

**LES SURETES PERSONNELLES INNOMMEES EN DROIT CHINOIS
- mise en perspective avec le droit français des suretés**

LI SHIGANG*

***Résumé :** En matière de la sûreté personnelle, le cautionnement est toujours la sûreté personnelle par excellence et pratiquement unique en droit chinois. Pour les autres sûretés personnelles, innommées (la garantie autonome et la lettre d'intention), la pratique chinoise a une position très prudente : elle n'a reconnu que la garantie autonome internationale. Si les nouvelles sûretés personnelles ont déjà trouvé leur place dans le Code civil français, elles pourraient aussi, selon nous, s'intégrer sans problème au droit chinois.*

Mots-clés : sûreté personnelle, garantie autonome, lettre d'intention, droit chinois

1. La sûreté personnelle est assise sur l'obligation, « celle-ci offrant en garantie au créancier qui en est investi non la valeur d'une chose mais la solvabilité de la personne qui s'engage envers lui »¹. Il s'agit alors de l'adjonction d'un autre droit de créance ou droit personnel, d'où la dénomination de sûreté personnelle.

Il existe trois sûretés personnelles principales en droit français². La plus ancienne, traditionnelle et par excellence est le cautionnement ; la seconde sûreté personnelle, la garantie autonome, qui s'est véritablement développée en France dans la décennie 1970³, est une sûreté plus rigoureuse que le cautionnement (sécurité accrue pour le créancier) ; la troisième, dont le procédé connu par la pratique bancaire n'a causé des contentieux que dans les années 1980⁴, est une sûreté moins rigoureuse que le cautionnement : la lettre d'intention⁵. Alors qu'elles sont toutes déjà nommées et prévues par le Code civil français à la suite de la réforme⁶, la loi chinoise n'a prévu nommément que le cautionnement. S'inspirant

principalement de la législation et de la doctrine des systèmes juridiques occidentaux, les régimes concrets du cautionnement en droit chinois, sont similaires à ceux des systèmes juridiques français⁷ ; le cautionnement n'est pas envisagé dans cet article. Quant aux deux autres, elles apparaissent en Chine comme des sûretés innommées que nous allons étudier ci-après.

§ 1. La garantie autonome

2. La garantie autonome ou garantie indépendante, création de la pratique bancaire internationale, a été adoptée et utilisée par les banques chinoises à partir des années 1980. Comme elle est désignée sous différentes dénominations en pratique internationale, dont certaines sont traduites en chinois, elle dispose donc de nombreuses appellations en Chine, dont la plupart la qualifie de cautionnement spécial⁸ ; certains auteurs l'appellent « 独立担保/du li dan bao » (sûreté indépendante)⁹, en le qualifiant de sûreté spéciale.

En pratique, des textes-types de la garantie autonome des banques chinoises la baptisent souvent « *lettre de garantie irrévocable et à première demande* » (无条件不可撤销的保函/ wu tiao jian he bu ke che xiao de bao han). L'expression « *le garant offre une sûreté irrévocable et à première demande* » apparaît souvent lors de la garantie autonome, et il est donc considéré comme la clause essentielle pour la qualification d'acte de la garantie autonome¹⁰.

3. La *Loi sur les sûretés (LS)* de 1995¹¹ semble avoir déjà réservé un espace pour la garantie autonome. Selon son article 5, en principe, « *le contrat de sûreté est l'accessoire du contrat principal, (par conséquent,) si le contrat principal est nul, le contrat de sûreté aussi* » ; mais par exception, « *si le contrat de sûreté en dispose autrement, il prévaudra* ». Il apparaît que cette disposition permet aux parties selon leur volonté d'exclure le caractère accessoire de sûreté, et que, par conséquent, on peut utiliser la garantie autonome en Chine. Néanmoins, on doit ici distinguer la garantie autonome internationale et celle de droit interne, cette dernière n'étant pas reconnue par la Cour suprême chinoise, autrement dit, elle est nulle. La Cour suprême chinoise a donné une interprétation restrictive de

l'article précité : l'exception n'envisage que la sûreté internationale, à l'exclusion la sûreté interne. Nous allons envisager alors respectivement les garanties autonomes internationale et interne en pratique chinoise.

A l'égard de la garantie autonome internationale, la Cour suprême de la Chine reconnaît sa validité. Ici, la garantie autonome internationale, soit est offerte par une banque ou un établissement financier étranger, soit se soumet aux conditions de la *sûreté à l'étranger*¹². Concernant le dernier cas, la *Banque populaire de Chine* a, selon la *LS*, modifié le 25 septembre 1996 les « *Méthodes de l'administration des sûretés à l'étranger consenties par les établissements intérieurs* » (« *Méthodes* ») dont l'article 2 énonce pour la première fois en droit chinois explicitement que la banque peut utiliser la lettre de crédit *stand by* comme une sorte de *sûreté à l'étranger*. En suite, en décembre 1997, le *Bureau national d'administration de devise de RPC* a édicté « *Règlement détaillé d'application des Méthodes de l'administration des sûretés à l'étranger consenties par les établissements intérieurs* », et son article 7 a accentué que l'on peut exclure le caractère accessoire dans le cas de *sûreté à l'étranger*.

La garantie autonome de droit interne n'a, quant à elle, jamais été reconnue par la Cour suprême chinoise. Elle a plusieurs fois refusé de reconnaître la validité des contrats de la garantie autonome faits par des banques internes ou des entreprises internes¹³. La raison ne se trouve pas du tout dans le l'idée que le régime de la garantie autonome entre en conflit avec la notion ou le régime de sûretés chinoises. En fait, la Cour suprême s'inquiète de ce que la garantie autonome puisse être facilement utilisée comme un moyen de fraude ou d'abus de droit et que cela suscite donc plus de contentieux. Elle estime encore que la garantie autonome est une sûreté ayant le caractère international, et qu'elle est contraire à la société économique interne chinoise¹⁴. Evidemment, la Cour suprême chinoise est très prudente quant à la reconnaissance de la garantie autonome. A vrais dire, elle prend une position en faveur de la protection des intérêts des banques et autres établissements financiers, car ce sont généralement ceux-ci qui se portent garants.

4. Bien que les « *Méthodes* » et la Cour suprême chinoise reconnaissent la validité de la garantie autonome dans le domaine international civil et commercial, il manque des règles précises en droit chinois. Donc, après avoir appliqué la règle

du droit privé international, lors de l'absence de l'application directe du droit interne d'autres pays que la Chine populaire, le tribunal chinois se réfère alors à l'usage commercial international ou aux conventions internationales. Dans ce cas, sont importantes, à titre d'exemple, les « *Règles uniformes de la Chambre commerciale internationale relatives aux garanties sur demande* » (RUGC. Doc. N° 458, CCI, mai 1992,) et la « *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand by* » (élaboré par la *Conférence des Nations Unies pour le Droit commercial International/CNUDCI* en 1995)¹⁵.

§ 2. La lettre d'intention

5. La lettre d'intention (意图信/*yi tu xin*) est également, dans la pratique chinoise, désignée sous diverses dénominations, dont certaines correspondent aux traductions directes des appellations françaises : 意图信/*yi tu xin* (lettre d'intention), 赞助信(函)/*zan zhu xin (han)* (lettre de patronage), 安慰信(函)/*an wei xin (han)* (lettre de confort) ; certaines ne le sont pas, par exemple, 承诺信(函)/*cheng nuo xin (han)* (lettre de promesse) et 支持信(函)/*zhi chi xin (han)* (lettre de support)¹⁶.

6. Comme en droit français la lettre d'intention est d'origine étrangère, elle est introduite en Chine populaire dans la négociation internationale. Son utilisation s'accroît au début des années 1990 en Chine populaire, au moment où les investissements provenant de l'étranger, de Hongkong, ou de Macao permettaient d'accélérer le développement économique et que le volume des investissements étrangers était considéré en Chine comme un indice essentiel du développement économique, voire localement comme un signe d'exploit d'un gouvernement provincial. Le gouvernement, les banques ou les entreprises se sont efforcés de satisfaire les demandes des investisseurs étrangers. A cette époque, des banques ou des établissements financiers de Hongkong et de Macao, qui permettaient de nombreux investissements, en offrant des prêts, demandait souvent à être

garantis par une caution ou un immeuble situé dans Hongkong ou Macao, et par une lettre d'intention. Comme la lettre d'intention n'est pas inscrite au bilan du garant, elle n'influence pas l'évaluation de sa crédibilité, elle est facilement acceptée par le garant. Quant à la fin des années 1990, la dépression économique et la dépréciation foncière en Hongkong et Macao sont apparues, les banques ou établissements financiers ont dû demander l'exécution des lettres d'intention. Par conséquent, les tribunaux au sud-est de la Chine ont eu affaire à la lettre d'intention¹⁷.

Elles posent donc aux tribunaux chinois de nombreuses difficultés. D'une part, il manque un régime normalisé par le législateur, par la Cour suprême ou par la pratique ; d'autre part, la doctrine n'y a pas fait attention. Finalement, le tribunal est très prudent dans ce domaine. Dans l'affaire connue de la faillite de *Guangdong International Trust and Investment Corp. (Gitic)*¹⁸, la *Cour populaire supérieure de la province de Guangdong* a dénié toute valeur juridique aux « lettres d'intention » : soit elle est qualifiée de cautionnement, soit elle ne sert à rien¹⁹.

7. La lettre d'intention est un élément peu familier pour les chinois, vu qu'elle intervient de manière imprévue.

Un autre obstacle pourrait résulter de la difficulté de sa distinction avec le cautionnement. Si cette distinction n'est pas un sujet évident en pratique française, il serait plus difficile encore pour la Chine au niveau théorique comme au niveau pratique, car l'engagement de la caution en droit chinois peut prendre la forme d'une obligation de faire ou de donner, comme pour le débiteur principal. Le contenu de cet engagement, néanmoins, est identique à celui de l'obligation du débiteur, ce qui permet, de notre opinion, de faire la distinction entre le cautionnement et la lettre d'intention en droit chinois. En définitive, le cautionnement chinois ne pourrait englober la lettre d'intention.

§ 3. L'avenir des sûretés personnelles innommées en droit chinois

8. De nos jours, en droit chinois, la garantie autonome de droit interne et la lettre d'intention ne sont pas reconnues par la Cour suprême ; la seconde est peu familière pour les chinois. Quel est leur avenir ?

Pour répondre à cette question, nous évoquons d'abord les différences essentielles en droit français entre les trois sûretés personnelles susmentionnées dans cette section. Suivant le droit français, nous pouvons les distinguer à deux égards :

En premier lieu, à l'égard du caractère accessoire, le cautionnement est la seule qui en dispose ; les deux autres n'ont pas ce caractère.

En second lieu, à l'égard de l'engagement du garant, la lettre d'intention est la seule dont l'engagement peut prendre la forme d'une obligation de faire ou de ne pas faire. Les deux autres ont pour objet l'obligation de payer.

Sur le caractère accessoire en matière de sûretés, il apparaît que l'article 5 de la *LS* permet aux parties selon leur volonté d'exclure le caractère accessoire de sûreté. Cependant, d'un côté, s'agissant des sûretés personnelles, la Cour suprême chinoise a donné une interprétation restrictive de l'article précité, en reconnaissant seulement la garantie autonome internationale ; de l'autre côté, le législateur renforce le caractère accessoire des sûretés réelles dans la nouvelle législation²⁰. Leur position dénote leur inquiétude concernant la fraude ou l'abus de droit en la matière et le surcroît de contentieux qui en découle. Il s'agit alors d'un obstacle en Chine à l'institution de la garantie autonome comme de la lettre d'intention.

*« L'histoire et le droit comparé montrent en effet que, lorsque le cautionnement est trop affaibli par l'augmentation des protections législatives, la pratique recherche d'autres formes de garantie personnelle beaucoup plus rigoureuses »*²¹. A la différence du droit français, le droit chinois procure au créancier un cautionnement excessivement favorable²². De plus, la caution en droit chinois prend le risque d'exécuter la même obligation que le débiteur principal, quelle que soit la nature de cette obligation (de donner, de faire, de ne pas faire). Ces deux points peuvent expliquer le fait que les sûretés personnelles autres que le cautionnement, notamment la lettre d'intention, ne foisonne pas encore en Chine.

Néanmoins, le cautionnement ne pourrait couvrir ou remplacer les autres sûretés personnelles qui sont déjà apparues en Chine au fur et à mesure des négociations internationales. Le droit chinois devrait les reconnaître et les nommer.

Pour l'avenir, le fait que l'ordonnance du 23 mars 2006 ait introduit au Code civil français la garantie autonome et la lettre d'intention, présentée, avec le cautionnement comme des sûretés personnelles, et alors que leur emploi s'accroît

dans la négociation internationale, pourrait influencer le droit chinois et faire évoluer leur position en Chine. Les recherches théoriques et les actions en justice seront probablement deux éléments essentiels à une telle évolution.

* Maître de conférences à l'Université Fudan (Shanghai, Chine), docteur en droit de l'Université « Panthéon-Assas » (Paris II) ; lishigang@fudan.edu.cn.

L'auteur tient à adresser ses plus sincères remerciements à Madame Marie Goré, Professeur à l'Université « Panthéon-Assas », qui n'a jamais cessé durant toutes ces années d'accorder à l'auteur son soutien et ses encouragements.

¹ CORNU G. Association Henri Capitant. Vocabulaire juridique. Puf. 2007, p. 900.

² Biblio. CABRILLAC M. et MOULY C. *Droit des sûretés*, 7^e éd. Litec, 2004, p. 29 – 31 ; SIMLER P. et DELEBECQUE P. *Droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, 4^e éd., Dalloz, 2004, p. 29 – 319 ; LEGAIS D. *Sûretés et garanties du crédit*. 5^e éd. LGDJ, 2006, p. 25 – 28 ; AYNES L. et CROCC P. *Les sûretés, la publicité foncière*. 2^e éd. Paris : Defrénois, 2006, p. 15 et s. ; SEUBE J-B. *Droit des sûretés*. 3^e éd. Dalloz, 2006, p. 13 et s.

Il s'agit en effet d'un système ouvert. « *Le droit des sûretés personnelles est généralement tenu pour accueillant pour les volontés individuelles : il est vrai qu'il repose avant tout sur des techniques empruntées au droit des obligations et qu'on ne lui oppose généralement ni numerus clausus des sûretés personnelles ni règle de l'égalité des créanciers à l'inverse du droit des sûretés réelles.* » DUPICHOT P. *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés. Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. de M. GRIMALDI. LGDJ, 2005, n° 17, p. 19.

³ « *Les garanties ont pris la suite des lettres de crédit stand by.* » v. LEGAIS D. *Op. cit.*, p. 281. Cf. PRÛM André. *La garantie à la première demande*. Litec, 1994 ; CREDOT F. L'actualité des garanties autonomes. *LPA*. 17 juin 1998, p. 68.

⁴ SIMLER P. et DELEBECQUE P. *Op. cit.*, p. 280.

⁵ GRIMALDI M. Vers une réforme des sûretés, *RJC*. 2005, n° 6, p. 470.

⁶ Depuis la réforme du 23 mars 2006, le cautionnement est prévu et réglementé par le Code civil français aux articles 2288 et s., la garantie autonome est prévue à l'article 2321 ; la lettre d'intention par le Code civil à l'article 2322.

⁷ La Chine s'inspire du droit romano-germanique ; en matière de cautionnement, le droit chinois partage ainsi de nombreuses notions avec le droit français, notamment le cautionnement solidaire, le bénéfice de discussion, l'accessoire, ou encore le recours contre le débiteur.

Mais le cautionnement chinois s'avère plus simple. Il est fondé sur trois principes fondamentaux. En premier lieu, il s'agit de l'universalité de l'application du régime. Le régime de cautionnement, fixé principalement par la *Loi sur les sûretés (LS)* de 1995, s'applique également à tous les sujets, quelle que soit leur nature, individu ou établissement professionnel ou financier. En droit chinois, on ne distingue pas selon que le sujet est de droit commercial ou de droit civil. De plus, les cautionnements en droit chinois sont tous conventionnels. En deuxième lieu, le régime de cautionnement chinois vise principalement la garantie de la créance existante ; autrement dit, il n'existe que rarement des règles sur le cautionnement des créances futures. L'exception réside dans le fait que la *LS* a prévu et réglementé le *cautionnement de montant maximal*. En dernier lieu, le droit chinois du cautionnement privilégie la fonction de garantie de la créance et renforce ainsi la protection des intérêts du créancier ; la caution se trouve alors dans une situation peu protégée. Contrairement au droit français, les régimes juridiques destinées à protéger la caution sont donc peu nombreux, ce qui facilite la constitution du cautionnement en Chine.

⁸ Par exemple, 独立保证/*du li bao zheng* (cautionnement indépendant), 第一要索保证/*di yi yao suo bao zheng* (cautionnement à première demande), voire 备用信用证/*bei yong xin yong zheng* (la lettre de crédit *stand by*). Cf. GUO Mingrui. *Op. cit.*, p. 74 ; HE Meihuan, *Le droit hongkongais des sûretés*. Beijing : Edition de l'Université de Beijing, 1995, p. 145.

⁹ Elle est également l'appellation retenue par des juges de la Cour suprême dans leurs œuvres. V. CAO Shibing. *Les solutions des problèmes des sûretés chinoises et leur perspective*. Beijing : Edition des institutions de Chine, mars 2002, p. 26.

¹⁰ *Ibid.* p. 23.

¹¹ Promulguée le 30 juin 1995, appliquée le 1^{er} octobre 1995.

¹² S'agissant d'adaptations dues à la spécificité de la qualité (étranger) des parties aux contrats de sûreté, la « sûreté à l'étranger » ne constitue pas une véritable sûreté indépendante. Elle est nommée par la banque centrale chinoise (Banque populaire de Chine), dans le souci de la sécurité de la finance et du marché de devise, afin de protéger les entreprises ou les établissements financiers chinois ou précisément les capitaux chinois.

La sûreté à l'étranger, selon l'article 2 des « Méthodes », est caractérisée lorsqu'un établissement à l'intérieur de la Chine (national) garantit, en moyen d'une hypothèque, d'un gage ou d'un cautionnement conformément à la LS, une dette dont le créancier est un établissement à l'extérieur de la Chine (étranger), ou un établissement financier à capitaux étrangers à l'intérieur de la Chine.

Pour être valables, les sûretés à l'étranger doivent être examinées et approuvées par l'organe compétent d'administration de devise. Si la sûreté n'est pas approuvée par les organes compétents ou si elle n'est pas inscrite, le contrat de la sûreté à l'étranger est nul.

Cf. LI Shigang, *Le droit chinois des sûretés – étude comparatives*, thèse sous la direction de Mme le Professeur Marie GORE, soutenue le 14 février 2008, Université Paris II, n° **Error! Reference source not found.** et s.

¹³ Par exemple, l'affaire de la Société (Hunan) d'import-export des machines, (finale 1998 n°184 de la) Chambre économique de la Cour populaire suprême de la RPC, Guide de juridiction économique (vol. 2), p. 298.

¹⁴ CAO Shibing. *Op. cit.*, p. 28.

¹⁵ La Chine populaire n'a pas signé cette convention.

Sur ces Règles et la Convention, Cf. SIMLER P. et DELEBECQUE P. *Op. cit.*, p. 240-241 ; PIEDELIEVRE S. *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand by.* RTD C. 1996, p. 633 ; V. aussi, sous le même titre, MATTOUT J. -P. *RD banc. et fin.* janv. – févr. 2000, n° 16.

¹⁶ YI Xinhua. Analyse de la notion juridique de lettre de promesse. <http://www.ccmt.org.cn/ss/explore/exploreDetail.php?slid=810>

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Les créanciers de 80% de ses dettes sont des banques étrangères et hongkongaises. V. <http://www.southcn.com/news/gdnews/hotspot/gdgt/>

La présentation de cette affaire en anglais se trouve sur :

http://english.people.com.cn/english/200011/02/eng20001102_54198.html

<http://www.asiaweek.com/asiaweek/98/1023/cs8.html>

¹⁹ La décision du 8 mars 2003 en chinois de cette affaire se trouve sur :

<http://vip.chinalawinfo.com/newlaw2002/slc/print.asp?db=cas&gid=33554873&istxt=1>

²⁰ La Loi sur les droits réels (*LDR*) du 16 mars 2007 a modifié l'article 5 de la *LS* qui permettait aux parties au contrat de sûreté (réelle ou personnelle) d'écarter le caractère accessoire par voie conventionnelle. Après la promulgation de cette nouvelle loi concernant les sûretés réelles, les parties des sûretés réelles ne peuvent plus écarter leur caractère accessoire (art. 172, al. 1, *LDR*).

²¹ MOULY C. Pour la liberté des garanties personnelles. *Banque* 1987, p. 1166.

²² En Chine, les législateurs, les juges et les juristes considèrent la protection de la créance comme le point de départ et le noyau d'une nouvelle réflexion en droit des sûretés : le régime du cautionnement est donc trop rigoureux pour la caution. Par exemple, la constitution du cautionnement est beaucoup plus aisée qu'en France : toute personne de droit privé, physique ou morale, peut devenir partie à un contrat de cautionnement ; les conditions de formation du cautionnement sont identiques quelque soient la qualité des parties, les motifs de la constitution ou la nature de la créance garantie. Parmi ces conditions de formation, deux sont essentielles : le consentement des parties et la forme écrite.