisor* ed il *franchisee*.

Sulla base delle *Franchise Rules* del 1997 la durata del contratto di *franchising* doveva essere non inferiore a tre anni. Comparativamente, le *Franchise Regulations* sono più flessibili, stabilendo che in caso di consenso da parte del *franchisee*, la durata del contratto può essere inferiore a tre anni a seguito del termine iniziale.

Inoltre, le *Franchise Regulations* migliorano la protezione per i *franchisees* con l'aggiunta di diritti di risoluzione unilaterale, nel senso che il *franchisee* e il *franchisor* devono prevedere nel contratto di *franchising* la possibilità per il *franchisee* di risolvere unilateralmente il contratto entro un determinato periodo di tempo.

Il *Franchising* è un modello di *business* relativamente nuovo in Cina, nonostante la regolamentazione di cui sopra, le *Franchise Regulations* rimangono molto vaghe per quanto riguarda alcuni contenuti. Fino a quando il Consiglio di Stato o il MOFCOM emanerà politiche dettagliate riguardo a questi aspetti, continueranno ad esservi incertezze nel settore del *franchising* in merito al rispetto dei requisiti.

### 3.5 IL TRADING PER LE SOCIETA' NON COMMERCIALI AD INVESTIMENTO STRANIERO

Storicamente, soprattutto considerando i limiti precedentemente imposti dal Catalogo, la stragrande maggioranza degli investimenti stranieri in Cina aveva scopo produttivo. Alle società ad investimento straniero era poi permesso commerciare in Cina (e all'estero) solo i prodotti di produzione propria.

Questa disciplina aveva incominciato ad attenuarsi per quelle società straniere che avevano i requisiti (in particolare in termini d'investimento complessivo) di strutturarsi con *holding* e,

successivamente, per tutte le società produttive, ma con forti limiti relativamente al tipo di prodotti (solo i prodotti della “casa madre”) ed alla dimensione delle operazioni (i prodotti potevano essere importati solo per effettuare test commerciali).

In entrambi i casi si è trattato di eccezioni poco sfruttate – nel secondo caso, soprattutto per mancanza di preparazione, sia da parte dell’investitore stranieri (pochi erano a conoscenza di questa possibilità) sia delle autorità locali (poche hanno saputo “gestire” questa limitata liberalizzazione, lasciando sostanzialmente inutilizzata la norma).

La possibilità per società a partecipazione straniera di tipo non commerciale di estendere il proprio oggetto sociale anche al trading è stata poi pienamente prevista dalle FICE Regulations, mediante la *Notice Concerning Extension of the Business Scope of Existing Foreign Invested Non-commercial Enterprises* (“Notice”)(2005).

La *Notice* dettaglia le procedure per permettere alle società di natura non commerciale, prevalentemente produttive, l’attività di *trading* (ovvero *franchising*, vendita al dettaglio ed all’ingrosso o tramite agente di articoli che non vengano prodotti direttamente dalla società).

Eliminando ulteriormente le restrizioni agli investimenti stranieri nel settore commerciale, la *Notice* dispone:

- le modalità di accesso alle attività di trading da parte delle società produttive;
- i requisiti relativi al capitale registrato;
- la procedura di approvazione (più rapida rispetto alla costituzione di FIE di natura commerciale - le FICE);

Per ampliare l’oggetto sociale delle società produttive al trading, sarà necessario modificare lo statuto, il contratto (se *joint venture*) e predisporre la documentazione accessoria richiesta dalla legge.

Relativamente agli aspetti fiscali, ai sensi della *Enterprise Income Tax Law* della RPC (“Enterprise Income Tax Law”) (2008) e dei relativi regolamenti di attuazione, tutte le imprese manifatturiere costituite dopo il 16 marzo 2007, non sono più legittimate a chiedere un trattamento fiscale preferenziale. Il trattamento fiscale preferenziale di cui godono le imprese manifatturiere costituite prima del 16 marzo 2007 deve essere progressivamente adattato alla stessa aliquota fiscale applicata a tutte le altre imprese.

In conformità con la *Notice*, se le imprese manifatturiere costituite prima del 16 Marzo 2007 intendono svolgere attività di *trading* e al tempo stesso continuare a godere del trattamento fiscale preferenziale in particolare nel periodo di transizione, sono tenute a rimanere imprese manifatturiere e a fare in modo che le entrate derivanti dal commercio non siano superiori al 30% del reddito totale delle vendite della società. Tuttavia, lo *State Administration of Taxation* richiede un requisito diverso riguardante il rapporto tra il reddito derivante da operazioni di produzione. In conformità con la *Circular on the Question Concerning How Enterprise With Foreign Investment Which*

*Concurrently Engage In Productive And Non-productive Business Enjoy Preferential Tax Treatment* promulgata dallo *State Administration of Taxation*, una FIE che opera contemporaneamente nel settore manifatturiero e in quello commerciale può presentare domanda per ricevere un trattamento appropriato di riduzione fiscale e di esenzione nel caso in cui durante l'anno fiscale il reddito produttivo generato dall'impresa superi il 50% di tutti i suoi redditi. Per quanto riguarda il requisito differente tra le due autorità sul reddito produttivo dell'impresa, l'autorità fiscale competente può nella pratica fornire le relative indicazioni.

### 3.6 I TRASFERIMENTI DI TECNOLOGIA

In base a quanto disposto dalle “*Regulations of the People’s Republic of China on the Administration of the Import and Export of Technology*” promulgate dal MOFCOM nel 2002, (le “*Technology Regulations*”), le attività commerciali, di investimento o di cooperazione economica e tecnica che comportano il trasferimento di tecnologia dall'estero all'interno del territorio della RPC o dall'interno del territorio della RPC all'estero, devono essere considerate come attività di importazione o esportazione di tecnologia. Tali attività comprendono in genere:

- cessione, o concessione dell'uso, di brevetti su invenzioni o su modelli, o di domande di registrazione di brevetto; concessione di utilizzo di brevetto;
- fornitura di assistenza tecnica, in cui il fornitore straniero utilizzi propria tecnologia per raggiungere determinati obiettivi;
- fornitura di know-how in forma di documentazione tecnica, disegni e altro, contenenti indicazioni su processi produttivi, formule, disegni di prodotti; e
- fornitura di impianti o linee produttive quando questa comporti la cessione o la concessione in uso di brevetti o di tecnologia di proprietà esclusiva dell'investitore straniero ancorché non coperta da brevetto.

È importante notare che ai sensi delle *Technology Regulations* il trasferimento di tecnologia dall'estero verso la RPC deve essere un tipo di importazione di tecnologia come è l'importazione di qualsiasi forma di tecnologia da parte di soggetti stranieri a favore di soggetti cinesi. Anche l'acquisizione di tecnologia da parte di EJV (che è una persona giuridica di diritto cinese) dal di fuori del territorio cinese è disciplinata dalla stessa normativa, ovvero le *Technology Regulations* (incluse le successive integrazioni e modificazioni).

Ai sensi delle *Technology Regulations*, la tecnologia viene suddivisa in tre categorie:

- a) liberamente importabile ed esportabile;
- b) la cui importazione o esportazione è soggetto a restrizioni (*i.e.* import ed export è soggetto a restrizioni);
- c) la cui importazione o esportazione è proibita.

Le tecnologie non classificate dal MOFCOM sub b) e c) possono essere importate o esportate senza la necessità di alcuna approvazione speciale. Il relativo contratto di trasferimento sarà efficace al momento della sottoscrizione e dovrà, comunque, essere registrato presso il MOFCOM o le relative sedi periferiche.

L'efficacia dei contratti aventi ad oggetto tecnologia non liberamente importabile e soggetta a restrizioni, invece, è subordinata all'approvazione e al conseguente rilascio di una specifica licenza di importazione della tecnologia.

In base alle *Administrative Regulations of Technology Import Contracts of the People's Republic of China* promulgate nel 1985, il contratto di trasferimento di tecnologia non poteva avere durata superiore a dieci anni e la validità della clausola diretta ad impedire l'utilizzo della tecnologia dopo tale termine era oggetto di approvazione.

Tuttavia le *Technology Regulations* attualmente in vigore hanno rimosso entrambe le limitazioni: i contratti di trasferimento di tecnologia possono avere durata superiore a dieci anni ed è lecita la clausola che concordata tra le parti è diretta a prevenire l'utilizzo della tecnologia da parte del licenziatario dopo la scadenza del contratto.

### 3.7 L'UFFICIO DI RAPPRESENTANZA

Un veicolo comune attraverso il quale le imprese straniere stabiliscono una presenza in Cina, è la registrazione di un ufficio di rappresentanza. Molte imprese straniere hanno costituito uffici di rappresentanza in Cina come prima fase della loro strategia di ingresso nel paese, nonché al fine di acquisire esperienza e una migliore comprensione delle dimensioni e delle potenzialità del mercato cinese. Attraverso un ufficio di rappresentanza, una società straniera può svolgere una gamma limitata di attività che possono costituire la base per rendere l'impresa maggiormente coinvolta con la Cina.

#### **3.7.1 Attività Permesse**

Gli uffici di rappresentanza spesso svolgono ricerche di mercato e stabiliscono contatti con potenziali clienti e *partners*. E' importante ricordare che l'ufficio di rappresentanza non è un'entità giuridica separata. Piuttosto, si tratta di un'estensione della relativa società madre.

Normalmente, agli uffici di rappresentanza nella RPC è vietato svolgere "attività diretta" e tale violazione può portare a sanzioni pecuniarie e alla chiusura dell'ufficio. Non esiste una definizione precisa di "attività diretta". Tuttavia, in pratica, le autorità cinesi quando consultate indicano in generale che le "attività dirette" possono comprendere attività come la vendita diretta, la produzione e la fabbricazione. E' anche evidente che un ufficio di rappresentanza nella RPC non può stipulare direttamente contratti né può investire direttamente al fine di realizzare profitti.

In pratica, le attività che un ufficio di rappresentanza può svolgere includono, senza limitazioni:

- *liaison* con i contatti locali e stranieri, in nome della propria società madre;
- ricevere i delegati dalla propria società madre;
- *liaison* con le organizzazioni governative cinesi;

- condurre ricerche di mercato, rilevamenti, attività di dimostrazione per la propria società madre nel mercato locale;
- gestione della garanzia e dei servizi post-vendita; e
- altre attività senza scopo di lucro.

Nonostante quanto sopra, a seguito di un annuncio da parte del Dipartimento per gli investimenti esteri del SAIC datato 9 agosto 2004, gli uffici di rappresentanza di società estere che forniscono servizi legali, auditing, contabilità, servizi di consulenza fiscale, di consulenza e di gestione tributaria, così come le compagnie aeree straniere, sono autorizzati a svolgere attività dirette. In aggiunta a quanto sopra, ad un ufficio di rappresentanza che opera in un altro settore non è consentito svolgere attività diretta.

### 3.7.2 Procedure per la Costituzione di un Ufficio di Rappresentanza

La procedura per la costituzione di un ufficio di rappresentanza si differenzia a seconda del settore industriale in cui opera la società madre.

Se l'ufficio di rappresentanza è costituito da una società commerciale, da un produttore, da un imprenditore, da una società di consulenza, da una società pubblicitaria, da una società di investimento, da una società di *leasing*, da un operatore di trasporto ferroviario di merci, da uno spedizioniere, da una società operante nel settore del tabacco o da altri soggetti economici e commerciali, la società costituenda può direttamente procedere presso il SAIC o i suoi dipartimenti periferici (collettivamente denominati "autorità di registrazione") per registrare l'ufficio di rappresentanza. Se l'impresa richiedente è un ente finanziario, una società di assicurazioni, una compagnia di trasporto aereo o marittimo, un agente di trasporto marittimo, un agente di viaggio, ecc l'impresa richiedente deve prima richiedere l'approvazione per poter costituire l'ufficio di rappresentanza presso l'autorità cinese competente nella relativa industria in cui l'impresa stessa opera. Solo dopo che l'autorità di approvazione ha rilasciato un documento di approvazione, il richiedente può registrarlo presso l'autorità di registrazione.

I documenti necessari per la costituzione di un ufficio di rappresentanza con il SAIC nella PRC sono i seguenti:

- Modulo di Registrazione;
- Lettera di richiesta ;
- Atto costitutivo della società capogruppo;
- Certificato di registrazione della società capogruppo;
- lettera di presentazione di una Banca non cinese, in cui si conferma la "solvibilità" della società straniera (originale);
- Lettere di nomina del *Chief Representative* e dei *Representatives* (se del caso);
- Passaporti o carte di identità del Chief Representative e dei *Representatives* (se del caso);
- Foto del Chief Representative e dei *Representatives* (se del caso);
- Curriculum vitae del Chief Representative e dei *Representatives* (se del caso);
- Procura per l'agente;
- Contratto di locazione, e
- Altri documenti che possono essere richiesti a seconda del caso specifico.

### 3.7.3 Durata

Gli uffici di rappresentanza che richiedono l'autorizzazione preventiva verranno approvati per un periodo di tempo determinato a decorrere dalla data di rilascio del certificato di approvazione. Il termine per il quale un ufficio di rappresentanza è approvato varia a seconda del particolare settore industriale o settore di attività dell'impresa straniera. Ad esempio, il certificato di approvazione di un ufficio di rappresentanza di una società estera operante nel trasporto aereo è generalmente valido per tre anni, mentre quello di un ufficio di rappresentanza di un istituto finanziario è valido per sei anni. Il termine di un ufficio di rappresentanza può essere prorogato, con presentazione di una domanda presso l'autorità di approvazione originaria prima della scadenza. Mentre il certificato di approvazione deve essere rinnovata solo quando il termine di esercizio approvato scade, il certificato di registrazione deve essere rinnovato ogni anno presso l'autorità di registrazione.

### 3.7.4 Assunzione di Personale locale e Straniero

Un ufficio di rappresentanza può essere composto da personale locale nonché da personale straniero. Una diversa disciplina si applica a seconda che il membro del personale sia un cittadino cinese o straniero.

#### a. Personale Locale

Gli uffici di rappresentanza sono tenuti ad affidare il reclutamento del personale locale ad una un'agenzia interinale domestica o ad altra unità designato all'uopo dal governo cinese.

Un ufficio di rappresentanza deve stipulare un contratto con un'agenzia per la fornitura di personale presso l'ufficio di rappresentanza. Non vi è, quindi, un rapporto contrattuale di lavoro diretto tra l'ufficio di rappresentanza ed il dipendente. I membri dello *staff* locale stipulano infatti i propri contratti di lavoro con un'agenzia di questo tipo invece che con un ufficio di rappresentanza, ricevendo il salario e le contribuzioni sociali dall'agenzia stessa. L'ufficio di rappresentanza, tuttavia, è tenuto a fornire direttamente al personale diversi altri vantaggi come ad esempio i premi di prestazione e i bonus di fine anno, i rimborsi per il trasporto, pasti e le indennità di abbigliamento, assicurazione contro gli infortuni, ecc. L'agenzia invece, riceve da parte dell'ufficio di rappresentanza, un compenso per la prestazione dei suoi servizi.

#### b. Personale Espatriato

Un ufficio di rappresentanza non è tenuto a richiedere ed ottenere l'approvazione per l'assunzione di personale espatriato in qualità di *Chief Representative* o di ordinario *Representative*. Ogni dipendente straniero impiegato in un ufficio di rappresentanza deve richiedere presso l'ufficio consolare cinese del suo paese di residenza un visto "Z" con un solo ingresso, per poi all'arrivo in Cina, recarsi alla competente amministrazione del lavoro al fine di ottenere il permesso di lavoro per stranieri. Dopo aver ottenuto un permesso di lavoro per stranieri, il lavoratore straniero dovrà richiedere presso il PSB competente un permesso di soggiorno, che servirà al dipendente e agli eventuali familiari al suo seguito, anche essi residenti in Cina, ad effettuare ingressi multipli. Lo straniero che intende importare oggetti personali in Cina deve registrarsi presso l'ufficio doganale competente.

### 3.7.5 Implicazioni Fiscali dell'Ufficio di Rappresentanza

Ai sensi della *Circular on the Tax Management Regarding the Representative Office of Foreign Enterprise* promulgata da parte dello *State Administration of Taxation* il 12 marzo 2003 con il numero di Guo Shui Fa [2003] 28 (la "Circolare n. 28"), un ufficio di rappresentanza deve effettuare la registrazione presso le autorità fiscali.

Un Ufficio di Rappresentanza in generale può essere soggetto all'imposta sul reddito delle imprese (la "EIT") e alla *business tax* (la "BT"), nel caso generi un reddito imponibile. L'aliquota dell'EIT è normalmente del 25% e quella della BT è solitamente intorno al 5%, ma può variare dal 3% al 20% a seconda del tipo di servizi forniti dall'Ufficio di Rappresentanza.

Ai sensi della *Circular on Strengthening the Tax Collection and Management of Representative Office of Foreign Enterprise* promulgata da parte dello *State Administration of Taxation* il 13 settembre 1995 con il numero di Guo Shui Fa [1996] 165 (la "Circolare n. 165"), le seguenti attività svolte da un Ufficio di Rappresentanza sono esenti da imposta:

1. Se un Ufficio di Rappresentanza si limita a fornire informazioni aziendali, svolge attività di indagine di mercato, di collegamento e di altri atti preparatori o attività di assistenza in Cina (tale genere di ufficio di rappresentanza è qui di seguito denominato "Mero Fornitore di Informazioni") e la vendita di prodotti è interamente condotta dalla sua società madre (*i.e.* la società estera), le imposte possono essere esentate per l'Ufficio di Rappresentanza. Se l'Ufficio di Rappresentanza opera come agente di vendita per conto della società madre, le imposte sono pagate dal Ufficio di Rappresentanza stesso.

La *Circular on Certain Specific Issues on the Tax to be Paid by Representative Office of Foreign Enterprise*, promulgata da parte dello *State Administration of Taxation* il 2 gennaio 1997 con il numero di Guo Shui Fa [1997] 002 prevede che solo quando una società madre acquista negozi e vende i prodotti di per sé, la vendita dei prodotti è ritenuta essere interamente svolta dalla società madre e l'ufficio di rappresentanza può essere riconosciuto come un Mero Fornitore di Informazioni.

2. Le attività non imponibili effettuate da un Ufficio di Rappresentanza di autorità governative straniere, senza scopo di lucro o *partnerships* civili.

## 4. LE PRINCIPALI FORME DI INVESTIMENTO

La Cina riconosce una vasta gamma di veicoli di investimento alcune delle quali sono aperte solo agli investitori cinesi. Le principali forme di investimento disponibili per gli investitori stranieri sono:

- la Joint Venture, sia nella forma di equity Joint Venture (EJV) che di Cooperative Joint Ventures (CJV);;
- la Wholly Foreign Owned Enterprise (WFOE);

- le società per azioni con investimento straniero; o
- le società  *Holding*.

Per questioni espositive, ma, soprattutto, di pratico interesse all'investitore italiano, concentreremo la nostra esposizione alle forme più utilizzate, limitandoci ad un accenno relativamente agli altri tipi.

#### 4.1 JOINT VENTURES (JV – 合营企业)

La JV è un tipo di società di capitali, in cui l'oggetto sociale può essere molto ampio e comprendere attività produttive, commerciali o di servizi. La JV si divide in "Equity Joint Venture" e "Cooperative Joint Venture" (o "Contractual Joint Venture").

##### **4.1.1 La Equity Joint Venture**

La Equity Joint Venture (EJV – 合资经营企业) è una società a responsabilità limitata nella quale un partner straniero (o più) detiene una quota del capitale; di norma, almeno il 25%. Tuttavia, gli investimenti stranieri in una EJV possono essere inferiori al 25% del capitale sociale, a condizione che ciò sia stabilito in conformità con le procedure obbligatorie di costituzione. Una EJV con meno del 25% di investimento straniero non potrà beneficiare delle politiche preferenziali generalmente applicabili ad un'impresa di investimento straniera (FIE).

La Legge societaria consente un capitale sociale minimo di 30.000 RMB, ma fino ad oggi la maggior parte delle FIEs sono state costituite con capitale sociali nettamente superiori a tale importo (di norma, non meno di Euro 100.000). In ogni caso, il capitale deve essere "adeguato" al volume d'affari dichiarato, cioè in linea con il feasibility study.

I soci possono conferire il capitale sociale in contanti o in natura (diritti di proprietà industriale, beni immobili, attrezzature, ecc.). Nel periodo di durata della JV, non è di norma possibile ridurre il capitale sociale, salvo che specifici requisiti di legge vengano soddisfatti e che vi sia l'autorizzazione specifica delle autorità competenti.

I profitti vengono ripartiti tra i soci secondo le quote di partecipazione al capitale sociale; la responsabilità della EJV è limitata al proprio capitale sociale.

##### **4.1.2 La procedura di costituzione di una EJV**

Una EJV è costituita sulla base di un contratto di Joint Venture (l'atto costitutivo) concluso tra la parte cinese e quella/e straniera/e.

Al contratto di Joint Venture si accompagna uno statuto, contenente le regole di gestione della società. Normalmente vi è una significativa sovrapposizione tra i termini del contratto di Joint Venture e le disposizioni dello statuto. Lo statuto in genere affronta questioni come l'oggetto sociale, la *governance*, la situazione finanziaria, il diritto di opzione sulla proposta di trasferimento delle quote, il capitale sociale, il totale dell'investimento ed il rimpatrio dei profitti. Il contratto di

Joint venture di solito contiene le stesse disposizioni, così come i termini relativi all'accordo tra le parti.

Il contratto di Joint Venture e lo statuto, così come i rispettivi emendamenti, sono soggetti inderogabilmente alla legge cinese, ed oggetto di approvazione da parte del MOFCOM.

Schematicamente, chi decida di costituire una EJV in Cina deve occuparsi, nell'ordine, di quanto segue:

- ricerca del partner;
- negoziazione preliminare – redazione di una lettera d'intenti o di un memorandum d'intesa;
- predisposizione di uno studio di fattibilità;
- redazione del contratto di Joint Venture e dello statuto;
- approvazione da parte del MOFCOM (e delle altre autorità competenti, se del caso) e registrazione da parte del SAIC (Business Licence);
- adempimenti successivi alla costituzione e alla registrazione.

#### **a. La ricerca del partner**

L'investitore straniero interessato a costituire una EJV in Cina deve passare naturalmente attraverso la prima fondamentale fase di selezione del partner.

Trattando questa relazione soprattutto degli aspetti legali degli investimenti, non possiamo che dedicare qualche cenno a tale questione.

Occorre peraltro notare che una parte delle imprese con le quali il partner straniero entrerà in contatto (e quelle strategicamente più propense ad accettare investimenti misti con stranieri), sarà di proprietà statale o collettiva (una formula inesistente nelle giurisdizioni occidentali, simile alla cooperativa ma con caratteristiche solo parzialmente private, in quanto, solitamente, proprietari delle imprese collettive sono le municipalità - le cosiddette "township" - competenti per territorio).

Consigliamo in ogni caso di far procedere la ricerca dalla definizione del profilo del partner ideale, indicando ed investigando almeno quanto segue, da verificare poi concretamente nel corso delle trattative:

- l'effettiva identità di interessi tra l'investitore straniero ed il partner cinese;
- il tipo di impresa, assetto proprietario (azienda statale, collettiva o municipale, Joint Venture straniera, azienda privata);
- la dimensione dell'impresa;
- l'esistenza o meno di una propria rete commerciale;
- la tecnologia e il tipo di impianto;

- l'esistenza o meno di una affidabile fonte di approvvigionamento di materie prime sul mercato cinese;
- la qualità e la preparazione della manodopera eventualmente ceduta dal partner cinese alla JV;
- le caratteristiche del management e, soprattutto, chi realmente ha potere decisionale all'interno dell'impresa cinese;
- l'affidabilità, la solidità finanziaria e la redditività economica del partner prospettico;
- la forza lavoro del partner della JV. Alcune società cinesi si aspettano ancora che il socio straniero assorba la manodopera in esubero. Le società straniere devono negoziare al fine di ottenere solo il numero e la qualità dei lavoratori di cui hanno bisogno.

#### **b. La lettera d'Intenti (LOI – 意向书)**

Identificato il partner, considerato che i tempi di negoziazione ed elaborazione del contratto e degli altri documenti richiesti possono essere piuttosto lunghi, la prassi è quella di negoziare e concludere una lettera d'intenti tra le parti.

In linea generale, la lettera di intenti non è generalmente considerata come giuridicamente vincolante. È tuttavia opportuno che i documenti contengano un linguaggio che rifletta le idee preliminari delle parti e che l'accordo finale sia soggetto al completamento dello studio di fattibilità congiunto e la stipula del contratto di Joint venture e dello statuto.

Tuttavia, le parti non sono completamente libere nel procedimento di predisposizione del documento. Per quanto riguarda la parte cinese, in alcuni casi, la lettera d'intenti può essere necessaria per poter chiedere l'approvazione preliminare per la Joint Venture da parte sua "autorità competente", e, indirettamente, in tale lettera di intenti potrebbe essere necessario inserire termini riguardanti questioni quali l'oggetto sociale, lo scopo della Joint Venture, il capitale sociale, l'investimento totale e la struttura organizzativa, che deve ottemperare alla legge.

#### **c. Lo studio di fattibilità (FS – 可行性研究报告)**

Lo studio di fattibilità è sostanzialmente un business plan che analizza lo sviluppo prevedibile della Joint Venture e deve contenere tutti i dati tecnici relativi al progetto.

Il seguente schema riporta gli argomenti che uno FS di una JV costituenda di natura produttiva dovrebbe coprire:

- informazioni generali;
- requisiti di mercato;

- piano di produzione;
- fornitura dei materiali principali;
- descrizione del sito in cui verrà effettuata la produzione;
- tecniche di ingegneria;
- trattamento dei rifiuti;
- organizzazione del lavoro e fabbisogno del personale;
- piano di esecuzione del progetto;
- benefici economici per la Joint Venture

### c. Contratto di JV e Statuto

Insieme alla predisposizione del FS, è necessaria la stesura del contratto (*JV Contract: JVC – 合营合同*), al quale va allegato lo Statuto (*JV Articles of Association: JVA – 合营公司章程*) della nuova società.

Il Contratto e lo Statuto devono essere approvati dal MOFCOM (o dai suoi dipartimenti periferici) e, se necessario, da altre autorità, in particolare per gli investimenti appartenenti ai settori “limitati” di cui al Catalogo.

Accade spesso che il partner cinese chieda di utilizzare un modello contrattuale “standard” predisposto dal MOFCOM. Tale modello, oltre che estremamente semplificato (inadeguato, il più delle volte a regolare un accordo tra le parti) e non aggiornato (prevede spesso contenuti non più richiesti dalla legge) è estremamente protettivo della parte locale e deve essere utilizzato soltanto come riferimento: è consigliabile l'adozione di testi redatti appositamente, che rispecchino gli accordi specifici delle parti e bilancino le esigenze di protezione.

Si sconsiglia altresì l'utilizzo del modello standard “per compiacere le autorità”, lasciando ad una scrittura separata i regolamenti “di dettaglio” (di norma, quelli più importanti per la parte straniera): solo i documenti effettivamente oggetto dell'approvazione del MOFCOM saranno infatti vincolanti per le parti.

Il contratto di Joint Venture deve contenere indicazioni in relazione all'investimento totale ed al capitale registrato, all'oggetto sociale, al *Board of Directors* (consiglio di amministrazione), ai diritti e doveri dei partner, i loro apporti, le quote, la durata della EJV, le cause di dissoluzione, le responsabilità inerenti alla violazione del contratto, ecc.

Per gli investitori stranieri è importante capire il concetto di capitale sociale di una società a responsabilità limitata. I concetti di common law di capitale autorizzato ed emesso non sono utilizzati in connessione con gli investimenti stranieri in Cina. Il capitale sociale di una società a

responsabilità limitata è un impegno di conferimento di fondi, che deve essere direttamente investito dall'investitore nella società in conformità con la legge e lo statuto (e JVC, se del caso). Pertanto, il termine "capitale sociale" si riferisce alle quote delle parti nella Joint Venture.

La legge cinese definisce inoltre "l'investimento totale" in una società a responsabilità limitata. Ai sensi della normativa cinese, l'investimento totale è definito come l'importo totale degli investimenti necessario all'impresa per poter raggiungere la propria scala di produzione. In altre parole, l'investimento totale è la somma delle quote e del debito previsto.

La legge cinese prevede che il capitale sociale di un'impresa con capitale straniero deve essere uguale ad una determinata percentuale dell'investimento totale, come indicato nella tabella qui di seguito:

INVESTIMENTO TOTALE	CAPITALE REGISTRATO
Meno di 3 milioni di USD	almeno i 7/10
Tra i 3 milioni di USD ed i 10 milioni di USD	almeno 1/2
Se l'investimento totale è inferiore ai 4.2 milioni di USD, il capitale registrato non può essere inferiore a 2.1 milioni di USD	
Tra i 10 milioni di USD ed i 30 milioni di USD	almeno i 2/5
Se l'investimento totale è inferiore ai 12.5 milioni di USD, il capitale registrato non può essere inferiore a 5 milioni di USD	
Oltre i 30 milioni di USD	almeno 1/3
Se l'investimento totale è superiore ai 36 milioni di USD, il capitale registrato non può essere inferiore a 12 milioni di USD	

Il contratto di Joint Venture deve inoltre fissare i tempi e le modalità degli investimenti; le parti possono scegliere, in base alla legge, di versare il capitale in un'unica soluzione, entro 6 mesi dalla registrazione della società, oppure di versare in diverse soluzioni. In questo caso però i partners hanno l'obbligo di conferire almeno il 15% del capitale entro 90 giorni dalla costituzione. Generalmente, l'intero capitale registrato dovrà essere contribuito in un periodo di tempo non eccedente i 2 anni dalla costituzione.

I termini stabiliti per i conferimenti variano se la JV viene costituita attraverso l'acquisizione di quote societarie o di beni di una società già esistente.

Come sopra ricordato, le parti possono contribuire al capitale della EJV apportando valuta, o in immobili, stabilimenti industriali, macchinari e materiali, proprietà industriale, tecnologie o il diritto di utilizzo di siti.

Ai sensi della normativa cinese, almeno il 30% del capitale sociale di una JV deve essere pagato in valuta. I conferimenti in natura devono essere valutati da una società di revisione dei conti debitamente registrata nella RPC.

In tal caso poiché la perizia di stima viene effettuata *in loco*, a seguito dell'importazione dei macchinari in Cina, può accadere che la relazione della perizia contenga una stima del valore inferiore rispetto a quello stabilito dalle parti. Per ovviare a tale situazione vi sono due soluzioni

alternative: (a) l'integrazione in valuta della differenza di valore accertata tramite suppletiva contribuzione ovvero (b) la rinegoziazione del valore del capitale da conferire con il socio.

Infine, lo Statuto contiene disposizioni sull'ordinamento interno della società (composizione, limiti e poteri del *Board*, responsabilità del direttore generale) come pure informazioni più dettagliate sui partner ed i loro legali rappresentanti.

#### **e. Approvazione e registrazione**

Il potere di approvare la costituzione di una Joint-Venture è delegato al MOFCOM. L'approvazione del MOFCOM conferma la ricezione del Contratto di Joint Venture e dello statuto, approvando in particolare questi due documenti.

Il nuovo sistema introdotto nel 2004, presuppone l'approvazione dei progetti di investimento straniero da parte del National Development and Reform Commission (NDRC) o dell'autorità di pianificazione locale, prima di procedere alla costituzione della società con capitale straniero. Il ruolo del NDRC o dell'autorità di pianificazione locale è quello di verificare che il progetto proposto sia conforme alla legge e alle politiche industriali, in linea con i piani economici a medio e lungo termine, nonché di interesse pubblico ecc.

In alcuni speciali settori, quali, ad esempio, banche, assicurazioni etc., l'approvazione governativa da parte di determinate autorità competenti è necessaria prima della fase di approvazione da parte del MOFCOM.

Durante la fase di approvazione del MOFCOM, i documenti principali da presentare includono generalmente i seguenti:

- Domanda di costituzione di JV (设立合营企业申请);
- Studio di fattibilità - FS (可行性研究报告);
- La lettera di intenti - LOI (意向书);
- Il contratto di EJV – CJV (合资经营企业合同);
- Lo statuto - JVA (合资经营企业章程);
- Lettere di nomina per il presidente, del vice-presidente e dei consiglieri della JV.

Tutti i documenti devono essere redatti in cinese. Alcuni possono essere redatti anche in una lingua straniera ed entrambe le versioni potranno avere uguale validità, anche se spesso il partner cinese o le autorità pretenderanno che la versione cinese sia quella prevalente.

Dopo l'approvazione del MOFCOM, che giunge di norma entro circa 2-3 mesi dalla presentazione della domanda (ma nella pratica si sono riscontrati casi in cui l'approvazione è giunta in tempi notevolmente più brevi), la società si registra presso la sezione locale del SAIC, dalla quale ottiene la licenza di esercizio (Business Licence).

Le successive modifiche al Contratto e/o allo Statuto sono sottoposte alla medesima procedura: ogni modifica della struttura interna, della ripartizione delle quote, eventuali aumenti di capitale, la dissoluzione e la liquidazione della società dovranno essere comunicate all'organismo competente

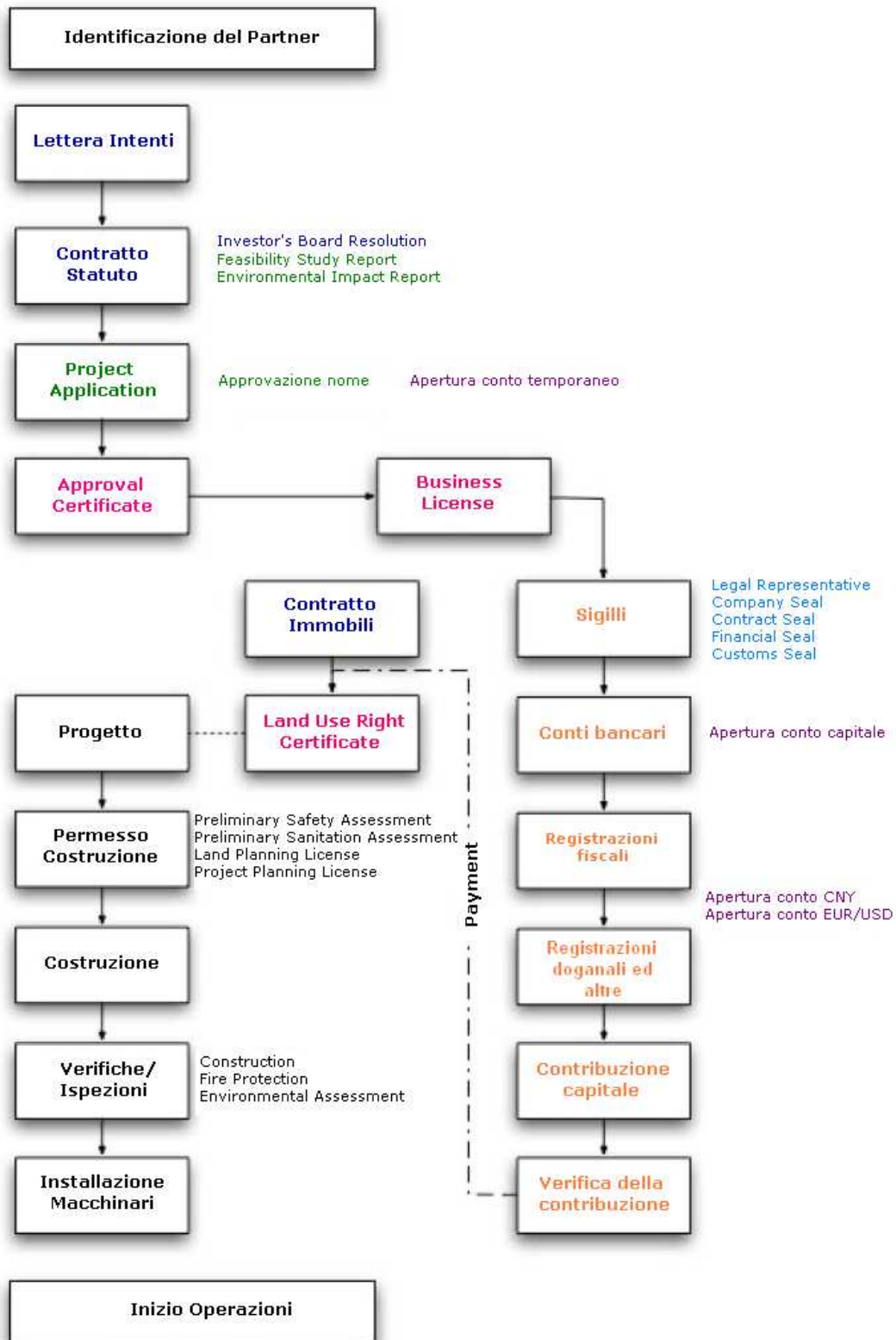
per l'approvazione e registrate presso la SAIC.

#### f. Successivi adempimenti

Dall'ottenimento della Business Licence, ed in particolare, entro 30 giorni da tale data, la società deve essere compiere una serie di registrazioni; schematicamente:

Predisposizione dei timbri societari	
• timbro della società	公司章
• timbro per contratti	合同章
• timbro finanziario	财务章
• timbro legale rappresentante	法人章
• timbro per le dogane	海关章
Richiesta di Enterprise Organization Code	组织机构代码证
Richiesta di Foreign Exchange Certificate	外汇登记证
Apertura del conto in valuta per il conferimento del capitale	
<input type="checkbox"/> Conferimento del capitale sociale <input type="checkbox"/>	
Verifica del conferimento (attraverso CPA)	验资报告
• conferimenti in danaro	
• conferimenti in beni	
Registrazione presso l'ufficio delle tasse	税务登记表
• Apertura del conto per pagamento tasse	纳税账户开户资料
Domanda per il rilascio del Financial Certificate	财政登记证
Domanda per i template di fatture	
Domanda per ottenere lo status di Normal Tax Payer (se sussistono i requisiti)	
Domanda per ottenere lo status di Encouraged Project (se sussistono i requisiti)	
Acquisto fatture	
• Fatture VAT	
• Fatture per servizi	
• Fatture per l'export	
Registrazione con le dogane	海关注册登记证明书
Domanda per ottenere lo Statistic Certificate	统计证
Apertura dei conti di gestione	
Registrazione presso il Labor Bureau	

#### 4.1.3 Schema procedura costituzione di una JV (FIE, *mutatis mutandis*)



#### 4.1.4 Gestione ed amministrazione delle Joint Venture

Le EVJ sono disciplinate dalla Equity Joint Venture Law (“EJV Law”) e dalle Equity Joint Venture Law Implementing Regulations (“EJV Regulations”). Queste norme sono interpretate estensivamente anche alla luce delle successive Cooperative Joint Venture Law (“CJV Law”) e le rispettive Implementing Regulations (“CJV Regulations”). La Company Law è poi diventata il testo di riferimento del diritto societario cinese. La legge è in linea generale applicabile sia alle società domestiche (il cui capitale è interamente detenuto da soggetti cinesi) che alle FIE quando la relativa disciplina specifica tace al riguardo. Le EJV possono assumere solo la forma di società di capitali, a responsabilità limitata oppure di Joint-Stock Company (le nostre S.p.A.).

L’organo di gestione fondamentale delle *Joint Venture* è il *Board of Directors* (Consiglio di Amministrazione). E’ necessaria la costituzione di un *Board of Supervisors o Supervisory Committee*, molto simile in sostanza al nostro collegio sindacale, composto da almeno 3 membri (in società dove gli investitori sono in numero esiguo, (ferma restando l’approvazione dell’autorità competente) è possibile avere 1 o 2 sindaci senza dover costituire un Board).

Il Board of Directors è presieduto dal Chairman (Presidente), che è anche l’unico legale rappresentante della società. Le più importanti decisioni strategiche sono prese dal Board, mentre la gestione generale della società è affidata al General Manager, nominato dal Board.

I membri del Board, che vengono nominati dai soci in misura proporzionale alla quota di capitale sottoscritta (nelle CJV vi è tuttavia libertà maggiore di determinazione in tal senso), devono essere almeno tre e la loro carica dura di norma quattro anni, con termine rinnovabile.

Non vi sono particolari prescrizioni sulla nazionalità dei membri del Board ed in generale degli amministratori della società.

La convocazione del Board deve essere almeno annuale ed il quorum per la validità della riunione stessa deve essere di almeno 2/3. La riunione viene presieduta di regola dal Chairman o, in sua assenza, dal Deputy Chairman (secondo le previsioni del Contratto e dello Statuto).

La legge ammette inoltre il rilascio di una delega da parte di un consigliere ad un terzo (o ad un altro dei consiglieri stessi) per la partecipazione alle riunioni del consiglio.

Il Board delibera normalmente a maggioranza semplice o qualificata.

Tuttavia la legge prevede alcune delibere per la cui validità è necessaria l’unanimità dei consiglieri presenti e votanti, in dettaglio:

- modifiche allo statuto;
- liquidazione e scioglimento della Joint Venture;
- aumento o diminuzione del capitale sociale, o cessione a terzi della partecipazione di uno

dei soci;

- fusione o scioglimento della Joint Venture;

Quanto precede costituisce un ostacolo sostanziale all'esercizio "pieno" del potere della maggioranza; è peraltro da dire che si tratta di una forma di garanzia per il socio di minoranza.

Il Board nomina un General Manager che è incaricato della gestione ordinaria della società nel suo insieme. Sia nello Statuto che, alternativamente, durante la prima riunione del Board, è possibile (e consigliabile) definire con maggior precisione i poteri e le responsabilità del General Manager e degli altri dirigenti.

Al General Manager le parti possono affiancare uno o più Deputy General Managers, i quali possono essere assegnati a mansioni specifiche oppure essere più semplicemente incaricati di "assistere" il primo.

Nella Joint Venture in cui il socio straniero non abbia una partecipazione maggioritaria rilevante, alla presenza di un General Manager di "nomina" straniera consegue solitamente la richiesta dal socio cinese di acquisire più poteri nel Board o di nominare un Deputy General Manager.

La presenza di un Deputy General Manager può creare a volte problemi di gestione, dato che il General Manager deve consultare il Deputy General Manager prima di prendere decisioni sulle materie più importanti (Art. 37 EJV Regulations), specialmente a seguito di una malaccorta redazione dello Statuto.

Poche parole vengono infine spese nella normativa per definire diritti, doveri e responsabilità degli amministratori e dei dirigenti.

A tutela degli interessi societari la legge prevede che né il General Manager né il suo Deputy possano ricoprire posizioni simili, o comunque "partecipare" alle attività di società concorrenti della Joint Venture.

Inoltre il Board sulla base di una delibera può licenziare in tronco il General Manager, il Deputy General Manager o altro personale dirigenziale nel caso in cui essi si siano resi colpevoli di corruzione o di grave inadempienza dei propri doveri. L'attuabilità pratica di queste previsioni è piuttosto complessa.

Per gli amministratori invece è necessario ricollegarsi alle norme del codice penale in materia ed alla Company Law.

In materia di amministratori, sindaci e senior manager della società, infatti, gli articoli 147 e seguenti della *Company Law* (elenco non tassativo):

- negano la possibilità di ricoprire le cariche di amministratori, membri del *Supervisory Committee* e dirigenti a coloro i quali sono stati condannati per reati connessi all'amministrazione della società oppure occupino una carica all'interno della Pubblica Amministrazione cinese;

- prevedono un dovere generale per gli stessi di svolgere i loro compiti nei modi previsti dallo Statuto e di proteggere gli interessi della società;
- prevedono un divieto per gli amministratori e dirigenti di utilizzare fondi per scopi personali o per costituire garanzie a favore di debiti dei soci o di altri individui;
- negano la possibilità di ricoprire la carica di amministratore, sindaco o *senior manager* della società, a colui il quale è stato il legal rappresentative di una società la cui business licence è stata revocata e a cui è stato ordinato di chiudere le attività a cause di una violazione di legge di cui egli è responsabile personalmente, per un periodo superiore a 3 anni dalla data della revocazione della business license.

#### 4.1.5 Vicende modificative del rapporto societario

Per molti investitori giunge il momento di trovare un assetto organizzativo nuovo alle molteplici attività precedentemente avviate in Cina; ancora, può essere diventato necessario reperire capitali freschi per le sopravvenute esigenze della produzione o trasferire, per ragioni prevalentemente fiscali, il controllo dell'investimento ad altra controllata o holding company. In altri casi, non infrequenti purtroppo, possono essere sopravvenuti dei problemi: difficoltà di liquidità di uno dei partner; impossibilità di una delle parti di effettuare le contribuzioni a capitale previste nel contratto o, più semplicemente, disaccordo tra i soci in merito alla gestione dell'impresa.

Nel maggio del 1997 il SAIC e il MOFTEC (l'odierno MOFCOM) hanno congiuntamente emanato un regolamento *Changes in Equity Interest of Investors in FIE Several Provisions* ("Changes Regulations") che rappresenta il primo intervento legislativo specificamente dedicato alle modificazioni delle partecipazioni nelle FIE.

La casistica della legge, molto vasta e passibile di interpretazione estensiva, è riassumibile in due settori principali: (a) modificazione della partecipazione e (b) regolamentazione nel caso di cespiti prestati in garanzia.

In merito al primo punto, le *Changes Regulations* puntualizzano che non tutti i trasferimenti di quote (e le eventuali modificazioni) sono ammessi (per esempio è vietata la trasformazione di una JV in WFOE in quei settori dove le WFOE non possono operare). Se le conseguenze del trasferimento non sono vietate dalle legge, le parti o, meglio la FIE, può chiedere all'autorità competente l'autorizzazione all'operazione.

L'autorizzazione governativa rimane il principio cardine delle *Changes Regulations* e le relative disposizioni sono per la maggior parte una specificazione dettagliata di quali documenti debbano essere presentati (e a quale ente) per ottenere l'autorizzazione.

Se ciò contribuisce ad una maggiore certezza di diritto in un settore dove l'investitore straniero era lasciato sostanzialmente in balia dell'amministrazione locale competente, va peraltro osservato che rimane tuttora incerto quali fattori "sostanziali" (cioè non legati a vizi formali di presentazione della richiesta) faranno accogliere o rigettare una domanda di trasferimento o di trasformazione.

Per quanto concerne il punto b), le *Changes Regulations* sono poi intese a chiarire quali documenti e quali autorizzazioni siano necessarie affinché un investitore possa legittimamente offrire in garanzia la propria partecipazione ad una FIE.

Le *Changes Regulations* prevedono che la garanzia risulti da atto scritto tra creditore e debitore. L'accordo deve ottenere l'assenso degli altri investitori (da esprimersi attraverso una specifica delibera del *Board*) e dovrà poi essere sottoposto all'approvazione del MOFCOM competente. Una volta ottenuto l'assenso del MOFCOM tutta la documentazione dovrà essere depositata anche presso la SAIC per la relativa registrazione.

La procedura è più complessa nel caso in cui il beneficiario della garanzia sia un soggetto non cinese.

#### 4.1.6 La Cooperative Joint Venture (CVJ - 合作经营企业)

La Cooperative Joint Venture (o "Contractual Joint Venture") è una forma societaria caratterizzata da una flessibilità maggiore, per i seguenti motivi:

- La distribuzione degli utili di una CJV può non conformarsi rigidamente con il rapporto tra la contribuzione delle parti al capitale. Di conseguenza, le CJVs sono molto più flessibili rispetto alle EJV, permettendo una distribuzione degli utili secondo una formula indicata nel contratto di CJV piuttosto che in base alle partecipazioni dei soci;
- La differenza principale tra una CJV e una EJV è che le parti di una CJV, in alternativa o in aggiunta al conferimento del capitale sociale, possono fornire "le condizioni di cooperazione", che possono consistere nell'accesso o nell'uso di determinati beni e/o diritti che non possono essere o non sono assegnati formalmente alla CJV, quali i diritti di accesso al mercato o l'assunzione della fornitura di alcuni servizi o cooperazione, che promuoverà le prospettive commerciali della CJV (tali "condizioni di cooperazione" sono soggette ad approvazione da parte delle autorità competenti);
- la responsabilità dei soci può essere o meno limitata al capitale sociale;

È da notare che con una CJV si può:

- dar vita ad una nuova società che assume personalità giuridica cinese con responsabilità limitata che è separata e distinta dalle parti contraenti (nel qual caso la disciplina applicabile è molto simile a quella della EJV); oppure
- creare una semplice "partnership" che non ha lo status di persona giuridica distinta (senza il beneficio della responsabilità limitata). In questo caso, le parti che investono devono assumersi la responsabilità civile in conformità con il diritto civile cinese in relazione alle attività della Cooperative Joint Venture (non dando origine ad alcuna nuova entità giuridica separata da quella dei fondatori).

Anche la CJV viene costituita sulla base di un contratto tra la parte cinese e quella straniera, approvato dal MOFCOM, o dalle sue sedi periferiche, con procedure simili a quelle per

l'approvazione della EJV.

In pratica, tuttavia, questo modello organizzativo non ha avuto una particolare rilevanza, se non in tipologie di operazioni diverse da quelle meramente produttive.

## 4.2 LA SOCIETÀ AD INTERO CAPITALE STRANIERO (WFOE – 外商独资企业)

Le Società ad intero capitale straniero - *Wholly Foreign Owned Enterprises* (qui di seguito denominate “WFOEs”), sono solitamente costituite nella forma di società a responsabilità limitata, interamente possedute e gestite da investitori stranieri.

### **4.2.1 Considerazioni generali**

La WFOE è recentemente diventata il veicolo preferenziale degli investitori stranieri (dove possibile: vi sono settori in cui il Catalogo obbliga ad operare con società miste).

Dal 2000 in poi sono stati infatti eliminati molti vincoli che prima rendevano “ineguale” l’operatività di EJV e WFOE; in particolare relativamente all’esportazione dei prodotti (la disciplina precedente prevedeva che la maggior parte dei prodotti dovessero essere esportati), agli acquisti di materie prime (che adesso possono avvenire, in linea con il principio di “giustizia e ragionevolezza” sul mercato cinese come sul mercato internazionale), alle transazioni internazionali (le WFOE non sono più sottoposte alla previa autorizzazione governativa).

In passato, la legge stabiliva che le WFOE fossero quanto meno “*advanced technology-oriented*”. In seguito ai recenti emendamenti anche questi requisiti sono stati cancellati.

Rimane, più come enunciazione di principio che con valenza pratica, il fatto che la PRC “incoraggia la costituzione di imprese a capitale straniero che producono per l’esportazione o che utilizzano tecnologia avanzata”.

### **4.2.2 Regime giuridico delle WFOE**

Il regime giuridico delle WFOE è molto simile a quello delle EJV, ad eccezione del fatto che l’organo di controllo delle WFOEs con più di un investitore (straniero) è l’assemblea degli azionisti, mentre nelle EJVs l’organo sovrano è il consiglio di amministrazione.

L’investitore straniero può scegliere di versare il capitale in un’unica soluzione, entro 6 mesi dalla registrazione della società, o attraverso successive contribuzioni, secondo quanto previsto per le JV.

L’investitore può conferire al capitale della WFOE valuta estera, profitti di altre FIE (che saranno soggetti ad approvazione da parte delle autorità competenti), macchinari ed impianti, diritti di proprietà industriale o tecnologia, know-how, ecc.

A differenza di altre giurisdizioni, non sussistono limiti sul piano della nazionalità per il personale della WFOE (non è richiesta la presenza, per esempio, di amministratori cinesi). Altrettanto, non

esistono limitazioni riguardanti gli azionisti, mentre le regole contabili sono del tutto simili a quelle delle JV.

Cause di scioglimento della WFOE possono essere:

- a) Scadenza del termine;
- b) Decisione dell'investitore straniero di sciogliere la WFOE per forti perdite e scarsità di operazioni;
- c) Impossibilità di proseguire le operazioni a causa di forti perdite causate da forza maggiore;
- d) Fallimento;
- e) Revoca dell'autorizzazione da parte delle Autorità, dovuta alla violazione di leggi cinesi e offesa al pubblico interesse;
- f) Motivi di scioglimento elencati nello statuto della WFOE.

Le eventuali attività rimaste dalla liquidazione possono essere rimesse all'estero senza particolari vincoli.

#### **4.2.3 La procedura di costituzione**

Le procedure di costituzione di una WFOE prevedono due fasi principali:

1. L'investitore dovrà presentare domanda per la costituzione di una WFOE, indicando dettagliate informazioni riguardanti l'investitore, il capitale, il settore di attività, l'impatto ambientale e via dicendo.

È inoltre richiesta la predisposizione di ulteriori documenti, tra cui uno studio di fattibilità, lo statuto, la composizione degli organi societari, ecc. Anche in questo caso la documentazione deve essere presentata in lingua cinese. Alcuni documenti possono essere predisposti in lingua inglese ma in questo caso si dovrà allegare anche la traduzione in lingua cinese.

2. Il MOFCOM o i relativi uffici periferici, deve esprimersi sulla costituzione della WFOE, entro novanta giorni dalla ricezione di tutta la documentazione richiesta. Nei trenta giorni successivi all'approvazione del MOFCOM, l'impresa deve fare domanda (al SAIC) per la Business Licence, la cui data di emissione è la data di costituzione della WFOE.

La neo-costituita WFOE ha poi trenta giorni di tempo per completare le registrazioni successive, secondo quanto previsto per le JV.

#### **4.3 LE SOCIETA' DI TRADING**

In precedenza, le FIEs erano solo autorizzate ad importare materie prime e semilavorati per uso proprio e ad esportare i prodotti da esse direttamente fabbricati. In questo senso, le FIEs non erano generalmente autorizzate al commercio di altri prodotti, compresi i prodotti fabbricati dalle loro società capogruppo e affiliate, causando inefficienze e costringendo le stesse all'uso di oligopolistici intermediari commerciali.

Prima dell'apertura al diritto al commercio (in generale, il diritto di commerciare si riferisce al

diritto di importazione e di esportazione) in Cina nel 2004, un investitore straniero che intendeva esercitare attività di importazione e di esportazione doveva costituire una società commerciale straniera all'interno di una zona di libero scambio (come la *Free Trade Zone* di Waigaoqiao a Shanghai). Le attività consentite ad una società commerciale straniera costituita in tale zona tipicamente includevano: il commercio internazionale, l'intermediazione commerciale, il commercio tra le zone di libero scambio; i servizi di consulenza commerciale, e le trasformazioni semplici per scopi commerciali. Prima dell'apertura al diritto al commercio, le società commerciali straniere con sede nelle zone di libero scambio non erano inoltre autorizzate ad effettuare attività commerciali nel mercato interno, né avevano diritto di distribuzione come di seguito riportato.

Con la promulgazione della *Foreign Trade Law* il 6 aprile 2004 e delle *Measures on the Administration of Foreign-invested Commercial Enterprises* il 16 aprile 2004, sia agli operatori nazionali che le FIEs (comprese le Joint Ventures e le WFOEs) in Cina possono presentare richiesta presso il MOFCOM (o i suoi dipartimenti periferici) per il pieno diritto agli scambi commerciali, vale a dire, i diritti di importazione ed esportazione, compresa l'importazione e l'esportazione dei prodotti non associati alla propria produzione.

In aggiunta al diritto di importazione e di esportazione, dopo l'11 dicembre 2004, le imprese commerciali con capitale straniero (FICEs) in Cina, possono richiedere anche il diritto di distribuire, vale a dire, il diritto di importare e distribuire i prodotti fabbricati a livello locale attraverso le proprie strutture all'ingrosso, al dettaglio e di franchising, nonché di fornire una serie di servizi connessi, compreso lo stoccaggio, il deposito, la gestione delle scorte, la riparazione, la manutenzione, la formazione e la consegna. Le FIEs esistenti, comprese le società commerciali straniere già stabilite in zone di libero scambio, possono inoltre chiedere alle autorità competenti di estendere il proprio oggetto sociale al fine di includervi il diritto alla distribuzione, con la condizione di soddisfare specifici requisiti di legge. Si prega di fare riferimento anche al paragrafo 4.4 per ulteriori informazioni in materia di FICE.

Nel complesso, le imprese straniere possono ora scegliere uno dei due modi di acquisire i diritti commerciali e di distribuzione. Esse possono costituire una nuova FICE o richiedere l'espansione dell'oggetto sociale di una FIE pre-esistente. Generalmente FIEs produttive esistenti, FIEs costituite in zone di libero scambio commerciale, società di investimento e le FIE di quartier generali regionali, possono richiedere l'estensione del proprio oggetto sociale.

#### 4.4 LA SOCIETA' DI DISTRIBUZIONE (FICE)

Il 16 aprile 2004, sulla base degli impegni assunti con l'accessione alla WTO, la Cina ha emanato la legge fondamentale che riguarda direttamente gli investimenti stranieri nel settore del commercio, le *Administrative Regulations for the Foreign Investment in the Commercial Sector* (di seguito, le "FICE Regulations").

Le FICE Regulations, abrogando le norme precedenti, particolarmente restrittive relativamente ai prerequisiti di costituzione per imprese commerciali a capitale straniero, hanno aperto il commercio domestico all'investimento straniero (commercio all'ingrosso, commercio al dettaglio, distribuzione sulla base di contratti di agenzia, franchising), permettendo, in particolare, la costituzione di società ad investimento straniero le c.d. Foreign Invested Commercial Enterprises ("FICE").

#### 4.4.1 Definizione di FICE ai sensi delle FICE Regulations

Per impresa commerciale con capitale straniero, si intende un'impresa con capitale straniero, che può impegnarsi nei seguenti campi:

- Distribuzione sulla base di contratti di agenzia (*commission agency*): “vendita di beni di terzi e fornitura di servizi ausiliari, broker, banditore o grossista sulla base del rapporto contrattuale.
- Commercio all'ingrosso: ovvero “vendita di beni e fornitura di servizi ausiliari a dettaglianti, società, altre organizzazioni o commercianti all'ingrosso”;
- Commercio al dettaglio – ovvero “vendita di beni e fornitura di servizi ausiliari per proprio consumo o ad uso individuale o di gruppo in luoghi prefissati, o mediante televisione, telefono, e-mail, internet e macchine di vendita automatiche.
- Franchising – ovvero “concessione ad altri dietro corrispettivo dell'uso del proprio marchio e del proprio know-how in base ad un contratto di licenza per la vendita al dettaglio”

#### 4.4.2 Requisiti dell'Investitore

Le FICE possono essere costituite sia in forma di società mista (Joint Venture) sia in forma di società ad intero capitale straniero (WFOE), da società straniere, aziende od altre organizzazioni economiche e da individui.

In generale, all'investitore straniero è richiesto il possesso di una buona reputazione e di essere rispettoso della legge. Le FICE Regulations incoraggiano gli investimenti da parte di investitori stranieri con solida situazione finanziaria, avanzata esperienza commerciale e tecnologia di marketing, e di una vasta rete di distribuzione internazionale.

Inoltre, l'investitore straniero deve soddisfare i seguenti requisiti:

- Il capitale sociale minimo deve essere in conformità con il requisito previsto dalla legge societaria cinese (il capitale sociale minimo ai sensi della legge societaria è RMB 30.000,00, tuttavia, l'autorità di approvazione nella maggior parte dei casi richiede un capitale sociale maggiore da versare che deve essere appropriato al volume delle operazioni della FICE);
- Altri requisiti in relazione al capitale sociale e al totale degli investimenti delle FIEs devono essere soddisfatti (si prega di fare riferimento alla sezione 4.1.2);
- Generalmente il periodo di durata di una FICE non deve superare i 30 anni, mentre la durata di una FICE costituita nella regione centro-occidentale, non deve superare i 40 anni.

Tuttavia, non tutte le FICE possono essere interamente di proprietà di un investitore straniero. Ai sensi delle FICE Regulations, una FIE commerciale con più di 30 punti vendita che commercia prodotti di varie marche e che vengono acquistati da più fornitori, deve assumere la forma di Joint Venture in cui la quota massima di investitori stranieri è limitata al 49%. I prodotti indicati sono:

libri, riviste, giornali, prodotti farmaceutici, pesticidi, pellicola per la pacciamatura, concimi chimici, olio trasformato, grano, olio vegetale, zucchero, cotone. Degno di nota è il fatto che le restrizioni di cui sopra sono state rimosse il 5 febbraio 2009 per gli investitori stranieri provenienti da Hong Kong o Macao, nel caso in cui abbiano soddisfatto i requisiti per il "prestatore di servizi", come previsto ai sensi del *Mainland and Hong Kong Closer Economic Partnership Arrangement* (CEPA) o del *Mainland and Macau Closer Economic Partnership Arrangement*.

#### 4.4.3 Oggetto Sociale

In generale,

- Una FICE che commercia i prodotti al dettaglio può svolgere la seguente attività :
  - Commercio al dettaglio;
  - L'importazione delle merci per conto proprio;
  - Approvvigionamento delle merci prodotte in Cina per l'esportazione;
  - Altre prestazioni accessorie.
- Una FICE che commercia i prodotti all'ingrosso può svolgere la seguente attività:
  - Commercio all'ingrosso
  - Distribuzione sulla base di contratti di agenzia (fatta eccezione per le aste);
  - L'importazione e l'esportazione delle merci;
  - Altre prestazioni accessorie;

#### 4.4.4 Beni oggetto di Commercializzazione

Le FICE possono liberamente importare od esportare i prodotti che distribuiscono, senza avvalersi di alcun agente. Diversi beni possono essere commercializzati, ma i prodotti devono essere specificati al momento della richiesta dell'approvazione alla costituzione ed in generale nei documenti societari. Nella pratica una lista di prodotti particolarmente lunga ed articolata può comportare la richiesta - da parte delle autorità - di un capitale registrato più consistente rispetto ai minimi previsti per legge.

Gli investitori stranieri che intendono investire in FICEs la cui attività comprende i seguenti beni, devono soddisfare specifici requisiti di legge a seconda dello specifico settore ed essere soggette all'approvazione delle autorità competenti:

- libri, giornali e periodici;
- distributori di benzina e petrolio raffinato;

- prodotti farmaceutici;
- automobili.

Il commercio all'ingrosso di sale e tabacco ed il commercio al dettaglio di tabacco restano attività interdette.

Restano inoltre, come precedentemente esposto, alcune limitazioni di partecipazione al capitale in caso di particolari circostanze.

#### 4.4.5 Il Procedimento di Costituzione delle FICE

Per le FICE è teoricamente richiesto un capitale sociale in linea con quanto previsto dalla Company Law: 500.000 CNY per il commercio all'ingrosso e 300.000 CNY per il commercio al dettaglio.

La prassi in sede di approvazione non si è ancora consolidata ed è distinta in base al luogo di registrazione; può essere pertanto richiesta una capitalizzazione più alta e si sono registrati casi in cui è stato richiesto un capitale sociale diverso a seconda del tipo di attività commerciale da svolgere in concreto (solo retailing, ovvero retailing e wholesale).

Poiché la Company Law stabilisce un ammontare minimo di capitale sociale pari a 30.000 RMB unificato per tutti i tipi di società, e le FICE Regulations al riguardo rimandano esplicitamente al dettato della Company Law, teoricamente l'ammontare minimo previsto dalla Company Law dovrebbe applicarsi anche alle FICE. Tuttavia, in pratica, l'ammontare minimo di capitale sociale può discostarsi da tale valore previsto dalla legge in quanto le autorità competenti richiedendo un capitale sociale adeguato all'oggetto sociale e all'attività che la FICE costituenda intende svolgere.

Sinteticamente, la procedura di costituzione di una FICE consta di tre fasi:

- Pre-registrazione del nome presso il locale SAIC;
- Richiesta per l'approvazione della costituzione di una FICE presso la sede periferica provinciale del *commerce bureau* (in casi specifici, può essere inoltrata per l'approvazione presso il MOFCOM);
- Richiesta della *Business Licence* al SAIC;
- Procedure di deposito e registrazione successive alla costituzione.

In breve, l'intera procedura di costituzione richiede in genere circa 4-6 mesi (circa 3 mesi per ottenere il certificato di approvazione). Naturalmente nel caso vi siano problemi con la documentazione richiesta la procedura può richiedere un periodo di tempo maggiore. Si prega di notare che la durata della procedura può variare da città a città o da distretto a distretto.

Successivamente al rilascio della *Business Licence*, momento che segna l'avvenuta costituzione della società, le formalità di registrazione dovranno essere condotte secondo quanto previsto per gli

altri tipi di società.

#### 4.4.6 L'Apertura di Punti Vendita

I dipartimenti provinciali del MOFCOM hanno l'autorità di approvare le richieste di apertura di punti vendita inoltrate da imprese commerciali al dettaglio con sede nelle province in cui tali dipartimenti del MOFCOM sono competenti quando: (i) l'area commerciale di qualsiasi negozio che non sia superiore a 3.000 metri quadrati, a condizione che il numero di negozi in tale provincia non sia superiore a tre ed il numero totale di negozi simili aperti dall'impresa commerciale al dettaglio in Cina non superi le 30 unità, o (ii) l'area commerciale di qualsiasi negozio non sia superiore a 300 metri quadrati, il numero di negozi in tale provincia non superi le 30 unità, il numero totale di negozi simili aperti dall'impresa commerciale al dettaglio in Cina non superi le 300 unità ed a condizione che tra le attività ricomprese nell'oggetto sociale dell'impresa commerciale al dettaglio non vi siano il *telemarketing*, il *phone-marketing*, la vendite per corrispondenza, le vendite via Internet e/o la vendite tramite distributori automatici, o la vendita al dettaglio dei prodotti di cui agli articoli 17 e 18 delle FICE Regulations.

I dipartimenti provinciali del MOFCOM hanno altresì la facoltà di approvare le richieste di apertura di punti vendita inoltrate da Joint Venture commerciali al dettaglio che soddisfano le seguenti condizioni:

- I marchi e la ragione sociale sono di proprietà di imprese di proprietà interamente cinese o di persone fisiche cinesi;
- Le partecipazioni di maggioranza sono detenute dalle parti cinesi, e
- La Joint Venture commerciale al dettaglio non opera con i prodotti di cui agli articoli 17 e 18 delle FICE Regulations.

Tutte le altre richieste di apertura di punti vendita devono essere prima presentate presso i dipartimenti provinciali del MOFCOM nei luoghi in cui le imprese commerciali di vendita al dettaglio sono situate. Successivamente, le domande devono essere trasmesse al MOFCOM per l'approvazione.

Se si intende aprire un punto vendita in un'altra provincia, le FICE Regulations richiedono che il relativo parere dell'autorità commerciale del comitato provinciale del luogo in cui il punto vendita è aperto debba essere consultato.

#### 4.5 FICE o FTC?

Per quasi un decennio, le FTC hanno rappresentato lo strumento di trading per eccellenza a disposizione dei soggetti stranieri.

A seguito della riforma del settore commerciale e l'apertura al diritto al commercio e alla distribuzione in Cina, alcuni dei privilegi a queste accordati non sono più "esclusivi": l'investitore può scegliere tra la costituzione di una FTC (ad esempio nella zona franca di Waigaoqiao) ovvero

una FICE.

Tradizionalmente, il termine FTC si riferisce generalmente ad una società commerciale straniera a cui è concesso il solo diritto al commercio, vale a dire, il diritto di *Import* ed *Export*. Con la promulgazione delle FICE Regulations, una FICE può, nel caso di debita approvazione, richiedere ed esercitare sia il diritto di commercializzare che il diritto di distribuire o anche il diritto a svolgere attività di *franchising*. In questo senso, le FICE in senso ampio, hanno anche inglobato le tradizionali FTC, e di conseguenza la caratteristica più importante che contraddistingueva una FTC da una FICE è diventata sempre più vaga. Oggigiorno, sempre più investitori stranieri decidono di non costituire una FTC, ma piuttosto di costituire una FICE che permetta loro di distribuire i prodotti.

#### 4.6 ALTRE FORME, OPPORTUNITA' OPERATIVE E DI INVESTIMENTO

##### **4.6.1 L'accordo di Coproduzione (Cooperative Exploitation)**

Una forma possibile di investimento diretto è l'accordo di coproduzione. È questo un tipo di cooperazione, utilizzato soprattutto nei casi di sfruttamento di risorse minerarie o idrocarburi, caratterizzato da alti rischi, alti investimenti e alti ritorni.

In caso di accordo di coproduzione non si dà vita ad alcuna nuova società. L'accordo di coproduzione, inoltre, non beneficia delle stesse politiche preferenziali accordate dal governo cinese ad altri tipi di investimento.

L'accordo di coproduzione nasce in seguito ad appalto internazionale, avente ad oggetto lo sfruttamento minerario o petrolifero di una particolare area. Il partner occidentale (unico o più spesso riunito in consorzio) che vince l'appalto si lega contrattualmente alla controparte cinese; il contratto così formato deve essere approvato dalle competenti autorità.

Normalmente, l'accordo di coproduzione passa attraverso tre fasi:

- a) esplorazione;
- b) sfruttamento;
- c) produzione.

Durante la fase di esplorazione (a) il partner straniero conduce le ricerche nelle aree determinate, sopportandone l'intero costo. Se l'area non si dimostra interessante per lo sfruttamento, il contratto termina automaticamente e la controparte cinese è liberata da qualsiasi responsabilità.

Se l'area invece si dimostra interessante, si passa alla fase di sfruttamento (b). Da questo punto in avanti la parte cinese e quella straniera dividono i costi delle operazioni di sfruttamento nella misura predeterminata dal contratto (normalmente, la parte cinese non acquista mai più del 51% del capitale, spesso la maggioranza rimane nelle mani dell'investitore straniero).

Quando la fase di produzione (c) si avvia, ovvero quando il giacimento comincia a diventare redditizio, pagate al Governo cinese le imposte applicabili, le parti si dividono gli utili residui in proporzione della loro partecipazione al progetto.

Se i ritorni della fase produttiva non sono sufficienti a recuperare l'investimento, ciascuna delle parti si assumerà la sua quota di rischio e di perdita. La durata dell'accordo di cooperazione non supera, in genere, i 30 anni.

Una forma simile all'accordo di cooperazione, ma da esso distinta è il contratto di Build Operate and Transfer (BOT), attraverso il quale l'investitore straniero realizza l'opera (si tratta normalmente di grandi progetti infrastrutturali: autostrade, ponti...), ne cura la gestione e ne trae i profitti per un certo periodo allo scadere del quale la proprietà di tutta l'opera viene trasferita all'autorità amministrativa cinese designata (municipalità, provincia...).

A partire dal 1998, la PRC si è dotata di strumenti legislativi a regolamentazione dei contratti BOT.

#### **4.6.2 Le Holdings**

Il 4 aprile 1995 il MOFCOM ha emanato le "Provisional Regulations Concerning the Establishment of Investment Companies with Foreign Investment", seguite nel 1999 e nel 2001 dalle "Explanation" dello stesso MOFCOM ad integrazione e chiarimento dei regolamenti del 1995. La materia è stata infine ridisciplinata nel 2004 ed ulteriormente aggiornata nel 2006.

La normativa risponde all'esigenza dei più importanti investitori stranieri di integrare e gestire unitariamente molteplici attività condotte in Cina.

Una "holding" può essere costituita nella forma di WFOE ovvero di JV. Gli investitori stranieri, per un'esigenza di un maggiore controllo, sono propensi a preferire la costituzione della holding sotto forma di una WFOE.

In origine, l'oggetto sociale della holding era essenzialmente limitato alle seguenti attività:

- 1) il finanziamento di progetti di investimento stranieri nei settori previsti dalla normativa cinese per tali investimenti;
- 2) servizi di consulenza e di agenzia commerciale a favore delle società partecipate (ove per partecipazione si intende il possesso di almeno il 25% delle quote sociali);
- 3) servizi "accessori" ai progetti finanziati, quali: assistenza per l'ottenimento di mutui, prestazione di garanzie, assistenza post-vendita, reclutamento di personale, addestramento dello stesso, ricerche di mercato;
- 4) altri servizi se approvati dal MOFCOM.

Dal 2001 alla holding è stato permesso anche agire quale distributore dei prodotti delle proprie partecipate, comprando i prodotti di queste (ma anche, apparentemente, dall'estero, almeno per prodotti "test marketing") per rivenderli sul mercato (interno o estero). Questo apriva la possibilità che la holding sostanzialmente agisse come un vero e proprio distributore sul mercato interno (in via eccezionale rispetto a quanto previsto dal Catalogo, soprattutto se la holding era costituita in forma di WFOE).

La riforma del commercio estero e del settore della distribuzione interna ha modificato tale contesto. Dal dicembre 2004 e' stata esplicitamente concessa anche alle holding la possibilità di impegnarsi nelle attività autorizzate dalle FICE Regulations (vedi sopra), ossia agenzia, vendita al dettaglio, vendita all'ingrosso e franchising. Una holding che ottenga l'ampliamento del business scope non sarà pertanto più obbligata a distribuire solo prodotti delle proprie controllate in Cina e prodotti della società madre.

Per lo svolgimento di tali attività, la holding può essere proprietaria di magazzini e depositi per la merce, i quali possono anche essere concessi in uso a terzi. Le holding possono inoltre acquistare beni immobili per uso proprio oppure condurre attività di ricerca e sviluppo legate al settore in cui le società partecipate operano.

I requisiti per la registrazione di una holding sono prevalentemente incentrati sulla sua capacità finanziaria e sull'effettiva necessità di "raggruppare" diversi progetti di investimento o diverse attività.

In particolare, si richiede alla holding di detenere un capitale sociale di almeno 30 milioni di USD, da versarsi interamente entro i primi due anni dalla data di rilascio della licenza di esercizio. Tale obbligo può tuttavia essere derogato tramite accordi specifici conclusi con il MOFCOM. Inoltre, sia un conferimento apportato al capitale registrato di JV o WFOE che un aumento di capitale delle stesse vengono di norma accettati dalle autorità come parte della contribuzione al capitale della holding.

Inoltre:

Se si intende adottare la formula della JV, il socio cinese deve avere un capitale sociale di almeno 100 milioni di CNY.

Il partner straniero (o l'investitore straniero nel caso di una WFOE) deve, alternativamente: (a) dimostrare di avere un patrimonio di almeno 400 milioni di USD (se la società fa parte di un gruppo, il patrimonio di riferimento è quello del gruppo) ed aver costituito in Cina società con un capitale registrato, e versato, totale di almeno 10 milioni di USD; ovvero (b) aver costituito più di 10 società a capitale straniero produttive in Cina, con un capitale sociale registrato, e versato, maggiore di 30 milioni di USD, o aver finanziato infrastrutture per lo stesso ammontare.

La procedura di registrazione e le autorità competenti per l'approvazione sono quelle comuni agli altri tipi di FIEs.

La holding e le società da questa controllate sono tra loro persone giuridiche indipendenti ed autonome.

I vantaggi dell'incorporazione di una holding sono, come si può comprendere, notevoli e sono rappresentati principalmente da economie derivanti dalla gestione centralizzata delle società del gruppo (per quanto riguarda gli aspetti finanziari, fiscali, di gestione del personale...) e da una migliore strategia di aggressione al mercato, oltre che, ovviamente dai nuovi spazi di manovra che il regolamento del 2001 ha aperto.

I requisiti di costituzione, tuttavia, rendono le holding accessibili solo ad imprese con una presenza consistente in Cina.

#### 4.6.3 Il mercato azionario

Due sono i mercati finanziari cinesi la *Shanghai Stock Exchange* e la *Shenzhen Stock Exchange*, il primo dei quali punta a diventare nel medio termine un'importante piazza finanziaria mondiale, sostituendosi o comunque affiancando Hong Kong.

Le società cinesi possono accedere ai mercati stranieri attraverso l'emissione di titoli quotati in borse estere. A fine luglio 2009, si contavano 43 società cinesi quotate nella borsa di Hong Kong, 46 a Wall Street e come riportato nel giugno 2008, 74 nella borsa di Londra. Si prevede che entro il 2010 ci saranno circa 100 società cinesi quotate piazza d'affari più grande d'Europa, vale a dire la *London Stock Exchange*.

Le azioni delle società cinesi sono classificate in base al tipo di investitore (e, relativamente a quelle collocate su mercati esteri, anche sulla base del mercato di collocamento):

**A Shares** sono le azioni destinate ad investitori cinesi sulle borse di Shanghai e Shenzhen;

**B Shares** sono le azioni destinate ad investitori stranieri sulle borse di Shanghai e Shenzhen (dal 2001, però, anche alcuni investitori cinesi possono accedervi);

**H Shares** sono le azioni di società cinesi quotate ad Hong Kong;

Esistono anche una quindicina di mercati per contratti futures, che investono soprattutto in commodities.

Il mercato delle azioni A dovrebbe rimanere off-limits per gli investitori stranieri ancora per qualche tempo, ad eccezione dei cosiddetti QFII (*"qualified foreign institutional investor"*), cioè per investitori istituzionali stranieri approvati dall'organismo di controllo del mercato, la China Securities Regulatory Commission (CSRC) (equivalente della CONSOB italiana o della FSA inglese, fondata nel 1992).

Le B Shares sono denominate in CNY, ma scambiate in valuta straniera (USD a Shanghai e HKD a Shenzhen). Gli emittenti di B Shares devono dimostrare di poter generare un sufficiente scambio con l'estero, per poter pagare i dividendi. Le B Shares nel 1999 contavano per solo 2% della totale capitalizzazione di mercato e la qualità delle società quotate era ed è tendenzialmente inferiore a quella delle società emittenti A Shares.

Inizialmente, la CSRC era il braccio esecutivo della *State Council Securities Commission* (SCSC). Nel 1998, le due entità vennero fuse e poste sotto il diretto controllo dello *State Council*. La CSRC si pose gli obiettivi di rendere più severo il controllo sul mercato, ristabilire l'ordine e colpire qualunque comportamento scorretto. Il controllo governativo, tuttavia, è stato allentato nel 2000, in seguito al fallimento della stimolazione artificiale del mercato tentata dal Governo centrale: oggi si seguono maggiormente le regole di mercato.

La CSRC svolge le seguenti funzioni:

- Formula le politiche, le regole, i piani riguardanti i mercati finanziari;
- Supervisiona i mercati e le istituzioni di controllo a livello locale;
- Controlla l'emissione, lo scambio, la custodia ed il pagamento di azioni, obbligazioni convertibili e fondi d'investimento; approva il listino dei titoli industriali; supervisiona lo scambio di titoli statali e industriali;
- Supervisiona la quotazione, lo scambio e il pagamento di futures emessi da società cinesi; controlla le istituzioni locali coinvolte in contratti futures con imprese straniere;
- Supervisiona le attività delle società quotate e degli azionisti che sono responsabili per la divulgazione di notizie nel mercato;
- Supervisiona lo scambio di azioni e futures, il senior management delle società emittenti e le associazioni di azionisti;
- Controlla e autorizza le attività connesse all'emissione, scambio e liquidazione di titoli e controlla la divulgazione di informazioni;
- In caso di sospette attività illegali di società quotate, può congelare capitali, conti bancari e pacchetti azionari individuali o societari, senza dover richiedere apposito decreto di congelamento da parte della corte cinese;
- Sospende fino ad un massimo di 15 giorni (ed in casi complessi anche per periodi superiori) gli investitori sospettati di stock manipulation o di insider dealing;
- Supervisiona l'emissione di titoli e la quotazione di società cinesi all'estero;
- Supervisiona la costituzione d'istituzioni finanziarie locali da parte di imprese straniere;
- Assiste gli studi legali, le società di revisione contabile e di valutazione finanziaria nell'ottenimento delle qualificazioni necessarie allo svolgimento di attività connesse con l'intermediazione finanziaria e supervisiona tali attività.

Uno dei maggiori successi della CSRC è stata la Securities Law del 1999 sostituita da quella più recente del 2006, che ha ampliato e definito in maniera più marcata i poteri della CSRC, ha introdotto il concetto di offerta pubblica ed ha esteso la sua applicazione non solo a *stocks* e a *corporate bonds*, ma anche a *government bonds*.

Fin dal 1999 sono state adottate misure per la standardizzazione dei mercati, il finanziamento delle SOE attraverso l'apertura al capitale di rischio, e per far decollare il mercato delle B Shares. Tale tendenza è stata confermata dalla revisione operata dalla attuale Security Law, la quale ha ridotto il capitale minimo richiesto e reso più flessibili i criteri per la collocazione in borsa sia di azioni che di obbligazioni societarie.

Sono stati inoltre disciplinati reati come l'insider trading (questo può essere denunciato addirittura direttamente dagli investitori individuali) e l'aggiotaggio; viene vietato il finanziamento degli emittenti da parte delle proprie aziende clienti e la partecipazione degli impiegati delle borse nello scambio di titoli.

Significativa è stata negli ultimi anni l'estensione degli obblighi di trasparenza e di information disclosure. La CSRC è tornata più volte, con proprie Guidelines, sul tema delle comunicazioni al mercato (prospetti di quotazione, interim reports, eventi price sensitive), ed ha già confezionato

alcune normative di disclosure specificatamente indirizzate a diverse categorie di società quotate (intermediari finanziari, real property developers, assicurazioni). È stata creata una disciplina ad hoc anche per l'emissione di obbligazioni convertibili.

Degna di nota è inoltre l'attenzione prestata agli aspetti di governance: agli ultimi anni risalgono novità importanti come la disciplina delle comunicazioni su operazioni infragrupo, sul trasferimento di pacchetti azionari rilevanti, sul ruolo degli external directors, oltre che sui sistemi di incentivazione del senior management e sui takeovers.

Ad ulteriore garanzia degli investitori, la legge prevede che lo scambio di titoli avvenga unicamente sui mercati regolamentati.

Dal novembre 2001 anche le FIE possono quotarsi, ed accedere così ad un canale di raccolta di risorse finanziarie in valuta locale, prima preclusogli. È indispensabile, a questo proposito, che la FIE sia stata approvata o trasformata dal MOFCOM (a livello centrale) in Foreign Funded Company Limited by Shares (vale a dire, una S.p.A.), il che richiede che si tratti di una società profit making da almeno tre anni.

Oltre a soddisfare requisiti di tipo procedurale propri o comuni alle altre società quotate domestiche, la FIE dovrà prestare particolare attenzione alle conseguenze della diluizione della quota riservata al socio straniero: se questa passerà a meno del 25%, la società perderà lo status di Foreign Invested; laddove operi in un settore nel quale il socio di maggioranza debba necessariamente essere cinese tale vincolo andrà rispettato anche dopo la quotazione; infine, la quota del socio straniero non potrà scendere sotto al 10%.

Dal giugno del 2004 le società finanziarie straniere possono acquisire quote in, o costituire società di Security o Fund Management in Cina. Non si tratta però di un'apertura indiscriminata del mercato dell'intermediazione finanziaria: percentuali massime di partecipazione (non oltre il 33% per le Security Companies e 49% per le Fund Management Companies) e vincoli operativi restringono significativamente le opportunità di business soprattutto per operatori interessati a servizi di consulenza e gestione finanziaria internazionale.

#### 4.7 ACQUISIZIONE DI AZIENDE CINESI

A partire dalla metà del 1997 regolamenti emanati a livello centrale, ma soprattutto a livello locale, hanno disciplinato l'acquisizione di aziende cinesi e la loro trasformazione in società ad investimento straniero, una modalità di investimento sempre più utilizzata.

Le operazioni di acquisizione comportano sempre dei rischi, particolarmente ma non esclusivamente quelli che riguardano eventuali passività nascoste della "società target"; successivi miglioramenti ed affinamenti della legislazione hanno tuttavia reso possibile per gli investitori stranieri strutturare i propri investimenti in modi più sofisticati, contribuendo altresì a minimizzarne i rischi.

Detto questo, nemmeno la migliore e più approfondita *due diligence* può mettere al riparo dal rischio di acquistare un bene che può essere successivamente oggetto di disputa (per esempio, per l'azione di creditori dei quali non si conosceva l'esistenza). Questo è vero in occidente ma più

ancora in Cina (per la qualità dei bilanci e della certificazione, ma soprattutto in conseguenza del fatto che, si stima, almeno il 20% delle attività delle aziende cinesi sono “off the books”).

Con le *Regulations on the Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors* of 2006 (“M&A Rules”), il legislatore cinese ha, infine, fornito una disciplina unitaria in materia di acquisizioni di imprese cinesi ad opera di investitori stranieri. La versione più recente delle M&A Rules furono promulgate dal MOFCOM il 22 giugno 2009.

L'operazione può essere condotta sia mediante acquisizione di quote detenute dai soci della società *target*, o attraverso l'acquisto dei beni di proprietà della società *target* (si veda oltre).

Le M&A Rules inoltre stabiliscono in dettaglio la procedura per l'operazione, che dovrà tener conto dell'avviso ai creditori, della pubblicità del piano per i dipendenti e dei termini di pagamento.

Ai sensi delle M&A Rules e di ulteriori regolamenti, le autorizzazioni specifiche richieste per le transazioni di M&A, dipenderanno dal valore della transazione, dalla struttura dell'operazione, e dal tipo di *target* come segue:

- Le operazioni con investimento totale superiore a 100 milioni di US\$ (in settori incoraggiati o permessi) o a 50 milioni di US\$ (in settori protetti), richiedono l'approvazione del MOFCOM che opera anche come sola autorità antitrust incaricata del controllo delle concentrazioni;
- Per livelli inferiori a tali soglie, si prevede che l'approvazione venga rilasciata da parte delle sedi regionali o periferiche del MOFCOM, con eccezioni specifiche che dipendono dalla natura del progetto e dal settore di investimento e che possono richiedere ugualmente l'approvazioni da parte del MOFCOM;
- Vi è infine la possibilità che, a seconda del tipo di operazione e della natura della società *target*, debbano esser coinvolte altre entità governative (*i.e. National Development and Reform Commission, China Securities Regulatory Commission, State-owned Assets supervision and Administration Commission ecc.*).

Le M&A Rules del 2006, contengono disposizioni in materia di revisione *anti-trust*, che sono state sostituite dai relativi articoli della *Anti-Monopoly Law* fin dalla sua entrata in vigore il 1 agosto 2008. Nella versione 2009 delle M&A Rules, il capitolo relativo a tali disposizioni è stato eliminato dal MOFCOM. La revisione Anti-trust in materia di fusioni e acquisizioni in Cina sarà esaminato nella Sezione 6.5.

Se l'acquisizione di una società cinese da parte di un investitore straniero ha un impatto sulla sicurezza nazionale, la concentrazione sarà inoltre oggetto di riesame dal punto di vista della sicurezza nazionale, che fu in primo luogo stabilito dalle M&A Rules, ma anche menzionato nella *Anti-Monopoly Law*. Ciò potrebbe riflettere la massima allerta del governo centrale per quanto riguarda l'acquisizione da parte di investitori stranieri.

Sono inoltre state introdotte due ulteriori novità. La prima riguarda una tipologia di pagamento per gli investitori stranieri mediante l'utilizzo d'operazioni di scambio azionario (*share swaps*), che sono attualmente permesse a determinate condizioni. La seconda riguarda la costituzione dei cosiddetti Special Purpose Vehicles (SPV), ovvero delle società straniere controllate direttamente o indirettamente da persone giuridiche o naturali cinesi, con lo scopo di far collocare indirettamente in una borsa straniera le azioni della propria società domestica.

#### 4.7.1 Operazioni sui cespiti (asset deal) ed operazioni sul capitale (equity deal)

La scelta strategica in tema di acquisizione è relativa all'oggetto dell'acquisizione: direttamente le quote della società target ovvero unicamente i cespiti (assets).

Le operazioni sul capitale aiutano ad acquisire ed utilizzare in modo più rapido le risorse della società (licenze, clienti, avviamento); d'altro canto, le operazioni sui cespiti proteggono maggiormente l'investitore da eventuali passività nascoste (includendo tra queste non solo quelle di indebitamento commerciale o finanziario, ma anche alcune passività squisitamente cinesi, come quelle relative agli obblighi assistenziali e/o previdenziali nei confronti dei dipendenti).

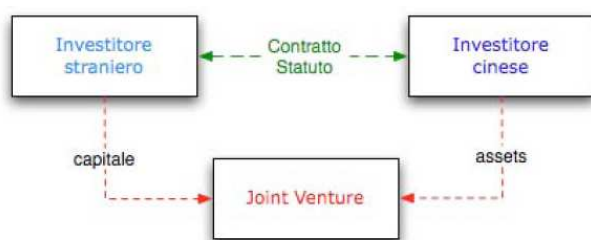
Per questa ragione, storicamente, le operazioni sui cespiti sono state la maggioranza.

Si tenga peraltro conto che anche la costituzione di una società mista (joint venture) è, in sostanza, una operazione di acquisizione di cespiti – nella forma di “contribuzione ad un veicolo nuovo”.

Più recentemente, tuttavia, sempre più investitori stranieri hanno preferito seguire la via degli investimenti nella forma di *equity* per ragioni sia di rapidità sia di possibilità di trovare aziende target interessanti. Peraltro, adeguate *due diligence* legali, contabili e fiscali hanno contribuito a minimizzare (ma mai annullare) i rischi di queste operazioni – che stanno probabilmente diventando prevalenti.

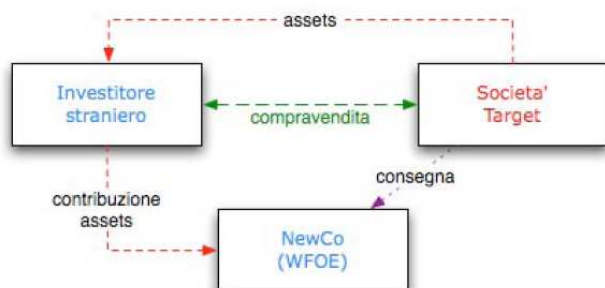
#### 4.7.2 Asset Deal

##### a. Costituzione di Joint Venture



Questa soluzione ha il vantaggio di permettere l'acquisizione unicamente dei cespiti “buoni” ma fa necessariamente partecipare la parte locale alla nuova società, con i problemi di *governance* spiegati sopra in tema di società miste.

b. Acquisto di assets e conferimento degli stessi ad una nuova FIE



Questo metodo di acquisizione (piuttosto diffuso in passato) presentava dei problemi relativamente alla titolarità dei beni acquistati in pendenza dell'approvazione (che, ricordiamo, è soggetta ad approvazione delle autorità – non è immediatamente un diritto dell'investitore) della nuova WFOE.

È buona norma, in questi casi, prevedere delle clausole sospensive del contratto di acquisizione degli *assets* al fine di assicurarsi che la compravendita (ed il pagamento) siano subordinati all'effettiva costituzione della nuova società.

c. Costituzione di nuova FIE e successiva acquisizione degli assets



Una variante di quello discusso sopra. Attraverso questo schema, l'investitore conferisce denaro a una nuova FIE, che diventa poi la parte contraente per acquistare gli *assets* di cui necessita (in una ulteriore variante del caso discusso sopra, l'investitore può nel primo caso firmare un contratto di acquisizione con una clausola che preveda la successione dello stesso alla nuova società).

Le transazioni sui cespiti nella RPC sono soggette al pagamento della VAT (mentre le transazioni sulle *equity* non lo sono).

#### 4.7.3 Asset Deal: considerazioni

Per quanto le operazioni strutturate come *asset deal* hanno l'immediato vantaggio che le passività nascoste di imprese target sono evitate, va detto che gli eventuali oneri gravanti sugli *asset* (per

esempio sulla proprietà immobiliare o su ogni altro tipo di cespiti) seguono il bene a meno che non vengano cancellati prima del completamento della transazione.

Nel determinare il prezzo della transazione, le parti devono conformarsi obbligatoriamente alla valutazione dei cespiti effettuata da un revisore dei conti (che utilizza metodi di valutazione conformi agli standard internazionali), legalmente costituito in Cina e scelto concordemente dalle parti.

Infine è da osservare che la società target è tenuta ad inoltrare al MOFCOM o i suoi dipartimenti periferici insieme alla documentazione relativa all'operazione, un piano di gestione per i dipendenti, in cui viene descritta la strategia adottata dalla società acquirente (per esempio indennità o mobilità per i dipendenti).

Questo genere di operazioni, quindi, non esime dalla diligenza di una accurata verifica ed in ogni caso di una valutazione professionale, che non può che essere fatta caso per caso.

#### 4.7.4 Equity Deal

a. Acquisto di *equity*



Acquistare direttamente *equity* di un'impresa target è, dal punto di vista della procedura, piuttosto semplice (salvo nel caso di società statali, quando la procedura si complica in conseguenza di quanto prevede la legge a garanzia del trasferimento di beni pubblici ad un prezzo equo).

In sede di acquisizione, se la società target è una società domestica, dovrà essere trasformata in una società ad investimento straniero.

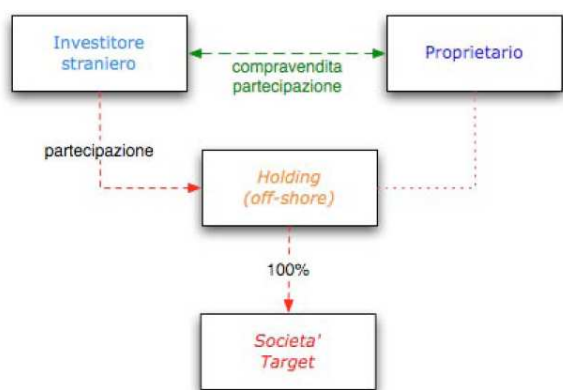
Occorre peraltro considerare che se la società *target* ha due o più soci/azionisti e l'acquirente compra solo quote da alcuni di essi, l'acquisizione sarà probabilmente soggetta al consenso di tutti gli altri soci, i quali hanno comunque un diritto di prelazione sulla quota ceduta (conseguentemente, è comunque buona norma assicurarsi l'assenso preventivo di tutti gli altri soci) salvo che sia diversamente stabilito nello Statuto della società *target* o diversamente concordato tra i soci.

È possibile (come variante dell'operazione) che l'acquisizione sia effettuata attraverso un veicolo cinese costituito (più o meno ad hoc) dall'investitore straniero. Questa opzione era in pratica scarsamente utilizzata perché non permette alla società target di godere dei benefici (soprattutto

fiscali) delle società ad investimento straniero (a meno che la società *target* è costituita nella regione centro-occidentale della Cina, e la partecipazione detenuta dall'investitore straniero dopo l'acquisto non sia inferiore al 25% del capitale sociale della società *target*) ed anche in considerazione del fatto che le FIE sono attualmente autorizzate a investire in altre imprese (sia in altre FIE, sia in imprese domestiche), ma tale investimento non poteva ammontare a più del 50% del valore dei propri *net asset*. E' utile notare che, sebbene tale limite relativo alla percentuale di investimento è stato abolito nella Company Law cinese entrata in vigore nel 2006, continua ad esistere in un regolamento emanato dal MOFTEC (antecessore del MOFCOM). L'attitudine del MOFCOM è ancora vaga in relazione all'applicazione o meno di tale restrizione nei confronti delle FIE.

Sembra inoltre utile evidenziare che è possibile prevedere degli accordi di *Debit-Equity Swap* (nonostante siano di complicata attuazione, sia in sede di esecuzione del trasferimento che di creazione del debito, in considerazione dei limiti posti all'indebitamento). Nella prima fase, l'investitore diventa il creditore dell'impresa target (di solito per mezzo di prestiti o cessione di diritti dal creditore originale), successivamente l'investitore "scambia" (soggetto all'approvazione, per niente scontata, delle autorità) l'indebitamento con quote dell'impresa target.

b. Acquisto di *equity* indiretta

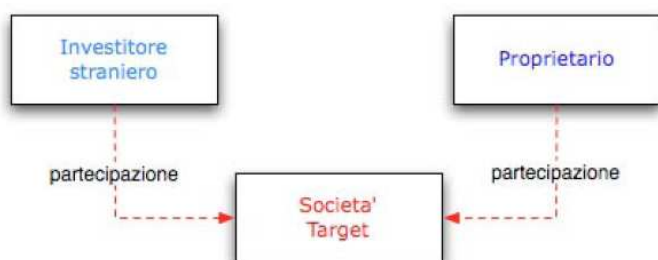


Una variante dello schema precedente, presuppone che la partecipazione nella società target sia detenuta da una società holding collocata al di fuori della Cina (off-shore).

Poiché riguarda il trasferimento di quote non "cinesi", l'operazione è sottratta alle procedure ed ai regolamenti cinesi ed alle implicazioni fiscali (incluse quelle relative alle plusvalenze).

Alla luce di quanto precede, collocare in un veicolo off-shore la partecipazione nei propri investimenti in Cina fa parte di una corretta pianificazione dell'operazione.

### c. Sottoscrizione di aumento di capitale



È una variante del primo metodo di acquisizione; in questo caso la società acquirente “sottoscrive” (sebbene il termine sia improprio, alla luce della normativa cinese) un aumento di capitale deliberato dalla società target.

Non è infrequente, nella pratica, che le acquisizioni di quote e le sottoscrizioni di aumenti di capitale siano combinate in una singola operazione per cui l'investitore non solo paga un corrispettivo all'originario detentore di partecipazioni per acquistare tutta o parte della sua partecipazione, ma anche conferisce all'impresa target una capitalizzazione aggiuntiva.

#### 4.7.5 Equity Deal: considerazioni

Le operazioni sull'equity sono generalmente più rapide (anche perché non richiedono la creazione di nuovi veicoli). Inoltre, permettono un passaggio “ininterrotto” dell'operatività (anche se questo è ottenibile con un asset deal ben strutturato).

Contro le operazioni in equity rimangono i rischi delle passività nascoste, difficili da scoprire da parte dell'acquirente senza una approfondita due diligente legale, finanziaria e fiscale.

La scelta sul tipo di operazione da condurre deve essere effettuata caso per caso, avendo chiaro l'obiettivo dell'operazione (soprattutto in termini operativi, rispondendo ad una domanda: perché acquisire una società esistente?).

#### 4.7.6 Opportunità nell'acquisizione di imprese statali

A seguito delle riforme dell'industria di Stato, un numero sempre maggior di aziende statali (State Owned Enterprises “SOE”) sta attraversando processi di fusione o di liquidazione, che pongono sul mercato beni mobili ed immobili appartenenti alle stesse. In alcuni casi inoltre, è l'azienda nel suo complesso ad essere posta in vendita.

Si aprono quindi notevoli possibilità per l'investitore straniero che non voglia creare una nuova entità separata con un partner cinese, ma desideri invece acquisire un'azienda esistente, la quale verrà poi registrata come WFOE o come EJV (nel caso in cui l'azienda cinese conservi una partecipazione nella società, vedi sopra).

Il governo cinese ha creato nel 2003 lo *State-Owned Asset Supervision and Administration Commission* (“SASAC”), al quale è demandato il compito di gestire e ristrutturare il settore chiave

dell'economia cinese rappresentato dalle SOEs.

L'acquisizione di SOE può essere effettuata tramite l'acquisto di una partecipazione, la conversione di debito esistente o l'acquisizione di cespiti. La transazione deve effettuarsi apertamente in forma di asta o di offerta o per mezzo di contratto privato.

Nel caso gli azionisti di una SOE intendano trasferire o vendere le proprie quote di partecipazione, è richiesta dalla legge un'autorizzazione presso il SASAC o i relativi dipartimenti periferici ("Autorità SASA"). La determinazione del valore deve essere effettuata da un revisore dei conti qualificato e la SOE deve provvedere a pubblicare un annuncio attraverso il SASA relativo alle quote che il venditore intende vendere.

Nel caso invece si tratti di acquisto dei cespiti di una SOE, una volta individuato il potenziale obiettivo, conformemente a quanto prescritto dalle *Interim Measures for the Administration of Assessment of State-owned Assets of Enterprises* (2005), il venditore autorizza un apposita società di revisione dei conti qualificata, la quale conduce una valutazione dell'azienda o dei singoli cespiti che sono posti sul mercato. Il report emesso da tale entità di valutazione viene considerato come base per determinare il prezzo della transazione.

Qualsiasi progetto di acquisizione e fusione riguardante diritti di proprietà statale deve essere oggetto di pubblicazione in un quotidiano finanziario per almeno 20 giorni.

Il prezzo della transazione non può essere inferiore al 90% della valutazione effettuata dal revisore). Ai sensi delle *Interim Measures for the Management of the Transfer of the State-owned Property Right of Enterprises* (2004), se più di un potenziale acquirente si presenta durante il periodo relativo all'annuncio pubblico, le quote devono essere vendute mediante asta o gara d'appalto. Tale obbligo è stato ribadito nella *Law of the People's Republic of China on the State-Owned Assets of Enterprises* in vigore dal 1 maggio 2009.

L'acquisizione di partecipazioni in società cinesi o di beni ad esse appartenenti pone naturalmente ulteriori questioni legate alla necessaria due diligence legale e contabile. È senz'altro vero che l'operazione comporta notevoli vantaggi per l'investitore straniero soprattutto se la società acquisita abbia un mercato già consolidato ed una struttura produttiva e di vendita immediatamente utilizzabile.

Il veicolo migliore attraverso il quale realizzare un'acquisizione resta peraltro la costituzione di una nuova entità sotto forma di WFOE o di EJV, alla quale conferire i beni della società cinese, così liberi da ogni onere.

## **5. LA DISCIPLINA FISCALE CINESE**

### **5.1 IL SISTEMA**

L'attuale sistema fiscale della RPC, fu elaborato in una riforma risalente al 1994. Ai sensi delle *Rules of the State Council on revenue sharing system*, il ricavato dall'imposizione fiscale in Cina viene diviso in tasse "centrali", tasse "locali" e in altre tasse da suddividersi tra i due livelli di governo.

© 2009

54

Le imposte che generano entrate per il governo centrale e sono da questo raccolte, sono generalmente denominate "imposte di Stato" (State Tax) mentre le imposte che generano entrate per e sono raccolte dal governo locale sono generalmente denominate "imposte locali" (Local tax).

Nonostante il sistema di tassazione Cinese abbia una storia piuttosto recente, è passato tra fondamentali riforme nelle ultime due decadi. Con la sua transizione verso un'economia di mercato, la Cina ha acquisito approcci basati *sul mercato*, come pure pratiche e principi internazionalmente accettati.

In conseguenza dell'ingresso della Cina nel WTO è stata posta in essere una completa revisione del sistema fiscale cinese la quale ha dato vita, nel Marzo 2007, alla *Enterprise Income Tax Law* ("EIT") in vigore dal 1° Gennaio 2008. Il nuovo regime costituisce l'unione dei regimi di imposta sul reddito di impresa precedentemente separati: quello per le *domestic-invested enterprises* e quello per le *foreign-invested enterprises*. Gli incentivi fiscali, essendo uno strumento atto ad attrarre gli investimenti stranieri, sono stati elevati, mentre l'aliquota media dell'EIT è stata diminuita. Circa un anno dopo la riforma della EIT in Cina, una nuova riforma nazionale e comprensiva di tutti i settori industriali dell'imposta sul valore aggiunto (VAT) è stata lanciata in Cina negli ultimi due mesi del 2008 allo scopo di trasformare il regime VAT orientato alla produzione in un regime VAT orientato al consumo. Di conseguenza, la regolamentazione provvisoria, rispettivamente relativa alle tre principali imposte sui profitti (vale a dire, VAT, *business tax* e *consumption tax*) ed i rispettivi regolamenti di attuazione sono stati modificati e sono divenuti operativi dal 1 gennaio 2009.

### 5.1.1 Le autorità Fiscali e la Relativa Normativa

La normativa fiscale cinese non è codificata in un unico documento, ma piuttosto, sparsa in distinti atti normativi relativi alle differenti imposte. La normativa tributaria è solita essere composta da leggi, regolamenti, norme di attuazione, o circolari. Una legge o un regolamento vengono emanati per fornire i principi fondamentali e le norme generali per ciascuna imposta, e, se necessario, i regolamenti di attuazione possono essere adottati per fornire dettagli e chiarimenti. Gli organi statali che hanno il potere di emanare le leggi tributarie o le politiche fiscali sono: L'Assemblea Nazionale del Popolo e la sua Commissione permanente, il Consiglio di Stato, il Ministero delle Finanze (MOF), lo State Administration of Taxation (SAT), il Tariff and Classification Committee presso il Consiglio di Stato, e l'Amministrazione generale delle dogane. Il MOF ed il SAT hanno il potere di interpretare le leggi ed i regolamenti tributari e possono emettere circolari o altri provvedimenti per chiarire gli specifici aspetti fiscali.

Il SAT è la massima autorità fiscale in Cina. Il SAT è infatti il dipartimento a livello ministeriale direttamente sotto il controllo del Consiglio di Stato che è l'organismo funzionale responsabile delle entrate dello Stato.

A causa della necessità di ripartizione del gettito fiscale, le autorità fiscali a livello provinciale e locale sono suddivise in uffici del SAT ed uffici periferici delle tasse. Il SAT detiene una *leadership* verticale nei confronti dei propri uffici distaccati per quanto riguarda l'organizzazione, le

dimensioni, il personale, i bilanci, ed assiste i governi locali in una sorta di supervisione parallela degli uffici periferici delle tasse.

Attualmente, la riscossione delle imposte e dei dazi in Cina viene rispettivamente amministrata dal dipartimento finanziario, dall'amministrazione tributaria e da quella doganale.

### 5.1.2 Le Imposte in generale

Il sistema comprende diversi tipi di imposte, dirette e indirette. Le imposte indirette e quelle sui redditi costituiscono le classi principali:

Tasse indirette:	Value-added tax (VAT) Excise tax Business Tax
Tasse sui redditi	Enterprise Income Tax (imposta sul reddito delle società "EIT") Individual Income Tax (imposta sul reddito delle persone fisiche "IIT")
Tasse sulle proprietà	House property tax (tasse sulla proprietà immobiliare ad uso abitativo) Urban real estate tax
Tasse sulle risorse	Resource tax Urban and Township Land Use Tax (tassa sull'uso di fondi urbani e cittadini)
Tasse speciali	Tassa di mantenimento delle città e di costruzione Tassa sull'occupazione di terreno ad uso industriale Tassa sull'apprensione di terreno Tassa sull'acquisto dei veicoli
Tasse "comportamentali"	Vehicle and vessel usage license plate tax Vessel tonnage tax (tassa sulle imbarcazioni mercantili) Stamp Duty Deed tax Slaughter tax Banquet tax Tobacco Leaf Tax
Dazi doganali	

## 5.2 IMPOSTA SUL REDDITO DELLE PERSONE GIURIDICHE (EIT) (企业所得税)

### 5.2.1 La disciplina fiscale dell'EIT

La *Enterprise Income Tax Law*, introduce il concetto di tassa in funzione dello *status* residenziale:

- imprese residenti: trattasi di imprese costituite in Cina o imprese costituite al di fuori del territorio cinese ma le cui attività di amministrazione e controllo vengono svolte all'interno di tale territorio;
- imprese non residenti: imprese costituite in conformità alla legge di un paese straniero (regione), che possiedono un ufficio o una sede costituita in Cina, senza però svolgere effettive funzioni di gestione, od imprese che producono redditi che derivano o vengono maturati in Cina, sebbene non abbiano nella RPC un ufficio o una sede.

Le imprese residenti devono pagare la EIT sulla base del proprio "reddito globale", mentre le società non residenti ma costituite in Cina, devono pagare la EIT sulla base del proprio reddito derivante dalla costituzione in Cina e dai redditi generati all'estero che sono collegati con la propria costituzione in Cina; le imprese non residenti e non costituite in Cina, o quelle che anche se costituite generano redditi non connessi con la propria costituzione in Cina, devono pagare la EIT unicamente sul reddito generato in Cina.

L'aliquota di riferimento della EIT è del 25%, inferiore rispetto a quella previgente del 33%. In deroga a tale disciplina, l'aliquota applicabile alle imprese non residenti che non sono costituite in Cina, o quelle che anche se costituite generano redditi non connessi con la propria costituzione in Cina, è del 10% o uguale ad un tasso inferiore qualora ciò sia previsto dagli accordi internazionali applicabili al fine di evitare i fenomeni di doppia imposizione sul reddito.

La base imponibile della EIT è il reddito netto imponibile di un'impresa nell'anno fiscale. Il reddito netto imponibile viene calcolato sul reddito lordo dopo aver dedotto gli ammontari non imponibili, esenti da imposte, le altre detrazioni consentite, e il riporto delle perdite degli anni precedenti. (le perdite degli anni precedenti possono essere riportate fino a 5 anni).

Il periodo d'imposta è uguale ad un anno. Contribuzioni provvisorie e pagamenti devono essere effettuati su base mensile o trimestrale (a seconda di come richiesto da parte dei competenti uffici delle tasse), il cui importo è determinato sulla base di:

- i) i redditi effettivi del mese o del trimestre, oppure
- ii) la media mensile o trimestrale del reddito imponibile dell'anno precedente; o
- iii) altre formule, che devono essere approvate dagli uffici delle tasse competenti.

I rendimenti annuali e la liquidazione del saldo dell'imposta devono essere effettuati entro 5 mesi dalla scadenza del periodo d'imposta precedente.

In generale non è permesso compensare i profitti e le perdite (P/L) tra le società affiliate, a meno che non venga diversamente disposto dal Consiglio di Stato, mentre i P/L delle filiali (*branches*) devono essere combinate con i P/L della società madre.

### 5.2.2 Agevolazioni fiscali

Con l'entrata in vigore della nuova *Enterprise Income Tax Law* nel 2008 sono eliminati i trattamenti preferenziali in precedenza riservati agli investimenti stranieri. E' infatti abrogata l'esenzione

fiscale (*tax holiday*) per le società produttive (la cui formula prevedeva 2 anni di esenzione totale + 3 anni di riduzione del 50%) e per le società *export oriented* (aliquota ridotta del 50% dopo il periodo di *tax holiday* iniziale, sino a ulteriori 5 anni).

Sono però previsti trattamenti fiscali preferenziali di riduzione o esenzione della *enterprise income tax* per:

- imprese operanti nel settore agricolo, forestale, zootecnico o della pesca;
- imprese con progetti di sviluppo di infrastrutture supportati dal governo;
- imprese focalizzate nello sviluppo di progetti per la tutela dell'ambiente (*environmental protection*), dell'energia e dell'acqua (*energy and water saving*);
- imprese high-tech (qualifica ora più difficile da ottenere che in passato) (aliquota al 15%);
- impegnarsi nell'industria dei software e dei circuiti integrati;
- impegnarsi in attività di innovazione tecnologica e di sviluppo;
- titoli di fondi di investimento;
- piccole imprese a bassa redditività (20% aliquota d'imposta); e
- imprese costituite nelle regioni centro-occidentali della Cina, ecc.

Le *Implementation Regulations on the Implementation of Enterprise Income Tax Law* (2008, "EIT Regulations") e specifiche norme ulteriori stabiliscono i tipi di agevolazioni pre-esistenti alla nuova normativa ancora applicabili:

- Per imprese costituite prima del 16 marzo 2007, che godono di un regime di tassazione preferenziale, i.e. 15%, è previsto un *grandfathering treatment*: accordando un periodo di transizione di cinque anni, durante il quale l'aliquota salirà gradualmente fino a raggiungere il livello unificato del 25% a partire dal 1° gennaio 2008. Per le società stabilite prima del 16 marzo 2007 che godono di un'aliquota fiscale privilegiata (24%), questa passerà al 25% a partire dal 1° gennaio 2008.
- Determinate imprese che al momento dell'entrata in vigore della nuova legge non usufruivano dei benefici della *tax holiday* a causa delle allora attuali perdite, la *tax holiday* incomincerà ad ogni modo dal 1° gennaio 2008, indipendentemente dal fatto che abbiano cominciato a fare profitti o meno.

Ai sensi della nuova *Enterprise Income Tax Law* (2008), tutti e gli eventuali trattamenti fiscali preferenziali, in aggiunta a quelli previsti espressamente dalla legge, devono essere formulati e approvati dal Consiglio di Stato cinese.

### 5.2.3 Rimpatrio degli utili

La legge previgente non stabiliva alcuna trattenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dalle FIEs agli investitori stranieri. Con l'entrata in vigore della nuova legge e dei relativi regolamenti di attuazione, sono ora soggetti all'aliquota al 10% salvo diverse disposizioni previste negli accordi internazionali applicabili al fine di evitare i fenomeni di doppia imposizione sul reddito.

### 5.3 IMPOSTE INDIRETTE: LA VAT (增值税)

Per quanto riguarda le imposte indirette, l'aliquota dell'imposta sul valore aggiunto (VAT) è pari al 17% sulla maggior parte dei beni, ridotta al 13% per alcuni prodotti (come il frumento, l'olio commestibile, i giornali, il gas da riscaldamento). I soggetti classificati come “*small scale taxpayer*” scontano un'aliquota del 3%.

Il meccanismo di funzionamento della VAT è simile a quello di molti paesi del mondo: la VAT si applica sul prezzo al momento della vendita (ed al momento in cui si importa il prodotto straniero in Cina). Ad ogni successivo passaggio il venditore riceve dal compratore il pagamento della Output Tax (IVA sulle vendite) per conto dell'erario. Sulla base della VAT Invoice il contribuente può dedurre la VAT pagata sull'acquisto delle materie prime e su certi costi fissi (Recover Input Tax - IVA detraibile), pagando il rimanente all'erario:

$$VAT\ dovuta = Output\ Tax\ (IVA\ sulle\ vendite) - Recover\ Input\ Tax\ (IVA\ detraibile)$$

Per i piccoli contribuenti, il calcolo è invece il seguente:

$$VAT\ dovuta = Fatturato \times 3\%$$

La VAT è dovuta entro 15 giorni dalla fine di ogni periodo di tassazione. I soggetti passivi registrati devono accertare i propri debiti d'imposta e presentare le dichiarazioni fiscali (tax returns) per ogni periodo di tassazione, il quale varia a seconda del volume di fatturato di ogni soggetto passivo. I crediti d'imposta possono essere rinviati al successivo periodo VAT.

Il contenuto più importante della nuova riforma della VAT è che a partire dal 1 ° gennaio 2009, la VAT sugli acquisti pagata sui cosiddetti *fixed assets* (ad esclusione dei veicoli passeggeri di piccole dimensioni, motociclette e *yachts* che sono soggetti ad imposta di consumo e per uso privato) può essere completamente detratta dalla VAT sulle vendite. L'effetto più significativo per le imprese con investimento straniero dato dalla riforma della VAT è che la politica di esenzione VAT per l'importazione di attrezzature e la politica di rimborso della VAT per l'acquisto di apparecchiature prodotte sul mercato interno sono state abolite.

### 5.4 IMPOSTE INDIRETTE: LA BUSINESS TAX (营业税)

La *Business Tax* è una tassa indiretta complementare all'IVA. Riguarda l'approvvigionamento di servizi esclusi dal campo di applicazione IVA, il trasferimento di proprietà immobiliare e la vendita di immobilizzazioni immateriali.

La Business Tax è calcolata sul fatturato d'impresa (*business turnover*). Le percentuali di tassazione variano dal 3% al 20%, a seconda del servizio fornito. La percentuale più comunemente applicata è del 5%.

Un'esenzione speciale da Business Tax si applica ai trasferimenti di tecnologia, sviluppo tecnologico, o di relativi servizi di consulenza tecnica, a condizione che il cedente/sviluppatore

delle tecnologie compia le formalità di verifica presso la competente autorità scientifica e tecnologica ed ottenga l'approvazione da parte dell'altrettanto competente autorità fiscale.

Come una parte della recente riforma fiscale, il criterio di riscossione della *business tax* è stato cambiato dal "luogo dove il servizio viene effettuato" a "luogo dove si trova il fornitore del servizio o il suo ricevitore". Come risultato, la prestazione di servizi al di fuori della Cina (i) da parte delle imprese o individui cinesi o (ii) da società o individui stranieri a favore di imprese o individui cinesi vengono entrambe soggette alla business tax cinese. Tuttavia, antecedentemente a tali cambiamenti, solo i servizi forniti all'interno del territorio cinese erano soggetti alla business tax.

## 5.5 IMPOSTA SUL REDDITO DELLE PERSONE FISICHE (IIT)

In base all'attuale legge cinese, le persone che hanno domicilio in Cina o gli individui che non hanno un domicilio in Cina ma risiedono in Cina per un anno o più, sono soggette al pagamento dell'imposta sul reddito delle persone fisiche in relazione al loro reddito globale, mentre le persone che non hanno un domicilio in Cina, ma risiedono in Cina per meno di un anno devono pagare l'imposta sul reddito delle persone fisiche solo in relazione ai redditi generati in Cina.

I redditi percepiti in Cina da individui che non sono domiciliati in Cina, e che percepiscono reddito da un datore di lavoro estero senza stabile organizzazione in Cina saranno esentati dall'imposta sul reddito delle persone fisiche, a patto che non siano fisicamente presenti in Cina, consecutivamente o cumulativamente, per più di 90 giorni in un anno di calendario, o 183 giorni nel caso di esistenza di un Trattato sulla doppia imposizione fiscale.

Una particolare disciplina si applica comunque agli espatriati che ricoprono cariche di Chief Representative in uffici di rappresentanza di società straniere o General Manager o senior managements in società a partecipazione straniera.

Soggetto all'approvazione delle autorità fiscali competenti, vi è la possibilità per gli individui che non sono domiciliati in Cina, ma vi risiedono da più di un anno e da meno di cinque anni, di versare l'imposta sul reddito delle persone fisiche solo per la parte del reddito generato in Cina e che ivi viene pagato da individui o entità. Al contrario il reddito originato all'estero ma non percepito in Cina può essere esente dalla tassazione cinese.

Gli stranieri espatriati che risiedano in Cina per più di 5 anni saranno soggetti a una tassazione sul proprio reddito complessivo dal sesto anno in avanti.

L'imposta sui redditi delle persone fisiche applicabile ai salari e agli stipendi deve essere pagata mensilmente. Il contribuente deve essere il percettore di reddito. I corresponsori di reddito devono essere i sostituti d'imposta e trattenere l'importo sulla busta paga e versarlo alle autorità fiscali.

A partire dal 2006, ogni persona fisica, con un reddito annuo superiore CNY 120.000 deve presentare una dichiarazione dei redditi presso l'autorità fiscale competente entro i tre mesi successivi la fine dell'anno.

## **6. ALTRI ASPETTI RILEVANTI DELLA LEGISLAZIONE CINESE**

### 6.1 LA LEGGE SUI DIRITTI REALI

La *Property Law* (2007), composta da 247 articoli, regola per la prima volta nella storia legale della RPC la proprietà mobiliare ed immobiliare in modo ampio, prevedendo per il proprietario il diritto di possedere, usare, trarre profitto e disporre del bene in base alla legge.

La legge positivizza inoltre il diritto di usufrutto e prevede la possibilità di utilizzare beni mobili e immobili per la costituzione di garanzie reali (pegno, ipoteca).

Il concetto di proprietà privata già esisteva nella legislazione cinese ma mancava una legge organica che ne disciplinasse le sue tre forme come oggi esistenti in Cina: la proprietà statale, quella collettiva e quella privata (individuo o società privata). Si offre, così, una protezione equivalente a tali diritti, ponendosi, per la prima volta, l'accento sull'inviolabilità del diritto di proprietà.

La *Property Law* è suddivisa in una parte generale ed una parte speciale. Nella parte generale è stato posto particolare rilievo sull'inviolabilità del diritto di proprietà, sulla protezione della proprietà pubblica, sulla possibilità di creare, trasferire e cancellare diritti di proprietà, sulla necessità della registrazione dei diritti di proprietà in base a quanto stabilito dalla legge, sulla pubblicità per i diritti di proprietà eventualmente registrati nonché sulla possibilità di opposizione e di risoluzione delle controversie a disposizione dei proprietari e delle parti interessate (conciliazione, mediazione, arbitrato, ecc.).

Nella parte speciale, invece, e relativamente alla proprietà in senso stretto, è stato dato particolare risalto alla definizione di proprietà, al divieto di privatizzare le proprietà esclusive dello Stato, al potere in capo allo Stato di effettuare espropri per soddisfare esigenze di pubblica utilità, all'elencazione dei beni posseduti dallo Stato, di beni posseduti dalle collettività dei contadini e di quelli che possono essere posseduti dai privati (quali guadagni ottenuti da attività lavorative, beni immobili, beni casalinghi, strumenti di produzione, materiali grezzi ed altri beni mobili e immobili). È altresì posto in evidenza il diritto all'eredità, alla protezione degli investimenti finanziari e dei conti correnti, nonché l'estensione della protezione dei diritti di proprietà anche a favore delle società private. Ampio spazio è stato dedicato alla disciplina della comproprietà, della comproprietà negli edifici, nonché dei diritti di proprietà sui fondi contigui, dell'usufrutto, della servitù prediale.

### 6.2 IL SUOLO E GLI IMMOBILI

In origine, il problema della natura del "diritto di proprietà" (meglio, diritto d'uso – vedi oltre) sugli immobili nasceva dalla immancabile proposta del partner locale in sede di costituzione di una JV di effettuare la propria contribuzione mediante appunto terreno e/o fabbricati. A tali apporti si assegna un valore in CNY, in base al quale il partner cinese detiene una quota della società; è intuibile come, spesso, il partner cinese tendesse a sopravvalutare il valore del proprio investimento.

Occorreva (ed occorre) chiarire quindi la proprietà di tali beni indispensabili per le attività di produzione e, correlativamente, la possibilità che questi beni siano effettivamente contribuiti al capitale della costituenda società.

La questione oggi rileva anche per gli investimenti completamente a capitale straniero, in considerazione delle valutazioni anche speculative che la proprietà di un terreno o di un immobile in Cina possono favorire.

Il tema richiede una premessa: la natura della “proprietà” in Cina.

La proprietà in Cina è (a) “del popolo” – ovvero dello Stato -, (b) “collettiva” – ovvero appartiene ad una organizzazione collettiva, solitamente territoriale, (c) “privata” – concetto introdotto con la riforma della Costituzione del 1999 e meglio codificato nella legge sui diritti reali del 2007 (vedi sopra).

In linea generale, lo Stato (come rappresentante di tutto il popolo della Cina) è il proprietario di tutti i terreni nelle aree urbane (articolo 10 della Costituzione) e la terra nelle zone rurali è di proprietà collettiva da parte di coloro che lavorano in tali terreni (salvo che la legge disponga diversamente).

Il mercato dei diritti d'uso sul terreno ha cominciato ad essere operativo solo dal 1988 (per quanto le joint venture avevano ottenuto il permesso di “acquire” diritti d'uso sul terreno fin dal 1979). Da allora le riforme e gli “aggiustamenti” del sistema si sono succeduti pressoché costantemente (la Land Law è stata promulgata nel 1986, poi rivista nel 1988, nel 1998, nel 2004 e da ultimo nel 2007)..

È bene che l'investitore straniero capisca (e si tenga aggiornato) sui meccanismi di “proprietà” del terreno.

### 6.2.1 Il suolo

Come detto, il suolo in Cina è di proprietà statale o, limitatamente ad alcuni ambiti rurali, “collettiva”. I soggetti privati, siano essi società domestiche, FIE o individui non possono, dunque, detenere la proprietà sui terreni sia urbani sia extraurbani. Ad essi è, però, concessa la possibilità di ottenere il diritto di utilizzare un terreno (Land Use Right) e, previa le necessarie autorizzazioni, di edificarvi immobili.

Ai sensi della *Land Administration Law* 2004, i diritti d'uso sul terreno si suddividono in due fondamentali categorie, che nella pratica corrente vengono denominate:

Allocated Land Use Rights (Allocazione): Si tratta, in sintesi, di un usufrutto senza limiti temporali, per finalità pubbliche o collettive. Di norma l'allocazione è gratuita ed è concessa ad entità statali, SOE, entità collettive, ecc. Il diritto d'uso del terreno allocato non è trasferibile. Ad una FIE è anche permesso di acquisire i diritti di utilizzo dei terreni attraverso l'assegnazione se l'uso del suolo rientra nell'ambito di applicazione del *Catalogue of Allocated Land* issued by the Ministry of Land and Resources del 22 ottobre 2001 ( "Catalogo di Allocazione del suolo"). Secondo il Catalogo di Allocazione del suolo, i diritti d'uso del suolo allocati sono strettamente limitati all'utilizzazione del terreno per, *inter alia*, enti governativi o militari, infrastrutture urbane e di

interesse pubblico, impianti energetici chiave, traffico e progetti di irrigazione sostenuti dallo Stato e da alcune organizzazioni non-profit. Pertanto i diritti d'uso del suolo allocati non sono in genere un metodo vantaggioso per una FIE al fine di detenere, sviluppare o occupare immobili in Cina. I diritti d'uso del suolo così concessi possono essere espropriati dallo Stato.

Granted Land Use Rights (Concessione): Si tratta di una concessione a titolo oneroso, sulla base di un contratto di trasferimento avente ad oggetto l'uso di un terreno statale (non collettivo). La concessione ha un tempo determinato (70 anni per uso residenziale, 50 per uso industriale e 40 per uso commerciale o "ricreativo") e la concessione del diritto d'uso del suolo è, nei limiti della durata prevista originariamente, trasferibile. In ogni caso può essere oggetto di operazioni economiche, anche da parte di entità private o individuali. Il terreno legittimamente concesso può essere oggetto di espropriazione solo per esigenze di pubblica utilità e solo dietro pagamento di un indennizzo. Il terreno collettivo in concessione può essere oggetto di utilizzazione economica solo in seguito al preliminare esproprio da parte dello Stato e da questo, successivamente trasferito al nuovo utilizzatore.

La *Property Rights Law* regola la questione del limite temporale dei *Land Use Rights* come segue:

- per proprietà residenziali il *Land Use Right* è automaticamente rinnovato alla scadenza del termine, non sono tuttavia specificati la durata del prolungamento e il pagamento di un eventuale canone;
- per proprietà non residenziali rimane la disciplina previgente: alla scadenza del termine è possibile richiedere un prolungamento di questo e lo Stato gode di piena discrezionalità nel decidere in merito.

Le diverse nature giuridiche del diritto d'uso sono indicate nel relativo certificato (*Land Use Right Certificate*), intestato all'entità che ha acquisito il diritto.

Acquisito legittimamente il diritto d'uso sul terreno (a seguito di contribuzione da parte del socio locale o pagamento del corrispettivo del diritto d'uso al legittimo proprietario del diritto), la FIE deve espletare le procedure necessarie per ottenere dalle autorità competenti (il *Bureau of Land and Resources*) la registrazione del diritto d'uso e il certificato comprovante la titolarità dello stesso. Il terreno così ottenuto è trasferibile e può essere a sua volta dato in locazione o in garanzia. In mancanza di registrazione, il diritto non può essere protetto.

E' inoltre prevista la facoltà dello Stato di espropriare terreni di proprietà della collettività o di privati per scopi di pubblico interesse, liquidando un indennizzo.

L'espropriazione senza indennizzo può avvenire per terreni convertiti ad uso diverso da quello agricolo e lasciati inutilizzati per più di due anni dal loro concessionario del diritto d'uso relativo.

Nella costituzione di una JV, accade frequentemente che la contribuzione in conto capitale del partner cinese comprenda, tra l'altro, diritti d'uso del suolo e gli immobili industriali, beni per i quali è importante chiarire la natura del diritto di proprietà che il partner cinese detiene sugli stessi. E' quindi raccomandabile agli investitori stranieri operare una *due diligence* su quanto offerto dal proprio partner. E' inoltre importante controllare che tali diritti appartengano alla categoria dei

*Granted* (per evitare di incorrere nelle spiacevoli conseguenze di una espropriazione) e, nel caso in cui si accertasse che i diritti d'uso del terreno di cui è titolare il partner cinese siano della categoria *Allocated*, sarà necessaria la procedura prevista dalla legge per convertire i diritti da *Allocated* a *Granted* e consentirne la contribuzione al capitale della FIE.

## 6.2.2 La tassazione sui Land Use Rights

Dal 2006 l'ambito di applicazione della *Land-use Tax* è stato esteso anche alle FIEs, e ad investitori privati stranieri. La seconda novità, derivante dall'introduzione della nuova legge, è data dall'aumento del tasso dell'imposta, il quale è triplicato.

L'ammontare della *Land-Use Tax* è fissato dalle autorità locali su base annuale e stabilito per metro quadrato in base alla dislocazione del terreno.

Sulla base della situazione di edificazione della città e del grado di prosperità economica, i governi locali sono autorizzati a decidere le aliquote d'imposta entro la cornice prevista dalla legge.

## 6.2.3 Gli Immobili

A differenza del suolo, i soggetti privati (*i.e.* società domestiche, FIE o individui) hanno il diritto ad essere proprietari di immobili. Il trasferimento della proprietà degli immobili segue meccanismi analoghi a quelli relativi alla titolarità del diritto d'uso del terreno.

La *Property Law* ha previsto un sistema di registrazione unificato riunendo sotto un unico documento la titolarità di diritti d'uso del terreno, la proprietà degli immobili e di altri diritti reali costituiti su immobili in modo da consentire una maggior certezza nella titolarità dei beni immobili e nei trasferimenti di questi. Poiché il sistema previgente nulla prevedeva in merito, in molte città si incorreva in tre diverse forme di registrazione a seconda della fattispecie registrata, situazione che creava una certa confusione e poca trasparenza.

L'iscrizione nel registro ha, inoltre, funzione di pubblicità dichiarativa e costitutiva in quanto la legge specifica che la proprietà ed ogni suo trasferimento ha effetto solo se risulta dalle registrazioni ufficiali; ciò comporta tra l'altro, che in caso di vendita di un abitazione a più soggetti acquirenti del medesimo bene la parte che ha registrato per prima prevale sulle altre. Sono poi previste una serie di misure volte a tutelare i titolari del diritto di proprietà e di diritti connessi attraverso strumenti quali il reclamo, la conciliazione, la mediazione, l'arbitrato ed il contenzioso.

E' inoltre prevista la possibilità, in caso di vendita di immobili, di utilizzare un sistema di registrazione preliminare.

Nel 2007 in risposta ad un mercato immobiliare surriscaldato e alla necessità di raffreddare gli investimenti speculativi, il Governo cinese ha introdotto una disciplina specifica relativa all'acquisto degli immobili da parte di stranieri, predisponendo una serie di limiti e restrizioni che riguardano sia investitori singoli che persone giuridiche:

## 1. Acquisto per uso proprio

L'acquisto di immobili per uso proprio è consentito, oltre che alle FIE, alle seguenti categorie di persone straniere:

- a) All'ente straniero con filiali o uffici di rappresentanza autorizzati in Cina;
- b) Ai cittadini stranieri che hanno lavorato o studiato per più di un anno in Cina;
- c) Ai cittadini Cinesi, di Hong Kong, Macao e Taiwan residenti all'estero che acquistano unità di una certa dimensione.

Durante il processo di registrazione della proprietà, i relativi documenti devono essere presentati al fine di dimostrare la qualifica di acquirente straniero. Non è più possibile acquistare la proprietà in Cina attraverso società offshore prive di filiali e uffici di rappresentanza in Cina.

E' altresì importante notare che l'immobile acquistato per uso proprio non può essere dato in locazione a terzi. Qualora l'immobile sia di proprietà di una persona giuridica straniera, tali requisiti possono non essere soddisfatti, in quanto si acquista la personalità giuridica straniera, mentre non cambia la proprietà dell'immobile cinese.

Tuttavia, sulla base di una circolare emanata dalle autorità della municipalità di Pechino nel gennaio 2009, l'applicazione dei punti b) e c) di cui sopra, è stata sospesa a Pechino dal 1 ° gennaio 2009 al 31 dicembre 2009.

## 2. Acquisto per uso non proprio

L'investitore straniero deve registrare nella PRC una società immobiliare *onsshore* nelle forme di WFOE o di sino-equity Joint Venture o Co-operative Joint Venture ("FIE Real Estate Company") ed ottenere speciale licenza, al fine di acquistare immobili per attività di development o intermediazione.

Nell'ambito delle attuali disposizioni legislative e regolamentari della RPC, la costituzione di una FIE *Real Estate Company* è soggetta ad importanti restrizioni come segue:

- i. Il principio di "*Project Company*": è necessario che prima della costituzione di una FIE *Real Estate Company*, gli investitori stranieri ottengano il diritto di utilizzazione del suolo o di proprietà dei beni immobili, o, in alternativa stipolino un contratto di diritto d'uso del suolo o d'acquisto della proprietà immobiliare o un c.d. *reservation contract* con le parti interessate (i.d. le autorità di amministrazione del suolo, lo sviluppatore edilizio o il proprietario dell'immobile). Il mancato rispetto di tali requisiti comporterà il rigetto da parte dell'autorità della proposta di istituire FIE *Real Estate Company*.
- ii. Requisiti di Capitale: è necessario che una FIE *Real Estate Company*, con un ammontare totale dell'investimento non inferiore a 10 milioni di RMB abbia un capitale sociale non inferiore al 50% dell'ammontare totale dell'investimento stesso. Qualora l'investimento

totale è inferiore a 10 milioni di RMB, i regolamenti attualmente in vigore rimangono invariati.

- iii. Restrizioni sul Finanziamento: I dipartimenti periferici del SAFE (*State Administration of Foreign Exchange*) hanno il divieto di registrare qualsiasi debito estero o effettuare i c.d. *foreign exchange settlements* per ogni tipologia di debito estero relativo ad una FIE *Real Estate Company* (incluse le FIE *Real Estate Company* di recente costituzione e quelle che intendono aumentare il proprio capitale dopo il 1° giugno 2007). Senza la registrazione, i prestiti stranieri non possano effettivamente essere conferiti ad una FIE in Cina, e questa restrizione ha quindi l'effetto di limitare le FIE *Real Estate Company* nell'ottenimento di prestiti esteri, a meno che queste non siano state costituite prima del 1 giugno 2007.
- iv. Divieto di rendimento fisso: Se una FIE *Real Estate Company* adotta la forma di un EJV, le parti della EJV non possono rilasciare garanzia di rendimento fisso diretto o indiretto alle altre parti nel contratto di Joint Venture, nello Statuto o in qualsiasi altro documento relativo all'investimento.

## 6.3 I DIRITTI DI PROPRIETA' INTELLETTUALE

Al fine di conformarsi agli impegni internazionali assunti negli ultimi anni (in particolare con l'accessione alla WTO), la Cina sta progressivamente allineando i propri strumenti di tutela dei diritti di proprietà intellettuale (IP) a più alti standard di protezione.

### 6.3.1 Marchi

Premessa: **agire subito**. È buona norma, prima di effettuare qualsiasi operazione commerciale in Cina (anche una semplice vendita di beni), provvedere alla registrazione del proprio marchio presso l'Ufficio Marchi cinese competente.

Peraltro, la registrazione diretta in loco o l'estensione della registrazione internazionale costituiscono l'unico strumento di tutela per evitare che le aziende locali si appropriino della "notorietà" che un determinato marchio ha acquisito in un particolare settore.

#### a. Tutela dei Marchi oggetto di Registrazione Internazionale

Il marchio potrebbe già essere stato oggetto di registrazione internazionale, ottenuta attraverso i sistemi previsti dal diritto internazionale convenzionale per mezzo dell'Organizzazione Mondiale per la Protezione dei diritti di Proprietà Intellettuale (OMPI/WIPO) di Ginevra. Tale registrazione ha efficacia in Cina solo se essa è stata inclusa tra gli stati ai quali la registrazione viene estesa su richiesta del richiedente.

La registrazione internazionale rilasciata dall'OMPI può essere recepita dall'Ufficio Marchi e Brevetti cinese, solo se: (i) lo stesso o simile marchio risulta non essere già registrato in Cina; o (ii) il marchio che si intende registrare risulta conforme ai requisiti di registrabilità previsti dal diritto cinese.

L'estensione alla Cina della registrazione internazionale garantisce, in linea di massima, una

protezione equivalente a quella assicurata dalla registrazione effettuata direttamente tramite le autorità cinesi.

Inoltre in caso di registrazione internazionale “estesa” alla Cina, al fine di far valere gli strumenti di tutela riconosciuti dalla registrazione è pratica comune quella di richiedere all'Ufficio marchi e brevetti cinese l'emissione di un apposito certificato, comprovante la validità della registrazione internazionale sul territorio della PRC.

## **b. Registrazione dei Marchi in Cina**

In assenza di registrazione internazionale, ai fini della protezione del marchio in Cina è indispensabile effettuare la registrazione direttamente presso l'Ufficio marchi e brevetti della PRC.

In conformità con le disposizioni contenute nella *PRC Trademark Law*, da ultimo emendata nel 2001 e nei relativi regolamenti di attuazione, sono suscettibili di registrazione le seguenti tipologie di marchio:

- marchio in lettere latine;
- marchio in ideogrammi cinesi: consiste solitamente nella traslitterazione fonetica del marchio in lettere latine;
- logo/segno distintivo (a colori o meno); può consistere in un unico segno grafico così come essere composto da varie parti, quali il marchio in lettere latine, il marchio in ideogrammi cinesi ed una rappresentazione grafica distintiva.

Normalmente si procede alla registrazione contemporanea sia dei marchi a caratteri alfabetici sia di quello in ideogrammi. Due sono le ragioni che consigliano l'adozione (e la registrazione) contemporanea dei marchi in lettere latine e caratteri cinesi: (i) da un lato si vuole impedire che la clientela cinese trovi da sola un “soprannome” al prodotto facendo magari riferimento a suoni, cioè caratteri, non consoni al prodotto (un esempio di efficace di trasposizione fonetica del marchio: il suono “Coca-Cola” in cinese è ottenuto con quattro caratteri che significano: bocca assetata – bocca felice, scelti dalla Coco Cola); (ii) da un altro punto di vista, l'utilizzo sulla confezione del prodotto di una scritta in caratteri alfabetici ispira nel consumatore cinese una certa dose di fiducia e aumenta l'interesse verso il prodotto, mentre il marchio in caratteri cinesi facilita l'approccio dell'acquirente.

In certi casi, quindi, è consigliabile registrare più marchi, ovvero più traslitterazioni dello stesso marchio, al fine di evitare la concorrenza sleale di coloro i quali, società od individui, usano marchi formati da caratteri diversi rispetto al marchio registrato, ma aventi il medesimo suono.

In Cina la classificazione delle classi di marchio per la registrazione del marchio viene effettuata nelle medesime classi previste dalla classificazione internazionale di Nizza. Inoltre al momento di presentare la domanda di registrazione del marchio, è molto rilevante ed anche richiesto dalla normativa in vigore, individuare non solo le classi di registrazione, ma gli specifici prodotti/servizi contenuti in ciascuna classe. L'Ufficio marchi cinese non consente infatti un'automatica estensione della copertura a tutti i prodotti/servizi contenuti in una determinata classe, se si vuole registrare un marchio in relazione unicamente a parte di tali prodotti/servizi di tale classe.

Il marchio viene registrato in Cina secondo la seguente procedura.

1. Deposito della domanda all'Ufficio Marchi e Brevetti per una verifica preliminare al fine di escludere l'esistenza di precedenti registrazioni di marchi identici o simili e la conformità con la normativa in vigore.
2. Dopo un esame preliminare, se non vi è l'esistenza di precedenti identici o simili di registrazione del marchio ed il marchio per cui è richiesta la registrazione è conforme alle disposizioni delle pertinenti leggi cinesi, l'Ufficio brevetti e marchi effettuerà una pubblicazione sulla "Gazzetta dei Marchi" per permettere a terzi di presentare opposizioni alla registrazione. In caso contrario, l'Ufficio brevetti e marchi provvederà a rigettare la domanda; e
3. Se non ci sono opposizioni entro un periodo di tre mesi dalla data di pubblicazione, l'Ufficio brevetti e marchi approverà la domanda e rilascerà un certificato di registrazione del marchio. Mentre nel caso in venga presentata opposizione contro la domanda di registrazione, l'Ufficio Marchi esaminerà il caso e prenderà una decisione in merito.

La procedura di registrazione, nel caso non vi sia rigetto ne opposizione, richiede circa due anni di tempo.

Ai sensi della *PRC Trademark Law*, entro sei mesi dalla data in cui il ricorrente ha presentato domanda di registrazione del marchio in un paese straniero, se tale candidato intende presentare domanda in Cina per la registrazione dello stesso marchio in relazione agli stessi prodotti, il ricorrente, in conformità con l'accordo concluso tra la Cina e tale paese straniero, o in base al trattato internazionale al quale entrambi i paesi sono parti, o sulla base del principio di reciprocità, deve godere di un diritto di priorità, sulla base della quale, la data della prima presentazione della domanda nel paese straniero deve essere considerata come la data di presentazione della domanda in Cina.

Il periodo di validità di un marchio registrato è di dieci anni, decorrenti dalla data di approvazione della registrazione.

### **c. Illecita Registrazione in Cina di Marchi già Registrati all'Estero**

La registrazione del marchio in paesi esteri così come la registrazione internazionale (non ancora "estesa" sulla base di quanto sopra descritto), purtroppo non esclude la registrazione in Cina del medesimo marchio da parte di terzi.

La disciplina cinese in materia prevede effettivamente alcune disposizioni volte a tutelare solo i marchi registrati all'estero, ma queste valgono esclusivamente per i c.d. "marchi notori".

Tuttavia, le circostanze sopra menzionate possono essere evitate con l'effettuazione di una registrazione in Cina (o una estensione territoriale di un marchio internazionale per la Cina).

### 6.3.2 Brevetti

L'autorità competente a ricevere la domanda di brevetti è lo *State Intellectual Property Office of PRC* ("SIPO").

In conformità con la *PRC Patent Law* (da ultimo emendata nel 2008) e con i relativi regolamenti di attuazione, i requisiti di brevettabilità sono i seguenti:

- ◆ In caso di invenzioni e modelli di utilità
  - **Novità:** sono brevettabili le invenzioni, i modelli di utilità ed i modelli ornamentali che non siano stati in precedenza divulgati, in Cina o all'estero, e rispetto ai quali non sia ancora stata richiesta concessione di brevetto presso le autorità cinesi. Con la nuova Patent Law (2008) è stata introdotto il requisito della "novità assoluta", cioè la pubblicazione all'estero di una invenzione patentabile precluderebbe una successiva registrazione in Cina. Tale requisito dovrebbe prevenire il fenomeno del "dirottamento di brevetti" cioè della registrazione in Cina di una invenzione cui si è assistito all'estero.
  - **Originalità:** si tratta di invenzioni, modelli di utilità o modelli ornamentali i quali, rispetto allo stato della tecnica al momento del deposito di domanda di brevetto, presentano significativi e concreti aspetti distintivi e costituiscono un evidente progresso;
  - **Industrialità:** invenzioni, modelli di utilità o modelli ornamentali passibili di applicazione pratica.

Nel caso di disegni

il disegno oggetto della domanda non deve essere identico o simile a qualsiasi disegno o modello che, prima della data di presentazione della domanda, è stato reso pubblico in pubblicazioni cinesi o straniere o è stato pubblicamente utilizzato in Cina, né deve entrare in conflitto con qualsiasi altra persona che ne abbia legittimamente acquisito i diritti in precedenza.

Poiché la Cina ha aderito (1985) alla Convenzione di Parigi sulla protezione della proprietà industriale, che come quanto previsto della stessa *PRC Patent Law* dispone che, qualora venga depositata domanda di brevetto presso le autorità di un qualsiasi Stato membro di tale Convenzione ed entro i successivi 12 mesi in caso di brevetto per invenzione e modello di utilità o entro 6 mesi se si tratta di domanda per disegno, una corrispondente domanda, relativa venga presentata al SIPO cinese, che sarà tenuto a riconoscere quale data di deposito, quella della domanda avanzata presso le autorità dell'altro Stato (*Priority Date*).

Qualora dunque, in un momento successivo al decorrere della Priority Date, una domanda di brevetto relativa alla medesima invenzione, modello di utilità o ornamentale venisse depositata da terzi in Cina, tale domanda non potrebbe venire accettata dall'Ufficio Brevetti.

Al fine di esercitare il diritto di priorità, il soggetto che intende richiedere la concessione di brevetto (Richiedente), al momento del deposito della relativa domanda dovrà fornire una

dichiarazione scritta ed entro tre mesi presentare una copia della precedente domanda di brevetto a suo tempo depositata.

a. Procedura di registrazione

Qualora il Richiedente sia una persona fisica o giuridica straniera, la procedura di deposito deve essere espletata tramite un agente autorizzato dalle competenti autorità cinesi, al quale il Richiedente dovrà rilasciare procura ad hoc.

L'avvio della procedura avviene mediante deposito presso l'Ufficio Brevetti della seguente documentazione:

- ◆ Nel caso di invenzione e modello di utilità:
  - **Domanda di brevetto**, indicante, in particolare, il nome dell'invenzione/modello di utilità, i dati relativi al Richiedente (e all'inventore, se diversa persona), nonché l'eventuale *priority date* rivendicata (qualora il Richiedente ed il soggetto che hanno effettuato il deposito della domanda di brevetto presso un altro Stato siano diversi è necessario fornire adeguata documentazione volta a provare l'identità dei due soggetti oppure l'esistenza di un accordo di licenza/trasferimento del brevetto);
  - **Descrizione tecnica**; deve fornire una spiegazione chiara ed esauriente dell'invenzione o del modello di utilità in modo che possa essere ricostruito da un tecnico nello stesso settore della tecnologia, se necessario, i disegni devono essere allegati;
  - **Richiesta di copertura**: deve descrivere le caratteristiche tecniche dell'invenzione o del modello di utilità, ed in modo chiaro e conciso la copertura per la quale si richiede la protezione;
  - **Astratto della descrizione tecnica**: deve definire brevemente i punti tecnici principali dell'invenzione o del modello di utilità;
  - **Disegni**: con relative note esplicative (è importante che le note siano chiare ed efficaci);  
e
  - **Delega**: che autorizzi l'agente a gestire le procedure di registrazione.

Nel caso di modelli ornamentali

Quando una domanda di registrazione di brevetto per un modello ornamentale viene presentata, la domanda, i disegni o le fotografie del modello ornamentale devono essere presentate, ed il prodotto che incorpora il modello ornamentale e la classe a cui il prodotto appartiene deve essere indicata.

Sulla base delle relative leggi cinesi, i documenti da presentare devono essere in cinese.

In seguito al deposito della domanda di brevetto, il SIPO effettua una verifica volta ad accertare la

completezza della documentazione presentata e la conformità della stessa a tutti i requisiti formali prescritti per legge.

In relazione alla domanda di brevetto per invenzioni, trascorsi 18 mesi dalla data di deposito, il SIPO, dopo aver preliminarmente constatato la conformità della domanda con i requisiti di legge, deve pubblicare la domanda sulla gazzetta dei brevetti. È però possibile richiedere una pubblicazione anticipata.

tuttavia, su richiesta del ricorrente che viene fatta in qualsiasi momento, entro tre anni dalla data della domanda, SIPO può procedere ad un esame sostanziale della domanda. Se, senza alcuna giustificazione, il ricorrente non riesce a rispettare il termine per richiedere un esame sostanziale, la domanda si considera decaduta. Dopo l'esame sostanziale, se si è constatato che non vi è alcun motivo per il rigetto di una domanda di brevetto per invenzione, SIPO deve prendere la decisione di concedere il brevetto per l'invenzione, rilasciare un certificato di brevetto per invenzioni e registrare ed annunciare la concessione di tale brevetto. Il brevetto per invenzioni entra in vigore dalla data dell'annuncio.

Per quanto riguarda la domanda di brevetto per modello d'utilità o disegno, a seguito dell'esame preliminare, se si è constatato che non vi è alcun motivo per il rigetto, il SIPO emetterà una decisione relativa alla concessione del brevetto, rilasciando il relativo certificato di brevetto, ed effettuando la registrazione e l'annuncio relativo al rilascio di detto brevetto. Il brevetto entra in vigore a decorrere dalla data dell'annuncio.

Il SIPO al suo interno è dotato di una commissione di riesame del brevetto. Qualora il richiedente non sia infatti soddisfatto della decisione del SIPO relativa al rifiuto di una domanda, il ricorrente può, entro tre mesi dalla data di ricevimento della notifica, ricorrere alla commissione di riesame del brevetto ed avviare una procedura di revisione. Dopo aver proceduto ad un riesame, la commissione di riesame del brevetto deve prendere una decisione e comunicarla al richiedente. Se il richiedente non è d'accordo con la decisione di riesame del comitato di revisione del brevetto, il richiedente può, entro tre mesi dalla data di ricevimento della notifica, agire in giudizio presso il tribunale del popolo.

La durata del procedimento per il rilascio del brevetto può stimarsi, nel caso di invenzioni, in circa 3 o 4 anni, mentre nel caso di modelli di utilità o modelli ornamentali e di circa 10/18 mesi.

La protezione concessa al titolare è piuttosto ampia; viene infatti riconosciuta come violazione del brevetto anche l'importazione o la vendita non autorizzata di merci prodotte senza l'autorizzazione del titolare del brevetto.

#### **b. Periodo di validità del brevetto**

Per quanto riguarda le invenzioni, il brevetto ha durata di 20 anni; essa è invece di soli 10 anni dal giorno del deposito della domanda per i brevetti relativi ai modelli di utilità e ornamentali. Il titolare del brevetto è però tenuto a versare un ammontare fisso a scadenza annuale, pena la cancellazione del brevetto prima della scadenza del suo periodo di validità.

### 6.3.3 Tutela doganale

In merito alla tutela della proprietà intellettuale alle dogane, La *Law on Customs Protection for Intellectual Property Rights* del 2004 ha sostituito la precedente normativa del 1995.

Al fine di rafforzare i controlli e prevenire il transito di beni contraffatti, sia agli importatori sia agli esportatori può essere richiesto di comunicare alle dogane la descrizione di eventuali diritti IP relativi alla merce in transito, fornendo adeguata documentazione.

Ai sensi della sopramenzionata *Law on Customs Protection for Intellectual Property Rights* (the “*Customs Protection Regulations*”) il titolare di diritti IP è tutelato grazie ai seguenti meccanismi:

- **interventi diretti delle dogane:** le dogane sono autorizzate ad effettuare controlli ex officio sulle merci importate ed esportate;
- **registrazione dei diritti IP presso le dogane:** al fine di facilitare le attività di accertamento delle autorità doganali e di rafforzare la propria tutela, il titolare di diritti di proprietà intellettuale (registrati in Cina) ha la possibilità di registrarli anche presso la General Administration of Customs. A tal fine dovrà presentare una domanda scritta che specifichi le informazioni del proprietario e i diritti di proprietà intellettuale, lo stato di attuazione della concessione di licenze dei diritti di proprietà intellettuale (qualora ve ne siano); il nome, il luogo di produzione, l'importatore ed esportatore, le principali caratteristiche, i prezzi, ecc, dei beni che legittimamente utilizzano i diritti di proprietà intellettuale nonché lo status del produttore, importatore o esportatore, e dell'ufficio doganale principale dell'importazione o esportazione e le principali caratteristiche ed i prezzi delle note merci contraffatte. Questa registrazione ha effetto a decorrere dalla data di approvazione da parte della General Administration of Customs e ha un periodo di validità di 10 anni (o fino alla scadenza della registrazione dei diritti di proprietà intellettuale in Cina), ma la può essere rinnovata.
- **Richieste di intervento:** La misura principale e più importante di protezione Doganale è la detenzione di merci importate o esportate che probabilmente violano la proprietà intellettuale. Tale detenzione include:

(i) Domanda di sequestro

il titolare di diritti IP può presentare domanda di sequestro alle autorità doganali in caso di sospetto transito di merce contraffatta da o per la Cina che violi i suoi diritti di proprietà intellettuale, presentando una domanda scritta e le prove pertinenti in conformità con le disposizioni contenute nelle *Customs Protection Regulations*. Dopo il sequestro da parte della dogana, il proprietario di diritti IP può adire il tribunale del popolo competente per il sequestro giudiziario dei prodotti sospetti. Entro 20 giorni dalla data dell'avvenuto sequestro, se la dogana non riceve l'avviso del tribunale del popolo di merito, chiedendo assistenza per il sequestro, la dogana deve effettuare il dissequestro.

1. Domanda di sequestro da parte delle autorità

Durante la supervisione ed il controllo delle importazioni ed esportazioni di merci, se la dogana ritiene che vi siano beni che possono violare i diritti di proprietà intellettuale oggetto di registrazione presso la General Administration of Customs, essa può sospendere l'importazione o l'esportazione di tali merci sospette e notificare al titolare dei diritti IP la possibilità di poter presentare una domanda in merito. Su richiesta del proprietario dei diritti di proprietà intellettuale, la dogana può sequestrare le merci sospette ed esaminare il caso e decidere qualora tali merci sospette violano i diritti di proprietà intellettuale o meno. Se la dogana, dopo l'esame, accerta l'infrazione, essa ha diritto di confiscare le merci oggetto della violazione ed imporre sanzioni amministrative. Al contrario, se la dogana accerta la mancata violazione, essa notifica al proprietario dei diritti di proprietà intellettuale la possibilità di adire il tribunale del popolo chiedendo il sequestro giudiziario al fine di far assumere da parte di questo il controllo ulteriore sulle merci sospette.

Al fine di ottenere il sequestro da parte della dogana, il proprietario di diritti di IP è tenuto a fornire alla dogana la relativa garanzia che di solito equivale o è inferiore al valore dei beni sequestrati.

Alla luce di quanto precede, si evince che la registrazione dei propri diritti di proprietà intellettuale presso le autorità doganali non è preconditione per eventuali interventi delle stesse, ma è sicuramente un mezzo utile per allargarne la tutela in Cina.

#### 6.4 LIQUIDAZIONE VOLONTARIA E PROCEDURE CONCORSALE

La liquidazione delle FIEs, precedentemente disciplinata dalle *Regulations Governing the Liquidation of Foreign Invested Enterprises* (1996), dal gennaio 2008 è regolata dalla Company Law e dalle leggi e regolamenti relativi alle FIE.

In base alla normativa previgente la liquidazione volontaria delle FIEs poteva essere effettuata solo sulla base di una risoluzione unanime degli organi societari, soggetta all'approvazione da parte del MOFCOM.

La nuova disciplina offre tre soluzioni differenti attraverso le quali la FIEs possono essere sciolte per procedere alla liquidazione:

- 1) L'organo sociale delle FIE (Assemblea dei Soci o Consiglio di Amministrazione) delibera una risoluzione unanime in favore dello scioglimento anticipato della società ed il MOFCOM (o le sue sedi periferiche) approva la domanda di scioglimento;
- 2) La FIE unilateralmente richiede il proprio scioglimento al MOFCOM sulla base di un inadempimento di uno o più soci accertato da lodo arbitrale o da una sentenza del giudice;
- 3) I soci che rappresentano almeno il 10% del capitale, in caso di gravi difficoltà di funzionamento dell'impresa, possono richiedere l'intervento del giudice ordinario al

fine di sciogliere la società (i motivi per l'accettazione della domanda di liquidazione da parte del tribunale cinese sono enunciati nelle *Provisions of the Supreme People's Court on Some Issues about the Application of the Company Law of the People's Republic of China* (II), del maggio 2008).

I motivi di scioglimento stabiliti dalla Company Law (art. 181) includono: la scadenza del termine; le circostanze previste dallo statuto; la decisione dei soci; la fusione o divisione della società; la decisione delle autorità governative a seguito di operazioni illegittime e la decisione del tribunale del popolo.

Entro 15 giorni dal verificarsi delle cause di scioglimento della società un comitato di liquidazione deve essere costituito al fine di: (i) liquidare le proprietà della società, produrre i bilanci e le liste dei beni di proprietà della stessa; (ii) informare i creditori tramite preavviso o annuncio pubblico; (iii) portare a termine le eventuali attività pendenti della società; (iv) pagare le tasse incluse quelle relative alla liquidazione; (v) recuperare i crediti e pagare i debiti; (vi) disporre delle proprietà residue; (vii) rappresentare la società in caso di giudizio civile.

Nel caso appaia chiaro durante la liquidazione della FIE che la società non dispone di beni sufficienti per far fronte ai debiti contratti, il comitato di liquidazione è obbligato a presentare domanda di fallimento al giudice ordinario, al fine di liquidare la società in stato di insolvenza secondo quanto stabilito dalla legge fallimentare cinese.

Dopo una lunga attesa, nel giugno del 2007, è infatti entrata in vigore la “PRC Enterprise Bankruptcy Law”, il cui ambito d'applicazione comprende, a differenza della precedente legge del 1986 in materia fallimentare, sia le imprese statali sia quelle private, incluse le FIE, e non già gli uffici di rappresentanza o le persone fisiche, per i quali è prevista un'apposita disciplina.

La legge contempla tre distinte procedure: la prima di liquidazione, la seconda di riorganizzazione o ristrutturazione e la terza di conciliazione o compromesso. A differenza di quanto disposto dalla legge precedente in cui le imprese insolventi dovevano procedere a regolare prima i rapporti con i lavoratori, e solo successivamente quelli con i creditori, nella nuova normativa i creditori dotati di garanzie reali su determinati beni dovranno essere soddisfatti prima dei dipendenti licenziati a causa del fallimento. I creditori chirografari, invece, verranno soddisfatti con il ricavato del fallimento sottratti, nell'ordine: i) le spese della procedura; ii) i salari, contributi previdenziali, sanitari e i pagamenti dovuti ai dipendenti; iii) gli altri oneri sociali e i debiti tributari.

Per instaurare la procedura di fallimento è necessario che il Tribunale competente per territorio accetti la domanda del richiedente, normalmente entro 15 giorni dalla sua proposizione. Il Tribunale competente potrà poi nominare, quale curatore, anche studi legali, società di revisione, società specializzate in liquidazioni aziendali e gruppi di persone formati da funzionari di amministrazioni pubbliche. La legge sancisce discipline differenti per ciò che concerne i soggetti passivi della procedura fallimentare e i creditori: mentre i primi, infatti, possono richiedere indifferentemente la liquidazione, la riorganizzazione o la conciliazione, i secondi potranno richiedere solamente le prime due.

Una rilevante innovazione della legge consiste, nella possibilità di procedere ad una riorganizzazione aziendale, la quale richiede una sospensione della procedura di soddisfacimento dei creditori al fine di riavviare l'attività d'impresa. Tale riorganizzazione deve essere anch'essa supervisionata dal Tribunale ed è suddivisa in fasi procedurali nelle quali si classificano i creditori in categorie, in relazione al grado di prelazione dei crediti vantati.

Per procedere alla riorganizzazione è necessaria l'approvazione delle diverse categorie di creditori. E' infatti previsto all'uopo un periodo di tempo di sei mesi (estendibile a nove mesi mediante approvazione del Tribunale) nel quale l'impresa debitrice ed i creditori (i quali sono interdetti dal disporre dei propri crediti) debbono trovare un accordo comune sul piano di riorganizzazione aziendale. Nel caso in cui il piano di riorganizzazione sia approvato da almeno il 50% dei creditori, rappresentanti i 2/3 del debito complessivo, il Tribunale, nell'approvare il piano di riorganizzazione, nomina un commissario che ha il compito di supervisionare l'esecuzione del piano di riorganizzazione dell'impresa debitrice.

Altra novità nella normativa in esame, è il procedimento di conciliazione a cui solo l'impresa debitrice può far ricorso, prima o dopo la richiesta di fallimento inoltrata da una delle parti. Mediante tale istituto, l'impresa debitrice ristruttura i propri debiti inoltrando presso il Tribunale competente una domanda di conciliazione con i debitori chirografari, proponendo a questi ultimi un accordo di conciliazione senza dover rispettare termini specifici come nel caso del piano di riorganizzazione. Se tale accordo viene raggiunto dal 50% dei creditori, rappresentanti almeno i 2/3 del debito complessivo, e il Tribunale lo approva, l'accordo di conciliazione diviene efficace.

Nel caso in cui non venga raggiunto un accordo di riorganizzazione dell'impresa o di conciliazione con i creditori, il Tribunale dichiarerà l'impresa debitrice fallita. Essa verrà liquidata e si procederà al pagamento dei creditori secondo l'ordine di prelazione determinato dalla natura del credito da essi vantato.

#### 6.5 LA CONCORRENZA SLEALE E LA DISCIPLINA ANTI-TRUST

L'unica legge in materia di concorrenza sleale presente nell'ordinamento giuridico della RPC fino all'agosto 2008 era la PRC Law for Countering Unfair Competition del 1993, la quale insieme alle Interpretation of the Supreme People's Court on Some Issues Concerning the Application of Law in the Trial of Civil Cases Involving Unfair Competition del gennaio 2007 che ha modificato la determinazione e definizione della riconoscibilità di un prodotto, della violazione del segreto industriale, dell'onere della prova e dei relativi rimedi alle violazioni, costituiva l'intero sforzo del legislatore cinese in materia di concorrenza.

Secondo la Suprema Corte, al fine di poter definire "famoso" un prodotto (indipendentemente dalla sua provenienza) è necessario prendere in considerazione :

- da quanto tempo questo è nel mercato;
- la sua diffusione nel territorio locale;
- i target di vendita;
- la durata, l'intensità e la diffusione territoriale della sua campagna promozionale;
- la determinazione della "celebrità" del prodotto.

Il 1° agosto 2008 è entrata in vigore la nuova Anti-monopoly Law. La nuova normativa è plasmata sul modello anti-trust statunitense ed europeo, e prevede un sistema di correzione del mercato in caso di distorsione della concorrenza causato da attività monopolistiche e sleali da parte dei soggetti economici che vi operano. Le pratiche anticoncorrenziali che la nuova disciplina proibisce riguardano:

- accordi di monopolio;
- abuso di posizione dominante;
- concentrazioni degli operatori del settore che può avere l'effetto di eliminare o restringere la concorrenza.

Gli accordi di monopolio proibiti dalla legge includono: patti, accordi, decisioni o altri tipi di azioni concertate tra due o più soggetti, volti ad eliminare o restringere la concorrenza. Sono tali, (i) gli accordi tra concorrenti volti alla determinazione o variazione del prezzo, alla limitazione della produzione o del volume di vendita, alla divisione del mercato delle vendite o della fornitura delle materie prime, al sabotaggio, alla limitazione dell'acquisto di nuove tecnologie o nuove attrezzature o allo sviluppo di nuove tecnologie o prodotti; (ii) gli accordi tra gli operatori del settore ed i loro partners commerciali volti a fissare il prezzo delle materie prime da rivendere a terzi o la limitazione del prezzo minimo dei prodotti da rivendere a terzi.

Sono tuttavia esenti gli accordi consentiti dal legislatore se volti allo sviluppo tecnologico e qualitativo di nuovi prodotti, alla riduzione dei costi per i consumatori finali e ad una maggiore efficienza del mercato in chiave concorrenziale, alla realizzazione di interessi pubblici, quali il risparmio energetico, la tutela dell'ambiente e la fornitura di assistenza in caso di catastrofi, la compensazione della diminuzione grave del volume delle vendite o della produzione ovviamente eccessiva durante le recessioni economiche, che non limita notevolmente la concorrenza nel relativo mercato e che è idonea a consentire ai consumatori di condividere i vantaggi dell'accordo. Gli accordi al fine di tutelare gli interessi giustificabili di commercio con l'estero e di cooperazione economica con l'estero non sono vietati dalla legge.

I criteri per la determinazione della posizione dominante di un operatore sul mercato sono due:

- l'analisi di una molteplicità di fattori, quali la quota di mercato detenuta dall'operatore, le condizioni di concorrenza nel mercato in esame, la capacità di controllo sulle vendite o sulla fornitura delle materie prime nel mercato dell'operatore e le sue condizioni finanziarie e tecnologiche;
- la presunzione di posizione dominante è basata sulla detenzione da parte di un operatore di una quota di mercato eccedente il 50%, oppure eccedente i 2/3 nel caso di due operatori, o di 3/4 nel caso di tre operatori.

La nuova normativa proibisce ad un operatore con una posizione dominante sul mercato, di controllare i prezzi, la quantità, o altre condizioni nella transazione di un determinato prodotto all'interno del relativo mercato, o di impedire o pregiudicare l'ingresso di altri operatori nel mercato, in quanto tale condotta costituisce abuso di posizione dominante.

Le operazioni di M&A (fusioni e acquisizioni) dal 2006 al momento in cui si scrive, hanno conosciuto una crescita significativa e rappresentano un settore in piena espansione. Regulations on the Mergers and Acquisitions of Domestic Enterprises by Foreign Investors del 2006 prevedevano un embrione di controllo anti-trust e di revisione in chiave concorrenziale da parte

del MOFCOM, in relazione alle operazioni concernenti le fusioni ed acquisizioni di imprese domestiche cinesi, operate da investimento straniero. La nuova Anti-monopoly Law disciplina in maniera più dettagliata il controllo sulle operazioni di M&A, con lo scopo di prevenire concentrazioni sul mercato in grado di limitare o eliminare la concorrenza. La nuova normativa definisce le concentrazioni come le operazioni di controllo che includono fusioni o acquisizioni da parte di un operatore su beni o quote di partecipazione di un altro operatore oppure in grado di controllare o esercitare influenza decisiva su un altro operatore attraverso contratto o altri atti giuridici idonei a produrre lo stesso effetto. Ai sensi delle Provisions of the State Council on Thresholds for Prior Notification of Concentrations of Business Operators, promulgate il 3 August 2008, gli operatori che effettuano le operazioni sopra descritte, hanno l'obbligo di comunicare preventivamente le concentrazioni che soddisfano i seguenti criteri:

- il fatturato globale realizzato da tutte le imprese interessate nel corso dell'anno finanziario precedente, è superiore a 10 miliardi di Yuan, ed il fatturato a livello nazionale all'interno della Cina di ciascuna di almeno due delle imprese interessate nel corso dell'anno finanziario precedente, è superiore a 400 milioni Yuan, o
- il fatturato complessivo a livello nazionale all'interno della Cina di tutte le imprese interessate nel corso dell'anno finanziario precedente, è superiore a 2 miliardi di Yuan, ed il fatturato a livello nazionale all'interno della Cina di ciascuna di almeno due delle imprese interessate nel corso dell'anno finanziario precedente, è superiore a 400 milioni di Yuan.

E'altresì degno di nota il fatto che per le concentrazioni effettuate tra gli operatori del settore finanziario viene applicato un insieme molto più dettagliato di norme.

In una qualsiasi delle seguenti circostanze, la presentazione di una dichiarazione di concentrazione presso le autorità competenti da parte delle entità interessate può non essere richiesta: (i) tra tutti gli operatori partecipanti alla concentrazione, un operatore possiede il 50% o più delle azioni con diritto di voto o degli assets di qualsiasi altra entità, o (ii) un operatore che non partecipa alla concentrazione possiede il 50% o più delle azioni con diritto di voto o degli assets di qualsiasi altro operatore coinvolto nella concentrazione.

Il procedimento di revisione delle concentrazioni consta di due fasi. Le autorità competenti entro 30 giorni dal ricevimento dei documenti e dei materiali, come richiesto dalla legge, devono completare la revisione preliminare autorizzando l'operazione se è già chiaro che la concentrazione non limita o esclude la concorrenza nel mercato, oppure inviando comunicazione all'operatore qualora la transazione debba essere soggetta ad ulteriore revisione. La procedura dovrà essere completata entro 90 giorni dalla decisione di procedere con l'ulteriore revisione. In una qualsiasi delle seguenti circostanze, l'autorità competente può, dopo averne informato gli operatori interessati in forma scritta, estendere le suddette scadenze della revisione, attraverso l'estensione che non può essere superiore a 60 giorni:

1. Gli operatori interessati decidono di prorogare il termine della revisione;
2. I documenti o i materiali presentati dagli operatori interessati sono inesatti e necessitano di ulteriori verifiche, oppure
3. Le relative circostanze sono significativamente cambiate dopo le dichiarazioni degli operatori interessati.

In caso la fase di revisione si concludesse con il rigetto dell'operazione, l'autorità ha l'obbligo di fornire motivazione scritta all'operatore interessato. Quando l'autorità competente non riesce a prendere una decisione entro il termine, l'operatore interessato può realizzare la concentrazione.

Le operazioni di M&A di società domestiche cinesi condotte da investitori stranieri, qualora coinvolgano la sicurezza nazionale, devono sottostare ad un'ulteriore procedura di revisione sulla concentrazione, che si aggiunge alla procedura di controllo in chiave concorrenziale. I criteri di identificazione della sicurezza nazionale non vengono definiti dalla nuova legge e saranno anche essi contenuti nei regolamenti di attuazione della Anti-monopoly Law.

L'autorità incaricata dallo State Council per l'applicazione della nuova legge è la anti-monopoly law enforcement agency (AEA). L'AEA ha il compito di coordinarsi con l'anti-monopoly commission, anche essa nominata dallo State Council con il compito di ricercare e formulare politiche di concorrenza; organizzare le indagini e valutare l'andamento della concorrenza sul mercato nazionale; formulare e promulgare orientamenti concorrenziali e coordinare il lavoro della AEA. In base alla stessa legge sono però parallelamente incaricate dell'applicazione dell'Anti-monopoly Law altre tre amministrazioni i.e. l'NDRC, il MOFCOM ed il SAIC.

## 6.6 LE RISORSE UMANE

I riferimenti normativi fondamentali a livello nazionale sono la *Labour Law e la Administration of Labour in Foreign Funded Enterprises Provisions* (1994), la *Law on Labour Dispute Mediation and Arbitration, Regulation on paid Annual Leave for the Employees* (2007), le *Implementation Measures for Paid Annual Leave for Employees of Enterprises* (2008) e le recenti *Employment Contract Law* e le *Implementing Regulations of the Employment Contract Law* (2008).

I principi fondamentali della disciplina sono i seguenti:

possibilità per l'impresa a capitale straniero di **assumere autonomamente** il personale (sussistono divieti a tutela dei minori e del personale femminile, che non può essere impiegato in una serie di attività espressamente elencate nella legge).

possibilità per l'impresa di **interrompere il rapporto di lavoro** con il dipendente nel rispetto delle previsioni contrattuali e di legge (periodi di comporto sono previsti per i casi di malattia dovuta ad incidente sul lavoro, gravidanza, maternità e puerperio);

la **retribuzione** non può essere inferiore a minimi salariali previsti dalle autorità locali;

la **durata dell'orario di lavoro** è di 8 ore giornaliere, per un totale di 44 ore settimanali (è possibile concordare, con i sindacati e le associazioni di lavoratori, un prolungamento dell'orario di lavoro, quando è giustificato dalle esigenze di produzione e, comunque, non supera di più di 1 ora al giorno le soglie previste. Come nella legislazione italiana, il compenso per l'attività lavorativa prestata in occasione di giorni festivi, ferie, feste nazionali, ecc., deve essere corrisposto in misura percentualmente maggiore rispetto a quello "base", con incrementi che vanno dal 50% al 300%). Tuttavia, per il "senior management" (sostanzialmente il General Manager e pochi altri soggetti) è possibile inserire a contratto un "flexible working hours system" in base al quale il pagamento dello straordinario sia già compreso nella retribuzione base. Tale schema, tuttavia, salvo rare eccezioni, dovrà essere approvato in anticipo dall'autorità competente (i.e. i locali uffici del Labour Bureau).

In base alle Regulations on Paid Annual Leave for the Employees (2008), il numero minimo di

**ferie retribuite** varia da cinque a quindici giorni (in aggiunta alle festività cinesi stabilite dalla legge), a seconda della durata periodo di impiego del dipendente. Di principio, le ferie retribuite e non godute dal dipendente non dovrebbero essere cumulate con i giorni di ferie dovuti per l'anno successivo; tuttavia, qualora per ragioni di lavoro non sia possibile concedere in tutto o in parte al dipendente le ferie annue, sarà possibile pagare al dipendente i giorni di ferie dovuti e non goduti al 300% dello stipendio giornaliero.

Gli **uffici di rappresentanza** possono impiegare il personale cinese solo attraverso agenzie specializzate, competenti per territorio. Pertanto, il RO sottoscrive con tale agenzia una sorta di contratto di servizi, in base al quale l'agenzia acconsente all'impiego del lavoratore e si impegna a corrispondere alle amministrazioni competenti contributi di legge.

Le FIE, invece, una volta ottenuta la *Business Licence*, possono assumere direttamente lavoratori locali, senza necessità di utilizzare un'agenzia intermediaria.

Nel caso di Joint Venture, spesso il socio cinese si propone di fornire alla JV i lavoratori necessari, solitamente provenienti dalla propria struttura. In tal caso è necessario verificare che tutti gli adempimenti connessi al trasferimento della titolarità del rapporto di lavoro vengano effettuati.

La materia delle contribuzioni sociali legate all'assunzione di manodopera locale è disciplinata su due livelli: nazionale (normazione di principio) e provinciale (regolamenti applicativi). Tenuto conto delle differenze locali, le principali contribuzioni sociali obbligatorie sono le seguenti: fondo pensione, fondo abitazione, assicurazione per disoccupazione e assicurazione medica. Con aliquote diverse e proporzionali, ad esse partecipano sia il dipendente, sia il datore di lavoro.

La contribuzione relativa agli infortuni sul lavoro grava invece sul solo datore di lavoro, con aliquote diverse a seconda del settore di appartenenza. La base di calcolo è costituita dal monte salari dell'impresa.

### 6.6.1 Il contratto di lavoro

Il contratto di impiego impegna le parti dal momento in cui viene sottoscritto. Si segnala che l'età minima del lavoratore non può essere inferiore ai 16 anni, ma vi sono eccezioni solo con riferimento ad impieghi per attività sportive o di intrattenimento, o comunque di carattere artistico, previa autorizzazione del locale Labour and Social Insurance Bureau.

La Employment Contract Law e le relative Implementing Regulations hanno modificato importanti aspetti della previgente disciplina. Sono di seguito indicate alcune delle disposizioni di particolare rilievo e/o richieste dalla legge a cui le parti dovrebbero prestare particolare attenzione nella fase di redazione del contratto di impiego.

Sono elementi essenziali del contratto di lavoro:

- la durata (a tempo determinato, indeterminato o per l'esecuzione di una particolare prestazione);

- il **posto** dove il dipendente dovrà svolgere le proprie mansioni;
- la descrizione delle mansioni;
- la descrizioni delle condizioni di lavoro;
- L'orario di lavoro, il periodo di pausa e le ferie;
- l'assetto retributivo, previdenziale e assicurativo;
- La protezione del lavoratore, le condizioni di lavoro e di protezione e prevenzione contro gli infortuni e i danni sul posto di lavoro.

La *Employment Contract Law* scoraggia l'instaurazione di contratti a tempo determinato a favore di contratti a tempo indeterminato. È previsto infatti l'obbligo di stipulare contratti a tempo indeterminato nei seguenti casi: (i) il dipendente ha lavorato con la stessa Società per un periodo superiore a 10 anni consecutivi; (ii) il contratto del dipendente è stato rinnovato, con la conseguenza che il dipendente ha lavorato per non meno di dieci anni con lo stesso datore di lavoro, ed è a meno di dieci anni dall'età pensionabile; (iii) in ogni caso, dopo due rinnovi consecutivi di un contratto di lavoro a tempo determinato; e (iv) se il datore di lavoro non conclude un contratto per iscritto con il dipendente entro un anno dal momento in cui il dipendente ha cominciato a prestare servizio presso il datore di lavoro stesso.

Il datore di lavoro che rifiuti di stipulare un contratto a tempo indeterminato, venendo meno a tale obbligo nelle ipotesi menzionate, è tenuto a corrispondere al lavoratore il doppio della retribuzione mensile a partire dalla data in cui contratto a tempo indeterminato sarebbe dovuto essere stato concluso.

Il periodo di prova si applicherà ai contratti con durata di tre mesi o superiore, mentre non è ammesso per contratti che scadano al completamento di un compito ben definito (ad esempio contratti a progetto). La durata del periodo di prova varia in base alla durata del contratto di impiego stipulato col dipendente e non potrà essere rinnovato ma sarà calcolato a tutti gli effetti come periodo di impiego durante il quale non potranno essere eseguiti licenziamenti indiscriminati, ma solamente quelli previsti dalla legge.

Le disposizioni della *Employment Contract Law* prevedono inoltre l'adozione di regolamenti aziendali interni (tra i quali, stipendi, ore lavorative, riposi, ferie, disciplina, etc.) solamente a seguito di negoziazioni con i rappresentanti dei dipendenti e di pubblicità degli stessi. Questi regolamenti (che devono essere espressamente accettati dai dipendenti stessi) assumono notevole rilevanza in quanto la loro violazione può costituire motivo, se unito ad altri, di licenziamento del lavoratore.

La nuova legge ha inoltre introdotto il licenziamento senza preavviso in caso di sostanziale conflitto di interessi, che sorge quando il dipendente è assunto anche da un altro datore di lavoro, e in caso di utilizzo di mezzi ingannevoli o violenti per indurre il datore di lavoro a sottoscrivere il contratto.

La clausola di non concorrenza potrà applicarsi solamente a *senior managers*, *senior technicians* ed altri dipendenti con obblighi di confidenzialità. A fronte del vincolo di non concorrenza, il dipendente ha diritto ad una indennità, il cui ammontare non è fissato per legge, e che dovrà essere pagata, su base mensile, per ogni mese in cui verrà applicata la clausola di non concorrenza. Il datore di lavoro ha parimenti diritto ad un risarcimento, il cui ammontare non è fissato per legge, in caso di violazione dell'obbligo da parte del dipendente.

Le nuove previsioni relative ai licenziamenti collettivi, quelli cioè che riguardano almeno venti lavoratori, ovvero più del 10% del personale, potranno venire applicate qualora sussistano circostanze obiettive (tra cui la vendita di assets rilevanti dell'impresa) o serie difficoltà nella produzione e nelle operazioni. E' inoltre necessario che si proceda ad una preventiva consultazione con i sindacati o con tutti i lavoratori e si presenti un piano di ridimensionamento. L'*Employment Contract Law*, in materia di licenziamenti collettivi, prevede, inoltre, che il datore di lavoro debba dare privilegio ai dipendenti con contratti a tempo determinato di lunga durata, contratti a tempo indeterminato o i dipendenti che siano gli unici a percepire un reddito all'interno dell'ambito familiare e che abbiano a carico un minore di età.

L'indennità di licenziamento deve essere riconosciuta al dipendente anche in caso di scadenza del contratto, salvo che il dipendente abbia rifiutato l'offerta del datore di lavoro di rinnovare il suddetto contratto alle stesse condizioni (o a condizioni migliorative) del contratto in scadenza. In relazione al computo dell'indennità di licenziamento, in generale l'indennità di licenziamento e' pari ad una mensilità per ogni anno lavorato con il datore di lavoro. Tuttavia, qualora lo stipendio del dipendente sia superiore alla media degli stipendi mensili della zona dove è sita la Società (come da documenti ufficiali del governo) di almeno tre volte, l'indennità di licenziamento dovrà essere pari a tre volte la media degli stipendi mensili per i dipendenti della zona dove è sita la società, per ogni anno di lavoro svolto alle dipendenze della Società stessa.

L'indennità di fine rapporto non può superare dodici mensilità di retribuzione media.

Nell'ipotesi di licenziamento illecito, il dipendente potrà richiedere il reintegro sul posto di lavoro. Qualora suddetto reintegro non venga richiesto o risulti impossibile, il datore di lavoro dovrà corrispondere al dipendente un risarcimento danni pari al doppio dell'indennità di licenziamento.

Per quanto riguarda la risoluzione delle controversie di lavoro, la disciplina prevista dalle *Regulations on the Settlement of Labour Disputed in Enterprises* (1993) e dalla *Law on Labour Dispute Mediation and Arbitration* (2008) prevede tre forme:

- Mediazione: l'azienda costituisce un comitato interno di mediazione per la risoluzione delle controversie lavorative composto dai rappresentanti dei lavoratori, del management e dai sindacati;
- Arbitrato: se la mediazione fallisce, si può agire presso una commissione arbitrale locale preposta alla risoluzione delle controversie di lavoro. Le parti comunque possono agire direttamente dinanzi alla commissione locale, senza sottoporre la controversia a mediazione;

- Tribunali: Tranne alcuni casi particolari previsti dalla legge, se una parte rifiuta di accettare il lodo arbitrale, questa può agire in giudizio presso il tribunale del popolo, entro 15 giorni dal ricevimento del lodo arbitrale.

La *PRC Law on Labor Dispute Mediation and Arbitration* entrata in vigore il 1° maggio 2008, rende più semplice per i dipendenti il procedimento arbitrale contro il proprio datore di lavoro, essendo l'arbitrato del lavoro più accessibile economicamente e più rapido nella soluzione delle controversie giuslavoristiche rispetto al passato.

## 6.7 GLI ASPETTI VALUTARI

La storia del regime valutario cinese può essere divisa in due periodi: il primo inizia con l'apertura della Cina agli investimenti stranieri (1979) e termina con la prima riforma del sistema valutario (1993); il secondo va dal 1 gennaio 1994 ad oggi.

Durante il primo periodo, il tasso di cambio tra la moneta locale, il renminbi (CNY) e le valute estere ha conosciuto due sistemi: quello a tasso fisso e quello a tasso doppio. In base al sistema di tasso doppio, il governo emetteva un tasso ufficiale, mentre il cosiddetto "*swap center*", offriva un tasso di mercato. I regolamenti di cambio per le imprese domestiche e per le FIE erano diversi. Alle FIE era generalmente richiesto di bilanciare individualmente i propri redditi in valuta estera e le spese. Le imprese domestiche, invece, dipendevano in genere dalle autorità governative per equilibrare i propri redditi in valuta estera e le spese. In seguito, diversi governi locali hanno costituito gli *swap centers* al fine di consentire l'acquisto e la vendita di valute estere attraverso tali centri.

Si è quindi succeduto un secondo periodo caratterizzato da una cauta apertura verso la piena convertibilità del CNY e da una copiosa produzione normativa del Governo, dello *State Administration of Foreign Exchange* (SAFE - 国家外汇管理局) e di altri organismi quali la *People's Bank of China* (PBOC - 中国人民银行).

Di notevole importanza poi, in questa seconda fase, sono due interventi in materia dello State Council: le *Regulations on the Administration Foreign Exchange* (da ultimo emendate nel 2008) e le *Regulations on the Administration of the Settlement, Sale and Payment of Foreign Exchange* (1996).

Nelle intenzioni del legislatore, le due leggi dovevano codificare e razionalizzare un notevole numero di regolamenti e direttive. In realtà, lo scopo non è stato raggiunto in quanto le leggi sono state costantemente oggetto di adattamento ed adeguamento.

In seguito alla Riforma del 1994, i principi fondamentali del nuovo sistema possono comunque essere così riassunti:

- il governo ha revocato le restrizioni sulla conversione ed il trasferimento di valute estere in conti correnti;
- La People's Bank of China (PBOC) ha adottato, il tasso regolato di moneta fluttuante. La PBOC pubblicherà il tasso di riferimento in CNY ogni giorno. Il tasso di acquisto e di

vendita deve essere compreso entro certi limiti al di sopra o al di sotto del tasso di riferimento;

- la circolazione di valuta estera all'interno della PRC è proibita. Nessuna operazione in valuta estera può essere condotta per l'acquisto di beni o per la fornitura di servizi all'interno del Paese;
- Sia le società domestiche che le FIE sono state autorizzate a mantenere una certa quantità di introiti di valuta estera nel proprio conto corrente, l'importo oltre il limite consentito verrà venduto alle banche autorizzate con licenza commerciale in valuta estera.

L'innovazione principale creata dalla nuova normativa è la libera convertibilità tra il CNY e le valute straniere per le partite correnti. La valuta locale può essere liberamente convertita presso le banche autorizzate, dietro presentazione di "appropriati documenti e vouchers". Pertanto, una JV può liberamente disporre della valuta estera detenuta sui propri conti correnti ed effettuare e ricevere pagamenti presentando la ragione giustificatrice (sostanzialmente il contratto) e la prova di aver pagato le tasse (se dovute).

Dovranno presentare adeguati "documenti e vouchers" anche le società cinesi non abilitate ad operare con l'estero, le JV che necessitino di valuta estera in eccedenza rispetto a quella detenuta presso i depositi bancari e, in alcuni casi, gli individui che abbiano già effettuato operazioni di cambio da valuta estera in CNY al momento dell'ingresso nella PRC. Tra questi "documenti" possiamo citare, per quanto concerne le società, il contratto per l'importazione di beni dall'estero e, nel caso dei privati, la ricevuta di conversione della valuta estera in CNY.

La nuova legge include tra le operazioni per le quali vi è piena convertibilità della valuta locale tutte le operazioni commerciali effettuate da società, nonché le spese ed i ricavi relativi a prestazioni lavorative o di servizi.

Anche i dividendi pagati all'investitore straniero rientrano tra le partite correnti. Per il loro pagamento è necessaria la risoluzione degli organi sociali e la registrazione al SAFE. E' quindi pienamente consentita ad una JV la conversione della valuta locale per il pagamento dei dividendi spettanti all'investitore straniero presso una banca autorizzata, qualora la valuta estera presente sui conti correnti della società non sia sufficiente a tale scopo.

Restrizioni permangono invece per le operazioni in conto capitale, che comprendono le transazioni relative ad investimenti diretti, prestiti, investimenti in azioni o obbligazioni, e per ogni altro movimento di capitali oltre i confini del Paese.

I controlli previsti per le operazioni in conto capitale si esauriscono principalmente nell'approvazione da parte della SAFE: questa è richiesta, infatti, per l'apertura di un conto bancario presso una delle banche autorizzate per il deposito in valuta estera relativa alle contribuzioni al capitale.

L'ispezione annuale, che è una procedura obbligatoria per tutte le FIE costituite a seguito della promulgazione della legge nel luglio del 1996, ha lo scopo di verificare il compimento di tutti gli

obblighi di conferimento di capitale, di corretto utilizzo dei conti correnti bancari in valuta straniera, di restituzione dei prestiti esteri, ecc.

A partire dal 1998, per consentire alla PRC di fronteggiare efficacemente la "crisi" valutaria asiatica ed evitare la svalutazione del CNY, una serie di circolari della People's PBOC e della SAFE ha notevolmente ampliato i poteri di controllo di quest'ultimo organismo, rafforzando il sistema di registrazione obbligatoria.

Sono quindi ora soggette a registrazione presso la SAFE tutte le operazioni da cui derivano crediti in valuta estera nei confronti di soggetti cinesi, anche se non assunti attraverso mutui o prestiti bancari. Sono, ad esempio, soggetti a registrazione i derivativi, i contratti di "forward" e "future".

Dal momento che gli *swap centers* sono stati aboliti nel dicembre del 1998, l'acquisto e la vendita di valuta estera da parte FIE viene effettuato con il sistema di cambio bancario.

Infine, sono state previste restrizioni all'utilizzazione di garanzie bancarie in valuta estera (anche come collaterale per prestiti in CNY) da parte di entità di diritto cinese, mentre la concessione di analoghe garanzie per prestiti a società a capitale straniero (FIE) è consentita ma è stata regolamentata in maniera più rigorosa.

In particolare, tra le altre novità:

- mutui in CNY garantiti da depositi in valuta estera possono essere concessi solo dagli head-offices delle banche cinesi che sono qualificati ad operare in attività di cambio valuta, o dalle filiali autorizzate da tali banche;
- la FIE possono solo costituire in pegno il proprio reddito in valuta estera in conto debito estero. Le FIE richiedenti tali pegni devono aver già provveduto a versare il proprio capitale sociale per intero e non possono ridurre o revocare il proprio capitale sociale durante il periodo di concessione del prestito CNY.

I fondi così ottenuti dalla FIE devono essere utilizzati per necessità di capitale circolante e non per finanziare piani di investimento a lungo termine, o per acquistare valuta estera per importazioni o a servizio del debito.

Segnaliamo infine che nel 2005, la PBOC, ha deciso di adottare un nuovo sistema di cambio del CNY. E' stato abbandonato lo storico ancoraggio tra USD e CNY ed il cambio è fissato quotidianamente dalle autorità sulla base della domanda di mercato con riferimento ad un paniere di valute.

## 6.8 L'AMBIENTE

La PRC sta compiendo notevoli sforzi nella protezione ambientale, anche sul piano normativo, per limitare l'impatto ambientale delle nuove attività imprenditoriali. Attualmente, il governo cinese cerca di colmare in fretta i decenni di ritardo che hanno comportato un notevole impoverimento delle risorse naturali ed un elevatissimo tasso di inquinamento nelle zone a maggiore sviluppo industriale.

Allo scopo di facilitare lo sfruttamento e l'utilizzo delle fonti di energia rinnovabili, aumentando la fornitura di energia e proteggendo l'ambiente, il governo della RPC ha promulgato la *Law of People's Republic of China on the Renewable Energy Sources* nel 2005, che è entrata in vigore nel 2006.

Per quanto concerne la costituzione di una società, inclusa una FIE, che intende svolgere la propria attività produttiva, tra i documenti da presentare al competente dipartimento dell'autorità amministrativa di protezione ambientale incaricata dell'approvazione del progetto di investimento, deve essere inclusa anche la valutazione del suo impatto ambientale.

Nel 2003 è stata infatti emanata la *Environmental Impact Assessment Law* ("EIA Law") con la quale viene richiesto tassativamente ai *developers* di preparare un esaustivo *report* riguardante nuovi progetti di costruzione che hanno un significativo impatto ambientale. Tale obbligo riguarda non solo le società cinesi ma anche le FIE con investimenti relativi al settore dell'edilizia.

Il sovrामenzionato report deve includere l'analisi, le previsioni e le valutazioni del possibile impatto ambientale causato dal progetto che si intende intraprendere. I reports a tal fine devono descrivere le misure e le contromisure atte a prevenire e mitigare un impatto ambientale avverso, nonché monitorare la effettiva applicazione delle norme. I suddetti reports devono essere predisposti da società di consulenza qualificate. La EIA Law richiede l'approvazione da parte della SEPA, che dall'ottobre 2008 è divenuta Ministry of Environmental Protection (MEP), il quale approva o rigetta la domanda di costruzione entro 6 mesi dal ricevimento dell'application da parte del *developer*.

Tuttavia, per i progetti che hanno un lieve impatto ambientale, deve essere predisposta e presentata una dichiarazione di impatto ambientale, la cui relativa procedura di approvazione deve essere effettuata entro 30 giorni dalla presentazione della domanda. Al contrario, per i progetti aventi un minimo impatto ambientale deve essere compilato e presentato un modulo di registrazione di impatto ambientale la cui decisione in merito deve essere effettuata in 15 giorni.

E' da segnalare a riguardo che nel 2005 il MEP ha promulgato le *Provisions on Code of Conduct for Environmental Impact Assessment and Honest and Clean Administration concerning Construction Projects*, attraverso le quali il MEP ha introdotto un vero e proprio codice etico di procedura da parte dell'amministrazione pubblico nel riguardo delle valutazioni di impatto ambientale, volto ad assicurare sulla legalità e l'efficienza della procedura di approvazione suddetta.

E' infine del 2007 la *Notice on Strengthening the Supervision and Control on the Environmental Protection of Export Enterprises* (the "Notice") con la quale viene reso noto dal MOFCOM il rafforzamento del monitoraggio e controllo da parte dei dipartimenti centrali e locali del MEP al fine di contrastare l'alto tasso di inquinamento illegale prodotto dalle imprese che effettuano l'esportazione di beni.

In conformità con la Notice di cui sopra, una volta che una violazione delle relative norme di protezione ambientale e dei regolamenti da parte di un'impresa è stata accertata, l'autorità amministrativa locale di protezione ambientale può infliggere sanzioni amministrative ai danni di detta impresa e ordinare la cessazione dell'attività oggetto della violazione. Il MEP deve raccogliere le informazioni di tutte le sopramenzionate imprese in violazione della legge e riferire al MOFCOM. Il MOFCOM a sua volta, deve inviare ai dipartimenti amministrativi del commercio locale l'elenco delle imprese violatrici e delle relative sanzioni amministrative

comminate, autorizzando questi a sospendere l'attività di esportazione di tali imprese violatrici.

L'11° Piano quinquennale per la tutela dell'ambiente naturale, approvato nel 2007 sottolinea l'importanza della riduzione degli agenti inquinanti e la necessità di uno sviluppo più sostenibile.

## **7. LA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE COMMERCIALI**

A dispetto della propensione delle società confuciane per la conciliazione e il compromesso, negli ultimi anni i cinesi hanno sviluppato la coscienza giuridica e la composizione delle controversie attraverso l'arbitrato o il contenzioso civile, di conseguenza, il numero delle azioni civili (coinvolgendo anche i commercianti e gli imprenditori stranieri) davanti ai giudici cinesi e in vari tipi di istituzioni arbitrali sono in aumento esponenziale.

In particolare, considerando i vantaggi dell'arbitrato, come ad esempio l'autonomia della parte imparziale, la riservatezza e vincolarietà della decisione finale, questo è stato a lungo il mezzo preferito dagli operatori, per la risoluzione delle controversie commerciali. Pertanto, in generale, gli operatori commerciali, al momento della conclusione di un contratto "internazionale", sono soliti sottoporre qualsiasi controversia ad un tribunale arbitrale piuttosto che al Tribunale ordinario. (i "Contratti internazionali" si riferiscono di norma ai contratti che presentano elementi stranieri).

Tuttavia è importante notare che alcune controversie, non possono essere risolte attraverso l'arbitrato. L'articolo 2 della *Arbitration Law of the People's Republic of China* ("Arbitration Law") prevede che le controversie: (1) sul matrimonio, adozione, tutela, mantenimento dei figli ed eredità e (2) di natura amministrativa di competenza degli organi amministrativi secondo la legge, non devono essere sottoposte ad arbitrato. Inoltre, la *Trademark Law*, la *Patent Law*, la *Bankruptcy Law* e la *Anti-unfair competition Law* implicitamente escludono l'arbitrato dalla risoluzione delle controversie.

Le leggi cinesi limitano talvolta la libertà dei contraenti di scegliere il diritto materiale applicabile al contratto, e in particolare l'articolo 126 della *Contract Law of the People's Republic of China* impone di assoggettare al solo diritto cinese, a pena di nullità, qualsiasi contratto costitutivo di JV (*equity* e *cooperative*) e qualsiasi contratto sino-straniero di esplorazione e sviluppo comune delle risorse naturali, che viene concluso all'interno del territorio cinese. Inoltre le *Provisions on Several Issues Concerning the Application of the Law in Trials of Foreign-related Civil and Commercial Contract Disputes* ("Applicable Law Provisions") hanno inoltre stabilito che i seguenti contratti sono altresì disciplinati dalle leggi cinesi: (i) contratti di trasferimento di capitale nei confronti di EJV, CJV o WOFEs; (ii) i contratti in base ai quali le persone fisiche straniere, le persone giuridiche o altre organizzazioni sono parti del contratto di EJV o CJV costituite nel territorio cinese, (iii) i contratti per l'acquisto da parte di persone fisiche straniere, persone giuridiche o altre organizzazioni di quote di capitale sociale da investitori di non FIE in Cina; (iv) i contratti per la sottoscrizione di capitale da parte di persone fisiche straniere, persone giuridiche o altre organizzazioni in società a responsabilità limitata non FIE o IN società per azioni all'interno della Cina; (v) i contratti per l'acquisto da parte di persone fisiche straniere, persone giuridiche o altre organizzazioni di beni di non FIE in Cina, e (vi) gli altri contratti che le leggi e i regolamenti amministrativi della Repubblica popolare cinese, richiedono essere governati dalla legge cinese.

Tuttavia, le parti sono invece assolutamente libere di scegliere fra giustizia ordinaria e giustizia arbitrale per risolvere la controversia derivante dai contratti. Al fine di ricorrere all'arbitrato per risolvere la controversia, una valida clausola di arbitrato deve includere: (1) l'espressione della volontà delle parti volta a sottoporre la controversia ad arbitrato; (2) le questioni che dovranno essere oggetto di pronuncia, e (3) La Commissione Arbitrale scelta dalle parti, come previsto dalla legge di arbitrato, che deve essere concordata dalle parti coinvolte.

Qualsiasi accordo arbitrale deve esistere in modo indipendente e l'eventuale modifica, rescissione, risoluzione o nullità del contratto non pregiudica la validità della clausola arbitrale. Le parti possono scegliere liberamente l'istituzione arbitrale e le regole da applicare all'arbitrato.

Si noti inoltre che l'arbitrato *ad hoc* si riferisce a qualsiasi tipo di arbitrato che non è svolto da un istituzione arbitrale riconosciuta, e non è stato riconosciuto dalla Arbitration Law che non prevede nessuna disposizione in merito. In pratica, un accordo arbitrale che sottopone una controversia ad un arbitrato ad hoc in Cina non è valido ai sensi dell'articolo 16 della Arbitration Law, e un lodo emesso in sede di arbitrato ad hoc, non sarà esecutivo poiché annullato o respinto a norma dell'articolo 58, 63, 70 e 71 dell'Arbitration Law. Di conseguenza, si può affermare che l'uso dell'arbitrato ad hoc è a rischio delle parti della controversia. Tuttavia, i lodi dell'arbitrato ad hoc emessi in altri paesi che sono membri contraenti della Convenzione di New York del 1958 sono riconoscibili e applicabili in Cina ai sensi degli articoli 1-3 della Convenzione di New York.

La *China International Economic and Trade Arbitration Commission*", (abbreviata in "CIETAC") è la più importante istituzione permanente di arbitrato in Cina. Precedentemente conosciuta come *Foreign Trade Arbitration Commission* (FTAC), la CIETAC è stata istituita nel mese di aprile del 1956 nel quadro del China Council for Promotion of International Trade (CCPIT). Nel 1980, la FTAC è stata ribattezzata come *Foreign Economic and Trade Arbitration Commission* e poi finalmente come CIETAC nel 1988. Dal 2000, la CIETAC è conosciuta anche come la Corte arbitrale della Camera di Commercio Internazionale in Cina (CCOIC). La sede della CIETAC si trova a Pechino con due sotto-commissioni a Shanghai e a Shenzhen.

La CIETAC risolve mediante arbitrato le controversie derivanti da transazioni economiche e commerciali di natura contrattuale o extracontrattuale. Tali controversie sono:

- controversie internazionali o straniere;
- controversie relative alle amministrazioni speciali di Hong Kong o Macao o della regione di Taiwan; e
- controversie nazionali.

Gli arbitrati presso la CIETAC sono generalmente condotti applicando le sue norme di arbitrato vigenti, vale a dire le *International Economic and Trade Arbitration Commission Arbitration Rules* in vigore a partire dal 1 maggio 2005. Le principali caratteristiche delle *CIETAC Arbitral Rules* del 2005 sono le seguenti:

- In relazione alla selezione degli arbitri, le parti possono scegliere tra arbitri

dell'elenco ufficiale CIETAC o esterni, previa conferma del presidente CIETAC (art. 21);

- è stato introdotto un sistema alternativo alla nomina automatica del presidente del collegio arbitrale da parte della CIETAC, in caso di disaccordo tra le parti. Le parti possono ora proporre tra uno e tre candidati ciascuna per tale ruolo. In caso uno dei candidati proposti sia comune a tutte e due le parti, tale candidato verrà nominato presidente del collegio. Nel caso vi sia più di un candidato comune nella lista, il presidente della CIETAC deve scegliere un arbitro presidente ed in caso di disaccordo, la CIETAC nominerà d'ufficio un arbitro non candidato da alcuna delle parti (art. 22.3);
- Il termine della procedura deve essere di 6 mesi dalla data di composizione del tribunale arbitrale (art. 42);
- il procedimento può essere svolto fuori dalla Cina (art. 29.4);
- l'arbitrato potrà tenersi in base a regolamenti arbitrali anche diversi dalle CIETAC Arbitration Rules, purché l'accordo delle parti in tal senso non sia "inoperative" o in conflitto con norme di legge inderogabili del luogo ove si svolge l'arbitrato (art. 4.2).

Si noti, inoltre, che l'esecuzione di un lodo arbitrale non osservato spontaneamente dalla parte soccombente esige l'intervento del giudice ordinario. La Cina non fa eccezione in questo senso: sia l'esecuzione di un lodo CIETAC, sia il riconoscimento e l'esecuzione di un lodo emesso all'estero, devono essere richiesti al tribunale di livello intermedio.

Al fine di tutelare la legittimità del contenzioso e dell'arbitrato, la Corte Suprema della Repubblica Popolare Cinese il 28 agosto 1995 ha notificato a tutti i tribunali l'esistenza di un sistema di segnalazione in materia di non-riconoscimento e di mancata attuazione di un lodo arbitrale con elementi stranieri. La presente notifica prevede che un'approvazione finale da parte della Corte Suprema è necessaria nel caso in cui il tribunale del popolo si rifiuta di eseguire il lodo che coinvolge elementi estranei per i seguenti motivi: (1) il lodo è soggetto ad una delle circostanze previste nell'articolo 260 della legge sul Diritto processuale civile cinese o (2) il riconoscimento e l'esecuzione del lodo straniero non è in conformità con i trattati internazionali conclusi o ratificati dalla Repubblica Popolare Cinese o non è in conformità con il principio di reciprocità.

