



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Patrik Andersson

Företagsetableringar i Kina

Examensarbete
20 poäng

Katarina Olsson

Associationsrätt/Förmögenhetsrätt

VT-2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	1
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Syfte	6
1.2 Avgränsning	6
1.3 Metod	6
1.4 Disposition	7
2 BAKGRUND	9
2.1 Den historiska utvecklingen av rätten i Kina	9
2.2 Den kulturella synen på rätten i Kina	11
2.2.1 Legalisterna	11
2.2.2 Konfucianismen	12
3 AVSAKNADEN AV RULE OF LAW	14
3.1 Normgivningsmakten	14
3.2 Formell och halvformell tolkning av lag	15
3.3 Informell tolkning av lagen / Rule of Man	16
3.3.1 Riktlinjer, policies, instructions, m.m.	17
3.3.2 Neibu	17
3.4 Inkonsekvent och motstridig tillämpning av lagen hos olika myndigheter	18
3.5 På bättringsväg tack vare inträde i WTO	19
3.6 Guanxi och korrruption	20
3.6.1 Allmänt om guanxi	20
3.6.2 Problem med guanxi	21
3.7 Mutor	21
3.7.1 Allmänt	21
3.7.2 Problem med mutor	22
3.7.3 Lösning på problemet	22

4	EQUITY JOINT VENTURE	24
4.1	Bakgrund	24
4.2	Vad är ett Equity Joint Venture?	24
4.2.1	Kapital- och apportbidrag	25
4.2.1.1	Värderingsproblematiken	25
4.2.1.2	Tillåten låneandel av det investerade kapitalet	26
4.2.1.3	Senaste tidpunkt för inbetalning av det registrerade kapitalet	26
4.2.2	Ledning	27
5	CONTRACTUAL JOINT VENTURE	28
5.1	Bakgrund	28
5.2	Vad är ett Contractual Joint Venture?	28
6	PROCEDUREN FÖR ATT SKAPA ETT JOINT VENTURE	30
6.1	Bakgrund	30
6.1.1	Tröskelvärde	30
6.1.2	Guidance Catalogue	31
6.1.3	Ansvarig myndighet	31
6.2	Initiala steg som delvis ligger utanför den formella processen	32
6.2.1	Val av samarbetspartner	32
6.2.2	Due diligence	32
6.3	Letter of Intent och project proposal	33
6.4	Feasibility rapport	34
6.4.1	Allmän beskrivning	34
6.4.2	Ekonomisk analys	35
6.4.3	Behov av arbetskraft, lån, råvaror, m.m.	35
6.5	Ansökan om namn	35
6.6	Formell ansökan	36
6.7	Registrering av business licens	36
7	WHOLLY FOREIGN-OWNED ENTERPRISE	37
7.1	Bakgrund	37
7.2	Vad är ett WFOE?	37
8	PROCEDUREN FÖR ATT SKAPA ETT WFOE	38
8.1	Project Proposal	38
8.2	Feasibility rapport	38
8.3	Bolagsordning	39

8.4	Formell ansökan	39
8.5	Registrera WFOE	40
9	ÖVRIGA INVESTERINGSFORMER	41
9.1	Branch Office	41
9.2	Representative Office	41
9.3	Holding / Investment Companies	42
10	JÄMFÖRELSE AV DE OLIKA ASSOCIATIONSFORMERNA	43
10.1	Bakgrund	43
10.2	Jämförelse mellan Equity Joint Ventures och Contractual Joint Ventures	43
10.2.1	Till Equity Joint Ventures fördel	43
10.2.2	Till Contractual Joint Ventures fördel	43
10.3	Jämförelse mellan Wholly Foreign Owned Enterprises och Joint Ventures	44
10.3.1	Till Joint Ventures fördel	44
10.3.2	Till WFOEs fördel	45
10.4	Avslutande kommentar	46
11	MARKRÄTTIGHETER	47
11.1	Allmänt	47
11.2	Risker med markrättigheter	49
11.3	Risker med tomrättigheter vid bildandet av ett JV	50
12	IMMATERIALRÄTT OCH KONKURRENSKLAUSULER	52
12.1	Bakgrund	52
12.2	Varumärke	52
12.3	Patent	53
12.4	Upphovsrätt	54
12.5	Problem med att skydda sin immaterialrätt	55
12.6	Att skydda sin immaterialrätt	56
12.7	Konkurrensklausuler	57
13	ARBETSKRAFTSPROBLEMET	59
13.1	Allmänt	59
13.1.1	Utbildning och skapandet av en bra företagskultur	60

13.1.2	Uppsägningar	60
13.2	Nyanställningar	62
13.3	Fackliga organisationer	62
14	SKATTER	63
14.1	Bakgrund	63
14.2	Beskattning av utländska företag verksamma i Kina	63
14.2.1	Income taxes	64
14.2.2	Turnover taxes	65
14.2.2.1	Business tax	65
14.2.2.2	Consumption tax	65
14.2.2.3	Value added tax	65
14.3	Avslutande kommentar	66
15	DOMSTOLAR OCH TVISTLÖSNING	67
15.1	Bakgrund	67
15.2	Uppbyggnaden av domstolsväsendet	67
15.3	Kontraktsbrott – vilka vägar kan man gå för att få ut sin rätt?	68
15.3.1	Friendly consultations	68
15.3.2	Medling	68
15.3.3	Allmän domstol	70
15.3.4	Skiljedomsförfarande	71
15.3.4.1	Verkställighet av skiljedomar	72
15.3.4.2	Lösning på problemen med att få sin rätt verkställd	73
15.4	Aktörerna	75
15.4.1	Advokater och jurister	75
15.4.2	Domstolarna	75
16	SLUTORD	77
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	78

Sammanfattning

Kina är ett land som har stora problem med korruption och en lagstiftning som inte ger tydliga spelregler för de ekonomiska aktörerna. Lokalprotektionism och *guanxi* gynnar de som redan är etablerade i Kina och ökar kostnaderna och hindren för inträde på den kinesiska marknaden.

Om man trots dessa brister beslutar sig för att etablera sig i Kina finns det några klassiska val av associationsform. Dessa är EJV, CJV och WFOE. Som vi kommer att se är skillnaden mellan ett EJV och CJV bl.a. att ett EJV måste bildas i form av ett limited liability company, medan detta är frivilligt för CJV. Båda formerna förutsätter dock att man ingår ett affärsmässigt förhållande med en kinesisk partner för längre eller kortare period. Ett WFOE är däremot ett limited liability company som saknar kinesiska partners.

Dessa olika etableringsformer har alla sina olikheter och det finns fördelar och nackdelar med alla. Ett WFOE är t.ex. en associationsform som lämpar sig bra om man vill vara säker på att ens know-how och immateriella rättigheter är skyddade. Nackdelen är att investeraren tvingas ta hela den kommersiella risken, WFOE kommer inte att ha en partner med insikt i den krångliga administrationen till hjälp, och vissa projekt kommer att var helt spärrat för WFOE.

Ett CJV har som fördel att det är upp till parterna att välja hur vinsten skall fördelas mellan sig. Nackdelen är att det kan vara svårt att komma överens om hur CJV skall styras och att immateriella rättigheter har ett sämre skydd, då man i större eller mindre utsträckning måste dela med sig av know-how och immateriella rättigheter till den kinesiska partnern.

Ett EJV har den fördelen att det är en etablerad form för samarbete och att denna form i vissa fall är en förutsättning för att få bedriva just den verksamhet man vill. EJV är en associationsform med tydlig reglering vilket kan göra det lättare att få samarbetet mellan parterna att fungera.

När valet av associationsform är gjort kommer ett FIE att tvingas koncentrera sig på den komplicerade och tidskrävande godkännande-processen av sitt JV eller WFOE. Detta är en process som kräver att man är noga förbered och inte slarvar med förberedelserna. Men även efter det att företaget är etablerat kvarstår en rad olika frågor som vad man gör med den arbetskraft som finns hos JV partnern, om man kan avskeda dem eller måste man återanställa alla, hur ett WFOE hittar kompetent arbetskraft, hur mycket skatt företaget skall betala, hur ett företags varumärke skall skyddas, om man kan utgå ifrån att företagets immateriella rättigheter skyddas genom registrering, o.s.v.

Att här svara på dessa frågor låter sig inte göras, men den investerare som är noga förbered och har funderat igenom dessa frågor innan han ställs inför problemen har mycket vunnet. Många av de problem som uppstår vid en etablering går att lösa, utan vare sig stora kostnader eller segdragna konflikter. Detta förutsätter emellertid att man är förbered och att man visar stor respekt och flexibilitet inför den kinesiska kulturen.

Skulle man trots grundliga förberedelser hamna i en civilrättslig tvist skall man komma ihåg att det generellt är svårt att förutse utgången av dessa tvister, framförallt om tvisten förs i allmän domstol. Det är därför ofta, men inte alltid, en fördel att använda sig av skiljeförfarande. Utöver detta är det viktigt att komma ihåg att det i Kina fortfarande anses klandervärdt att dra en civilrättslig tvist inför allmän- eller skiljedomstol. Det kan därför rekommenderas att försöka nå en lösning genom förhandlingar eller medling istället. Risken är annars att konflikten mynnar ut i en Pyrrhusseger.

Kina är fortfarande ett land styrt av Partiet men politikerna är på väg att bli beroende av ekonomiska framsteg för att kunna upprätthålla sin maktposition. För att nå ekonomiska framsteg är det viktigt att Kina har en transparent och förutsägbar lagstiftning, vilket leder till slutsatsen att det nu inte går att vrida tillbaka klockan och att Kina är på väg, om än långsamt, mot ett fungerande rättssystem med stora möjligheter till ekonomisk utveckling och demokratiska processer.

Förord

Först och främst skulle jag vilja tacka min handledare Katarina Olsson som genom sitt engagemang och sin vägledning varit till stor hjälp i mitt uppsatsskrivande.

Sedan skulle jag vilja tacka alla de kurskamrater som stöttat mig under uppsatsskrivandet och sett till att jag klarat av att hålla tempot uppe och bli färdig med min uppsats i tid.

Avslutningsvis förtjänar min familj och mina övriga vänner att uppmärksammas. Ni skall ha hjärtligt tack för det stöd, uppmuntran och stora förståelse ni visat under arbetets gång och som gjort uppsatsskrivandet så mycket roligare.

Tack!

Löddeköpinge juni 2003

Förkortningar

AIC	Administration for Industry and Commerce
CIETAC	China International Economic and Trade Arbitration Commission
CJV- Implementing law	Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Cooperative Joint Ventures
CJV	Contractual Joint Venture
CJV-law	Law on Sino-foreign Cooperative Joint Ventures
CMAC	China Marine Arbitration Commission
CPL	the Civil Procedure Law
EJV	Equity Joint Venture
EJV-Implementing law	Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint Ventures
EJV-law	Law on Sino-foreign Equity Joint Ventures
FDI	Foreign Direct Investment
FIE	Foreign Invested Enterprise
JV	Joint Venture
MOFTEC	Ministry of Foreign Trade and Economic Co-operation
NPC	the National People's Congress
Partiet	Kinas Kommunistiska Parti
SAIC	the State Administration for Industry and Commerce
WFOE-Implementing law	Detailed Rules for The Implementation of The Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises
WFOE	Wholly Foreign Owned Enterprise

WFOE-law

Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises

1 Inledning

1.1 Syfte

Syftet med uppsatsen är att presentera relevanta kinesiska rättsområden och administrativa processer som är betydelsefulla vid en etablering i Kina samt att göra en probleminventering utifrån dessa områden. Min förhoppning är att uppsatsen skall kunna erbjuda praktisk handledning för såväl jurister som icke-jurister som är intresserade av hur en etableringsprocess fungerar för utländska företag i Kina.

1.2 Avgränsning

Uppsatsens avgränsning är satt utifrån en subjektiv bedömning av vad som är relevant för en etablering i Kina. Jag behandlar även rättsområde som i strikt mening har störst relevans när man väl etablerat sig i Kina. Detta görs då företag genom att korrekt planera och vara förbereda på hur den kinesiska rättsordningen fungerar kan undvika en del av de problem som kan uppstå. Uppsatsen har inte för avsikt att ge varken en djuplodande beskrivning av respektive rättsområde eller förse alla de problemformuleringar jag presenterar i uppsatsen med ett svar.

1.3 Metod

Den metod jag använt mig av är en praktisk och dogmatisk metod där jag enbart använt mig av andrahandskällor eller icke officiella översättningar av förstahandskällor. Ett problem har varit att jag inte läser eller förstår kinesiska och därför varit tvingad att läsa den engelska, icke officiella översättningen av den kinesiska lagstiftningen. Anledningen till detta är att någon officiell översättning av kinesisk lagtext inte finns. Samtidigt måste det erkännas att det kan uppstå problem vid översättningen från kinesiska till engelska, som då den är icke officiell kan ha mindre brister. Detta problem har minimerats genom att jag använt ett antal olika andrahandskällor för att på så vis försöka verifiera den engelska översättningens överensstämmelse med originaltexten.

Då Kina är ett land vars kommersiella lagstiftning förändras mycket snabbt har jag varit tvingad att använda mig av många Internet-källor, då dessa ofta är mer aktuella än tryckta källor. Detta kan medföra svårigheter i att avgöra relevans och trovärdighet hos källan. Jag har enbart använt mig av Internet-källor från etablerade advokatbyråer, universitet och internationella organisationer varför jag bedömer deras trovärdighet och sanningshalt som

stor. Trots detta vill jag påpeka att många av dessa källor friskrivit sig från ansvar genom s.k. ”disclaimers”.

Då den engelskspråkiga doktrinen utarbetat en fast terminologi som korresponderar väl mot de kinesiska begrepp som tillämpas i det praktiska kinesiska rättssystemet kommer även jag att använda mig av denna terminologi. Även om detta i viss mån gör språket i uppsatsen mer kantigt så uppvägs denna nackdel av att läsaren får en direktkontakt med den förhärskande terminologin inom den kommersiella juridiken i Kina.

1.4 Disposition

En uppsats som har som föresats att förklara hur en företagsetablering i Kina går till samt vilka problem man bör ta i beaktande inför en sådan etablering har lätt att bli svåröverskådlig. Därför känns det relevant att tydliggöra hur uppsatsen är upplagd, för att på så vis göra det lättare för läsaren att tillgodogöra sig uppsatsens innehåll.

Kapitel 2 – 3 beskriver den historiska bakgrunden till det kinesiska rättssystemet samt ger en översikt över de rättskulturella problem som finns i Kina idag. Dessa kapitel har som syfte att förklara den rättskultur som finns i Kina idag, men för att kunna förstå dagens rättskultur måste man först blicka bakåt, vilket görs i kapitel 2 som ger en kort historisk översikt av den kinesiska rättsliga utvecklingen. Kapitel tre fokuserar på de kulturella aspekter som påverkar den kinesiska rätten idag.

Kapitel 4 – 10 behandlar de olika associationsformer som finns att välja på för en utländsk investerare samt hur det praktiskt går till att skapa en sådan association. Kapitel 10 avslutar denna del med att göra en jämförelse mellan de vanligaste associationsformerna för en etablering. Syftet med kapitlen är naturligtvis att förklara vilka associationsformer som finns, vilka för- respektive nackdelar de har samt vilka problem som kan uppstå vid bildandet av vald associationsform.

Kapitel 11 – 14 behandlar olika rättsområden med relevans för verksamheten som bedrivs i Kina efter det att man etablerat sig. Syftet med kapitlen är inte att inventera problem som uppkommer då ett företag är verksamt i Kina för att hitta en lösning då. Syftet är istället att förklara problem som kan uppstå när företag bedriver verksamhet i Kina så att de kan göra motåtgärder innan de drabbas av dem.

Kapitel 15 är ett kapitel som har till syfte att förklara vad som händer om man trots alla förberedelser ändå drabbas av en civilrättslig tvist med t.ex. sin JV-partner eller någon leverantör och behöver få sitt kontrakt verkställt. Detta kapitel behandlar såväl de formella vägarna för att få ut sin rätt som de mer informella vägarna bl.a. medling och friendly consultations. Kapitlet

avslutats med en kort redogörelse för hur de juridiska aktörerna, advokater och domare, agerar och betraktas i Kina.

2 Bakgrund

Denna uppsats har som föresats att spegla reella och praktiska problem som kan uppstå vid en företagsetablering i Kina. Det är dock lätt att, när man verkar i sin egen kultur och i sin egen rättsordning att ”hoppa över” de teoretiska grunder som vårt rättssystem bygger på och tillämpa dessa regler utan större reflektion. Detta har naturligtvis att göra med att vi redan förstår vårt system och instinktivt vet hur våra lagar tillämpas och vilka oskrivna och allmänna rättsgrundsatsar som finns. När man kommer i kontakt med en annan kultur är det dock förenat med stora problem att ignorera den kulturella kontext man kommit till. Det räcker inte med att känna till lagens bokstav, man måste även förstå hur lagen tillämpas och fungerar i dess sammanhang. Detta är viktigt både för jurister och affärsmän. I Kina är det extra viktigt att sätta sig in i den kinesiska kulturen då deras kultur skiljer sig markant från den svenska och västerländska, samtidigt som man kan hävda att de kulturella aspekterna är viktigare i Kina än i vår del av världen. Detta påstående grundas till stor del på det konfucianska arvet där lagen anses vara sekundär i förhållande till harmoniska lösningar som löses utanför rättsordningen.¹ Syftet med de följande kapitlen är således att förklara den rättskultur som finns i Kina och därigenom utveckla det viktiga påpekandet att lagen är mer än vad som framgår enbart av en lexikalisk läsning.

2.1 Den historiska utvecklingen av rätten i Kina

I mitten av 1800-talet hade utländska investerare och stater utvecklat ett mycket stort inflytande i Kina. Inflytandet utnyttjades för att öka kontrollen över handeln och speciella zoner inrättades i hamnstäder där utlänningar skapade sina egna lagar. Följden blev att innebära att befolkningen i många hamnstäder löd under dubbla uppsättningar av regler, vilket var negativt för de kinesiska myndigheterna som därför förlorade inflytande på dessa platser. Dessa ojämlika regler hade tidigare legat till grund för det hat mot utländsk inblandning i Kina som utlöste ”Opiumkriget”. Utgången av kriget förstärkte emellertid endast den utländska inblandningen i Kina.² Kriget kom dock att öppna ögonen hos många kineser som nu insåg att de blivit omkörda av européerna både militärt och ekonomiskt. Lösningen var att genom legala reformer återta kontrollen över sin egen handel och därigenom öka sin makt och sitt välstånd. Nya juridiska skolor öppnades, studenter skickades på bildningsresor till Europa och utländska professorer handplockades till Kina för att undervisa och hjälpa till i reformarbetet. De nya regler och lagar som stiftades kom att hämta stor inspiration från de

¹ Konfucianismen behandlas i kap. 2.2.2.

² Här grundläggs den avighet mot västvärlden som än idag kan göra sig påmind i såväl affärslivet som i de administrativa och judiciella avgörandena.

civil- och handelsrättsliga koder som utvecklats i Europa. De juridiska reformerna kom dock inte att få något större genomslag i Kina då de nya lagarna var för moderna och saknade anknytning till det samhälle och den sociala kontext de skulle verka i.

1949 bildas Folkrepubliken Kina under Mao Zedongs ledning. Genast påbörjades ett reformarbete som gick ut på att ta bort all lagstiftning som ansågs vara för kapitalistisk och för västerländsk. På grund av det juridiska vakuum som uppstod för att man avskaffade så många västerländska lagar vände man nu blickarna mot Sovjetunionen för att få inspiration inför nästa stora reformation av de kinesiska lagarna. Stora delar av Sovjetunionens lagstiftning togs över och studenter skickades nu till Moskva för att förkovra sig i de nya lagarna och idéerna. Detta var en naturlig del av processen att göra Kina till ett kommunistiskt land som också kom att innebära att privata företag förvandlades till statligt ägda och att privat mark överfördes till staten. Den ekonomiska verksamheten kom efter Sovjetisk förebild att styras genom centralt administrerade planer. Genom att all ekonomisk aktivitet nu styrdes centralt utan inslag av marknadsmekanism kom lagarna och de civilrättsliga lagarna i synnerhet i skymundan. All försäljning och tillverkning sköttes ju nu av staten så det fanns helt enkelt inget behov av kommersiella lagar. Lagarna kom att bli sekundära i förhållande till de administrativa förordningarna som utfärdats av Partiet. Politiken hade blivit viktigare än lagarna och människor började se de politiska förordningar som de ”rättesnöre” man skulle följa. De jurister som förespråkade ett mer legalistiskt synsätt med rättsliga principer som likhet inför lagen, bli betraktade som oskyldig tills motsatsen bevisats, oberoende domstolar, o.s.v. kom att stämplas som kapitalister och antikommunistiska. 1959 avskaffades justitieministeriet.³

Under den Kulturella revolutionen mellan 1966 och 1976 kom ett i praktiken heltäckande juridiskt vakuum att sprida sig över Kina, som nu styrdes helt genom politiska direktiv. En hetsjakt på allt som kunde anknytas till juridik påbörjades och juridiska fakulteter stängdes och domare och jurister kom att omskolas till jordbrukare, en näring som ansågs mer produktiv än juristyrket.

Mao Zedong dog i september 1976 och det första de nya ledarna gjorde när maktstriden var över var att återinföra juridiken i samhället. För att undvika den turbulens och oordning som den kulturella revolutionen hade medfört såg man sig tvingad att skapa ett samhälle byggt på lagar. Legala reformer ansågs dessutom nödvändiga för att kunna genomföra det politiska projekt, ”de fyra moderniteterna” (the four modernations), som skulle komma att innebära ett ekonomiskt uppsving för Kina. Detta politiska projekt blev inledningen på en politisk debatt inom Partiet om hur det kinesiska samhället skulle utformas och utvecklas. Trots oenighet infördes nya kommersiella lagar, med inspiration hämtad både från väst och öst.

³ Bogdan s. 214.

Ett av de politiska syftena var att locka till sig utländska investerare som kunde bidra med ny teknik till Kina. Det blev därför viktigt att förse dessa utländska investerare med speciella lagar som försåg dem med säkerhet och förutsägbarhet. En del av denna process var en decentralisering av makt och kontroll, vilket öppnade upp för en mer självständig och lokalt anpassad politik.⁴ De kommersiella lagarna kom att delas upp i två delar, en för inhemska företag och en del för utländska. En av de första lagarna som tillkom för utländska investerare var den kinesiska Equity Joint Venture Law som tillkom 1979. Investeringarna tog snabbt fart och de utländska investerarna krävde bättre lagstiftning vilket satte press på Kina att införa ytterligare lagstiftning, vilket också skedde. Sedan 1979 har drygt 300 lagar för utländska investeringar antagits och många av de initiala problemen och bristerna i lagstiftningen har åtgärdats. Trots detta finns det mycket kvar att göra för att skapa en mer företagsvänlig rättskultur. Problemen idag beror dock inte på en brist på lagar utan snarare en brist i att tillämpa dem på det sätt de är tänkta att tillämpas.

2.2 Den kulturella synen på rätten i Kina

Kinas juridiska historiska rötter sträcker sig mycket långt tillbaka i tiden och några av de första källorna av skriven lag världen känner till är upptäckta i just Kina. Den s.k. "Book of Punishment" är förmodligen skriven 536 f. Kr. vilket gör lagen mer än 2500 år gammal.⁵ Genom de olika kejsardynastierna har lagarna tillämpats mer eller mindre obrutet sedan 600-talet och det är först mot slutet av 1800-talet denna kedja brutits.

De klassiska rättsskolorna i Kina är de s.k. Legalisterna och den Konfucianska skolan. Dessa båda riktningar kom att förknippas med begreppen *li* (moral) och *fa* (system av lagar) och de har påverkat Kina sedan 600-talet f. Kr. fram till våra dagar. Konfucianismen är med sin tydliga prägel av att hitta harmoniska och moraliska lösningar i första hand och legala lösningar i andra hand en stor bromskloss i skapandet av ett Kina byggt på rättsregler och lagar.⁶

2.2.1 Legalisterna

Legalisterna var en skola som förespråkade att samhället skulle styras genom lagar. Hårda straff skullen avskräcka befolkningen från att begå brott och legalisterna menade att lagen var skild från moralen och att det inte gick att uppfostra någon till att undvika brott utan det rätta var att straffa det onda

⁴ Yan Wang s. 13.

⁵ Chen, Jianfu s. 6.

⁶ Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 304.

med stränga straff. På grund av legalisterna starka tro på att Kina skulle styras bäst genom lagar kom de att bygga upp ett starkt administrativt system där alla lagar publicerades och offentliggjordes.⁷ Likhet inför lagen kom att premieras och ingen ansågs stå över lagen, inte ens kejsaren. Lagen var det viktiga och sattes i centrum för allt administrativt styre och det har av legalisterna sagts att en dålig lag är bättre än ingen lag.⁸ Legalisterna och deras idéer kom att förknippas med begreppet *fa*, som fritt översatt betyder lag eller reglerverk.

2.2.2 Konfucianismen

Konfucius var en filosof som levde på 600-talet f. Kr. och hans idéer kom att vara den officiella statshållningen fram till 1900-talet.⁹ Konfucianismen går ut på det är bättre att undervisa och ge moraliska riktlinjer än att påtvinga befolkningen hårda straff. Samhället skulle byggas på harmoni och ledaren skulle genom sin dygd och sitt föredöme skapa ett gott samhälle. Konfucianismen kom att ställa upp vissa typiska förhållande där hierarkin och därmed balansen skulle upprätthållas; förhållandet mellan far - son, man - hustru, äldre bror - yngre bror, vän - vän och härskare – undersåte. Harmoni sågs som det optimala tillståndet och den som gick till domstol för att lösa en tvist ansågs rubba denna harmoni. En tvist skulle istället lösas genom att parterna träffades och genom medling försökte hitta en gemensam lösning. Under dessa medlingar fanns ofta släkten med som utövade ett starkt tryck på parterna att göra upp. Den som motsatte sig en lösning ansågs nämligen dra skam över inte bara sig själv utan över hela släkten. Konfucianismen kom således att sätta den harmoniska lösningen på första plats och den förkastliga och påtvingade legala lösningen i andra hand. Detta gjorde att lagar aldrig fick en djup förankring hos de breda massorna som något gott, utan lagar kom att betraktas som något ont.

Konfucianismen har kommit att förknippas med begreppet *li* som betyder moral eller dygd. Det var genom *li* d.v.s. som en moralisk förebild en kejsare skulle styra sitt folk. Konfucius har sagt att om man leder ett folk genom lagar och påbud kommer de att fly från dig och tappa självförtroende; men om man leder dem genom att vara ett föredöme kommer de att följa dig troget och med stort självförtroende.¹⁰

⁷ Chen, Jianfu s. 10-12, 16.

⁸ Wang, Yan s. 21.

⁹ Med undantag för en kort period under Qin dynastin 221f. Kr. – 207 f. Kr. Chen, Jianfu s.12.

¹⁰ Ibid. s. 7.

Det visade sig emellertid svårt att styra ett land enbart genom moral och dygd (*li*) och de olika kejsarna kom därför att stifta olika lagar och regelverk (*fa*) i syfte att stärka sin makt och kontroll. Ett rättsystem med allmänna domstolar kom att bildas, trots den konfucianska läran som sa att en påtvingad lösning inte var något bra. Domstolarnas inkompetens, de stora kostnaderna en process medförde i form av extraavgifter och mutor samt den stora oförutsägbarheten för hur domstolen skulle döma gjorde emellertid medling till ett mer populärt tvistlösningssätt.¹¹

¹¹ Att även kejsarna fördrog lösningar utanför allmän domstol ses tydligt i detta citatet av K'ang-hsi Emperor (1662-1722) återgivet av Utter, Justice Robert F.:
”[L]awsuits would tend to increase to a frightful amount, if people were not afraid of the tribunals, and if they felt confident of always finding in them ready and perfect justice. . . . I desire, therefore, that those who have recourse to the tribunals should be treated without any pity, and in such a manner that they shall be disgusted with law, and tremble to appear before a magistrate.”

3 Avsaknaden av Rule of Law

3.1 Normgivningsmakten

Den praktiska tillämpningen av normgivningsmakten låter sig inte beskrivas på ett enkelt sätt då den är uppdelad i flera olika lager av både olika instanser och olika processer. Utöver detta problem finns det flera olika sorters lagar, förordningar, direktiv, riktlinjer m.m. som alla är föremål för en specifik beslutsprocess, vilket ökar förvirringen ytterligare. Förenklat och formellt kan emellertid lagstiftningsprocessen illustreras enligt det schema som återges här:

1) NPC (National People's Congress) – stiftar lagar och kan ändra i konstitutionen och kan ändra i s.k. basic law. Även om NPC står överst i normgivningshierarkin är deras reella makt inte särskilt stor, då mer betydelsefulla lagar ofta måste godkännas av Partiet, något som i strikt mening dock inte är nödvändigt.¹²

2) The Standing Committee – NPC:s stående kommitté kan stifta lag, dock inte basic law, och modifiera lagar när NPC inte är sammankallat. Utöver detta kan the Standing Committee delegera lagstiftande makt till lokala och regionala lokalförsamlingar. Denna delegering sker p.g.a. att lagstiftning ofta görs i form av ramlagstiftning som sedan måste fyllas ut och anpassas i de lokala regionerna.

3) The State Council – har rätt att stifta s.k. ”administrative regulations”. The State Council är det organ som stiftar mest regler, men dessa administrativa regler kommer ofta att inkräkta på det normgivningsområde som tillhör NPC då gränsdragningen mellan dessa organ är så vag.¹³ I praktiken kommer detta dock inte att spela någon större roll.

4) Provinsiella folkkongresser kan stifta lokala administrativa förordningar och lagar för lokal tillämpning. Lagarna och förordningarna kan annulleras av State Council om de strider mot lag eller någon av State Councils förordningar.

5) Lokala och regionala folkkongresser kan stifta lokala administrativa regler som kan annulleras av the State Council.

Då en lag skall antas kommer den att passera en rad olika steg innan den är färdig och kan promulgeras. Under denna process kommer en mängd olika aktörer att vara inblandade, inte minst representanter för olika myndigheter.

¹² Lubman, Stanley B. 1999, s. 141 ff. Partiets inflytande över NPC är dock så sakta på väg bort och på sikt kommer NPC att bli än mer självständig.

¹³ Ibid. s. 141 ff.

Dessa representanter kommer ofta att verka som en bromskloss på lagstiftningsprocessen då en lag som rör deras verksamhetsområde också kommer att påverka och ibland inskränka den makt de har inom sitt område.¹⁴ Positivt för det ekonomiska reformarbetet är emellertid att röster utanför den inre politiska kretsen börjat göra sig gällande genom åsiktsbildning och lobbying.¹⁵ Särskilt viktiga pådrivare av reformer har utöver externa källor såsom utländska myndigheter och näringsidkare varit den växande medelklassen i Kina.¹⁶ Medelklassen har insett att även de har ett behov av att få sitt humana och monetära kapital skyddat genom lagar och därigenom få det säkrat mot politikernas nycker.

När en lag är stiftad kommer den att förse med implementeringsregler och riktlinjer som i vissa fall kommer att skapas på lokal nivå. Detta komplicerade system där de olika lägre myndigheterna kompletterar högre lag gör lagarna och reglerna inkonsekventa och motstridiga. Domstolarna har inte någon möjlighet att förklara en motstridig regel ogiltig utan detta ansvar faller på the Standing Committee of the NPC. De eventuella förarbeten som ligger till grund för lagarna är inte offentliga och det är därför extra svårt att kunna avgöra vad syftet med lagen är.¹⁷ Det skall tilläggas att även om en på ytan tydlig hierarki finns mellan olika typer av lagar (basic law – law – administrativa förordningar – lokala regler) så är detta inte hela sanningen. Dessa lagar kompletteras av en rad olika dokument som i praktiken tillämpas på ett sätt som gör hierarkin i stort sett oanvändbar.¹⁸

Sammanfattningsvis kan man säga att det normgivningssystem och det virrvarr av lagar, förordningar o.s.v. som finns skapar ett system där lagar och förordningar tillämpas inkonsekvent och motstridigt. Följden blir en osäkerhet för alla ekonomiska aktörer om vilka regler som gäller och i en undersökning har Kina ansetts ha det tredje sämsta rättsystemet i Asien. På en skala mellan 0 – 10, där 10 är sämst, fick Kina 8,8 för den generella rättssäkerheten.¹⁹

3.2 Formell och halvformell tolkning av lag

Enligt den kinesiska författningen är det formellt sett endast lagstiftaren, d.v.s. The Standing Committee of the NPC som får tolka lagarna.²⁰ I praktiken har det emellertid alltid ansetts var tillåtit för dels lägre myndigheter och dels Högsta domstolen att tolka olika lagar och

¹⁴ Lubman, Stanley B. (red.) 1996, s. 54.

¹⁵ Lubman, Stanley B. (red.) 1996, s. 55 f.

¹⁶ Jefferson, G.H. s. 587 ff.

¹⁷ Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 314.

¹⁸ Lubman, Stanley B. 1999 s.143. Se också kapitel 3.3.

¹⁹ Crouching Tiger Hidden Laws. Undersökningen är publicerad i juli 2002.

²⁰ Art. 67 the Constitution of the People's Republic of China.

förordningar. Högsta domstolens tolkning av lagen kommer att vara vägledande och dess tolkning ses som riktlinjer för lägre domstolar, även om de inte är skyldiga att följa deras tolkningar. De lägre administrativa myndigheternas möjlighet att tolka förordningar har sin grund i att lagstiftningsmakten också implicit anses innefatta rätten att tolka den bestämmelse man själv utfärdat.²¹ När det gäller centralt stiftade lagar medför detta inga problem, men som vi sett ovan kommer många centralt stiftade lagar att skickas till lokala myndigheter som sedan fyller ut och implementerar lagstiftningen på ett inte alltid konsekvent sätt. Denna process kommer naturligtvis att innehålla en stor grad av tolkning på lokal nivå, vilket i sin tur leder till att lagar tolkas olika i olika regioner. Problemet blir att de planer som de centrala lagstiftarna har med lagen kommer att gå om intet då lokala myndigheter kommer att tolka och implementera dessa lagar utifrån sina egna syften och behov. Ett annat problem med detta är att det ofta är samma myndighet som tolkar lagen som kommer att tillämpa den i praktiken. Någon maktindelning mellan verkställande och lagstiftande makt kommer det alltså inte att var tal om.

3.3 Informell tolkning av lagen / Rule of Man

I Kina är lagen i praktiken underställd både politiker och administrativa myndigheter då det inte finns någon tydlig uppdelning mellan lagstiftande och verkställande makt. Utöver avsaknaden av uppdelning mellan dömande och verkställande makt kommer Partiet att ha ett stort inflytande även över den dömande makten och dess tjänstemän genom sina kommittéer över politik och juridik.²² Detta juridiska system grundar sig på ett konfucianskt synsätt som menar att lagen är sekundär i förhållande till moralen, vilket har gett upphov till att man ibland pratar om Kina som ett land styrt genom "Rule of Man" istället för "Rule of Law".²³ Följden är att lagen blir osjälvständig och kommer att tillämpas, tolkas och förändras i takt med att politiken ändras, vilket i sin tur skapar osäkerhet för utländska investerare, som därigenom får svårt att planera sina affärer.

När man 1979 införde EJV-lag tog man ett steg mot att öppna upp Kina för utländska investerare. Problemet var bara att detta beslut inte förankrats i någon politisk eller ideologisk befäst teori, vilket ledde till motsättningar mellan de reformivriga och de konservativa inom Partiet.²⁴ Lagstiftaren har sedan slutet av 70-talet varit än positiv till FIE:s och än negativ, allt beroende på vilken av de båda krafterna som haft mest inflytande vid just

²¹ Lubman, Stanley B. (red.) 1996 s. 87 ff.

²² Se kapitel 15.4.2.

²³ Påståendet att Kina saknar Rule of Law har kritiserats av Peerenboom, Randall 2003 som anser att man i en sådan kritik inte tar hänsyn till komplexiteten i begreppet Rule of Law och att den kritik som framförs gentemot Kinas rättssystem utgår från en uppfattning att det västerländska rättstraditionen är överlägsen och universellt tillämpbar.

²⁴ Wang, Yan s.103.

det tillfället.²⁵ Detta har lett till en ryckighet och osäkerhet över hur FIE kommer att behandlas i Kina vilket gjort det svårt för utländska företag att planera sin investering. De senaste åren har reformisterna fått allt fler anhängare inom Partiet och lagstiftningen är numera mer konsekvent och stabil till förmån för investeringar, men fortfarande finns det de inom Partiet som inte är positiva till FIE. Detta gör att policys och målsättningar ibland ändras vilket skapar osäkerhet och oklarhet. Många företag är t.ex. rädda för att få sin egendom exproprierad utan att få någon ersättning. Detta problem har uppmärksammats och det finns skydd mot expropriering i flera lagar bl.a. EJV-law, men detta lindrar endast investerarnas oro marginellt. Det finns ju ingen som vet när och om dessa lagar kommer att ändras.²⁶

3.3.1 Riktlinjer, policys, instructions, m.m.

Mycket av den kinesiska administrationen styrs genom olika policys och riktlinjer som fungerar som praktiska handböcker åt administrationen. Råden ges ut av högre lagstiftare t.ex. NPC eller SC och anledningen till att de används är att det går snabbare att skapa en riktlinje än en lag, vilket varit, och är, viktigt i det snabbt föränderliga ekonomiska klimatet i Kina. Problemet är att många av dessa riktlinjer kommer att vara i strid med andra instruktioner och ibland kommer de att sakna anknytning till lagen och till och med vara motstridiga mot lagen. Fördelen med riktlinjer är som sagt att de snabbt kan införas men ett problem är att de lika snabbt kan tas bort vilket naturligtvis skapar problem. Ytterligare ett problem är att det är lättare för en lokal myndighet att ifrågasätta och kanske bortse från en riktlinje än en lag vilket skapar en inkonsekvent tillämpning och medför att bl.a. utländska investerare får svårt att veta vilka regler de skall följa. Utöver detta sätter dessa olika dokument varken en tydlig gräns för vad som är tillåtit respektive förbjudet eller vilka sanktioner som finns om man bryter mot regeln.²⁷

3.3.2 Neibu

En form av riktlinjer som snabbt kan bli ett problem för utländska investerare är de interna och hemliga föreskrifter som benämns "*neibu*". *Neibu* är riktlinjer utfärdade av myndigheterna för internt bruk och är i praktiken förhållningsregler för administrationen. Dessa riktlinjer skapar emellertid problem då de är hemliga för FIE. Ett FIE som till exempel inte får tillåtelse för sitt byggnadsprojekt vet inte om detta beror på en "flexibel" tillämpning som går utanför lagen eller p.g.a. en laglig tillämpning av ett *neibu*. Vidare så kan man tänka sig att en del utländska investerare avstår

²⁵ Roehrig, Michael Franz s. 95 f.

²⁶ Lubman, Stanley B. 1999 s. 174 ff.

²⁷ Hoogmartens, Jan s. 78.

från vissa investeringar då alla tillgängliga riktlinjer och direktiv förbjuder det, men som trots detta hade varit tillåtna utifrån de riktlinjer som ges i ett *neibu*.²⁸ Den utländske investeraren får alltså inte chansen att göra den investering som hade varit möjlig om han känt till innehållet i det hemliga *neibu*. Detta system av *neibu* utnyttjas också av personer i näringslivet som under en förhandling kan hänvisa till att parterna måste göra på ett visst, för honom fördelaktigt sätt, då det finns ett *neibu* som föreskriver just vad han påstår. Det är då i praktiken mycket svårt att ifrågasätta detta då man inte kan kontrollera om det är sant, varför det har rekommenderats att företag skriver sina kontrakt så att de endast skall vara underkastad öppen och tillgänglig lag.²⁹ Problemet med *neibu* skall dock inte överskattas. Även om de fortfarande existerar och är en praktisk realitet idag är systemet med hemliga direktiv på väg bort, inte minst med tanke på Kinas inträde i WTO.³⁰

3.4 Inkonsekvent och motstridig tillämpning av lagen hos olika myndigheter

Problemet med att lagar inte efterkoms och att de tolkas ”flexibelt” av myndigheter på olika nivåer kan delas upp i två delar. För det första så kan det hända att t.ex. lokala myndigheter försöker ta ut extra avgifter eller att på något annat sätt påtvinga den utländske investeraren hårdare restriktioner som inte har lagstöd. Anledningen till detta kan vara dels att de vill ha in mer pengar i kassan och dels att de vill skydda det lokala näringslivet mot konkurrens. För det andra så finns det mellan de olika regionerna och städerna i Kina en konkurrens om att kunna locka till sig de största utländska investeringarna. Följden blir att många lokala myndigheter och administrationer tillämpar lagen mer flexibelt än vad som är tillåtet och ibland kanske helt bortser från den. Detta kan naturligtvis upplevas som positivt, men då man fått fördelar som man inte har laglig rätt till tvingas företaget leva med risken att beslutet upphävs från myndigheter högre upp i hierarkin.

Ett annat problem är att många lagar kommer att hamna under flera myndigheters ansvarsområde. Som vi sett tidigare innebär detta att de olika myndigheterna kommer att ha rätten att implementera och tolka lagen, vilket kommer att ge upphov till flera olika tolkningar av samma lag. Om vi tänker oss en lag som behandlar krav på företag att rena sitt avloppsvatten så kommer denna fråga att falla under både berörd miljömyndighet och under den myndighet som reglerar den verksamhet företaget bedriver t.ex. biltillverkning. Frågan är vems tolkning av den aktuella lagen som skall ges

²⁸ Lubman, Stanley B. (red.) 1996 s. 178 f.

²⁹ Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 313 not 30. Detta förbehåll kommer naturligtvis enbart att gälla mellan parterna men är ändå ett bra skydd mot ovanstående problem.

³⁰ Crouching Tiger Hidden Laws.

företräde? Någon samordnande verksamhet finns inte och det är fullt möjligt att de båda tolkningarna kommer att vara oförenliga. Något klart svar finns inte utan frågan kommer att lösas individuellt från fall till fall. I en undersökning från 1992 pekar utländska investerare på tvetydigheten och den icke-konsekventa tillämpningen av lagarna som det största problemet vid en etablering i Kina, något som får antas gälla även idag.³¹

Detta problem inverkar samtidigt negativt på det centrala planerandet då de centrala myndigheternas planer går om intet p.g.a. lokalprotektionismen som förstärker den inkonsekventa lagtolkningen. En skattelagstiftning som skulle genomföras 1994 ifrågasattes medvetet och öppet av representanter för skattemyndigheterna i Peking. De vill inte följa den centrala skattelagstiftningen förrän man kommit överens om hur skatteintäkterna skulle fördelas mellan central och regional nivå. Följden av denna och liknade dispyter har lett till att statens skatteintäkter sjunkit dramatiskt till förmån för de olika regionerna.³²

3.5 På bättringsväg tack vare inträde i WTO

När Kina anslöt sig till WTO 2001 kom de i sitt anslutningsavtal att lova att dels skapa en tidsskrift där alla lagar, förordningar, m.m. skulle publiceras och dels att skapa ett förfrågningscenter dit allmänheten skulle kunna vända sig för att få upplysningar om bl.a. lagar om handel, immaterialrätt, m.m.

Kina har nu infört en skyldighet för alla nya administrativa regler och koder att låta sig publiceras i en officiell tidning innan de promulgeras. Utöver detta skall all central och lokal lagstiftning registreras hos the Legal Affairs Office hos the State Council, vilket kan ses som ett steg i riktning mot en öppen och komplett lagstiftning.³³ Tidigare har ett stort problem varit att det inte går att ta reda på vilka lagar som promulgerats och är tillämpliga då något enhetligt register inte funnits. Detta problem ser nu ut att ha lösts genom ovanstående lösningar.

Även Kinas andra löfte är på väg att uppfyllas genom att man inrättat det s.k. "WTO Enquiry Centre" dit företag och allmänhet kan vända sig för att få svar på frågor om export/import, immaterialrättsliga frågor, o.s.v.

Trots dessa ansträngningar för att göra det kinesiska rättssystemet till ett transparent system med tillgängliga lagar är det en lång väg kvar att gå. Som vi sett är de problem Kina har med svåröverskådliga lagar och inkonsekvent tolkning ett utslag av det en djupt förankrad rättskultur. Men även den längsta resa börjar med ett första steg och med dessa förändringar är Kina på god väg för att skapa ett mer transparent och förutsägbart rättssystem.

³¹ Lubman, Stanley B. (red.) 1996 s. 176.

³² Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 315 not 35.

³³ Lifting the Veil – Transparency in China.

3.6 Guanxi och korruption

3.6.1 Allmänt om guanxi

Det kinesiska samhället har en lång tradition av att utnyttja sina personliga kontakter och relationer för att skaffa sig förmåner. Detta kallas ”*guanxi*” och är en mycket viktig del både i det politiska och det ekonomiska livet.³⁴ *Guanxi* är ett system där grunden utgörs av ett ömsesidigt utbyte av tjänster och förmåner baserat på personliga relationer. Detta är inget unikt för Kina utan finns över hela världen, men i ett samhälle där lagen kommit i andra hand och det politiska inflytandet har varit avgörande för administrativa beslut har detta system kommit att frodas. Det som är unikt är den stora omfattningen som sträcker sig till alla delar av det kinesiska samhället. Orsaken till att *guanxi* har så stor betydelse har att göra med den komplexa rättsordningen som finns både för utländska och inhemska investerare. Då det inte finns en tydlig hierarki mellan olika lagar och direktiv och många lagar kommer att kompletteras lokalt uppstår en möjlighet till skönsmässiga bedömningar. Detta förstärks av att det är administrationen själv som tolkar sina direktiv samt att många centralt stiftade lagar saknar tydliga riktlinjer. Denna möjlighet till tolkning kommer naturligtvis att förse den enskilde myndighetsutövaren med stor makt och möjlighet att utöva sin *guanxi*. Den enskilde myndighetsutövaren kommer därför att fatta beslut som kan gynna någon han har personlig kontakt med. Ibland kommer dessa beslut att komma i en gråzon där det kan vara svårt att avgöra om det överhuvudtaget är lagligt. *Guanxi* förutsätter emellertid ett ömsesidigt utbyte av tjänster så denna person kommer på sikt förvänta sig att få denna tjänst återgäldad. Detta behöver inte betyda att han som individ skall förse med förmåner utan det kan lika gärna handla om att han indirekt gynnas t.ex. genom att det JV han godkänt anställer många nya arbetare och att hans eget anseende därför ökar. Strange hävdar att detta är den viktigaste formen av förmåner och att det inte är så viktigt att upprätta personliga kontakter utan det kan räcka med att låta de tekniska och ekonomiska fördelarna tala för sig själva.³⁵ Vanligt är emellertid att utländska företag, som är fullt medvetna om *guanxi*, kommer att försöka upprätta goda förbindelser med nyckelpersoner både inom den politiska och administrativa sidan såväl som inom den ekonomiska sidan. Detta görs naturligtvis som ett led i att få en fördelaktigare behandling av myndigheterna och undvika att lagar och direktiv tillämpas till deras nackdel. En del av detta nätverksbyggande kan

³⁴ I mer traditionell mening innehåller *guanxi* inte så pass mycket inslag av korruption som jag ger uttryck för, men detta har ändrats i takt med de ekonomiska reformerna, se t.ex. Lubman, Stanley B. 1999 s. 114. Exakt var man drar gränsen mellan korruption och *guanxi* är en fråga jag inte avser förklara, men man kan konstatera att de i vissa fall är mycket närliggande.

³⁵ Strange, Roger (red.) s. 4.

innebära att man måste sätta lokala myndighetsutövare på sin lönelista som ”konsulter”.³⁶

3.6.2 Problem med *guanxi*

Problemet med *guanxi* är att det är ett osäkert system som inte följer några fasta regler. Personen som försett företaget kan av olika anledningar komma att tappa i inflytande och då kan någon annan komma att fatta de beslut man är beroende av, en person som man kanske inte har något inflytande över. Samtidigt så är det möjligt att någon annan har en ännu bättre kontakt med beslutsfattarna än det egna företaget har, vilket gör att de med bra kontakt får förmåner. Ytterligare ett problem är att det kostar pengar att underhålla sina kontakter, pengar som går till bl.a. dyra middagar med inflytelserika personer och löner till de s.k. ”konsulterna”. Ett annat problem är att det är möjligt att den förmån man fått, gjort att företaget bedriver sin verksamhet i gränslandet mellan tillåten och otillåten verksamhet. Detta betyder att företaget ständigt lever i osäkerhet vilket hämmar investeringsviljan och samtidigt kan ett behov uppkomma om att behöva tona ner verksamheten p.g.a. rädsla att bli upptäckt med att bedriva något olagligt.

3.7 Mutor

3.7.1 Allmänt

Guanxi är som jag sagt tidigare ett system av tjänster och gentjänster. Detta betyder att ett visst utbyte av både gåvor och tjänster av olika slag kommer att förekomma. I vissa fall kommer emellertid de tjänster och gåvor som ges för att skaffa och behålla goda relationer att ses som mutor. I Kina anses det som en muta att ge en offentligt anställd person pengar eller egendom i syfte att tillskansa sig fördelar som strider mot lagen.³⁷ Offentligt anställda är naturligtvis de som arbetar på olika myndigheter men också ledande anställda i ett State Owned Enterprise, vilket inkluderar de personer som agerar som affärsmän i kontakten med FIE. Denna breda definition gör det lämpligt att iaktta försiktighet. Då det kinesiska samhället i så stor utsträckning är uppbyggt kring personliga kontakter finns det trots tidigare påpekande en flexibel attityd i lagstiftningen till givandet olika gåvor och tjänster. Det anses t.ex. vara i sin ordning att ge mindre gåvor utan större värde och att bjuda på middagar och underhållning, som dock inte får vara överdrivet extravaganta.

För att givandet av en muta skall ge ett straff måste personen som lämnar mutan verkligen få en otillåten fördel, att bara ge mutor och få fördelar som

³⁶ Roehrig, Michael Franz s. 92.

³⁷ Overview of Anti-Corruption Laws and Regulations in the People’s Republic of China.

faller inom lagens ram anses sålunda tillåtit.³⁸ Straffet är mellan fem och tio år för normalbrottet men kan sträcka sig till livstid om brottet är grovt.

3.7.2 Problem med mutor

Det första problemet med givandet av mutor och korruption är att det kostar företagen mycket pengar. En undersökning visar att 70 % av Hongkong företagen lägger mellan 3-5 % av sina totala kostnader på "under bordet betalningar".³⁹ Den osäkerhet som uppkommer genom korruptionen/mutor skapar, precis som vid *guanxi*, ett klimat av oklarhet och ovisshet. Detta gör att vinster skjuts på framtiden samtidigt som den stora risken gör att en del företag helt avstår från att etablera sig i Kina. Korruptionsproblemet har också gett upphov till ett ökat missnöje bland medlemmar inom Partiet gentemot utländska företag, något som gjort att reformviljan sjunkigt och mer restriktiva lagar antagits. Detta ger också en ökad politisk oro, som förstärker den osäkerhet som redan finns. Genom korruption minskar också möjligheten att snabbt införa ett fungerande system av lagar då man genom att utnyttja kontakter istället för använda sig av de officiella byråkratiska vägarna har statens roll kommit att undermineras.⁴⁰

Sammantaget kan man säga att mutor kan ge direkta och kortsiktiga vinster för investerare men att mutorna på sikt kan komma att skapa större osäkerhet och ge upphov till en ökad politisk instabilitet för Kina som helhet.

3.7.3 Lösning på problemet

Guanxi är, när det fungerar, en personlig relation där tjänster byts mot gentjänster utan att några direkta mutor blandas in. Det kan förvisso anses opartiskt och orättvist, men det är både lagligt och lämpligt att skaffa sig goda vänner både inom näringslivet och hos myndigheter. Då Kina är ett starkt hierarkiskt land spelar det naturligtvis stor roll vem man känner, men ibland kan man utnyttja det hierarkiska systemet utan att ha några personliga kontakter. Ett sätt är att visa den person man har att göra med mer respekt än han borde ges utifrån den plats han har i hierarkin och så att säga ge ansikte och få honom att känna sig hedrad. På så vis kommer mottagaren att känna att han i sin tur måste ge något tillbaka.

Skulle det inte gå att undvika att betala mutor genom att utnyttja sina kontakter finns det ändå ofta inte något krav på att betala en direkt muta. I

³⁸ Detta gäller för givaren av gåvan. Eventuellt kan mottagaren drabbas av interna sanktioner.

³⁹ Gesteland, Richard R. s. 91. Yeung, Clement 2 § 14 menar att ca 2-16 % av Kinas BNP försvinner p.g.a. korruption.

⁴⁰ Lubman, Stanley B. 1999 s. 114. Detta i sin tur leder sedan till ännu mer korruption och man är inne i en negativ spiral som kan vara svår att ta sig ur.

många fall kommer den kinesiske motparten att förvänta sig något annat istället t.ex. en betald affärsresa till motpartens huvudkontor i Europa eller USA. Detta är naturligtvis i gråzonen för vad som är tillåtit men är allmänt accepterat som en affärsresa. Ibland kan det istället vara lämpligt att göra en personlig tjänst genom att utnyttja de kontakter du själv har. Något som är relativt vanligt att hjälpa motpartens barn att komma in på ett universitet i hemlandet. Ett annat sätt är att donera pengar till ett visst ändamål t.ex. för att bygga ett nytt sjukhus i den stad där man vill etablera sig.⁴¹

⁴¹ Gesteland, Richard R. s. 94.

4 Equity Joint Venture

4.1 Bakgrund

Den sedan slutet av 1980-talet mest föredragna formen för utlänningar att etablera sig i Kina är att etablera sig i ett EJV, samriskbolag, tillsammans med en kinesisk part.⁴² Detta har sin förklaring i att många företag inte hade tillräcklig kunskap om den kinesiska marknaden och därför gärna ville liera sig med en inhemsk partner som kunde lotsa dem igenom den snåriga byråkratin samtidigt som dessa partners antogs besitta viktiga kontakter för att marknadsföra produkten. Dessa antaganden har till större delen varit korrekta, men i vissa fall har de förväntade fördelarna inte kunnat infrias.⁴³ Ett annat viktigt skäl har varit att det i många branscher varit förbjudet att etablera sig i någon annan form än som ett EJV med en kinesisk majoritetsägare.

Detta kapitel inleder den del av uppsatsen som presenterar en del av de olika associationsformer som finns i Kina.

4.2 Vad är ett Equity Joint Venture?

Ett Equity Joint Venture, också kallat Sino-Foreign Enterprise, är en kinesisk juridisk person skapad av en eller flera kinesiska parter och en eller flera icke-kinesiska parter. De kinesiska parterna kan inte vara en fysisk person utan måste vara ett företag, bolag eller annan juridisk person.⁴⁴ Denna inskränkning hänger samman med Kinas kommunistiska ledning som genom denna begränsning vill begränsa kapitalismens negativa påverkningar i det kinesiska samhället. Inskränkningen omfattar inte utländska investerare.

Ett EJV är ett limited liability company i enlighet med kinesisk rätt vilket innebär att det också är en kinesisk juridisk person. Ett EJV kommer i egenskap av juridisk person att ha egen redovisnings- och skatteskyldighet samt civilrättsligt ansvar.⁴⁵ Vinst och eventuell förlust kommer att delas strikt mellan ägarna i direkt proportion till investerat och registrerat kapital. Denna exakta fördelning av vinsten i proportion till investerat kapital är ett särdrag för EJV och någon möjlighet för parterna att avtala om en annan fördelning finns inte.⁴⁶

⁴² Yingqi Wei, Xiaming Liu s. 25. Den senaste trenden är emellertid att WFOE blir mer populär samtidigt som även andra etableringsformer öppnas upp för utländska investerare.

⁴³ Se kapitel 10.3.2.

⁴⁴ Huang, John Zhengdong s. 474.

⁴⁵ Art. 4 EJV-law.

⁴⁶ Art. 8 EJV-law.

4.2.1 Kapital- och apportbidrag

4.2.1.1 Värderingsproblematiken

Parterna kan välja hur de vill bidra till kapitalanskaffningen för EJV och de kan bidra med kontanter eller apportegendom bl.a. landrättigheter, byggnader, tekniskt kunnande, intellektuellt ägande t.ex. patent, maskiner och utrustning, o.s.v.⁴⁷ Normalt bidrar den kinesiska parten med landrättigheter, kontanter och byggnader medan den icke-kinesiska parten bidrar med sitt tekniska know-how.⁴⁸ Med tanke på att vinst och förlust delas strikt efter investerat kapital, utan möjlighet att avtala om något annat, är det av största vikt att bidraget blir korrekt värderat.

Ett stort problem vid värderingen av apportegendomen har länge varit att värdera teknisk kunskap och annan know-how. Detta har att göra med att det är svårt att avgöra vad som är så pass specifik kunskap att det kan anses tillhöra en av parterna och därför kan användas som dennes insats. En del av detta problem beror på att man i Kina länge inte varit bekant med begreppet ”immateriell rättighet”. Det var tidigare inte möjligt att äga en sådan rättighet och detta har gjort att många kineser helt enkelt inte anser en sådan rättighet värd någonting alls.⁴⁹ Utöver detta finns en rad olika statliga regler som måste uppfyllas om hur teknologin skall se ut, vilket gör värderingarna ännu mer komplicerade. Vid förhandlingar och överföring av teknologi till ett JV med en State Owned Enterprise-partner gäller dessutom särskilda värderingsregler.⁵⁰

Värderingen av kapitaltillskotten skall, som vi kommer att se i kapitel 6.4 och 6.6, sedan godkännas av ansvarig myndighet och då justeras i allmänhet värdet på den kinesiske partens bidrag upp medan icke-kinesens bidrag justeras ner.⁵¹

Tidigare var den icke-kinesiska parten skyldig att bidra med minst 25 % av det registrerade kapitalet men från och med 1 februari 2003 är detta krav upphävt.⁵² Vissa problem uppstår emellertid om EJV väljer att etablera sig

⁴⁷ Art. 22 EJV-Implementing Law.

⁴⁸ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.04[3].

⁴⁹ Kina har en mångtusenårig historia av bl.a. patenträtt men detta upphörde vid kulturrevolutionen och en modern patenträtt, där rättighetsinnehavaren bestämmer över sitt patent fullt ut, har i strikt mening bara funnits sedan Kina stiftade sin Patent Law 1993. Lagerqvist, Thomas JT 1996/97 s. 609 ff.

⁵⁰ Värdering skall ske av officiellt utvalda värderare, valda av den kinesiske parten, som sedan rapporterar till the State Assets Administration Bureau som skall godkänna värderingen. Detta innebär självklart en risk för partisk och osjälvständig värdering. Se Foreign Direct Investment in China - The Issues and The Risks.

⁵¹ Lagerqvist, Thomas JT 1997/98 s. 388.

⁵² Art. 2 Circular on relevant issues concerning strengthening the administration of examination and approval, registration, foreign exchange and taxations matters of foreign invested enterprises.

med mindre utländskt kapital än 25 %.⁵³ Den största nackdelen är att ett sådant EJV inte kommer att få de skatteförmåner som annars tillkommer vissa EJV de första fem åren. Ett annat problem är att sådana EJV har betydligt strängare tidsgränser på sig att betala in det registrerade kapitalet, något som kontrolleras hårt av MOFTEC.⁵⁴

Det kapital som parterna bidragit med vid bildandet av EJV är i princip bundet för hela dess livslängd, vilket innebär att det inte finns någon möjlighet att hoppa av samarbetet i förtid och plocka ut sitt investerade kapital. Det finns emellertid en möjlighet för att ändra i kapitalet, men detta måste då godkännas av den myndighet som först godkände EJV och det är en i praktiken svår väg att gå.⁵⁵

4.2.1.2 Tillåten låneandel av det investerade kapitalet

Det finns i Kina, precis som i många andra länder, ett krav på att det kapital man investerat i EJV inte enbart ska bestå av lånade pengar. I Kina har man valt att låta den tillåtna andelen lån variera beroende på hur mycket registrerat kapital man valt. Generellt kan man säga att en större andel lån i förhållande till det registrerade kapitalet tillåts om man har stor andel registrerat kapital, vilket i praktiken medför att EJV måste investera en stor andel riskkapital i företaget innan man vet hur verksamheten går.⁵⁶ Nya regler för tillskottskapital har trätt ikraft från och med 1 mars 2003 men dessa kommer förmodligen inte att tillämpas förrän implementeringsreglerna trätt ikraft. Något datum för när implementeringsreglerna skall träda ikraft är inte satt.⁵⁷

4.2.1.3 Senaste tidpunkt för inbetalning av det registrerade kapitalet

Om man väljer att betala hela kapitalet på en gång skall det betalas inom 6 månader. Väljer man att betala i delar så skall de första 15 % av kapitalet betalas inom 3 månader och resterande 85 % skall betalas inom 6 månader från det att EJV registrerades. Betalas inte kapitalet in i tid anses EJV upplöst och alla tillstånd EJV har uppöses automatiskt.⁵⁸

⁵³ Här bortses från alla de praktiska management problem som uppstår om man endast blir minoritetsägare i EJV.

⁵⁴ Parterna måste betala in det kapital de anser behövs till EJV inom vissa tidsramar, normalt inom ca 6 månader. Om beloppet inte betalas in kommer EJV tillstånd att dras in och EJV att upplösas, se förordning Several Provisions on Capital Contribution by Parties to Sino-Foreign Equity Joint Ventures.

⁵⁵ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.04[4].

⁵⁶ När företaget sedan rullar löper man risken att få vänta på sina pengar då det i praktiken är mycket svårt att ta ut även om företaget går med vinst.

⁵⁷ FIE Financing and the New Foreign Debt Procedures, Coudert Brothers, mars 2003.

⁵⁸ Art. 5 Foreign Debt Administration Tentative Procedures.

4.2.2 Ledning

Ett EJV kommer att ledas av en styrelse vars sammansättning skall reflektera det insatta kapitalet i EJV och den skall bestå av minst tre ledamöter.⁵⁹ Ordföranden i styrelsen kommer att vara EJV legala representant utåt men utöver detta kommer han inte att ha några speciella rättigheter. Ledamöterna i styrelsen utses på fyra år och möte skall hållas minst en gång per år.⁶⁰ Normalt fattas beslut med enkel majoritet men vissa specifika frågor kräver enhällighet, bl.a. ändringar i bolagsordningen och förändringar av det registrerade kapitalet.⁶¹ Dessa krav på enighet ställer ofta till problem då företagskulturerna och kanske också målsättningen med samarbetet kan skilja sig åt mellan parterna. Det anses t.ex. som självklart i västvärlden att den som uppnått 50,01 % av rösterna i kraft av majoritetsägare är den som bestämmer. I Kina förhåller det sig annorlunda. Där menar man att då det vid ett sådant ägarförhållande egentligen bara skiljer några ynka procentenheter mellan majoritets- och minoritetsägare vore det orimligt att majoritetsägaren skulle få bestämma allt. En kinesisk minoritetsägare kommer därför, utifrån ett västerländskt perspektiv, att sätta sig på tvären i alldeles för många frågor, vilket kan vara djupt problematiskt. Det finns därför starka incitament att antingen skaffa sig så pass stor andel, ca 70 – 80 %, i JV att man kan fatta beslut utan problem eller utrusta sig med tålmod och planera sina styrelsemöten på förhand.⁶² Att gå i direkt clinch med sin partner brukar straffa sig, inte minst därför att denna kanske besitter mer *guanxi* och inflytande än man själv har.⁶³

⁵⁹ I praktiken kommer styrelsen oftast att bestå av 5-7 medlemmar. Chow, Daniel C.K s. 10.

⁶⁰ Art. 31 och 32 EJV-Implementation Law.

⁶¹ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.02.[4] p. 7.

⁶² Chow, Daniel C.K. s. 16.

⁶³ Lagerqvist, Thomas JT 1997/98 s. 386 f. och Chow, Daniel C.K s. 26 f.

5 Contractual Joint Venture

5.1 Bakgrund

Denna form av samarbete fick inte sitt formella godkännande förrän 1988 då CJV-law infördes. Luckor i denna lag gjorde att man 1995 införde CJV-Implementing Law, som kompletterar den första lagen men än idag finns det vissa brister som då brukar täckas genom analogislut från EJV-law. Idag sker bara ca 10 % av alla etableringar i Kina i formen av CJV, vilket förmodligen kan förklaras genom att detta är en lösare form av samarbete som ofta används vid tidsbegränsade projekt.⁶⁴

5.2 Vad är ett Contractual Joint Venture?

Ett Contractual Joint Venture, också kallat Co-operative Joint Venture, är en samarbetsform mellan en eller flera kinesiska parter och en eller flera icke-kinesiska parter och behöver inte bildas som en juridisk person. Ett CJV regleras genom det avtal som finns mellan parterna och det är genom detta kontrakt som syftet och utformningen av CJV bestäms. Vidare så bestäms det i kontraktet hur vinst och förlust skall fördelas mellan parterna, en fördelning som inte måste vara proportionerlig i förhållande till det kapital parterna bidragit med. Detta betyder att parterna inte behöver göra en exakt värdering av kapitalbidrag utan det räcker med att de är överens om hur vinsten skall fördelas. Flexibiliteten i värderingen av kapitaltillskotten kan vara en stor fördel då värderingen av parternas bidrag annars ofta ger upphov till långdragna förhandlingar. Ett CJV kan emellertid också skapas som ett limited liability company, under förutsättning att det uppfyller de juridiska kraven.⁶⁵ Trots att CJV då blir en juridisk person kan en part efter att fått ett speciellt tillstånd plocka ut sin andel av det investerade kapitalet under det att CJV fortfarande är verksamt.⁶⁶

Ett CJV styrs antingen av en styrelse eller ett joint management body. Det är till och med möjligt, om parterna är överens, att låta en tredje man kontrollera styrelsen i CJV, vilket kan underlätta beslutsprocessen om parterna valt att ha ett lika hälftenägande.⁶⁷ Denna utomstående part kommer då att ha utslagsröst vid frågor som annars inte hade kunnat lösas, vilket gör CJV betydligt mer handlingskraftigt. Liksom för EJV krävs det i vissa frågor enhällighet vid styrelsebeslut och problem mellan parterna uppkommer lätt då parterna ibland har olika syfte och målsättning med CJV-

⁶⁴ Yingqi Wei, Xiaming Liu s. 24 f.

⁶⁵ Art. 2 CJV-Implementation Law.

⁶⁶ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.02[4].

⁶⁷ Chen, Jianfu s. 333.

samarbetet. Som sagts tidigare är det upp till parterna att bestämma hur de vill fördela vinsten respektive förlusten. Detta gör det möjligt för den part som gjort en stor initial kapitalinsats att plocka ut sin vinst tidigt och sedan ta en något lägre vinstandel när den initiala kapitalrisken är över.⁶⁸

⁶⁸ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.04[4].

6 Proceduren för att skapa ett Joint Venture

6.1 Bakgrund

Proceduren för att bilda ett JV är i princip densamma för både EJV och CJV och är en process som kräver stor förberedelse och mycket tid. I en undersökning sägs det att det tar i genomsnitt 92 dagar att gå igenom alla processer inför en etablering. Detta skall jämföras med genomsnittet i undersökningen, som omfattade både utvecklingsländer och OECD – länder, på 47 dagar.⁶⁹ Det bör också tilläggas att dagarna börjar räknas efter man själv gjort sin egen initiala undersökning, hittat sin partner, kommit överens med sin partner, o.s.v., vilket gör att den faktiska tidslängden blir ännu längre.⁷⁰ Den noggranna och tidskrävande processen har sin grund i det kommunistiska styret där myndigheterna vill kontrollera att JV kan tillföra något till det kinesiska samhället utan att det medför alltför stora risker för det kinesiska samhället.⁷¹ Innan jag börjar med att förklara processen är det vissa begrepp och bestämmelser som måste förklaras.

6.1.1 Tröskelvärde

För att avgöra vilken myndighet som har huvudansvaret för prövning och godkännande av JV använder sig kineserna av bestämda tröskelvärde. Om den totala investeringen i JV uppgår till mindre än 30 miljoner US\$ kommer en av MOFTEC:s lokala avdelningar att vara huvudansvarig medan investeringar med större belopp än 30 miljoner US\$ kommer att falla under MOFTEC:s ansvar.⁷² Många kinesiska partners kommer att vilja få JV prövat på lokal nivå, då den lokala granskningen normalt är mindre rigorös och går snabbare, inte minst med tanke på att de där har möjlighet att utnyttja sina kontakter.⁷³

⁶⁹ Improving the Investment Climate in China s. 31 där också en annan undersökning presenteras som visar ett något lägre antal dagar, men som ändå är väldigt många i jämförelse med de övriga länderna i undersökningen.

⁷⁰ Lind, Henrik s. 131 säger att ett företag får räkna med 2-3 år eller 3-5 år för stora projekt att gå från idé till verklighet. Denna undersökning är emellertid gammal, från 1987, och mycket har hänt sedan dess.

⁷¹ I Kina ses det inte som en rättighet att få bilda ett JV utan snarast som en förmån som man eventuellt kan tillåtas.

⁷² Investment Vehicles in China s. 8.

⁷³ Chow, Daniel C.K. s. 24 f.

6.1.2 Guidance Catalogue

När myndigheterna gör sin bedömning av om JV kan godkännas eller ej har de till hjälp en katalog som ger dem rådgivning för hur bedömningen skall ske och vilka verksamheter som alltid är förbjudna.⁷⁴ Dessa riktlinjer erbjuder dessutom en utländsk investerare en möjlighet att snabbt se huruvida deras etablering överhuvudtaget är möjlig, Katalogen delar upp den kinesiska marknaden i fyra grupper utifrån den verksamhet som bedrivs; uppmontrad, begränsad, förbjuden samt tillåten verksamhet.⁷⁵ Tidigare var många områden förbjudna för utlänningar men i takt med att Kina blivit mer marknadsorienterat och i och med Kinas inträde i WTO har antalet förbjudna områden blivit färre och färre.⁷⁶ Bland annat område som telekommunikation, informationsteknologi och banksektorn har blivit mer tillgängliga för FIE, även om det är här de flesta restriktioner också finns kvar. I en del fall ställs det även upp krav på företagets ägandeförhållande, vilket gör att det ibland inte är möjligt för ett WFOE att etablera sig. Restriktioner ställs även på att ett JV i vissa fall måste kontrolleras av en kinesisk part.

6.1.3 Ansvarig myndighet

För att etablera ett JV krävs godkännande av myndigheterna. I min redogörelse kommer jag ofta att använda mig av begrepp som ”myndigheterna” eller ”ansvarig myndighet” vilket känns otillfredsställande, men tyvärr är detta nödvändigt. Det bästa vore naturligtvis att skriva vilken myndighet det faktiskt rör sig om. Det måste här sägas att Kinas administration är ett extremt komplicerat system där ansvar delas och delegeras både horisontellt och vertikalt och skapar på så vis en mycket svåröverskådlig ansvars- och beslutsprocess. Detta är ett problem som ökat i takt med att fler verksamhetsområden och fler regioner öppnats för utländska investerare och därigenom har antalet myndigheter involverade i processen ökat. När jag använder mig av begreppet ”ansvarig myndighet” är det ofta för att just detta begrepp används i lagtext och förordningar. Exakt vilken myndighet som har ansvaret kommer i verkligheten att avgöras utifrån vilken provins företaget avser att etablera sig i, vilka detaljregler som finns för den aktuella verksamheten, samt vilka kontakter företaget kan utnyttja.⁷⁷

⁷⁴ the Guidance Catalogue for Foreign Investment Industries, promulgerad 21 mars 2002.

⁷⁵ Art. 4, the Provisions on Guiding the Orientation of Foreign Investment, promulgerad 1 april 2002.

⁷⁶ Links to China, april 2002.

⁷⁷ Chen, Jianfu s. 350 ff.

6.2 Initiala steg som delvis ligger utanför den formella processen

6.2.1 Val av samarbetspartner

I Kina är det i praktiken omöjligt att ta kontakt med intressanta och potentiella företagspartners direkt. Det korrekta sättet är att försöka få en gemensam kontaktperson, t.ex. en ambassadör eller någon på en handelskammare i Kina, att ordna en träff mellan den utländska investeraren och potentiella kinesiska partners. Generellt kan man säga att ju högre status kontaktförmedlaren har desto större är sannolikheten att den utländska investeraren får ett meningsfullt möte.⁷⁸ Med detta sagt är det trots allt relativt lätt att hitta en partner dels p.g.a. att det finns ett stort behov av utländska investerare och dels p.g.a. att man byggt upp en bra infrastruktur för utländska investerare att hitta en kinesisk partner.⁷⁹

Exempel på några vanliga partners är SOE som ligger under MOFTEC:s kontroll. Dessa har ofta ett stort kontaktnät och är kompetenta vad gäller export/import. Privata företag är i allmänhet bra på att producera varor och tjänster och är starkt målinriktade, men saknar resurser för stora och tekniska projekt. Andra bra partners för tillverkning av t.ex. kemikalier, teknik eller maskiner är de företag som faller under respektive ministerium med detta ansvarsområde.⁸⁰

6.2.2 Due diligence

Innan man väljer att samarbeta med en partner i ett JV är det naturligtvis viktigt att ta reda på hur ens potentiella partners företag ser ut. Det finns naturligtvis en rad olika frågor av både legal och ekonomisk karaktär att kontrollera och skaffa svar på. Trots att due diligence undersökningen i stora delar liknar den en västerländsk investerare är van vid, skall jag här nämna några särskilda avvikelser och fallgropar.

För det första så är det avsevärt mycket svårare att ta reda på fakta. Detta beroende på att man generellt sett inte är lika noggrann i sina företagsarkiv som vi i västvärlden är och dels p.g.a. att många kineser ser det som en misstroendeförklaring om man påtvingar sig rätten att undersöka deras företag och därför vägrar att ge tillgång till all fakta. Om de frågeformulär man ställt upp är ofullständiga är ett alternativ att föra intervjuer med chefer hos den nye partnern. Lämpligt är då att intervjua chefer på mellannivå då

⁷⁸ Gesteland Richard R. s. 22 f.

⁷⁹ Wang, Kui Hua s. 98 f.

⁸⁰ Brink, Daniel J. s. 574 ff.

dessa har god insikt om företaget, men inte är så involverade och kontrollerade av de lokala myndigheterna som de högsta cheferna.⁸¹ Ett annat problem, som kommer att tas upp mer noggrant i kapitel 11, är landrättigheterna, där framförallt ägandeformen hos företagens partner är av vikt. För det tredje är ekonomiska redovisningar av olika slag t.ex. årsredovisningar ofta inte utförda på det sätt man kanske förväntar sig. Detta är förvisso ett internationellt vanligt problem då de flesta länder har sitt eget sätt att genomföra redovisningar och värderingar. Det har därför blivit vanligt att man låter en extern och internationell revisionsbyrå se över de ekonomiska bitarna och presentera en ny ekonomisk rapport på det sätt investeraren vill ha det.⁸² För det fjärde är prognoser om framtiden ofta dåligt underbyggda och ger en alltför positiv bild om framtiden. Anledningen till detta är att prognoser sällan upprättas i Kina och att de helt enkelt saknar erfarenhet och kompetens att prognostisera på ett bra sätt.⁸³ En annan aspekt som man bör titta extra noga på är anställningssituationen hos ens partner, vilket tas upp mer noggrant i kapitel 13.

6.3 Letter of Intent och project proposal

Detta initiala skede i etableringsprocessen är till för att beskriva de finansiella och ekonomiska aspekterna av JV för de ansvariga myndigheterna. Det formella ansvaret ligger på den kinesiske parten men det är viktigt att den icke-kinesiske parten medverkar under hela processen och kontrollerar att de dokument som skickas till myndigheterna verkligen motsvarar vad parterna kommit överens om.

Den kinesiska parten kommer att upprätta ett project proposal som är ett förslag på hur parterna avser att driva sitt JV och vad ändamålet med JV är. Exakt vad ett project proposal skall innehålla skiljer sig åt mellan olika branscher, men typiskt sätt skall det innehålla uppgifter om hur stort registrerat kapital som finns, hur ägarförhållandet ser ut, vem som bidragit med kontanta medel, vilka eventuella råvaror som behövs för produktion, hur stor del av produktionen som förväntas exporteras, m.m.⁸⁴

Dessa olika dokument och förslag kommer sedan att, tillsammans med ett av båda parter upprättat letter of intent att skickas till de ansvariga myndigheterna för granskning och eventuellt godkännande.

När ett letter of intent, som formellt är ett icke-bindande avtal mellan parterna, avtalas fram är det viktigt att man verkligen överväger över hur man formulerar sig och redan i detta relativt tidiga skede har en klar bild av hur man vill att JV skall utformas. I Kina är det mycket svårt att ändra något

⁸¹ Capener, Cole R § 12.01[2].

⁸² Ibid. § 12.01 [4b].

⁸³ Common Financial Due Diligence Issues in Asia: The Seven Deadly Sins.

⁸⁴ Lewis, Donald J. (red.) s. 36.

i sitt letter of intent i efterhand och man bör därför vara mycket noga med vad man lovar att utföra samt vilka eftergifter man ger till sin motpart. Anledningen till att det är så svårt att frånga vad som är sagt i letter of intent beror dels på att det anses betydligt mer moraliskt bindande än vad som är normalt i västvärlden och dels p.g.a. letter of intent-avtalet ligger till grund för prövningen av JV.

Om myndigheterna är nöjda med utkastet kommer de att utfärda ett preliminärt godkännande ett s.k. "lixiang". Detta godkännande är nödvändigt för att den kinesiske parten skall få genomföra mer detaljerade förhandlingar med den utländske parten. Detta första godkännande kommer att ligga som grund för de senare godkännande som krävs. Att i efterhand ändra något i sin etableringsplan är i praktiken mycket svårt. Det kan därför rekommenderas att man i möjligaste mån försöker skriva sina ansökningar så brett så möjligt, så att även eventuell "sidoverksamhet" som eventuellt kan tänkas behöva bedrivas täcks in.

6.4 Feasability rapport

När parterna fått sitt preliminära godkännande, lixiang, måste de ansöka om ett formellt godkännande hos MOFTEC eller om det registrerade kapitalet är lägre än 30 miljoner US\$ hos en regional alternativt lokal myndighet underställd MOFTEC. Ansökan, som kallas feasibility rapport, kommer att vara mycket omfattande och stora krav ställs på vad som skall redovisas och hur ansökan skall var utformad. Det som skall vara med i ansökan beskrivs i följande kapitel.⁸⁵

6.4.1 Allmän beskrivning

En allmän beskrivning av vilka parter som är parter i JV måste redogöras för, en plan måste upprättas för hur styrelsen av JV skall se ut och vem som skall vara ordförande samt vilka ändamål och syfte man har med JV, vilka produkter man skall tillverka, o.s.v. Vilket syfte man har med sitt JV bör noga övervägas då ett JV endast godkänns för det syfte och ändamål man angivit. Innebörden av detta är att man måste göra en ny ansökan om man p.g.a. ändrade förhållande måste göra ändringar i sitt JV och dess syfte, vilket kan vara tidsödande. Även små ändringar i syftet med JV t.ex. ett JV som tillverkar bildäck, men av olika anledningar hellre vill tillverka cykeldäck, gör att man måste ansöka om ett nytt tillstånd för den nya verksamheten.⁸⁶

⁸⁵ Denna redogörelse är emellertid inte uttömmande då det förekommer lokala avvikelser.

⁸⁶ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.04[9].

6.4.2 Ekonomisk analys

JV måste bifoga en djuplodande ekonomisk analys av JV som skall inkludera en värdering av marknaden och dess faktiska och potentiella konkurrenter, vilka eventuella lån man kan tänkas behöva ta i framtiden, storleken på exporten, kassaflödesrapport, behov av investeringar, när man planerar att börja gå med vinst, m.m.

6.4.3 Behov av arbetskraft, lån, råvaror, m.m.

En redogörelse av det behov JV har av arbetskraft och råvaror för sin produktion skall också bifogas. Vilket behov har JV av el och vatten samt vilka eventuella andra infrastrukturella behov JV kan behöva göras i framtiden. Har JV ett behov av att importera några råvaror utifrån eller kan man tillgodose sina behov med kinesiska råvaror? Det är för ett JV gynnsamt och ibland nödvändigt att utfästa sig att köpa lokalt och inte importera halvfabrikat eller råvaror från utlandet, för att få myndigheterna att acceptera den feasibility rapport man anmält.⁸⁷ Ett företag som köper mer lokalt än de ”måste” kan emellertid vända detta till något positivt, då gynnan av lokala leverantörer kommer att få de lokala myndigheterna vänligt inställda till företaget, vilket kan vara av stor praktisk betydelse.

När feasibility rapporten är sammanställd och insänd kommer den att via the State Planning Commission att skickas ut till olika myndigheter med olika ansvarsområden. Där kommer de olika avdelningarna att göra en bedömning av JV, samt göra en analys av hur de tänker ”samarbeta” med JV. Detta ”samarbete” innebär bl.a. att myndigheterna lovar att det finns tillräckligt med råvaror för JV, att el finns att tillgå, o.s.v. och dessa löfte kan i praktiken liknas med ett kontrakt mellan JV och myndigheterna.⁸⁸

6.5 Ansökan om namn

När processen har kommit så här långt och fått både sin feasibility rapport och sin project proposal godkända skall JV registrera sitt namn. Denna ansökan görs hos SAIC eller dess lokala gren.⁸⁹ SAIC har speciella riktlinjer som de utgår från när de godkänner namn och typiskt sett skall ett JV-namn bestå av en kombination av ett eget valt namn, platsen för JV, vilken typ av juridisk person det är samt vilken verksamhet det sysslar med. Ett exempel kan ges i JV-namnet Jiangyin Alfa Laval Flow Equipment (Kunshan) Co. När

⁸⁷ Wang, Yan s. 141.

⁸⁸ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.03[3] och The Life and Death of a Joint Venture in China s. 40 f.

⁸⁹ Randt, Jr., Clark T. §2-2.03[4].

namnet väl är godkänt hålls det reserverat i upp till ett år i avvaktan på ett slutgiltigt godkännande av JV.

6.6 Formell ansökan

För att få sitt slutgiltiga godkännande måste parterna skicka in följande dokument till MOFTEC⁹⁰:

1. en formell ansökan om etablering av JV.
2. feasibility rapporten.
3. joint venture-kontraktet och bolagsordningen.
4. lista över de nominerade till ordförande-, viceordförande- och ledningsposterna.
5. övriga dokument som krävs av prövningsmyndigheterna.

När MOFTEC fått in en komplett ansökan skall de avge svar inom 3 månader för EJV och inom 45 dagar för CJV.⁹¹ Denna sista prövning är normalt bara en rutinsak då de problem som kan tänkas uppkomma normalt beaktats och eliminerats under den tidigare processen och i samband med att feasibility rapporten godkändes.

6.7 Registrering av business licens

Det sista steget för att etablera ett JV är att registrera rörelsen. Detta görs inom en månad hos AIC, den lokala administrativa myndigheten för industri och handel.⁹² Den licens man då får innehåller en beskrivning av JV syfte och ändamål samt uppgifter om vilket registrerat kapital JV har.⁹³

⁹⁰ Art. 7 EJV-Implementation Law.

⁹¹ Art. 8 CJV-Implementation Law och Art. 7 EJV-Implementation Law.

⁹² Art. 9 EJV-Implementation Law.

⁹³ Randt, Jr., Clark T § 2-2.03[6].

7 Wholly Foreign-Owned Enterprise

7.1 Bakgrund

Denna associationsform har länge varit i skymundan av den mer föredragna EJV-associationsformen. De senaste 5-10 åren har dock WFOE blivit en mycket uppskattad etableringsform och 1998 gjordes ca 49 % av etableringarna i Kina i WFOE-formen.⁹⁴ Förklaringen till att WFOE-formen blivit så populär har flera anledningar, men har att göra med dels den ökade acceptansen för denna associationsform hos de kinesiska myndigheterna, och dels på att utländska investerare numera förstår den kinesiska marknaden bättre.⁹⁵

7.2 Vad är ett WFOE?

Ett Wholly Foreign Owned Enterprise är ett företag som etableras i Kina av en icke-kinesisk investerare. Företaget kommer att bli en juridisk person, normalt ett limited liability company, men det kan även välja en annan juridisk företagsform.⁹⁶ Precis som de andra företagsformerna kommer en etablering att underställas en viss kontroll från de kinesiska myndigheterna. Som ett första krav krävs det att WFOE bidrar till att avancerad teknologi och export utvecklas i Kina.⁹⁷ Tidigare ställdes det upp andra strängare formella krav på bl.a. 50 % export av sin produktion men dessa krav är numera avskaffade. En förutsättning för att överhuvudtaget kunna ansöka om att bilda ett WFOE är att den verksamhet som planeras att drivas genom WFOE inte är förbjuden enligt the Guidance Catalogue for Foreign Investment Industries. Om myndigheterna anser att WFOE kommer att hota Kinas nationella intressen eller dess säkerhet, bryta mot kinesisk rätt, eller potentiellt vara miljöfarlig kan de förbjuda en etablering.⁹⁸

Det registrerade kapital som används för att grunda ett WFOE kan inte ändras under det att WFOE är verksamt utan godkännande från myndigheterna.⁹⁹ Det bör också nämnas att prövningen är ett riktigt prövningsförfarande och inte enbart en formalitet.

⁹⁴ Yingqi Wei, Xiaming Liu s. 25.

⁹⁵ Peerenboom, Randall Wholly Foreign-Owned Enterprises § 3.01.

⁹⁶ Huang, John Zhengdong s. 478.

⁹⁷ Art. 3 WFOE-Implementation Law.

⁹⁸ Art. 5 WFOE-Implementation Law.

⁹⁹ Art. 21 WFOE-Implementation Law.

8 Proceduren för att skapa ett WFOE

8.1 Project Proposal

Det första steget i att skapa ett WFOE är att sammanställa ett project proposal, som överskådligt skall beskriva målet och syftet med etableringen. Ett project proposal skall, utöver en beskrivning av ändamål och syfte med WFOE, beskriva vilka produkter man avser producera, vilken teknik man tänker använda, hur stor andel av produktionen som planeras att exporteras. Till detta skall även fogas en lista över de infrastrukturella behov man förväntas få för att bedriva sin rörelse som t. ex. hur mycket mark man behöver för sina lokaler samt vilket behov man har av el, vatten, och råvaror.¹⁰⁰

Denna rapport skickas in till de relevanta myndigheterna, oftast MOFTEC, som skall avge svar inom 30 dagar. Beskedet skall svara på om det går att uppfylla de önskemål om landrättigheter, infrastruktur, vatten, el, leverans av råvaror, m.m. som behövs av WFOE.

Vissa WFOE kommer att premieras i ansökningsförfarandet, nämligen de som riktar in sig mot export av varor och de som har avancerad teknologi att ta med in i WFOE.¹⁰¹ Andra kommer inte att tillåtas etablera sig överhuvudtaget då deras tänkta verksamhet är förbjuden enligt the Guidance Catalogue. Exempel på förbjudna verksamheter är utvinning av vissa mineraler som endast är tillåtna för JV.¹⁰² Trots att de kinesiska myndigheterna fortfarande föredrar att utländska investerare bildar JV har de på senare tid blivit mer liberal i sin prövning av WFOE och mer tillåtande.¹⁰³

8.2 Feasability rapport

Nästa steg är att sammanställa en feasibility rapport, vilken i princip innehåller samma sak som project proposal men som kommer att vara betydligt mer omfattande. Exempel på vad som skall ingå i en feasibility rapport är bl.a. en analys av den inhemska och utländska marknaden, plan för hur man skall tillgodose sitt behov av råvaror, vilken påverkan på miljön som kan tänkas uppkomma, m.m. Denna feasibility rapport kommer i

¹⁰⁰ Art. 9 WFOE-Implementation Law.

¹⁰¹ Art. 3 WFOE-law.

¹⁰² Catalogue for the Guidance of Foreign Investment Industries, restricted II.1.

¹⁰³ Wang, Kui Hua s. 133 f.

praktiken att likna den som görs vid en ansökan om bildande av JV och syftar till att ge en korrekt bild av WFOE och dess tekniska och ekonomiska förutsättningar. I vissa områden är det möjligt att lämna feasibility rapporten i ett enklare förfarande med förtryckta formulär. Myndigheterna kommer sedan att komplettera dessa formulär med en beskrivning av WFOE utifrån de uppgifter de fått. Nackdelen med detta förfarande är att myndigheterna gärna vill komplettera med krav på t.ex. vissa exportkvoter, arbetskraftsförmåner, m.m., och företagets frihet att själva styra över WFOE verksamhet beskärs därför i viss mån.¹⁰⁴

8.3 Bolagsordning

Bildandet av ett WFOE kräver att man skriver en bolagsordning. Denna skall innehålla namn på investerarna och på WFOE, investerat och registrerat kapital, syfte och ändamål med WFOE, organisation av ledning och administration samt uppgifter om de ledningsprinciper avseende bl.a. finansiering, likvidering, o.s.v. som WFOE avser att tillämpa.¹⁰⁵

Bolagsordningen måste godkännas av myndigheterna och en eventuell framtida förändring kräver att man ansöker på nytt hos samma myndighet.¹⁰⁶

Då en ändring kräver nytt godkännande kan det vara lockande att försöka skriva ett brett syfte med WFOE, men det har visat sig att myndigheterna anstränger sig för att begränsa bolagsordningen, varför detta inte alltid är en framkomlig väg, då myndigheterna vill kunna kontrollera WFOE verksamhet bättre.¹⁰⁷

8.4 Formell ansökan

Det sista steget innan det att WFOE får klartecken att registrera sin rörelse består i den formella ansökan som skall göras till myndigheterna.

Den formella ansökan skall innehålla¹⁰⁸:

- 1) en ansökan om bildande av WFOE
- 2) en feasibility rapport
- 3) bolagsordning
- 4) namn på den föreslagna styrelsen och ledningsposterna
- 5) kreditvärdighetsintyg och företagsbevis
- 6) skriftligt omdöme av myndigheterna som granskat bolagsordningen och feasibility rapporten
- 7) lista över vilka varor och råvaror som behöver importeras

¹⁰⁴ Peerenboom, Randall Wholly Foreign-Owned Enterprises 3.04[3].

¹⁰⁵ Art. 15 WFOE-Implementation Law.

¹⁰⁶ Art. 16 WFOE-Implementation Law.

¹⁰⁷ Investment Vehicles in China s. 9.

¹⁰⁸ Art. 10 WFOE-Implementation Law.

8) övriga nödvändiga dokument

Myndigheterna skall avge svar inom 90 dagar från det att de fått in ansökan.¹⁰⁹

8.5 Registrera WFOE

Processen med att etablera sig som ett WFOE avslutas med att företaget registrerar sin rörelse hos AIC och därigenom får sin licens att driva rörelse i Kina. För att få sitt WFOE registrerat krävs att ägarna till WFOE betalar en registreringsavgift baserat på storleken av det registrerade kapitalet.

¹⁰⁹ Art. 11 WFOE-Implementation Law.

9 Övriga investeringsformer

9.1 Branch Office

Ett utländskt företag kan välja att sätta upp ett branch office, filial, i Kina för att på så sätt penetrera den kinesiska marknaden. Ett branch office har rätt att bedriva tillverkning och försäljning men det kommer inte att betraktas som en juridisk person. Detta innebär att moderbolaget kommer att ansvara för alla eventuella skador eller skadestånd som uppkommer p.g.a. filialens verksamhet i Kina. Moderbolaget tvingas således ta det fulla ansvaret för filialen, vilket kan innebära en stor risktagning. Trots att filialen inte kommer att vara en juridisk egen person måste det ändå godkännas av myndigheterna, få en verksamhetslicens och registreras.¹¹⁰ Fördelen med denna etableringsform är att den är enklare och billigare att etablera, det krävs inte lika stora kapitalinsatser som det behövs för WFOE.¹¹¹

9.2 Representative Office

Etableringen av ett representative office i Kina görs ofta i syfte att visa sin närvaro i Kina och att lära känna den kinesiska marknaden bättre. Ett representative office kommer typiskt sett att undersöka marknaden, leta efter presumtiva kunder för eventuell försäljning eller annat samarbete samt att inleda förhandlingar med potentiella partners. Ett representative office kommer på så sätt att verka som en länk mellan den kinesiska marknaden och det utländska bolaget och det kan därför vara en klok idé att initialt etablera sig i denna form. Nackdelen med ett representative office är att det inte får bedriva någon vinstgenererande verksamhet och inte heller skriva under kontrakt som ger vinst. Det är emellertid tillåtit för ett representative office att förhandla fram ett kontrakt, men det måste vara representanter från huvudbolaget som skriver under det slutgiltiga avtalet. Ytterligare en fördel med att vara etablerad på den kinesiska marknaden, utöver den förenklade möjligheten att undersöka marknaden, är att kontakten med många affärsmän förbättras. Många kineser har nämligen förutfattade meningar om att många utländska investerare inte har någon långsiktig plan med sin etablering, utan bara är i Kina för att ”roffa åt sig godbitarna”. Om man redan är etablerad i Kina med ett representative office uppfattas man ofta som mer seriös, vilket underlättar i kontakterna med kinesiska affärsmän.¹¹²

¹¹⁰ Art. 200 the Company Law.

¹¹¹ Chen, Jianfu s. 336.

¹¹² Setting Up a Representative Office.

9.3 Holding / Investment Companies

Denna kapitalkrävande associationsform förutsätter att man antingen investerar minst 30 miljoner \$ i holdingbolaget eller har minst 10 JV i Kina som holdingbolaget kan kopplas till.¹¹³ Då ett holdingbolag i praktiken är begränsat till att serva sina egna JV, bl.a. köpa varor, utbilda personal, hjälpa till vid låneanskaffning, o.s.v. menar Chen att dessa bolag är av begränsat värde.¹¹⁴ Chens synsätt kan kritiseras utifrån följande: Ett JV innebär ett delat ledningsansvar som ofta betyder handlingsförlamning och kompromissande om val av strategier. Om en utländsk investerare genom att bilda ett holdingbolag samordnar all marknadsföring och tillverkning hos sina JV och tar kontrollen över JV strategival kan den utländska investeraren låta den lokala partnern ta hand om den löpande verksamheten på fabriken. Resultatet blir att investeraren får full kontroll över sina JV samtidigt som det vardagliga rutinarbetet lämnas över till den kinesiska parten.¹¹⁵ I vissa fall kan en lösning enligt ovan ha ytterligare en fördel i form av att det är en inhemsk företagsledare som har förståelse för den kinesiska arbetskulturen som lägger upp arbetet och därför blir det inte för stora kulturella avstånd mellan ledning och anställda. Holding- / Investmentbolag lämpar sig naturligt nog bäst för stora företag som redan har erfarenhet av den kinesiska marknaden.

¹¹³ Investment Vehicles in China.

¹¹⁴ Chen, Jianfu s. 336.

¹¹⁵ Chow, Daniel C.K. s. 32.

10 Jämförelse av de olika associationsformerna

10.1 Bakgrund

I detta kapitel kommer en jämförelse mellan de viktigaste associationsformerna för en utländsk investerare, nämligen EJV, CJV och WFOE, att göras. Jag kommer endast att ta upp de viktigaste fördelarna med respektive association och några detaljerade förklaringar av alternativa sätt att styra, planera och driva sin rörelse som kan resultera i att eventuella nackdelar elimineras kommer inte att behandlas. Jag kommer att börja med att jämföra EJV med CJV för att sedan jämföra WFOE med JV. I den andra jämförelsen kommer EJV och CJV således att behandlas som en enhet, vilket låter sig göras då för- respektive nackdelarna i förhållande till WFOE är relativt snarlika.

10.2 Jämförelse mellan Equity Joint Ventures och Contractual Joint Ventures

10.2.1 Till Equity Joint Ventures fördel

Några direkta fördelar finns inte att hitta, utan anledningen till att denna etableringsform är mer populär än CJV beror förmodligen på praktiska hänsyn och tradition. Då ett EJV innebär ett tätare och mer långvarigt åtagande kan det tänkas att i takt med att fler utländska investerare vågar satsa långsiktigt på den kinesiska marknaden att de då också vill ha ett djupare samarbete än enbart ett kontraktuellt samarbete. För detta talar bl.a. att EJV numera är en mer populär etableringsform än CJV. Det är heller inte omöjligt att CJV får en annan, mindre fördelaktig behandling av myndigheterna, även om en sådan skillnad inte finns att se i skriven rätt eller rekommendationer.¹¹⁶

10.2.2 Till Contractual Joint Ventures fördel

- Vinsten delas inte upp efter det insatta och registrerade kapitalet utan det är upp till parterna att välja hur de vill fördela vinsten. Denna fördelning är inte heller statisk utan kan ändras under tiden CJV är verksamt. Detta gör det möjligt för t.ex. den icke-kinesiske parten att

¹¹⁶ Yingqi Wei, Xiaming Liu s. 24.

ta ut en högre vinst i början av JV-etableringen för att på så vis kunna plocka hem en eventuell stor initial kapitalinsats. Den kinesiske partnern får då nöja sig med en lägre vinstandel i början av projektet, men denna vinstandel kommer å andra sidan att öka över tiden.¹¹⁷

- Det är möjligt för den icke-kinesiske partnern att plocka ut sin del av det insatta kapitalet under det att JV är verksamt. Detta är dock under förutsättning att det återstående kapitalet täcker JV skulder. I vissa speciella fall är det till och med möjligt för en delägare i ett CJV att återta sitt kapital utan att betala skatt.¹¹⁸
- Vinsten behöver inte delas ut i pengar utan kan delas ut som produkter. Detta är vanligt t.ex. då man utvinner råvaror som olja eller mineraler.¹¹⁹
- Det är möjligt att välja en annan företagsform än limited liability company, även om denna möjlighet inte utnyttjas särskilt ofta.¹²⁰
- Möjligheterna att fritt välja styrelse och ledningsstruktur är relativt stora och samarbetsparterna kan välja om de vill låta en styrelse eller ett joint management body agera ledning. Det är till och med möjligt att låta en utomstående part, som inte är ägare i CJV att antingen agera som självständig ledning eller att få utslagsröst i ledningen. Båda alternativen gör beslutsfattandet inom JV enklare och mer handlingskraftigt, men risken är naturligtvis att ägarna förlorar för mycket inflytande över JV till den utomstående parten.¹²¹

10.3 Jämförelse mellan Wholly Foreign Owned Enterprises och Joint Ventures

10.3.1 Till Joint Ventures fördel

- Vissa verksamhetsområden är förbjudna för WFOE genom föreskrifterna i the Guidance Catalogue och det finns därför i vissa fall inte någon möjlighet att etablera sig genom ett WFOE utan endast genom ett JV-samarbete med en kinesisk partner.¹²²

¹¹⁷ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.02[4].

¹¹⁸ Art. 44 och 45 CJV-Implementation Law.

¹¹⁹ Ibid.

¹²⁰ Art 2 st. 2 CJV-law.

¹²¹ Randt, Jr., Clark T. § 2-2.02[4].

¹²² Se mer i kapitel 6.1.2 om the Guidance Catalogue.

- Genom att välja att samarbeta med en inhemsk partner som vet hur administration och marknadsföring fungerar i Kina kan etableringen gå smidigare. De kontakter med myndigheterna som är så viktiga kommer att fungera enklare och man kan förvänta sig bl.a. snabbare handläggning. Dessa fördelar faller dock inte alltid ut, se nedan.
- Den kinesiske partnern kan tänkas ha tillgångar som är svåra och/eller dyra att komma över som icke-kines. Det kan röra sig om landrättigheter, byggnader och fabriker, men det kan också röra sig om ett utbyggt kontaktnät som gör det enklare att skaffa kompetent personal. Genom ett samarbete kan man komma över dessa tillgångar på ett enkelt och smidigt sätt.¹²³
- Då ett företag väljer att etablera sig med ett annat företag innebär det att man delar de risker som projektet innebär samt att de ofta höga initiala uppstartningskostnaderna minimeras.
- De regler som gäller markrättigheter är, trots de brister som här förklarats, ännu mer komplicerade för WFOE än för JV vilket ger sig uttryck i bland annat en strängare kontroll av WFOE då de bildas för att se att WFOE de facto har tillgång till mark för sin verksamhet.¹²⁴

10.3.2 Till WFOEs fördel

- Det finns numera en större kunskap hos utländska investerare om Kina som gör att det är lättare att etablera sig ensam utan inhemsk hjälp.¹²⁵ Utöver detta har även en rad reformer genomförts de senaste åren i syfte att göra Kina mer attraktivt för utländska investerare. Detta har lett till att incitamenten och behoven av att samarbeta i ett JV med en kinesiska partner minskat. Genom att etablera sig som ett WFOE får man behålla hela vinsten själv, förvisso på bekostnad av en ökad risk.
- Om en investerare väljer att etablera sig i form av ett WFOE undviker de kostnader som uppkommer i ett JV då företaget måste upprätta skydd för sin know-how och teknik gentemot sin partner. Utöver de rena kostnaderna för att upprätta sekretessavtal, konkurrensklausuler, m.m. är det lätt att det uppstår en förtroendekonflikt mellan parterna. En del kineser ser dessa olika avtal som en misstroendeförklaring gentemot dem personligen vilket kan leda till mycket stora indirekta kostnader i form av tungrott beslutsfattande och interna intressekonflikter. Utöver detta är det inte säkert att de olika avtalen respekteras och åtlöds, vilket har sin förklaring dels i

¹²³ Peerenboom, Randall Wholly Foreign-Owned Enterprises § 3.02[a].

¹²⁴ Palomar, Joyce s. 30.

¹²⁵ Li, Ji, m. fl. 680.

kulturella skillnader och dels i bristerna i det kinesiska rättsystemet.¹²⁶

- Det är inte alltid säkert att ens kinesiske partner uppfyller de löften han gett under förhandlingarna. Han kanske inte kan underlätta processen hos myndigheterna så mycket som man trott och det kan också vara så att de maskiner och lokaler som partnern bidragit med är kraftigt övervärderade och i dåligt skick.¹²⁷
- Kostnaderna för att skapa ett WFOE är ofta lägre än för ett JV. Detta beror på att det ofta kan var en tidskrävande, och därigenom kostnadskrävande, process att hitta en lämplig samarbetspartner som behövs för att bilda ett JV. Denna kostnad uppkommer inte för WFOE som inte behöver hitta och förhandla med en kinesisk partner.¹²⁸
- De kulturella skillnaderna kan ibland bli stora i ett JV och det brukar resultera i att JV blir väldigt svårstyrt. Dessa konflikter kan uppkomma p.g.a. att de båda parterna har olika strategier med JV. Den icke-kinesiske parten kanske har en längre tidsplan än den kinesiske partnern som kanske vill skapa en snabb vinst. Ytterligare ett problem med olika strategier kan vara att vid ett lika ägande i JV har båda parter en de facto vetorätt som vid en rad frågor kan det skapa problem vid en expansion inom Kina. Den kinesiske partnern kanske inte har kapital nog att expandera och öka det registrerade kapitalet och hellre än att få minskat inflytande i JV så kanske han röstar emot förslaget att öka kapitalet.¹²⁹

10.4 Avslutande kommentar

Som vi sett ovan kommer har de olika associationsformerna alla att ha sina specifika fördelar och att ge några bestämda råd vilken form som är bäst går inte att ge. Detta beror naturligtvis på att ett val av associationsform är ett beslut som skall fattas på kommersiella grunder och inte juridiska, vilket min uppsats huvudsakligen behandlar. Ett annat skäl för varför tydliga råd inte kan ges är att vissa fördekar är specifika för en viss branch och ett visst verksamhetsområde och det finns här inte utrymme att presentera alla de olika verksamher som finns.

¹²⁶ Chow, Daniel C.K. s. 25 ff.

¹²⁷ Ibid. s. 680. Chow

¹²⁸ Ibid. s. 680 f. not 22.

¹²⁹ Peerenboom, Randall Wholly Foreign-Owned Enterprises 3.02[b] 3.

11 Markrättigheter

Detta kapitel inleder de avsnitt som berör olika rättsområden viktiga för ett i Kina verksamt företag. Efter det att markrättigheter tagits upp i detta kapitel följer en beskrivning av immaterialrätten, arbetskraftslagstiftningen respektive skatter i de därefter följande kapitlen.

11.1 Allmänt

I Kina var det länge inte möjligt för privatägda företag eller individer att äga mark utan marken ägdes av staten. När någon, ofta ett State Owned Enterprise eller ett bykollektiv, behövde mark för ett visst ändamål tilldelades den behövande det område som behövdes för det tilltänkta ändamålet. Denna tilldelning av mark är vad som numera kallas allocated land och denna mark kan inte säljas, hyras ut eller användas som inteckning för lån, eller användas till någon annan verksamhet än det som det ursprungligen tilldelades för.¹³⁰ Begränsningen i användningen av marken berodde naturligtvis på att denna mark tilldelats nyttjaren för att uppfylla en viss central plan, bestämd av staten. När nu Kina har utvecklats från en strikt planekonomi mot en socialt inriktad blandekonomi med många företag som bedriver vinstdrivande verksamhet har det uppstått behov av en annan form av nyttjande. Denna andra nyttjandeform kallas assigned land och ger innehavaren rätt att använda marken till vad han vill, oberoende av en bestämd plan. Utöver detta kan assigned land också användas som inteckning för lån. Formellt ligger dock fortfarande äganderätten kvar hos staten.¹³¹

Ett kinesiskt företag, t.ex. ett SOE, som är en tilltänkt partner i ett JV kan, om det tilldelats assigned land, använda detta som apportegendom och bidra med detta till JV kapitalinsats. Då den kinesiske parten normalt endast har markrättigheter i formen av allocated land, som inte kan överföras till någon annan, måste marken göras om till state assigned mark innan marken kan överföras till JV. Transformeringen görs genom att man betalar in en speciell conversion fee till staten som sedan omvandlar marken till assigned land, d.v.s. i praktiken fritt överlåtbar mark.

Skulle ens parter i JV inte ha några state allocated landsrättigheter, eller man kanske valt att etablera sig utan partner, t.ex. som ett WFOE, finns det fyra alternativa sätt att komma över och förvärva landrättigheter:

¹³⁰ Palomar, Joyce s. 17.

¹³¹ Jämför med systemet i England där det fortfarande är kronan som formellt äger all mark. Bogdan s. 116 not 5.

1) Land Grant/Assignment (Tilldelning) – Denna rättighet köps mot en speciell avgift av staten eller en lokal myndighet antingen genom ett förhandlingsförfarande där man tar kontakt med myndigheterna eller genom auktion eller annons.¹³² Kostnaden för att beviljas ett Land Grant är relativt stor och utöver köpesumman kommer mottagaren dessutom att vara tvungen att betala en relativt dyr årlig avgift. Markrättigheten ges för begränsad tid som maximalt kan vara 50 år.¹³³ Normalt kommer företaget som tilldelats ett Land Grant att få rätten att hyra ut marken och använda den som inteckning för lån.¹³⁴

2) Ansökan – Om ens kinesiske partner inte har allocated land kan det nybildade JV ansöka om att bli beviljat allocated land.¹³⁵ Denna ansökan kommer att behandlas av den lokala landmyndigheten som avgör frågan utifrån JV verksamhetsplan och den plan de själva har avseende markanvändningen. Om ansökan beviljas måste JV betala en speciell registreringsavgift och sedan betala en årlig avgift.¹³⁶

3) Överföring - En befintlig innehavare kan mot betalning överföra den landrättighet han redan har på köparen. Marken och alla byggnader och tillhörande objekt som finns på tomten kommer inte att följa med i köpet utan måste överföras och registreras separat.

4) Leasa - Ett fjärde sätt att komma över landrättigheter är att hyra dem av en innehavare. Då den mark som hyrs är assigned mark medför detta i regel inga svårigheter. Parterna kan själva bestämma hur de vill att hyreskontraktet skall se ut under förutsättning att de inte använder marken i enlighet med den plan som finns för marken eller mot någon annan officiell plan.¹³⁷ Ibland kommer emellertid även mark som är allocated, och som formellt inte får hyras ut, att hyras ut. Detta kan innebära problem då hyresavtalet kan komma att dras in med omedelbar verkan.¹³⁸ Följden kan bli att de investeringar som gjorts på marken går om intet. Det är därför viktigt att man som hyrare kontrollerar vilket form av markrättighet uthyraren har samt vilka planer och verksamheter marken faller under.

¹³² Chen, Jianfu s. 339.

¹³³ Lewis, Donald J. (red.) s. 92.

¹³⁴ Ibid. s. 92.

¹³⁵ Se art. 47 EJV-Implementation Law.

¹³⁶ Denna avgift är i praktiken av nominell karaktär. Rico Chan nämner siffran 1 Renminbi / m² och år, Lewis, Donald J. (red.) s. 92.

¹³⁷ Lewis, Donald J. (red.) s. 93.

¹³⁸ Palomar, Joyce s. 31 f.

11.2 Risker med markrättigheter

- Registrering. För att vara lagligt skyddat måste innehavarens assigned land registreras. Ett problem som då uppkommer är att det finns ett flertal olika registreringsmyndigheter som verkar på olika nivåer. Vad som händer om samma mark registreras för olika ägare vid olika myndigheter är en öppen fråga. Vidare så måste byggnader registreras separat och marken som byggnaden står på separat. Ytterligare en svårighet är att all mark ännu inte är registrerad och att det därför fortfarande finns mark som ingen riktigt vet vem den tillhör. Förutom detta så är många registreringskontor underbemannade och det är i vissa fall mycket svårt att få tillgång till registren.¹³⁹ Oklarheten kring ägarförhållandena öppnar för att okända ägare ger sig tillkänna senare och gör sin rätt gällande. Vid registreringen av marken utfärdas ett registreringskort och ett certifikat som ges till ägaren. Certifikatet är emellertid bara en kopia och bär inte på några juridiska rättigheter.¹⁴⁰ I slutändan innebär detta att man inte kan förlita sig endast på certifikatet utan även måste se registreringskortet för att vara 100 % säker på att den person man tror är ägare till viss mark också är ägare. Problemet förstärks av att det i många fall är mycket svårt att få tillgång till korten och markregistren, av de skäl som angivits ovan.
- Oklara tomgränser. Det finns i Kina inte något enhetligt system för att mäta och avgränsa tomter.¹⁴¹ Detta betyder att det kan finnas områden som överlappar varandra och att det då kan uppkomma tvister om vem som har rätt till marken. I dagsläget finns det dessutom inte någon tydlig lösning om det skulle visa sig att två parter har överlappande tomträttigheter, vilket förstärker osäkerheten.
- Tvetydig och osäker lagstiftning. Det finns en rad olika planer om hur marken skall användas som drabbar även de företag som besitter assigned mark. Problemet här är den osäkerhet vad som gäller om de politiska verksamhetsplanerna förändras för den aktuella marken. Måste företaget anpassa sig till den nya verksamhetsplanen och förändra sin verksamhet eller kan de fortsätta som vanlig? Frågan är inte löst vilket naturligtvis är ett orosmoment för alla företag med mark i Kina.
- Jordbruksmark. Det är formellt förbjudet att överföra jordbruksmark till assigned mark, undantag finns¹⁴², men trots detta är det vanligt

¹³⁹ Palomar, Joyce s. 21.

¹⁴⁰ Ibid. s. 22.

¹⁴¹ Tidigare har man använt sig av en naturlig avgränsning med gränser som åar, vägar, m.m. vilket naturligtvis inte medger någon större exakthet i gränsdragningen.

¹⁴² Chen, Jianfu s. 338.

förekommande att så sker. En investerare som får köpa assigned mark av den lokala myndigheten måste därför vara uppmärksam på om marken han förvärvar är jordbruksmark eller ej. Risken är annars att marken återtas av de centrala myndigheterna om det visar sig att det är jordbruksmark företaget köpt.

De regler som gäller markrättigheter är, trots de brister som här förklarats, ännu mer komplicerade för WFOE, vilket ger sig uttryck i bland annat en strängare kontroll då WFOE bildas att de verkligen har tillgång till tomt för sin verksamhet samt att ett WFOE inte alltid får ett skriftligt kontrakt då den lokala landmyndigheten tilldelar dem land use rights.¹⁴³

11.3 Risker med tomträttigheter vid bildandet av ett JV

När man bildar ett JV har ofta ens partner redan tillgång till mark i form av allocated mark. För att denna mark skall kunna överföras från ens partner till det gemensamma JV måste marken omvandlas till assigned mark. Detta görs genom att betala in en s.k. conversion fee till staten. Denna conversion fee kan vara mycket hög och är sällan möjlig att omförhandla. Staten sätter helt enkelt ett pris utifrån läge, användningsområde, befintlig infrastruktur, o.s.v., som måste betalas om företaget vill att marken skall omvandlas.¹⁴⁴

Det är inte alltid ens partner betalar den conversion fee han åtagit sig att inbetala vilket får till följd att marken förblir allocated land. Om marken inte omvandlas till assigned mark, tar emellertid JV en stor risk om de trots detta väljer att påbörja sin verksamhet på marken. De lokala myndigheterna kan nämligen återta marken utan att erbjuda ersättning om stadsplaneringsbehoven kräver det, eller om landägaren slutar att använda marken på grund av t.ex. konkurs eller flytt. Detta problem kom att drabba McDonald's hårt och de fick sitt allocated land-tillstånd indraget för den tomt där sedan två år deras största restaurang låg. Anledningen var att en kinesisk affärsman med mycket stora resurser utnyttjade sin *guanxi* och fick myndigheterna att ge tillstånd för att uppföra byggnader på den tomt där McDonald's tidigare legat.¹⁴⁵

Myndigheterna kan också i efterhand komma att kräva att JV betalar sin conversion fee så att marken kan förvandlas till assigned mark.¹⁴⁶ Detta betyder att kostnaden för conversion fee delas mellan JV parterna, men att värdet på marken redan räknats som den kinesiske partners kapitalbidrag. Att detta innebär en förlust för den utländske investeraren behöver knappast

¹⁴³ Palomar, Joyce s. 30.

¹⁴⁴ Wang, Yan s. 82.

¹⁴⁵ Palomar, Joyce s. 17 f.

¹⁴⁶ Capener, Cole R. § 12.3[3].

kommenteras.¹⁴⁷ En utländsk investerare bör därför var på sin vakt och kontrollera att conversion fee verkligen betalats in och om den inte betalats in betala den själv mot att detta räknas in som hans kapitalbidrag i JV.

¹⁴⁷ Vinst delas efter insatt kapital, vilket gör att kinesens vinstandel blir större än den borde vara då tomrättigheten räknats in till sitt fulla värde som kapitalbidrag.

12 Immaterialrätt och konkurrensklausuler

12.1 Bakgrund

Kina har kontinuerligt de senaste åren arbetat på att förbättra sin immaterialrättsliga lagstiftning, starkt pressade av kraven på immaterialrättsligt skydd framförda av främst utländska investerare. Kina har ratificerat en rad olika avtal om immaterialrättsligt skydd bl.a. Bern- och Pariskonventionerna och med inträdet i WTO 2001 har Kina tagit ytterligare ett steg mot en internationellt accepterad lagstiftning på detta område. Problemet med immaterialrätten idag beror dock varken på undermåliga lagar eller på avsaknad av lagar. Problemet är istället att de lagar som finns tillämpas dåligt och att piratkopierare alltför sällan bestraffas. Detta problem har flera anledningar men i huvudsak är det på lokal nivå som myndigheterna inte tillämpar lagarna på det sätt de är tänkta att tillämpas. Detta i sin tur beror på att piratkopiering på många platser blivit en lukrativ bransch som både drar in mycket pengar och sysselsätter många i det lokala samhället. En korrekt tillämpning av de immateriella lagarna skulle därför kunna drabba lokalbefolkningen hårt för de fall piratkopierarna tvingades lägga ner sina fabriker.

12.2 Varumärke

I Kina är det möjligt att registrera ett varumärke som utmärker sig genom skrift, tecken, 3D, färg, o.s.v.¹⁴⁸ Det som är avgörande är att varumärket kan särskiljas från andra varumärken och den uppräknade som görs i art. 8 är således inte uttömmande. För att få det skydd som Trademark Law medger måste varumärket emellertid registreras och den princip som gäller vid registreringen är först till kvarnprincipen.¹⁴⁹ Det är således inte det företag eller den person som börjat använda det aktuella varumärket först som ges företräde vid en registrering. Som nämndes inledningsvis har Kina ratificerat bl.a. Pariskonventionen och enligt dess art. 6bis är nationell myndighet skyldig att erkänna ett redan känt varumärke ("famous mark") och hindra annan att registrera samma varumärke i Kina. Kina har emellertid antagit en intern tolkning av denna regel som innebär att för att ett redan känt varumärke skall ges företräde måste detta vara känt i Kina.¹⁵⁰ Problemet blir då att bland annat engelska varumärkesnamn inte kommer att betraktas som kända då det endast är en liten del av den kinesiska befolkningen som förstår

¹⁴⁸ Art. 8 Trademark Law.

¹⁴⁹ Art. 29 Trademark Law.

¹⁵⁰ Lin, Maria C.H. s. 187 f.

engelska. Varumärkesrättsinnehavaren kommer att få en ensamrätt till att utnyttja sitt varumärke och denna ensamrätt är skyddad genom att intrång är både kriminaliserat och möjligt att beivra genom civilrättsliga åtgärder.¹⁵¹ Ensamrätten till varumärket gäller i 10 år från det att varumärket registrerats och om innehavaren därefter vill fortsätta att ha ensamrätt till sitt varumärke måste en ansökan om förlängning lämnas in.¹⁵²

12.3 Patent

Patent är ett sätt att belöna en uppfinnare för hans upptäckt genom att ge honom ett tidsbegränsat monopol för exploatering av sin uppfinning. I Kina ges patent för upptäckter som omfattar uppfinningar, utility models och design.¹⁵³ Denna uppdelning innebär att inte enbart är den abstrakta idén/uppfinningen som kan patenteras utan att också en fysisk utformning av en produkt är patenterbar. Skillnaden mellan utility model och design har av Lagerqvist beskrivits som att utility model är en upptäckt och förändring av en befintlig produkts form/utseende medan design är något helt nyskapande som inte bygger på någon annan produkt.¹⁵⁴ Principen först till kvarn gäller även här, men om två parter ansöker om patent samma dag skall de själva genom förhandling komma överens om vem som skall få rätten att patentera sin uppfinning. Skulle parterna inte komma överens är det upp till myndigheterna att skönmässigt bestämma vem som har bäst rätt till patentet alternativt att fördela patentskyddet efter lottning.¹⁵⁵ Ett patent gäller i 20 år om det är en uppfinning och i 10 år om det är en utility model eller design och kommer att skydda uppfinnaren mot att andra använder, tillverkar, säljer eller utnyttjar den patenterade tekniken för kommersiellt bruk.¹⁵⁶ Patentskyddet förutsätter dock att man betalar en viss årlig avgift och patentet upplöses om man inte betalar denna avgift.¹⁵⁷

Normalt tillfaller rätten att patentera en upptäckt den person som gjort upptäckten, men om upptäckten gjorts i en arbetsenhet som försöker utveckla den produkt som upptäckts kommer rätten till patent att tillfalla enheten och inte den enskilde som lade sista handen vid produkten.

För att kunna patentera en upptäckt måste upptäckten vara en nyhet och ha ett praktiskt tillämpningsområde. Detta betyder att upptäckten måste vara en nyhet i förhållande till det som redan är känt inte bara i Kina utan i hela världen och att upptäckten skall kunna användas och skapa positiva

¹⁵¹ Art. 3 och 59 Trademark Law.

¹⁵² Art. 37 och 38 Trademark Law.

¹⁵³ Art 2. Patent Law.

¹⁵⁴ Lagerqvist, Thomas JT 1996/97 s. 615. Ett annat sätt att förklara skillnaden är att se utility models som en teknisk förändring och design som en estetisk förändring. Se Implementing Regulations of the Patent Law of the People's Republic of China art. 2.

¹⁵⁵ Art. 13 Detailed Rules for The Implementation of The Trademark Law.

¹⁵⁶ Art. 11 och 42 Patent Law.

¹⁵⁷ Art. 43 och 44 Patent Law.

resultat.¹⁵⁸ Även om dessa kriterier skulle vara uppfyllda så är det inte möjligt att patentera bland annat medicinska metoder, vetenskapliga upptäckter samt djur och växtarter.¹⁵⁹

12.4 Upphovsrätt

Den nyligen ändrade Copyright Law skyddar konstnärligt arbete och innefattar: litteratur, drama, koreografi, dans, musik, film, foto, mjukvara till datorer, kartor, arkitektur, m.m.¹⁶⁰ Det konstnärliga verket är normalt skyddat i 50 år, men verket och upphovsmannen har ett "integritetsskydd" som sträcker sig för evigt.¹⁶¹ Det upphovsrättsliga skyddet innebär bland annat att skaparen själv bestämmer om han vill publicera, sprida, reproducera, ställa ut, sända eller förändra verket.¹⁶² Ett undantag från det upphovsrättsliga skyddet är rätten till "fair use". Detta undantag innebär att verket fritt kan användas för personlig utbildning, forskning eller nöje och att böcker fritt får översättas till kinesiska i syfte att användas för undervisning och forskning.¹⁶³

Om upphovsrätten kränks av en person som inte har tillstånd av rättighetsinnehavaren skall den som kränkt rättigheten upphöra med kränkandet, ge upprättelse, betala ersättning för uppstådda skador eller be om ursäkt [sic].¹⁶⁴ I allvarigare fall ges myndigheterna även möjligheten att konfiskera piratkopiorna och förstöra dem samt konfiskera utrustning för framställning av kopiorna.¹⁶⁵ I ett avgörande i Pekings High Court där Lego Co. stämt en tillverkare för intrång i deras upphovsrätt dömdes svarande till att lämna över och förstöra de former som använts för att producera piratkopiorna, publicera en ursäkt i lokalpressen samt betala en, som Lego Co. ser det, symbolisk summa i skadestånd.¹⁶⁶ Detta fall kan, trots att det är ett första och avgörande fall för skyddet av industridesign, också anses illustrera det faktum att sanktionerna i Kina är relativt låga i en jämförelse med europeiska nivåer.

Skyddet för mjukvara till datorer omfattas till viss del även av Copyright Law men är till största delen skyddad genom speciallagstiftning. Framsteg har gjorts på senare år, precis som inom den övriga immaterialrätten, men

¹⁵⁸ Art. 6 Patent Law.

¹⁵⁹ Art. 25 Patent Law.

¹⁶⁰ Art. 3 i Copyright Law, reviderad 27 oktober 2001.

¹⁶¹ Art. 20 och 21 Copyright Law.

¹⁶² I artikel 10 nämns uttryckligen 17 olika rättigheter, vilket är ett förtydligande jämfört med hur Copyright Law såg ut innan förändringen 2001, China notes december 2001.

¹⁶³ Art. 22 Copyright Law. Vissa andra användningsområden t.ex. använda textavsnitt/bilder och infoga i en ny lärobok är endast tillåtna om upphovsinnehavaren får ersättning och inte uttryckligen förbjudigt detta. Art. 23.

¹⁶⁴ Art. 46 Copyright Law.

¹⁶⁵ Art. 47 Copyright Law.

¹⁶⁶ Asia news, mars 2003.

fortfarande kvarstår problem med att slutanvändaren, som privatperson, inte är strikt ansvarig då han använder piratkopior av software.¹⁶⁷ För vissa multinationella företag finns det trots bristerna i upphovsrätten ett behov av att vara närvarande på den kinesiska marknaden. Bill Gates förklarar Microsofts närvaro i Kina så här¹⁶⁸: ”*Although about three million computers get sold every year in China, people don't pay for the software. Someday they will, though. And as long as they're going to steal it, we want them to steal ours. They'll get sort of addicted, and then we'll somehow figure out how to collect sometime in the next decade.*”

12.5 Problem med att skydda sin immaterialrätt

- Kunskapen om immaterialrätten i kinesiska domstolar är ofta mycket dålig, vilket gör att det kan vara svårt att få igenom sina krav även om man har formellt rätt. Detta gäller främst på lokal nivå, men då den immaterialrättsliga utveckling är så snabb saknar i viss mån även högre domstolar kompetens för att avgöra dessa fall på ett korrekt sätt.
- Den komplicerade kinesiska byråkratin gör att många anmälningar om intrång på ens immateriella rättighet faller mellan stolarna och blir liggande.¹⁶⁹ Det tar alltså i många fall mycket lång tid att få myndigheterna att agera och fullfölja sin utredning vilket betyder att piratkopierarna kan fortsätta med sin verksamhet.
- Straffen för att göra intrång i någons immateriella rättighet är ofta mycket låga.¹⁷⁰ I vissa fall är immaterialrättsliga intrång kriminaliserade, men det är endast sällan som någon verkligen åtalas för detta. Kombination av låga straff och möjligheten att göra stora vinster gör piratkopierandet till en lukrativ bransch som många kineser har svårt att hålla sig borta från. Detta fenomen förstärkas av att Kina är ett utvecklingsland som har svårt att konkurrera med västerländsk teknologi.¹⁷¹
- Lokalprotektionism är ett utbrett fenomen även då det gäller piratkopiering och det är inte ovanligt att lokala myndigheter ser mellan fingrarna för lokala producenter som gör intrång i andras immateriella rättigheter och inte tillämpar de immaterialrättsliga lagar de formellt sett är skyldiga att göra.¹⁷² Detta har sin grund i att

¹⁶⁷ Li, Yahong s. 649.

¹⁶⁸ Ibid. s. 640.

¹⁶⁹ Kong, Qingjiang s. 1190 f.

¹⁷⁰ Li, Yahong s. 652.

¹⁷¹ Wang, Kui Hua s. 204 f.

¹⁷² Kong, Qingjiang s. 1192.

många piratkopierare bidrar till att öka välfärden i det lokala samhället genom att anställa personal och betala skatt. Utöver det faktum att piratkopierarna gynnar lokalsamhället är det naturligtvis inte heller ovanligt att piratkopierarna betalar mutor direkt till de ansvariga på lokalmyndigheterna för att på så sätt skyddas mot de räder centralmyndigheterna ibland genomför.¹⁷³ I vissa fall kommer oviljan att upprätthålla ett immaterialrättsligt skydd inte att ha att göra med lokalprotektionism utan snarare bero på okunskap hos myndigheterna. Denna okunskap beror i vissa fall på att aktuella lagsamlingar saknas på lokalnivå och oftare på att personalen på myndigheterna saknar korrekt utbildning. Detta problem har uppmärksammats och en stor utbildningskampanj har dragits i gång för att utbilda personal hos de olika myndigheterna.¹⁷⁴

12.6 Att skydda sin immaterialrätt

- Både varumärkes- och patentskyddet förutsätter att man beviljats denna rätt efter en ansökan och det räcker inte med att endast använda t.ex. ett varumärke för att omfattas av skyddet. Detta innebär att det är ytterst viktigt att de facto ansöka om immaterialrättsligt skydd då upphovsmannen annars står utan rättigheter.
- Etablera sig utan partner. Även om det är möjligt att skriva avtal om att ens partner inte har någon rätt till det egna företags know-how så kan det i många lägen vara problematiskt att verkligen skydda denna kunskap.¹⁷⁵ Alternativet är då att bedriva sin verksamhet utan partners och på så vis slippa dela med sig av sin information. Detta skyddar naturligtvis inte mot intrång från tredje man, men risken för läckor minimeras.
- Kontroll över immaterialrätten. Om man etablerat sig i ett JV är det lätt att ens partner kommer att få tillgång till information om det egna företags teknologi och know-how som i egentlig mening inte omfattas av JV-samarbetet. Detta är ingen optimal lösning och behövs inte informationen för JV-samarbetet finns det ju ingen anledning att dela med sig av denna information utan det kan var bättre att hålla informationen på en "need to know-basis". Ett stort problem med att inte dela med sig av all information och hemlighålla delar för samarbetspartner är att det förtroende som krävs för ett framgångsrikt JV lätt naggas i kanten.

¹⁷³ Wang, Kui Hua s. 206 f.

¹⁷⁴ Ibid. s. 207 f.

¹⁷⁵ Chow, Daniel C.K. s. 26 f.

- Kunden. I slutändan så är det kunden som avgör om han vill köpa kopior eller original. I vissa fall kan det räcka med att göra sitt varumärke svårförfalskat och därigenom få konsumenterna att istället köpa originalet. I andra fall kan lösningen istället vara att erbjuda konsumenten något extra, utöver produkten, som han inte får då han köper kopian. Detta extra kan vara t.ex. installeringservice, kundsupport, utbildning, m.m.
- Tvistforum. Om ens immaterialrätt kränkts uppkommer frågan hur företaget skall gå tillväga för att beivra intrånget. Ett skiljedomsförfarande har den fördelen att det är en snabb process som tillika är hemlig vilket gör detta till ett populärt tvistlösningssätt. Ibland kan det emellertid vara att föredra att gå till allmän domstol och då dra nytta av det faktum att rättegången är offentlig och utnyttja processen som ”reklam” och visa att man har en stark närvaro i Kina.

12.7 Konkurrensklausuler

Ett sätt att skydda sin know-how är att skriva konkurrensklausuler med sina anställda för att förhindra att de tar med sig kunskap de inhämtat i ett företag och senare använder den i ett konkurrerande företag. I Kina är dessa avtal främst reglerade genom riktlinjerna Opinion och Notice, men lokal detaljreglering förekommer.¹⁷⁶ Dessa bestämmelser säger att ett konkurrensbegränsande avtal får gälla i max 3 år, räknat från det att den anställde lämnar företaget. Vidare så är det bara tillåtit att skriva avtal med anställda som har nyckelkompetens. Detta innebär att man inte kan skriva konkurrensavtal med alla anställda, då det skulle kränka de anställdas arbetsrätt. De som skriver under ett sådant avtal har rätt att kräva en rimlig ersättning för detta. Exakt hur mycket ersättning som är rimligt är något oklart, men på lokal nivå, i Peking, har man i sina bestämmelser sagt att minst en halv årslön är en rimlig ersättning.¹⁷⁷

Konkurrensklausulen upphör att gälla om den know-how den avser skydda blir offentligt känd eller upphör att vara av värde för arbetsgivaren, eller om det visar sig att avtalet tillkommit på ett otillåtet sätt. Den lokala partner man lierat sig med kommer i en del fall att fortsätta den verksamhet han tidigare bedrev separat med JV-samarbetet. Ett problem som då kan uppkomma, och har uppkommit, är att partnern då kommer att använda den know-how han skaffat sig genom JV i sin egen produktion.¹⁷⁸ Trots att parterna i JV har både sekretessavtal och konkurrensavtal som skall

¹⁷⁶ Notice of the Ministry of Labor on Several Issues Concerning Mobility of Enterprise Staff and Workers, 1996 och The Opinions on Strengthening Management over Confidential Technical Information When Technical Workers Change Jobs, 1997.

¹⁷⁷ Safeguarding your company's trade secrets.

¹⁷⁸ Chow, Daniel C.K. s. 25 not 77.

förhindra just otillåtet utnyttjande är det inte alltid lämpligt att påbörja en process om tillämpningen av avtalet. En bättre väg kan då vara att i förväg köpa upp partners verksamheter som inte ingår i JV-samarbetet för att på så vis minimera risker för konkurrens från den egna partnern.¹⁷⁹

¹⁷⁹ Chow, Daniel C.K. s. 26.

13 Arbetskraftsproblemet

13.1 Allmänt

Vid bildandet av ett JV är det vanligt att det nybildade företaget tar över den fabrik och den verksamhet som den kinesiske parten redan bedriver. Den utländske parten förväntas genom sitt tekniska kunnande bidra till ökad produktion och effektivitet i denna verksamhet. Det finns emellertid flera problem av arbetskraftskaraktär som ett nybildat JV ställs inför delvis då JV förväntas ta över den personal som redan är anställd hos den kinesiske parten. För det första så är många kineser, framförallt de äldre, inte vana vid att arbeta på det sätt och i det tempo ett vinstdrivande företag förväntar sig. Detta har sin grund i att många kineser är uppväxta i en kommunistisk miljö där de inte premierats för hårt arbete vilket resulterat i att många arbetstagare saknar både plikt känsla och lojalitet gentemot företaget.¹⁸⁰ För det andra så besitter många arbetstagare inte heller tillräcklig utbildning för att kunna arbeta med den nya produktionstekniken som ett JV typiskt sett introducerar. Den nya tekniken innebär ofta en automatisering där det i praktiken är en förutsättning att kunna läsa samtidigt som ungefär 16 % av Kinas befolkning är analfabeter, vilket lett till att bristen på kvalificerad arbetskraft är stor i vissa regioner.¹⁸¹ Utbildningsgraden skiljer sig dock kraftigt åt mellan de olika regionerna och generellt är arbetskraften i de sydöstra kustregionerna mer välutbildade än de västra och centrala regionerna. För det tredje är det mycket vanligt att det uppstår ett överskott av anställda i det nybildade JV, om det tar över alla anställda från den kinesiske partnern. Det är inte ovanligt med att den kinesiska partnern har 50 % fler anställda än vad som behövs, utifrån ett västerländskt perspektiv. Detta sammantaget innebär att ett nybildat JV ofta sitter med för många anställda som saknar kompetens. Det finns då i praktiken två sätt att gå tillväga: Antingen utbilda arbetskraften eller också avskeda de som inte behövs.

¹⁸⁰ Detta är ett problem som är på väg att försvinna i takt med att fler och fler kineser kommer i kontakt med ett mer vinstorienterat sätt att driva företag och som också medger incitament för lojalitet och ambitioner.

¹⁸¹ Improving the Investment Climate in China s. 34 f. Det bör dock tilläggas att det satsas stort på utbildning i Kina, särskilt inom naturvetenskap och teknik, och många studenter skickas utomlands för att få expertutbildning.

13.1.1 Utbildning och skapandet av en bra företagskultur

Utbildning för den befintliga arbetskraften är något som förespråkas av Lagerqvist som ser personalen som en mycket viktig resurs.¹⁸² Precis som alla andra tillgångar måste även personalen underhållas, vilket görs med hjälp av utbildning och skapandet av laganda. Det är därför viktigt att företaget tar den kinesiske kulturella synen på arbete på allvar när man genom utbildning och riktlinjer försöker skapa en god företagskultur. En kines definierar ofta sig själv utifrån by- och släktgemenskap, men även genom den yrkesroll han har. Genom att skapa yrkesstolthet för sina medarbetare kommer företaget att få anställda med en högre lojalitetsgrad och en ökad samarbetsvilja. Behovet av yrkesstolthet och lojalitet gentemot företaget förstärks av att många kineser är ovana med att arbeta för ett utländskt bolag, som ju ofta har en avvikande företagskultur. Lagerqvist rekommenderar att den utländska investeraren tar kontroll över "the Personnel Guidelines" och utformar tydliga förhållningsregler för hur arbetstagarna skall arbeta och agera i företaget. Genom att skapa tydliga regler skapar företaget inte bara en starkare laganda och ökad effektivitet i den dagliga verksamheten utan de tydliga riktlinjerna gör det också lättare att attrahera ny arbetskraft. Detta beror på att företaget signalerar för utomstående att de är en seriös arbetsgivare, vilket kan vara extra viktigt om man etablerar sig som ett WFOE då det då inte alltid kommer att ha en lokal anknytning till platsen för verksamheten.¹⁸³

En nackdel med att skapa en bra företagskultur är givetvis att det tar lång tid och att det kostar mycket pengar. Ibland kan det emellertid vara det enda seriösa alternativet om man vill in på den kinesiska marknaden. Utbildning och skapandet av en god företagslojalitet är en investering som utöver den fördelen att den ökar produktionen även ger ett bättre immaterialrättsligt skydd. En arbetstagare som känner stark lojalitet gentemot JV är naturligtvis mindre benägen att stjäla patent och hemliga dokument och är samtidigt mindre benägen att sluta i företaget och börja jobba för konkurrenten. En etablering i Kina bör av utländska investerare ses som långsiktig.¹⁸⁴

13.1.2 Uppsägningar

Det andra alternativet är att avskeda den arbetskraft det nya JV inte har något behov av. Det kommer i realiteten inte bli tal om att avskeda någon då JV är ett nybildat bolag som inte har några anställda alls. Vad som kommer att vara de praktiska problemen är huruvida det nybildade JV skall ta över de anställda som arbetar för den kinesiske parten och om de inte tas över av JV vilka följderna blir. Någon juridisk skyldighet för det nybildade bolaget

¹⁸² Lagerqvist, Thomas JT 1997/98 s. 389 ff.

¹⁸³ Ibid. s. 391.

¹⁸⁴ Wong, Yim Yu, m.fl. tycks mena att ca 10 år är den genomsnittstid det normalt tar för ett JV att börja gå med vinst.

att

ta över de anställda finns inte, men trots detta hamnar JV ofta under mycket hårt tryck att verkligen ta över dessa anställda.¹⁸⁵ Den kinesiska parten kommer att arbeta hårt för att så många anställda som möjligt, helst alla, återanställs i JV då han åtnjuter mycket prestige i sin roll som arbetsgivare. Om många av de han tidigare haft anställda hos sig inte får återanställning kommer hans anseende och status att minska och han kommer att förlora ansikte.¹⁸⁶ Samtidigt kommer också den lokala myndigheten att arbeta hårt för att alla anställda får arbete i JV då de är under stark press från de centrala myndigheterna att hålla arbetslöshetssiffrorna nere. Då det är samma lokala myndighet som kommer att vara delaktig i att ge tillstånd till JV har de också en stor möjlighet att stoppa ett JV som inte tar hänsyn till de anställda.

Ett sätt att komma bort från detta problem är att erbjuda de som inte återanställs ett avgångsvederlag för att på så vis avstå från en nyanställning i JV. Denna ersättning kommer ofta att vara mycket stor, ca 3 årslöner, men det kan ändå vara en bra lösning då den gynnar både myndigheterna som slipper ha massa arbetslösa utan pengar och ens partner som slipper att förlora ansikte då de tidigare anställda frivilligt lämnat företaget. Det kan i vissa fall till och med vara en billigare lösning att erbjuda avgångsvederlag än att låta återanställa alla anställda initialt för att sedan sparka de övertaliga när JV är igång då det ofta kan vara praktiskt mycket svårt att säga upp anställda.

De som återanställs kommer att vara tvingade att skriva på nya kontrakt med sin nya arbetsgivare, JV, men innehållet i kontraktet kommer att vara påverkat av det tidigare avtalet, nationell lag, lokala bestämmelser och praxis. Detta kan om den kinesiske partnern är ett SOE innebära att JV måste skriva ett s.k. ”iron rice bowl”-kontrakt.¹⁸⁷ Detta innebär att den anställda utöver lön också har rätt till pension, bostad, och diverse andra förmåner. Detta system som gör arbetskraften dyr och oflexibel är på väg att försvinna och ersättas av vanliga anställningskontrakt, men existerar fortfarande. Vid en due diligence undersökning av sin partner kan det därför vara viktigt att ta reda på om de anställda har nya kontrakt eller faller under ”iron rice bowl”-systemet.

¹⁸⁵ Det är tillåtit från centrala myndigheter att säga upp så många man vill, men det finns på lokal nivå ibland motstridiga regler som t ex säger att fackförening måste godkänna alla uppsägningar. Detta problem finns som vi sett på alla lagområden. Wang, Yan s. 145 f.

¹⁸⁶ Detta kan vara en anledning till att skapa ett WFOE då man inte behöver bry sig lika mycket om att förlora ansiktet om man är ensam ägare.

¹⁸⁷ Capener, Cole R. § 12.03[8].

13.2 Nyanställningar

I praktiken finns ingen fri arbetsmarknad i Kina. Om t.ex. ett WFOE vill ta över en kompetent arbetare från ett SOE måste de förhandla med arbetsgivaren och få honom att "släppa" sin arbetare.¹⁸⁸ Detta beror inte på lagstiftning utan på en allmän attityd på lokal nivå. En del arbetsgivare vill behålla sin anställda bara för att obstruera för det utländska företaget. Ytterligare ett problem är att många av dessa arbetare är uppbundna till arbetsgivarna p.g.a. bostad, pension och sjukvårdsförmåner är knutna till arbetsgivaren genom "iron rice bowl"-kontrakt. En ny arbetsgivare måste då i praktiken ge samma förmåner. Det har dock blivit lättare att anställa, främst i de ekonomiskt välutvecklade kustregionerna i öst och sydöst där arbetskraften också generellt är mer välutbildad. Detta gör naturligtvis det lättare för WFOE, som ju aldrig har inhemska arbetskraft att ta över, att etablera sig i dessa regioner. En stad som har speciellt rörlig arbetsmarknad är Guangzho.¹⁸⁹

13.3 Fackliga organisationer

Kinesiska anställda har en rätt att bilda och vara medlem i en facklig organisation. Dessa fackliga organisationer har sällan några direkta konfrontationer med arbetsgivaren utan är normalt mer inblandade i den sociala sidan och anordnar t.ex. sport- och fritidsaktiviteter för de anställda.¹⁹⁰ En viktig del av fackföreningarnas arbete är att skapa harmoni mellan arbetstagare och arbetsgivare och staten uppmuntrar till att bilda fackföreningar då staten anser att de är bra på att tillvarata arbetarnas rättigheter.¹⁹¹ Fackföreningen har trots allt till uppgift att tillvarata de anställdas rättigheter och det försöker de också göra, men det är sällan konflikter uppstår mellan arbetsgivare och de fackliga organisationerna. Representanter för fackföreningen har rätt att sitta med i styrelsen för företaget utan rösträtt för att ta del av vad som planeras för företaget och då beslut skall fattas som rör de anställda direkt måste representanternas åsikter beaktas.¹⁹²

¹⁸⁸ Wang, Yan s. 141ff.

¹⁸⁹ Improving the Investment Climate in China s. 55 ff.

¹⁹⁰ Brink, Daniel J. s. 585.

¹⁹¹ Guanghai Yu, m.fl. s. 354.

¹⁹² Wang, Kui Hua s. 275 f.

14 Skatter

14.1 Bakgrund

Skattelagstiftningen i Kina är stadd i förändring vilket varit följt av den snabba ekonomiska och politiska utvecklingen landet genomgått. Fram till 1994 beskattades inhemska företag annorlunda än FIE, d.v.s. bl.a., JV och WFOE, då man i en stor skattereform införde ett integrerat skattesystem, som omfattar alla företag verksamma i Kina. Nästa stora reform har startat i och med Kinas inträde i WTO vilket redan lett till att en rad nya skattelagar och skattebestämmelser införts och ytterligare förändringar är med all säkerhet att vänta.

Behörigheten att beskatta företag och privatpersoner är uppdelad mellan olika myndigheter på lokal respektive central nivå. Uppdelningen är dessvärre inte särskilt tydlig och det är inte ovanligt att det uppstår konflikter mellan olika myndigheter om vem skatteintäkterna skall tillfalla. Problemet har förstärkts av att de flesta skatter endast regleras genom olika direktiv, förordningar och riktlinjer. Detta leder till en stor skönsmässig tolkning för olika myndigheter och ökar osäkerheten för bl.a. utländska investerare. Som ett led i Kinas försök att reformera skattelagstiftningen och göra den mer transparent och förutsägbar kan vi förmodligen vänta oss en ökad central skattereglering i form av lag, vilket skulle göra skattelagstiftningen mer lättöverskådlig.¹⁹³

14.2 Beskattning av utländska företag verksamma i Kina

Den beskattning ett företag träffas av i Kina kan delas upp i två delar: Turnover taxes (skatt på omsättning) och Income taxes (skatt på vinst). Skattesatsen för Income taxes är ca 33 % och är densamma för både inhemska företag och FIE. Tidigare har det funnits en rad olika ekonomiska frizoner där FIE som valt att etablera sig där fått viss skattereduktion, främst vad gäller Income taxes.¹⁹⁴ I praktiken kommer de krav som WTO medlemskapet medfört innebära att dessa zoner på sikt måste tas bort och att alla företag, oavsett nationalitet hos grundaren eller ägaren, kommer att ges samma skatteförmåner.¹⁹⁵

¹⁹³ Rapid Changes to Tax Regime.

¹⁹⁴ Dessa har varit utsprida längs Kinas kuststräcka, precis där vi idag kan se stort välstånd.

¹⁹⁵ Rapid Changes to Tax Regime.

14.2.1 Income taxes

Income taxes betalas på den vinst som finns kvar efter det att företaget gjort avdrag för utgifter, kostnader och förluster. JV och WFOE, är associationer de facto etablerade och registrerade i Kina och de ska betala skatt på all inkomst de har, oavsett var i världen inkomsten kommer från. Detta skiljer sig åt mot utländska företag som utför verksamhet i Kina, men inte är etablerade där. Dessa betalar enbart Income taxes på den vinst de genererar i Kina.

Skattesatsen ligger för närvarande på 33 % varav 30 % går till staten och de resterande 3 % går till det lokala samhället. Det har dock i stor utsträckning getts både lokala och centrala skatterabatter som ett incitament för investering. Ett exempel är att FIE inte betalar Income tax de första två åren och bara 50 % av den skatt de borde betala utan skatterabatt de följande tre åren räknat från första vinståret.¹⁹⁶ Trots Kinas medlemskap i WTO kan det antas att Kina i viss mån kommer att fortsätta ge skatterabatter i vissa områden, om än i mindre och mer centralt administrerad omfattning.¹⁹⁷ Ett problem som särskilt uppmärksammats på sista tiden är de stora regionala skillnaderna i välfärd mellan östra och västra Kina och man kan anta att Kina kommer att fortsätta ge skatteförmåner till de företag som väljer att etablera sig i de centrala och västra delarna av Kina.¹⁹⁸

Lokala skattemyndigheter har i konkurrensen om att locka till sig FIE kommit att bevilja företag diverse skatterabatter utifrån lokala ad hoc förordningar varav alla inte är helt lagliga. Detta har kommit att bilda en skattemässig gråzon med stor osäkerhet om vilka skatter som skall betalas alternativt inte betalas. Ibland är problemet av omvänd natur och de lokala myndigheterna tar ut extra "avgifter", vilket naturligtvis är både kostsamt och försvårande för JV som måste planera sin verksamhet. Detta problem har uppmärksammats av de centrala myndigheterna som redan påbörjat arbetet med att reglera dessa gråzoner, vilket kan ses som en effekt av inträdet i WTO.¹⁹⁹

Transaktioner mellan olika närbesläktade företag skall ske till marknadsmässiga priser.²⁰⁰ Detta betyder att det inte är möjligt att för bolag med samma ägare eller som på något annat sätt är ekonomiskt sammanbundna att tillämpa underprissättning för att gynna ett annat närbesläktat företag. Om företagen inte tillämpar marknadsmässiga priser har skattemyndigheterna rätt att justera priserna så att de överensstämmer med vad som skulle ha betalats mellan oberoende företag. Vid en transaktion har parterna dessutom en skyldighet att upplysa de lokala skattemyndigheterna om transaktionen och vilka priser som använts.

¹⁹⁶ Links to China, januari 2003.

¹⁹⁷ Rapid Changes to Tax Regime.

¹⁹⁸ China's Policies on Introducing Foreign Investment after Its WTO Entry.

¹⁹⁹ Rapid Changes to Tax Regime.

²⁰⁰ Guanghua Yu, m.fl. s. 388.

14.2.2 Turnover taxes

Denna skatt är relaterad till omsättning och är i praktiken ett komplement till Income taxes då den för de flesta företag är av relativt marginell betydelse. Turnover taxes delas upp i tre delar:

14.2.2.1 Business tax

Business tax tillämpas då man omsätter tjänster som t.ex. transporter, uppförande av olika byggnader, försäkring och finansieringstjänster. Business tax omfattar även försäljning av immateriella rättigheter och försäljning av fast egendom. En förutsättning för beskattning är att tjänsten utfördes i Kina eller den sålda rättigheten kommer att användas i Kina.²⁰¹ Skattesatsen ligger normalt mellan 3-5 % men går upp till 20 % inom bl.a. underhållningsindustrin.

14.2.2.2 Consumption tax

Consumption taxes är en skatt, eller en form av ”skyddsmoms” som läggs på en rad olika varor som myndigheterna på ett eller annat sätt anser vara farliga för medborgarna och samhället. I praktiken kan de olika varugrupperna delas in i lyxprodukter som kosmetika och smycken respektive hälsofarliga produkter som sprit, cigaretter, bilar, m.m. Syftet är naturligtvis att få omsättningen av dessa varor att bli lägre. Skatten betalas av tillverkaren och kommer beroende på vara att vara ca 5-40 % av försäljningspriset till grossist.²⁰² Ett problem med Consumption taxes är att vissa varor, som vi i västvärlden skulle kalla standardvaror, kommit att betecknas som lyxvaror vilket lett till att priset blivit högre då Consumption taxes läggs på utpriset. Detta drabbar både konsumenterna i form av högra priser, men också tillverkarna som får en lägre omsättning av sina produkter.

14.2.2.3 Value added tax

Value added tax skall precis som den svenska momsens betalas då en vara byter ägare eller en tjänst utförs. Skattesatsen ligger kring 17 % med vissa undantag för bl.a. export av varor.²⁰³ JV och WFOE som etablerar sig i en zon som uppmuntras för investeringar enligt the Guidance Catalogue kommer att ges en reducering av sin Value added tax.²⁰⁴

²⁰¹ Guanghai Yu, m.fl. s. 419.

²⁰² Ibid. s. 412 f.

²⁰³ Ibid. s. 403.

²⁰⁴ Links to China, april 2002.

14.3 Avslutande kommentar

Skattesystemet i Kina ser alltså i stort ut som det vi är vana vid från västvärlden och det är således inga stora skillnader vad gäller den formella utformningen. Vad som däremot skiljer sig åt är att många myndigheter på lokal nivå kommer att tillämpa skattereglerna på ett sätt som gynnar det lokala samhället. Några direkta siffror på huruvida alla skatter verkligen betalas in kan jag inte presentera men en rimlig gissning är att företag inte slipper undan att betala skatt i någon större skala.

I övrigt är naturligtvis även skattelagstiftningen drabbad av den osäkerhet som finns p.g.a. den oklarlagstiftning och möliogheten för olika myndigheter att tolka lagar och förordningar.²⁰⁵

²⁰⁵ Se mer om detta i kapitel 3.

15 Domstolar och tvistlösning

15.1 Bakgrund

I detta kapitel kommer jag att överskådligt förklara hur det kinesiska domstolväsendet är uppbyggt och vilka alternativa tvistlösningsmodeller som finns. Utöver detta kommer jag att peka på de problem och fördelar de olika alternativen har och vilka kulturella och traditionella skillnader som finns i Kina i förhållande till västvärlden.

15.2 Uppbyggnaden av domstolväsendet

Kina har precis som många andra länder ett domstolväsende som är uppbyggda hierarkiskt likt en pyramid. I botten finns de lokala och regionala domstolarna och överst i pyramiden finns den centrala högsta domstolen. Dessa allmänna domstolar prövar både civil- och brottsmål och de kompletteras av olika specialdomstolar t.ex. the Maritime Court och the Transportation Court.

Överst i hierarkin finns the Supreme People's Court. Detta är en stor organisation som sysselsätter ca 100 domare. Något förvånande är att dessa domare till stor del är sysselsatta med administration och lagstiftande arbete, även om de också utövar dömande verksamhet.²⁰⁶ Typiskt sätt kommer fall vars avgörande är av betydelse för hela landet att prövas av the Supreme People's Court enligt de anvisningar lagen ger, men domstolen har fri prövningsrätt av alla mål.²⁰⁷ Direkt under the Supreme People's Court hittar man Higher People's Courts, som är de högsta domstolarna i sin provins. De finns 30 sådana provinsiella högsta domstolar och de har hand om de viktigaste fallen i sin provins. Vilka de viktigaste fallen är avgörs av domstolen själv, som utöver sin dömande verksamhet också fungerar som tillsynsorgan för provinsens administration. Nästa nivå i hierarkin är Intermediate People's Courts och dessa domstolar återfinns i de större städerna. Intermediate People's Courts handlägger fall som bedöms vara av större vikt och bl.a. avgörs brottsmål där dödsstraff kan komma att utdömas i dessa domstolar. Då utländska personer och företag är involverade brukar detta också vara första instans.²⁰⁸ Längst ner i hierarkin kommer the Basic People's Courts som finns i mindre städer och "kommuner". Basic Courts är lokala domstolar och ca 80 % av alla fall prövas här. Dessa domstolar har precis som alla kinesiska allmänna domstolar kompetens över såväl civil- som brottsmål.

²⁰⁶ Rosenberg, Marc s. 250.

²⁰⁷ Brown, Ronald C. s. 54.

²⁰⁸ Huang, John Zhengdong s. 493. Se även Rosenberg, Marc s. 250 f.

15.3 Kontraktsbrott – vilka vägar kan man gå för att få ut sin rätt?

Om en tvist skulle uppkomma p.g.a. ett kontraktsbrott finns det oftast tre vägar att gå för att få ut sin rätt.²⁰⁹ För det första kan man naturligtvis stämma för kontraktsbrott vid allmän domstol, för FIE främst Intermediate People's Court. För det andra kan man, under förutsättning att man avtalat om det, dra fallet inför en skiljedomstol. För det tredje kan man försöka nå en lösning genom medling, vilket är ett välutvecklat och traditionellt tvistlösningssätt i Kina. Ett vanligt första steg innan man blandar in andra parter i konflikten är att parterna först försöker lösa konflikten på egen hand genom s.k. friendly consultations.

15.3.1 Friendly consultations

Många kontrakt upprättade mellan en kinesisk och en utländsk part innehåller en klausul som tvingar parterna att hålla friendly consultations, d.v.s. överläggningar, i samförstånd innan man får föra ett eventuellt avtalsbrott vidare till allmän domstol eller skiljedomstol för prövning.²¹⁰ För att detta skall fungera måste båda parter ha en öppen attityd och vilja att lösa det problem som uppstått. Det har ibland uppstått problem p.g.a. de kulturskillnader som finns där en västerlänning kanske har ett mer direkt och konkret sätt att angripa frågan på än den kinesiska sidan. Om man fört in en sådan överläggningssklausul i ett avtal kan det vara viktigt att införa en maxgräns för hur lång tid överläggningarna får ta innan man kan gå vidare till nästa instans.²¹¹ Risken är annars att motparten försöker förhala processen genom att hävda att man inte gjort allt för att överläggningarna skall vara lyckade. Skulle dessa överläggningar inte lyckas och man inte hittar en lösning på tvisten har man valet att låta en medlare komma in och ytterligare sätta press på parterna och försöka hitta en lösning som de inblandade kan komma överens om.²¹²

15.3.2 Medling

Medling har en mycket stark ställning i Kina och det är en tvistlösningssätt som tillämpats i över 2000 år.²¹³ Grunden till medlingens starka ställning i Kina går att finna i de konfucianska

²⁰⁹ Egentligen borde jag tala om fyra sätt, men då friendly negotiations inte innefattar något yttre tryck har jag valt att inte räkna med den här. Friendly negotiations är trots avsaknad av formellt yttre tryck en viktig beståndsdel för tvistlösning i Kina.

²¹⁰ Håkansson Cecilia s. 29.

²¹¹ Lewis, Donald J. (red.) s. 258.

²¹² Detta utesluter inte möjligheten att gå till skiljedomstol eller allmän domstol.

²¹³ Clark, Kevin C. s. 120 f.

tankegångarna om att moral och harmoni inom samhället värderas högre än lagar, vilket gjorde domstolarna till ett mindre attraktivt val. När det kommunistiska partiet tog makten i mitten av 1900-talet kom de att använda medlingsinstitut som ett sätt att utbilda folket i sin ideologi och detta förstärkte naturligtvis medlingens ställning ytterligare.²¹⁴ Medlingsinstitutet är således ett starkt inslag i kinesisk tvistlösning och cirka 130 miljoner avgjorda medlingar har genomförts de senaste 20 åren, vilket är ungefär 5 gånger mer än antalet avgjorda fall i allmän domstol.²¹⁵

Medling kan ske på flera olika sätt och det är i praktiken upp till parterna att välja hur de vill att medlingen skall utföras. I princip kan medlingsmetoden dela upp i två grupper: privat eller offentlig medling.

En privat medling fungerar helt enkelt så att parterna hittar en eller flera personer de har förtroende för och som sedan sitter med parterna och försöker hitta en lösning på deras tvist. Den lösning de kommer fram till är inte formellt bindande eller verkställbar utan endast det sociala trycket tvingar parterna att följa en eventuell överenskommelse.²¹⁶ För FIE finns även olika medlingscenter som specialiserat sig på de problem som drabbar utländska investerare t.ex. finansiering, licensöverföring, o.s.v. Dessa center administreras av myndigheterna men en överenskommelse kommer inte att vara formellt bindande på parterna annat än som ett avtal mellan parterna.²¹⁷

Ett tredje fall av privat medling utgörs av de fall där man valt en medlare som också kommer att sitta som skiljedomare i ett eventuellt skiljedomsförfarande. Fördelarna med detta system där man blandar medling och skiljedomsförfarande är att det kan vara lättare att komma fram till en bra frivillig lösning då parterna är under press att fallet annars avgörs genom skiljedom.²¹⁸ Just detta har emellertid också kritiserats då det ansetts att en del parter varit rädda för att göra sig ovän med medlaren genom att inte acceptera ett medlingsförslag och därför accepterat lösningar de annars inte skulle ha gjort. Utöver detta kritiserar också det faktum att medlaren kommer att ta på sig dubbla roller dels som medlare och dels som skiljeman. Som medlare kommer han att få ta del av fakta från båda parterna som sedan kanske inte läggs fram då fallet prövas av honom som skiljeman. Detta kan leda till att medlaren/skiljemannen blir osaklig och går in i skiljeförfarandet med förutfattade meningar. Thirgood menar dock att problemet med dubbla roller har överdrivits, och han menar i likhet med många andra att det t.o.m. kan vara positivt att medlaren/skiljemannen får tillgång till all fakta.²¹⁹

Om parterna kommer överens om en lösning på sin tvist kan de be skiljedomstolen att utfärda ett bevis över medlingens överenskommelse. Detta bevis kan sedan ligga till grund för en riktig skiljedom om parterna

²¹⁴ Ibid. s. 120 ff.

²¹⁵ Ibid. s. 127.

²¹⁶ Håkansson, Cecilia s. 31.

²¹⁷ Ibid. s. 33.

²¹⁸ Peerenboom, Randall 2000 s. 23.

²¹⁹ Thirgood, Russell s. 95.

inte utför de åtagande de kommit överens om.

Den andra gruppen av medling är den offentliga, där antingen People's Mediation Committees eller allmän domstol medlar. Den stora skillnaden mot den privata medlingen är att dessa beslut blir bindande och direkt verkställbara i domstol.²²⁰ People's Mediation Committees finns i alla delar av Kina och har ansvar för att medla/döma i såväl civilrättsliga tvister som mindre allvarliga brottmål. Utöver detta har de även ett ansvar att undervisa och upplysa medborgarna om statens politik och lagar.²²¹ Skulle tvisten inte lösas kan tvisten hänföras till allmän domstol som också kommer att verka för att tvisten löses genom medling i deras försorg.

15.3.3 Allmän domstol

Även om parterna försökt lösa sin tvist genom medling innan de beslutat sig för att dra tvisten inför allmän domstol måste ytterligare medlingsförsök göras innan tvisten kan avgöras av domstolen. Innan de formella domstolsförhandlingarna börjar kommer domaren i den aktuella domstolen att försöka få parterna att nå en lösning på den konflikt de tvistar om. Parterna är inte skyldiga att acceptera ett medlingsförslag, men ofta kommer de att vara under stark press att acceptera den lösning domaren presenterar för parterna.²²² Detta beror bl.a. på att domaren själv har väldigt starka incitament till att få parterna att förlikas inte minst då en förlikning inte går att överklaga och på så sätt undviker domaren risken att han får sin dom ändrad av högre instans, vilket anses förnedrande.²²³ Ytterligare en aspekt som gör att domaren sätter press på parterna att förlikas är att en domare som lyckas få många parter att nå överenskommelser kommer att ses som framgångsrik inom det kinesiska rättsväsendet.

Skulle parterna inte nå en förlikning måste domaren avge en riktig dom.²²⁴ Förhandlingen kommer att ge parterna tillfälle att presentera sina bevis och ställa frågor till motparten samtidigt som även domaren och domstolen ges möjlighet att ställa frågor till parterna för att utreda vad som ligger bakom konflikten. Efter det att förhandlingarna är avslutande skall domaren avkunna sin dom, men innan dess har domaren fortfarande möjligheten att fråga parterna om de inte hellre vill förlikas.²²⁵ Skulle parterna inte komma överens måste domaren avkunna sin dom skyndsamt. Det är möjligt att överklaga en dom, normalt inom 15 dagar, till högre instans, men ett fall omprövas endast en gång.²²⁶

²²⁰ Håkansson, Cecilia s. 31.

²²¹ Ibid. s. 31.

²²² Art. 85 the Civil Procedure Law.

²²³ Håkansson, Cecilia s. 32.

²²⁴ Art. 91 the Civil Procedure Law.

²²⁵ Art. 128 the Civil Procedure Law.

²²⁶ Art. 147 och 249 the Civil Procedure Law.

15.3.4 Skiljedomsförfarande

Parterna i ett avtal kan välja att införa en skiljedoms klausul, som säger att en eventuell tvist skall lösas genom skiljeförfarande. En avgörande faktor för var tvisten skall avgöras är om tvisten rör ett nationellt eller utlandsrelaterat förhållande. Tvisten anses utlandsrelaterad om en av de tvistande är icke-kines eller tvistens uppkomst eller föremål har utländsk anknytning. Effekten av att tvisten anses utlandsrelaterad är att parterna kan välja om de vill att tvisten skall avgöras i Kina eller utomlands. Denna valfrihet finns inte för de fall tvisten är nationell, t.ex. en tvist mellan ett EJV och ett WFOE, som endast kan ha ett skiljeförfarande i Kina.²²⁷

Då parterna i en *internationell tvist* kan välja plats för skiljeförfarandet kan en tvist komma att prövas utom Kinas gränser och ett vanligt skiljedomsinstitut har då varit Skiljedomsinstitutet i Stockholm, som dock på senare tid tappat till förmån för skiljedomsinstitut i bl.a. Paris, London och New York.²²⁸ Väljer man att avgöra tvisten i Kina, vilket är det absolut vanligaste, kommer tvisten att avgöras av CIETAC i Peking, Shanghai, eller Shenzhen eller, om det är en sjörättslig tvist, av CMAC.²²⁹ Anledningen till att många tvister med internationell anknytning löses av CIETAC och CMAC är att många kineser är bekymrade över att avgöra tvisten i en främmande kultur och därför motsätter sig att tvisten löses utomlands. Många affärer med SOE avtalas också med standardavtal där det sägs att skiljedomsförfarandet skall ske i Kina och det anses ofta svårt att förhandla om dessa standardavtal. Denna aviga inställning till att låta en utländsk skiljedomsstol pröva fallet håller dock på att ändras i takt med att fler och fler kineser lär sig att agera på en internationell marknad och fler tvister som avgörs utomlands är säkert att vänta.²³⁰ Vad gäller verkställigheten av en utländsk skiljedom så har Kina har skrivit under New York-konventionen vilket i teorin innebär att en utländsk skiljedom skall verkställas i Kina. Det har dock visat sig innebära stora praktiska problem att de facto få sin skiljedom verkställd.²³¹

Om tvisten är *nationell*, eller parterna valt Kina som forum, kommer tvisten att följa kinesiska regler och avgöras av CIETAC eller CMAC, utan någon möjlighet att välja andra regler.²³² Dessa regler säger att tvisten skall prövas av en eller tre skiljemän, beroende på vad parterna kommit överens om. Det vanligaste torde vara en skiljenämnd med tre skiljemän där parterna utser vars en person och sedan väljer ordförande gemensamt.²³³ Parterna har dock

²²⁷ En juridisk persons nationalitet avgörs i Kina utifrån var det är registrerat vilket gör att både JV och WFOE räknas som kinesiska företag och en tvist dem emellan blir därför att se som nationell. Håkansson, Cecilia. 50 ff.

²²⁸ SCC har förvisso legat på ca 15 fall/år de senaste sex åren, trots att antalet tvister kan antas ha ökat. Håkansson, Cecilia s.52 f. och SCC Institute Annual Report 2002.

²²⁹ Thirgood, Russell s. 91 f.

²³⁰ Håkansson, Cecilia s. 53 f.

²³¹ Se mer om detta i kapitel 15.3.4.1. om verkställighet av skiljedomar.

²³² Thirgood, Russell s. 98.

²³³ Håkansson, Cecilia s.121 och art. 30 Arbitration Law.

inte fullständig frihet att välja vem de vill skall vara skiljeman, utan de måste välja någon som är upptagen på en av myndigheterna upprättad lista.²³⁴ Även om listan blir större och större och flera utländska namn finns med kan begränsningen av valbara skiljemän innebära svårigheter att hitta en kompetent skiljeman, ett problem som är tydligast vid komplicerade mål där branschförståelse är en praktisk nödvändighet.²³⁵ Det är kärande som har bevisbördan att visa på kontraktsbrott men skiljenämnden har stor frihet att själv samla in fakta och anlita experter för att utreda fallet.²³⁶ Ytterligare ett problem som tidigare fanns med den kinesiska lagstiftningen var en regel enligt vilken skiljenämnden inte behövde förse parterna med den fakta de självständigt införskaffat. Följden av detta blev att parterna inte gavs någon möjlighet att bemöta den bevisning nämnden funnit på egen hand vilket förde med sig ett visst mått av rättsosäkerhet. Denna regel är numera ändrad och nämnden är skyldig att delge parterna den bevisning de funnit på egen hand.²³⁷ Förhandlingsspråk under skiljeförhandlingarna är om inte parterna kan enas om något annat kinesiska. En skiljedom kan inte överklagas vad gäller sakfrågan, något som är i överensstämmelse med internationell skiljedomspraxis.²³⁸

15.3.4.1 Verkställighet av skiljedomar

Det mål en part måste ha när han inleder ett skiljeförfarande kan inte enbart vara att vinna i förfarandet utan istället vara att de facto få upprättelse och kompensation för kontraktsbrottet. Frågan är därför hur en vinnande part kan få sin dom verkställd. Om skiljeförhandlingarna skett i Kina skall parten vända sig till en allmän domstol för att få sin dom verkställd. Ansökan om verkställighet skall sökas vid den Intermediate Court där svarande har sitt säte eller har egendom.²³⁹ Ett alternativ till att söka verkställighet i Kina är att söka verkställighet utomlands, något som är möjligt då Kina skrivit under New York-konventionen. En förutsättning för verkställighet i utlandet är givetvis att svarande har egendom där. Verkställighet av en skiljedom skall sökas hos allmän domstol inom 6 månader efter skiljenämnden fattade sitt beslut.²⁴⁰ En i utlandet given skiljedom kan verkställas i Kina under förutsättning att skiljedomen kommer från ett institut med fasta regler,²⁴¹ i ett land som erkänt New York-konventionen samt att tvisten är av kommersiell natur.²⁴² Kina är under dessa förutsättningar tvingade att

²³⁴ Art. 16 CIETAC-Rules.

²³⁵ Thirgood, Russell s. 98.

²³⁶ Arbitration Law art 43 och Arbitration Rules of the China International Economic and Trade Arbitration Commission art 38 och 39.

²³⁷ Arbitration Rules of the China International Economic and Trade Arbitration Commission art 40.

²³⁸ Peck, Sarah C. s. 57 och art 58 Arbitration Law.

²³⁹ Art. 269 the Civil Procedure Law. I vissa fall som rör giltigheten av skiljeförfarandet kan domstol vägra att verkställa en skiljedom, art 217 the Civil Procedure Law.

²⁴⁰ Detta gäller om parterna är juridiska personer, annars skall verkställighet sökas inom 12 månader. Art. 219 the Civil Procedure Law.

²⁴¹ Art. 269 the Civil Procedure Law.

²⁴² Håkansson, Cecilia s. 190.

verkställa även utländska skiljedomar, men det har i praktiken visat sig vara mycket svårt att de facto få sina skiljedomar verkställda.²⁴³ Orsakerna till detta är många och en anledning är att de allmänna domstolarna och domarna har en svag ställning i Kina. En del domare saknar dessutom utbildning och det förekommer därför att de tolkar lagen felaktigt, främst då det gäller verkställighet av en utländsk skiljedom.²⁴⁴ Det kanske största problemet är emellertid den lokalprotektionism som finns i många regioner, och som fått ökad aktualitet genom decentraliseringsprocessen i Kina. Många lokala domstolar är också starkt kontrollerade av de lokala myndigheterna då dessa bl.a. betalar domarnas löner. Då en dom som går emot ett lokalt företag kan drabba bygden hårt genom t.ex. fabriksnedläggningar är myndigheterna angelägna om att se till att de lokala domstolarna inte verkställer domar som går emot de lokala intressena. Problemet med lokalprotektionismen förstärks av det faktum att verkställighet måste sökas där svarande har sin hemvist eller har egendom.²⁴⁵ I de allmänna domstolarna prioriteras dessutom civil- och brottmål över verkställighetsmål samtidigt som de exekutiva avdelningarna varken ges tillräckligt med ekonomiska eller personella resurser.²⁴⁶ Många domare har också en negativ inställning både till skiljedomar i allmänhet och de ser det som kritik mot dem att många använder sig av skiljedomar istället för att vända sig till de allmänna domstolarna och de är därför inte angelägna att verkställa deras skiljedomar.²⁴⁷ Ytterligare ett problem med verkställigheten är att det inte finns någon tydlig tidsgräns för domstolen att verkställa en skiljedom. Följden av detta blir att det vid känsliga skiljedomar inte fattas något avgörande alls utan domstolarna låter bara ärendet bli liggande. Det finns exempel där det tagit upp till tre år att få en verkställighet fastställd, så ibland kan det vara en mycket långdragen process att få sin skiljedom verkställd.²⁴⁸ Ett annat lokalprotektionistiskt problem är att en del lokala domstolar utnyttjar en svaghet i the Civil Procedure Law och vägrar att verkställa en skiljedom då de anser att det skulle strida mot de sociala och allmänna kinesiska intressena.²⁴⁹ Denna tolkning har kritiserats men det kan finnas anledning att tro att detta förfarande kan fortsätta att användas.²⁵⁰

15.3.4.2 Lösning på problemen med att få sin rätt verkställd

Det finns en rad olika sätt att minimera riskerna med att lösa sina civilrättsliga tvister och försäkra sig om att man kompenseras fullt ut vid ett eventuellt kontraktsbrott. För det första så kan man förebygga att en tvist överhuvudtaget uppkommer genom att förbereda sig bättre och se till att

²⁴³ Peck, Sarah C. s. 62.

²⁴⁴ Håkansson Cecilia s. 194.

²⁴⁵ Chen, Luming s. 154. och Håkansson, Cecilia s. 196.

²⁴⁶ Ibid. s. 155.

²⁴⁷ Ibid. s. 155 f.

²⁴⁸ Håkansson Cecilia s. 201.

²⁴⁹ Art. 217 och 260 the Civil Procedure Law.

²⁵⁰ Håkansson Cecilia s. 202 ff.

man kommunicerat på ett tydligt sätt med sin partner. Många konflikter uppstår på grund av att avtalsparterna inte förstått varandras bevekelsegrunder för avtalet tillräckligt bra. Ett annat sätt är att skriva sina avtal så att man inte behöver gå till skiljedom/allmän domstol om en tvist uppkommer. Detta kan ske genom att skriva avtalet så att ett på förhand bestämt vitesbelopp skall utfalla om något bestämt inträffar t.ex. försenade leveranser. Vidare så finns det goda skäl att dels göra en due diligence innan man ingår avtalet så att man skaffar sig en bra bild av ens motpart och dels ta reda på om motparten har utmätningsbara tillgångar. Det går ju inte att krama blod ur en sten, så varför processa med en motpart som ändå inte kan betala om domen går emot honom. Samtidigt skall man emellertid vara medveten om att det ofta göms undan egendom med hjälp av lokala myndigheter och banker i samband med att en process inleds.²⁵¹

I vissa fall kan det vara både billigare och snabbare att gå till allmän domstol direkt och hoppa över skiljedomsförfarandet. Detta beror på att man senare ändå måste gå till domstol för att få sin skiljedom verkställd. Ytterligare en fördel är att ett beslut från en allmän domstol kan överklagas. Att gå till allmän domstol är dock inte enbart positivt. Som vi sett tidigare har domstolarna problem både med korruption och inkompetens och även en dom i allmän domstol kan vara svår att få verkställd.

Om sökande har tillgångar utomlands kan man söka honom där dessa tillgångar finns. Detta under förutsättning att New York-konventionen är tillämplig i det landet.

Utöver de ovan nämnda sätten finns det en del ”gråa” sätt att lösa problemen med verkställighet. Ett sätt är att använda de kontakter och den *guanxi* man besitter och på så sätt försöka förmå både domare och de lokala myndigheterna att främja ens egna intressen. Ibland kan det hjälpa att informera högre myndigheter om att domen inte blir verkställd och därigenom sätta press på de lokalt ansvariga.²⁵² Det centrala Partiet kan i vissa fall var en god allianspartner då de inte vill att de lokala intressena ifrågasätts och åsidosätts central lagstiftning. Samtidigt skall man inte underskatta möjligheten att få parten att betala frivilligt. Detta kan som vi sett ske genom medling eller friendly negotiations, men i vissa fall kan det vara framgångsrikt att sätta press på motparten genom att hota att inte samarbeta mer i framtiden. Om motparten dessutom vet om att han kommer att förlora i en framtida skiljedom kan han var angelägen om att undvika en process och därigenom rädda sitt ”ansikte”.²⁵³

²⁵¹ Peerenboom, Randall Enforcement of Arbitral Awards in the PRC 2 § 5.04[1-4]2 § 5.02[13]. Det går att frysa motpartens tillgångar men en rad problem uppstår då istället. Bl.a. är det i praktiken sökandes uppgift att lokalisera var egendomen finns, vilket blir svårt inte minst med tanke på att bankernas sekretessplikt.

²⁵² Håkansson Cecilia s. 202.

²⁵³ Håkansson, Cecilia. s. 178.

15.4 Aktörerna

15.4.1 Advokater och jurister

Jurister har länge betraktats med ringaktning av kineser i allmänhet men i och med det reformarbete med att stifta nya lagar som inleddes med EJV-law 1979 möts jurister och advokater idag med ökad respekt. Advokaterna var slutet av 1970-talet alla statligt anställda via en juristbyrå och hade som yttersta syfte att tjäna socialismen och staten. I slutet av 80-talet gavs advokater möjlighet att starta egen verksamhet om de så önskade. De var dock fortfarande starkt kontrollerade av myndigheterna. Idag är advokater och jurister skiljda från staten men de är fortfarande starkt präglade av sitt gamla uppdrag att tjäna socialismen och det kinesiska folket.²⁵⁴ Följden av att de kinesiska advokaterna har vissa lojalitetsband till staten gör att många utländska investerare kommit att tvivla på var lojaliteten kommer att ligga om en av dem anlita advokat ställs mot ett kinesiskt statligt bolag. Problemet med en advokatkår som är präglad av att se till statens intresse är dock uppmärksammat av myndigheterna som infört ett antal lagar och direktiv för att ge advokaterna en mer självständig roll.

Ett annat problem för advokaterna är att de inte alltid möts med respekt av andra myndigheter och att de bland annat vägras att få tillgång till bevis. Detta anses vara en följd av att Kina saknar en kontinuerlig rättstradition, och resultatet har blivit att många advokater sett sig tvingade att både använda sig av mutor och ta emot mutor för att kunna hjälpa sina klienter. Utöver mutor är det kontaktnät de måste bygga både viktigt och nödvändigt för dem att kunna agera som affärsjurister.

Sammanfattat kan man säga att Kina lider brist på både en oberoende advokatkår och på en fungerande yrkesetik. Detta betyder att utländska investerare ofta måste anlita dubbla advokater, en kinesisk advokat som i många fall måste föra talan och en utländsk advokat som man kan lita på och som får kontrollera den kinesiska advokaten.

15.4.2 Domstolarna

Domstolarnas oberoende kan ifrågasättas på flera olika sätt. För det första har Kommunistpartiet ett stort inflytande på i det kinesiska rättsliga systemet genom sina kommittéer över politik och juridik.²⁵⁵ Dessa kommittéer har som uppgift att samordna Partiets olika riktlinjer och domstolarnas tillämpning av lagen. Normalt skall de inte blanda sig i enskilda fall utan enbart agera på ett allmänt plan, men i verkligheten ser det annorlunda ut. Många domare vänder sig nämligen till dessa kommittéer för att få

²⁵⁴ Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 322 f.

²⁵⁵ Wang, Yan s. 29.

instruktioner om hur de skall lösa ett specifikt fall, vilket gör att domstolarnas oberoende drastiskt minskas. Domstolskåren har också kommit i beroendeställning gentemot de lokala myndigheterna som betalar deras lön och står för deras olika förmåner. Utöver detta har folkkongresserna ett stort inflytande då de både utser och avskedar domare samtidigt som de som skall övervaka domstolarna och se till att de följer lagar och förordningar som existerar. Det är alltså inte tal om någon maktindelning mellan dömande och lagstiftande/administrativ makt, utan dessa egenskaper flyter ihop till en enda massa. Felix Greene förklarar orsaken till avsaknaden av maktindelning på följande sätt²⁵⁶: ”*De [kinesiska myndigheterna, förf. anm.] hävdar att staten är folket och folket behöver inte bli skyddat från sig självt.*” Den beroende ställning som uppkommit p.g.a. att domarnas löner utbetalas av lokala myndigheter har gett upphov till en mycket utbredd lokalprotektionism.²⁵⁷ Följden av denna lokalprotektionism är som vi sett tidigare att icke-lokala parter inte får sina domar verkställda mot en lokal företagare, brott som gynnar bygden bestraffas inte lika hårt, o.s.v. Avslutningsvis skall jag nämna att korruption är vanligt förekommande även inom domstolskåren. Detta har sin förklaring i avsaknaden av yrkesmoral och den allmänna kulturen med *guanxi*, som gränsar mot korruption och i vart fall inte medger en opartisk prövning.

Sammanfattat är domstolskåren allt annat än opartisk och står under hårt tryck både från Partiet och de lokala myndigheterna. Utöver detta är korruption starkt utbredd och det är inte ovanligt att domarna umgås med parterna innan fallet. Detta sammantaget gör det mycket osäkert att dra ett fall inför domstol.

²⁵⁶ Citatet återges i Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 316.

²⁵⁷ Lagerqvist, Thomas JT 1995/96 s. 316.

16 Slutord

Efter denna genomgång vore det egentligen på sin plats att knyta ihop säcken och sammanfatta vad presenterats. Jag känner emellertid att det jag sagt på ovanstående 70 sidor redan är så komprimerat som det bara går och det vore inte givande att ge ytterligare en sammanfattning. Jag väljer därför att avsluta denna uppsats med ett citat av Owen D. Nee.²⁵⁸ *”For foreign investors, the opportunities of the Chinese market are both exciting and daunting. And while the risks of setting up in China are significant, the risks in failing to do so are also significant.”*.

²⁵⁸ Investment Vehicles in China.

Käll- och litteraturförteckning

Förteckningen omfattar även referenslitteratur som inte direkt åberopas.

Litteratur

- Bogdan, Michael *Komparativ rättskunskap*, Norstedts juridik, 1993
- Brown, Ronald C. *Understanding Chinese Courts and Legal Process: Law with Chinese Characteristics*, Kluwer Law International, 1997
- Capener, Cole R. *Due Diligence*, i *Doing Business in China*, Juris Publishing, volum 2, 2002
- Chen, Jianfu *Chinese Law: towards an understanding of Chinese law, its nature and development*, Kluwer Law International, 1999
- de Keijzer, Arne J. *China: Business strategies for the '90s*, Pacific View Press, tredje trycket, 1995
- Gesteland, Richard R. *Cross-Cultural Business Behavior*, Handelshögskolens Forlag, 2.a upplagen 2001
- Guanghua, Yu, m.fl. *Laws Affecting Business Transactions in the PRC*, Kluwer Law International, 2001
- Håkansson, Cecilia *Commercial Arbitration Under Chinese Law*, Iustus Förlag AB, 1999
- Lewis, Donald J. (red.) *The Life and Death of a Joint Venture in China*, Asia Law and Practice Ltd, 2:a reviderade upplagan, 1996
- Lind, Henrik *Kontraktsforhold i Kina – muligheder og faldgruber, juridisk set*, Industrirådet, 1987
- Lubman, Stanley B. (red.) *China's Legal Reforms*, Oxford University Press, 1996
- Lubman, Stanley B. *Bird in a Cage – Legal Reform in China After Mao*, Stanford University Press, 1999

- Pearson, Margaret M. *Joint Ventures in the People's Republic of China*, Princeton University Press, 1991
- Peerenboom, Randall *Enforcement of Arbitral Awards in the PRC*, i *Doing Business in China*, Juris Publishing, volum 2, 2002
- Peerenboom, Randall *Wholly Foreign-Owned Enterprises*, i *Doing Business in China*, Juris Publishing, volum 1, 2002
- Randt, Jr., Clark T. *Joint Ventures*, i *Doing Business in China*, Juris Publishing, volum 1, 2002
- Roehrig, Michael Franz *Foreign Joint Ventures in Contemporary China*, St. Martin's Press, 1994
- Sevastik, Per (red.) *Legal Assistance to Developing Countries*, Norstedts Tryckeri, 1997
- Strange, Roger (red.) *Management in China*, Frank Cass Publishers, 1998
- Tanner, Murray Scot *The Politics of Lawmaking in Post – Mao China*, Oxford University Press, 1999
- Wang, Kui Hua *Chinese Commercial Law*, Oxford University Press, 2000
- Wang, Yan *Chinese Legal reform – The case of foreign investment law*, Routledge, 2002
- Yeung, Clement *Regulation of Gift-Giving and Corruption*, i *Doing Business in China*, Juris Publishing, volum 2, 2002
- Yingqi Wei, Xiaming Liu *Foreign Direct Investment in China*, Cornwall, 2001

Artiklar

- Blake, John *Joint Ventures In China - Accounting Implications*, Managerial Finance, Volym 26, nummer 5, 2000
- Brink, Daniel J. *A Legal and Practical Overview of Direct Investment and Joint Ventures in the "New" China*, John Marshall Law School, 1995
- Chen, Luming *Some Reflections on International Commercial Arbitration in China*, International Journal of Arbitration, nummer 2 1996, s. 121 – 162
- Chow, Daniel C.K. *The Limited Partnership Joint Venture Model in the People's Republic of China*, Law and Policy in International Business, 1998
- Clark, Kevin C. *The Philosophical Underpinning and General Workings of Chinese Mediation Systems: What Lessons can American Mediators Learn*, Pepperdine Dispute Resolution Law Journal, 2002
- Clarke, Donald C. *China's Legal System and the WTO: Prospects for Compliance*, Washington University Global Studies Law Review, vintern 2003
- Curley, Stephen C., m.fl. *Tax Considerations For Investors in China: A Preliminary Look*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, sommaren 1995
- Faure, Guy Olivier *Negotiations to Set Up Joint Ventures in China*, International Negotiation, volym 5, s. 157–189, 2000.
- Harer, Charles K. *Arbitration Fails to Reduce Foreign Investors Risk in China*, Pacific Rim Law and Policy Journal, mars 1999
- Ho, Daniel H.K. *Tax Law in Modern China: Evolution, Framework and Administration*, Hong Kong Law Journal, 2001

- Hoogmartens, Jan *Can China's Socialist Market Survive WTO Accession? – Politics, Market Economy and Rule of Law*, NAFTA: Law and Business Review of the Americas, Winter/Spring 2001
- Huang, John Zhengdong *An Introduction to Foreign Investment Laws in the People's Republic of China*, John Marshall Law Review, våren 1995
- Jefferson, G.H. *China's economic future: A discussion paper*, Journal of Asian Economics, volym 8 1997
- Keyuan, Zou *Judicial Reforms in China: Recent Development and Future Prospects*, International Lawyer, hösten 2002
- Kong, Qingjiang *Enforcement of WTO Agreements in China*, Journal of World Trade, volym 35 nummer 6, 2001
- Lagerqvist, Thomas *Experience with Foreign Investment in China*, Juridisk Tidskrift 1997-98, s. 366-392
- Lagerqvist, Thomas *Kina – en rättsstat?, En analys av Kinas rättsystem*, Juridisk Tidskrift 1995-96 del 1, s. 300-327
- Lagerqvist, Thomas *Patent Rights in China*, Juridisk Tidskrift, 1996-97, del 2, s. 609-632
- Lehman, Edward E. m. fl. *Well-known Trademark Protection in the People's Republic of China*, Fordham International Law Journal, januari 2003
- Li, Ji, m.fl. *Breaking into China*, Long Range Planning, s. 673- 686, band 33, 2000
- Li, Yahong *Pushing for Greater Protection: The Trend Toward Greater Protection*, University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, Vintern 2002
- Lin, Maria C.H. *China After WTO: What You Need to Know*, Practising Law Institute, februari 2001

- Luo, Yadong *Partnering with Foreign Firms: How Do Chinese Managers View the Governance and Importance of Contracts?*, Asia Pacific Journal of Management, volym 19 2002
- Ng, Linda F. Y., m.fl. *Building a Favourable Investment Environment: Evidence for the Facilitation of FDI in China*, Blackwell Publishing Ltd., 2002
- Ott, Gregory C. *China's Accession into the WTO: The Practice of International Bribery and the Issues it Present for American Counsel Whose Clients are Doing Business within the Confines of the Great Wall*, Temple International and Comparative Law Journal, våren 2001
- Palomar, Joyce *Land Tenure Security as A Market Stimulator In China*, Duke Journal of Comparative and International Law, Vintern 2002
- Peck, Sarah C. *Playing by a New Set of Rules*, International Journal of Arbitration, nummer 4 1995, s. 51 – 64
- Peerenboom, Randall *The Evolving Regulatory Framework for Enforcement of Arbitral Awards in The People's Republic of China*, Asian-Pacific Law & Policy Journal, juni, 2000
- Peerenboom, Randall *The X-files: Past and Present Portrayals of China's Alien "Legal System"*, Washington University Global Studies Law Review, vintern 2003
- Potter, Pittman B. *Globalization and Economic Regulation in China: Selective Adaptation of Globalized Norms and Practices*, Washington University Global Studies Law Review, Vintern 2003

- Rosenberg, Marc *The Chinese Legal System Made Easy: A Survey of the Structure of Government, Creation of Legislation, and the Judicial System Under the Constitution and Major Statutes of the People's Republic of China*, University of Miami International and Comparative Law Review, 2000-2001
- Stevenson-Yang, Anne *Investment From A to Z – Making Your Investment Work*, China Business Review, maj/juni, 1995
- Thirgood, Russell *A Critique of Foreign Arbitration in China*, Journal of International Arbitration, s. 89-100, 2000
- Tsang, Eric W.K. *Human Resource Management Problems in Sino-foreign Joint Ventures*, International Journal of Manpower, volym 15, nummer 9/10 1994
- Utter, Justice Robert F. *Dispute Resolution in China*, Washington Law Review, juli 1987
- Vanhonacker, Wilfried R. *A Better Way to Crack China*, Harvard Business Review, juli 01, 2000
- Wong, Yim Yu, m.fl. *Are Joint Ventures Losing their Appeal in China?*, S.A.M. Advanced Management Journal, vintern 1999
- Yang, Jiaqin m.fl. *Identifying key factors for successful joint venture in China*, Industrial Management & Data Systems, s. 98-109, 102/2, 2002
- Yuan, Anyuan *China's Entry into the WTO: Impact on China's regulating Regime of Foreign Direct Investment*, International Lawyer, våren 2001
- Yuan, Anyuan *Foreign Direct Investments in China – Practical Problems of Complying With China's Company Law and Laws for Foreign-invested Enterprises*, Northwestern Journal of International Law and Business, våren 2000
- Zhang, Lihong m.fl. *Joint venture manufacturing in China: an exploratory investigation*, International Journal of Operations & Production Management, volym 19, nummer 5-6, 1999

Zhou, Jessica Jiong

*Trademark Law & Enforcement in China: A
Transnational Perspective*, Wisconsin
International Law Journal, våren 2002

Elektroniska källor

2001 Country Reports on Economic Policy and Trade Practices, the Bureau of Economic and Business Affairs, U.S. Department of State, February 2002, <http://www.state.gov/documents/organization/8168.pdf> besökt 2003-04-25

Advantages of the Cooperative Joint Venture Structure, Charles D. Paglee, <http://www.qis.net/chinalaw/lawtran1.htm> besökt 2003-04-22

Asian News, Beiten Burkhardt, mars 2003, www.bblaw.de/fileadmin/images/PDF_Newsletter/Asianews-0103.pdf , besökt 2003-06-07

China Newsletter, Coudert Brothers, nr 38, oktober 2002, http://www.coudert.com/publications/newsletters/china_newsletter_issue38.pdf, besökt 2003-04-20

China Newsletter, Coudert Brothers, nr 42, oktober 2003, http://www.coudert.com/publications/newsletters/china_newsletter_issue42.pdf, besökt 2003-04-20

China notes, december 2001, Freshfieds Bruckhaus Deringer, <http://www.freshfields.com/places/china/newsletters/200112.pdf> besökt 2003-04-25

China's Policies on Introducing Foreign Investment after Its WTO Entry, Tal vid "Hong Kong 2002' Seminar on China's Investment Policy", av Ma Xiuhong, Vice Minster of Foreign Trade & Economic Cooperation, 11 juli 2002 <http://www.fdi.gov.cn/common/info.jsp?id=ABC00000000000001794> ,besökt 2003-04-23

Common Financial Due Diligence Issues in Asia: The Seven Deadly Sins, Noreen Tai, PricewaterhouseCoopers, oktober 2001, http://www.pwchk.com/home/eng/ddissues_7deadlysins.html , besökt 2003-03-21

Crouching Tiger Hidden Laws, Molly Furzer, Coudert Brothers <http://www.coudert.com/publications/default.asp?action=displayarticle&id=49> , besökt 2003-04-21

Distribution, Foreign Investment and WTO Implementation China, Owen D. Nee Jr., Codert Brothers, 2002-07-08, http://www.coudert.com/publications/articles/speech_020708_14_distribution.pdf , besökt 2003-04-20

FIE Financing and the New Foreign Debt Procedures, Coudert Brothers, mars 2003,
http://www.coudert.com/publications/articles/030317_14_fie_clp.pdf besökt 2003-04-25

First Step in the Long March – Year One of China´s WTO Accession, Jones Day, februari 2003,
http://www1.jonesday.com/FILES/tbl_s31Publications/FileUpload137/708/ChinaLaw&Practice-03.02-WTO%20First%20Year.pdf besökt 2003-04-25

Foreign Direct Investment in China - The Issues and The Risks, Christopher Chan m.fl., PricewaterhouseCoopers, 2001,
http://www.pwchk.com/home/eng/fdichina_issues&risks.html , besökt 2003-06-09

Global Corruption Report 2003, Transparency International,
www.globalcorruptionreport.org/download/gcr2003/24_Data_and_research.pdf, besökt 2003-04-20

Improving the Investment Climate in China, David Dollar, Mary Hallward-Driemeier, m.fl., mars 2003,
<http://www.worldbank.org.cn/English/Content/investment.pdf> besökt 2003-04-01

Investment Vehicles in China, Coudert Brothers, Owen D. Nee, Jr., 28 februari 2002,
http://www.coudert.com/publications/articles/speech_020228_14_investment.pdf besökt 2003-06-05

Lifting the Veil – Transparency in China, Jones, Day, Reavis & Pogue, juni 2002,
http://www1.jonesday.com/FILES/tbl_s31Publications/FileUpload137/567/ChinaLaw&Practice-02.06-WTO%20Transparency.pdf besökt 2003-04-25

Links to China, Linklaters, april 2002,
<http://www.lol.se/pdfs/publications/1063.pdf>, besökt 2003-04-20

Links to China, Linklaters, januari 2003, nyhetsbrevet går att beställa på
<http://www.lol.se/publications/pubdetail.asp?publicationid=1401&IssueID=210>, besökt 2003-04-20

Links to China, Linklaters, mars 2002,
<http://www.lol.se/pdfs/publications/1041.pdf>, besökt 2003-05-03

Optimise Your M&A Process for Better Returns on Deals, Mike Wathen m.fl., PricewaterhouseCoopers,
<http://www.pwcglobal.com/extweb/newcolth.nsf/docid/1E6D770B26C62E DD85256B7900643BC0?OpenDocument>, besökt 2003-03-21

Overview of Anti-Corruption Laws and Regulations in the People's Republic of China, Vivienne Bath och Landon Prieur, South China Morning Post, 2002-02-18,
<http://www.coudert.com/publications/default.asp?action=displayarticle&id=124>, besökt 2003-04-20

People's Republic of China, Country Brief, The World Bank, november 2002,
<http://lnweb18.worldbank.org/eap/eap.nsf/Countries/China/42F2084B942D74C685256C7600687DBF?OpenDocument> , besökt 2003-04-01

Rapid Changes to Tax Regime, Jingzhou Tao, Coudert Brothers, 15 januari 2003, http://www.coudert.com/publications/articles/030115_57_tax_hke.pdf
beskt 2003-04-20

Safeguarding your company's trade secrets, Sungbo Shim och Merrill Keane, 2002-07-15,
<http://www.coudert.com/publications/default.asp?action=displayarticle&id=127>, besökt 2003-04-21

SCC Insitute Annual Report 2002,
http://www.chamber.se/arbitration/shared_files/pdf/SCC_Ann_Report_2002_eng.pdf besökt 2003-05-16

Setting Up a Branch Office, Charles D. Paglee,
<http://www.qis.net/chinalaw/lawtran1.htm>, besökt 2003-04-21

Setting Up a Representative Office, Charles D. Paglee,
<http://www.qis.net/chinalaw/lawtran1.htm>, besökt 2003-04-21

Författningar

Författningarnas namn återges här, liksom i uppsatsen efter dess engelska benämning. Samtliga författningar är hämtad på vi dessa hemsidor www.moftec.gov.cn, www.qis.net/chinalaw, www.fdi.gov.cn
Samtliga sidor är besökta under perioden 2003-04 till 2003-06.

Arbitration Law

Arbitration Rules of the China International Economic and Trade Arbitration Commission

Circular on relevant issues concerning strengthening the administration of examination and approval, registration, foreign exchange and tax matters of foreign invested enterprises

The Civil Procedure Law

The Company Law

The Constitution of the People's Republic of China

Copyright Law

Detailed Rules for the Implementation of the Trademark Law

The Foreign Debt Administration Tentative Procedures
Guidance Catalogue for Foreign Investment Industries

Implementing Regulations of the Patent Law of the People's Republic of China

Law on Sino-foreign Cooperative Joint Ventures

Law on Sino-foreign Equity Joint Ventures

Law on Wholly Foreign-Owned Enterprises

Notice of the Ministry of Labor on Several Issues Concerning Mobility of Enterprise Staff and Workers

Opinions on Strengthening Management over Confidential Technical Information When Technical Workers Change Jobs

Patent Law

Provision on Guiding the Orientation of Foreign Investment

Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Cooperative Joint Ventures

Regulations for the Implementation of the Law on Sino-foreign Equity Joint Ventures

Several Provision on Capital Contribution by Parties to Sino-Foreign Equity Joint Ventures

The Trademark Law