

Chinese Foreign Investment Law vanaf 1 januari 2020

Een stap vooruit?

Op 15 maart 2019 heeft China een nieuwe Foreign Investment Law aangenomen. Deze wet treedt 1 januari 2020 in werking. Vanaf dat moment vervallen de drie investeringswetten die de Foreign Invested Enterprises (FIE's) reguleren. Hierdoor zijn de Sino-foreign Equity Joint Ventures (EJV), Sino-foreign Contractual Joint Ventures (CJV) en Wholly Foreign-owned Enterprises (WFOE) binnenkort verleden tijd. FIE's zullen vervolgens, net als alle Chinese vennootschappen, onderworpen worden aan de algemene Chinese Vennootschapswet.

De Foreign Investment Law (FIL) werd afgekondigd na een extreem kort evaluatie- en goedkeuringsproces. Deze wet brengt zelf brede principes naar voren met als zogezegd doel een gelijk(er) speelveld te creëren voor FIE's in China en een verdere openstelling van de Chinese markt. Om de invoering van de FIL te ondersteunen zullen er meer gedetailleerde uitvoeringsmaatregelen moeten komen. In dit artikel gaan we in op de belangrijkste wijzigingen, zodat je proactief stappen kunt ondernemen richting de aanpassing en naleving van de nieuwe wet. Ook schetsen we een aantal observaties over de ontwikkelingen in de houding van China ten opzichte van FIE's in het algemeen.

Van drie wetten naar één wet

Zoals hierboven beschreven, vervangt de FIL vanaf 1 januari 2020 de drie investeringswetten die de Foreign Invested Enterprises (FIE's) reguleren. Hoewel de FIL een veelomvattende wet is, is deze – mede vanwege zijn ongebruikelijk snelle goedkeuring – niet erg gedetailleerd. Meer gedetailleerde uitvoeringsmaatregelen worden naar verwachting vóór eind 2019 gepubliceerd. Er is al wel een duidelijke tijdlijn vastgesteld voor FIE's om van organisatiestructuur te veranderen, zodat deze in over-

eenstemming wordt gebracht met de Vennootschapswet.

Volgens de FIL kunnen de bestaande FIE's nog tot vijf jaar na de invoering van de nieuwe wet opereren op basis van hun huidige structuur. Dat wil zeggen dat de bestaande FIE's vóór 1 januari 2026 de organisatiestructuur van hun onderneming moeten omzetten.

Naar nationale behandeling plus Negatieve Lijst

Op grond van de drie investeringswetten waren buitenlandse investeringen onderhevig aan een case-by-case goedkeuring van de daarvoor competente Chinese overheidsinstanties. In de praktijk zijn dit het Ministry of Commerce en zijn lokale uitvoeringsinstanties. Hoewel dit goedkeuringsproces voor een aantal buitenlandse investeringen al is afgeschaft, wordt dit case-by-case goedkeuringsproces onder de FIL geheel verlaten. In plaats daarvan belooft de FIL nationale behandeling plus een Negatieve Lijst voor buitenlandse investeringen. In deze lijst staan de industriële sectoren waarin buitenlandse investeringen zijn verboden en/of beperkt; bijvoorbeeld de financiële sector, media en onroerend goed.

In principe kunnen buitenlandse ondernemingen dus hetzelfde

Jan Holthuis (partner en advocaat) en Iris Langehuizen-Kuijken (senior associate) werken bij Buren Legal. Jan werkt deels vanuit Nederland, deels vanuit de kantoren in China. Iris werkt vanuit het kantoor in Shanghai.





proces doorlopen als Chinese ondernemingen als er een investering wordt gedaan (zonder voorafgaand case-by-case goedkeuringsproces). Alleen blijft voor FIE's nog wel de Negatieve Lijst van kracht. Voor bepaalde sectoren zijn er dus nog steeds beperkingen die specifiek/enkel gelden voor buitenlandse investeerders.

Technologieoverdrachten

Belangrijk is ook dat in artikel 22 FIL is opgenomen dat China zal aanmoedigen dat technologische samenwerking tussen Chinese en buitenlandse investeerders gebaseerd zal zijn op vrije wil en bedrijfsregels. De voorwaarden voor technologieoverdracht worden bepaald door de investeerders, op basis van onderhandelingen en billijkheid. Verder verbiedt artikel 22 niet alleen Chinese overheidsfunctionarissen administratieve maatregelen te gebruiken om tot gedwongen overdracht van technologie te komen, maar maakt het hen ook strafrechtelijk aansprakelijk als zij dit wel doen (artikel 39 FIL).

Raad van Bestuur wordt Algemene Vergadering

Na het afschaffen van de drie investeringswetten zal voor Sino-foreign Equity Joint Ventures (EJV) één van de fundamente-

le wijzigingen zijn dat de Raad van Bestuur wordt vervangen door de Algemene Vergadering als het hoogste besluitvormende orgaan. Binnen de huidige EJV-wet bestaat geen Algemene Vergadering.

De Raad van Bestuur is nu bevoegd te beslissen over onder-

“Voor bepaalde sectoren zijn er dus nog steeds beperkingen”

werpen als verhoging of verlaging van het maatschappelijk kapitaal, beëindiging of ontbinding van de vennootschap en een fusie of splitsing daarvan. Deze beslissingen vereisen unanieme goedkeuring van de bestuurders. Volgens de Vennootschaps-wet neemt echter de Algemene Vergadering de beslissingen over deze onderwerpen. Anders dan het strikte unanieme goedkeuringsvereiste van de huidige EJV-wet kunnen de beslissingen in de toekomst worden goedgekeurd door aandeel-





houders die meer dan twee derde van de stemrechten vertegenwoordigen.

Bovendien hebben de drie investeringswetten en de Vennootschapswet vele andere inconsistenties. Deze hebben onder meer betrekking op het aantal leden van de Raad van Bestuur, de bestuursstermijn, het quorum dat vereist is voor vergaderingen van de Raad en het benoemen van bestuurders, en de kwalificatiemogelijkheden voor de Wettelijke Vertegenwoordiger. Deze laatste speelt in China een zeer belangrijke rol in een vennootschap.

Door de invoering van de nieuwe FIL op 1 januari 2020 moeten bestaande EJV's hun joint-venture-contract en -statuten binnen vijf jaar na invoering van de FIL wijzigen, dus vóór 1 januari 2026. Waarschijnlijk moeten investeerders in een EJV voorafgaand aan het aanpassen van het joint-venture-contract en de statuten aan de FIL een nieuwe onderhandelingsronde starten over de *corporate governance*.

Stap vooruit?

Op het eerste gezicht lijkt het erop dat China met de invoering van de nieuwe FIL aan de wereld wil laten

zien dat zij zich de internationale kritiek (op gebrek aan openheid en lokaal niet-transparante investeringsprocedures) en beschuldigingen (van gedwongen technologieoverdracht) aantrekt. Desondanks is het voorlopig niet evident dat de FIL alleen een positieve ontwikkeling is voor FIE's in China.

Zoals hierboven opgemerkt, is de FIL niet erg gedetailleerd en wordt de wet voorlopig meer gezien als een raamwerk. Sommigen beweren dat de FIL eerder een beleidsinstrument is. Daarom valt het nog te bezien in hoeverre de FIL leidt tot specifieke, eenduidige regelgeving en of die al dan niet onderhevig zal zijn aan interpretaties door lokale overheden.

Daarnaast maakt de FIL duidelijk dat China haar Negatieve Lijst zal behouden, waardoor buitenlandse ondernemingen nog steeds beperkingen worden opgelegd bij investeringen in onder meer de financiële sector, media en onroerend goed. Ten aanzien van FIE's in de financiële sector geldt, op basis van artikel 41 FIL, bovendien dat industrieregelgeving voorrang behoudt boven de FIL. Hierdoor blijven voor deze FIE's nog (vele) aanvullende goedkeuringsprocessen noodzakelijk, die niet op Chinese ondernemingen van toepassing zijn.

Van oudsher heeft de Chinese overheid FIE's proberen aan te trekken met stimuleringsmaatregelen. Bijvoorbeeld belastingvrijstellingen, subsidies, lage huurprijzen, geen overheidscontrole en uitzondering op het instellen van een ondernemingsraad. Over het algemeen is het aantal stimuleringsmaatregelen voor FIE's de afgelopen decennia drastisch afgenomen. Het FIL-beginsel van gelijke behandeling leidt tot afschaffing van de voordelen die FIE's in het verleden genoten.

Handelspolitiek

Tot op heden is onderbelicht gebleven dat de FIL ook een instrument is voor China's internationale handelspolitiek. Wanneer een land of regio discriminerende, belemmerende, beperkende of soortgelijke maatregelen neemt ten aanzien van Chinese ondernemingen in bepaalde sectoren, geeft artikel 40

FIL de mogelijkheid dat China overeenkomstige maatregelen neemt tegen het andere land of de andere regio. Dit in het licht van de feitelijke omstandigheden.

Een artikel met dezelfde bewoordingen is overigens al opgenomen in de Foreign Trade Law. In 2000

is dit artikel door China gebruikt om de import van mobiele telefoons en polyetheen uit Zuid-Korea te verbieden. Dit was een reactie van China op de beslissing van de Zuid-Koreaanse overheid de importtarieven op Chinese knoflookproducten te verhogen.

Dat China momenteel een Onbetrouwbare Entiteiten Lijst opstelt als reactie op de Entiteitenlijst van de VS, kun je in dezelfde context zien. Deze lijst heeft als doel bepaalde buitenlandse bedrijven te kunnen weren. Bijvoorbeeld als deze discriminerende maatregelen nemen tegen Chinese bedrijven of industrieën. Of als zij potentieel schade toebrengen aan Chinese bedrijven, industrieën of China's nationale veiligheid. Tegen bedrijven op deze lijst zullen juridische en administratieve maatregelen worden genomen, en de Chinese maatschappij zal worden gewaarschuwd er geen zaken mee te doen.

Bovengenoemde ontwikkelingen laten zien dat China de toegang voor buitenlandse investeerders tot de Chinese markt koppelt aan de toegang voor Chinese bedrijven tot de internationale markten. De FIL wordt daarmee onderdeel van China's handelspolitiek. ●●●

“De FIL is ook een instrument voor China's internationale handelspolitiek”