

XII CONVEGNO ANNUALE DELL'ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI
UNIVERSITARI
DI DIRITTO COMMERCIALE "ORIZZONTI DEL DIRITTO COMMERCIALE"

"LA LIBERTÀ D'IMPRESA"
Roma, 17-18 settembre 2021

CARLO EMANUELE PUPO

**La libertà d'impresa degli operatori stranieri nell'ordinamento societario
cinese**

SOMMARIO: 1. Introduzione. Imprese straniere e ordinamento societario cinese all'indomani della *Foreign Investment Law*: spunti per una riflessione. - 2. Dalla "Grande rivoluzione culturale" alle *Foreign Enterprise Law*. - 3. Le "three foreign enterprise law". - 4. La *Foreign Investment Law*. - 5. L'attuale ordinamento societario: i tratti essenziali. - 6. Mutamenti normativi e autonomia statutaria degli operatori stranieri. - 7. Criticità dell'ordinamento societario cinese (anche) alla luce dell'esperienza comparatistica. - 8. Repubblica Popolare cinese e libertà di accesso delle *foreign invested enterprise*.

1. *Introduzione. Imprese straniere e ordinamento societario cinese all'indomani della Foreign Investment Law: spunti per una riflessione.*

La Repubblica Popolare Cinese rappresenta oggi la seconda economia mondiale, e ciò è già di per sé motivo sufficiente per indurre a prestare la dovuta attenzione al suo ordinamento societario, dato che sembra in effetti difficile negare che “*corporate governance in Cina cannot be ignored if one wants to understand world business*”¹.

Al riguardo, si tratta allora di prendere innanzitutto atto che il quadro di riferimento è radicalmente mutato dopo che il primo gennaio 2020, al termine di un *iter* legislativo durato 5 anni, è entrata in vigore la cosiddetta *Foreign Investment Law* (外商投资法), ossia la nuova disciplina degli investimenti esteri. Tale normativa infatti, pur constando di soli 42 articoli, modifica profondamente il rapporto tra la RPC e le imprese straniere attive nel suo territorio, *in primis* proprio in materia di legislazione societaria.

La riforma in questione fa seguito, d'altronde, a un mutamento nelle esigenze primarie dell'economia cinese da tempo evidente. L'apertura al mercato voluta da *Deng Xiaoping* sul finire degli anni '70 dello scorso secolo nasceva dalla constatazione che il Paese presentava un estremo bisogno di capitali (oltre che di tecnologia); attualmente, invece, la Cina si trova ad avere un'ingente disponibilità di risorse economiche da investire.

Tutto ciò ha quindi inevitabilmente indotto a modificare (tra l'altro)

1 Così F. JIANG, K.A. KIM, *Corporate Governance in China: A Survey*, in *Rev. of Finance* 24, 2020, 733-777, 734.

l'ordinamento societario, essendo in definitiva venute meno le ragioni che avevano suggerito di dettare una disciplina delle società di capitali straniere diversa da quella applicabile alle società cinesi: sino all'anno scorso, difatti, agli imprenditori stranieri erano riservati tre specifici modelli organizzativi: la c.d. *Equity Joint Venture (EJV)*, la c.d. *Wholly Foreign-Owned Enterprise (WFOE)* e infine la c.d. *Contractual Joint Venture (CJV)*.

A partire dal 2020, le tipologie societarie di cui gli investitori esteri si possono avvalere sono invece divenute quelle stesse utilizzabili dall'imprenditoria cinese, e dunque quelle tipizzate dalla *Partnership Enterprise Law* (中华人民共和国合伙企业法) introdotta nel 1997 e dalla *Company Law* (中华人民共和国公司法) entrata in vigore nel 1993.

Al di là di questo, poi, è di estremo interesse il fatto che la *FIL* sia volta a creare un quadro normativo nel quale vengono meno numerosi privilegi di cui hanno sin qui goduto le società straniere², ma in cui al tempo stesso queste ultime dovrebbero fruire delle medesime opportunità sinora concesse unicamente alle imprese cinesi e in particolare alle *SOE*, le *State-Owned Enterprise* (国有企业)³.

2 V. però come F. FROESE, D. SUTHERLAND, J.Y. LEE, Y. LIU, Y. PAN, *Challenges for Foreign Companies in China: Implications for Research and Practice*, in *Asian Bus. & Management* 18, 2019, 249-262, 257, mettano in luce che il sistema legale cinese ha comunque in definitiva favorito le imprese domestiche.

3 Sul trattamento preferenziale riservato a tali enti, v. S. GAO, *The Evolution of*

In considerazione di ciò, sembra quindi opportuno porsi due domande.

La prima è se al descritto mutamento normativo consegua o meno un incremento della libertà d'impresa di cui hanno per il passato usufruito gli operatori occidentali, intesa innanzitutto come autonomia statutaria, ovvero come libertà di configurare a proprio piacimento l'assetto organizzativo della struttura societaria assoggettata al diritto cinese.

In secondo luogo la riforma in parola suggerisce altresì di interrogarsi su quanto siano effettivamente funzionali i modelli organizzativi da ora in avanti posti a disposizione degli investitori stranieri, e per ciò stesso di comprendere sotto quali aspetti i suddetti modelli siano suscettibili di miglioramento.

E' peraltro bene precisare che le riflessioni che seguono avranno quale esclusivo oggetto le fattispecie di cui alla *Company Law*, atteso che nell'ottica dell'imprenditoria straniera le società personali presentano, ovviamente, un interesse molto più marginale.

China's Foreign Investment Policy and Law,
<https://elibrary.law.psu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1007&context=sjd>, 126 ss.; M. STUCKI, *China's New Foreign Investment Law - With A Special Note On Swiss-Chinese Investment*,
<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=351084105114077089071000126116113074037024090008032052023105001111105098092000068011059012033058039112110022080115096087090105103046069078020025011108090104098006089018040028024090010086114073083103095086027121026069099097108090016096069027003001017065&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 20.

2. Dalla "Grande Rivoluzione Culturale" alle Foreign Enterprise Law.

Il cambiamento normativo verificatosi lo scorso anno, ancorché previsto da tempo⁴, può essere tranquillamente definito epocale, se non altro perché ha comportato il superamento di quelle tre *Foreign Enterprise Law*, che a loro volta hanno rappresentato un vero e proprio momento di svolta nel processo evolutivo dell'ordinamento giuridico cinese.

Il contesto in cui tali leggi furono promulgate è peraltro ormai abbastanza noto. Nel 1965, in conformità ai desiderata di Mao Zedong, prende il via quella "Grande rivoluzione culturale" (文化大革命), che diviene una realtà consolidata nel 1967, per concludersi solo dieci anni dopo.

L'impatto di tale vicenda sul sistema giuridico cinese è enorme. Essa è infatti caratterizzata, tra l'altro, dalla convinzione che il diritto in quanto tale sia inutile qualora coincidente con la volontà del Partito al potere o tutt'al contrario superfluo se in contrasto con tale volontà. Ogni legge viene dunque abolita⁵ e si procede alla chiusura di tribunali e studi legali⁶.

4 V. ad esempio come R. CHEN, *Evolution of Corporate Law in China: Mission Possible to Reform State-owned Enterprises (SOEs)?*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=186110029069011082076077110125018081054087021052029007119070072009005031071023074065016043025056016121004084005117125014087095027086028018020067014009083122114014109021049007068099126113109102099123121121019116103082067119069116070003097092112072114102&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 3, rilevi la scarsa utilità insita nel disciplinare diversamente le imprese straniere e quelle cinesi, quantomeno sul piano del diritto societario in senso stretto.

5 V., al riguardo, Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, *Chinese Law Research Guide*, https://www.researchgate.net/publication/350103723_Chinese_Law_Research_Guide,

A invertire la rotta è il già ricordato *Deng Xiaoping*, il quale si trova a dover fronteggiare, nel momento in cui assume la guida della nazione, una situazione oggettivamente difficilissima, perché le scelte sin lì compiute hanno ridotto ai minimi termini l'economia cinese e a ciò ha grandemente contribuito la decisione di rendere pubblica ogni realtà produttiva⁷, affidandola o alle già ricordate SOE a guida governativa, o alle *Collectively-Owned Enterprise* (集体企业), enti non societari⁸ controllati a livello locale. Le strutture in questione iniziano quindi a essere trasformate in società commerciali e all'economia pianificata viene lentamente a subentrare il c.d. “socialismo con caratteristiche cinesi” (中国特色社会主义) o “socialismo di mercato” (市场社会主义).

21; I. RICCI, *Chinese Company Law: an Overview*, in Liber Amicorum Luigi Moccia, a cura di E. CALZOLAIO, R. TORINO, L. VAGNI, Roma, Roma TrE-Press, 2021, 680; J. FU, *Corporate Disclosure and Corporate Governance in China*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 69 (dove si può leggere che “from 1966 to 1976, there was virtually no law in the PRC”).

6 V. J. FU, (nt. 5), 69: “Until the late 1970s, there were no lawyers in the PRC”. Non stupisce, quindi, che secondo Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, (nt. 5), 23, ancora nel 1989 erano attivi nella RPC all'incirca 3500 studi legali per un totale complessivo di soli 31.000 avvocati.

7 V., al riguardo, M. BIANCA, “Looking through the Chinese Wall”: l'evoluzione del diritto societario cinese, in *Giur. comm.*, 2013, I, 779, il quale evidenzia che “Dal 1957 l'instaurazione di un'economia pianificata di forte matrice socialista condusse al definitivo completamento del processo di nazionalizzazione delle imprese ed alla sostanziale, se non persino formale, soppressione dell'iniziativa economica privata”.

8 Quest'aspetto è messo in luce, tra gli altri, da J. WANG, *Company Law in China – Regulation of Business Organizations in a Socialist Market Economy*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2014, 48.

Deng Xiaoping si rende però altresì conto che la Cina ha soprattutto la necessità di aprirsi al mondo - non vi saranno imprese occidentali operative nel Paese prima del 1978⁹ - e che è quindi per l'appunto necessario mettere a disposizione degli investitori stranieri delle tipologie organizzative utilizzabili per operare *in loco*. È così che nel 1979 viene promulgata, con una decisione ancora oggi ritenuta rivoluzionaria, la legge sulle *Sino-foreign Equity Joint Venture* (中华人民共和国中外合资经营企业法); seguirà nel 1986 l'emanazione della legge sulle società a capitale interamente straniero note come *Wholly Foreign-Owned Enterprise* (中华人民共和国外资企业法) e infine, nel 1988, l'introduzione della *Cooperative (o Contractual) Joint Venture* (中华人民共和国中外合作经营企业法).

Nel frattempo, ancora nel 1986, era entrata in vigore la *Foreign Investment Enterprise Law* (中華人民共和國外資企業法), la quale aveva dettato una serie di precetti vincolanti per ogni società a capitale (anche parzialmente) straniero. In estrema sintesi, si disponeva in particolare che:

1) ogni investimento straniero sarebbe stato supervisionato dalle autorità governative e comunque avrebbe dovuto essere effettuato entro un termine predeterminato (art. 9, primo e secondo co.);

⁹ E A. KEAY, J. ZHAO, *Transforming Corporate Governance in Chinese Corporations: A Journey, Not a Destination*, in *Northwestern J. of International L. & Bus.* 38, 2018, 187-232, 199, sottolineano come proprio il 1978 venga abitualmente considerato il vero momento di passaggio per l'economia cinese.

2) qualsiasi modifica agli assetti organizzativi delle società costituite da stranieri - ivi inclusa quella del termine di durata - avrebbe dovuto ottenere l'approvazione governativa (art. 10);

3) in tutte le società in questione sarebbe spettato, ai lavoratori, il diritto di costituire una rappresentanza sindacale (art. 13).

L'introduzione delle ricordate normative non poteva ovviamente non avere dei riflessi sul piano interno, pure in considerazione del complessivo sviluppo dell'economia cinese.

Nel 1993, tramite la *Company Law*, viene dunque data anche ai cittadini cinesi la possibilità di costituire delle società di capitali e più precisamente delle *Limited liability company (LLC)* e delle *Joint-stock limited company (JSLC)*. Gli stessi beneficeranno poi, nel 1997, della *Partnership Enterprise Law*, la quale consentirà loro di dare vita anche a delle società personali. Oggigiorno il quadro normativo si presenta peraltro ancor più variegato per quanto riguarda gli operatori locali, i quali possono in effetti porre in essere - in virtù di tutta una serie di leggi di carattere nazionale e locale - anche altre tipologie societarie, come ad esempio le *Joint-stock cooperative company* (股份合作公司)¹⁰.

¹⁰ Su cui v., tra gli altri, F. MONTI, *Diritto Societario cinese*, Roma, Carocci, 2007, 135-136, la quale ricorda che tale modello organizzativo comparve già all'inizio degli anni '80, principalmente nelle campagne e nei piccoli villaggi.

3. Le “three foreign enterprise law”.

Le tre *foreign enterprise law* possiedono alcune caratteristiche in comune. In particolare sono estremamente brevi e presentano norme caratterizzate - aspetto, questo, che connota peraltro quasi tutta la legislazione cinese¹¹ - da un dettato alquanto generico.

La *EJV* viene definita una *limited liability company* (v. art. 4, primo co.) ed essenzialmente è definita dalle seguenti peculiarità:

- nella sua compagine sociale deve figurare una persona giuridica cinese¹², mentre il capitale straniero - il quale non può non raggiungere una percentuale non inferiore al 25% del totale (art. 4, secondo co.) - può provenire pure da persone fisiche;
- in virtù dell'art. 6, primo co., la gestione della società va necessariamente affidata a un consiglio di amministrazione, che è tra l'altro chiamato a decidere se distribuire i dividendi (art. 6, secondo co.), i quali devono in ogni caso essere proporzionali al capitale detenuto (artt. 4, terzo co. e 8, primo co.);
- in virtù dell'art. 13, alcune *EJV* sono legittimate a non indicare il termine di durata, mentre tale specificazione è richiesta ad altre, fermo restando che queste ultime potranno in seguito domandare al governo una proroga della durata programmata.

¹¹ V. sul punto Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, (nt. 5), 24.

¹² Nessuna delle *foreign-invested company* poteva infatti accogliere persone fisiche di nazionalità cinese: v. sul punto G. LINGYUN, J. XILING, *Chinese Business Law*, Danwers, Thomson West, 2008, 10.

Da ricordare, poi, come necessari di approvazione governativa anche l'eventuale volontà dei soci di concludere l'esperienza associativa prima del tempo (art. 14). E' infine indispensabile il consenso di tutti gli altri soci qualora s'intenda cedere la propria quota (v. art. 4, quarto co.).

Le *CJV* offrono un'autonomia statutaria ancora maggiore rispetto al modello della *EJV*, ancorché il contratto costitutivo (art. 5) e le modifiche di quest'ultimo (art. 7) abbisognino dell'approvazione da parte dell'autorità governativa, la quale in ogni caso è chiamata a controllare la società (art. 3, terzo co.).

La caratteristica maggiormente distintiva di tale tipologia associativa consiste probabilmente nel fatto che può essere gestita, anziché da un consiglio di amministrazione, tramite un'amministrazione di tipo congiuntivo (art. 12, primo co.); nel caso però in cui s'intenda affidare il *management* a un terzo estraneo alla compagine sociale, la decisione (del consiglio di amministrazione o degli amministratori) deve essere assunta all'unanimità e quindi ancora una volta approvata dalla competente autorità governativa (art. 12, secondo co.).

Pure in tale ente la cessione della partecipazione sociale necessita del consenso di tutti gli altri soci e dell'approvazione governativa (art. 10); in compenso, vi è libertà di determinare la modalità di suddivisione degli utili e delle perdite (art. 21, primo co.), mentre la costituzione di una rappresentanza sindacale da parte dei lavoratori è in questo caso obbligatoria (art. 14).

Ancor più sintetica, infine, è la disciplina della *WFOE*, la quale presenta una *corporate governance* perlopiù analoga a quella dell'*EJV*¹³, tant'è che anch'essa, proprio come la *EJV*, viene *tout court* considerata una *LLC*. Per il resto, la legge che la governa si preoccupa unicamente di precisare che per estenderne la durata occorre l'approvazione governativa e che i suoi lavoratori possono costituire all'interno della stessa una rappresentanza sindacale: come si può vedere, due norme che si limitano in effetti a riproporre quanto già statuito dalla coeva *Foreign Investment Enterprise Law*.

Il tratto saliente delle tre *foreign-invested company* consiste comunque nella marginalità dell'organo assembleare¹⁴, che nella maggior parte dei casi non viene neppure costituito¹⁵. Ogni decisione significativa è infatti rimessa al *board of directors*¹⁶, competente tra l'altro sulla nomina del

13 Cfr., sul punto, F. MONTI, (nt. 9), 101.

14 Cfr., relativamente alle *EJV*, G. LINGYUN, J. XILING, (nt. 11), 72; J. CHEN, *Chinese Law: Context and Transformation*, revised and expanded edition, Leiden-Boston, Brill-Nijhoff, 2016, 4, con riferimento alle *CJV*; F. MONTI, (nt. 9), 83; per quanto riguarda le *WFOE*.

15 V., con specifico riferimento alle *WFOE*, V. BATH, *The Company Law and Foreign Investment Enterprises in the People's Republic of China - Parallel Systems of Chinese-Foreign Regulation*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=634087103098020016099093120017116070055022030067038035066068079118003107076075123073107013020035005031116086116027098005013119017036066065011124112092077008011108029033051020064005089025089103069116107075021098125023103093127065085008014007101078070&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 6.

16 V. G. LINGYUN, J. XILING, (nt. 11), 72.

*management*¹⁷ - composto da un *general manager* e da un *deputy general manager* - cui spetta la gestione quotidiana della società¹⁸.

4. *La Foreign Investment Law*.

.Come inizialmente ricordato, è però notorio che l'economia cinese, a partire dagli anni '80 dello scorso secolo, si è resa protagonista di uno sviluppo semplicemente prodigioso.

Conseguentemente la Cina, più che necessitare di ulteriori capitali, si trova oggi nella condizione di dover investire i propri, anche perché è *medio tempore* divenuta la maggior destinazione nel mondo di capitale straniero¹⁹: in effetti, vi è ora maggiore disponibilità di capitale in Cina di quanta ve ne sia nei Paesi occidentali²⁰.

Essendo perciò venuta meno la principale *ratio* delle tre leggi sulle società straniere - vale a dire di una legislazione nata per agevolare l'afflusso di risorse economiche dall'estero - si è ben presto addivenuti alla decisione

17 V. sul punto X. QIU, Z. LIN, *Chinese Company Law*, in *Perspectives on Chinese Business and Law*, edited by L. GOLOTA, J. HU, K. VAN DER BORGHT, S. WANG, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2018, 211; G. LINGYUN, J. XILING, (nt. 11), 74.

18 Sulla necessità per le *joint venture* di dotarsi di tale organo, v. F. MONTI, (nt. 9), 81; v. inoltre X. QIU, Z. LIN, (nt. 16), 211, i quali tra l'altro mettono in luce come i ruoli in questione possono essere ricoperti sia da cinesi che da stranieri.

19 E ciò già a partire dal 2003, come ricorda, tra gli altri, M. BIANCA, (nt. 7), 776 nota 7.

20 D'altronde, come ricorda S. GAO, (nt. 3), 133-134, già nel corso degli anni '90 la Cina era divenuta "*the world's second-largest recipient of foreign direct investment (FDI) after the United States*".

di abbandonare il sistema binario e di far cimentare imprese straniere e cinesi sullo stesso terreno di gara.

Oggi la *Company law* disciplina dunque, in virtù dell'entrata in vigore della *Foreign Investment Law*, ogni società di capitali costituita in Cina (v. art. 31 *FIL*), fermo restando che non viene ovviamente superato il concetto di impresa straniera, il quale peraltro si estende sino al punto di ricomprendere pure le aziende solo parzialmente riferibili a un soggetto non cinese (così l'art. 2, terzo co. del *FIL*). D'altronde, è finalmente divenuto anche possibile, per gli stranieri, procedere all'acquisto di quote di società cinesi (art. 2, secondo co.), senza che ciò comporti più la necessità di trasformare tali società in *joint venture*, così come è sin qui avvenuto.

Joint venture e *WFOE* non sono state peraltro immediatamente espulse dal sistema giuridico ed economico, in quanto sono stati concessi 5 anni, alle loro compagini sociali, per provvedere alle modifiche organizzative imposte dalla *Company Law* (art. 42).

Numerosi commentatori hanno espresso la preoccupazione che un quinquennio possa rivelarsi un lasso di tempo troppo breve per permettere agli imprenditori occidentali di ottenere il consenso dei soci cinesi per la modifica delle clausole maggiormente rilevanti, anche perché già in partenza “contrattare” in Cina è sinonimo di una tempistica molto

lunga e il più delle volte estenuante per l'operatore straniero"21. Tuttavia non si può non rilevare che nelle dinamiche quotidiane cinque anni sono in linea di principio persino eccessivi per una qualsivoglia negoziazione, e nel caso tale lasso di tempo non risulti sufficiente a ottenere l'altrui consenso, si può in fondo ipotizzare che tale consenso non sarà mai ottenuto. Inoltre, bisogna considerare che l'opera di adeguamento organizzativo in parola risulterà fortemente agevolata dall'art. 46 delle *Implementing Regulations of the Foreign Investment Law* (中华人民共和国外商投资法实施条例), il quale fa espressamente salva l'efficacia degli accordi intercorsi tra i *partner* delle *joint venture* e relativi, tra l'altro, al trasferimento delle partecipazioni, alla distribuzione degli utili e all'assegnazione dei vari *asset* in caso di liquidazione sociale.

Da ultimo va ricordato che il *FIL* prevede, all'art. 9, che ogni politica di supporto all'imprenditoria locale dovrà essere estesa agli operatori stranieri; all'art. 16 che alle *FIE* sarà d'ora in avanti garantita la partecipazione alle gare d'appalto con competizione equa; e infine, all'art. 28, terzo co., la parità di trattamento fra imprese domestiche ed estere, relativamente alla disciplina dei settori non inclusi nella *Negative List*22.

Come si ricordava quindi all'inizio del presente articolo, si è perciò innegabilmente di fronte a un mutamento normativo di portata epocale, il quale ha peraltro avuto degli evidenti prodromi.

21 Così F. MONTI, (nt. 9), 72.

22 Su cui v. *infra*, par. 8.

Così, va ad esempio ricordato che il Consiglio di Stato della RPC, dando attuazione all'art. 108 della *Partnership Enterprise Law*, aveva già deciso, il 25 dicembre 2009, di consentire agli stranieri di costituire delle *partnership* (anche con soci cinesi), senza neppure il bisogno di un'approvazione da parte delle autorità governative. Inoltre, sin dagli anni '90 gli investitori occidentali avevano iniziato a costituire delle *LLC* (anche unipersonali), come pure delle *JSLC* a seguito delle *Provisional Rules* emanate il 10 gennaio 1995²³.

5. *L'attuale ordinamento societario: i tratti essenziali.*

Essendo in vigore da quasi 30 anni, la *Company Law* cinese è in effetti ormai piuttosto conosciuta - quantomeno a livello scientifico - e coloro che si sono avvicinati a tale ordinamento hanno sovente sottolineato che i modelli organizzativi ivi configurati appaiono in definitiva sostanzialmente in linea con quelli presenti nelle legislazioni occidentali²⁴, e anzi a giudizio di alcuni autori la legislazione cinese ha da qualche

23 V., sul punto, J. WANG, (nt. 7), 56 e 121 (testo e nota 143); X. QIU, Z. LIN, (nt. 16), 209; S. WANG, *Chinese Foreign Direct Investment Law*, in *Perspectives on Chinese Business and Law*, (nt. 12), 232-233; F. MONTI, (nt. 9), 105-106.

24 E d'altra parte v. come ad esempio in J. CHEN, (nt. 13), 5, il diritto cinese venga ritenuto a tutti gli effetti un diritto occidentale. V. però anche A. KEAY, J. ZHAO, (nt. 8), 189, per la necessità di intervenire ancora sulla *corporate governance* cinese.

tempo iniziato a rappresentare pure un punto di riferimento per gli altri Paesi²⁵.

Grande merito di ciò va ascritto alla profonda riforma intervenuta nel 2005, la quale ha incrementato sensibilmente la protezione degli investitori²⁶, soprattutto di minoranza²⁷, sino al punto che anche al riguardo si è giunti a ritenere che il livello di tutela offerto dal sistema legale sia pari a quello delle nazioni occidentali²⁸, se non addirittura

25 Così, tra gli altri, Z. KOPANIA, I. SZPOTAKOWSKI, (nt. 5), 23.

26 Cfr. F. JIANG, K.A. KIM, (nt. 1), 759, i quali sottolineano come più in generale negli ultimi decenni l'ordinamento cinese abbia ampliato la tutela degli investitori. V. però anche V. BATH, (nt. 14), 10-11, la quale considera, nello specifico, meramente "cosmetiche" le modifiche apportate alla *Company Law* nel 2005; d'altra parte, anche a giudizio di A. KEAY, J. LOUGHREY, C. WEI, J. ZHAO, T. HU, *Protecting Chinese Investors Through Oppression Actions: An Examination in Light of the Position in the United Kingdom*,

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=53508811111610312300501308612708412200020077035034062072085115067098080127119107098056017035063031005018100099078114080094082121026023010011087121116111028025100073005050095093114105089067028025098078103006119023069005064076127083064102123017009097&EXT=pdf&INDEX=TRUE>
E, 11, le previsioni attualmente contenute nel *Company Law* a difesa dei soci minoritari non sono chiare e comunque non danno a questi ultimi sufficienti strumenti di tutela.

27 Per una visione più ampia sul punto v. ancora F. JIANG, K.A. KIM, (nt. 1), 735. Particolarmente interessante è poi la disamina condotta da A. KEAY, J. LOUGHREY, C. WEI, J. ZHAO, T. HU, (nt. 24), 2 ss., i quali segnalano che la riforma del 2005 aveva per l'appunto tra i suoi principali obiettivi proprio l'innalzamento del livello di protezione degli azionisti minoritari e che tuttavia al riguardo non è ancora possibile ritenersi completamente soddisfatti.

28 Cfr., al riguardo, C. HAWES, *Interpreting the PRC Company Law Through the Lens of Chinese Political and Corporate Culture*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=40610509703108106902908708806510403001700303804406703312210010209302612408702500700701905511900600302110911200608311810701003008701104008606912410011512508609705300602011807711412111602712206>

superiore a quello in particolare garantito dagli ordinamenti di matrice angloamericana.

Per ciò che concerne tale tematica, è comunque bene ricordare che la realtà societaria cinese soffre del problema classico dei sistemi anglosassoni, ossia quello del conflitto tra *management* e *owner*, e che però in essa la criticità maggiormente avvertita²⁹ - anche in virtù del fatto che la proprietà azionaria è estremamente concentrata³⁰ - è quella stessa che più affligge l'Europa continentale, ovvero sia la contrapposizione tra interessi degli azionisti di controllo e interessi della minoranza³¹.

Tra gli strumenti di tutela disciplinati dalla *Company Law*, quelli di maggiore interesse sono comunque i seguenti:

- l'attribuzione del diritto di recesso nel caso in cui la società ometta per 5 anni di distribuire gli utili conseguiti. Si tratta, com'è notissimo, di una tematica classica: le esigenze di finanziamento e comunque la necessità di concedere ai controllanti la doverosa autonomia sul piano delle scelte finanziarie, hanno tradizionalmente indotto i vari legislatori a lasciare, al riguardo, una discrezionalità talmente ampia da sfociare sovente in vero e proprio arbitrio. Attesa dunque la difficoltà di arginare efficacemente tali

[6092123117071116002098095093030029103116089114111084083&EXT=pdf&INDEX=TRUE](https://www.governo.it/portal/asset/documento/6092123117071116002098095093030029103116089114111084083&EXT=pdf&INDEX=TRUE), 813.; più cauto M. BIANCA, (nt. 7), 786.

²⁹ V. F. JIANG, K.A. KIM, (nt. 1), 734 ma anche 747 (dove si sostiene che in Cina gli azionisti di controllo hanno il pieno controllo di *director* e *management*).

³⁰ Conf. A. KEAY, J. LOUGHREY, C. WEI, J. ZHAO, T. HU, (nt. 24), 2.

³¹ Rilevano che la RCP soffre di un duplice problema di agenzia, tra gli altri, A. KEAY, J. ZHAO, (nt. 8), 191.

soprusi tramite - ad esempio - il ricorso al principio di buona fede, l'idea di concedere anche in questo caso tutela attraverso lo strumento dell'*exit*, appare sotto diversi aspetti assolutamente ragionevole;

- interessante è poi l'art. 110, secondo co., il quale attribuisce agli azionisti che detengano il 10% del capitale sociale il potere di convocare il c.d.a.;

- infine, appare degno di nota l'art. 20 - e non è un caso che trattasi di norma che ha già trovato una frequente applicazione - che consente di domandare il risarcimento del danno ai soci che hanno indebitamente danneggiato i consoci o la società di appartenenza³².

Al di là di ciò, quanto va più in generale rilevato è che la normativa societaria attualmente vigente in Cina appare, in definitiva, assolutamente peculiare, pure perché presenta sia numerose caratteristiche proprie degli ordinamenti di *common law* sia una vicinanza alla normativa tedesca³³, nonostante si debba subito precisare che non è corretta la pur diffusa opinione che vuole le società di capitali cinesi incentrate su un modello dualistico. Nelle società in questione, infatti, l'organo di sorveglianza viene nominato dal c.d.a. e non dall'assemblea, e d'altronde tale organo non designa i *director*³⁴ limitandosi, rispetto a essi, a una funzione di

32 Per la proposta di introdurre tale rimedio nell'ordinamento italiano, si rinvia il cortese lettore a C.E. PUPO, *Il voto negativo nell'assemblea della società per azioni*, Milano, Giuffrè, 2016, *passim*.

33 Ma v., per la sottolineatura delle differenze rispetto a entrambi i sistemi citati nel testo, A. KEAY, J. ZHAO, (nt. 8), 190.

34 V. per tutti, V. TORTORICI, *Company and foreign Investment Laws with Chinese Characteristics - an Example on How to Mix market Rules and Socialist Principles*, in *Saggi di*

controllo assimilabile a quella svolta dal collegio sindacale nel cosiddetto “modello latino”.

Nello specifico, comunque, la *Company Law* prevede principalmente due modalità organizzative. La prima è quella delle *LLC*, ossia le *Limited Liability Company* (有限责任公司), che possono essere costituite da non più di 50 soggetti (art. 24) ed aventi un capitale non rappresentato da azioni. La seconda è quella delle *JSLC*, vale a dire le *Joint-stock Limited Company*, anche note come *CLS*, ovverosia *Company Limited by Shares* (股份有限公司).

In forza degli artt. 36 e 98, l'organo sovrano di ambedue le tipologie è l'assemblea dei soci la quale, tra l'altro, stabilisce le linee guida dell'attività sociale e i relativi piani di investimento, nomina - come già ricordato - amministratori e supervisori, decide sull'emissione di *bond*. Ai sensi dell'art. 37, secondo co., i soci di *LLC* possono peraltro assumere decisioni pure in via extra-assembleare. In ambedue le fattispecie associative, inoltre, è possibile distribuire i profitti in modo non proporzionale al capitale posseduto (così gli artt. 34 e 166, quarto co.).

Relativamente alla sola *LLC*, meritano poi di essere ricordati:

- l'art. 42, il quale permette di prevedere in statuto che il voto dei soci non sia proporzionale al conferimento;

diritto economico e commerciale cinese, a cura di I. CASTELLUCCI, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, 176-177.

- l'art. 50, il quale consente a una società con pochi soci o comunque di non grandi dimensioni di essere governata da un amministratore unico anziché da un c.d.a.³⁵ (e da un *manager*);
- il successivo art. 51, che nel primo co. consente di dotarsi, in caso di dimensioni contenute, di un solo supervisore anziché di un consiglio di sorveglianza³⁶, mentre al secondo co. impone la presenza, nell'eventuale consiglio di sorveglianza, di rappresentanti dei lavoratori;
- infine l'art. 71, secondo co., il quale prevede, per l'eventualità che la maggioranza dei soci si opponga al trasferimento di una quota sociale, che i soci in questione acquistino tale quota;

Per ciò che invece concerne la *JSLC*, meritano una menzione:

- l'art. 112, primo co., il quale consente ai singoli amministratori di delegare il potere di partecipazione alle adunanze del c.d.a.;
- l'obbligo di dotarsi di un *manager* di cui all'art. 11337;
- da ultimo l'art. 117, co. secondo, che in analogia con l'art. 51 impone di inserire, nel consiglio di sorveglianza, una rappresentanza dei

35 V., tra gli altri, J. WANG, *Corporate governance in China - The Law and Its Political Logic*, <http://elibrary.gci.edu.np:8080/bitstream/123456789/860/1/MB-565%20Routledge%20Handbook%20of%20Corporate%20Law%20by%20Roman%20Tomasic.pdf#page=194>, 193.

36 Come è noto, la dottrina italiana ha perlopiù espresso un giudizio negativo sull'organo di controllo monocratico - v., per alcuni riferimenti, R. RUSSO, *Sindaco unico di s.r.l. ed irrevocabilità dei collegi sindacali in carica*, in *Giur. Comm.*, 2014, II, 506-507, testo e note - ma a sommosso giudizio di chi scrive il rapporto costi/opportunità della figura in questione è in ultima analisi positivo.

37 V., sul punto, J. WANG, (nt. 33), 184.

lavoratori³⁸.

6. *Mutamenti normativi e autonomia statutaria degli operatori stranieri.*

E' dunque aumentata l'autonomia statutaria - o, se si vuole, la libertà in materia organizzativa - degli investitori esteri?

Al riguardo, paiono subito opportune due considerazioni.

La prima è che al fine di porre rimedio alle lacune presenti nella normativa societaria degli anni '80, l'art. 217 della *Company Law* ha da tempo disposto l'applicazione della legge in questione ogniqualvolta la speciale legislazione sulle *foreign-invested enterprise* risulti silente su una particolare tematica, e ciò aveva già fatto sì che le società a capitale straniero divenissero piuttosto simili in particolare alle *limited liability company*.

Inoltre si deve ricordare che sin dal 2006 le imprese straniere si sono dovute necessariamente dotare di un organo di controllo³⁹ - in linea di principio non richiesto dalle "tre leggi" - risultando così conformi a quanto preteso dalla *Company Law* anche sotto questo specifico punto di vista.

38 V., sul punto, B. WANG, H. HUANG, *China's new Company Law and Securities Law: An overview and assesment*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=184115094024082071123093114109080006016013058034039018119002029101067018105011018066026061025058112027043064126086086107073010114006023055020030102094125011071077056078048092110065113070006096103123114067115082092094080092011126107030112090001106004&EXT=pdf&INDEX=T RUE>, 7.

39 V. sul punto V. BATH, (nt. 14), 6 ss.

Le *FIE*, insomma, già presentavano numerose similitudini, sul piano organizzativo, con le società domestiche, anche se appare peraltro eccessivo sostenere che l'introduzione del *FIL* non abbia apportato dei mutamenti sostanziali, in particolare per quanto concerne le *WFOE*⁴⁰: la stessa necessità di costituire un'assemblea sociale – e sul punto si tornerà *infra* – va infatti a mutare radicalmente la *corporate governance* delle società straniere.

Ciò detto, alla domanda se la libertà statutaria e più in generale organizzativa degli investitori stranieri sia stata ampliata dalla riforma entrata in vigore lo scorso anno, non può che darsi una risposta positiva, e d'altra parte pare sin dalla sua promulgazione una delle caratteristiche distintive della *Company Law* cinese era stata proprio individuata nel fatto di concedere ai soci un'autonomia statutaria estremamente ampia⁴¹.

Si noti, d'altronde, come quella che potrebbe sembrare la più significativa limitazione introdotta sia, in realtà, solo apparente. Non si è infatti passati dalla possibilità di avvalersi di tre modelli organizzativi a quella di usufruire di due, perché se pure non è più lecito costituire una *WFOE* unipersonale, si può comunque dare vita a una *LLC* unipersonale.

40 Così però C. CHEN, S. NEUHAUS, *New Foreign Investment Law of the People's Republic of China*, https://www.kellerhals-carrard.ch/docs/de/people/publikationen/Cheng_Chen_Sabine_Neuhaus_New_Foreign_Investment_Law_Jusletter_30.09.2pdf?m=1576242846&, 3.

41 V. per tutti G. LINGYUN, J. XILING, (nt. 11), 31.

Per il resto, la libertà d'azione degli imprenditori non cinesi risulta innanzitutto enormemente ampliata nei rapporti con gli operatori locali: il diritto dei primi di avviare un'attività in modo autonomo - ossia senza formalmente associarsi a strutture imprenditoriali cinesi - è difatti ora generalizzato e non più ristretto al modello della *WFOE*. Inoltre, qualora s'intenda collaborare con un soggetto di nazionalità cinese, è divenuto possibile individuare lo stesso anche nell'ambito delle persone fisiche⁴², pur se va detto che negli ultimi tempi, in talune giurisdizioni locali, si era già divenuti, al riguardo, molto poco rigorosi.

Andando nel dettaglio, appaiono invece degni di nota innanzitutto quattro distinti cambiamenti normativi.

Il primo è dato dal fatto che il *legal representative* della società non dovrà più essere necessariamente il *chairman*, potendo tale ruolo essere assunto anche dall'*executive director* o dal *manager*.

Il secondo è da ritrovare nella possibilità, per le attuali *EJV* e *CJV*, di avere finalmente un amministratore unico, fermo restando che come si dirà l'organo "sovrano" non sarà d'ora in avanti quello gestorio, bensì l'assemblea dei soci.

Inoltre, sarà più agevole procedere all'assunzione delle decisioni di maggiore importanza, prime fra tutte quelle che si concretizzano in una

⁴² V. però M. STUCKI, (nt. 3), 18, il quale ritiene che la pertinente disposizione normativa, ossia l'art. 2 del *FIL*, non sia in definitiva per nulla chiaro.

modifica statutaria⁴³: al riguardo non viene infatti più richiesta l'approvazione unanime (da parte del *board*)⁴⁴, essendo divenuto sufficiente che le decisioni in parola vengano approvate con maggioranza di 2/3 (dei soci)⁴⁵.

Infine, per gli imprenditori stranieri sarà più agevole cedere la partecipazione societaria. Le *three foreign enterprise law* pretendevano difatti il consenso unanime dei consoci per poter trasferire la partecipazione a un terzo; nella *Company Law*, invece, tale evenienza può concretizzarsi in forza del sostegno del 50% dei consoci, i quali oltretutto debbono rendersi cessionari di tale partecipazione - come già *supra* ricordato - qualora neghino il loro consenso.

Il grado di autonomia organizzativa - e dunque, in definitiva, la libertà d'impresa - appare poi ampliato in maniera evidente, nel momento in cui si assume come termine di confronto il tipo *EJV*.

Rispetto a quest'ultimo, infatti, non è più vigente l'obbligo di conferire quantomeno il 25% del capitale sociale né quello di ripartire gli eventuali dividendi in misura proporzionale al capitale conferito.

43 V. X. QIU, Z. LIN, (nt. 16), 210-211; F. MONTI, (nt. 9), 81.

44 Sottolinea come nelle *EJV* ciò si sia storicamente tradotto in un costante rischio di *deadlock*, V. BATH, (nt. 14), 8.

45 Come peraltro ricorda K. CHEN, *Corporations and Partnerships in China*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2010, 44, in linea generale, per quanto concerne le JSLC, la legge non prevede un *quorum* per le assemblee sociali.

L'ampliamento della discrezionalità risulta invece meno marcato in rapporto al modello *CJV*, sia perché in questo caso - come pure si è detto - l'autonomia concessa ai soci era in partenza più ampia, sia perché è oggi venuta meno, nello specifico, la possibilità di gestire la società attraverso un'amministrazione di tipo congiuntivo.

Questo non toglie, tuttavia, che anche assumendo come termine di riferimento la *CJV* si rinviene *ictu oculi* un incremento dell'autonomia organizzativa concessa agli operatori stranieri. A quanto sopra ricordato è infatti tra l'altro da aggiungere che da qui in avanti sarà possibile attribuire un incarico manageriale a un soggetto esterno alla compagine sociale senza necessità del consenso unanime dei soci e dell'approvazione governativa.

Penalizzante per l'investitore straniero - ma ciò non significa che in assoluto si tratti di una novità negativa - è invece la disposizione di cui all'art. 18 della *Company Law*, la quale impone la presenza di una rappresentanza sindacale all'interno di *LLC* e *JSLC* in sintonia, peraltro, con quanto previsto dall'art. 8 del *FIL46*.

7. *Criticità dell'ordinamento societario cinese (anche) alla luce dell'esperienza comparatistica.*

46 Rileva J. WANG, (nt. 33), 193, che l'inclusione di rappresentanti dei lavoratori all'interno del *board of directors* è invece incoraggiata ma non imposta a livello positivo.

Un volta che ci si è interrogati sull'impatto del *FIL* sull'autonomia statutaria degli investitori stranieri che desiderino costituire una società nella Repubblica Popolare Cinese, non è d'altra parte possibile non soffermarsi su taluni aspetti della *Company Law* sui quali parrebbe opportuno intervenire, soprattutto alla luce di un approccio comparatistico.

Tuttavia, non bisogna farsi trarre in inganno dalla lunghezza dell'elenco che segue: si è già detto che il giudizio su tale normativa è in definitiva positivo, e d'altronde un certo numero di criticità è a ben vedere fisiologico, quando ci si confronta con un quadro disciplinare così ampio. Le norme di tale Codice che parrebbero rivedibili, possono comunque innanzitutto distinguersi in due gruppi, a seconda che la disposizione evidenziata susciti delle perplessità perché eccessivamente rigida o - tutt'al contrario - perché pare lasciare eccessiva discrezionalità ai paciscenti.

Nel primo gruppo rientrano:

- l'art. 15, per il quale una società di capitali non può assumere il ruolo di socio a responsabilità illimitata: la norma in questione sembra in effetti priva di ragion d'essere, dato che quasi in ogni affare tali società mettono comunque in gioco la totalità del loro patrimonio;
- l'art. 28, il quale demanda allo statuto la determinazione della modalità di liberazione dei conferimenti promessi;

- gli artt. 48, terzo co. e 111, secondo co., che impediscono di prevedere, nell'ambito del c.d.a., quel *casting vote*, il quale può invece risultare utile in talune circostanze;
- l'art. 61, che per motivi decisamente non evidenti impedisce di governare una società unipersonale per il tramite di un consiglio di amministrazione;
- l'art. 108, che inopinatamente impone, nelle *JSLC*, la presenza di un c.d.a. di almeno 5 membri;
- infine l'art. 150, per il quale amministratori (e supervisori!) debbono partecipare all'assemblea dei soci solo se ricevono una richiesta in tal senso (ma su questa disposizione si tornerà *infra*).

Come si diceva, talune norme di legge attribuiscono, invece, eccessiva discrezionalità, e in questo senso appare particolarmente inopportuno soprattutto l'art. 165, primo co., secondo il quale i termini di consegna ai soci del progetto di bilancio vengono stabiliti, nelle *LLC*, in via statutaria.

Al di là di quanto ora osservato, nel sistema societario cinese sono peraltro presenti anche altre criticità. Alcune sono di carattere specifico, e in questa sede, pare in particolare opportuno segnalare:

- l'art. 93, per il quale tutti i promotori rispondono solidalmente della sopravvalutazione del conferimento di uno di loro;
- e l'art. 97, il quale consente a ogni azionista di visionare i verbali del consiglio di amministrazione.

Si rende inoltre senza dubbio necessario un intervento sull'art. 169, primo co., il quale consente di demandare agli amministratori la nomina della società di revisione.

Le problematiche aventi rilievo sistematico sono invece soprattutto due.

La prima è rappresentata dalla complessiva istituzionalizzazione dell'ordinamento societario cinese, che trova la sua formalizzazione nell'art. 1 della *Company Law* - secondo cui la disciplina in questione è finalizzata alla salvaguardia dell'ordine sociale ed economico - e che vede il proprio completamento nel successivo art. 5, primo co., per il quale le società sono sottoposte a una supervisione da parte dell'autorità governativa, che non solo si estrinseca in un controllo *a posteriori* sulle scelte compiute dai privati, ma si traduce altresì in un'influenza del Partito sui processi decisionali interni⁴⁷ ai vari enti, capace di determinare gli stessi obiettivi della società⁴⁸ - tant'è che si è detto che "*corporate governance in China is a three-party game that involves not only shareholders and managers, but also crucially the state*"⁴⁹ - e che più in generale può ovviamente rivelarsi piuttosto negativa⁵⁰.

⁴⁷ Sul *key-role* dello Stato nella *corporate governance* cinese v. A. KEAY, J. ZHAO, (nt. 8), 231.

⁴⁸ Ricordano che lo Stato non necessariamente mira alla massimizzazione del profitto, A. KEAY, J. LOUGHREY, C. WEI, J. ZHAO, T. HU, (nt. 24), 5; A. KEAY, J. ZHAO, (nt. 8), 232, notano però che sempre lo Stato tendenzialmente supporta delle (apprezzabili) strategie di lungo termine.

⁴⁹ Così R. H. HUANG, R. S. THOMAS, *The Law and Practice of Shareholder Inspection Rights: A Comparative Analysis of China and the United States*,

Al riguardo, la norma maggiormente emblematica è probabilmente l'art. 19 della *Company Law*, il quale legittima il PCC a divenire parte attiva nell'ambito dell'organizzazione societaria, pure nei casi in cui questa legittimazione non proviene da quella posizione di socio di controllo che peraltro gli è propria nella maggior parte delle *chinese stock company*⁵¹.

E' proprio correlata a quanto appena detto l'altra problematica di natura sistemica, ossia quella derivante dal principio c.d. della *shareholder supremacy*, concretizzato in particolare dagli artt. 37, co. primo e 99, i quali affidano all'assemblea dei soci il compito di determinare la politica della società e i relativi piani d'investimento oltre ad altre competenze, fra cui quella relativa all'approvazione del progetto di distribuzione degli utili redatto dagli amministratori⁵². Infatti il principio in questione è palesemente volto ad agevolare lo Stato - che è per l'appunto l'abituale socio maggioritario⁵³ - consentendo a quest'ultimo di gestire le società

<https://scholarship.law.vanderbilt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2185&context=faculty-publications>, 28.

50 Cfr. A. KEAY, J. ZHAO, (nt. 8), 227.

51 Secondo V. TORTORICI, (nt. 32), 179, l'importanza della cellula di partito che viene costituita in senso alla società ai sensi dell'art. 19, non risulta chiara, poiché i poteri della stessa non sono specificamente definiti, ma la lettura in questione appare eccessivamente formalista.

52 V. J. WANG, (nt. 33), 190; J. CHEN, (nt. 13), 4.

53 Cfr. Q. JIANG, *Monitoring problems versus fiduciary duties in Chinese stock companies: an economic and comparative analysis on corporate governance*, in *Economic Analysis of Law in China*, edited by T. EGER, M. FAURE, Z. NAIGEN, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2007, 200 e altresì 207 (dove si ritiene opportuno procedere a una riduzione delle partecipazioni in mano allo Stato cinese).

senza nemmeno l'incomodo di dover operare attraverso la delega di potere concessa a quegli amministratori - nei confronti dei quali, peraltro, incontra sovente dei problemi di monitoraggio - il cui compito principale consiste in definitiva nel dare attuazione alle risoluzioni dell'organo assembleare⁵⁴. L'esperienza dei Paesi che da tempo presentano un'economia di mercato insegna, però, che attribuire il ruolo di organo sovrano all'assemblea dei soci ben raramente si rivela una scelta efficiente, non fosse altro per via della mancanza di contatto, da parte del suddetto organo, con la gestione quotidiana della società; e d'altra parte, se si vuole prendere come riferimento l'esperienza italiana, è noto che ad esempio la breve esperienza della "piccola società cooperativa" - introdotta dalla l. 266/1997 - in cui era possibile attribuire il potere di amministrazione all'assemblea, non viene ricordata con particolari rimpianti.

A ciò si aggiunge che oltretutto non risulta affatto chiara l'esatta delimitazione della sfera di competenza dell'assemblea rispetto a quella del consiglio di amministrazione. Si è sostenuto che al c.d.a. spetti in definitiva il compito di determinare la *company's overall direction* e per l'appunto di gestire il *day by day*, mentre ai soci "residuerrebbe" il potere di assumere le decisioni sulle questioni fondamentali per l'attività della

⁵⁴ V. Y. WEL, *Directors' Duties Under Chinese Law: a Comparative Review*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=567087069087069065087112072003118125049002010083005045124083085108124020070116084067019011000043062111054094007001078120074090110049062017017090027001070084114017102032032038088104075082081007119095104064085087113113124006120086083090065027008001073110&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 36.

società; ma è davvero difficile tracciare una linea di demarcazione, nel momento in cui il dato positivo risulta così stringato.

L'altro anello debole dell'attuale sistema societario cinese è invece costituito dal consiglio di sorveglianza.

Già dopo la *Company Law* del 1993 da più parti ci si lamentò che i componenti dell'organo in questione non fossero indipendenti e comunque della carenza di potere di tale struttura, la cui istituzione venne comunemente considerata un vero e proprio fallimento⁵⁵. Conseguentemente, nel 2005, si intervenne anche al riguardo, ampliando di molto i poteri del *supervisory board*⁵⁶, che oggi è tra l'altro legittimato a proporre all'assemblea la revoca dei *director*.

A distanza di quindici anni, è tuttavia opinione comune che sul punto la riforma non abbia conseguito i risultati sperati e che in sostanza il potere assegnato ai *supervisor* sia "fairly soft"⁵⁷. In effetti, all'atto pratico, l'attività di controllo svolta da tale organo risulta quasi sempre carente e lacunosa⁵⁸ - anche perché le informazioni che provengono dagli

55 V. J. WANG, (nt. 33), 203.

56 Cfr, ancora J. WANG, (nt. 33), 203; M. BIANCA, (nt. 7), 788.

57 Così in particolare M. YAN, *Obstacles in China's corporate governance*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=947007004017109102103083126092088095051048070010086053068068080121125024126104083107029048119010012112117108109000094072116093006027045011092088099119067020021084077038058055083126123025031001025092114014015064113125064116089113031100074120111066117001&EXT=pdf&INDEX=T RUE>, 7.

58 V. più in generale F. JIANG, K.A. KIM, (nt. 1), 759, per una critica al

amministratori si rivelano spesso e volentieri insufficienti – e dunque il suo ruolo nella *governance* delle società di capitali è in definitiva del tutto marginale, al punto che lo si considera un organo meramente “nominale”⁵⁹ e comunque incapace di incutere il benché minimo timore ai membri del c.d.a.⁶⁰

Appare perciò quanto mai necessario rafforzare ulteriormente la posizione dei controllori, e in questo senso si potrebbe innanzitutto intervenire sull'art. 150, primo co., il quale – come già si è detto - non prevede la necessaria partecipazione dei membri del consiglio di sorveglianza all'assemblea sociale, come pure parrebbe auspicabile modificare gli artt. 54, primo co. e 118 primo co., i quali non impongono la partecipazione dei supervisor alle riunioni del consiglio di amministrazione.

8. *Repubblica Popolare cinese e libertà di accesso delle foreign invested enterprise.*

complessivo sistema dei controlli nell'ambito della *corporate governance* cinese.

59 Così, nello specifico, Q. JIANG, (nt. 51), 208.

60 Cfr., al riguardo, R. TOMASIC, *Company Law Implementation in the PRC – The Rule of Law in the Shadow of the State*, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=936024072000089003126103110080077011005045010029091017099009091127097009126009014007045048040054026046000086080013077028122017030017092083016096116074084004111086005001075078119084007080110110124076009103016115067084007022125085112064085109114096065&EXT=pdf&INDEX=TRUE>, 19.

La riflessione tentata in queste pagine non può infine non prendere in considerazione un'ultima tematica, ovverosia quella della libertà di accesso che la RCP concede all'imprenditoria straniera. E' chiaro, infatti, che qualsiasi discorso sulla libertà degli operatori esteri di svolgere attività d'impresa attraverso società costituite *in loco*, presuppone necessariamente di verificare se e attraverso quali modalità sia per costoro possibile dare vita a tali società.

Il quadro normativo è per la verità, al riguardo, estremamente complesso e di difficile lettura; ma ciò non toglie che quantomeno di due suoi aspetti sia possibile offrire anche in questa sede una (sintetica) ricostruzione.

Va così ricordato che a partire dal 1979 la RCP ha preteso, per la costituzione di una qualsivoglia *FIE* e più in generale per ogni progetto d'investimento straniero, la preventiva approvazione del Ministro del Commercio, chiamato ad appurare se il progetto in questione fosse compatibile con la politica statale. Una volta ottenuta tale approvazione, diveniva quindi possibile rivolgersi all'amministrazione competente, al fine di ottenere la registrazione della società e quindi la cosiddetta *business license*.

Nel dicembre 2016 alla valutazione caso per caso si sostituisce però quella basata sulla cosiddetta *Negative List* (负面清单), che poteva condurre a due esiti. I progetti di investimento - tra cui la costituzione di una società o le modifiche organizzative di quest'ultima - che ricadevano nelle categorie presenti nella lista, continuavano a necessitare dell'approvazione

del Ministero; quelli non ricompresi nella *NL* dovevano invece essere semplicemente comunicati sempre all'anzidetto Ministero, il quale si limitava a un controllo meramente formale, volto ad appurare la completezza e la correttezza della informazioni trasmesse.

Tuttavia, con il primo gennaio 2020, si è avuto un superamento anche dell'*iter* appena descritto. Viene oggi tuttora richiesto il conseguimento dell'approvazione governativa, qualora si intenda operare in taluni, specifici settori economici, e in tale evenienza l'ente governativo è chiamato ad accertare pure se il progetto sia soggetto a restrizioni da parte della *Negative list* e, in tal caso, se soddisfi le suddette restrizioni. Non vi è invece più possibilità di approvazione per i progetti considerati "proibiti" da parte della *NL*. Una volta ottenuta l'approvazione, non è quindi più necessario interpellare il Ministero del commercio, ma ci si può rivolgere immediatamente alla SAMR, ovverosia l'ente che gestisce le registrazioni, al fine di addivenire per l'appunto alla registrazione della nuova società o delle modifiche a un ente già costituito, cui fa ovviamente seguito il rilascio della *business license*. Tutte le società attive sul territorio cinese necessitano difatti di una licenza che permette loro, peraltro, di operare unicamente nell'ambito di una determinata area economica; ed è bene ricordare che l'art. 30, secondo co. del FIL ha tra l'altro disposto che le domande di licenza da parte di società straniere vengano in linea di principio assoggettate alle medesime condizioni e procedure previste per le società nazionali.

La SAMR si preoccupa altresì di verificare - nei casi in cui non sia stata necessaria l'approvazione da parte di un ente governativo - il rispetto delle eventuali restrizioni imposte dalla *NL*, mentre non procede a tale controllo qualora esso sia stato espletato in sede di approvazione. Qualora invece non vi sia necessità di approvazione in considerazione della *Negative List* o dello specifico settore economico di destinazione, l'imprenditore straniero può domandare immediatamente la registrazione alla SAMR.

Da segnalare la rilevanza, per l'intera procedura, dell'art. 35 delle cosiddette *Implementing Regulations of the Foreign Investment Law*, nel quale si statuisce che ogniqualvolta un'impresa estera domandi l'approvazione per operare in un determinato comparto economico, l'autorità competente deve vagliare la domanda avvalendosi dei medesimi criteri e procedure impiegate a fronte di analoghe istanze da parte di imprese cinesi, salvo che non sia diversamente disposto in via legislativa o amministrativa. Tale precetto fa eco a quello di cui all'art. 28, terzo co. *FIL*, secondo cui i settori non inclusi nella *NL* debbono essere governati sulla base del principio della parità di trattamento per imprese straniere e locali.

L'altro aspetto della normativa in tema di libertà d'accesso su cui è doveroso soffermarsi, è invece rappresentato dalle cosiddette *Measures for the Security Review of Foreign Investment* (外商投资安全审查办法), promulgate il 19 dicembre 2020 ed entrate in vigore il 18 gennaio 2021, in conformità a quanto disposto dall'art. 35 *FIL*, il quale imponeva allo Stato di stabilire per l'appunto un *security review system* per gli investimenti

stranieri anche solo potenzialmente in grado di interferire con la sicurezza nazionale.

Il sistema in questione venne in realtà introdotto per la prima volta nel 2011⁶¹, pur se con una portata ben più limitata. Inizialmente si procedeva infatti con la *review* solo a fronte di investimenti stranieri in taluni settori considerati strategici, mentre da ora in avanti saranno vagliati, così come richiesto dall'art. 35 del FIL, anche tutti gli investimenti rilevanti per tipologia di prodotto o prestazione. A differenza di quanto avveniva in passato, inoltre, verranno presi in esame non solo gli investimenti diretti ma anche quelli indiretti.

La *review* sarà gestita dall'NDRC (*National Development and Reform Commission*) e dal MOFCOM (il Ministero del commercio), i quali opereranno attraverso un *Working Office* a guida congiunta, ancorché stabilito presso l'NDRC.

Nello specifico, il procedimento in esame potrà avere uno sviluppo trifasico:

- 1) il *Working Office* stabilirà se avviare la *security review* dell'investimento sottoposto alla sua attenzione;
- 2) nel caso propenda per il sì, l'ufficio in questione avvierà una *general review* di tale investimento, al termine della quale deciderà se approvarlo o se viceversa procedere con un'ulteriore *special review*;

61 V. S. GAO, (nt. 3), 234 ss.

3) infine, in quest'ultima ipotesi, verrà per l'appunto effettuata la *special review*.

Da rilevare che chiunque potrà rivolgersi direttamente al *Working Office* segnalando a quest'ultimo un investimento straniero che ritenga possa costituire un pericolo per la sicurezza nazionale. Dal canto suo, l'imprenditore straniero potrà dare corso a una pre-consultazione, al fine di appurare se debba formalmente dichiarare all'*Office* l'investimento che intende porre in essere.

Purtroppo diversi aspetti del procedimento in oggetto non sono sufficientemente chiari, e ciò ha tra l'altro indotto a ipotizzare che il *national security review* diverrà uno degli istituti più controversi del nuovo regime degli investimenti stranieri introdotto dal *FIL*⁶². E in effetti non si può non constatare che il dato positivo non chiarisce che cosa esattamente s'intende per "sicurezza nazionale", né quali elementi saranno presi in considerazione dal *Working Office* per determinare se sussiste un pericolo per quest'ultima, né infine in che modo si deciderà se un prodotto o una prestazione sia da considerare rilevante o meno nell'ottica della *review*.

62 V. M. STUCKI, (nt. 3), 20.

Testo provvisorio - non soggetto a circolazione