

Le droit nouveau des garanties et cautionnements octroyés par les collectivités locales



Paul Lignières
Docteur en droit
Avocat à la cour
Coopers & Lybrand
CLC juridique et fiscal

01. L'objet de cette étude est de présenter les récents changements concernant le droit applicable aux garanties et cautionnements octroyés par les collectivités locales. Sans revenir sur l'ensemble du régime juridique de ces contrats qui a fait l'objet d'abondants commentaires (1), nous analyserons les principales modifications intervenues ces dernières années (2) en matières législative et jurisprudentielle.

02. Il convient néanmoins à ce stade de rappeler le cadre législatif dans lequel s'inscrit une opération de garantie ou de cautionnement octroyé par une collectivité locale. La loi de décentralisation du 2 mars 1982 fixe les bases de ce régime. Les dispositions relatives aux garanties d'emprunts ont été modifiées principalement par la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation et elles ont été codifiées aux articles L. 2252-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales (CGCT) pour les communes, L. 3231-4 et 5 pour les départements et L. 4253-1 et 2 pour les régions (3). Ces textes prévoient notamment le respect de trois ratios prudentiels (4) : le premier limite le potentiel de garantie de la collectivité locale (ratio établi par rapport aux recettes réelles de la section de fonctionnement), le second prévoit une division des risques entre les différents bénéficiaires de garanties (règle de la division des risques) (5), le troisième impose en principe à la collectivité locale de garantir au plus 50 % d'un emprunt (règle du partage des risques). Il convient d'ores et déjà de noter que pour le calcul des deux premiers ratios, il est nécessaire d'être en mesure de définir des annuités de remboursement de l'emprunt garanti. Par ailleurs, certaines dérogations sont prévues principalement pour les organismes d'intérêt général et d'habitation à loyer modéré. Enfin, les textes disposent qu'aucune stipulation ne peut faire obstacle à ce que la mise en jeu des garanties ou cautions accordés par

une collectivité locale porte, au choix de celle-ci, soit sur la totalité du concours, soit sur les annuités déterminées par l'échéancier contractuel. Au total, l'évolution législative est allée depuis 1982 dans le sens de la rigueur, compte tenu de la mise en jeu de certaines garanties qui se sont avérées très coûteuses pour des collectivités locales.

03. Les garanties d'emprunts intéressent essentiellement le secteur du logement social. Elles sont donc très majoritairement octroyées par les communes et les départements, dans la mesure où les régions n'interviennent pas dans ce secteur. Au 31 décembre 1991, l'encours total garanti s'élevait à 248 milliards de francs dont seulement 20,5 hors secteur du logement et de la construction (6). L'ampleur des charges potentielles est donc très importante.

04. D'un point de vue plus fondamental, l'octroi de garanties ou de cautionnements par les collectivités locales est une marque de l'utilisation par les pouvoirs publics de l'instrument contractuel par opposition à l'acte administratif unilatéral. Cet usage par la puissance publique d'un contrat issu du droit privé implique une prudence accrue. En effet, les collectivités publiques semblent se dépouiller de leur souveraineté : elles passent des contrats civils et acceptent de se soumettre aux juridictions civiles – elles se mettent en civil, suivant l'expression de M. Waline. Il reste néanmoins les règles spécifiques limitant et encadrant les collectivités locales dont la compétence n'est pas générale et dont les actes sont soumis à certains formalismes. S'il reste ainsi vrai que le droit commun gouverne par principe ces contrats, des règles spécifiques encadrent néanmoins toujours leur légalité, en particulier lors de l'émission du consentement de la collectivité locale (7).

05. Nous analyserons d'abord les opérations sur lesquelles peuvent porter des garanties octroyées par les collectivités locales (I) avant d'étudier ensuite les modalités d'octroi et de mise en œuvre de ces garanties (II).

Nous rendons hommage au Professeur Christian Mouly prématurément décédé à l'automne 1996 et dont le dynamisme et la richesse des travaux ont conduit nos études et nos réflexions.

I L'objet des garanties octroyées par les collectivités locales

06. La question se pose de savoir quels types de contrats peuvent bénéficier de la garantie ou d'un cautionnement d'une collectivité locale (8). Une collectivité locale peut-elle garantir un loyer, une opération de crédit-bail, une avance de trésorerie et toute autre forme d'engagement ? Les textes précités du Code général des collectivités territoriales ne mentionnent que les garanties d'emprunts et cautionnements. Ils ne précisent donc pas s'il s'agit de cautionnements relatifs à des emprunts alors qu'ils l'indiquent à propos des garanties. L'imprécision de la loi ne doit cependant pas laisser penser que sont visés les cautionnements relatifs à toutes les obligations et les garanties destinées aux emprunts seulement. En effet, la lecture de l'ensemble des textes permet de comprendre l'intention du législateur qui visait bien les garanties d'emprunts et cautionnements d'emprunts (9). Il reste cependant à se demander si ces dispositions prohibent implicitement les autres garanties et cautionnements. Une interprétation restrictive des textes, initiée par l'administration, semble dominer actuellement la jurisprudence (1). Elle nous paraît toutefois critiquable (2).

1. L'interprétation restrictive majoritairement retenue

07. L'interprétation restrictive des textes est d'abord soutenue par la Direction générale des collectivités locales (DGCL). Selon cette administration, pour répondre à la question de savoir quels types de financements peuvent bénéficier de la garantie d'une collectivité locale, «*il suffit de garder à l'esprit que, d'une manière générale en matière d'interventions économiques des collectivités locales, les dispositions autorisant celles-ci à intervenir sont d'interprétation stricte, et que seules les interventions des collectivités locales qui ont été prévues par la loi sont autorisées*» (10). La loi du 2 mars 1982 qui ouvre la faculté aux collectivités locales d'accorder leur garantie à des personnes privées ne mentionne que les emprunts. Cela signifie concrètement qu'en principe, aucune autre forme de dette ou de financement que celle prévue par la loi ne peut bénéficier de la garantie directe des collectivités locales» (11). Ainsi les garanties octroyées par les collectivités locales et portant sur des loyers, des opérations de crédit-bail (12) ou d'autres produits financiers comme les avances de trésorerie ou les lignes de crédit seraient illégales (13).

08. La jurisprudence administrative semble confirmer cette interprétation. Ainsi, le tribunal administratif de Bordeaux a-t-il jugé qu'était illégale une garantie de pertes financières octroyée par une commune au profit d'une société d'économie mixte (14). Dans le même sens, le tribunal administratif de Montpellier a annulé (15), comme constitutive d'un détournement de pouvoir, la délibération d'un conseil municipal qui accorde la garantie de la commune à un emprunt contracté par une association sportive pour financer la réalisation d'équipements sportifs, dès lors que la délibération a été prise dans le seul but de permettre la passation d'un contrat de prêt entre l'association et un organisme prêteur afin d'apurer des dettes de fonctionnement à la charge de l'association (16). Dans un contentieux de nature fiscale, le tribunal

administratif de Strasbourg a été amené à se prononcer dans le même sens en jugeant que «*les communes ne peuvent accorder de cautionnement aux personnes de droit privé qu'en vue de garantir leurs dettes d'emprunts (...)*», ce qui exclut les dettes de nature fiscale (17). Il s'agissait d'un recours en annulation de la décision du comptable chargé du recouvrement de l'impôt par laquelle il refusait comme garantie à une dette fiscale de l'association Strasbourg musique et congrès, le cautionnement de la ville de Strasbourg. Enfin, on peut citer le tribunal administratif de Bordeaux qui a jugé qu'une commune ne pouvait octroyer sa garantie en faveur de loyers de crédit-bail (18) et le tribunal administratif de Nantes qui s'est prononcé dans le même sens à propos de loyers de logements sociaux (19).

09. L'arrêt du 16 janvier 1995 du Conseil d'État (20) a confirmé la décision du tribunal administratif de Paris d'annulation d'une délibération du conseil municipal de la ville de Saint-Denis qui octroyait à une société d'économie mixte une garantie portant sur des ouvertures de crédit bancaire. Pour le Conseil d'État, il résulte de l'article 6-I de la loi du 2 mars 1982 (actuel art. 2252-1 du CGCT) «*que la faculté ouverte aux communes d'accorder leur garantie ou leur cautionnement à des personnes de droit privé ne concerne que les seuls emprunts auxquels sont applicables les ratios précités, à l'exclusion de toute autre opération de crédit*». Le Conseil constate que la nature même des droits de tirage exclut l'établissement d'un tableau d'amortissement définissant les annuités de remboursement et, par voie de conséquence, l'application des ratios prudentiels. Cette décision peut être considérée comme un coup d'arrêt à certaines pratiques. En outre, le ministère de l'intérieur a rappelé la solution dégagée par cet arrêt dans sa circulaire du 1^{er} juillet 1996 (21).

10. Cette tendance est également illustrée par l'arrêt du Conseil d'État du 9 janvier 1995 (22) qui a condamné une contre-garantie octroyée par une région à une garantie elle-même donnée par un établissement financier, cette contre-garantie étant assortie d'un dépôt de garantie. Le Conseil d'État a jugé que ce dépôt de garantie était contraire à la règle du dépôt des fonds libres au Trésor (23). En effet, les disponibilités des collectivités locales ne peuvent pas être gérées librement mais elles doivent être déposées au Trésor. Les sommes qui correspondent à des dépenses, prévues dans le budget mais dont l'engagement effectif est subordonné à la réalisation d'un événement futur et incertain, tel que la défaillance du débiteur vis-à-vis duquel la collectivité ou l'établissement s'est porté caution, doivent ainsi être déposées au Trésor et ne peuvent l'être auprès d'un établissement financier. La solution dégagée par cet arrêt est reprise dans une circulaire du ministère de l'intérieur (24) qui précise en outre que les contre-garanties qui ne permettraient pas l'application des ratios prudentiels devraient être considérées comme illégales (25) sur le fondement de la jurisprudence du Conseil d'État précitée du 16 janvier 1995 Ville de Saint-Denis. Cette circulaire confirme à nouveau l'interprétation restrictive retenue par le ministère de l'intérieur qui demande que soient respectées strictement les règles prudentielles afin de limiter les risques encourus.

11. Le droit positif semblerait donc interdire l'octroi de garantie ou de cautionnement par des collectivités locales pour des opérations autres que des emprunts auxquels il est

possible d'appliquer les ratios précités. Ainsi seuls les emprunts qui font l'objet d'un tableau d'amortissement définissant des annuités de remboursement seraient-ils susceptibles d'être garantis par une collectivité locale.

2. Les critiques de cette interprétation

12. Cette interprétation restrictive n'est toutefois pas exempte de critiques. En effet, une autre approche aurait été possible. Selon nous, les textes donnent en effet la possibilité aux collectivités locales de se porter cautions ou garantes d'emprunt à certaines conditions, mais ils n'excluent pas – explicitement ou implicitement – les garanties en faveur d'autres types d'opérations. Les deux arguments qui sont avancés pour justifier l'interprétation restrictive majoritairement retenue sont critiquables.

- *Seules les interventions prévues par la loi sont-elles autorisées ?*

13. D'abord, il pourrait être soutenu qu'en matière d'interventionnisme économique des collectivités locales, seules les interventions qui ont été prévues par la loi sont autorisées. Cet argument est notamment celui avancé par le ministère de l'intérieur dans son ouvrage sur l'action économique des collectivités locales (26). Il pourrait reposer sur le principe de valeur constitutionnelle de la liberté de commerce et de l'industrie.

A cet argument (qui nous paraît justifié pour certaines interventions autres que les garanties d'emprunts), il suffirait d'opposer le principe posé par l'article L. 1511-3 du CGCT selon lequel les aides indirectes sont libres. Les garanties qui sont des aides indirectes (27), seraient ainsi susceptibles d'être accordées librement sous réserve des dispositions spécifiques visant les garanties octroyées à des emprunts.

Par ailleurs, les collectivités locales peuvent également accorder des aides, aussi bien directes qu'indirectes, afin « d'assurer le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural » et lorsque « l'initiative privée est défaillante ou absente » et, en outre, les départements peuvent aider les entreprises en difficulté (28). Enfin, dès lors que la politique de la collectivité locale ne s'inscrit pas dans le cadre de l'interventionnisme économique (ou de sa politique économique et sociale (29)), les garanties autres que les garanties d'emprunts pourraient être librement octroyées (30). Seraient ainsi visées les politiques de protection de l'environnement, les politiques culturelles, les politiques de recherche et de développement technologique, les politiques d'éducation (31). De même, les garanties octroyées en faveur de personnes publiques resteraient possibles bien qu'elles ne soient pas expressément autorisées dans les textes régissant cette matière. Une circulaire administrative tend d'ailleurs à corroborer cette dernière idée en reconnaissant la validité des garanties octroyées par une collectivité locale à une personne publique (32) ; en outre, la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 reconnaît également de façon accessoire la validité d'une garantie octroyée par une collectivité locale à emprunt contracté par une personne publique (33).

- *Une fraude à la loi ?*

14. Ensuite, selon le second argument, il pourrait être soutenu qu'il est aisé de contourner les contraintes légales des garanties d'emprunts en octroyant certaines garanties qui ne

font l'objet d'aucune réglementation particulière. L'octroi de garanties à des contrats autres que des emprunts serait alors un moyen de détourner la loi afin d'échapper à ces contraintes. Il faut toutefois souligner que la fraude ne se présume pas et, de surcroît, il suffirait à la collectivité locale d'être en mesure de démontrer que l'opération se justifie autrement que par le souci de ne pas respecter les ratios. Enfin, dès lors qu'une mesure pratique permettant de se plier aux contraintes légales serait mise en œuvre sans que cela soit imposé par les textes, l'argument de la fraude devrait être totalement exclu. Ainsi, concernant une opération de trésorerie pour laquelle il n'est pas possible de présenter un tableau d'amortissement, il serait ainsi possible de prendre comme annuité le montant maximal susceptible d'être appelé (34).

- *Le droit général des aides est-il applicable aux garanties ?*

15. La volonté du législateur n'est pas clairement exprimée dans les textes relatifs aux garanties et cautionnements d'emprunts donnés par les collectivités locales. La question de savoir si les articles relatifs aux garanties constituent un régime particulier qui déroge au droit commun des aides des collectivités locales peut, par exemple, être discutée. S'agit-il de dispositions qui s'ajoutent ou qui dérogent au droit des aides (35) ?

Cette question est primordiale dans la mesure où elle conditionne la mise en œuvre de régimes différents, en particulier à propos de l'exigence de conventions entre l'emprunteur bénéficiaire de la garantie et la collectivité locale, ou concernant la capacité des communes à intervenir en faveur d'entreprises en difficulté (36). Il convient de retenir que la volonté du législateur a été, lors de l'adoption des règles relatives aux garanties, de renforcer la protection des deniers publics mais pas précisément de restreindre le champ d'application de ces aides indirectes. Il ne faudrait pas que ces incertitudes permettent aux collectivités locales de masquer derrière un paravent juridique des motifs d'ordre politique lorsqu'elles refusent d'octroyer une garantie à un acteur économique ou social. Il est, en effet, difficile de comprendre pourquoi seuls les emprunts qui font l'objet d'un tableau d'amortissement définissant des annuités peuvent bénéficier de garanties, alors que d'autres opérations qui ne présentent pas plus de risques seraient exclues de cette technique tels les emprunts à remboursement différés (37) ou les cautionnements futurs de dettes déterminées ou déterminables plafonnés (38). Ces opérations ne présentent pas plus de risques pour la caution dès lors que des moyens raisonnables permettent d'adapter les textes définissant les ratios prudentiels à des situations auxquelles le législateur n'avait pas pensé lors de leur édicton.

16. Il faut, en outre, mentionner que la Direction générale des collectivités locales a précisé que « la distinction entre les emprunts et les autres produits de trésorerie mérite quelquefois, dans la pratique, d'être nuancée. En effet, il n'est pas rare que, sous l'appellation "prêts de trésorerie", soient parfois offerts aux entreprises des produits financiers qui peuvent être en réalité de véritables prêts destinés à financer des équipements et des investissements matériels. Dans ce cas, et dès lors que la garantie est adossée à une opération d'équipement clairement identifiée, elle peut être accordée en toute légalité par la collectivité locale (39) ». Il semblerait ainsi qu'en pratique, lors du contrôle de légalité, la notion de risque est prise en compte pour apprécier la validité des garanties (40).

- *Des interprétations critiquables de la jurisprudence.*

17. Nous soulignons, par ailleurs, que le Conseil d'État dans son arrêt du 16 janvier 1995 ⁽⁴¹⁾ a exclu du champ d'application des garanties des collectivités locales «*toute autre opération de crédit*», ce qui ne prend pas en compte les locations qui ne sont pas des opérations de crédit. A ce titre, l'arrêt du Conseil d'État précité ne donne donc pas de solution pour les garanties d'opérations autres que les opérations de crédit. Ainsi une analyse précise de la jurisprudence nous amène à émettre des réserves sur l'interprétation qui en est donnée habituellement ⁽⁴²⁾. Cette remarque vaut également pour l'interprétation donnée d'un jugement du tribunal administratif d'Amiens du 18 septembre 1984 ⁽⁴³⁾ qui permettait de conclure que «*la technique de la garantie d'emprunts ne pouvait être utilisée pour garantir des dettes commerciales*» ⁽⁴⁴⁾, alors qu'en réalité le tribunal annule une décision prise en 1983 par laquelle le maire avait accordé la garantie de la commune pour le paiement d'effets de commerce d'un artisan sans que le conseil municipal se soit prononcé. Le tribunal constate donc simplement que les articles L. 122-19 et 20 du Code des communes «*ne confèrent au maire aucun pouvoir pour accorder la garantie de la commune pour le paiement d'une dette commerciale*». L'acte était donc entaché d'incompétence mais le tribunal ne s'est en aucun cas prononcé sur le fond. Le recours a porté sur le contrôle de la légalité externe (incompétence) et non sur le contrôle de la légalité interne (violation de la loi).

- *Un éclaircissement nécessaire dans le sens de la souplesse.*

18. Dans le cadre de la réflexion qui occupe actuellement les pouvoirs publics sur le régime des aides directes et indirectes des collectivités locales, il serait opportun de prendre en compte cette nécessité de clarification législative. A défaut, il reste à espérer une prise de position plus claire et plus audacieuse de la Direction générale des collectivités locales. Elle serait utile afin de faciliter le financement de certains biens collectifs ou d'intérêt général ou la réalisation de programmes sociaux ou dans le domaine de l'environnement. On connaît les difficultés engendrées par les règles de la domanialité publique dès lors qu'il s'agit de financer des constructions sur le domaine public malgré les nouvelles règles concernant les garanties réelles issues de la loi du 5 janvier 1988 pour le domaine public des collectivités locales et de la loi du 25 juillet 1994 pour le domaine public de l'État et des établissements publics. Ces lois permettent notamment l'utilisation de droits réels pour garantir des emprunts souscrits pour financer des ouvrages construits sur le domaine public. L'assouplissement du cadre juridique des garanties réelles ne devrait pas trouver sa contrepartie dans la restriction des possibilités données aux collectivités locales en ce qui concerne leurs garanties personnelles. Par ailleurs, cette clarification législative serait également nécessaire afin que cesse la généralisation actuelle de pratiques illégales telle l'attribution, par de nombreuses régions, d'aides directes en dehors des cadres réglementaires. Le dispositif issu des textes de 1982-1983 n'étant plus adapté au contexte actuel, force est de constater que l'ensemble des intervenants ferment les yeux sur des pratiques illégales et notamment les préfets qui ne réagissent pas dans le cadre du contrôle de la légalité. Cette situation – anormale en soi – est intolérable en ce qui concerne les garanties car le droit des sûretés ne peut souffrir l'incertitude et l'aléa juridique.

II Les nouvelles règles relatives aux modalités d'octroi et de mise en œuvre des garanties d'emprunts octroyées par les collectivités locales

19. De nouvelles dispositions législatives ainsi que certaines prises de position jurisprudentielles ont modifié et précisé le régime juridique applicable aux garanties d'emprunts tant au niveau de l'octroi de la garantie **(1)** qu'au niveau de sa mise en œuvre **(2)**.

1. L'octroi de la garantie

20. L'octroi de la garantie d'emprunt par une collectivité locale fait l'objet de nouvelles obligations de nature comptables **a)**. Par ailleurs, des jurisprudences ont limité la portée de la signature du contrat par le maire et réaffirmé la valeur essentielle de la délibération **b)**. Enfin, des textes sont venus définir les règles concernant la rémunération des garanties **c)**.

a) Les nouvelles règles prudentielles de nature comptable

- *Loi du 6 février 1992.*

21. Dans les communes de plus de 3 500 habitants, les départements, les régions et les établissements publics locaux, les documents budgétaires doivent être assortis notamment du bilan certifié conforme du dernier exercice connu des organismes au bénéfice desquels la commune a garanti un emprunt et d'un tableau retraçant l'encours des emprunts garantis par la commune ainsi que l'échéancier de leur remboursement ⁽⁴⁵⁾.

- *Loi du 22 juin 1994.*

22. Plus fondamentale, la loi n° 94-504 du 22 juin 1994 portant diverses dispositions budgétaires et comptables relatives aux collectivités locales a introduit, pour les communes de plus de 3 500 habitants qui accordent une garantie ou un cautionnement d'emprunt, l'obligation d'obtenir un cautionnement ⁽⁴⁶⁾ à cet effet ⁽⁴⁷⁾. Toutefois, la commune peut se dispenser d'obtenir un cautionnement dès lors qu'elle constitue une provision assise sur les annuités d'emprunts garanties ou cautionnées par ses soins. Par ailleurs, les garanties accordées à des organismes HLM ou d'intérêt général notamment sont dispensées de ces obligations ⁽⁴⁸⁾. Ces dispositions sont applicables à compter de l'exercice 1997 pour les garanties d'emprunts accordées depuis le 1^{er} janvier 1996. On peut noter que les départements et les régions ne sont pas visés par cette loi.

23. Le décret n° 96-524 du 13 juin 1996 est venu apporter des précisions sur ce dispositif. Il prévoit que le cautionnement doit être obtenu auprès d'un établissement de crédit dans les conditions fixées par la loi du 24 janvier 1984. La loi laissait pourtant le champ libre à toute sorte de cautionnement. On peut dès lors s'interroger sur la légitimité de cette restriction, en particulier vis-à-vis de la possibilité des entreprises d'assurance d'octroyer des garanties ⁽⁴⁹⁾. Par ailleurs, lorsque la commune préférera provisionner, elle devra retenir une dotation annuelle égale à 2,5 % du montant total des

annuités garanties ou cautionnées afin que le montant total de la dotation atteigne 10 % des annuités d'emprunts garanties ou cautionnées. Enfin, le suivi et l'emploi des provisions constituées sont retracés sur l'état des provisions joint en annexe aux documents budgétaires, indiquant la date initiale de constitution de la provision et les emprunts garantis ou cautionnés entrant dans la base de calcul.

24. Les communes sont ainsi tenues d'anticiper d'éventuels sinistres liés à des garanties d'emprunts conformément aux vœux de la Cour des comptes dans son rapport de 1991 sur la gestion de la dette des collectivités territoriales (50). Elles tiendront donc un revenu disponible d'un montant de nature à faire face à un éventuel appel d'une annuité de l'emprunt garanti, ce qui constitue une contrainte supplémentaire. Bien sûr, en cas de mise en jeu de la garantie, la provision sera reprise à concurrence du montant supporté par la commune.

• *Loi du 12 avril 1996.*

25. Enfin, il convient de citer la modification législative introduite par la loi du 12 avril 1996 (51) qui a été adoptée à la suite d'un arrêt du Conseil d'État (52). La Haute Assemblée a jugé – en se fondant sur la lettre du texte – que devaient être prises en compte dans le ratio calculé par rapport aux recettes réelles de la section de fonctionnement, les seules garanties accordées à des personnes de droit privé à l'exclusion de celles octroyées aux personnes publiques. Cette décision remettait en cause un dispositif qui résultait d'un décret adopté depuis 1988 (53) et elle exposait les collectivités locales à des risques importants dans la mesure où elle dégageait des potentiels de garanties supplémentaires (54). La nouvelle rédaction, introduite par la loi de 1996, permet de distinguer sans ambiguïté le mode de calcul du ratio, de son champ d'application : les garanties au profit de personnes publiques sont exclues du champ d'application du ratio mais elles sont intégrées dans ce calcul. Une circulaire du ministère de l'intérieur est venue exposer cette réforme (55).

b) La signature de la convention et la délibération

26. Un revirement jurisprudentiel attendu a mis fin à une incertitude jurisprudentielle concernant les délégations de signature par l'exécutif de la collectivité locale **1)**. D'autres jurisprudences permettent de considérer que la signature du contrat de garantie n'est pas indispensable **2)**. Mais la valeur essentielle de la délibération est confirmée **3)**.

1) La signature du contrat de garantie par une autre personne que le maire

27. La question se pose fréquemment de savoir si un adjoint au maire est compétent pour signer un contrat de cautionnement ou de garantie en exécution d'une délibération de la commune. Dans un arrêt du 6 décembre 1989, le Conseil d'État avait jugé que seul le maire était autorisé à signer un contrat de garantie en exécution d'une délibération d'un conseil municipal. Cet arrêt a fait l'objet de critiques dans la mesure où le Conseil d'État aurait commis une confusion entre, d'une part, les compétences que le maire exerce en qualité d'exécutant de la délibération du conseil municipal pour lesquelles la subdélégation est possible et d'autre part, celles qu'il exerce sur délégation dudit conseil, en vertu de l'article L. 122-21 du Code des communes, pour lesquelles la

subdélégation n'est pas possible (56). Le champ d'application de cet article est limité aux dix-sept cas de délégations énumérés par l'article L. 122-20 parmi lesquels ne figurent pas les garanties d'emprunt. Celles-ci ne sont donc pas concernées par l'article L. 122-21. Le maire en sa qualité d'exécutant des délibérations du conseil municipal est donc en droit de subdéléguer à ses adjoints la signature du contrat de garantie d'emprunts. Des jurisprudences sont venues contredire la solution dégagée par l'arrêt du Conseil d'État et donc conforter les critiques (57). Il faut en conclure que l'adjoint au maire peut être compétent pour signer une convention de garantie dès lors qu'il bénéficie d'une délégation du maire.

2) L'absence de signature

28. Il convient d'abord de citer un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 12 avril 1994 (58) qui fait preuve d'une certaine rigueur dans l'appréciation du litige. Un préfet a eu recours à la procédure d'inscription d'office à la suite de la mise en jeu d'une garantie d'emprunt donnée par une collectivité locale à une banque. Un contribuable a contesté le taux de son imposition locale en excipant de l'illégalité de l'arrêté préfectoral pris au terme de la procédure d'inscription d'office. La reconnaissance du caractère obligatoire d'une dépense étant subordonnée à l'absence de contestation sérieuse sur l'obligation de payer, le Commissaire du gouvernement a dû s'interroger sur le point de savoir si un adjoint spécial délégué à un quartier était compétent pour engager valablement la collectivité. La question soulevait, selon le Commissaire du gouvernement, des problèmes complexes en particulier au regard de la théorie privatiste de l'apparence. Il convenait donc de considérer que l'arrêté préfectoral était nul et que des réductions d'impôt devaient être accordées aux demandeurs. Toutefois, la cour administrative d'appel a rejeté cette argumentation en considérant que «*par délibération (...), le conseil municipal a décidé que la commune se porterait caution pour garantir le remboursement en capital et en intérêt (d'un emprunt de...) souscrit par la Semyol pour la réalisation de travaux (...); que cet engagement, suffisamment précis quant à la somme garantie et au montant des intérêts acceptés, n'était subordonné à aucune condition suspensive ou résolutoire; que, dès lors, la dépense revêtait un caractère obligatoire, sans que puisse être excipées à son encontre les éventuelles irrégularités formelles commises à l'occasion de la signature d'actes ultérieurs pris pour l'application de la délibération*».

29. Il résulte de cet arrêt que l'absence de signature valable de la part de l'exécutif de la collectivité locale ne suffit pas à considérer que l'engagement de l'assemblée délibérante est sans portée dès lors qu'il n'est subordonné à aucune condition. L'irrégularité de la signature de l'exécutif ne serait qu'une formalité prise pour l'application de la délibération sans portée sur la validité de l'engagement. En ce sens, nous avons soutenu que si la délibération était une condition de fond de validité de l'engagement de la collectivité (voire une formalité solennelle (59)), il ne fallait pas perdre de vue que le contrat était, pour le reste, soumis au droit commun, c'est-à-dire au consensualisme. En effet, la mention manuscrite prévue à l'article 1326 du Code civil constitue une règle de preuve et non une exigence de validité (60). Dès lors, l'absence d'écrit peut être suppléée par un commencement de preuve par écrit qui pourrait être constitué, par exemple, par la déli-

bération (61). La cour administrative d'appel de Paris retient ainsi que le contrat peut exister valablement quand bien même ne serait pas respecté le formalisme par l'exécutif de la collectivité et que seule la délibération est véritablement prise en compte.

30. Il convient également de citer un jugement du tribunal administratif de Marseille du 16 mai 1995 (GOBTP) (62) qui admet l'engagement de la commune malgré l'absence de signature, par le maire, d'un contrat de garantie ou d'intervention de sa part au contrat de prêt à titre de garant. La délibération prévoyait, d'une part, que la commune de Plan-de-Cerques accordait sa garantie à un emprunt contracté par la SEM de l'Étoile et, d'autre part, que le maire recevait un mandat pour exécuter la délibération notamment en engageant la commune dans les termes ci-dessus, en signant et faisant tout ce qui serait nécessaire. Le maire a signé un contrat avec la SEM au terme duquel il s'engageait à se substituer à elle, en cas de défaillance envers l'établissement prétendu. Selon le tribunal, la délibération et le contrat conclu avec la SEM «suffisent à eux seuls à apporter la preuve de l'engagement de la commune et de la connaissance de la nature et de l'étendue de ses obligations». Ainsi, malgré l'absence de contrat écrit entre le prêteur et le garant, le tribunal a tout de même retenu que la caution était valablement formée.

31. Cette jurisprudence mérite d'être confrontée à notre analyse sur les délibérations-décisions de contracter et les délibérations-contrats. Dans la première hypothèse des décisions de contracter, «nous entendons des interventions administratives préalables à la conclusion proprement dite du contrat, mais qui ont pour effet d'obliger l'autorité contractante à conclure celui-ci et non point seulement de l'y autoriser (63)». Au contraire, les délibérations-contrats ne confèrent aucun rôle à l'exécutif. L'assemblée exprime son consentement sans réserve. Cette hypothèse – qui n'est pas envisagée par MM. Laubadère, Moderne et Delvolvé – nous semble pourtant conforme à la réalité et au droit (64). En pratique toutefois, cette distinction emporte peu de conséquences puisque le contrat de garantie peut être un contrat oral, la signature par le maire d'un document n'est donc pas requise (sauf si la délibération en fait une condition de l'engagement de la commune). Tout moyen de preuve peut venir compléter la délibération qui vaut commencement de preuve par écrit (65).

32. Au cas particulier soumis au tribunal de Marseille, «le juge administratif a trouvé dans la délibération du conseil municipal un commencement de preuve par écrit, et dans les termes de la convention passée entre la commune et le débiteur cautionné, la société d'économie mixte, les éléments extrinsèques de cet administricule» (66). En outre, il convient de mentionner que, dans cette hypothèse, la délibération ne prévoyait pas la nécessité de l'accord du maire après la délibération pour que la garantie soit définitivement octroyée. En tout état de cause, la preuve de cet accord aurait pu être apportée par tout moyen et la signature d'un tel accord n'est donc pas indispensable.

33. Il reste l'hypothèse dans laquelle la délibération conditionne l'octroi de la garantie à la signature par le maire du contrat de garantie. En effet, certaines délibérations prévoient l'exigence d'un écrit entre le prêteur et la collectivité signé par

son exécutif et font de cette exigence une condition, suspensive ou résolutoire, de la garantie. L'écrit reste, alors, dans de telles hypothèses nécessaires (67). Dans ces seuls cas, on peut alors confirmer que le rôle de la signature – en tant que condition de validité du contrat – est identique à celui de la délibération (68), le consentement est alors formé en deux étapes (69).

3) La valeur essentielle de la délibération

34. La délibération est réaffirmée comme étant l'acte essentiel de l'octroi d'une garantie par une collectivité. Elle se suffit ainsi le plus souvent à elle-même puisqu'elle permet d'engager la collectivité comme le montrent les jurisprudences précitées relatives à l'absence de signature par le maire.

35. Réciproquement, l'inexistence ou la nullité d'une délibération ne permet pas d'engager valablement la collectivité même si l'exécutif a signé le contrat de garantie. La cour d'appel de Bordeaux a ainsi jugé (70) que lorsque le tribunal administratif a annulé la délibération du conseil municipal qui a autorisé le maire à fournir le cautionnement de la commune lors d'un prêt bancaire accordé à une association communale, l'autorité de la chose jugée du jugement prive l'engagement de caution de toute base légale, et le prêteur ne peut donc pas invoquer ce cautionnement pour réclamer le paiement à la commune, ni se prévaloir de l'existence d'un mandat apparent du maire. Cette décision montre, d'une part, la reconnaissance par le juge judiciaire de la valeur de la délibération comme acte déterminant le consentement de la collectivité locale et, d'autre part, le rejet de la théorie de l'apparence lorsque l'exécutif accorde une garantie sans accord préalable de l'assemblée délibérante (71). Cette solution nous paraît parfaitement justifiée (72).

36. Il convient également de signaler les jugements du tribunal administratif de Nantes du 29 janvier 1992 (73) dans lesquels ont été prononcées, d'une part, l'annulation d'une délibération qui rapportait une délibération d'un précédent conseil municipal accordant la garantie de la commune à un emprunt contracté par l'Association Chant Lavie et, d'autre part, la condamnation de la commune à verser une indemnité en réparation des préjudices causés à l'Association. Le tribunal a ainsi jugé que la délibération par laquelle un conseil municipal accorde la garantie de la commune à un emprunt contracté par une association constitue une décision individuelle à caractère pécuniaire qui, prise dans l'exercice du pouvoir d'appréciation dont dispose en la matière le conseil municipal, crée des droits au profit de son bénéficiaire. Une telle délibération ne peut donc être rapportée par le conseil municipal dès lors que son exécution n'est soumise à la satisfaction d'aucune condition ou réserve (74). Ainsi, une décision de retrait d'une délibération constitue une faute qui ouvre droit à réparation au profit de l'association. Une délibération non conditionnée qui octroie une garantie est donc créatrice de droits au profit de l'emprunteur et également – bien que les jugements n'abordent pas cet aspect – au profit du prêteur.

c) Rémunération

- Les collectivités locales ne peuvent pas percevoir une rémunération pour garantie...

37. Une circulaire du 24 février 1994 relative à la rémunération des garanties d'emprunts consenties par les collectivi-

tés locales (75) est venue rappeler qu'en application de la loi du 24 janvier 1984, une collectivité locale ne peut consentir une garantie d'emprunts assortie d'une rémunération de façon habituelle, étant rappelé que pour la Cour de cassation, l'habitude est suffisamment caractérisée par l'accomplissement de deux faits successifs. Ce rappel vaut aussi bien pour les garanties accordées aux personnes morales de droit privé qu'aux garanties accordées aux personnes morales de droit public. La circulaire signale toutefois qu'il est toujours possible d'octroyer des garanties rémunérées dans le cadre d'une société anonyme de garantie telle que prévue par le Code général des collectivités territoriales.

- ... mais elles peuvent prendre à leur charge les commissions de garanties perçues par les établissements de crédit.

38. Concernant la rémunération des garanties, la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 a prévu, dans son article 21 (76), que les commissions dues par les bénéficiaires de garanties d'emprunts accordées par les établissements de crédit (77) peuvent être prises en charge, totalement ou partiellement, par une collectivité locale. Cette aide ne peut pas être cumulée, pour un même emprunt, avec la garantie ou le cautionnement accordé par une collectivité ou un groupement (78). Il convient de noter que cet article – introduit dans les dispositions relatives aux aides indirectes – permet de classer la prise en charge, par une collectivité territoriale, d'une dépense qui incombe normalement à un tiers parmi les aides indirectes (79).

2. La mise en œuvre de la garantie

39. L'octroi des garanties répond à des conditions strictes qui sont justifiées par le souci de protéger les deniers publics (80). En revanche, la rigueur de la mise en jeu des garanties s'explique par la raison d'être de ces conventions qui est de sécuriser un contractant. Aussi les protections particulières de la personne publique qui trouvent leurs sources dans le droit administratif ne devraient pas rejaillir lors de la mise en œuvre qui est essentiellement régie par le droit civil, plus protecteur des intérêts privés (81).

40. Les juridictions civiles sont donc compétentes en principe pour trancher les litiges relatifs aux contrats de garanties

et de cautionnements donnés par les collectivités locales. En fait, dès lors que la garantie n'est pas l'accessoire d'un contrat de prêt de caractère administratif, qu'elle n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et qu'elle ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun, elle est un contrat de droit privé dont les difficultés d'exécution relèvent de la compétence des juridictions judiciaires (82). Toutefois, les juridictions administratives sont saisies d'actes détachables du contrat à divers titres, ce qui explique notamment l'existence d'une jurisprudence issue de l'ordre administratif. Ces jurisprudences administratives renforcent la sécurité de ce type de garantie en application de théories civilistes (83).

41. Ainsi les jurisprudences rendues en matière de garanties ou cautionnements octroyés par des collectivités locales sont conformes aux décisions concernant les garanties ou cautionnements donnés par des personnes privées. Par exemple, le tribunal administratif de Nantes a retenu la qualification de cautionnement (alors qu'il lui était demandé de qualifier en garantie autonome (84)) et que le défaut d'affectation des fonds pouvait être de nature à décharger au moins partiellement les cautions (85). Le fait que le prêt n'ait pas servi à la réalisation de son objet avait déjà conduit des chambres régionales des comptes à admettre que cette circonstance suffisait à faire admettre la contestation sérieuse (86).

En conclusion, il est permis de retenir que les conditions d'octroi des garanties ont tendance à se restreindre, ce qui peut être critiqué sous certains aspects, en particulier au regard des nécessaires sûretés liées à toute opération d'investissement d'intérêt général. Ainsi, les garanties des collectivités locales sont-elles limitées aux emprunts et leur condition d'octroi impose des contraintes comptables de plus en plus importantes, en particulier l'obligation de constituer des provisions pour les communes de plus de 3 500 habitants. En revanche, l'efficacité des garanties octroyées par les collectivités locales semble être toujours bien protégée. Des clarifications jurisprudentielles ont ainsi permis de relativiser l'importance de la signature par le maire qui était parfois considérée comme une étape aussi importante que la délibération mais, par ailleurs, la valeur essentielle de la délibération est confirmée. Cette sécurité juridique nous paraît déterminante au moins pour éviter le risque d'apparition de techniques moins protectrices des garants et des deniers publics. ■

(1) Outre les références citées dans notre ouvrage, «Les cautionnements et garanties d'emprunts données par les collectivités locales», *Litac, Bibl. dr. de l'entr.*, n° 32, 1994, préface de Ch. Mouly, il convient de mentionner les synthèses suivantes publiées depuis : C. Lepage Jessua, «Cautions et emprunts des collectivités locales, Conditions d'octroi d'une garantie par une collectivité locale», *Banque & Droit*, n° 28, mars-avril 1993, p. 14 et suivantes ; François Schœffler, «Les garanties d'emprunts données par les collectivités locales», *Banque*, n° 553, novembre 1994, p. 49 et suivantes et surtout la nouvelle édition de l'ouvrage de M. Guibal et L. Rapp, «Contrats des collectivités locales», *Ed. F. Lefebvre*, 1995, spécialement : chap. V : Contrat de cautionnement ou de garantie, n° 9470 s. et le *Lamy Droit public des affaires*, 1997, par M. Guibal, L. Rapp et Ph. Terneyre, n° 1135 et 1175. Voir également notre étude : P. Lignières, «Le droit de la concurrence peut-il limiter l'octroi de garanties par les collectivités locales ?» *JCP E* 93, I, 285 et *JCP N* 94, p. 461.

(2) Nous retenons comme date de départ de l'étude, l'année 1993, date à laquelle nous avons terminé notre ouvrage précité. Les références et les développements qui figurent dans cet ouvrage ne sont donc pas repris dans notre présente étude.

(3) La codification a été effectuée par la loi n° 96-142 du 21 février 1996 relative à la partie législative du Code général des collectivités territoriales.

La circulaire du 19 mars 1996 qui a commenté cette loi a rappelé que la codification a été effectuée à droit constant, c'est-à-dire sans création de normes nouvelles.

(4) Voir la circulaire du 14 octobre 1988 relative à l'octroi par les régions, les départements et les communes de leur garantie ou de leur caution pour des emprunts contractés par des personnes de droit privé (NOR : INTB88360C). Pour un exposé de cette circulaire et des ratios prudentiels : H. Wolff, «Interventions économiques des collectivités locales : les garanties d'emprunts», *Banque*, décembre 1989, n° 500, p. 1162 et suivantes et pour une analyse critique : P. Lignières, «Les cautionnements et garanties d'emprunts donnés par les collectivités locales», op. cit., n° 59 à 81.

(5) Sur l'annulation d'un engagement communal contraire à cette règle, voir TA Amiens, 23 avril 1990, n° 89-1099, Préfet de la Somme c/commune de Gamanches, cité in *Lamy Droit public des affaires*, op. cit., n° 1150.

(6) *Rapport du Sénat* n° 191, 1993-1994, par J. Clouet, p. 12 (rapport relatif à la loi n° 94-504 du 22 juin 1994).

(7) P. Lignières, «Les cautionnements et garanties» op. cit.

(8) Nous ne reviendrons pas sur les prohibitions légales comme celle de l'article 19-2 de la loi du 16 juillet 1984, telle que modifiée par la loi du 13 juillet 1992 qui interdit les garanties des collectivités territoriales en faveur des associations sportives et sociétés anonymes à objet sportif. Pour une

application jurisprudentielle, voir CE 10 mai 1996, commune de Saint Louis c/M. Abadie, Req. n° 161302, *AJDA* 96 p. 951, obs. F. Chouvel ; *RFD adm.* 1996, p. 842 et 1 140.

(9) On peut regretter que lors des différentes modifications de ces textes, le législateur n'ait pas corrigé cette rédaction maladroite.

(10) On comprend alors mal pourquoi le législateur a expressément interdit certaines formes d'intervention comme la participation des collectivités locales aux capitaux de sociétés commerciales de droit commun.

(11) *Ministère de l'intérieur*, «L'action économique des collectivités locales», 1992, p. 24.

(12) Les redevances de crédit-bail s'analysent comme des loyers.

(13) Même référence.

(14) TA Bordeaux, 3 décembre 1992, Pujol c/commune de Villenave-d'Ornon, req. n° 9200775 et 9200776 et CE, 6 novembre 1995, commune de Villenave-d'Ornon c/M. Pujol, Rec. CE p. 221, concl. P. Martin ; *AJDA* 1996, p. 223, note C. Devès qui confirme.

(15) TA Montpellier, 5 janvier 1989 Auby, Rec. des jugements des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, *Litéc* 1990, p. 55-56.

(16) Le même tribunal a jugé que le procédé des garanties d'emprunts ne peut être utilisé pour mettre en œuvre une débudgetisation. A ainsi été annulée une délibération par laquelle un conseil municipal accorde sa garantie à un emprunt contracté par une association liée par convention à la commune et destiné à financer divers projets d'amélioration des infrastructures de cette dernière dans la mesure où aucun texte n'autorise les communes à garantir un emprunt qui, souscrit par des associations agissant pour leur compte et dont elles sont les principales bénéficiaires, constitue normalement une recette non fiscale du budget communal. La requête présentée par le préfet soulignait avec raison que la délibération constituait un détournement de pouvoir et de procédure. (TA Montpellier, 21 janvier 1986, Préfet c/commune de Teyran, req. n° 15716).

(17) TA Strasbourg, 21 février 1992, Strasbourg musique et congrès, req. n° 92252 et 92253.

(18) TA Bordeaux, 22 octobre 1992, Préfet du Lot-et-Garonne c/commune de Boé, req. n° 9001925.

(19) TA Nantes, 27 octobre 1994, Préfet de la Vendée c/commune des Clouzeaux, req. n° 941341, *JCP éd. G.* 1995 IV, 1290 ; Rec. CE 1994, tables p. 804 (à notre connaissance, ce jugement n'a pas fait l'objet d'appel).

(20) Conseil d'État, 9^e et 8^e sous-sect., 16 janvier 1995, Ville de Saint-Denis, req. n° 141148, *JCP* 1995, éd. E, pan. 350 ; *JCP* 1995, éd. G, IV, 1224, obs. M.-Ch. Rouault ; *JCP* 1996, éd. E, I, 515, Chr. «Droit des sûretés» par Ph. Simler et Ph. Delebecq (publiée également in *JCP* 1996, éd. N, p. 293 et s., 3638) ; *RTD com.* 1995, page 595, obs. Orsoni ; *AJDA*, 20 septembre 1995, obs. F. Chouvel ; *Droit adm.* avril 1995, n° 190.

(21) Circulaire du 1^{er} juillet 1996, relative aux garanties d'emprunts (loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 20). Sur le contenu de cette circulaire, voir infra n° 25.

(22) CE, 9 janvier 1995, Préfet de la région Rhône-Alpes, n° 109.889.

(23) Ordonnance n° 592 du 4 février 1959, portant loi organique relative aux lois de finances, article 15 dernier alinéa : «Sauf dérogation admise par le ministre des finances, les collectivités territoriales de la République et les établissements publics sont tenus de déposer au trésor toutes leurs disponibilités (...)».

(24) Circulaire du 1^{er} juillet 1996, op. cit.

(25) On constate, par un raisonnement a contrario, que le ministère laisse entendre qu'une contre-garantie qui permettrait de respecter les ratios pourrait être considérée comme légale, ce qui est en contradiction avec une phrase de cette même circulaire qui précise que les textes autorisent les collectivités locales à ne garantir «que les emprunts des personnes de droit privé, sans mentionner les garanties de garantie».

(26) Voir supra, n° 07.

(27) La notion d'aide directe a été définie comme «toute forme d'aide en nature ou en numéraire, engageant le budget de la collectivité, (...) qui s'inscrit directement dans le compte de résultat de l'entreprise, tandis que les aides indirectes n'ont pas cette incidence immédiate et favorisent le développement de l'entreprise de façon moins automatiquement comptable» (conclusions du commissaire de gouvernement sous CE 17 janvier 1994, commune d'Alloz, qui se réfère aux conclusions du commissaire de gouvernement Pochard sous l'arrêt département des Alpes-Maritimes du 18 novembre 1991, p. 396). Bien qu'elles fassent l'objet d'un chapitre spécifique du CGCT (chap. I du Livre V), les garanties d'emprunts ont toujours été considérées comme des aides indirectes dans l'ensemble des analyses relatives à l'interventionnisme local. Voir pour une récente prise de position sur ce sujet : Ch. Maugué et J.-H. Stahl, «Le cadre juridique des relations financières entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités locales», *AJDA* 20 juillet/20 août 1996, p. 475 s., spéc. p. 479. Les auteurs, conformément aux conclusions précitées, analysent la garantie d'emprunt comme une aide indirecte au motif qu'elle «n'emporte, en effet, aucun transfert financier immédiat qui s'imputerait directement dans les comptes de la personne aidée». Sur la notion d'aide publique : N. Charbit, P. Lignières, «Quelle définition des aides publiques ?», *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, octobre 1995.

(28) Articles L. 2251-3 du CGCT pour les communes, L. 3231-3 pour les départements.

(29) Les dispositions sur les garanties d'emprunts sont citées dans le Titre V du CGCT Interventions en matière économique et sociale.

(30) En ce sens, *Lamy Droit public des affaires*, op. cit., n° 141.

(31) Voir, en ce sens, F. Chouvel qui indique que les collectivités locales peuvent octroyer des garanties sur le fondement de la loi du 2 mars 1982 ainsi que sur le fondement de l'article 19.1 de la loi du 19 août 1986 (Les aides des collectivités locales aux établissements d'enseignement privé, *Les Petites Affiches*, 17 juin 1992, n° 73, p. 18 et 19).

(32) Ainsi la circulaire du 24 février 1994 relative à la rémunération des garanties d'emprunts consenties par les collectivités locales (inédite) rappelle que «Dans sa rédaction antérieure aux lois de décentralisation, l'alinéa 29 de l'article 46 de la loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux reconnaissait le caractère exécutoire des délibérations des assemblées départementales accordant une garantie pour le service d'emprunts contractés par les communes, par les établissements publics intercommunaux ou inter départementaux à caractère administratif ou par les organismes d'habitations à loyer modéré. La loi du 2 mars 1982, en supprimant toute distinction entre les délibérations exécutoires de plein droit et celles qui étaient soumises à la tutelle de l'État, n'a pas entendu remettre en cause la possibilité offerte aux départements d'apporter de telles garanties. Un département peut toujours apporter une garantie d'emprunts à une commune ou à un établissement public local, sous réserve que l'opération financée présente un intérêt départemental au regard des compétences reconnues au conseil général et naturellement, compte tenu de la localisation de l'équipement concerné. Par construction symétrique, une commune ou un établissement de coopération intercommunale compétent en matière de logement, peut accorder une garantie d'emprunts à un office public d'habitation à loyer modéré ou à un office public d'aménagement et de construction, sous réserve que cette opération présente un caractère d'intérêt local manifeste. Les garanties d'emprunts entre collectivités locales constituent un mode d'intervention publique, au même titre que les subventions d'investissement».

(33) Voir infra, n° 25, voir également la circulaire du 14 octobre 1988 (op. cit.) qui mentionne explicitement ces garanties.

(34) Ainsi une garantie de restitution donnée à une somme et par laquelle la collectivité locale s'engagerait à rembourser à tout moment le montant intégral de la somme nécessiterait que soit prise en compte comme annuité dans le calcul des ratios la totalité de ladite somme.

(35) Nous considérons que les articles concernant les aides sont applicables aux garanties d'emprunts (voir P. Lignières, «Les cautionnements et garanties» op. cit., n° 9 et suivants).

(36) Les communes ne sont plus habilitées depuis la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation à intervenir en faveur d'entreprises en difficulté. Si l'on considère que les dispositions générales en matière d'aides sont applicables aux garanties d'emprunts, les garanties octroyées par une commune en faveur d'une entreprise en difficulté sont donc illégales. Au contraire, si l'on retient que les dispositions relatives aux garanties d'emprunts forment un régime autonome et dérogeatoire au droit commun des aides, alors une commune peut valablement se porter caution pour une entreprise en difficulté. Le raisonnement est transposable pour l'obligation d'établir une convention avec le bénéficiaire d'une garantie octroyée dans le cadre du maintien de services en milieu rural.

(37) Les collectivités locales sont autorisées à faire appel à ce type de financement. En effet, la loi n° 94-504 du 22 juin 1994 portant diverses dispositions budgétaires et comptables relatives aux collectivités locales prévoit des dispositions comptables et financières spécifiques pour les dettes des collectivités locales faisant l'objet d'un différé de remboursement, ce qui reconnaît implicitement la légalité de ce procédé de financement. Les règles de provisionnement relatives à ces emprunts pourraient inspirer celles relatives aux garanties de tels emprunts.

(38) Voir P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 289.

(39) Ministère de l'intérieur, «L'action économique des collectivités locales», op. cit., p. 26.

(40) Toutefois, la DGCL considère que les garanties des collectivités locales ne peuvent pas porter sur des loyers ou des redevances de crédit-bail (voir supra n° 07). Or, les locations ou les contrats de crédit-bail permettent de définir des annuités ; en outre, ces opérations ne présentent pas plus de risques que les emprunts. En particulier, les opérations de crédit-bail sont destinées à l'acquisition d'équipements. Il convient d'ailleurs de mentionner l'arrêt du Conseil d'État du 29 décembre 1995 (10^e et 7^e sous-sections, SA Natio énergie, req. n° 14361, *Dr. adm.*, février 1996, n° 79 ; *Jurisdata*, n° 049027) qui se prononce sur la compétence judiciaire pour un contrat de «garantie d'emprunts de la commune pour un contrat de crédit-bail» sans s'interroger sur la question de sa légalité.

(41) Voir supra, n° 09.

(42) Voir supra, n° 09, 10 et 11.

(43) TA Amiens, 18 septembre 1984, n° 11297 et 11320, M. Remono et autres, M. Brenet et autres c/Maire de Beaufort.

(44) F. Chouvel, obs. sous CE, 16 janvier 1995, ville de Saint-Denis, *AJDA* 20 septembre 1995 qui se réfère à Roland Debbash, L'interventionnisme

économique des collectivités locales après les lois de décentralisation, *RDP* 1986, p. 509, note 32.3. En effet, R. Debbash écrit à propos de cette jurisprudence : «*Les collectivités locales peuvent enfin accorder des garanties d'emprunts. Cela ne les habilite pas pour autant à accorder toutes les autres formes de garantie*», et il cite ensuite la jurisprudence du tribunal administratif d'Amiens. Ce qui induit une regrettable confusion à propos de l'interprétation de ce jugement.

(45) Art. L. 2313-1 5° et 6° du CGCT issu des articles 13 à 16 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale. Voir également le décret du 26 mars 1993 pris en application de cette loi et la circulaire du 3 mai 1993 qui apporte des précisions complémentaires.

(46) On pourra s'étonner que le terme garantie n'ait pas été utilisé par le législateur. En effet, si une collectivité locale octroie une garantie indépendante, il aurait été souhaitable que sa contre-garantie soit aussi rigoureuse.

(47) Art. L. 2252-3 du CGCT. Sur cette loi qui se situe dans le cadre de la réforme de la comptabilité des communes (M14), voir le *Rapport du Sénat* n° 191, 1993-1994, par J. Clouet.

(48) Mais il semble que, faute d'interdiction contraire, les garanties octroyées à des personnes morales de droit public soient soumises à ce dispositif.

(49) Par analogie on peut citer la loi du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction d'une maison individuelle qui prévoit que la caution que doit fournir le maître d'ouvrage doit être donnée soit par un établissement de crédit, soit par une entreprise d'assurance ; de même le décret du 9 mars 1989 relatif aux fonds communs de créances prévoit que les fonds doivent obtenir des garanties auprès d'établissements de crédit ou d'entreprises d'assurance ; le décret du 9 juin 1994 qui modifie le décret du 21 septembre 1977 d'application de la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées et à la protection de l'environnement, prévoit que les garanties doivent être accordées par les établissements de crédit ou les sociétés d'assurance. Dans une affaire similaire, la Fédération française des sociétés d'assurance a obtenu l'annulation d'un décret qui excluait les sociétés d'assurance d'un marché. Parmi les arguments avancés (liberté du commerce et de l'industrie, principe d'égalité...), le Conseil d'État a retenu l'incompatibilité du décret avec l'article 86 du traité de Rome relatif aux abus de position dominante (CE 8 novembre 1996, FFSA, *AJDA* 97 p. 142 s. et 204 s).

(50) La gestion de la trésorerie et de la dette des collectivités territoriales, *Rapport au président de la République, Cour des comptes*, novembre 1991.

(51) Loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordres économique et financier, article 20. Voir le bref commentaire de J.-Cl. Douence, Garantie d'emprunt et loi du 12 avril 1996, *RFD adm.*, 12 (6) nov.-déc. 1996, p. 1141-1142.

(52) CE, 20 octobre 1995, commune de Montbrison.

(53) Décret n° 88-336 du 18 avril 1988. Ce dispositif avait été accepté par la doctrine (H. Wolff, op. cit. ; P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 67).

(54) *La Quinzaine juridique* a publié (n° 36 du 29 novembre 1993) un dossier qui comporte la loi, le décret et la circulaire ainsi que le jugement du TA de Lyon du 4 mai 1993, Préfet de la Loire c/commune de Montbrison.

(55) Circulaire du 1^{er} juillet 1996, relative aux garanties d'emprunts (loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 20), op. cit.

(56) François Llorens, «Les adjoints au maire sont-ils compétents pour accorder des garanties d'emprunts au nom des communes ?» A propos de l'arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 1989, Société anonyme de Crédit à l'industrie française (CALIF), requête n° 115.991, *Les Petites Affiches*, 4 juillet 1990, n° 80, p. 23-35.

(57) CE 19 octobre 1994, Caisse de garantie du logement social, req. n° 141953 ; CE 15 juin 1994, commune de Longueau, req. n° 137690 ; voir également TA Amiens, 4 octobre 1993, commune d'Amiens contre Préfet de la Somme (Tiers : Société Alsacienne de Banque), req. 92.327, *AJDA*, 20 décembre 1993, observations de B. Triquenaux (à notre connaissance, ce jugement n'a pas fait l'objet d'appel) ; ainsi que les conclusions du commissaire de gouvernement A. Mendras, sur CAA Paris, 13 décembre 1994, M. Antoine, Req. n° 94PA00296, plén., *AJDA*, 20 janvier 1995. Voir également CA Nîmes, 6 septembre 1994, suivi d'une note de D. Santacru, «Garanties d'emprunts données par les communes dans les opérations de concession», *Les Petites Affiches*, 26 mai 1995, p. 9.

(58) CAA Paris, 13 décembre 1994, M. Antoine, Req. n° 94PA00296, plén., *AJDA*, 20 janvier 1995, avec les concl. de A. Mendras, op. cit.

(59) P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 224 et 485 et s.

(60) Cass. civ. 1^{re}, 15 octobre 1991, *JCP* 92 II 21923, note Ph. Simler et pour l'application à une garantie octroyée par une collectivité locale : CA Nîmes, 6 septembre 1994, op. cit.

(61) P. Lignières, «Les cautionnements et garanties» op. cit., n° 296.

(62) *RFD adm.* 12 (2) mars-avril 1996, p. 364 s., obs. L. Deruy. Il y est précisé que le recours en appel devant le Conseil d'État a été suivi d'un désistement. Voir également Cass. civ., 1^{re} décembre 1993, n° 91-20.910, n° 1553, commune de Carcassonne c/CLF et autres, *Juris associations*, n° 94, 1^{er} mars

1994, p. 5.

(63) A. de Lombadère, F. Moderne, P. Delvolvé, «Traité des contrats administratifs», *LGDJ*, tome 1, 1983, n° 417.

(64) P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 229 à 234.

(65) Idem, n° 298.

(66) L. Deruy, op. cit., p. 366.

(67) En ce sens, *Lamy Droit public des affaires*, op. cit., n° 1172.

(68) D. Pouyaud, «La nullité des contrats administratifs», *LGDJ, bibl. dr. adm.*, E.158, 1991, n° 40, qui, semble-t-il, fait de la signature par l'exécutif une condition aussi importante que la délibération dans tous les cas. Voir le jugement du tribunal administratif de Nantes (infra § 36), l'arrêt de la CAA de Paris du 12 avril 1994 (supra § 28) qui confirment notre point de vue.

(69) P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 484.

(70) CA Bordeaux, Cbre 1, 15 mai 1995, Crédit local de France c/ Société Léon sur l'Isle, *Jurisdata*, Doc. n° 043757.

(71) Nous rappelons que cette question avait été également soulevée par le commissaire du gouvernement dans l'arrêt précité de la CAA de Paris du 12 avril 1994 (supra § 28).

(72) P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 225 ; par analogie avec le droit des sociétés : R. Houin, *RTD com.*, 1994, p. 535-537 ; J.-F. Barbieri, «Cautionnements et sociétés», *cah. dr. entr., suppl. JCP*, éd. E 1992, n° 2, p. 23.

(73) TA Nantes, 29 janvier 1992, Association Chant'Lavie et autre c/commune de Faye d'Anjou, deux jugements, D 1993, jurisprudence, p. 238 s., note F. Chouvel ; CE, 28 juillet 1993, commune de Faye-d'Anjou c/Association Chant'Lavie, Rec. CE 1993, tables p. 658 ; CAA Nantes, 2^e ch., 8 novembre 1995, commune de Faye d'Anjou, *AJDA*, p. 331, note F. Chouvel.

(74) Cette mention expresse du tribunal confirme notre point de vue relatif à la nécessité d'une signature par l'exécutif dès lors que la délibération en fait une condition de l'octroi de la garantie (voir supra § 33).

(75) Op. cit.

(76) Actuel article L. 1511-3 du CGCT, alinéa 3.

(77) On notera encore l'exclusion notamment des sociétés d'assurance (voir supra § 23).

(78) Un décret doit préciser les conditions d'application de ce texte.

(79) Nous ne partageons pas exactement le point de vue du commentateur de cette loi à la RFD adm. pour qui «*la notion d'aide indirecte n'en sort pas plus définissable que par le passé*» (J. Cl. Douence, op. cit.) dans la mesure où cette loi donne un nouvel exemple d'aide indirecte qui, par un raisonnement par analogie, peut permettre de classer d'autres aides locales parmi les aides indirectes.

(80) Voir notamment J.-L. Coudert et Ch. Vimmer, «La mise en jeu de la caution d'une collectivité locale», *Les Petites Affiches*, 17 juillet 1995, p. 4. Voir également sur la pratique des chambres régionales des comptes, *AJDA* 1994, p. 891.

(81) D. Santacru, op. cit. qui dresse un tableau des arguments qu'une caution peut invoquer pour résister au paiement face auxquels la cour de Nîmes a opposé une motivation claire. Il convient, toutefois, de citer l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 avril 1995 (CEPME c/Conseil général des Pyrénées Atlantiques, *Jurisdata*, doc. n° 042317) selon lequel est «*irrégulier le cautionnement donné par le district et le conseil général au profit d'une société d'exploitation, lorsque l'approbation préfectorale se limitait à une caution simple, devant être uniquement mise en jeu après vaine poursuite du débiteur et que le président du district a souscrit un cautionnement solidaire qu'il n'avait pas la capacité de donner. Ainsi, ce cautionnement est-il inopposable aux collectivités publiques irrégulièrement engagées, d'autant que créancier et notaire rédacteur de l'acte authentique connaissaient l'incapacité relative à la stipulation de solidarité*». Comme le remarquent MM. Simler et Delebecque, il aurait été possible d'annuler simplement la clause viciée tout en maintenant la validité de l'acte (chronique précitée Droit des sûretés, n° 1).

(82) Tribunal des conflits 12 janvier 1987, Ville d'Eaubonne c/GOBTP, D. 87 p. 205, concl. M. Massot ; P. Lignières, «Les cautionnements et garanties», op. cit., n° 587 et suivants ; voir également une jurisprudence récente du Conseil d'État : 29 décembre 1995, 10^e et 7^e sous-sections, SA Natio énergie, req. n° 14361, Dr. adm., février 1996, n° 79 ; *Jurisdata*, n° 049027.

(83) Voir en particulier § 28 et s. supra.

(84) Voir également Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 1996, (Commune de Lézignan-Corbières, *RFD adm.*, 1996, p. 1140.

(85) Tribunal administratif de Nantes, 29 décembre 1995, Banque régionale d'escompte et de dépôt, *RFD adm.* 1996, p. 1130 et s. avec les conclusions de J.-F. Millet et des observations de Ph. Simler (qui analyse aussi bien la qualification de la garantie que les conditions d'affectation).

(86) Voir les références citées par J.-F. Millet (op. cit.) : Ch. rég. comptes Aquitaine, avis, 1^{er} février 1990 : construction d'un village de vacances non réalisée, Ch. rég. comptes Limousin, avis, 20 septembre 1990, Sitom : construction d'usine non réalisée ; J.-L. Chartier et A. Doyelle, «L'activité des Chambres régionales des comptes», *AJDA*, 1991, 201.