

Quel avenir pour les subventions administratives accordées par les gouvernements locaux dans le cadre de la loi sur les investissements étrangers récemment adoptée?



Au cours des dernières décennies, la Chine a cherché à attirer les investissements étrangers, tandis que les gouvernements locaux se faisaient concurrence dans le but d'attirer ce type d'investissements dans leur localité, notamment en créant des mesures incitatives locales prenant diverses formes. Ainsi, les nouveaux investisseurs étrangers avaient pour habitude de comparer les mesures accordées par chaque localité afin de choisir l'emplacement de leur siège social et/ou de leur usine de production.

Un environnement juridique incertain pour la pratique des administrations locales en matière d'octroi de subventions administratives

En l'absence de définition claire des types de mesures incitatives pouvant être proposées par les gouvernements locaux (« **traitements préférentiels** ») dans la législation et la réglementation chinoises, ces traitements préférentiels incluent dans la pratique des subventions administratives telles que le paiement direct de subventions (dans des proportions réduisant de fait le prix d'acquisition des droits d'usage des terrains), la réduction ou le remboursement partiel ou l'exonération d'impôts (tels que la TVA ou l'impôt sur le revenu des particuliers) et des redevances et autres types de soutien financier aux entreprises par les autorités locales (« **subventions administratives** »).

Certaines subventions administratives accordées par les localités étaient, au mieux, infondées, sinon simplement interdites par les lois et règlements de la RPC.

Dans ce contexte, depuis 2014, le Conseil d'État s'est efforcé de réglementer les subventions administratives et de procéder à un nettoyage des

subventions administratives douteuses d'un point de vue juridique, en particulier dans les cas où de telles subventions administratives mettent en évidence les différences de traitement entre les entreprises à capitaux étrangers et les entreprises à capitaux chinois, et entre les normes locales et nationales. A cette fin, le Conseil d'Etat a publié cinq avis principaux visant à adapter les pratiques locales en matière d'octroi de subventions administratives afin d'assurer une concurrence loyale entre les entreprises et de garantir la crédibilité des engagements pris par les gouvernements.

En particulier, en novembre 2014, le Conseil d'État a promulgué un avis (« **avis 2014** ») interdisant aux gouvernements locaux de réduire, d'exonérer ou de reporter illégalement la perception des frais administratifs et des fonds publics auprès des entreprises ou de vendre des terrains à des prix préférentiels ou gratuitement. De plus, en mai 2015, le Conseil d'État a promulgué un avis (« **avis 2015** ») pour garantir aux entreprises le maintien en vigueur des politiques fiscales et autres obligations prévues dans les contrats conclus, et l'absence de remise en cause des obligations contractuelles d'ores et déjà remplies.

Au vu des ajustements ainsi apportés par le Conseil d'État et selon notre analyse des cas publiés, il semble que la majorité des tribunaux locaux se tiennent en fait à deux principales lignes de conduite : 1) les gouvernements locaux ne doivent pas mettre en œuvre des politiques de promotion des investissements étrangers au-delà de leurs compétences statutaires ; et 2) les gouvernements locaux doivent respecter les accords dûment conclus avec les entreprises.

Cependant, il existe des cas, concernant une réduction ou un remboursement partiel du prix d'acquisition des droits d'usage des terrains et/ou des taxes et redevances y afférents, dans lesquels les tribunaux ont ordonné le remboursement par l'entreprise des taxes et redevances exemptées dans le passé ou l'absence d'obligation pour le gouvernement local de rembourser à l'entreprise les taxes et redevances payées mais qui devaient être exemptées.

Cependant, lorsqu'on examine le raisonnement des tribunaux dans deux cas, il est difficile d'identifier un raisonnement cohérent :

- Dans les deux cas étudiés, les tribunaux de première instance ont fait valoir que le bureau représentant l'administration locale qui avait accepté de prendre en charge certaines taxes ou d'accorder des exonérations fiscales n'était pas compétent pour accorder de telles subventions administratives et que le contrat ou les dispositions accordant ces subventions étaient donc considérés comme invalides. Par conséquent, dans le premier cas, l'investisseur était tenu de rembourser les impôts payés pour son compte par un tiers lié au gouvernement local et, dans le second cas, le gouvernement local n'était pas tenu de rembourser les impôts payés par l'investisseur.
- Par la suite, dans le premier cas, la cour d'appel (c'est-à-dire le tribunal intermédiaire) a confirmé la décision de première instance sur la base d'un raisonnement différent qui consistait à déterminer si les lois fiscales et/ou les règlements administratifs avaient été violés ou non (dans ce cas, nous avons constaté que la décision du tribunal intermédiaire n'était pas fondée en droit).

• Dans le second cas, la Haute Cour a d'abord confirmé l'application de l'avis 2015 du Conseil d'État qui prévoit que les politiques préférentielles locales en matière de fiscalité contenues dans les contrats conclus resteront en vigueur et que, les obligations déjà remplies ne seront pas révoquées, mais a ensuite confirmé la décision du tribunal en première instance au motif que l'investisseur avait demandé un remboursement des impôts payés alors que le contrat prévoyait une exonération fiscale.

Compte tenu de ce qui précède, la validité des subventions administratives octroyées par les gouvernements locaux pour attirer les investissements étrangers, notamment en ce qui concerne les droits d'usage des terrains et/ou les taxes et redevances y afférentes, est assez incertaine et la pratique judiciaire ne favorise pas toujours les investisseurs même si la tendance générale est que les tribunaux évitent de créer un environnement incertain pour les investissements étrangers en respectant généralement l'accord conclu par le gouvernement local.

La nouvelle loi donne désormais aux gouvernements locaux les bases légales pour octroyer des traitements préférentiels à partir du début de l'année 2020.

Plus récemment, le 15 mars 2019, le dernier projet de loi sur les investissements étrangers en RPC (« **Nouvelle Loi** ») a été adopté par la deuxième session de la 13^e Assemblée populaire nationale (« **APN** ») après délibération, et entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020.

L'article 14 de la Nouvelle Loi dispose que « Comme l'exige le développement économique et social national, l'État encourage et guide les investisseurs étrangers à investir dans des industries, des domaines et des régions spécifiques. Les investisseurs étrangers et les entreprises à capitaux

étrangers peuvent bénéficier de traitements préférentiels conformément à la législation, aux règlements administratifs ou aux décrets du Conseil d'Etat », ce qui donne désormais au gouvernement local le droit d'accorder un traitement préférentiel (y compris les subventions administratives) aux investisseurs étrangers ou aux entreprises à capitaux étrangers à condition que de telles mesures soient prévues par les lois, règlements administratifs ou décrets du Conseil d'Etat (la « **base juridique** »).

En d'autres termes, il est désormais expressément interdit aux gouvernements locaux de créer des traitements préférentiels sans base juridique à partir du 1^{er} janvier 2020, par exemple au moyen de décrets, de règles ou de politiques locales, comme certains l'ont fait dans le passé.

Dans ce contexte, contrairement à la pratique opaque passée des gouvernements locaux, les investisseurs doivent insister pour obtenir des références claires à la base juridique des subventions administratives promises par les gouvernements locaux afin de confirmer leur validité.

De plus, à présent que la nouvelle loi exige spécifiquement une base juridique pour l'octroi de traitements préférentiels (y compris les subventions administratives), il est fort probable que les gouvernements locaux seront moins enclins à accorder des réductions directes ou indirectes d'impôts, des droits d'usage des terrains et autres avantages administratifs car ces traitements préférentiels seront plus clairement limités et feront l'objet d'un contrôle accru par le Conseil d'État.

Les subventions administratives accordées dans le passé devraient faire l'objet d'un audit afin d'évaluer leur validité et leur continuité.

Reste la question de l'avenir des subventions administratives qui ont été accordées dans le passé

une fois la nouvelle loi entrée en vigueur.

Considérant que la Nouvelle Loi n'a pas d'effet rétroactif, la validité des subventions administratives accordées dans le passé et leur continuité seront sujettes aux mêmes incertitudes juridiques que par le passé, même si nous sommes d'avis que lorsqu'une FIE a déjà conclu un accord avec le gouvernement local prévoyant des Subventions Administratives, il est possible que cet accord reste incontesté.

Compte tenu de la Nouvelle Loi, les FIE opérant en RPC devraient effectuer des audits (en particulier avant une opération de fusion-acquisition ou un projet de relocalisation) afin d'identifier les subventions administratives existantes (et leur importance), vérifier leur validité en vertu de la Nouvelle Loi, déterminer si leur continuité est menacée ou si la FIE peut avoir à rembourser ces subventions et enfin identifier les solutions potentielles ou mesures d'atténuation nécessitant éventuellement des discussions avec les gouvernements locaux.

En ce qui concerne les subventions administratives à négocier à partir du 1^{er} janvier 2020, les investisseurs devraient être plus vigilants en obtenant du bureau de promotion des investissements du gouvernement local, la base juridique des subventions administratives proposées.



Pour toute information complémentaire, merci de contacter :

Hou@dsavocats.com – Counsel

Jingju@dsavocats.com – Associate

Pour vous désinscrire cliquer [ici](#)