

LA RESPONSABILITÉ DES COLLECTIVITÉS LOCALES DU FAIT DES GARANTIES OU CAUTIONS ACCORDÉES A DES PERSONNES MORALES DE DROIT PRIVÉ

PAR

François CHOUVEL

Maître de Conférences de droit public à l'Université de Clermont I (IPAG)

Les risques présentés par la procédure des garanties ou des cautions consenties par les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale, notamment, aux emprunts souscrits par des personnes privées ont été maintes fois soulignés par la Cour des Comptes (*Rapport 1980*, p. 103 s ; *Rapport 1981*, p. 100 s ; *Rapport 1983*, p. 85 s ; *Rapport 1987*, p. 199 s ; *Rapport 1988*, p. 119 s ; *Rapport 1993*, p. 369 s) et cette insistance à alerter les décideurs locaux sur les dangers de cette aide économique indirecte peut s'apprécier à l'aune de ses enjeux financiers.

L'enjeu économique

En 1992, les seules collectivités locales ont octroyé des aides économiques directes et indirectes — hors garanties d'emprunt — pour un montant total de 13,3 milliards de Francs, et accordé dans le même temps 23,2 milliards de Francs de garanties et cautionnements ; d'origines communales à 55 % et départementales pour le reste (la part des régions dans le montant des garanties est marginale), ces engagements portent principalement sur les secteurs du logement (87 %) et du bâtiment - travaux publics (8 %). L'encours des garanties et cautionnements dépassait, fin 1992, 272 milliards de Francs, dont 31 milliards de Francs au profit des sociétés d'économie mixte locales ("Les aides des collectivités locales en matière économique en 1992", *Les notes bleues de Bercy*, 16-21 août 1994, p. 7 s).

Une étude réalisée conjointement par le Crédit Local de France, l'association des maires du Cher et le Conseil général du Cher atteste de la banalisation de cette procédure dans la mesure où une commune sur six, dans ce département, fait usage de cette forme d'aide (*Le Quotidien du Maire*, 14-20 avril 1993), dans des conditions parfois hasardeuses.

Garantie et cautionnement

Il est vrai que cette technique, empruntée au droit privé, présente l'intérêt de faciliter l'octroi d'un prêt, en ce que la collectivité garante se substitue à l'emprunteur défaillant et sa simplicité de mise en œuvre, par délibération décidant de l'octroi de garantie, est assortie d'une commodité financière puisqu'elle n'induit au départ aucune charge budgétaire pour la collectivité. Pour être voisines, et d'ailleurs employées souvent indistinctement par le juge administratif, les notions de cautionnement et de garantie obéissent à deux régimes juridiques différents (sur cette distinction, voir P. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, LITEC, 2e ed., 1991 ; P. Lignières, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Bibl. dr. ent., LITEC, 1993) : le cautionnement, régi par les dispositions des articles 2011 et suivants du Code Civil, constitue en effet un engagement accessoire du contrat principal dont il suit le sort ; ce caractère permet à la caution d'opposer au créancier tous les moyens de défense qui appartiennent au débiteur principal, et notamment, en cas de cautionnement simple, toutes les exceptions dilatoires (bénéfice de discussion ou bénéfice de division) qui ne peuvent toutefois être invoquées en cas de cautionnement solidaire (voir notamment P. Simler, "Cautionnement", *Juriscl. civil*, Vol "Art 1896 à 2043", Art. 2011 et s ; C. Lepage-Jessua, "Cautions et emprunts des collectivités locales", *Banque et droit*, n° 28, mars-avril 1993, p. 14 s). La garantie est pour sa part un engagement indépendant du contrat principal (voir P. Simler, "Garanties autonomes", *Juriscl. civil*, Vol "Art 1896 à 2043", App. Art 2011 à 2043) de sorte que le garant n'est tenu que dans les conditions de son engagement sans pouvoir se prévaloir des exceptions qu'aurait pu soulever le débiteur principal, les garanties autonomes étant par ailleurs souvent assorties d'une clause d'engagement de rembourser à première demande. En fait, ces contrats sont fréquemment constitués de matériaux juridiques composites qui correspondent peu aux taxinomies habituelles.

Les limitations des risques

Depuis quelques années, le législateur, conscient des risques encourus par les collectivités locales en la matière, a encadré, voire interdit, l'utilisation de ces techniques qui peuvent prendre plusieurs formes. Ainsi, s'agissant des garanties ou cautions accordées directement, les articles 9 à 12 de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation (M.-J. Tulard, "La loi d'amélioration de la décentralisation", *AJDA*, 1988, p. 197 ; B. Poujade,

“La loi du 5 janvier 1988 d’amélioration de la décentralisation et l’interventionnisme économique des collectivités territoriales”, *JCP*, 1988, I, 3354 ; M. Bazex, “Les garanties d’emprunt accordées par les personnes publiques”, *Revue du Trésor*, juin 1989, p. 321 ; L. Rapp, “La collectivité locale, caution d’une personne privée”, in *Aspects contemporains du cautionnement*, *Cahiers de droit de l’entreprise*, *JCP*, 1992, Ed E, suppl n° 2, p. 33) ont limité la faculté ouverte aux communes d’accorder leur garantie aux emprunts souscrits par des personnes privées, en supprimant toute possibilité d’octroi d’une telle aide aux entreprises en difficulté, d’une part, et imposé à toutes les collectivités (et par renvoi, aux établissements publics de coopération) le respect d’un certain nombre de ratios destinés à diviser le risque entre les débiteurs et à partager celui-ci avec les organismes prêteurs, d’autre part. Désormais, le montant total des annuités d’emprunts déjà garanties ou cautionnées à échoir au cours de l’exercice, majoré du montant de la première annuité du nouveau concours garanti et du montant des annuités de la dette communale, ne peut excéder un pourcentage des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité qui est fixé à 50 % par le décret n° 88-366 du 18 avril 1988 relatif aux modalités d’octroi par les régions, départements et communes de leur garantie ou de leur caution pour les emprunts contractés par les personnes de droit privé, déduction faite des éventuelles (car facultatives actuellement) provisions spécifiques, affectées par le décret du 18 avril 1988 d’un coefficient multiplicateur fixé à 1, constituées pour couvrir les garanties et cautions accordées. Il convient à cet égard de souligner que l’article 5 de la loi n° 94-504 du 22 juin 1994 portant dispositions budgétaires et comptables relatives aux collectivités locales prévoit que les communes de plus de 3 500 habitants accordant directement leur garantie ou leur caution à des organismes autres que ceux prévus à l’article 238 bis du Code Général des Impôts (œuvres ou organismes ayant un caractère philanthropique, éducatif, scientifique, culturel, social, humanitaire...) ou autres que ceux procédant à des opérations de construction, d’acquisition ou d’amélioration de logements sociaux (organismes HLM, sociétés d’économie mixte...) devront obtenir un cautionnement à cet effet, sauf si ces communes constituent une provision assise sur les annuités d’emprunts qu’elles ont garanties ou cautionnées : cette obligation sera précisée par décret en Conseil d’Etat et son application est renvoyée par l’article 11 de la loi au 1er janvier 1996.

Le montant des annuités garanties ou cautionnées au profit d’un même débiteur, exigible au titre d’un exercice, est également plafonné par le décret du 18 avril 1988 à 10 % du montant total des annuités susceptibles d’être garanties ou cautionnées ; enfin, la quotité garantie par une ou plusieurs collectivités locales sur un même emprunt est fixée par ce décret à 50 %, sauf en ce qui concerne le financement d’opérations d’aménagement définies aux articles L.300.1 à L.300.4 du Code de l’Urbanisme, pour lequel la quotité maximale susceptible d’être garantie est portée à 80 %, ou les garanties ou cautionnements accordés aux organismes d’intérêt général mentionnés à l’article 238 bis du Code Général des Impôts, qui peuvent éventuellement porter sur la totalité de l’emprunt (sur les particularités du régime des garanties d’emprunt au profit des établissements d’enseignement privés, voir T.A.

Lyon, 8 juin 1989, Préfet du Rhône, *Quotidien Juridique*, n° 23, 24 février 1990, p. 4, note F. Chouvel ; C.E., Ass, 6 avril 1990, Ville de Paris et Ecole alsacienne, Rec, p. 92 ; *RFDA*, 1990, p. 598, concl. P. Frydman ; *Quotidien Juridique*, n° 56, 15 mai 1990, p. 2, note P.H. Prélot ; *D*, 1990, p. 377, note F.H. Briard ; *AJDA*, 1990, p. 519, chron. E. Honorat et E. Baptiste ; C.E., 4 février 1991, commune de Marignane, *Les Petites Affiches*, n° 110, 11 septembre 1991, p. 4, note F. Chouvel). L'article 16.I de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement et l'article 40.A.I de la loi n° 91-662 d'orientation pour la ville du 13 juillet 1991 ont successivement modifié ces dispositions et affranchi les collectivités locales du respect de ces différents ratios prudentiels pour les opérations liées au logement social. La loi du 5 janvier 1988 prévoit également qu'aucune stipulation ne peut faire obstacle à ce que la mise en jeu de la garantie ou de la caution accordée porte, au choix de la collectivité locale, soit sur la totalité du concours, soit sur les annuités déterminées par l'échéancier contractuel.

Par la suite, les articles 13, 15 et 16 de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République ont rendu obligatoire, pour les communes de plus de 3 500 habitants, les établissements publics locaux, les départements et les régions, l'annexion au budget d'un tableau retraçant l'encours des emprunts garantis et l'échéancier de leur amortissement, en vue de parfaire l'information des habitants — et des organes de contrôle — sur les engagements pris par ces collectivités. Enfin, l'article 15 de la loi n° 92-652 du 13 juillet 1992 modifiant la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives et portant diverses dispositions relatives à ces activités a interdit aux collectivités territoriales et à leurs groupements d'accorder des garanties d'emprunt ou des cautionnements aux associations sportives et aux sociétés anonymes sportives (sociétés d'économie mixte sportives ou sociétés à objet sportif).

Les autres procédures de garanties

Le décret n° 77-849 du 27 juillet 1977 autorisant les établissements publics régionaux à faciliter le cautionnement de prêts consentis à certaines entreprises industrielles, ultérieurement modifié par les décrets n° 81-140 et 81-141 du 13 février 1981, a permis aux régions de constituer des fonds de garantie auprès de certains organismes financiers (sociétés de développement régional, sociétés de caution mutuelle, Crédit national, Crédit d'équipement des PME...) en vue d'accorder des garanties aux emprunts souscrits par des entreprises. L'article 66 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions ayant autorisé ces dernières à participer au capital des sociétés de développement régional ou des sociétés de financement, les régions en profitèrent pour élargir l'accès de leurs fonds de garantie à de nouveaux établissements financiers (les Instituts régionaux de participations, par exemple) et les règles de fonctionnement fixées par le décret de 1977 — abrogé par l'article 9 du décret n° 88-139 du 10 février

1988 relatif au régime financier et comptable des régions — ont été conservées et continuent de régir le fonctionnement des fonds régionaux, dont les modalités de gestion sont, pour la Cour des Comptes, peu satisfaisantes (*Rapport 1988*, p. 109 s). Cette formule, par laquelle la garantie n'est pas directement accordée par la collectivité mais par le fonds de garantie, qui bénéficie en général de la co-assurance de la Société française pour l'assurance du capital-risque (SOFARIS), a sans doute inspiré le législateur puisque les articles 10 à 12 de la loi du 5 janvier 1988 ont autorisé toutes les collectivités locales à participer au capital d'un établissement de crédit revêtant la forme d'une société anonyme et ayant pour objet exclusif de garantir des concours financiers accordés à des personnes morales de droit privé, dès lors qu'une ou plusieurs sociétés commerciales dont au moins un établissement régi par la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, participent au capital de cet établissement : les collectivités peuvent participer à la constitution de fonds de garantie auprès de l'établissement par le versement de subvention, une convention déterminant notamment l'objet, le montant et le fonctionnement du ou des fonds ainsi constitués ; le décret d'application n° 88-491 du 2 mai 1988 prévoit que les collectivités ne peuvent détenir plus de 50 % du capital de l'établissement et ne peuvent garantir par ce moyen plus de la moitié du montant d'un emprunt, sauf lorsque le fonds a pour objet la création d'entreprise auquel cas la quotité maximale pouvant être garantie est portée à 65 % ou lorsqu'il s'agit d'opérations liées au logement social qui peuvent bénéficier d'une garantie totale ; enfin, l'octroi des garanties selon cette formule est assorti d'une rémunération calculée en fonction du risque assuré (sur ce sujet, voir la Circulaire du 24 février 1994 - Intérieur - Economie - Budget relative à la rémunération des garanties d'emprunt consenties par les collectivités locales, *Bull. off. Min. Intérieur*, 1er trimestre 1994, p. 328). Compte-tenu de l'importance du montant du capital nécessaire à la constitution de ce type d'établissement (2,5 millions de Francs, porté à 7,5 millions de Francs lorsque le montant des concours garantis excède 1,2 milliard de Francs), les collectivités ont jusqu'alors manifesté peu d'engouement pour cette formule et il n'est guère que la création en novembre 1991, de la Société Marseille Métropole Garantie associant la ville de Marseille et douze banques et organismes financiers, qui témoigne significativement de la mise en œuvre de cette possibilité.

Parmi ces différentes techniques, c'est évidemment la procédure directe qui engendre la quasi-totalité des litiges même s'il convient de constater qu'au regard de l'usage courant, pour ne pas dire massif, qui en est fait, le contentieux des garanties ou cautions est encore peu abondant et concerne presque exclusivement des communes, soit que celles-ci refusent de s'acquitter de leurs obligations lorsqu'elles sont appelées en garantie par les prêteurs, soit que la légalité de leurs délibérations octroyant la garantie fasse l'objet d'une contestation.

La responsabilité juridico-financière des collectivités locales, lorsqu'elle est mise en jeu à l'occasion de garantie d'emprunt se situe, comme c'est souvent le cas, en matière économique (voir H. Groud, "La responsabilité des collectivités territoriales du fait de leurs interventions économiques auprès des

entreprises”, *Les Cahiers de l’administration territoriale*, n° 10, 1987, p. 75), à la confluence d’une triple intervention : celle du juge judiciaire, qui connaît de l’exécution du contrat, celle du juge administratif, qui connaît de la légalité des actes autorisant la passation du contrat et de la responsabilité de la collectivité, celle du juge financier qui connaît du caractère exigible de la dette.

I - L’INTERVENTION DU JUGE JUDICIAIRE : QUI CAUTIONNE PAIE

1 - Le juge judiciaire, juge compétent en matière de garantie

Faute d’avoir toujours bien mesuré la portée des décisions qu’elles prennent en accordant leur garantie, les communes — puisqu’il s’agit essentiellement d’elles — refusent dans certains cas d’honorer leurs engagements contractuels lorsqu’il se produit un sinistre ; dès lors qu’elles n’ont pas pour objet l’exécution d’une mission de service public ou qu’elles ne comportent pas de clauses exorbitantes du droit commun, les conventions de garantie ou de caution sont réputées présenter un caractère de droit privé qui détermine la compétence du juge judiciaire : ainsi, constituent des contrats de droit privé, un contrat de cautionnement garantissant le remboursement d’un prêt consenti à une association de foyer de jeunes travailleurs (T.C., 16 mai 1983, Société Crédit immobilier de la Lozère contre commune de Montrodât, *Rec.*, p. 650 ; *Gaz. pal.*, 1985, 1, 218, note G. Liet-Veaux), ou une garantie accordée par des communes à l’emprunt contracté par une société d’économie mixte pour la réalisation d’une zone d’aménagement (T.A. Paris, 11 octobre 1983, BCT Midland Bank, *Marchés publics*, n° 201, 1984, p. 39, note M. Bazex et M. Raynaud-Contamine). L’engagement pris par une collectivité de créer et mettre en recouvrement les impôts nécessaires pour assurer le remboursement des annuités en cas de défaillance de l’emprunteur n’a pas été considéré, sauf par un tribunal (T.A. Versailles, 6 décembre 1985, CALIF contre commune de Torcy et Chambre régionale des Comptes d’Île de France, *AJDA*, 1986, p. 374, note J. Moreau) comme constituant une clause exorbitante propre à qualifier d’administratif le contrat de garantie, qui demeurerait donc, dans ce cas, un contrat de droit privé, qu’il porte sur un emprunt souscrit par une société chargée de la construction et de l’exploitation d’un centre sportif (T.C., 12 janvier 1987, ville d’Eaubonne, *Rec.*, p. 640 ; *D.*, 1987, p. 205, concl. J. Massot ; *Revue de droit bancaire*, juillet-août 1987, p. 95, note M. Raynaud-Contamine), ou par une association concessionnaire de l’exploitation d’un casino municipal (T.A. Caen, 14 octobre 1987, Société Pétrofigaz, *Recueil de jugements des tribunaux administratifs*, LITEC, 1988, p. 189) ou par une association en vue de la construction d’un club house dans un complexe de tennis (C.E., 6 décembre 1989, CALIF contre commune de Torcy, *AJDA*, 1990, p. 485, note J. Moreau ; *Les Petites Affiches*, n° 80, 4 juillet 1990, p. 23, note F. Llorens).

Pour ne pas être l'accessoire d'un contrat administratif ou ne pas comporter de clauses exorbitantes, une convention de garantie peut toutefois être considérée comme administrative si elle a pour objet l'exécution même du service public, par exemple l'installation d'agriculteurs réunionnais à Madagascar (C.E., 13 juin 1986, Département de la Réunion, *Rec.*, p. 162 ; *AJDA*, 1986, p. 652, note J. Moreau ; *Rev. adm.*, 1986, p. 359, note P. Terneyre). En dehors de cette hypothèse rarissime, les litiges relatifs à l'exécution du contrat de droit privé que constitue l'engagement de garantie ou de caution doivent être portés devant le juge judiciaire.

2 - Le juge judiciaire, juge de l'exécution du contrat

Placées devant le juge judiciaire dans la situation d'un co-contractant de droit privé, les collectivités locales ne peuvent aussi aisément qu'elles le font — non sans succès quelquefois — devant le juge administratif, invoquer leur propre turpitude pour se soustraire à leurs engagements contractuels en cas d'appel en garantie ; en règle générale, l'adage «qui cautionne paie» semble prévaloir devant les juridictions de droit commun qui considèrent implicitement, avec raison, que le principe de libre administration des collectivités locales doit se doubler d'une responsabilité totale des contractants. Ainsi, à une commune qui excipait de la non-validité du contrat de cautionnement qu'elle avait conclu au regard des dispositions du Code des Communes, la Cour d'Appel de Paris, suivie en cela par la Cour de Cassation, a retenu qu'ayant fait une mauvaise appréciation des risques encourus dans l'opération litigieuse et ne rapportant la preuve d'aucune manœuvre dolosive du prêteur, la commune devait à bon droit être condamnée à payer à ce dernier les sommes qu'il réclamait (C.A. Paris, 10 juillet 1984, ville d'Eaubonne ; Cass., Civ. Ière, 9 février 1988, *Bull. civ.*, I, n° 36, ville d'Eaubonne).

La légèreté avec laquelle certaines collectivités accordent leur garantie à des emprunts souscrits par des personnes privées — quand ce n'est par des aigrefins (voir notamment *Rapport de la Cour des Comptes 1993*, p. 369 s ; Ordonnance de soit-communicé pour faits nouveaux du juge Thierry Jean-Pierre, in *Le Point*, n° 1112, 8 janvier 1994, p. VIII) — trouve une illustration judiciaire dans "l'affaire de Carcassonne" : cette commune avait accordé sa garantie à des emprunts souscrits par une association, à hauteur de 71 millions de Francs, destinés à la réalisation d'un centre des congrès ; à la suite de malversations (détournement des fonds par le directeur de l'association), la commune fut appelée en garantie par les prêteurs, mais refusa de payer estimant que le contrat de garantie était entaché de nullité, notamment pour cause de vice du consentement, d'inexistence de l'association bénéficiaire, d'utilisation des fonds à d'autres fins que celles prévues, d'erreur substantielle sur la solvabilité du débiteur principal... Saisi par les prêteurs, le tribunal de grande instance rejeta cette argumentation et condamna la commune à honorer ses engagements contractuels (TGI Carcassonne, 3 avril 1990, jugements n° 215 à 217), décisions confirmées en appel (Montpellier, 17 septembre 1991, n° 90-1921 à 90-1923, commune de Carcassonne), et en cassation (Cass,

Civ, 1ère, 1er décembre 1993, n° 9120909, commune de Carcassonne, in *Juris-Associations*, n° 94, 1er mars 1994, p. 5), la Cour retenant que la commune avait signé une convention de garantie aux termes de laquelle elle avait tous pouvoirs pour procéder aux vérifications des opérations et des écritures de l'association, ainsi que pour suivre son fonctionnement et qu'elle s'était réservé le contrôle de l'emploi des fonds : le détournement de fonds opéré par le directeur ne pouvait donc, dans ces circonstances, avoir d'incidence sur l'efficacité du cautionnement. Il convient de souligner à cet égard que par le jeu du cumul des différents intérêts et de l'étalement de la dette sur quinze ans, c'est finalement 190 millions de Francs environ (soit 4 000 F par habitant) que la commune devrait rembourser (un accord avec les prêteurs est intervenu sur l'échéancier de remboursement).

De la même façon, appelée en garantie par le prêteur, après la mise en règlement judiciaire de la société au profit de laquelle elle avait cautionné un emprunt de 27 millions de Francs destiné à la réalisation d'un ensemble immobilier à usage d'hôtels et de bureaux, une commune a — vainement — invoqué l'illégalité de son engagement, soutenant — sans l'établir — que l'octroi de sa garantie méconnaissait les textes plafonnant les annuités de remboursement par rapport aux recettes réelles de la section de fonctionnement du budget communal et que son consentement avait été vicié, du fait notamment que le contrat de cautionnement comportait des clauses exorbitantes et léonines : l'invocation par la commune de ses propres errements n'a pas convaincu le juge qui l'a condamnée au paiement de 35 millions de Francs assortis de divers intérêts (TGI Bobigny, 24 novembre 1992, n° 8197-91, Compagnie parisienne de réescompte contre commune de Rosny sous Bois).

Force est de constater que l'allongement des délais de résolution des litiges n'est pas toujours lié à une stratégie procédurière des collectivités garantes, qui n'ont rien à gagner et souvent beaucoup à perdre en adoptant cette attitude, mais peut tenir à une certaine ignorance des principes de compétence juridictionnelle par les prêteurs, qui, pour recouvrer leur créance, saisissent successivement toutes les juridictions, qui peuvent avoir entre elles des divergences d'appréciation, une même juridiction pouvant d'ailleurs adopter deux orientations différentes à propos d'une même affaire. Le contentieux relatif au centre de tennis de Torcy illustre la complexité de cette situation : ainsi, la commune avait garanti deux emprunts souscrits auprès de deux prêteurs différents par une association dont la défaillance — intervenue comme à Carcassonne sur fond pénal (condamnation du dirigeant de l'association et d'un cadre administratif de l'un des établissements prêteurs pour faux et abus de confiance) — a conduit à un appel en garantie auquel la commune ne donna pas suite ; les prêteurs ont successivement saisi la Chambre régionale des Comptes, le tribunal administratif de Versailles — qui s'estima compétent dans un cas et, dans une formation différente, incompétent dans l'autre — puis le Conseil d'Etat qui, par deux décisions du 6 décembre 1989 rejeta les requêtes comme portées devant une juridiction incompétente pour connaître de litiges concernant un contrat de cautionnement. Ce périple juridictionnel a trouvé un aboutissement, près de dix ans après la naissance du litige, pour

l'un des prêteurs, la Cour d'Appel de Paris (infirmant partiellement le jugement de première instance) ayant condamné la commune à payer une dette assortie de neuf années d'intérêts légaux (Paris, 15e ch A, 23 juin 1993, n° 91-010455, commune de Torcy contre Caisse fédérale de crédit mutuel d'Île de France). Outre les moyens habituellement soulevés en cette matière par les collectivités garantes (inexistence légale de l'association, vices du consentement, tromperie sur la solvabilité du débiteur...), la commune invoquait l'engagement du conseil municipal par délibération pour l'octroi d'une garantie à l'emprunt souscrit par une société et non par une association (créée par le dirigeant de la société) portant la même dénomination et l'absence de mention manuscrite du maire sur la convention de caution : la Cour a considéré s'agissant du premier point, que « la totalité des documents étant paraphés et signés par le maire, celui-ci ne pouvait ignorer qu'il donnait la garantie de la municipalité à l'association et non à la société et que peu importe le fait que le conseil municipal ait donné son autorisation pour contracter avec la société, difficulté qui ne concerne que les relations entre le maire et son conseil » ; s'agissant de l'absence de mention manuscrite, prescrite par l'article 1326 du Code Civil (voir P. Delebecque, "Forme et preuve du cautionnement", in *Aspects contemporains du cautionnement*, op. cit., p. 5 ; P. Simler, "Cautionnement - Preuve", *Juriscl. civ.*, Art. 2011-2020, Fasc. 40), la Cour a estimé que l'acte avait cependant valeur de commencement de preuve par écrit et que le complément de preuve pouvait être trouvé dans le paraphe du maire sur le contrat de prêts qui incluait les engagements de caution et dans la délibération du conseil municipal autorisant le maire à souscrire l'engagement. Un raisonnement juridique identique a été tenu sur ce dernier point par la Cour de Poitiers qui a condamné une commune à payer au prêteur une somme de 5,7 millions de Francs, majorée des intérêts au taux contractuel, correspondant à la garantie accordée par la commune à l'emprunt souscrit par une association, finalement défailtante, et destiné à la construction d'un crématorium, estimant que la convention de garantie qui ne portait aucune mention manuscrite du maire valait toutefois commencement de preuve par écrit, complété par des délibérations du conseil municipal et des correspondances. La commune soutenait également que la délibération du conseil municipal avait autorisé le maire "à intervenir au contrat de prêt", mais non à signer une convention de garantie distincte de ce contrat : infirmant le jugement de première instance qui avait conclu sur ce fondement à la nullité de l'engagement communal, la Cour relève que la délibération n'ayant pas imposé au maire de formaliser obligatoirement la garantie de la ville par une intervention à l'acte de prêt, le maire pouvait valablement intervenir au contrat principal de prêt sous forme d'une convention spécifique de garantie distincte du contrat principal (Poitiers, 1^{er} décembre 1993, n° 905, Barclays Bank contre ville de Niort).

Quelques constatations peuvent être tirées de l'examen des décisions rendues par le juge judiciaire en matière de garanties ou de cautionnements d'emprunt : tout d'abord, le contrat constitue véritablement pour lui la loi des parties et il ne manifeste pas à l'endroit des personnes publiques la même « retenue » tendancielle que l'on peut sans doute constater dans la jurisprudence administrative ; ensuite, que la défaillance du débiteur principal intervient

peu de temps après l'octroi de la garantie (difficultés de paiement par l'emprunteur dès la première échéance à Torcy et à Rosny, dans l'année pour Niort et Carcassonne, dans les trois ans pour Éaubonne...), ce qui signifie que la faisabilité du projet a été mal étudiée et appréciée par l'ensemble des intervenants (emprunteurs, garants et prêteurs) ; de plus, les litiges relatifs aux garanties d'emprunt concernent fréquemment des partenaires ou des relais (associations, sociétés d'économie mixte) des collectivités locales dont la dangerosité doit être soulignée ; enfin, dans ces affaires, on peut relever que les communes n'ont assorti leur engagement, lorsque c'était possible, d'aucune sûreté.

II - L'INTERVENTION DU JUGE ADMINISTRATIF : QUI CAUTIONNE PEUT NE PAS PAYER

1 - Le juge administratif, juge de la légalité de l'octroi de la garantie

Si le juge administratif ne peut connaître des litiges liés à l'application des stipulations contractuelles des garanties ou cautions accordées par les collectivités locales, sauf si le contrat peut être qualifié d'administratif (C.E., 13 juin 1986, Département de la Réunion, *précité*), il lui appartient en revanche de trancher les litiges relatifs à la légalité de la délibération par laquelle la garantie est octroyée. Ainsi, sur déféré préfectoral, des délibérations d'un conseil municipal accordant une garantie à un emprunt contracté par une société d'économie mixte, la SOPICEM (sur cette société, voir le *Rapport 1993 de la Cour des Comptes*, *précité*, p. 345 s), ont-elles été annulées au motif qu'elles méconnaissaient les dispositions de l'article 10 de la loi du 5 janvier 1988 et de l'article 6 du décret du 18 avril 1988 qui plafonnent à 10 % du montant total des annuités susceptibles d'être garanties ou cautionnées le montant des annuités garanties au profit d'un même débiteur (T.A. Amiens, 23 avril 1990, Préfet du Département de la Somme contre commune de Gamaches, n° 891099 - 891100). De la même façon, ont été déclarées illégales des délibérations accordant la garantie municipale à des emprunts contractés par une société d'économie mixte et par une association dans la mesure où ces engagements excédaient l'un des ratios fixés par les textes précédemment cités, qui prévoit que le montant total des annuités d'emprunts déjà garanties à échoir au cours de l'exercice, majoré du montant de la première annuité du nouveau concours garanti et des annuités de la dette communale ne peut dépasser 50 % des recettes réelles de la section de fonctionnement : ce calcul devait s'effectuer, pour le tribunal, «sans qu'il y ait lieu de distinguer selon la nature des opérations à financer, ni selon le caractère de droit privé ou de droit public de l'organisme qui a contracté l'emprunt garanti ou cautionné» (T.A. Lyon, 4 mai 1993, Préfet de la Loire contre commune de Montrbrison, n° 91-00277 - 91-00278 ; avec une note critique A.S. Mescheriakoff, *Gazette des Communes*, 15 novembre 1993, p. 95).

Le respect des prescriptions financières déterminées par les textes sous forme de ratios, dont l'objet est d'atténuer les risques encourus par les collectivités à l'occasion d'une procédure de garantie, ne conditionne toutefois qu'en partie la légalité de l'intervention qui, pour s'effectuer dans les limites autorisées peut n'en pas moins être entachée d'irrégularité ; ainsi a-t-il été jugé que la technique de garantie d'emprunt ne peut être utilisée pour garantir des dettes commerciales (T.A. Amiens, 18 septembre 1984, Divers contre maire de Beaufort, cité in R. Debbasch, "L'interventionnisme économique des collectivités locales après les lois de décentralisation", *RDP*, 1986, p. 509, note 32), ou pour opérer une débudgétisation : doit en effet être 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 une association agissant pour leur compte et dont elles sont les principales bénéficiaires, constitue normalement une recette non fiscale de la section d'investissement du budget (T.A. Montpellier, 21 janvier 1986, COREP de l'Hérault contre commune de Teyran, n° 15716). Ne peut être non plus légalement accordée une garantie communale à l'emprunt contracté par une société d'économie mixte locale en vue de la construction d'un hôtel, dès lors que l'initiative privée n'est pas en ce domaine insuffisante, l'intervention communale portant atteinte, en faussant la concurrence avec les hôteliers privés, à la liberté du commerce et de l'industrie (T.A. Grenoble, 27 janvier 1988, Ruphy et autres contre commune de La Clusaz, *JCP*, 1989, II, 21265, note C. Devès). Commet également un détournement de pouvoir le conseil municipal accordant la garantie communale à un emprunt contracté par une association pour financer la réalisation d'équipements sportifs dès lors qu'il apparaît 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, ce contrat étant en fait sans rapport avec l'objet même de l'emprunt et de sa garantie (T.A. Montpellier, 5 janvier 1989, Auby, *Recueil de jugements des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel*, LITEC, 1990, p. 55). Enfin, il a été jugé que la technique de garantie ne peut être utilisée par une collectivité locale que pour des emprunts et en aucun cas pour cautionner des dettes fiscales (T.A. Strasbourg, 21 février 1992, Strasbourg Musique et Congrès, n° 92252-92253), ou pour cautionner des pertes financières d'une société d'économie mixte locale (T.A. Bordeaux, 3 décembre 1992, Pujol contre commune de Villenave d'Ornon, n° 9200775-9200776), ou pour garantir des loyers liés à un contrat de crédit-bail (T.A. Bordeaux, 22 octobre 1992, Préfet du Lot et Garonne contre commune de Bœ, n° 9001925).

2 - Le juge administratif, juge de la responsabilité pour faute

Si le juge administratif connaît des conditions dans lesquelles un contrat de garantie est passé, il peut également se prononcer sur les conditions dans lesquelles une garantie est retirée et sur l'engagement de responsabilité qui en résulte.

En l'espèce, un conseil municipal avait décidé, par délibération du 6 février 1989, d'accorder sa garantie à un emprunt contracté par une association en vue de la construction d'une maison d'accueil pour personnes âgées ; à la suite du changement de majorité consécutif aux élections municipales de mars 1989, le nouveau conseil municipal avait décidé, par délibération du 3 juillet 1989, de revenir sur l'engagement précédent et refusé d'accorder sa garantie pour cette opération. Deux contentieux étaient alors ouverts, l'un en annulation contre la délibération de juillet 1989, l'autre en indemnité par requête dirigée contre une décision de rejet par le conseil municipal d'une demande d'indemnisation visant à la réparation du préjudice subi par l'association du fait du retrait de garantie ; le tribunal a donné satisfaction aux requérants dans ces deux instances (T.A. Nantes, 29 janvier 1992, Association Chant'Lavie et autres contre commune de Faye d'Anjou, 2 espèces, *D*, 1993, p. 238, note F. Chouvel), en considérant tout d'abord que l'octroi initial de garantie constituait une décision individuelle à caractère pécuniaire ayant fait naître des droits au profit de son bénéficiaire et ne pouvait en conséquence être retiré que pour un motif d'illégalité et dans le délai du recours contentieux. Ce raisonnement s'inscrit dans la distinction opérée par la jurisprudence administrative entre les décisions recognitives, prises dans le cadre d'une compétence liée, et les décisions attributives d'un droit, prises dans le cadre d'une compétence discrétionnaire (C.E., 15 octobre 1976, Bussière, *Rec*, p. 419, concl. D. Labetoulle ; sur ce sujet, voir notamment P. Le Mire, "La stabilité des situations juridiques", *AJDA*, 1980, p. 203 ; P. Terneyre, "La stabilité juridique des aides financières publiques aux entreprises privées", in *Droit administratif de l'entreprise, Cahiers du droit de l'entreprise, JCP*, 1989, Ed. E, suppl n° 3, p. 28 ; M. Lefondre, "Le retrait d'aides financières publiques", *Rev. adm*, 1993, p. 131) : si les décisions "purement" pécuniaires prises dans le cadre d'une compétence liée sont insusceptibles de créer des droits et peuvent être retirées ou abrogées à tout moment, alors même que le délai de recours est expiré, les décisions pécuniaires prises dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire créent des droits au profit des bénéficiaires et ne peuvent en principe être remises en cause après l'expiration des délais de recours contentieux (C.E., 25 juillet 1986, SA Grandes distilleries Les Fils d'Auguste Perreux, *Rec*, p. 340 ; *RFDA*, 1987, p. 454, concl. O. Fouquet), sauf lorsqu'elles sont soumises à des conditions suspensives ou résolutoires implicites (C.E., 8 février 1985, Syndicat intercommunal de la Marana, *Rec*, p. 28 ; *AJDA*, 1985, p. 293, note J. Moreau), explicites, ou prévues par un texte (C.E., 26 novembre 1993, Ministre de l'Industrie et de l'Aménagement du Territoire, *Dr. adm*, 1993, n° 553). Tel n'était d'ailleurs pas le cas en l'espèce, comme le relève en appel le Conseil d'Etat qui, suivant sur ce point le tribunal de Nantes, souligne que l'engagement de cautionner le prêt n'était subordonné

à aucune condition suspensive ou résolutoire et que la décision, qui comportait une appréciation du conseil municipal sur l'opportunité d'accorder ou non à l'association la caution qu'elle demandait, n'ayant pas un caractère purement pécuniaire, était créatrice de droits (C.E., 28 juillet 1993, commune de Faye d'Anjou, *REC*, p. 658).

Dans son second jugement, le tribunal administratif estima que l'illégalité du retrait de la garantie d'emprunt était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité communale et à fonder la réparation du préjudice subi : sur la foi de la décision d'octroi, l'association avait en effet procédé à l'acquisition des terrains d'assiette du projet et commencé les travaux de construction, mais l'opération avait dû être abandonnée dans la mesure où le retrait de garantie avait conduit l'établissement financier à refuser le versement du prêt ; l'indemnité mise à la charge de la commune (1,3 million de Francs) par le tribunal a correspondu aux dépenses exposées au titre des acquisitions et travaux réalisés mais, sur ce point, le Conseil d'État a accordé le sursis à exécution estimant que l'exécution immédiate du jugement exposerait la commune à la perte définitive d'une somme qui ne devrait pas rester à sa charge au cas où ses conclusions seraient reconnues fondées (C.E., 29 mars 1993, commune de Faye d'Anjou, n° 136540).

Il convient de signaler qu'une action en responsabilité a été engagée devant le tribunal administratif d'Amiens à l'encontre de la commune de Gamaches, dont le tribunal avait annulé, par jugement du 23 avril 1990 (précité), la délibération portant octroi d'une garantie à des emprunts contractés par la SOPI-CEM auprès du Crédit Foncier et Communal d'Alsace-Lorraine ; l'année suivant l'octroi des prêts, le bénéficiaire était mis en règlement puis en liquidation judiciaires : l'importance du passif de la société ne permettant pas de désintéresser le prêteur, ce dernier a actionné la commune en responsabilité en invoquant l'illégalité de l'engagement communal, constaté par le tribunal, qui aurait vicié le consentement du prêteur. Le tribunal a rejeté la requête comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître, estimant que son précédent jugement avait annulé la délibération octroyant la garantie mais non le contrat de garantie lui-même : le requérant restant lié à la commune par ce contrat, il ne pouvait exercer contre celle-ci d'autre action que celle procédant de ce contrat de droit privé et n'était donc pas recevable à invoquer sur le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle les fautes commises par la commune en accordant sciemment sa garantie dans des conditions illégales et en omettant de prévenir le prêteur de l'annulation de la délibération octroyant la garantie (T.A. Amiens, 15 février 1994, Crédit Foncier et Communal d'Alsace-Lorraine contre commune de Gamaches, n° 93-1739).

3 - Le juge administratif, juge de l'irresponsabilité communale

C'est peu dire que la décision CALIF rendue par le Conseil d'État le 6 décembre 1989 (précitée) divise les tribunaux administratifs — et les Chambres régionales des Comptes — et d'une certaine façon permet aux com-

munes de développer des stratégies d'évitement de responsabilité, en privant les sommes qui ont fait l'objet d'une garantie du caractère de dette exigible par une simple permutation du signataire de l'acte d'engagement. En l'espèce, le conseil municipal de Torcy avait autorisé le maire à signer la convention de garantie, qui fut ensuite signée par un adjoint ; le Conseil d'Etat a estimé que l'article L.122.21 alinéa 2 du Code des Communes était dans ce cas applicable, qui dispose que "*sauf dispositions contraires dans la délibération du conseil municipal portant délégation, les décisions prises en application de celle-ci doivent être signées personnellement par le maire, nonobstant les dispositions des articles L.122.11 et L.122.13. Sauf disposition contraire dans la délibération, les décisions relatives aux matières ayant fait l'objet de la délégation sont prises, en cas d'empêchement du maire, par le conseil municipal*". Ainsi, la délibération du conseil municipal de Torcy approuvant l'octroi de la garantie d'emprunt et autorisant le maire à la signer, donnait compétence au maire seul, ou à défaut, au conseil municipal lui-même, pour la signature, l'adjoint étant alors incompétent. Cette lecture du Code des Communes, qui représentait un véritable *modus operandi* de la transformation d'un engagement de garantie en dette non exigible et qui constituait immédiatement la principale ligne de défense des communes appelées en garantie, a été doctrinalement contestée (voir F. Llorens, "Les adjoints au maire sont-ils compétents pour accorder des garanties d'emprunt au nom des communes ? A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 décembre 1989 Calif", *Les Petites Affiches*, n° 10, 23 janvier 1991, p. 21) et certaines juridictions de premier ressort tentent d'en infléchir la portée en considérant qu'une délibération autorisant un maire à signer un tel contrat ne peut être regardée comme une délégation du conseil municipal au sens de l'article L.122.21 du Code des Communes, mais comme une invitation, au sens de l'article L.122.19 du même code, à prendre la mesure d'exécution qu'implique la délibération : dans cette hypothèse, le maire est alors fondé à déléguer cette attribution à l'un de ses adjoints, comme l'autorise l'article L.122.11 du Code des Communes (T.A. Amiens, 4 octobre 1993, commune d'Amiens contre Préfet de la Somme, *AJDA*, 1993, p. 888, obs. B. Triquenaux) ; encore faut-il, comme le prévoit la jurisprudence du Conseil d'Etat (C.E., 18 mars 1955, de Peretti, *Rec.*, p. 163 ; *RDP*, 1965, p. 395, concl. S. Grévisse), que lorsqu'un adjoint se substitue provisoirement au maire en cas d'absence de ce dernier, comme le permet l'article L.122.13 du Code des Communes, et signe le contrat de garantie, la suppléance s'impose absolument pour la conclusion de cet acte : doit être ainsi considéré comme incompétent pour engager la commune l'adjoint remplaçant le maire dès lors, qu'à la supposer établie, cette absence indéterminée aurait été de nature à compromettre ou à retarder la réalisation du prêt alors même que le contrat de prêt ne mentionnait pas la date de remise des fonds à l'emprunteur et qu'un avenant de régularisation devait être signé un mois plus tard (T.A. Amiens, 28 février 1992, commune de Longueau contre Préfet de la Somme, n° 911143-9296).

Sans doute, comme l'espère le commissaire du Gouvernement au Tribunal administratif d'Amiens B. Triquenaux, le Conseil d'Etat sera conduit à réexaminer sa position de principe à propos des conditions de signature des contrats

de garantie ou de caution par les adjoints (*obs. précitées*, p. 889), cette éventuelle évolution paraissant souhaitable dans la mesure où, s'il appartient aux prêteurs de se prémunir contre un tel risque depuis la décision de la Haute Assemblée, en n'acceptant que les conventions dûment signées par le maire, un nombre important d'engagements de garantie antérieurs à cette date est actuellement en vigueur, dont certains signés par un adjoint : il serait paradoxal que le juge administratif fournisse à ces communes l'argument juridique déterminant leur permettant de se soustraire à leur responsabilité financière et de méconnaître leurs engagements contractuels.

La récente décision rendue par le Conseil d'Etat (C.E., 15 juin 1994, Ministre de l'Intérieur et de la Sécurité Publique contre commune de Longueau, n° 137690) paraît témoigner de cette évolution souhaitée en ce que le jugement rendu le 28 février 1992 par le Tribunal administratif d'Amiens (*précité*) a été annulé au motif que la délibération du Conseil municipal accordant la garantie et autorisant le maire à constituer la commune caution solidaire de la SOPICEM ne représentait pas une délégation au maire d'un des pouvoirs visés à l'article L. 122.20 du Code des Communes qui ne peuvent faire l'objet, en vertu de l'article L. 122.21, d'une subdélégation, mais une simple autorisation, au sens de l'article L. 122.19, à prendre les mesures d'exécution impliquées par la délibération : dans cette mesure, le premier adjoint pouvait, en l'absence du maire et en application de l'article L. 122.13, signer le contrat dès lors qu'en signant il n'était pas allé au-delà des mesures d'exécution définies par la délibération.

III - L'INTERVENTION DU JUGE FINANCIER : QUI CAUTIONNE NE PAIE PAS TOUJOURS

1 - Le juge financier, juge de la compétence du signataire

Comme cela a déjà été indiqué, les prêteurs saisissent fréquemment la Chambre régionale des Comptes en cas d'appel en garantie non suivi d'effet d'une collectivité locale, sur le fondement de l'article 11 de la loi du 2 mars 1982, pour faire constater par la juridiction le caractère obligatoire de la dépense ; ainsi que le notent des magistrats financiers, "*les dossiers donnant lieu le plus systématiquement à des contestations sont ceux concernant les conventions de cautionnement ou de garanties d'emprunts, que la collectivité a souscrites généralement en faveur d'associations*" (J.L. Chartier, A. Doyelle, "L'activité des Chambres régionales des Comptes", *AJDA*, 1991, p. 201). L'un des principaux motifs de contestation s'appuie sur la jurisprudence Calif du Conseil d'Etat, c'est-à-dire sur l'incompétence de l'adjoint signataire du contrat, dont se prévalent systématiquement les communes, qui engendre, comme elle le fait pour les tribunaux administratifs, des contrariétés de solution parmi les Chambres régionales des Comptes (sur ces divergences d'appréciation, voir A. Froment-Meurice, "Un point de contrôle budgétaire", *Rev. adm.*, 1992, p. 425 ;

J. Desmarescaux, "Contrôle budgétaire", *Juriscl Collectivités locales*, Vol 2, Fasc 2, n° 13 ss).

Ainsi, la Chambre régionale des Comptes de Provence - Alpes - Côte d'Azur, dans un avis du 28 février 1991 rendu à l'occasion d'un litige opposant la Caisse des Dépôts et Consignations à la ville de Marseille, a rejeté la demande du prêteur au motif que le contrat portait la signature de l'adjoint aux finances qui n'avait pas qualité pour engager la commune, ce qui frappait de nullité la clause de garantie et ne pouvait entraîner d'obligations pour la commune (*Arrêts, jugements et communications des juridictions financières 1991*, Berger-Levrault, 1993, p. 185), décision confirmée par le Tribunal administratif de Marseille le 3 juillet 1992. La Chambre régionale des Comptes de Rhône-Alpes, comme l'indiquait l'un de ses conseillers, applique identiquement la jurisprudence Calif, et "constatant que les contrats de prêt avaient été signés par un adjoint au maire n'ayant pas qualité pour représenter la commune, a estimé que ces contrats n'avaient pu conférer aux sommes que la collectivité s'était engagée à garantir le caractère d'une dette exigible" (P.A. Baudet, "Les interventions de la Chambre régionale des Comptes de Rhône-Alpes dans le domaine des garanties d'emprunt", Actes de la Journée d'étude *Le financement des collectivités locales*, Lyon Place financière et tertiaire, 2 décembre 1993, p. 27).

D'autres Chambres régionales des Comptes privilégient, lorsqu'elles ont à apprécier la validité du cautionnement et le caractère sérieux de la contestation, l'application de l'article L.122.19 du Code des Communes, et non celle de l'article L.122.20, et sont en général suivies par le Préfet qui inscrit d'office les crédits au budget communal : ainsi, la Chambre régionale des Comptes d'Ile de France, dans un avis du 23 mai 1991 concernant la commune de Yerres, a admis la validité de la garantie accordée à des emprunts d'une société d'économie mixte locale et signée par un adjoint (A. Froment-Meurice, *art. cit.*, p. 428) ; sur un fondement identique, la Chambre régionale des Comptes de Poitou-Charentes, dans un avis du 3 juillet 1991 concernant la ville de La Rochelle, a considéré comme valable l'engagement de garantie communale signé par l'adjoint aux finances (*id.*, p. 429). La Chambre régionale des Comptes de Picardie a également, dans un premier avis du 19 février 1991, reconnu le caractère exigible de la dette et mis en demeure la commune de Longueau d'inscrire les crédits nécessaires à son budget nonobstant la signature du contrat de garantie par l'adjoint (*Arrêts, jugements et communications des juridictions financières 1991*, Berger-Levrault, 1993, p. 180) ; la commune n'ayant pas déféré à cette injonction, la Chambre a rendu un second avis le 17 juin 1991 demandant au Préfet l'inscription d'office, mais l'arrêté pris à cet effet par le Préfet fut annulé par le tribunal administratif (T.A. Amiens, 28 février 1992, commune de Longueau, *précité*). Enfin, la même chambre, saisie par le prêteur d'une société de traitement de déchets défaillante dont l'emprunt avait été garanti par la ville d'Amiens, a conclu par un avis du 19 septembre 1991 que la signature du contrat par le premier adjoint ne privait pas l'engagement d'effet juridique et le recours communal contre l'arrêté préfectoral pris, après un second avis du 22 novembre 1991,

pour l'inscription d'office des crédits, a été rejeté par le tribunal administratif (T.A. Amiens, 4 octobre 1993, commune d'Amiens contre Préfet de la Somme, *précité*).

2 - Le juge financier, juge de la validité de l'engagement communal

Si le problème de la compétence de l'adjoint pour signer un contrat de garantie donne lieu à des décisions contradictoires des Chambres régionales des Comptes, ces divergences cessent lorsque le juge financier est en présence d'un acte qui n'engage pas la collectivité locale, soit que la convention de garantie, signée par le maire sans autorisation de son conseil municipal, n'ait jamais été transmise au contrôle de légalité (CRC Rhône-Alpes, 19 mai 1993 ; A. Doyelle, "L'activité des Chambres régionales des Comptes", *AJDA*, 1994, p. 201), soit que le signataire n'ait été habilité par aucune délibération (CRC Midi-Pyrénées, 8 octobre 1988 ; J.L. Chartier, A. Doyelle, *art. cit.*, p. 201), soit que le maire n'ait jamais signé la convention alors même qu'il y avait été autorisé par son conseil municipal (CRC Centre, 3 avril 1989, *ibid*). De la même façon, les chambres considèrent qu'il existe une contestation sérieuse et refusent d'envoyer une mise en demeure lorsque l'emprunt a été contracté pour la réalisation d'un projet et a été utilisé à d'autres fins : il en va ainsi pour un emprunt garanti destiné à la construction d'une usine non réalisée (CRC Limousin, 20 septembre 1990, *ibid*) ou à la construction d'un village de vacances non réalisé (CRC Aquitaine, 1 février 1990, *ibid*).

La contestation peut également porter sur le respect par le prêteur des règles d'information de la caution prescrites par l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1 mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises, qui prévoit que l'établissement financier qui a apporté un concours à une entreprise sous condition de cautionnement doit, avant le 1er mars de chaque année, faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente : le défaut d'accomplissement de cette formalité emporte dans les rapports entre la caution et le prêteur, déchéance des intérêts échus depuis la précédente information jusqu'à la suivante et prive donc l'établissement de crédit de tout droit à réclamer les intérêts échus (CRC Nord - Pas de Calais, 29 novembre 1990, *ibid*).

Il faut noter que lorsque la commune est appelée en garantie et refuse de choisir les modalités d'exécution de son engagement, comme l'y autorise l'article 6 de la loi du 2 mars 1982 qui permet de régler soit la totalité du concours, soit les annuités déterminées par l'échéancier contractuel, la Chambre effectue le choix qui a été proposé par l'établissement prêteur (CRC Bretagne, 3 mars 1989, *ibid*). Enfin, dans un avis du 17 décembre 1992, la Chambre régionale des Comptes de Picardie a estimé qu'une commune ne pouvait refuser d'honorer une garantie d'emprunt au bénéfice d'une association en raison de l'absence de convention de garantie de prêt passée entre la commune et l'association : cette absence ne pouvait en effet être opposée au prê-

teur dans la mesure où la délibération du conseil municipal accordant la garantie et le contrat de prêt passé avec l'établissement financier n'avait aucunement prévu la conclusion d'une telle convention (*Arrêts, jugements et communications des juridictions financières 1992*, JO, 1994, p. 262).

* * *

Force est de constater que le bilan de la procédure des garanties ou cautions d'emprunt est loin d'être globalement positif, qu'il s'agisse d'ailleurs des aides indirectes apportées sous cette forme aux personnes morales de droit privé ou aux personnes morales de droit public, les organismes de logement social étant en proportion les plus gros consommateurs de garanties pour les emprunts contractés auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations qui bénéficie d'ailleurs à ce titre, sur le fondement de l'article 19 du code des caisses d'épargne, d'une caution automatique des collectivités locales. L'importance des risques liés aux cautions est périodiquement mise en exergue par les juridictions financières, qui sont par nature les mieux placées pour apprécier la gravité de la situation et procéder aux constats des plus alarmants... pour le contribuable : aux mises en garde faites par les Présidents des Chambres régionales des Comptes, généralement lors des audiences solennelles de rentrée (pour la Chambre d'Ile de France, voir *Le Monde*, 13-14 février 1994, suppl. Heures locales), font écho les monographies les plus sévères (ainsi la dette par habitant d'une commune qui dépasse déjà les 14 000 F doit-elle être augmentée d'un risque supplémentaire de 7 000 F par habitant en raison des garanties accordées : CRC Provence - Alpes - Côte d'Azur, *Rapport d'activité 1991*, p. 10 ; telle commune de moins de 500 habitants voit sa dette garantie atteindre par habitant 4 600 F, telle autre de moins de 1 000 habitants voit cette dette dépasser 10 000 F par habitant : Etude Crédit Local de France - Association des maires, Conseil général du Cher, *précitée*) et les sinistres les plus retentissants (par exemple, la défaillance en 1989 de la Société d'économie mixte de l'Etoile, qui bénéficiait de la part de la commune de Plan de Cuques — 10 000 habitants — de garanties d'emprunt à hauteur de 180 millions de Francs : *La Gazette des Communes*, 14 décembre 1992, p. 6).

Octroi libéral, inconsideré ou illégal de garanties, inexistence d'analyse préalable des risques financiers, utilisation irréflechie de satellites cautionnés, absence de constitution de sûretés... (voir P.A. Baudet, "Les interventions de la Chambre régionale des comptes de Rhône-Alpes dans le domaine des garanties d'emprunt", *précitée*), tels paraissent être les principaux reproches que les observateurs les plus avisés peuvent faire aux collectivités, mais cette responsabilité primordiale des élus locaux ne doit pas faire oublier qu'il ne peut s'agir là que d'une responsabilité largement partagée ; par les prêteurs eux-mêmes, tout d'abord, qui sont censés avoir expertisé le projet pour lequel ils acceptent d'accorder un prêt, ce qui à l'évidence, est loin d'être toujours le cas, les organismes financiers reportant une grande partie du risque final sur les collectivités par des demandes systématiques de garantie de celles-ci ; la quasi-inexistence du contrôle de légalité, censé être exercé par les préfetures,

contribue sans doute aussi puissamment à conforter la déresponsabilisation des différents acteurs et ne permet pas que s'exerce la fonction épistémologique de l'erreur ; les chiffres du Ministère de l'Intérieur attestent en effet de l'extrême parcimonie avec laquelle les préfets exercent leur déféré dans le domaine de l'interventionnisme économique : 12 actes déférés en 1989 (*8e Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori des actes des collectivités locales et des établissements publics locaux*, tableau 6), 14 en 1990 (*9e Rapport*, tableau 6), 19 en 1991 (*10e Rapport*, tableau 6) ; les politiques de contrôle de légalité — quand ce ne sont des contrôles politiques de légalité — sont tendanciellement peu enclines à se développer dans une matière aussi sensible que celle qui touche à l'emploi, compte non tenu du caractère complexe de ce type d'intervention.

Les solutions administratives et juridiques destinées à prévenir en partie les risques, qui ne pourront évidemment jamais être totalement écartés en cette matière, existent (outre l'examen préalable du risque, le suivi permanent du dossier, la prise de sûretés...) au moins, en l'état actuel de textes, pour les grandes collectivités : les experts considèrent en effet que ces procédures présentent un risque moindre lorsque la garantie est mutualisée dans un fonds de garantie, le taux de sinistralité de ces fonds étant moins important que celui des garanties directes. Pour les petites communes, des fonds de garantie intercommunaux pourraient être envisagés qui induiraient une modification législative, le montant actuel du capital nécessaire pour constituer un établissement spécialisé paraissant dissuasif. "*Mode d'intervention intéressant à utiliser mais dangereux à manier*" (J.C. Nemery, "Interrogations sur la garantie d'emprunt", *Les Cahiers de l'administration territoriale*, n° 10, 1987, p. 37), la garantie ou la caution doit pouvoir rester l'un sans pour autant être l'autre, mais cela suppose sans doute que les dispositifs de contrôle puissent jouer et qu'en ce domaine notamment soient instaurés des mécanismes de sanction propres à responsabiliser personnellement les décideurs.