Les garanties accordées par les personnes publiques

Marie Gervais

▶ **To cite this version:**

Marie Gervais. Les garanties accordées par les personnes publiques. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA033 . tel-01387364

HAL Id: tel-01387364
https://theses.hal.science/tel-01387364

Submitted on 25 Oct 2016

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

ÉCOLE DOCTORALE 101

Droit, Science politique, Histoire

Institut de Recherche Carré de Malberg

THÈSE présentée par :

Marie GERVAIS

soutenue le : **14 décembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit public

Les garanties accordées par les personnes publiques

THÈSE dirigée par :
Monsieur Gabriel ECKERT Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
Monsieur Francesco MARTUCCI Professeur, Université de Paris II Panthéon Assas
Monsieur Etienne MULLER Professeur, Université de Bourgogne

AUTRES MEMBRES DU JURY :
Monsieur Martin COLLET Professeur, Université de Paris II Panthéon Assas
Monsieur François JACOB Professeur, Université de Strasbourg

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

ÉCOLE DOCTORALE 101

Droit, Science politique, Histoire

Institut de Recherche Carré de Malberg

THÈSE présentée par :

Marie GERVAIS

soutenue le : **14 décembre 2015**

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit public

Les garanties accordées par les personnes publiques

THÈSE dirigée par :
Monsieur Gabriel ECKERT Professeur, Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :
Monsieur Francesco MARTUCCI Professeur, Université de Paris II Panthéon Assas
Monsieur Etienne MULLER Professeur, Université de Bourgogne

AUTRES MEMBRES DU JURY :
Monsieur Martin COLLET Professeur, Université de Paris II Panthéon Assas
Monsieur François JACOB Professeur, Université de Strasbourg

L’Université n’entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse. Ceux-ci sont propres à leur auteur.

LES GARANTIES ACCORDEES PAR LES PERSONNES PUBLIQUES

REMERCIEMENTS

Je tiens, tout d'abord, à exprimer mes plus vifs remerciements à mon directeur de thèse, le Professeur Gabriel ECKERT, pour son soutien, ses conseils et sa bienveillance tout au long de ces années de recherche.

Je souhaite aussi remercier les membres du jury Messieurs les Professeurs Martin COLLET, François JACOB, Francesco MARTUCCI et Etienne MULLER pour leur présence et leurs observations qui enrichiront ce travail.

Un grand merci également aux personnes qui m'ont aidé dans ce travail tout particulièrement Mesdames Joëlle ALLAIN ROUGE et Béatrice TUFFRAU pour le temps accordé à me présenter la Coface, Monsieur le Conseiller-maître à la Cour des comptes Christian DESCHEEMAEKER pour sa gentillesse ainsi que Madame la Professeure Frédérique BERROD et Monsieur le Professeur Jean-Philippe KOVAR pour leurs encouragements.

Enfin, ce travail n'aurait peut-être pas abouti sans le courage de mon père et sans le soutien de mon mari et de mes amis qui ont su rester fidèles en toutes circonstances.

A Yves, Christian et Paul,
A ma mère.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA	Actualités juridiques de droit administratif
AMF	Autorité des marchés financiers
Ass.	Arrêt d'assemblée du Conseil d'Etat
BJDU	Bulletin de jurisprudence de droit de l'urbanisme
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Civ. 1ère	Première chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
COFACE	Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieur
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Concl.	Conclusions
CTI	Collectivités territoriales intercommunalité
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'Etat
EPIC	Etablissement public industriel et commercial
JCP Adm.	Juris-Classeur périodique, édition administration
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition entreprise
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JO	Journal officiel
Leb.	Recueil Lebon
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
PUF	Presses universitaires de France
PUR	Presses universitaires de Rennes

RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit international
RDBF	Revue de droit bancaire et financier
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public
Rev. Soc.	Revue des sociétés
Rev. Trésor	Revue du Trésor
RFDA	Revue française de droit administratif
RFAP	Revue française d'administration publique
RFFP	Revue française de finances publiques
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du droit des assurances
RJEP/CJEG	Revue juridique des entreprises publiques
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif
RTD. Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen et international
SA	Société anonyme
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TPIUE	Tribunal de première instance de l'Union européenne

SOMMAIRE

Introduction

PARTIE 1 : La singularité de la notion de garantie publique

TITRE 1 : La construction de la notion de garantie

Chapitre 1 : L'affirmation d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie

Chapitre 2 : La confirmation d'une définition fonctionnelle de la garantie par rapport aux notions de sûreté et d'assurance

Conclusion du titre 1

TITRE 2 : L'introduction de la notion de garantie en droit administratif

Chapitre 1 : La définition de la garantie publique

Chapitre 2 : Le domaine des garanties publiques

Conclusion du titre 2

Conclusion de la première partie

PARTIE 2 : La singularité du régime des garanties publiques

TITRE 1 : La singularité matérielle du régime des garanties publiques

Chapitre 1 : L'encadrement des garanties publiques par le droit administratif

Chapitre 2 : L'encadrement des garanties publiques par le droit de la concurrence

Conclusion du titre 1

TITRE 2 : La singularité institutionnelle du régime des garanties publiques

Chapitre 1 : Le contrôle des garanties publiques

Chapitre 2 : La réalisation des garanties publiques

Conclusion du titre 2

Conclusion de la seconde partie

Conclusion générale

Bibliographie

Index alphabétique

Table des matières

INTRODUCTION

Les garanties sont au droit ce que les vaccinations sont à la médecine : des procédés qui protègent contre l'éventuelle réalisation de risques. Cette approche des garanties apparaît d'autant plus justifiée lorsqu'elles sont accordées par les personnes publiques. L'introduction et le développement de l'octroi de garanties par les personnes publiques génèrent de réels bénéfices pour l'économie comme le vaccin engendre une réaction immunitaire positive contre de probables maladies infectieuses. En tant qu'outil juridique, les garanties accordées par les personnes publiques contribuent à répondre à un intérêt général de plus en plus économique. Les crises économiques et financières confirment largement l'impact positif des garanties lorsqu'elles sont octroyées par des personnes publiques.

Cet impact positif des garanties accordées par les personnes publiques s'explique par les liens étroits qui existent entre les notions de garantie et de confiance[1]. Dans un sens large, la notion de garantie répond à la volonté de se prémunir contre le risque d'éventuelles pertes et cette

[1] V. notamment, G.ECKERT, *Droit public des affaires, LGDJ*, Focus Droit, Paris, 2ème éd., 2013, p. 102 et s. où est définie la garantie des personnes publiques en ce sens que « *les personnes publiques peuvent accorder leur*

fonction se renforce lorsque la garantie est accordée par une personne publique. En effet, la présence de la personne publique renforce la fonction de la garantie en apportant l'élément de confiance au profit des acteurs économiques qui souhaitent contracter. Répondant à une définition fonctionnelle, la notion de garantie est unique mais lorsqu'elle est transposée en droit public, elle acquiert des finalités tout autres que celles qui lui sont assignées dans la sphère privée du fait de la présence de la personne publique qui accorde la garantie.

Ainsi, la notion de garantie publique comprend la notion de garantie tout en y intégrant les finalités inhérentes au droit public. Les garanties publiques revêtent, à l'image de la garantie dans la sphère privée, différentes formes mais elles se singularisent globalement par rapport à la notion de garantie présente en droit privé. En effet, les garanties publiques se présentent toujours comme un instrument au service de l'interventionnisme économique des personnes publiques.

La singularité des garanties publiques s'illustre bien par les finalités qui lui sont assignées, notamment de répondre à un intérêt général économique, c'est-à-dire de contribuer au développement économique. Dès lors, la notion de garantie publique regroupe l'ensemble des mécanismes, pour la plupart en droit privé, qui permettent de se prémunir contre les risques d'une perte, pécuniaire ou non, auxquels peuvent avoir recours les personnes publiques dans un but d'intérêt général économique.

La notion de garantie se présente, comme beaucoup de notions juridiques, comme une notion floue demandant donc un travail de délimitation important. Trouvant son origine dans le droit romain, la notion de garantie connaît un développement plus important dans la sphère privée. C'est là que vont se dégager les éléments de définition de la notion de garantie, lesquels permettront d'éclairer ce que recouvre la notion de garantie publique. Il en ressort que la notion de garantie, en droit privé, répond à une approche fonctionnelle signifiant que contrairement à une définition conceptuelle, la notion de garantie ne répond pas à des critères précis.

Ainsi, la notion de garantie en droit privé connaît des rapprochements avec des notions voisines comme les sûretés, l'assurance ou encore le droit des obligations et la responsabilité.

---

garantie à des entreprises privées afin de rétablir la confiance de leurs partenaires et faciliter l'accès au crédit ».

Telle une poupée russe, la notion de garantie englobe les mécanismes du droit des sûretés et certains du droit de l'assurance et du droit des obligations, mais le rapprochement avec le droit de la responsabilité reste le plus emblématique, surtout lorsque ce raisonnement est transposé dans la sphère publique où il apparaît que des confusions persistent entre les notions de garantie publique et de responsabilité publique. En d'autres termes, le développement de la notion de garantie en droit privé, autant dans les textes que dans la jurisprudence et surtout dans la doctrine, permet d'apporter des éléments de définition de la notion de garantie et de confirmer que cette notion reste au stade d'une définition fonctionnelle.

Ce détour par le droit privé dans l'appréciation de la notion de garantie apparaît pertinent même si historiquement, la notion de garantie se présente également très tôt dans la sphère publique en confirmant le rapprochement entre les notions de confiance et de garantie. En effet, en droit romain, la déesse Fides se présentait comme la garante des dépôts privés attribuant aux dépôts un caractère sacré. Ainsi, le temple de Fides recevait les offrandes et les dépôts qui bénéficiaient de la garde du Tribun de la Plèbe et de manière indirecte de la garantie du Sénat. Cette protection s'est progressivement étendue aux activités économiques et politiques du peuple romain ayant pour principale conséquence l'apparition de la Fides publique, la foi publique ou confiance publique.

Toutefois, la notion de garantie dans la sphère privée connaît certainement un développement plus poussée que dans la sphère publique. En effet, la notion de garantie en répondant à une définition fonctionnelle englobe d'autres notions comme les sûretés qui répondent non pas à une définition fonctionnelle mais à une définition conceptuelle et donnent lieu à des ouvrages spécifiques comme c'est également le cas pour le droit des assurances ou encore le droit de la responsabilité et des obligations.

Ainsi, l'étude de la notion de garantie en droit privé permet d'éclairer l'introduction et le développement de la notion de garantie dans la sphère publique. En effet, la pénétration du droit privé dans la sphère publique n'est pas un phénomène nouveau et contribue au mouvement de banalisation du droit public.

Cette distinction entre le droit privé et le droit public tire son origine du droit romain. Ainsi, après la loi des XII Tables qui établissait une table au droit public sans apporter de véritables éléments de distinction, le Digeste est venu conforter la distinction en énonçant que « *l'étude du droit a deux objets : le droit public, qui a égard à l'organisation de l'Etat romain, et le*

droit privé qui concerne les intérêts particuliers, car il y a des choses utiles à la collectivité, et d'autres utiles aux particuliers. Le droit public est relatif aux choses sacrées, aux prêtres, aux magistrats. Le droit privé est divisé en trois, tenant sa source des préceptes naturels, du droit des gens et du droit civil »[2]. Néanmoins, des auteurs estiment que cette place accordée à la distinction entre les deux branches du droit par le droit romain n'est pas significative et remarquent que « *dans les Temps modernes, les auteurs qui ont repris la distinction n'ont jamais pu s'accorder sur une frontière rationnelle* »[3].

Ainsi, la frontière entre le droit privé et le droit public tient certainement à une volonté d'encadrer de manière différente la sphère publique et la sphère privée[4]. Ainsi, la notion de garantie s'appréhende différemment en droit privé et en droit public mais la notion de garantie revêt une définition commune d'où l'intérêt d'un détour par les développements du droit privé relatifs à la notion de garantie. En d'autres termes, la notion de garantie reste la même lorsqu'elle est transposée à la sphère publique tout en répondant à d'autres finalités et en mettant en jeu les personnes publiques ce qui singularise également la notion de garantie publique par rapport à la notion de garantie en droit privé. Cependant, la similitude de la notion en droit privé et en droit public se manifeste par les principales formes que revêtent les garanties et également par des éléments inhérents à la notion de garantie comme le risque.

Le rapprochement de la notion de garantie avec des notions comme les sûretés, l'assurance, la responsabilité ou encore le droit des obligations et la diversité des formes que peut revêtir la notion de garantie éclaire la notion de garantie et apporte des éléments de définition. Ainsi, le dénominateur commun entre la notion de garantie et les notions proches tient certainement au fait que ces notions englobent des mécanismes permettant de se prémunir contre des risques éventuels. Ainsi, la notion de risque joue un rôle essentiel dans le travail de définition de la notion de garantie. Omniprésent, le risque revêt une connotation souvent négative et ses conséquences négatives cherchent à être prévenues ou de manière plus extrême éradiquées.

---

[2] Digeste, 1.1.1.2.
[3] J.-F. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 135 et s.
[4] V. notamment J.-F. TESTU, *op. cit.* , p. 135 et s. où l'auteur estime que « *la distinction reflète une conception idéologique du droit* » et que « *si le Droit public n'est pas né dans les faits, il a été conçu pour réagir à certains événements. Afin de promouvoir le pouvoir de l'Etat en l'arrachant au maelström des guerres civiles, les premiers publicistes ont imaginé un système consistant à enserrer le souverain dans un réseau de règles – ce qui était, à la fois, le mettre hors d'atteinte et l'emprisonner. Peut-être était-ce souhaitable pour garantir la paix sociale* ».

Face à cette omniprésence du risque, des mécanismes comme les garanties se présentent comme un moyen d'y faire face et ainsi d'éviter d'éventuelles pertes lors de la réalisation du risque pour lequel le mécanisme a été mis en place. Cette protection recherchée par les personnes se retrouve dans les sûretés mais également en droit de l'assurance, de la responsabilité et des obligations d'où l'intérêt du rapprochement entre ces différentes notions. Ce rapprochement se développe largement en droit privé où le droit des sûretés et le droit des assurances, entre autres, bénéficient d'une place particulière ce qui n'est pas véritablement le cas en droit public où ces notions se présentent davantage à la marge même si le droit public devient de plus en plus attentif aux risques comme en témoigne l'évolution de l'encadrement des garanties accordées par les collectivités territoriales notamment depuis l'introduction de ratios prudentiels[5].

La notion de garantie peut donc se présenter comme le résultat de la rencontre entre les notions de confiance et de risque. En effet, la présence du risque dans les relations a pour conséquence une diminution de la confiance pour les cocontractants et face à cette confiance dénaturée par les éventuels risques qui existent et qui peuvent engendrer des pertes pour les cocontractants, le recours à une garantie leurs permet alors de se prémunir et d'éviter ou tout du moins diminuer la prise de risque. La garantie se présente alors comme une substitution à la confiance.

De plus, la notion de garantie se manifeste sous plusieurs formes. La distinction la plus notoire entre les différentes formes de garantie tient certainement à celle opérée entre les garanties personnelles et les garanties réelles. Les garanties personnelles comprennent, entre autres, les garanties d'emprunt ou encore les garanties à première demande.

La garantie d'emprunt est présente notamment au niveau de l'Etat avec l'article 97 de la loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière qui énonce que « *les emprunts contractés en 2003 par l'Union nationale pour l'emploi dans l'industrie et le commerce bénéficient en principal et en intérêts de la garantie de l'Etat, dans la limite de quatre milliards d'euros en principal* ». La garantie d'emprunt « *est un mode d'intervention économique des plus classiques de la puissance publique, qui, paradoxalement, fait assez peu l'objet d'études approfondies et d'attentions particulières dans le cadre étatique* »[6]. Ainsi, le Professeur M.

[5] V. loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.
[6] M. CONAN, « Les emprunts garantis par l'Etat », *in La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004, p. 83.

BAZEX indique que « *l'expression de 'garantie d'emprunt' a une signification très générale : elle désigne les situations, la plupart du temps d'origine contractuelle, dans lesquelles un tiers s'engage à côté du débiteur, en cas de défaillance de ce dernier, à assurer son créancier le service d'un emprunt en intérêts, amortissements, frais et accessoires* »[7] alors que les garanties à première demande englobe les mécanismes où le garant peut être appelé à tout moment et sans qu'une justification soit nécessaire, garanties qui sont également présentes dans le cadre des marchés publics où elles se présentent comme des garanties autonomes par rapport au marché public et apportent une grande sécurité au pouvoir adjudicateur qui peut la mettre en œuvre facilement.

Les garanties réelles, quant à elles, se différencient des garanties personnelles par le fait qu'elles portent sur des biens meubles ou immeubles. Ainsi, les garanties réelles comprennent les hypothèques ou encore les nantissements. Néanmoins, l'évolution tend vers une prise en compte renforcée des garanties personnelles au détriment des garanties réelles. De plus, le droit européen amène à s'interroger sur la réalité de la distinction entre les garanties réelles et les garanties personnelles en ce sens que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme interprète la notion de bien très largement en y incluant les créances.

Reste que la notion de garantie publique connaît véritablement une singularité par rapport à la notion de garantie présente en droit privé par rapport aux finalités qui lui sont attribuées lorsqu'elle est accordée par une personne publique.

La notion de garantie est présente dans la sphère publique à deux niveaux. En effet, les garanties peuvent être demandées par les personnes publiques à leurs cocontractants comme par exemple dans le cadre de marchés publics mais elles peuvent également être accordées par les personnes publiques à d'autres entités. C'est l'octroi de garanties par les personnes publiques qui attire tout particulièrement l'attention. En effet, même si les garanties confrontées à la sphère publique présentent dans leur ensemble un intérêt certain[8], les garanties accordées par les personnes publiques revêtent l'illustration d'être un outil juridique peu banal lorsque ce sont les personnes publiques qui sont les garants même si elles tendent à se développer, notamment en période de crise. Ainsi, des garanties peuvent être accordées par

---

[7] M. BAZEX, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor* 1989, p. 321 et s.

[8] V. par ex. le sort des garanties dans le cadre d'un marché public lorsqu'une procédure collective est enclenchée, M. GERVAIS, *Le droit administratif et le droit des procédures collectives*, Mémoire, Strasbourg, notamment p. 92 et s.

les personnes publiques nécessitant alors de définir le terme « accordées » ainsi que la notion de personne publique.

Le terme « accordées » admet, contrairement au terme « données », une éventuelle rémunération des personnes publiques garantes prenant ainsi en compte l'intégration du droit de la concurrence de l'Union européenne par le droit public. En d'autres termes, même si au niveau des collectivités territoriales, la rémunération des garanties reste problématique, elle est bien présente pour les garanties accordées par l'Etat. En effet, concernant les garanties d'emprunt accordées par les collectivités territoriales, Monsieur P. LIGNIERES expose que « *le fonctionnement naturel du marché des garanties d'emprunt est (...) troublé par l'octroi de garanties par les collectivités locales. Le développement des cautions professionnelles atteste de l'existence d'un tel marché. Toutes les garanties offertes gratuitement par les collectivités locales sont autant d'atteintes directes à la concurrence sur le marché de la garantie d'emprunt* »[9] ce qu'il explique par le fait que « *le droit public, comme le droit bancaire, interdit en principe la rémunération au profit des collectivités locales par les bénéficiaires de l'octroi de garantie* »[10].

Toutefois, même si au niveau des collectivités territoriales, la question de la rémunération de la collectivité garante reste complexe, au niveau de l'Etat, une telle rémunération est fréquemment prévue afin de ne pas contrevenir aux règles du droit de la concurrence de l'Union européenne. De plus, au niveau des collectivités territoriales, le Code général des collectivités territoriales fixe un régime assez strict pour l'octroi de garanties par les collectivités territoriales, règles qui ont été élaborées afin de répondre aux exigences du droit de la concurrence et surtout afin de protéger les deniers publics.

Ainsi, même si les garanties accordées par les collectivités territoriales ne donnent pas lieu à une rémunération, elles se doivent de respecter les règles fixées par le législateur permettant ainsi un partage du risque avec le créancier et une meilleure protection des deniers publics, tout en assurant que leur octroi contribue au développement économique de la collectivité garante. Les garanties sont donc accordées et non données par les personnes publiques ce qui implique également de définir ce qu'englobe la notion de personne publique.

---

[9] P. LIGNIERES, « Le droit de la concurrence peut-il limiter l'octroi de garanties d'emprunt par les collectivités locales ? », *JCP E* 1993, II, 285, p. 471.
[10] P. LIGNIERES, *op. cit.* , p. 471.

Dans un sens strict, la personne publique s'entend des personnes morales de droit public. Cette acception de la notion de personne publique renvoie donc à la distinction entre personne morale et personne physique qui n'a pas les mêmes conséquences en droit public qu'en droit privé. En effet, la doctrine souligne bien que « *l'existence de personnes morales n'est pas propre au droit administratif ; mais elle y prend une importance particulière. Dans les rapports du droit administratif, en effet, si l'administré est soit une personne physique, soit une personne morale privée, par exemple une société, c'est toujours une personne morale qui représente l'administration ; les agents publics s'effacent derrière les collectivités au nom et pour le compte desquelles ils agissent ; ce n'est pas leur situation juridique personnelle, mais celle de cette personne morale, qui se trouve modifiée par leurs actes. Tout rapport de droit administratif suppose donc nécessairement la mise en cause d'une personne morale au moins ; en droit privé, une telle présence n'est nullement nécessaire. Il faut donc prendre une vue d'ensemble du phénomène de la personnalité morale appliqué au droit public* »[11].

Cependant, le droit public tend de plus en plus à responsabiliser les personnes physiques qui agissent au nom et pour le compte des personnes publiques comme en témoigne le développement du recours à la Cour disciplinaire budgétaire et financière.

Reste que la notion de personne publique se définit comme une personne morale qui en droit public englobe un grand nombre d'entités dont les principales sont certainement les collectivités publiques constituées de l'Etat et des collectivités territoriales. Toutefois, l'Etat se présente comme une collectivité publique unique en ce sens que « *les autres institutions nationales sont incluses en lui et c'est par lui que les collectivités territoriales sont créées, organisées et supprimées* »[12] ce qui est confirmé par le phénomène de déconcentration de l'Etat à l'égard des collectivités territoriales énoncé à l'alinéa 6 de l'article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui dispose que « *dans les collectivités territoriales de la République, le représentant de l'Etat, représentant de chacun des membres du Gouvernement, a la charge des intérêts nationaux, du contrôle administratif et du respect des lois* ».

Toutefois, la notion de personne publique ne se limite pas seulement aux collectivités publiques comprenant l'Etat et les collectivités territoriales. En effet, prise dans un sens large, la notion de personne publique comprend l'ensemble des personnes morales de droit public. Afin d'éclairer cette définition de la personne publique, un détour par la notion d'organisme

---

[11] J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, *Dalloz*, Paris, 2002, p. 27.

de droit public telle que définie par l'Union européenne en droit de la commande publique permet d'apporter des éléments de délimitation de la notion. Ainsi, le 4 du 1 de l'article 2 de la directive n°2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE définit l'organisme de droit public comme répondant à trois caractéristiques : « *a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ; b) il est doté de la personnalité juridique ; et c) soit il est financé majoritairement par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'Etat, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public* »[13].

Les établissements publics[14], définis comme « *des personnes publiques faisant partie intégrante de l'administration* »[15] et distingués des établissements d'utilité publique[16], ont suivi l'évolution relative au développement des services publics en devenant « *le mode de gestion par excellence des services publics* »[17] ce qui a eu pour conséquence qu' « *Hauriou proposait (...) de définir l'établissement public comme 'un service public personnifié', Léon Duguit comme un 'service public patrimonialisé' ou encore Léon Michoud comme 'un service public doué de personnalité'* »[18]. L'établissement public s'adapta aux évolutions de la société en devenant « *l'outil privilégié de la puissance publique pour la gestion de ses monopoles ou son intervention dans les secteurs les plus divers – économiques, sociaux, culturels* »[19] pour ensuite être l'outil parfait pour les nationalisations de l'après seconde guerre mondiale. En d'autres termes, la notion d'organisme de droit public du droit de l'Union européenne joue un rôle important en apportant des éléments de définition de la notion de personne publique

---

[12] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tome 1, *Montchrestien*, Paris, 15ème éd., 2001.
[13] Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, *JOUE* L 94/65, 28.3.2014.
[14] Sur les établissements publics, v. notamment O. DUGRIP et L. SAÏDI, *Les établissements publics nationaux*, *LGDJ*, Paris, 1992.
[15] CE, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, 15 oct. 2009, p. 9. Sur ce rapport, v. X. DOMINO,E. FATOME, Y. JEGOUZO, F. LOLOUM et O. SCHRAMECK, « Questions sur l'avenir de l'établissement public – A propos du rapport du Conseil d'Etat », *AJDA* 2010, p. 1238 et s. ; S. BRONDEL, « Un nouveau rapport du Conseil d'Etat sur les établissements publics », *AJDA* 2010, p. 981.
[16] V. en ce sens, Ccass, 5 mars 1856, *Caisse d'Epargne de Caen*, D. 1856, I, 121.
[17] CE, *op. cit.*, p. 9.
[18] CE, *op. cit.*, pp. 9-10.
[19] CE, *op. cit.*, p. 9.

même si la notion d'organisme public connaît uniquement une portée juridique en droit de la commande publique.

De plus, l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics précise ce que comprend en droit de la commande publique la notion d'entreprise publique. Ainsi, dans son 2° de l'article 11, il est précisé qu' « *est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent* »[20].

Ainsi, la notion de personne publique comprend, en plus de l'Etat et les collectivités territoriales, les entreprises publiques qui connaissent un encadrement de plus en plus strict de la part du droit de la concurrence de l'Union européenne comme en témoigne le contentieux relatif à la prétendue garantie implicite et illimitée de l'Etat sur certains de ces établissements publics industriels et commerciaux comme La Poste ou encore Electricité de France qui ont été transformés en société de capitaux. Le Conseil d'Etat explique ces transformations du fait que « *l'établissement public est soumis à un double feu de critiques : il serait à la fois trop avantageux pour être parfaitement conforme au droit de la concurrence et trop lourd pour permettre le développement d'une activité économique dans des conditions satisfaisantes* »[21].

Ces transformations en société de capitaux d'anciens établissements publics renvoient également aux sociétés qui peuvent être créées par les collectivités territoriales et leurs groupements comme les sociétés publiques locales conformément à l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales qui dispose dans son premier alinéa que « *les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital* » et précise dans son deuxième alinéa que « *ces sociétés sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général* ». Cette possibilité pour les

[20] Ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, *JORF* n°0169 du 24 juill. 2015, p. 12602.
[21] CE, *op. cit.*, p. 18.

collectivités territoriales et leurs groupements de constituer des sociétés publiques locales a été instituée par l'article 1er de la loi n°2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

Reste que la participation des collectivités territoriales et de leurs groupements dans des sociétés de capitaux s'avère très encadrée. En effet, le Code général des collectivités territoriales prévoit que « *sont exclues, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'Etat, toutes participations d'une commune dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services communaux ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2* »[22]. Cette disposition s'applique aux communes, départements et régions comme la possibilité pour les collectivités territoriales de déroger à cette disposition lorsqu'elles souhaitent participer à un fonds de garantie. En effet, le Code général des collectivités territoriales prévoit que les communes, départements et régions peuvent « *participer par versement de subventions à la constitution d'un fonds de garantie auprès de l'établissement de crédit (...)* »[23]. Cette participation des collectivités territoriales dans des fonds de garantie élargit le champ d'application de la notion de garantie dans la sphère publique. En effet, de manière générale, la participation des personnes publiques dans les sociétés de capitaux laisse entrevoir un interventionnisme de la part de celles-ci afin d'éviter d'éventuels risques qui pourraient avoir des conséquences négatives sur l'économie et donc créer des pertes importantes. La participation des collectivités territoriales à des fonds de garantie ou encore la transformation d'établissements publics industriels et commerciaux en sociétés de capitaux illustrent les difficultés à définir la notion de garantie publique lorsqu'elle est confrontée à l'actionnariat des personnes publiques.

De plus, l'établissement public connaît la concurrence d'autres instruments, comme les groupements d'intérêt public qui « *institués par les lois du 15 juillet 1982, du 26 janvier 1984, du 16 juillet 1984 et du 9 janvier 1985 ont le caractère de personnes morales de droit public, ainsi que le spécifie l'article 45 de la loi du 26 janvier 1984, et doivent être regardés, pour l'application de l'article 24 de la Constitution, comme assujettis aux mêmes règles que les*

[22] Articles L. 2253-1 pour les communes, où le second alinéa autorise cependant les communes et leurs groupements à « *participer au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiées dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire* » et L. 3231-1 pour les départements.

[23] Articles L. 2253-7 pour les communes, L. 3231-7 pour les départements et L. 4253-3 pour les régions.

établissements publics proprement dits »[24] ou encore les autorités publiques indépendantes et les autorités administratives indépendantes, qui se sont largement développées depuis la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés créant la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Toutefois, les autorités publiques indépendantes et les autorités administratives indépendantes présentent la particularité d'être davantage des instruments de contrôle des garanties publiques en s'assurant de la bonne application des règles relatives à celles-ci.

Ainsi, les personnes publiques qui accordent des garanties englobent les collectivités publiques, comprises comme l'Etat et les collectivités territoriales, les établissements publics ainsi que les personnes morales de droit privé sous le contrôle d'une personne publique ou comme le précise le Professeur G. ECKERT, les garanties publiques « *peuvent être accordées par des établissements publics, des sociétés du secteur public ou, directement, par l'Etat et les collectivités territoriales* »[25]. En étant accordés directement, les dispositifs de garantie accordés par l'Etat et les collectivités territoriales se présentent alors comme regroupant les principales garanties accordées par les personnes publiques. Cette délimitation des personnes publiques pour l'octroi de garanties s'explique par un Etat qui a été le pionnier dans l'octroi de garanties, notamment en vue de permettre à de grands projets de se réaliser.

L'étude des moyens de participation étatique dans la réalisation des chemins de fer dans les années 1830 éclaire cette volonté des personnes publiques d'intervenir par le biais de l'octroi de garanties afin d'aider à la réalisation des progrès qu'entraine l'évolution de la société. Ainsi, se posa la question dans les années 1830 « *de savoir de quelle façon l'Etat serait amené à prêter son concours aux Compagnies chargées de certaines concessions, (et) la Commission se posa le problème en ces termes : 'L'Etat doit-il concourir à l'établissement des chemins de fer exécutés par les Compagnies et quels sont les différents modes de concours que l'on pourrait adopter'* »[26]. En réponse à cette interrogation, ont été étudiés successivement la subvention, le prêt, la souscription d'actions par l'Etat et surtout l'éventualité de la garantie d'un intérêt minimum que « *le Gouvernement tenait alors comme le meilleur* »[27] en ce sens qu'après que « *Dufaure exposa (...) que 'le mal qui travaillait en ce moment le pays' c'était 'le découragement des entreprises de chemins de fer, quoi qu'il en*

[24] CE avis de la section de l'Intérieur, 15 oct. 1985, *EDCE* 1986, n°37, p. 189.
[25] G.ECKERT, *Droit public des affaires, LGDJ*, Focus Droit, Paris, 2ème éd., 2013, p. 103.
[26] J.-P. ADAM, *Le rôle de la Commission des travaux de 1839 dans la réalisation des chemins de fer*, *PUR*, 1971, p. 51.

coutât », ce constat supposait qu' « *il fallait donc attirer les capitaux et 'le seul moyen pour arriver à ce but, ou du moins le plus efficace', c'était 'la garantie d'un minimum d'intérêt par l'Etat, garantie qui, sauf examen ultérieur, devrait être de 3 % pendant 46 ans avec 1 % destiné à l'amortissement, dont le paiement effectué sur un capital déterminé à l'avance, ne prendrait cours qu'à partir de l'achèvement des travaux'* »[28].

Cette volonté de mise en place d'une garantie de la part de l'Etat pour un grand projet tel que la construction des réseaux de chemin de fer a donné lieu à discussion où les avantages et les inconvénients d'une telle garantie ont été présentés. Face à cette discussion, concernant un des inconvénients soulevés qui portait sur les difficultés qu'engendraient cette garantie sur la distinction entre les dépenses d'amélioration et les dépenses d'entretien, « *Dufaure fit valoir que les Compagnies qui obtiendraient la garantie seraient soumises au contrôle de la Cour des comptes et que, de toute façon, elles ne pourraient bénéficier de la garantie 'qu'autant que leur état financier serait constitué d'après un mode de comptabilité régulière'* »[29].

La présence de l'Etat par le biais de l'octroi de sa garantie dans les années 1830 donne lieu à deux remarques. La première tient dans le fait que l'octroi de garanties par les personnes publiques ne revêt pas un caractère nouveau et se présente donc comme un instrument attrayant et important d'interventionnisme des personnes publiques. La seconde porte sur le fait que l'encadrement institutionnel et matériel des garanties publiques se présente comme un élément inhérent à l'octroi de garanties par les personnes publiques bien avant le développement des exigences nées de l'application du droit de la concurrence de l'Union européenne et du droit européen issu de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

De plus, ce recours à la garantie par l'Etat pour la construction des chemins de fer au XIXème siècle témoigne de la diversité des domaines dans lesquels la garantie de l'Etat peut être accordée ainsi que de l'importance de la garantie de l'Etat sur le marché. En effet, la garantie de l'Etat contribue au développement économique mais également à la reprise économique lorsque une crise économique et financière se déclenche et amoindrie la confiance entre les acteurs économiques. Ainsi, la loi de finances rectificative n°2008-1061 du 16 octobre 2008 a permis à l'Etat d'accorder sa garantie aux établissements bancaires affaiblis par la crise

---

[27] J.-P. ADAM, *op. cit.*, p. 58.
[28] J.-P. ADAM, *op. cit.*, p. 58-59.
[29] J.-P. ADAM, *op. cit.*, p. 61.

économique et financière qui s'est déclenchée en 2007, permettant ainsi la création de la société de financement de l'économie française et de la société de prise de participation de l'Etat qui bénéficiaient toutes deux de la garantie de l'Etat dans des montants pouvant atteindre, pour la première, 265 milliards d'euros et, pour la seconde, 40 milliards d'euros.

Les garanties accordées par les personnes publiques en se présentant comme des aides connaissent, néanmoins, un encadrement renforcé par le développement du droit de la concurrence, notamment sous l'influence du droit des aides d'Etat de l'Union européenne. Ainsi, concernant les garanties d'emprunt accordées par les collectivités territoriales, Monsieur P. LIGNIERES souligne que « *la définition de la compétence des collectivités locales ne trouve plus ses sources dans le seul droit de la décentralisation. Le recours, dans une optique défensive, au droit de la concurrence peut permettre de réduire l'enclos légal dans lequel les collectivités locales peuvent octroyer des garanties d'emprunt* »[30].

Ainsi, les garanties accordées par les personnes publiques se développent tout en respectant de plus en plus de règles afin de concilier le respect du droit de la concurrence, la protection des deniers publics et le renforcement ou le maintien du développement économique. Les dispositions du Code général des collectivités territoriales relatives aux garanties accordées par les collectivités territoriales ainsi que l'obligation pour les garanties de l'Etat d'être autorisées par une loi de finances témoignent de cet encadrement de plus en plus strict des garanties des personnes publiques[31].

Les garanties publiques connaissent un développement de leur régime tant au niveau du droit interne que du droit de l'Union européenne[32]. La notion de garantie est essentiellement caractérisée par le droit privé et, de manière plus récente et dans une moindre mesure, par le droit public. En effet, le législateur n'en a pas donné de définition générale et, à l'inverse, laisse persister la confusion avec les notions voisines. Ainsi, même si le régime des garanties accordées par les personnes publiques connait un développement important notamment pour répondre aux exigences de transparence et d'égale concurrence entre les

---

[30] P. LIGNIERES, « Le droit de la concurrence peut-il limiter l'octroi de garanties d'emprunt par les collectivités locales ? », *JCP E* 1993, n°285, II, p. 471 et s.
[31] V. l'article 34 de la loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances qui dispose que la loi de finances « *autorise l'octroi de garanties de l'Etat et fixe leur régime* ».
[32] Au niveau du droit de l'Union européenne, v. Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties, 2008/C 155/02, 20.6.2008.

acteurs économiques, le législateur reste muet sur la définition de la notion de garantie en se contentant le plus souvent d'une énumération des formes de garanties.

De son côté, la jurisprudence apporte quelques éléments de définition mais contribue de manière assez parcellaire à caractériser la notion de garantie comme en témoigne le contentieux relatif aux éventuelles garanties implicites et illimitées qu'accorderaient l'Etat à certaines de ces entreprises publiques où les arguments et prétentions portent davantage sur la non-soumission de ces entreprises au droit des procédures collectives et l'insaisissabilité des biens publics que sur la recherche d'une définition de la notion de garantie qui permettrait d'appliquer le régime adéquat à ces procédés visés par l'Union européenne qui ne répondent pas, sauf à le démontrer, à la notion de garantie prise comme l'ensemble des mécanismes permettant de se prémunir contre le risque d'éventuelles pertes, pécuniaires ou non. De manière marginale, le Conseil d'Etat et la Cour des comptes, dans leurs rapports et avis, apportent des éléments permettant d'enrichir la notion de garantie comme par exemple le rapport du 30 mai 2013 de la Cour des comptes recensant les engagements hors-bilan de l'Etat.

Toutefois, il semble que ce soit la doctrine qui reste la principale source en matière de définition de la notion de garantie d'où l'intérêt de s'y attarder. En effet, les études en droit privé montrent l'intérêt de définir cette notion qui connaît tant de rapprochements avec des notions voisines et qui présente la particularité de contenir dans son essence les notions de prudence et de confiance. La recherche d'une définition de la notion de garantie par le droit public reste moindre mais tend à se développer afin de contribuer à une meilleure adéquation entre la notion de garantie publique et l'application de son régime, notamment au niveau de l'Union européenne. De plus, cette recherche de définition par la doctrine enrichit le débat relatif à la banalisation du droit public par rapport au droit privé en permettant de montrer que la notion de garantie publique autant dans sa définition que dans son régime connaît une singularité.

Ce mouvement de banalisation du droit public par rapport au droit privé et le développement plus poussé de recherche de définition de la notion de garantie en droit privé confirment bien la nécessité d'un détour par le droit privé afin de délimiter la notion de garantie publique et d'en apprécier son régime. De plus, cette recherche démontre également que le mouvement de banalisation du droit public par rapport au droit privé demande à être relativisé, voire à être dépassé.

En effet, une partie de la doctrine soulève l'idée que « *l'invocation de la banalisation est en elle-même suspecte et procède alors plus d'une habitude confortable et simplificatrice que d'une exacte appréciation des faits* »[33] . Se fondant sur l'exemple des prises de participation des personnes publiques dans le capital d'une entreprise qui se présentent comme une infiltration en droit public de techniques habituellement, et, pendant longtempts, uniquement utilisées en droit privé, ces auteurs en déduisent néanmoins que « *cette seule antériorité par rapport aux pratiques publiques, actuellement elles aussi répandues, n'en fait pas des règles privées, pas davantage qu'elles ne deviendraient publiques aujourd'hui* »[34]. En d'autres termes, l'application de ce raisonnement à la notion de garantie atteste l'intérêt de l'étude de la notion de garantie en droit privé en ce sens que même si en droit public, elle acquiert d'autres finalités liées à la présence de l'intérêt général dans la sphère publique et à la spécificité de la personne publique qui accorde la garantie, la notion de garantie reste une.

Face aux multiples formes qu'elle peut prendre et à la diversité des domaines où elle est présente, l'unité de la notion de garantie apparaît fragile mais répondant à une définition fonctionnelle, des éléments communs à tous les mécanismes inclus dans la notion de garantie peuvent être déterminés. Toutefois, cette unité de la notion de garantie ne connaît-elle pas quelques distorsions lorsqu'elle est intégrée à la sphère publique et est accordée par une personne publique ou serait-ce le fait que la notion de garantie publique implique de différencier la notion de garantie et la spécificité de la personne publique qui l'accorde afin d'affirmer la réalité de la notion de garantie publique qui revêt alors une singularité autant par rapport à la notion elle-même de garantie publique et à son régime, se présentant en plus comme un instrument économique mais également politique pour les personnes publiques ?

Le recours à la notion de garantie par les personnes publiques contribue donc à introduire une notion singulière qu'est la notion de garantie publique. Cette notion de garantie publique se singularise de la notion de garantie présente dans la sphère privée en raison d'un critère organique, la présence de la personne publique qui accorde sa garantie, et d'un critère matériel lié notamment à la finalité des garanties publiques. Cette singularité se retrouve dans le régime appliqué aux garanties publiques autant au niveau matériel, c'est-à-dire par rapport aux règles du droit administratif et du droit de la concurrence qui encadrent les garanties

---

[33] J-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, *LGDJ*, Issy-les-Moulineaux, 7ème éd., 2004, p. 18.
[34] J-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 18.

publiques, qu'au niveau institutionnel, c'est-à-dire par rapport aux entités qui permettent d'assurer le contrôle et l'effectivité du régime des garanties publiques.

Ainsi, les garanties accordées par les personnes publiques se présentent comme une illustration du dépassement du mouvement de la banalisation du droit public ce qui implique de s'intéresser à la singularité de la notion de garantie publique (PARTIE 1) ainsi qu'à celle de son régime (PARTIE 2).

PARTIE 1

LA SINGULARITE

DE LA NOTION

DE GARANTIE PUBLIQUE

La transposition de mécanismes connus du droit privé dans la sphère publique n'est pas un phénomène nouveau. Toutefois, la garantie ne répond pas aux mêmes finalités que les mécanismes de garantie accordés par les opérateurs privés.

« *Permettre le lancement d'une opération sans cela trop risquée ou non assurée d'équilibre financier, trouver des tiers qui s'engagent alors qu'ils s'abstiendraient, faciliter l'obtention de meilleures conditions financières* »[35] regroupent trois objectifs inhérents à la garantie publique.

Ainsi, la notion de garantie dans la sphère publique se présente, en tout premier lieu, au niveau de l'Etat. Il apparaît assez clairement que l'étude de la garantie publique connaît un lien étroit avec la notion de confiance comme en témoigne, par exemple, la confiance en l'Etat, en matière financière, qui est définie par Monsieur Ch. LANOË comme « *la croyance qu'il (l'Etat) va être fidèle à l'engagement qu'il prend de restituer l'argent qui lui est confié* »[36]. Ainsi, la garantie lorsqu'elle est accordée par les personnes publiques permet de rassurer le créancier qui pourra se retourner contre la personne publique en cas de défaillance du débiteur. Le lien entre la garantie et la confiance se renforce dans la sphère publique du fait

[35]A. DELION, « Les garanties d'Etat et leur évolution », *RJEP*/*CJEG* oct. 2004, n°613, p. 417.
[36]Ch. LANOË, « La construction d'un crédit public et l'apparition de la notion de garantie de l'Etat », *Rev. Trésor*, 1993, p. 283 et s ;

de la présence de la personne publique garante qui joue alors un rôle important dans la singularité de la garantie publique.

La garantie publique entretient également des liens étroits avec le domaine financier, et plus particulièrement, avec la sécurité financière. En effet, le Professeur J. BUISSON expose la sécurité financière comme « *la prévention des risques financiers que sont notamment les dépréciations de valeurs des entreprises et les énormes dégâts que de telles dépréciations provoquent, à la fois sur le plan économique et social* ».[37]

La spécificité de la notion de garantie publique se conçoit encore plus par rapport à la présence des personnes publiques. Le Professeur H-M. CRUCIS synthétise cette singularité organique de la garantie publique en ce sens que « *(…) cette présence de l'Etat aux finances publiques des collectivités locales ne peut être totale sous peine de leur faire perdre toute autonomie ; et à l'inverse, elle doit être puissante pour sauvegarder les grands principes d'unité non seulement de l'Etat mais également des deniers publics. Il faut donc constater cet 'entre-deux' d'une garantie paradoxale, c'est-à-dire l'aporie d'une garantie tout à la fois juridiquement limitée et souverainement sans bornes* »[38].

L'Etat joue un rôle primordial dans le renforcement de la confiance publique, et même si le contexte de crise a pu laisser penser qu'il n'était plus le garant ultime de la confiance[39], il reste une pierre angulaire de l'étude de la notion de garantie en droit public[40]. Ainsi, la présence de l'Etat explique l'étendue de la notion de garantie dans la sphère publique.

L'encadrement juridique des garanties accordées par des personnes publiques s'est progressivement développé. En effet, les garanties issues du Code général des collectivités territoriales connaissent, depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions[41], un encadrement visant à protéger les deniers publics et réduisant ainsi les risques de trouble dans les comptes publics lors de l'appel de ces

---

[37]J. BUISSON, *in La sécurité financière et l'Etat*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004, p. 9.
[38]H-M. CRUCIS, « L'Etat garant des collectivités locales », *in La sécurité financière et l'Etat*, *L'Harmattan*, Paris, 2004, p. 106.
[39]J-M VITTORI, « L'année où l'Etat descendit du ciel », *Les Echos*, 31déc. 2010 et 1er janv. 2011 : « *En 2010, l'Etat est redevenu un emprunteur comme les autres. Après avoir été éjecté de son piédestal idéologique dans les années 1970 puis politique dans les années 1980, il a chuté de son piédestal financier. Dans l'économie du XXIème siècle, il n'est pas de sauveur suprême* ».
[40]V. M. CONAN, « De la garantie de l'Etat en lois de finances rectificatives – plan de financement et plan de relance de l'économie », *DA*, n°5, 2009, pp. 17-24.
[41]Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions.

garanties. De plus, depuis la loi de finances pour 1947[42], les garanties accordées par l'Etat doivent être spécifiquement inscrites dans une loi ce que la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 a rappelé et précisé[43].

Toutefois, la notion de garantie ne regroupe pas uniquement des mécanismes financiers. De plus, la généralisation de la notion de garantie publique démontre et confirme le dépassement de la banalisation du droit administratif.

L'exemple du contentieux relatif aux déclarations publiques de soutien à une entreprise publique, tenus par un membre du gouvernement[44], confirment l'évolution que connaît la notion de garantie. Le contentieux de l'Union européenne montre, en effet, que ce qu'englobe la notion de garantie n'est pas suffisamment défini. Les transformations des grandes entreprises publiques en sociétés anonymes pour répondre aux exigences du droit de l'Union européenne[45] confirment la singularité de la notion de garantie dans la sphère publique.

Cette évolution conforte l'idée que les garanties accordées par les personnes publiques ne se présentent pas uniquement sous la forme de sûretés au sens du Code civil. En effet, le droit administratif reste souple dans le travail de qualification des montages juridiques qu'il réalise. Ainsi, afin de protéger la propriété publique, de préserver la continuité des services publics, ou plus largement d'assurer l'essor et la reprise des activités économiques, les personnes publiques n'hésitent pas à apporter leur soutien pour répondre aux besoins micro et macro économiques.

Multifonctionnelle et protéiforme, la notion de garantie ne connaît, toutefois, pas de définition dans les textes et les éléments apportés par la jurisprudence restent parcellaires. De

---

[42] L'article 73 de la loi de finances pour 1947 dispose : « *Aucune opération de crédit à court, moyen ou long terme ne peut bénéficier de la garantie de l'Etat qu'en vertu d'une loi* », *JO* 1946, 10845.

[43] Loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, NOR : ECOX0104681L. Son article 34-II-5° dispose que « *la loi de finances de l'année (...) autorise l'octroi des garanties de l'Etat et fixe leur régime* ».

[44] V. en ce sens le contentieux relatif à France Télécom à propos des déclarations des autorités publiques en faveur de l'opérateur historique : la décision de la Commission du 2 août 2004 concernant *l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de France Telecom*, C(2004) 3060, *JOUE* L 257/11, l'arrêt du TFUE, 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04 et l'arrêt de la CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues SA, Bouygues Télécom SA c./ Commission*, C-399/10P et C-401/10P. En résumé, la Cour de justice ne confirme pas l'arrêt du Tribunal ayant annulé la décision de la Commission qui estimait que ces déclarations publiques ainsi que l'avance d'actionnaire de l'Etat français en faveur de l'opérateur historique constituaient un avantage accordé au moyen de ressources d'Etat qualifiant ainsi ces mesures d'aides d'Etat au sens de l'article 107§1 du TFUE.

[45] V. J. DABRETEAU, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'Etat au profit de ses EPIC », *AJDA 2010*, p. 2346 et s.

plus, les rares auteurs qui s'intéressent à la notion de garantie apportent leur pierre à l'édifice mais de manière limitée.

L'apparition de nouvelles formes de garanties en droit civil comme les contrats d'échange de taux, les contrats de garantie de taux plafond ou encore ceux de taux plancher et de taux plafond influence largement l'économie. L'emprunt de ces nouvelles formes de garanties par le droit public confirme, une nouvelle fois, la spécificité des garanties publiques. En effet, l'évolution de la société avec l'existence de crises ponctuelles permet de constater que les classifications traditionnelles qui distinguent les garanties selon qu'elles sont indemnitaires, autonomes ou encore réelles ou personnelles ne sont pas une fin en soi. La notion de garantie est loin d'être arrivée à maturité juridique.

Ainsi, la garantie est omniprésente mais sa définition reste floue. Le législateur ne paraît pas résolu à donner une définition de la notion de garantie et la jurisprudence suit cet exemple en tentant, toutefois, d'apporter quelques précisions.

L'opacité de la notion de garantie dans les textes se manifeste, tout d'abord, dans les Codes où la notion est presque inexistante dans les intitulés ou est étudiée avec d'autres notions, comme c'est le cas dans le Code de commerce où le livre V se nomme « Des effets de commerce et des garanties ». Cette absence de clarté et de définition de la part du législateur accorde à la jurisprudence un important pouvoir de qualification.

Prise dans son sens le plus large, la notion de garantie englobe « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »[46]. Cette première acception donnée par CORNU vise le droit civil. Pour le droit public, G. CORNU envisage uniquement la garantie des droits qui regroupe « *l'ensemble des dispositions et procédés, quelquefois contenus dans une rubrique spéciale de la Constitution écrite, qui tendent à empêcher par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir la violation des droits de l'Homme par les gouvernants* »[47] et la garantie des fonctionnaires. Néanmoins, l'étude de la notion de garantie en droit public démontre qu'elle ne se limite pas à la garantie des libertés publiques et à celle de la fonction publique mais qu'elle est également présente au niveau économique et financier.

---

[46]G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, Paris, 2009, p. 436.
[47]G. CORNU, *op. cit.*, p. 437.

L'emprunt par le droit public de mécanismes issus du droit civil n'est pas un phénomène nouveau mais le législateur, la jurisprudence et les auteurs restent également bien silencieux sur l'acception de la notion de garantie dans la sphère publique. Les études civilistes semblent plus poussées pour tenter de définir la notion de garantie et suggèrent de suivre une démarche classique qui est de construire une notion de garantie et de la confronter à des notions voisines.

D'origine privatiste, la vision fonctionnelle, et non conceptuelle, de la notion de garantie (TITRE 1), est reprise par le droit public tout en y intégrant des spécificités liées à son application dans la sphère publique (TITRE 2).

TITRE 1

LA CONSTRUCTION

DE LA NOTION

DE GARANTIE

La distinction entre les notions conceptuelles et fonctionnelles[48] représente un élément important de détermination de la notion de garantie. La majorité des auteurs estime que la notion de sûreté est une notion conceptuelle, contrairement à la notion de garantie qui répondrait aux critères d'une notion fonctionnelle. Toutefois, comme le rappelle Monsieur N. BARGUE, « *la distinction ne serait pourtant que relative, car le caractère fonctionnel d'une notion constituerait une étape sur le chemin d'une conceptualisation plus avancée* »[49]. Ainsi, il confirme les propos du Doyen VEDEL en ce que « *les notions fonctionnelles sont appelées en général à disparaître en se résorbant au moins en partie dans une synthèse supérieure de nature conceptuelle* » et que « *cette disparition des notions fonctionnelles par résorption dans une théorie conceptuelles à la fois plus large, plus précise et plus complexe, ne se produit pas à volonté* ». En effet, ce mouvement « *suppose une maturation des problèmes qui, elle-même, ne dépend pas de facteurs exclusivement juridiques* »[50].

---

[48]Sur la distinction entre les notions conceptuelles et fonctionnelles, voir G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851 où il définit les notions conceptuelles comme celles qui « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels* » et les notions fonctionnelles comme celles qui « *procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité* ».

[49]N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris I, 2008, p. 22.

[50] G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, p. 851.

La notion de garantie regroupe un catalogue de mécanismes juridiques instaurés par des personnes publiques ou privées ayant pour objectif de prémunir une personne publique ou privée contre un risque de pertes. Outre une finalité commune à tous les mécanismes de garantie, la notion de garantie ne répond pas encore à des critères précis. En effet, la notion de garantie, contrairement à la notion de sûreté, n'est pas encore arrivée à maturité juridique pour que lui soit reconnue la qualification de notion conceptuelle.

De plus, la notion de garantie connaît souvent des rapprochements avec des notions proches. Ainsi, après avoir posé les fondements d'une définition fonctionnelle de la garantie d'origine civiliste, un travail de confrontation entre la notion de garantie et les notions voisines est nécessaire afin de délimiter plus précisément les contours de la notion. Les sûretés issues du livre IV du Code civil sont les premières visées mais l'assurance et l'implication du droit des obligations dans la notion de garantie contribue à recenser les éléments inhérents à la notion de garantie.

Cette confrontation entre la notion de garantie et des notions voisines se fonde sur G. CORNU qui estime que la notion de garantie constitue « *un terme générique doté d'un sens d'évocation employé seul et chargé de précision associé à d'autres* »[51]. Ainsi, la confrontation entre la notion de garantie et les notions voisines présente l'intérêt de délimiter la notion de garantie.

La distinction entre l'objet et l'effet permet de rendre plus attractif la confrontation avec les notions voisines à la notion de garantie. En effet, la notion de garantie, dans son acception large, regroupe des mécanismes ayant pour objet de garantir et d'autres qui produisent un effet de garantie sans que cela soit de leur essence.

La notion de garantie répond aux critères d'appréciation d'une définition fonctionnelle de la garantie (CHAPITRE 1) ce qui est confirmée par la confrontation entre la notion de garantie et des notions voisines (CHAPITRE 2).

[51]G. CORNU, *op. cit*., p. 436.

<u>CHAPITRE 1 :</u> L'affirmation d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie

La notion de garantie ne peut pas « *recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels* » et son contenu ne peut pas être « *abstraitement déterminé une fois pour toute* »[52]. En effet, la notion de garantie « *est une notion qui remplit, dans un contexte donné, une fonction* »[53], fonction, prise dans son sens large qui, selon le Professeur G. TUSSEAU[54], peut être d'ordre pratique ou théorique.

Les tentatives avortées d'élaboration d'une définition conceptuelle de la notion de garantie en droit privé démontrent bien qu'elle n'a pas atteint une maturité juridique suffisante. Les essais de définition conceptuelle « *émanent du droit commun des obligations et des contrats spéciaux* »[55]. Néanmoins, ces propositions rencontrent des obstacles et n'aboutissent pas à une définition claire et précise de la notion de garantie. Ainsi, la notion de garantie répond davantage à la phase fonctionnelle d'une notion juridique. En d'autres termes, la notion de garantie s'affirme comme appartenant à la catégorie des notions fonctionnelles qui « *ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elles constituent des notions 'ouvertes', prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur* »[56].

Ainsi, la recherche d'une définition de la notion de garantie montre qu'elle ne revêt pas encore les critères pour se voir conférer une définition conceptuelle (SECTION 1). En effet, la notion regroupe un ensemble indéterminé de mécanismes juridiques ayant pour finalité commune de protéger les créanciers contre des pertes ce qui permet de confirmer que la notion de garantie reste encore au stade de notion fonctionnelle (SECTION 2).

---

[52] G. VEDEL, *op. cit*., p. 841.
[53] G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *RFDA* 2009, p. 643.
[54] G. TUSSEAU, *op. cit*., p. 644 où l'auteur estime que « *ce sens large de la 'notion fonctionnelle' ne présente guère d'intérêt, puisqu'il est difficile d'imaginer une notion qui, apparaissant dans un énoncé du droit positif ou dans un énoncé doctrinal, soit totalement dépourvue d'utilité à quelque fin que ce soit* ».
[55] N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris, 2008, p. 27.
[56] G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.

SECTION 1 : L'échec de la conceptualisation de la notion de garantie

Les notions de sûreté et de garantie, souvent rapprochées ou confondues, présentent l'intérêt, lorsqu'elles sont distinguées, d'être pour les premières conceptuelles et pour les secondes davantage fonctionnelles. En effet, les tentatives de conceptualisation de la notion de garantie en droit civil aboutissent à des impasses. Comme le souligne Monsieur N. BARGUE, « *toutes dignes d'intérêt en raison de la proximité de ces concepts, ces définitions conceptuelles échouent à convaincre, dans la mesure où elles ne suffisent pas à appréhender la notion de garantie dans sa diversité* »[57]. Ainsi, les fondements de la notion de garantie se trouvent de manière partielle dans la théorie générale des obligations (§1) et la qualification de la notion de garantie en obligation reste fragile (§2).

§1. La théorie générale des obligations et la notion de garantie

Le Professeur B. GROSS établit que « *le droit commun n'assure pas toujours ni la bonne fin des principales opérations juridiques conclues par les hommes pour leur subsistance, ni, à défaut, la réparation des préjudices causés* ». De ce constat, il affirme que sont réclamés « *des obligations plus astreignantes et un système de responsabilité plus strict qui soit mis à la charge de certains débiteurs* » et en déduit ainsi « *le double aspect que recouvre la garantie exigée* ». Toutefois, il nuance son propos en rappelant que « *la satisfaction du besoin de sécurité a été poursuivie imparfaitement et séparément pour chacun des objets de la garantie* »[58].

La théorie générale des obligations apporte 'sa pierre à l'édifice' dans la détermination de la notion de garantie. Toutefois, cette contribution rencontre des limites autant par rapport au droit des contrats (I) que par rapport à la responsabilité (II).

---

[57]N. BARGUE, *op. cit.*, p. 25.
[58]B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse Nancy, 1963, p. 2.

I. Le droit des contrats et la notion de garantie

Le rapprochement entre le droit des contrats et la notion de garantie s'exprime dans les conditions de formation du contrat avec les mesures de protection du consentement mais également par rapport au contenu du contrat avec la cause. En d'autres termes, la garantie connaît des liens avec les vices du consentement, en particulier l'erreur sur la substance (A) et la cause du contrat (B) sans toutefois en être totalement imprégnée.

A. L'erreur sur la substance et la notion de garantie

La notion de garantie connaît des tentatives de fondement sur l'erreur sur la substance ce qui, dans un premier temps, séduit (1) mais la jurisprudence en la matière est confuse (2).

1. La recherche de fondement de la notion de garantie dans la notion d'erreur sur la substance

ROUSSEAU montre qu'il est nécessaire de « *trouver une forme d'association qui défende et protège de toute la force commune la personne et les biens de chaque associé, et par laquelle chacun, s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même, et reste aussi libre qu'auparavant* »[59] afin qu'existe le contrat social.

Le Code civil énonce la définition juridique du contrat. Ainsi, selon l'article 1101 du Code civil, « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose* ». Les Professeurs F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, après avoir étudié l'intérêt pratique du

[59] J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Union générale d'éditions, Le monde en 10|18, 1963, p. 61.

contrat qu'est la souplesse, estiment que « *d'un point de vue psychologique, la voie contractuelle présente des mérites évidents pour l'organisation des rapports sociaux* ». En d'autres termes, pour eux, « *le contrat est synonyme d'obligation acceptée* »[60].

Cette parenté entre les notions de garantie et d'erreur se retrouve dans l'étymologie de ces termes. Ainsi, l'étymologie germanique mais également latine de la notion de garantie connaissent des liens étroits avec la notion de vérité. En latin, la racine de la notion de garantie a gardé l'adjectif « verus » qui signifie « vrai » et « *dont le pluriel 'vera', employé comme adverbe, signifiait 'vraiment'* ». Plusieurs mots dérivent de « verus » comme « veritas » qui désigne la « vérité » avec son dérivé « véritable », ou encore « veridicus » désignant avec « dicere » « *celui qui dit la vérité* » et d'où provient le terme « véridique » ou encore « verificare » qui avec « facere » renvoie au fait de « *faire apparaître comme vrai* » d'où l'apparition du verbe « vérifier » dans la langue française moderne[61]. En d'autres termes, garantir, c'est affirmer la véracité d'un fait.

Selon le Professeur Y.-M. SERINET, « *l'erreur suppose de comparer la croyance déterminante du demandeur et la réalité* »[62]. Ainsi, l'erreur sur la substance se rapproche de la notion de garantie en ce sens que « *subjectivement, la qualité substantielle est la qualité jugée telle par celui qui s'est trompé, celle qui l'a déterminé à contracter* »[63]. En d'autres termes, l'erreur sur la substance ou l'erreur sur la qualité substantielle de la chose signifie que le contractant a cru de manière véritable que la chose proposée était celle qui correspondait à ses attentes. La conception objective de l'erreur a progressivement laissé place à la conception subjective[64] en ce sens qu' « *elle n'est plus un élément intrinsèque de la chose, mais extrinsèque : c'est la représentation que l'errans se fait de la chose, autant dire un état d'âme* »[65]. Dans un arrêt du 2 janvier 1983, les juges de la Cour d'appel de Montpellier

---

[60]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – les obligations*, Dalloz, Paris, 9ème éd., 2005, p. 56-57.
[61]V. R. GARRUS, *Etymologie du français – curiosités étymologiques*, Ed. Belin, Paris, 1996, pp. 180-181 où l'auteur présente les origines de la notion de garantie en partant de la racine indo-européenne «wer » qui énonce « *l'idée de ce à quoi l'on peut croire* ». En allemand, la racine vient de « wahr » qui signifie vrai et en francique, le terme de « warjan » désignait le fait de « *garantir la vérité d'un fait* » et ainsi est apparu le terme « garir » en ancien français, terme disparu à l'exception de son participe présent « garant » défini comme celui « *qui affirme la vérité d'un fait ou d'une promesse* ».
[62]Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », in Etudes offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXIème s.,LGDJ*, Paris, 2001, p. 798.
[63]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 219.
[64]Pour une présentation de la conception subjective et objective de l'erreur sur la substance, v. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 219 et s.
[65]V. Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », *D*. 1972, I, chron., p. 43, le même auteur rappelle que sur le fondement de l'erreur, « *le contrat sera annulé à la demande de la victime si elle rapporte la triple preuve :* -

« *avaient admis que le mot 'substance', inséré dans l'art. 1110 c. civ., devait être compris dans un sens subjectif, que devait être tenue pour substantielle la qualité que la partie avait eu principalement en vue lorsqu'elle n'aurait pas contracté* »[66]. La Cour de cassation censura l'arrêt de la Cour d'appel sur le motif que les juges du fond ne pouvaient pas annuler la vente pour erreur sur la substance alors qu'il s'agissait, en l'espèce, d'une erreur sur la valeur.

Le Code civil, dans son article 1641, renforce le rapprochement entre l'erreur sur la substance et la garantie des vices cachés. En effet, cet article dispose que « *le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on le destine, ou diminuent tellement cet usage que, l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* ». Sur le fondement de l'article 1641 peut donc être engagée une action rédhibitoire ou estimatoire en garantie des vices cachés. Ainsi, Monsieur N. BARGUE en déduit que « *se produit une discordance entre les qualités attendues de la chose et ses caractéristiques réelles, de sorte que l'erreur est consécutive à l'existence d'un vice occulte* »[67].

En plus des actions en nullité pour erreur de l'article 1110 du Code civil et en inexécution contractuelle pour défaut de conformité des articles 1184 et 1142 et suivants du Code civil, peut être engagée par l'acheteur l'action en nullité pour vice de consentement lorsque les conditions de l'erreur ou du dol sont réunies. Toutefois, la jurisprudence relative à l'admission ou non du cumul des actions fondé sur l'erreur et sur les vices rend plus délicat le rapprochement entre les notions de garantie et d'erreur.

---

de son erreur ; - portant sur la substance ; - et ayant déterminé son consentement » et précise que « *la preuve de deux de ces deux éléments, la croyance erronée et la détermination du consentement, a pour objet l'état d'esprit de la victime lors de la conclusion du contrat* » et que « *cette recherche porte sur un fait, non pas matériel mais psychologique* ».

[66]Cour d'appel de Montpellier, 2 janv. 1963, *D*. 1963, somm., p. 77, C. Cass., 1ère civ., 25 janv. 1965, *D*. 1965, p. 217.

[67]N. BARGUE, *op. cit.*, p. 30.

2. La confusion de la jurisprudence relative à la distinction entre les notions de garantie et d'erreur sur la substance

Le non-cumul des actions s'immisce progressivement dans la jurisprudence à partir des années 1960[68]. En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 janvier 1960, soumet le bref délai de l'article 1648 du Code civil[69] aux deux actions prises soit sur le fondement de l'erreur sur la substance soit sur le fondement de la garantie des vices cachés[70]. Néanmoins, la jurisprudence reste incertaine. Des arrêts postérieurs sont revenus sur cette solution comme l'arrêt du 28 juin 1988 où les juges de la Haute juridiction confortent les juges d'appel en ce qu' « *elle en a justement déduit que l'action en nullité exercée par M. X... n'était pas soumise aux dispositions spéciales de l'article 1648 du Code civil, peu important à cet égard que l'erreur invoquée fût la conséquence d'un vice caché rendant la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée* »[71].

L'incertitude de la jurisprudence sur cet éventuel non-cumul des actions est concomitante avec l'évolution de la doctrine relative aux différentes actions offertes à l'acheteur. L'émergence de la théorie fonctionnaliste dans les années 1950 rapproche les trois actions. Le Professeur O. TOURNAFOND résume cette tendance en partant du principe que « *la nullité pour erreur et la résolution pour inexécution contractuelle ne constitueraient en réalité que les deux seules conséquences possibles d'un seul et même désordre, à savoir l'absence d'une qualité convenue de la chose vendue* » et rappelle que « *M. Ghestin, en particulier, estime que la garantie édilicienne apparaît, quant à ses cas d'ouverture, comme une application particulière de la nullité pour erreur, et quant à ses effets, comme une forme de résolution pour inexécution* »[72].

---

[68] Sur le non-cumul des actions, v. O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », *D.* 1989, II, p. 237 et s.

[69] L'alinéa premier de l'article 1648 du Code civil dispose : "*L'action résultant des vices rédhibitoires doit être intentée par l'acquéreur dans un délai de deux ans à compter de la découverte du vice* ».

[70] C. cass., civ. 1ère, 4 janv. 1960, Bull. civ. I, n°4, p. 4. V. en ce sens, C. cass., 1ère civ., 19 juill. 1960, Bull. civ. I, n°408, p. 334.

[71]Cass., civ. 1ère, 28 juin 1988, n° pourvoi 87-11918, *D*. 1989, somm. 229, obs. AUBERT, V. également en ce sens Cass. civ. 1ère, 8 mai 1978, Bull. civ. IV, n°135, p. 113, comp. avec Cass. 3ème, 11 févr. 1981, n° pourvoi 79-13817 où les juges reviennent sur la solution du 4 janvier 1960 en confirmant que « *la Cour d'appel en a exactement déduit que les époux X... ne pouvaient pas se soustraire à l'obligation imposée par l'article 1648 du Code civil* ».

[72]O. TOURNAFOND, *op. cit*., p. 240.

Cette théorie fonctionnaliste qui prend en compte un critère chronologique et non des critères propres aux notions ne convainc pas dans sa totalité[73]. En effet, « *si le contrat est nul, par définition il n'a pu produire aucun effet et il ne peut être question de vice caché ou de défaut de conformité, qui sont des cas d'inexécution* » et « *inversement, si l'on admet qu'il y a eu vice caché ou non-conformité, cela implique nécessairement que le contrat s'est valablement formé* »[74]. La Cour de cassation confirme cette tendance en constatant, dans un arrêt du 14 mai 1996 « *que les vices cachés se définissent comme un défaut rendant la chose impropre à sa destination normale ; que la cour d'appel constate que le désordre affectant les tuiles consiste en un vieillissement anormal de ce matériau ; qu'elle en déduit exactement que cette impropriété résulte non pas de ce que les produits vendus sont différents de ceux objets de la commande, mais de ce qu'ils sont affectés d'un vice, au sens de l'article 1641 du Code civil* »[75].

Face à l'obscurité des textes, la jurisprudence et la doctrine confirment que l'erreur sur la substance se reconnaît davantage dans une notion conceptuelle répondant à des critères précis ce qui n'est pas le cas de la notion de garantie. De plus, elles démontrent clairement que l'action sur la garantie des vices cachés n'intervient pas dans les mêmes circonstances que l'action fondée sur l'erreur sur la substance. En d'autres termes, la garantie prémunit contre des risques liés à la conclusion d'un contrat pris au sens large du terme alors que l'erreur sur la substance intervient lors de la formation du contrat. L'erreur sur la substance était déjà présente au moment de la conclusion du contrat. Ainsi, il apparaît que l'erreur sur la substance se présente éventuellement comme une condition de mise en œuvre de la garantie afin que soit rétablie la vérité.

Néanmoins, les rapports entre la notion de garantie et la notion d'erreur sur la substance se manifestent uniquement dans le cadre de la formation d'un contrat permettant d'exclure l'hypothèse que l'erreur sur la substance se présente comme le fondement de la garantie. En d'autres termes, l'erreur sur la substance connaît un champ d'application limité or la garantie se définit comme regroupant l'ensemble des mécanismes prémunissant contre les risques d'une perte qui peut se manifester à tout moment et pas seulement par rapport à

---

[73]V. en ce sens Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », in Etudes offertes à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXIème s.,LGDJ*, Paris, 2001, p. 796 où l'auteur confirme « *l'inutilité du critère chronologique* » en ce que « *la méprise initiale commise ou provoquée par une déclaration se renouvellera à l'époque de l'acceptation du paiement : le vice existait en germe dans l'erreur* ».
[74]O. TOURNAFOND, *op. cit.*, p. 241.
[75]Cass. civ. 1ère, 14 mai 1996, n°pourvoi 94-13921, *D.* 1997, somm., p. 345.

une erreur commise lors de la formation du contrat. L'autre fondement envisageable de la notion de garantie se trouve dans la cause qui entretient avec l'erreur « *une étroite parenté* »[76] ce qui est confirmée par la lecture du second alinéa de l'article 1110 du Code civil qui dispose que l'erreur *« n'est point une cause de nullité lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention* ».

B. La cause et la notion de garantie

L'article 1108 du Code civil énumère les conditions essentielles pour la validité d'une convention et la quatrième repose sur « *une cause licite dans l'obligation* ». L'article 1131 du même Code précise que « *l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* ». En d'autres termes, comme l'explique les Professeurs F. TERRE, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, « *le contrat ne peut valablement se former que si, d'une part, la ou les obligations qu'il doit engendrer ont une cause et si, d'autre part, cette cause est conforme à la loi* »[77]. Le rapprochement entre la cause et la garantie suppose de s'intéresser une nouvelle fois aux garanties des vices et d'éviction présentes dans le contrat de vente. De plus, le rapprochement peut uniquement l'être avec la cause objective, « *c'est-à-dire le but que les parties entendaient atteindre en concluant le contrat, par opposition à la cause subjective, définie comme leurs mobiles personnels* »[78]. Néanmoins, l'absence de cause introduit de la subjectivité et intervient alors dans les mêmes hypothèses que la garantie ce qui a pour conséquence de laisser penser que la garantie « *constitue une sanction de l'absence de cause* »[79] définie comme l'absence de contrepartie utile à l'acquéreur. De plus, la jurisprudence judiciaire « *n'hésite plus à confondre cause objective et subjective afin d'exercer un contrôle de l'utilité du contrat en se plaçant au stade de la formation comme de*

[76]V. H. CAPITANT, *De la cause des obligations : (contrats, engagements unilatéraux, legs),* Dalloz, Paris, 1923, p. 208 et s. où l'auteur affirme « *qu'une personne ne peut se prévaloir de son erreur pour demander l'annulation d'un contrat, qu'autant qu'elle s'est trompée sur la cause qui l'a déterminée à s'obliger* ».
[77]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 343.
[78]N. BARGUE, *op. cit*., p. 39.
[79]N. BARGUE, *op. cit*., p. 39.

l'exécution du contrat »[80] comme en témoigne tout particulièrement l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 22 octobre 1996[81].

H. CAPITANT rapproche les notions de cause et de but en estimant que « *toute personne qui consent à s'obliger envers une autre est déterminée par la considération d'un but qu'elle se propose d'atteindre par la voie de cette obligation* »[82]. Ainsi, énumérant les divers buts nés d'une obligation, H. CAPITANT s'intéresse à la caution, comme exemple de la catégorie qu'il nomme « *les contrats désintéressés* », et, montre que la caution « *s'oblige uniquement dans l'intérêt du débiteur principal, veut rendre à l'autre un service d'ordre économique ou pécuniaire non rémunéré, mais n'entraînant pas diminution de son propre patrimoine* »[83]. Il ajoute qu' « *il n'est pas possible de dire a priori, comme pour les contrats ordinaires, quelle est la fin que recherche la caution* ».La finalité du cautionnement peut être variable : « l*e plus souvent, c'est pour rendre service au débiteur que la caution s'oblige ; quelquefois c'est parce que le débiteur lui a promis une rémunération ; ou c'est parce qu'elle a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle intervient ; parfois, c'est dans l'intérêt même du créancier, pour lui rendre service, ou parce que celui-ci a obtenu son engagement moyennant une indemnité* »[84]. Néanmoins, H. CAPITANT observe, à juste titre, que « *le créancier ignore le plus souvent quelle est la cause qui détermine la caution à s'obliger envers lui* » ce qui a pour conséquence que « *cette obligation de la caution envers le créancier se trouve séparée de sa cause, et prend (...) un caractère abstrait* »[85]. L'ignorance de la cause se retrouve également dans la délégation et l'acceptation de la lettre de change par le tiré[86].

La difficulté se pose aussi dans les projets de réforme du droit des obligations où parfois la cause disparaît au profit de la notion d'intérêt du contrat[87]. D'une part, cette substitution

---

[80]N. BARGUE, *op. cit*., p. 41.
[81] Cass. Com., 22 oct. 1996, *Chronopost*, *Bull. Civ*. IV, n°261, *D*. 1997, p. 121, note A. SERIAUX et somm. p. 75 obs. Ph. DELEBECQUE, *JCP* 1997, II, 22881, note D. COHEN, *Contrats. Conc. Conso*. 1997, n°24, obs. L. LEVENEUR, *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN.
[82]H. CAPITANT, *op. cit*., p. 5 et s. où l'auteur précise que « *la volonté de celui qui contracte une obligation est toujours et nécessairement dominée par le désir d'arriver à une fin envisagée par lui* ».
[83]H. CAPITANT, *op. cit*., p. 6.
[84]H. CAPITANT, *op. cit*., p. 64.
[85]H. CAPITANT, *op. cit*., p. 64 et l'auteur soulève que la dette ne peut pas être la cause de l'engagement de la caution et que donc « *il ne faut pas confondre ce support de l'obligation de l'obligation de la caution avec la cause qui la détermine* ».
[86]V. également sur ce point, H. CAPITANT, *op. cit*., pp. 66-67.
[87]V. avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, 22 sept. 2005, v. également le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie, mai 2009.

« *apparaît tellement proche de la cause que les solutions actuelles pourraient ne pas être remises en cause* »[88] et d'autre part, cette réforme du droit des obligations semble être, pour le moment, encore en préparation.

Certains auteurs, au fil de leur démonstration, ont également tenté de montrer la différence de nature entre la résolution et la garantie en réalisant le constat que « *les restitutions opérées dans le cadre de l'action résolutoire devraient être analysées comme un retour au statu quo ante, celles qui résultent de l'action rédhibitoire ne constitueraient qu'une répétition, due en application de la théorie des risques dans les contrats translatifs de propriété, et ne viendraient donc ni sanctionner une inexécution, ni réparer un dommage* »[89]. L'approche de la notion de garantie par rapport à la théorie des risques est intéressante dans la mesure où la notion de risque revêt son importance dans la définition de la notion de garantie.

La théorie des risques apparaît à l'article 1138 du Code civil dans son second alinéa. En effet, le transfert de propriété « *rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier* ». Les Professeurs F. TERRE, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE apprécient la théorie des risques « *lorsqu'une obligation contractuelle ne peut plus être exécutée par suite d'un obstacle de force majeure* » dans la mesure où « *elle est, en principe, éteinte* » et par conséquent « *le débiteur se trouve libéré par impossibilité d'exécution* »[90].

Ainsi, la connexité des obligations explique le rapport entre la cause et la théorie des risques[91] et la garantie des vices cachés rectifie les déséquilibres économiques du contrat. En effet, l'existence du vice caché est antérieure à la délivrance et l'appel de la garantie « *permet d'appliquer rétrospectivement la règle res perit debitori et de faire peser la charge des risques de la chose sur le vendeur* »[92]. Néanmoins, la garantie des vices cachés ne permet pas véritablement d'éclairer la notion de garantie, comprise dans son sens financier et qui se

---

[88]N. BARGUE, *op. cit*., p. 41.
[89]N. BARGUE, *op. cit*., p. 42.
[90]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 656.
[91]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 657 où les auteurs précisent bien que dans « *les obligations réciproques des parties dans les contrats synallagmatiques se servant mutuellement de cause, quand l'une disparaît par impossibilité fortuite d'exécution, l'autre s'éteint également, faute de cause. Les risques sont donc pour le débiteur de la prestation devenue impossible : res perit debitori* ».
[92]N. BARGUE, *op. cit*., p. 43, v. également sur les liens entre la garantie des vices cachés et la théorie des risques, P. COËFFARD, *Garantie des vices cachés et « responsabilité civile de droit commun »*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005, n°34 et s.

présente alors comme la garantie d'un tiers par rapport à une obligation principale alors que la garantie des vices cachés pèse sur le vendeur, partie à l'obligation principale.

Comme le souligne Monsieur N. BARGUE, « *garantie et théorie des risques partagent le point commun de trouver à s'appliquer à la suite de la survenance d'un événement inattendu aux yeux des parties* »[93]. La théorie des risques issue du droit des obligations rend caduque la cause comme fondement de la notion de garantie. De plus, le lien qu'entretient la théorie des risques avec la notion de garantie s'applique spécialement à la garantie des vices cachés et ne peut, comme pour l'erreur sur la substance, être généralisé à la notion de garantie prise dans son sens général[94]. La notion de risque se comprend certainement comme un élément inhérent à la notion de garantie mais la théorie des risques ne permet pas de définir la notion de garantie de manière conceptuelle[95]. Cette position est confirmée par la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation où la garantie est définie comme « *tout engagement d'un vendeur ou d'un producteur à l'égard du consommateur, donné sans supplément de coût, de rembourser le prix payé, ou de remplacer, de réparer ou de s'occuper d'une façon quelconque du bien s'il ne correspond pas aux conditions énoncées dans la déclaration de garantie ou dans la publicité y afférent* »[96]. Cette garantie de conformité « *a longtemps été considérée comme une annexe de la sécurité* »[97]. Toutefois, cette garantie de conformité ne joue pas en cas de force majeure ce qui la différencie nettement de la théorie des risques où il faut qu' « *un cas de force majeure empêche l'un des contractants d'accomplir sa prestation* »[98] permettant ainsi au cocontractant endommagé d'être exonéré et au vendeur ou producteur d'être libéré.

L'autre tentative pour justifier le fondement de la notion de garantie dans la cause tient dans la résolution judiciaire qui dans ses effets se rapprochent de la garantie. Toutefois, comme le précise Monsieur N. BARGUE, « *une étude comparée des domaines respectifs de la résolution judiciaire et des actions en garantie (...) démontre le caractère artificiel du*

---

[93]N. BARGUE, *op. cit*., p. 43, v. également J-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.* 1988, p. 481 et s.

[94]V. dans ce sens, N. BARGUE, *op. cit*., p. 43 où l'auteur affirme que qu' « *une assimilation générale de la garantie et de la théorie des risques ne résiste pas à une étude plus générale de la garantie* ».

[95]V. dans ce sens, N. BARGUE, *op. cit*., p. 43 où l'auteur précise bien que « *la proposition doctrinale n'a donc vocation qu'à expliquer le mécanisme de garantie des vices cachés, sans être pour autant destinée à faciliter la notion de garantie autour d'un critère conceptuel* ».

[96]Art. 1-2-e de la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur *certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, *JOCE* L 171/12, 7 juill. 1999.

[97]J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », *in Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, Paris, 1998, p. 63.

rapprochement opéré par les partisans de l'unité de la cause et la garantie » ce qui confirme que « *la cause ne peut constituer le fondement de la garantie car les deux notions recouvrent un domaine différent* »[99].

La cause ne saurait pas être un fondement à la notion de garantie, essentiellement, pour trois raisons. La première tient dans le fait que la cause est une condition de formation du contrat et ne joue plus lors de l'exécution du contrat or la garantie n'intervient pas comme condition de formation mais lorsqu'elle est appelée, c'est-à-dire pendant l'exécution du contrat. La seconde se matérialise par rapport à la résolution qui connaît un domaine différent de la garantie des vices cachés et d'éviction. Enfin, même si ce fondement sur la cause reste envisageable, il reste limité à la notion de garantie dans le domaine de la vente, c'est-à-dire à la garantie des vices cachés et d'éviction et non à la notion de garantie prise dans un sens plus général.

Le droit des obligations recouvre également la responsabilité qui a séduit les auteurs dans leur recherche de fondement de la notion de garantie sans, toutefois, y parvenir.

II. La responsabilité et la notion de garantie

Le rapprochement entre les notions de garantie et de responsabilité s'avère bien réelle. En effet, comme le souligne J-P. WATTIEZ, « *les personnes s'engageant vis-à-vis des créanciers furent tout d'abord des parents ou amis du débiteur principal auquel elles désiraient rendre un véritable service. Cependant, les parents ou amis ne veulent ou ne peuvent plus actuellement assumer une telle responsabilité* »[100]. Le rapprochement entre ces deux notions se manifeste par rapport à la théorie de la garantie qui connaît un développement enrichissant en droit de la responsabilité. Toutefois, des incertitudes relatives à ce fondement existent (A) ce qui aboutit au constat que la responsabilité se matérialise davantage comme une conséquence de l'appel en garantie (B).

---

[98]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 657.
[99]N. BARGUE, *op. cit*., p. 44.
[100] J-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, préf. M. VASSEUR, Sirey, Paris, 1964, p. 1.

A. L'incertitude de la notion de garantie comme fondement de la responsabilité

La responsabilité contractuelle et extracontractuelle compose la responsabilité civile. Les textes et la jurisprudence donnent des indices de rapprochement entre la responsabilité civile et la garantie (1). Toutefois, la doctrine est nuancée sur les fondements de la responsabilité[101] (2).

1. La présentation des liens entre la responsabilité et la notion de garantie

Prise dans son sens large, la responsabilité se définit, comme « *le fait de devoir répondre de ses actes devant une autorité, c'est-à-dire d'en assumer les conséquences* »[102]. La responsabilité civile, elle, se divise en deux sous-catégories que sont la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle ou délictuelle. La responsabilité contractuelle désigne les « *dommages causés dans le cadre de l'exécution d'un contrat* » et la responsabilité délictuelle « *correspond au cas inverse où il n'existe aucun lien de droit entre l'auteur et la victime du dommage et où c'est donc dans la loi seule que l'obligation de réparer trouve sa source* »[103].

La responsabilité extracontractuelle se présente dans le Code civil aux articles 1382 et suivants. Ainsi, le premier alinéa de l'article 1384 dispose qu' « *on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde* ». La jurisprudence Campoloro rappelle cet article 1384 du Code civil dans le sens où la responsabilité de l'Etat est engagée pour le non-respect d'une décision du tribunal

---

[101] V. M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1994, p. 109 où l'auteur constate qu' « *en droit privé, la majorité des auteurs admettent désormais la pluralité des fondements de la responsabilité civile, due à la multiplication des dommages* ».

[102] A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ - Montchrestien, Paris, 11ème éd., 2007, p. 365 où l'auteur illustre ses propos avec la « responsabilité gouvernementale » où « *le gouvernement devant répondre de ses actes devant le Parlement qui peut le censurer – au contraire du Président de la République qui ne 'répond' de ses actes devant une autorité* ».

[103] A. BENABENT, *op. cit*., p. 365. V. également F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – les obligations*, Dalloz, Paris, 9ème éd., 2005, p. 663 qui définit la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle comme « *celle qu'une personne engage en causant un dommage à une autre, à laquelle ne la liait aucun rapport d'obligation* ».

administratif de Bastia relative à la résiliation unilatérale par une commune française de contrat de concession[104]. L'Etat est responsable de l'effectivité des décisions des juridictions sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen (CEDH). De plus, sur le fondement de l'interventionnisme économique, les personnes publiques apportent leur aide à d'autres personnes publiques ou privées afin d'éviter des répercussions économiques au niveau micro et macro économique et l'exemple de la matérialisation des mécanismes implicites de la garantie publique confirme l'idée que les personnes publiques se sentent responsables implicitement des désordres économiques.

La responsabilité contractuelle apporte également des éléments de rapprochement entre la responsabilité et la garantie. Dans son arrêt du 4 novembre 2009, le Conseil d'Etat considère que le demandeur est « *fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque en tant qu'il statue sur ses conclusions tendant à la condamnation de la commune de Chalvignac à l'indemniser des conséquences dommageables résultant d'une part, du non-respect par la commune d'une garantie accordée par délibération du 11 mai 1991 et de celles résultant, d'autre part, du retard mis par la commune à signer l'acte d'acquisition de sa propriété* »[105]. Dans cet arrêt, il est rappelé que les juridictions administratives admettent que soit engagée la responsabilité d'une commune afin de réparer les préjudices matériels et moraux causés par le non-respect d'engagements pris par une personne publique. Toutefois, la Cour administrative d'appel de Lyon estime que le demandeur « *ne pouvait pas ignorer, contrairement à ce qu'il soutient, l'absence de cautionnement de la commune de Chavilgnac lorsqu'il a néanmoins accepté de garantir l'emprunt sur ses propres biens* » et que de plus, « *il n'établit pas, en se bornant à constater cette absence d'engagement, l'existence d'un lien de causalité directe et certaine entre le non-respect par ladite commune de l'engagement de caution qu'elle avait pris lors de la délibération de son conseil municipale du 11 mai 1991, et sa mise en liquidation judiciaire, ni que la perte de son bien immobilier (...) trouverait son origine dans le non-respect par la commune de son engagement* »[106]. Seul est reconnu le préjudice moral subi par le demandeur suite au retard de la commune à tenir ses engagements envers lui.

---

[104]CE, 18 nov. 2005, *Société fermière Campoloro et autre*, n°271898, Rec. p. 515, CEDH, 26 sept. 2006, *Société de gestion du port de Campoloro et autre c/ France*, n°57516/00.
[105]CE, 4 nov. 2009, *Cne de Chavilgnac*, n°304701.
[106]CAA Lyon, 16 nov. 2010, *Cne de Chavilgnac*, n°09LY02805.

2. La recherche de fondement de la responsabilité

Préalablement, comme le rappelle SAINCTELETTE, « *le lien de droit qui astreint une personne envers une autre personne à donner, à faire ou ne pas faire quelque chose, émane nécessairement de l'une ou de l'autre de ces deux forces : la société ou les individus, la volonté publique ou l'accord des volontés privées, exprimées par la loi ou les contrats* »[107]. Ce constat rappelle la notion de vérité qui serait alors « *le développement parallèle et simultané de la loi et du contrat, l'harmonie de la volonté publique et des volontés individuelles* »[108]. La notion de dommage entretient des liens avec la vérité en ce qu'il « *peut être causé par une personne à une autre personne de deux façons, en contrevenant à la loi ou en n'exécutant pas le contrat, en enfreignant la volonté publique ou en manquant à la parole donnée* »[109]. Cette notion de dommage se retrouve dans la responsabilité mais également dans la garantie en ce sens qu'initialement « *les rédacteurs du Code civil aient voulu d'abord désigner par garantie la sanction de l'exécution des obligations conventionnelles et par responsabilité la sanction de l'exécution des engagements nés directement de la loi d'ordre public* »[110]. Ainsi, comme le résume Monsieur N. BARGUE, *« le terme responsabilité visait généralement la sanction de l'inexécution d'une norme légale, tandis que la garantie désignait celle d'une inexécution contractuelle* »[111]. Ainsi, le rapprochement entre la responsabilité contractuelle et la garantie n'est pas dénué de sens.

En effet, les textes confirment ce rapprochement en utilisant alternativement les termes de garantie et de responsabilité[112]. Ainsi, Monsieur N. BARGUE en déduit qu' « *on ne sait donc si les termes de responsabilité et de garantie désignent une même réalité ou si, au contraire, ils renvoient à des concepts différents, ni où réside un éventuel critère de distinction* ». La responsabilité contractuelle ne connaît pas qu'une seule fonction. Néanmoins, la fonction traditionnelle dévolue à la responsabilité est celle qui « *consiste (...) à réparer le dommage*

---

[107]Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, Bruylant, Bruxelles, 1884, p. 5.
[108] Ch. SAINCTELETTE, *op. cit*., p. 6.
[109] Ch. SAINCTELETTE, *op. cit*., p. 7.
[110] Ch. SAINCTELETTE, *op. cit*., p. 8.
[111]N. BARGUE, *op. cit*., p. 47.
[112]V. la responsabilité des constructeurs des articles 1792 et s. du Code civil où l'article 1792 dispose que « *tout constructeur est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, (...) le rendent impropre à sa destination* » et où l'article 1792-3, lui, emploie le terme

subi par la victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle »[113]. Cette fonction de la responsabilité permet donc de réparer une perte, la rapprochant, ainsi, de la garantie, qui cherche, avant tout, à prémunir une personne contre une perte. Néanmoins, prémunir et réparer n'engendre pas les mêmes conséquences. Ainsi, en plus de la différence de degré soulevé par certains auteurs entre la responsabilité et la garantie[114], ces deux notions connaissent des champs d'application différents.

L'autre pan de la responsabilité civile est la responsabilité extracontractuelle qui connaît des tentatives de fondement sur la faute, le risque et la garantie. La faute est définie par STARCK comme « *l'inobservation des règles de la prudence et de la bonne foi* » et l'auteur estime qu' « *on ne voit pas que ces impératifs puissent jamais cesser d'être à la base de la vie sociale* »[115]. Le risque retient également l'attention en ce qu'il est également omniprésent dans la notion de garantie. Ce point commun confirme le rapprochement entre ces deux notions et les interactions qu'elles entretiennent.

La responsabilité sur le fondement du risque s'est concrétisée avec la loi du 9 avril 1898 *concernant les responsabilités des accidents dont les ouvriers sont victimes dans leur travail*[116]. Pour le fondement sur la garantie, il a fallu attendre la loi Badinter du 5 juillet 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*[117]. Ainsi, l'article 12 de cette loi dispose que « *l'assureur qui garantit la responsabilité civile du fait d'un véhicule terrestre à moteur est*

---

de garantie : « *les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception* ».

[113]N. BARGUE, *op. cit*., p. 53.

[114]V. sur la distinction de la garantie et de la responsabilité en fonction de l'intensité de l'obligation de réparation, N. BARGUE,*op. cit*., p. 54-55 où l'auteur rappelle que pour une partie de la doctrine, « *la garantie ne serait autre, en réalité, qu'une forme particulière de responsabilité, caractérisée par son automaticité, l'obligation de réparation du garant apparaissant plus stricte que celle qui incombe au simple responsable* ».

[115]B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, L. RODSTEIN, 1947, p. 6 et s. STARCK précise qu'il entend « *réserver la qualification de faute aux erreurs de conduite répréhensibles ou du moins blâmables, c'est-à-dire à l'inobservation des règles de la bonne foi et de la prudence* ».

[116]Sur la loi du 9 avr. 1898, v. les actes du colloque du bicentenaire, *Dr. Soc*., 1998, p. 631 et s, notamment J-J DUPEYROUX, « Avant-propos – Un deal en béton ? » où l'auteur affirme que « *la loi du 9 avril 1898 a opéré une véritable révolution conceptuelle. Elle cesse en effet de considérer l'accident comme résultant d'une faute, celle du patron ou celle de l'ouvrier. La recherche des responsabilités est dorénavant hors de propos, car le fonctionnement même de l'entreprise moderne rend inévitables les erreurs ou les maladresses des uns et des autres. L'accident n'est donc plus qu'un fait, malheureusement banal et prévisible, un risque attaché à l'exercice de toutes les professions* », v. également la responsabilité automatique au concessionnaire d'une mine pour les dommages causés au propriétaire de la surface au cours de l'exploitation instaurée par la loi du 21 avril 1810.

[117]Loi n°85-677 du 5 juill. 1985 *tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation*.

tenu de présenter dans un délai maximum de huit mois à compter de l'accident une offre d'indemnité à la victime qui a subi une atteinte à sa personne ».

STARCK a également mis en avant les rapports entre la responsabilité civile et la notion de garantie, notamment par rapport à la théorie des risques. En effet, STARCK reprend les propos de SAVATIER relatif à la théorie des risques dans la responsabilité, où il montre que l'intérêt de la responsabilité n'est pas seulement un bénéfice pécuniaire mais qu'il peut également être moral[118]. Ainsi, STARCK en déduit que « *ce n'est pas seulement le profit économique qui justifie la responsabilité de l'auteur du dommage, mais tout profit quelconque* »[119]. Il précise sa pensée en estimant que « *la responsabilité n'est plus la contre-partie d'un profit particulier, mais la conséquence inéluctable de l'activité en général* »[120]. Toutefois, cette interprétation de la théorie des risques qui permet, d'une certaine manière, d'être en accord avec l'article 1382, vient contredire l'interprétation stricte de cette théorie et est trop large dans le sens où « *s'il est exact que toute activité de l'homme comporte comme conséquence, comme contre-partie des avantages, la charge du dommage, on ne voit pas comment et où s'arrêtera la responsabilité car – l'observation a été mille fois faite – il n'y a pas d'acte de l'homme qui, plus ou moins directement, ne cause à quelqu'un un préjudice* »[121]. En effet, STARCK précise qu' « *admettre cette théorie, c'est exposer l'homme à un déluge de responsabilités et arrêter par conséquent toute activité* »[122]. Il aborde donc le fondement de la responsabilité sur la garantie en l'illustrant, par exemple, en droit des transports où « *l'idée d'une obligation de sécurité découlant du transport est aujourd'hui fortement acquise en jurisprudence et offre à l'idée de garantie un cadre commode* »[123].

Néanmoins, la responsabilité trouve originellement ses fondements dans la faute et dans la théorie des risques comme l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 janvier 1899 qui s'intéresse à la responsabilité extracontractuelle de l'Etat en rappelant qu' « *il est, de principe que l'Etat, n'est pas en tant que puissance publique, et notamment en ce qui touche les mesures de police, responsable de la négligence de ces agents* » et en déduit qu' « *en admettant même*

---

[118] V. R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Rev. crit*., 1924, n°29 où l'auteur affirme que « *la responsabilité fondée sur le risque consiste dans l'obligation de réparer des faits dommageables produits par une activité qui s'exerce dans notre intérêt. Cet intérêt n'est pas d'ailleurs nécessairement un bénéfice pécuniaire. On est responsable également des forces que l'on utilise dans un intérêt moral* ».

[119] B. STARCK,*op. cit*., p. 19.

[120] B. STARCK, *op. cit*., p. 19.

[121] B. STARCK, *op. cit*., pp. 19-20.

[122] B. STARCK, *op. cit*., p. 20.

[123] B. STARCK,*op. cit*., p. 53.

que le sieur Lepreux pût relever une faute personnelle de la part des agents qui étaient chargés, à la date du 8 août 1886, d'assurer la sécurité de la voie publique sur le territoire de la commune de Maison-Alfort, il ne serait pas fondé à soutenir que l'Etat doive être déclaré pécuniairement responsable »[124]. En revanche, dans son arrêt du 21 juin 1895, le Conseil d'Etat ne suit pas la jurisprudence judiciaire qui fonde uniquement la responsabilité sur la faute et reconnaît donc la responsabilité de l'Etat pour un accident survenu à un ouvrier employé par une personne publique dans le cadre d'une activité de service public et qui avait été ni négligent ni imprudent. En effet, la Haute juridiction estime « *qu'il résulte de l'instruction et qu'il n'est pas contesté qu'aucune faute ne peut être reprochée au sieur Cames et que l'accident n'est imputable, ni à la négligence, ni à l'imprudence de cet ouvrier » et « que, dans les circonstances où l'accident s'est produit, le ministre de la guerre n'est pas fondé à soutenir que l'Etat n'a encouru aucune responsabilité, et qu'il en sera fait une exacte appréciation en fixant l'indemnité due au sieur Cames à 600 fr. de rente viagère, dont les arrérages courront à dater du 12 déc. 1893, date à laquelle il a cessé de recevoir son salaire quotidien* »[125]. Cette arrêt anticipe la responsabilité sans faute et montre que si le Conseil d'Etat *« a admis que l'Etat était responsable des accidents qui ne sont imputables à aucune faute déterminée et qui, d'après la jurisprudence judiciaire, constituent des cas de force majeure, c'est qu'il ne s'est pas cru lié par la jurisprudence d'une juridiction d'un autre ordre* »[126].

De plus, la responsabilité extracontractuelle trouve également ses fondements dans la théorie de la garantie. En effet, Monsieur N. BARGUE reprend STARCK en montrant que « *c'est uniquement au milieu du 20ème siècle que STARCK bouscula cette vision des choses en soutenant que la responsabilité obéissait dans une certaine mesure à une logique de garantie des droits subjectifs des individus* »[127]. Ainsi, résumant l'idée de STARK, il explique que « *la théorie de la garantie repose donc sur un conflit entre le droit à la sécurité de la victime, dont la violation injustifiée constitue 'une injustice en soi', et la liberté d'action de l'auteur du dommage* »[128]. Avec l'émergence de ce fondement sur la garantie, qui est, selon STARCK, une

---

[124]CE, 13 janv. 1899,*Lepreux*, *D*. 1900, III, p. 42.
[125]CE, 21 juin 1895, *Cames*, *D*. 1896, III, p.65 et s.
[126]V. note ss arrêt, CE, 21 juin 1895, *Cames*, *D*. 1896, III, p.65 et s. V. également M. HAURIOU, « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP*, 1896 où l'auteur estime que « *l'application des idées de faute, de délit, de quasi-délit aux personnes administratives est pleine de difficultés, non pas tant à cause de leur nature de personne morale, qu'à raison de leur caractère public qui exclut l'idée d'intention de nuire et même de légèreté ou d'imprudence imputable à l'être moral* ».
[127]N. BARGUE, *op. cit*., p. 47.
[128]N. BARGUE,*op. cit*., p. 48.

étape dans l'adossement de la responsabilité sur l'assurance, la protection des droits de la victime se développe, notamment sur le fondement de l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 qui énumère les droits naturels et imprescriptibles de l'homme que sont « *la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* »[129].

Cette théorie de la garantie exposée par STARCK soulève de nombreuses critiques et n'a pas d'implications pratiques[130] mais comme le souligne, Monsieur N. BARGUE, « *elle permet de définir plus précisément la garantie en se référant aux droits subjectifs des individus et montre l'impossibilité de la comparer avec la responsabilité* »[131].

B. La responsabilité, une conséquence de l'engagement de la garantie

Pour le Professeur M. SOUSSE, « *en droit public, la notion de garantie est utilisée comme synonyme d'assurance* »[132] et l'auteur précise qu' « *elle permet de contester l'existence d'une faute en droit administratif* »[133] et que « *l'objet de cette garantie, c'est la faute des agents de l'administration ou le risque né de l'activité administrative* »[134]. Ces développements rappellent M. HAURIOU qui constatait que « *les choses se passent comme si l'Etat gérait, en sa qualité de personne morale, une assurance mutuelle contractée entre les administrés contre le risque des accidents administratifs* »[135].

---

[129]V. en ce sens, Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 2 – les voies de la réforme : la promotion du droit de la sûreté », *D.* 1999, chron. p. 323et s. où l'auteur, après avoir rappelé les deux fondements de la responsabilité traditionnellement proposés, que sont la faute et le risque, estime « *qu'existe un droit fondamental susceptible de fonder autrement la condamnation de l'auteur d'un dommage : c'est le droit pour chaque citoyen de vivre tranquillement, de ne pas voir quiconque pénétrer dans sa sphère d'intimité, porter atteinte à ses intérêts et menacer l'intégrité de son patrimoine* » et d'en déduire qu' *« il est inutile de chercher à qualifier ce droit de droit naturel ou subjectif, puisqu'il suffit de constater qu'il se trouve reconnu, sous le vocable de droit à la sûreté, par de très nombreux textes fondamentaux comme l'art. 2 Décl. dr. Homme, l'art. 5 Conv. EDH et l'art. 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques* ».
[130]Pour un développement de ces critiques, v. N. BARGUE, *op. cit*., pp. 49-51.
[131]N. BARGUE,*op. cit*., p. 51.
[132]M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1994, p. 88 et s. où l'auteur présente la responsabilité comme une fonction de la garantie.
[133]M. SOUSSE, *op. cit*., p. 88 et s.
[134]M. SOUSSE,*op. cit*., p. 88 et s.
[135]M. HAURIOU, « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP* 1896, p. 51 et s.

Cette vision coïncide avec « *la faveur que connaissent les assurances de responsabilité auprès du législateur* »[136]. L'assurance responsabilité est perçue progressivement comme une garantie dans le sens où « *d'une garantie contre le risque d'insolvabilité du responsable, l'assurance de responsabilité est progressivement apparue comme une garantie de la créance d'indemnisation de la victime* »[137] ayant pour conséquence que « *le droit de la responsabilité soutenu par l'assurance s'est ainsi transformé en un véritable droit de la réparation guidé par l'objectif indemnitaire* ». Néanmoins, l'assurance responsabilité connaît des critiques de la part des assureurs. Ainsi, comme le remarque Madame Ch. RUSSO, face à la crise de la responsabilité et de l'assurance, « *faire évoluer les règles de responsabilité et assurer l'effectivité de la garantie d'assurance est devenu un objectif permanent de la jurisprudence* »[138] ce qui est, pour les assureurs, contraire à la sécurité juridique[139].

Ainsi, à l'assurance responsabilité comme garantie des victimes, « *il faudrait leur préférer des mécanismes socialisés d'assurance directe, affranchis des préoccupations de responsabilité* »[140]. Cette évolution est concomitante avec la distinction entre la socialisation et la collectivisation où « *la socialisation vise à répercuter la charge de la réparation sur le plus grand nombre* »[141] avec des procédés, comme la Sécurité sociale, qui « *tendent essentiellement à garantir des risques liés à l'intégrité physique de la personne en dehors de toute recherche de responsabilité* »[142]. Ainsi, « *la technique de l'assurance de responsabilité, à la fois 'cause et effet' du développement de la responsabilité objective, allait dès lors apparaître comme le mode d'expression privilégié de la collectivisation* »[143].

De plus, les tentatives de rapprochement entre la responsabilité contractuelle et la garantie confirment que les deux notions présentent des fonctions différentes[144]. En effet, comme le remarque Monsieur N. BARGUE, la garantie « *désigne la protection des intérêts contractuels du créancier, indépendamment de l'attitude du garant, tandis que la*

---

[136]Ch. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe – Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, Dalloz, Paris, 2001, p. 2 et s.
[137]Ch. RUSSO, *op. cit*., p. 2 et s.
[138]Ch. RUSSO, *op. cit*., p. 2 et s.
[139]V. Ch. RUSSO, *op. cit*., p. 3 où l'auteur précise que « *c'est cette orientation jurisprudentielle que dénoncent les assureurs car elle crée selon eux une instabilité incompatible avec les exigences liées à l'opération d'assurance* ».
[140]F. EWALD, « Politiques de l'assurance obligatoire », *Risques*, n°12, 1992, oct.-déc., p. 77.
[141] Ch. RUSSO, *op. cit*., p. 5.
[142]Ch. RUSSO,*op. cit*., pp. 5 et 6.
[143]Ch. RUSSO,*op. cit*., p. 6.
[144]V. N. BARGUE, *op. cit*., p. 56 où l'auteur rappelle que « *la garantie renvoie à la protection des droits subjectifs des individus et peut constituer le fondement de diverses techniques dont la responsabilité* ».

responsabilité ne constitue qu'une conséquence d'un manquement à une obligation souscrite »[145]. Il confirme cette idée par rapport à la responsabilité contractuelle où « *son but, en effet, n'est pas uniquement la protection d'un contractant après l'exécution, mais plus généralement la sauvegarde de la force obligatoire du contrat et la réparation des préjudices occasionnés par l'inexécution, de sorte qu'elle est apte à sanctionner tout rapport aux stipulations contractuelles* »[146]. Ainsi, on peut en déduire que la responsabilité peut jouer en cas de manquement de la part du garant. En d'autres termes, la responsabilité présente un nombre important de fondements, « *parmi lesquels l'idée de protection du contrat, celle de sanction du débiteur défaillant ou de prévention du dommage* »[147], alors que la garantie est un élément du contrat pris dans son sens large et qui se présente sous diverses formes de mécanismes. Ainsi, la responsabilité se présente comme un élément temporel de la notion de garantie, c'est-à-dire qu'elle se manifeste lors du non-respect de l'engagement de la garantie.

La notion de garantie reste donc difficile à définir d'où l'intérêt de chercher à qualifier ces mécanismes juridiques visant à prémunir une personne contre des pertes et ainsi tenter de trouver des éléments précis en faveur d'une définition conceptuelle de la garantie.

§2. La notion d'obligation et la notion de garantie

La recherche d'une définition conceptuelle de la notion de garantie rencontre de nombreux obstacles. Néanmoins, à l'exception de la théorie qui envisage la garantie « *comme le prolongement de l'obligation de délivrance* »[148], le droit des obligations reste la clé de voûte de la notion de garantie. Ainsi, envisager la garantie comme une obligation[149] s'avère

---

[145]N. BARGUE,*op. cit*., p. 56.
[146]N. BARGUE,*op. cit*., p. 56-57.
[147]N. BARGUE,*op. cit*., p. 57.
[148]N. BARGUE,*op. cit*., p. 59-72 où l'auteur montre que cette théorie « *non seulement (...) rencontre plusieurs objections théoriques, mais de surcroît son application en droit de la vente se solde par un échec* », que « *ce n'est que dans les contrats comportant une obligations de délivrance que la garantie aurait pu être assimilée à elle* », or « *le domaine de cette théorie est donc bien trop réduit pour fournir une explication générale de la garantie* ».
[149] V. notamment F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011, 1 où l'auteur présente une étude qui « *s'est efforcée de démontrer que de nombreux mécanismes à la nature indécise (comme les actions pauliennes, oblique et directe, la compensation pour connexité) ou des règles dont la justification était difficile à cerner (interdiction de la cession de dette, privilège de séparation des patrimoines en droit successoral,*

être un élément de la définition de la notion de garantie (I) mais l'assimilation de la garantie à une obligation reste délicate (II).

I. La tentative d'assimilation de la garantie à une obligation

La présentation de la théorie de l'obligation de garantie est nécessaire (A) afin de mieux apprécier ses manifestations dans la recherche de définition de la notion de garantie (B).

A. La présentation de l'obligation de garantie

La notion d'obligation est une notion juridique abstraite qui apparaît pour la première fois dans la Rome antique en englobant certains mécanismes de garantie. Dans l'ancien droit, les obligations personnelles et les obligationes personarum « *correspondent à des cas d'hétérogarantie (garantie par un autre que le débiteur) et le mot obligatio désigne la condition personnelle de celui qui est ou peut-être appelé à garantir (A. BISCARDI) ou lorsque la fonction de garantie est assurée par une chose, la situation de cette chose vis-à-vis du créancier : res obligata* »[150]. De plus, le Professeur D. DEROUSSIN, reprenant la définition de l'obligation des Institutes, précise qu' « *un courant doctrinal, animé notamment par DEMOGUE et ses émules, tente bien d'insister sur le caractère objectif et économique de l'obligation* » dans le sens où « *l'obligation mériterait ainsi d'être définie comme la 'situation juridique ayant pour but une action ou abstention de valeur économique ou morale dont*

---

opposition à partage et mesures conservatoires) trouvent un fondement dans l'obligation elle-même, comprise conceptuellement comme une garantie ».

[150]D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007 où l'auteur précise sur la resobligata qu' « *au lieu d'offrir un garant, le débiteur peut transférer la propriété de la chose contre la promesse, faite par le créancier, qu'il la lui rendra à l'extinction de la dette : mancipation ou cession en justice accompagnée d'un pactum fiduciae* ».

certaines personnes doivent assurer la réalisation' »[151]. En d'autres termes, « *s'obliger, pourrait-on dire, c'est offrir à un autre un moyen juridique de nous contraindre en vue de quelque chose* »[152].

Les Professeurs F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE définissent l'obligation, dans son sens large, comme « *un lien de droit, non pas entre une personne et une chose comme le droit de propriété, mais entre deux personnes en vertu duquel l'une d'elles, le créancier, peut exiger de l'autre, le débiteur, une prestation ou une abstention* »[153]. Assimiler la garantie à une obligation connaît des développements en droit de la vente. Ainsi, l'article 1625 du Code civil présente de manière claire les objets de la garantie. En effet, il dispose que « *la garantie que le vendeur doit à l'acquéreur a deux objets : le premier est la possession paisible de la chose vendue ; le second, les défauts cachés de cette chose ou les vices rédhibitoires* ». C'est également en se fondant sur le droit de la vente que le Professeur B. GROSS désigne la garantie de certitude[154]. Ainsi, Monsieur N. BARGUE reprend son analyse fondée sur la certitude et en déduit que « *le garant octroie la certitude que l'acquéreur pourra jouir utilement de la chose vendue* »[155]. Les obligations issues du droit de la vente sont de deux sortes : les obligations négatives[156] et les obligations positives[157].

Néanmoins, comme le souligne Monsieur N. BARGUE, les obligations positives ne sont pas limitatives « *car peuvent être rattachés à la garantie tous les moyens permettant d'obtenir la meilleure exécution possible du contrat et de l'obligation de délivrance* »[158]. La même logique est suivie pour la notion de garantie dans la responsabilité des architectes et des entrepreneurs. En effet, reprenant la conception large de garantie adoptée par le Professeur B.

---

[151]D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007.
[152]D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007.
[153]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE,*op. cit*., p. 1. V. également, D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007 où l'auteur donne la définition du droit romain de l'obligation : « *l'obligation, dit l'empereur, est un lien de droit par lequel nous sommes astreints de manière nécessaire à payer quelque chose conformément au droit de la cité à laquelle on appartient : 'obligatio est iurisvinculum, quo necessitate adstringim uralicius solvendae reise cundumno straeci vitatis iura'* ». Il présente également la vision de l'école moderne du droit naturel de la fin du XVIIIème s. de l'allemand Ch. WOLFF qui « *précise que l'obligation ne se réduit pas à n'être qu'un lien de droit parce que toute obligation est déterminée par un motif moral* ».
[154]B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse Nancy, 1963.
[155]N. BARGUE,*op. cit*., p. 74.
[156]Les obligations négatives renvoient à l'idée de réparation.
[157]Pour les obligations positives, v. N. BARGUE, *op. cit*., p. 74 où l'auteur leurs admet « *un dénominateur commun* » qui est « *de faciliter le but envisagé par les parties au moment de la conclusion du contrat, autrement dit de conférer un effet utile au contrat, plus particulièrement à son obligation essentielle de délivrance* ».
[158]N. BARGUE, *op. cit*., p. 74.

SOINNE[159], Monsieur N. BARGUE en retient que « *la garantie est définie comme une obligation permettant de donner une pleine efficacité à une autre obligation principale du contrat, de renforcer les chances pour le créancier d'obtenir le but économique qu'il entendait tirer du contrat* »[160].

B. La manifestation de l'obligation de garantie

Comme le souligne le rapport de la Cour des comptes du 12 juillet 2012, « *l'Etat assure un rôle de centralisation des garanties par le biais d'engagements financiers qu'il prend vis-à-vis de tiers* » et précise que « *décrits hors-bilan dans l'annexe du Compte général de l'Etat, ces engagements sont de plusieurs types suivant qu'ils relèvent d'un accord formel, de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat ou d'une obligation s'imposant à lui* »[161]. En d'autres termes, la garantie revêt une pluralité de mécanismes, mécanismes qui se matérialisent grâce à la diversité des engagements que regroupe le droit.

Ainsi, la garantie, en regroupant une diversité de mécanismes, vise à se prémunir d'une perte. La notion de garantie se présente également au niveau économique et financier et c'est dans ce domaine que la notion de garantie est retenue. Ainsi, Monsieur P. LIGNIERES, en s'intéressant aux garanties d'emprunt données par les collectivités locales, cherche à rattacher ces mécanismes à une catégorie contractuelle[162]. Il montre que « *conformément au droit commun, la garantie d'emprunt octroyée par une collectivité locale est un contrat* »[163] mais qu' « *elle présente pourtant des caractéristiques propres qui sont autant de limites à sa banalité* »[164].

L'article 1101 du Code civil dispose que « *le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». En d'autres termes, le contrat est « *un accord de volontés créateur*

---

[159]B. SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux : contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun*, préf. J. PATARIN, *LGDJ*, 1969.
[160]N. BARGUE, *op. cit*., p. 76.
[161]Rapport public thématique de la Cour des comptes, *L'Etat et le financement de l'économie*, 12 juill. 2012.
[162]P. LIGNIERES, *Les garanties d'emprunt données par les collectivités locales*, Litec, Paris, 1994, p. 386 et s.
[163]P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 386.

d'obligations »[165]. Ainsi, un contrat suppose la présence d'au moins deux parties en ce qu'il se présente comme un accord de volontés et non un acte unilatéral. De plus, la création d'obligations issue du contrat permet de le distinguer « *de la convention, terme plus générique désignant tout accord produisant des effets de droit* »[166]. Ainsi, le Professeur A. BENABENT illustre cette distinction en estimant que « *si tout contrat est une convention, l'inverse n'est pas vrai car il existe des conventions qui ne créent pas d'obligations, mais les transfèrent ou les éteignent* »[167]. Le troisième élément inhérent au contrat se présente par la force obligatoire du contrat. En droit international, l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités intitulé « Pacta sunt servanda » stipule que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». Cet article rappelle l'article 1134 du Code civil qui dispose, dans son premier alinéa, que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* » et précise dans son troisième alinéa qu' « *elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

De plus, le contrat se distingue « *des accords de pure courtoisie, de complaisance ou de tolérance* »[168]. Néanmoins, la Cour de cassation, dans son arrêt du 23 janvier 2007, confirme la Cour d'appel en ce « *qu'en s'engageant, fût-ce moralement, 'à ne pas copier' les produits commercialisés par la société Créations Nelson, la société Camaieu International avait exprimé la volonté non équivoque et délibérée de s'obliger envers la société concurrente* » et qu'elle « *en a donc exactement déduit que cette clause avait une valeur contraignante pour l'intéressée et qu'elle lui était juridiquement opposable* »[169]. Cet arrêt reconnaît la force contraignante d'un engagement moral ce qui conforte l'idée que « *la force obligatoire ne vient donc pas de la promesse, mais de la valeur que le droit attribue à la*

---

[164]P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 386.
[165]J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D*., 1990, chron., p. 146.
[166] A. BENABENT, *op. cit*., p. 12.
[167] A. BENABENT, *op. cit*., p. 12.
[168]Pour des exemples de ces accords, v. A. BENABENT, *op. cit*., p. 12.
[169]Cass. Com., 23 janv. 2007, n° de pourvoi : 05-13189, *D.* 2007, p. 442, obs. X. DELPECH où l'auteur estime que « *cette solution, n'est pas si surprenante que cela et témoigne de la vocation du juge à se porter garant, au nom de l'impératif du respect de la parole donnée, de l'éthique des affaires* ».Comp. Cass. Com., 21 déc. 1987, n° de pourvoi : 85-13173, *Rev. Soc*., 1988, p. 398, notes ss. H. SYNVET où la Cour de cassation censure l'appel en ce que « *malgré son caractère unilatéral, une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ; qu'il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée* ».

promesse »[170] mais apparaît être comme une exception à la règle issue du droit international relative aux « gentleman's agreements » qui, en principe, n'ont pas force juridique.

Enfin, comme le souligne Monsieur N. BARGUE, « *il reste à déterminer si une transposition de la théorie de l'obligation de garantie est possible en dehors du domaine du droit des contrats et de la construction immobilière* »[171]. L'exemple de la dation en paiement présentée par le Professeur D. DEROUSSIN apporte un élément de réponse. En effet, il rappelle qu' « *Ulpien parvient à imposer l'idée (contre Marcien, D. 26, 3, 46) que la dation en paiement équivaut à une vente : le débiteur vend la chose qu'il donne pour un prix égal au montant de sa dette. Finalement, chacun devient le créancier et le débiteur de l'autre : le débiteur initial, en qualité de vendeur, est créancier du prix ; le créancier initial, en qualité d'acheteur, est débiteur du prix. Il ne reste plus qu'à appliquer à ces obligations réciproques le mécanisme de la compensation. En outre, cette équivalence permet de transposer à la dation les règles du contrat de vente, notamment l'obligation de garantie en cas d'éviction* »[172].

La notion de garantie englobe des mécanismes divers et peut entrer, dans une certaine mesure, dans la catégorie juridique des obligations. Toutefois, l'implication de la théorie de l'obligation de garantie dans la recherche de définition de la notion de garantie reste limitée.

II. L'échec de la tentative d'assimilation de la garantie à une obligation

La théorie de l'obligation de garantie comme élément de définition de la notion de garantie connaît des limites. En effet, la théorie de l'obligation de garantie connaît des lacunes (A) et confirme que la notion de garantie n'est pas arrivée à sa maturité juridique pour entrer dans la catégorie des notions conceptuelles (B).

---

[170]F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit*., p. 33 où les auteurs précisent que « *cette valeur procède d'une norme extérieure qui seule détient les moyens propres à garantir l'exécution de la promesse* ».
[171]N. BARGUE, *op. cit*., p. 79.
[172]D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007.

A. Les lacunes de la théorie de l'obligation de garantie

La définition de l'obligation de garantie donnée par le Professeur B. SOINNE « *demeure assez floue* »[173]. Le Professeur B. SOINNE présente la garantie comme un accessoire d'une obligation principale[174] en ce « *qu'elle a pour but d'assurer l'effectivité de cette obligation principale* »[175]. Toutefois, le Professeur B. SOINNE donne uniquement la fonction de l'obligation de garantie sans rechercher à la définir[176] laissant entrevoir davantage une définition fonctionnelle que conceptuelle de l'obligation de garantie.

Le contenu de l'obligation de garantie reste imprécis et considérer que l'élément de définition tient dans la distinction entre l'accessoire et le principal conduit à plusieurs remarques. La première est d'estimer que « *la garantie constitue un simple prolongement de l'obligation de bien construire, de la même façon que la garantie des vices cachés constituerait un simple décalque de l'obligation de délivrance, une fois, la réception intervenue* »[177]. Toutefois, le caractère contractuel de l'obligation de garantie et l'hypothèse selon laquelle « *la réception met fin au contrat* »[178] présentés précédemment constituent à nouveau des obstacles à l'assimilation de la garantie à une obligation dans le cadre d'une définition conceptuelle de la notion de garantie.

La deuxième remarque porte sur l'éventuelle autonomie du contenu de l'obligation de garantie par rapport à l'obligation principale qui est, en droit de la construction immobilière, l'obligation de bien construire. Toutefois, comme le souligne N. BARGUE, il convient de définir de manière précise l'objet de l'obligation accessoire que constitue la garantie, or « *l'obligation de ne pas porter atteinte à l'efficacité du contrat reste à ce titre trop vague* »[179].

La troisième observation par rapport au caractère accessoire accordé à la garantie dans la théorie de l'obligation de garantie tient dans la confrontation entre les notions de garantie et

---

[173] N. BARGUE, *op. cit*., p. 78.
[174] V. N. BARGUE, *op. cit*., p. 78 où N. BARGUE relève que le Professeur B. SOINNE, en matière de construction immobilière, « *qualifie (...) la garantie d'accessoire à l'obligation de construire et de délivrer un édifice en bon état* ».
[175] N. BARGUE, *op. cit*., p. 78.
[176] N. BARGUE, *op. cit*., p. 78 où l'auteur précise que le Professeur B. SOINNE « *se contente de qualifier l'obligation de garantie et de définir sa fonction* ».
[177] N. BARGUE, *op. cit*., p. 78.
[178] N. BARGUE, *op. cit*., p. 78.

de sûreté. En effet, un des arguments, souvent présenté, pour distinguer ces deux notions est la règle de l'accessoire en ce sens que la sûreté est souvent considérée comme l'accessoire d'une obligation principale ce qui n'est pas forcément le cas d'une garantie. En effet, les Professeurs M. CABRILLAC et MOULY estiment que « *toute sûreté personnelle repose sur cette idée d'accessoire, puisqu'une sûreté a pour finalité première d'être 'au service de la créance principale', c'est-à-dire de permettre son paiement* »[180]. En droit des sûretés, l'exemple de mécanisme illustrant presque parfaitement ce critère de distinction entre les notions de sureté et de garantie, qu'est la règle de l'accessoire, est le cautionnement. De plus, le Professeur M. CABRILLAC rappelle que « *certes, toute sûreté est, par essence même, un accessoire de la créance* » mais que « *la proposition inverse n'est pas recevable* »[181]. Néanmoins, ce critère de distinction fondé sur la théorie de l'accessoire se nuance avec le développement des sûretés indépendantes. Ainsi, les Professeurs M. CABRILLAC et MOULY classent le constitut, la délégation-sûreté et la promesse de porte-fort comme « *des formes de garantie indépendante par voie détournée* »[182].

Ainsi, la théorie de l'obligation de garantie demande à être nuancée, notamment par rapport au champ d'application que recouvrent les thèses relatives à cette théorie. En effet, la notion de garantie dans son sens général se présente dans divers domaines et pas seulement en droit de la vente et en droit de la construction immobilière.

B. La limite du champ d'application de la théorie de l'obligation de garantie

La théorie de l'obligation de garantie est largement nuancée par un critère temporel. En effet, les auteurs en conférant un caractère contractuel à la garantie partent de l'hypothèse que « *la réception met fin au contrat* »[183] ce qui est exact pour la garantie décennale mais qui ne l'est pas pour la garantie des vices cachés qui s'applique après la vente du bien. En d'autres termes, le caractère contractuel conféré à l'obligation de garantie supposerait que la

---

[179] N. BARGUE, *op. cit*., p. 78.
[180] M. CABRILLAC et MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, Paris, 2004, p. 52 et s.
[181] M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *in Les études dédiées à A. WEILL*, Dalloz, Paris, 1983, p. 107 et s. où l'auteur précise que « *réduire les accessoires aux seules sûretés reviendrait, en effet, à briser la dynamique naturelle de la notion, à en amputer arbitrairement l'empire* ».
[182] M. CABRILLAC et MOULY, *op. cit.*, p. 317.
[183] N. BARGUE, *op. cit.* p. 78.

garantie n'agit plus après l'exécution du contrat. Cependant, comme le rappelle N. BARGUE, « *la fonction de la garantie est précisément d'assurer l'efficacité des droits du créancier, y compris une fois l'exécution accomplie* »[184].

Ce constat conduit à s'intéresser aux garanties de parfait achèvement et des vices cachés. En effet, assimiler la garantie à une obligation suppose que tous les mécanismes compris dans la notion de garantie se reconnaissent dans cette assimilation or les garanties de parfait achèvement et de vices cachés connaissent une autonomie par rapport à la notion même de garantie. En d'autres termes, la théorie de l'obligation de garantie en se limitant uniquement au champ contractuel exclut de la notion de garantie des mécanismes offerts au créancier après la réception[185].

Toutefois, certains mécanismes dénommés garantie qui permettent une action lors de la réception de l'ouvrage peuvent s'avérer ne pas entrer dans la définition de garantie telle que conceptualisée par la théorie de l'obligation de garantie. En effet, N. BARGUE montre, concernant la garantie de parfait d'achèvement, qu'elle « *n'exclut pas l'application du droit commun, mais uniquement en cas de défaut apparent qui a fait l'objet de réserves lors de la réception de l'ouvrage. Or il est possible de considérer que cette dernière action, loin de répartir entre les contractants les risques de dommages postérieurs à la réception, vise uniquement à réparer une inexécution manifeste lors de la réception. Il ne s'agit donc pas d'une garantie, mais plus exactement d'un mécanisme de responsabilité contractuelle* »[186].

Comparant ensuite les deux thèses relatives à la théorie de l'obligation de garantie, N. BARGUE en déduit que « *la garantie comprenait selon M. GROSS les obligations positives de renseignement, de prévision et de réparation* »[187] alors que « *M. SOINNE l'ampute de l'obligation de renseignement, antérieure à la réception et qui ne survit pas à cette dernière* »[188] tout en rappelant que le Professeur B. SOINNE a eu le mérite de transposer « *au domaine de la construction immobilière la théorie de la garantie élaborée par M. GROSS en*

---

[184] N. BARGUE, *op. cit.* p. 78.
[185] Voir sur la garantie de parfait achèvement, l'alinéa 2 de l'article 1792-6 du Code civil qui dispose que « *la garantie de parfait achèvement, à laquelle l'entrepreneur est tenu pendant un délai d'un an, à compter de la réception, s'étend à la réparation de tous les désordres signalés par le maître de l'ouvrage, soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception, soit par voie de notification écrite pour ceux révélés postérieurement à la réception* ».
[186] N. BARGUE, *op. cit.* pp. 77-78, notes de bas de page n°326.
[187] N. BARGUE, *op. cit*., p. 76.
[188] N. BARGUE, *op. cit*., p. 76.

matière de vente ». Néanmoins, ces théories, certes innovantes, présentent des limites. D'une part, la notion de garantie comme obligation « *vise uniquement l'ensemble des moyens offerts au maître de l'ouvrage pour assurer l'efficacité de l'obligation principale. Or, on peine à discerner la véritable originalité de cette obligation de garantie* »[189] et d'autre part, la notion de garantie ne concerne pas seulement le droit de la vente et de la construction or les exemples proposés se limitent à ces domaines d'application.

Ainsi, le domaine d'application de la théorie de l'obligation de garantie représente donc une limite à la recherche d'une définition conceptuelle de la notion de garantie. Comme le souligne N. BARGUE, « *on voit mal a priori où trouver une telle obligation dans le mécanisme des sûretés réelles, fondées davantage sur l'octroi au créancier d'un droit réel accessoire lui conférant un certain nombre de prérogatives, que sur l'établissement d'obligations à la charge du constituant* »[190]. Une définition conceptuelle englobe tous les mécanismes constitutifs d'une notion, or définir la notion de garantie, prise dans son sens général, en se fondant sur la théorie de l'obligation de garantie ne retient pas l'adhésion. En effet, la notion de garantie comprend une diversité de mécanismes et la théorie de l'obligation de garantie se restreint à seulement certains de ces mécanismes. L'échec de cette tentative d'assimiler la garantie à une obligation confirme que la recherche d'une définition conceptuelle de la notion de garantie « *se heurte aux spécificités techniques de chaque catégorie de garantie* »[191].

Les tentatives d'assimilation de la notion de garantie à une obligation afin de conceptualiser la notion de garantie se concluent par un échec, notamment lors de la confrontation de la notion de garantie avec les garanties légales présentes en droit des obligations tout en permettant de confirmer que la notion de garantie regroupe un ensemble de mécanismes permettant de se prémunir contre le risque d'une perte. En d'autres termes, la notion de garantie répond bien davantage aux critères d'une définition fonctionnelle.

[189] N. BARGUE, *op. cit.*, p. 78.
[190] N. BARGUE, *op. cit.*, p. 79.
[191] N. BARGUE, *op. cit.*, p. 79.

SECTION 2 : La pertinence d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie

La notion de garantie ne répond pas aux critères d'une notion conceptuelle mais davantage à ceux d'une notion fonctionnelle. Ainsi, pour reprendre les termes de G. VEDEL, certaines notions, comme la notion de garantie, « *en tant que concepts, (...) sont vagues, contradictoires et sans unité* »[192] mais « *si on les envisage non au point de vue de leur pur contenu logique, mais à celui de la fonction qu'elles jouent, on s'aperçoit que leur unité est réelle* »[193]. De plus, les mécanismes de garantie présentent une unité en ce sens qu'ils concourent tous au renforcement de la sécurité. Ainsi, la notion de garantie, mise en lumière par l'essor de la sécurité financière et le principe de précaution, répond donc bien à une définition fonctionnelle. Ainsi, l'absence de définition conceptuelle de garantie ne retire pas pour autant la légitimité de la notion de garantie (§1), qui grâce à son unité fonctionnelle et temporelle[194] de gestion des risques, permet de répondre aux exigences de plus en plus fortes de sécurité (§2).

§1. L'approche matérielle de la notion de garantie

L'impossibilité de définir conceptuellement la notion de garantie se confirme par l'absence de définition posée de manière précise par les textes et la jurisprudence, la doctrine tente de définir la notion de garantie (I). Toutefois, la présence de la confiance dans la notion de garantie permet d'éclairer sa définition (II).

---

[192] G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.
[193] G. VEDEL, *op. cit*., 682.
[194] V. N. BARGUE, *op. cit.,* p. 25 et s. où l'auteur affirme que « *toutes les règles relatives à l'inscription dans le temps de la garantie résultent de la fonction particulière de la garantie* » et en déduit que « *l'unité de la notion de garantie débouche donc sur une unité temporelle* ».

I. L'absence de définition de la notion de garantie

Comme le rappelle E. NETTER, « *le droit des sûretés est le droit de la confiance* »[195]. Cette affirmation appliquée au droit des sûretés s'applique également à la notion de garantie. En effet, la garantie n'est pas définie par les textes et la jurisprudence (A) mais connaît des tentatives de la part de la doctrine (B) comme celle de G. CORNU, pour qui, la garantie regroupe tous les mécanismes juridiques ayant pour fonction de se prémunir contre des pertes pécuniaires et ayant pour conséquence le renforcement de la confiance des cocontractants.

A. Le silence des textes et de la jurisprudence sur la notion de garantie

La notion de garantie ne connaît pas de définition de la part du législateur (1) et la jurisprudence apporte des indices sur la notion de garantie sans toutefois donner de définition générale de la notion (2).

1. L'absence de définition de la notion de garantie dans les textes et la jurisprudence

La notion de garantie ne connaît pas, comme la sûreté, de définition de la part du législateur. Toutefois, le terme est largement plus utilisé par le législateur que celui de sûreté comme en témoigne la présence importante de ce terme dans l'ensemble des Codes[196]. Quantitativement, la notion de garantie est plus présente dans les textes que la notion de sûreté. Il semble que cela soit également le cas à l'égard de l'appréciation des textes. Le terme de garantie connaît une vulgarisation et une confusion avec la notion de sûreté si on s'en tient à l'exemple de la substitution du terme sûreté par le terme garantie dans le nouvel article 512 du Code de procédure civile[197] comme le remarque le Professeur P. CROCQ, « *il ne s'agissait que de remplacer un terme technique par un synonyme plus accessible au justiciable* »[198].

---

[195] E. NETTER, *Les garanties indemnitaires*, thèse Strasbourg, 2009, p. 24.
[196] Le terme de garantie est répertorié 3149 fois dans l'ensemble des Codes.
[197] Ancien article 124 du Code de procédure civile.
[198] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, Paris, 1995, préf. M. GOBERT, p. 213 et s.

Cette imprécision entre les notions de sûreté et de garantie est également présente dans le Code général des collectivités territoriales. En effet, les articles relatifs aux garanties d'emprunt et cautionnements[199] renforcent la confusion entre les deux termes. D'une part, les conjonctions de coordination varient dans les alinéas de ces articles entre « ou » et « et » et d'autre part, le législateur semble laisser penser que les cautionnements sont relatifs à toutes les obligations et que les garanties sont uniquement destinées aux emprunts. Ainsi, Monsieur P. LIGNIERES estime, à juste titre, que l'expression « garantie et cautionnement d'emprunt » aurait été plus opportune[200].

2. Les tentatives de définition de la notion de garantie par le droit de l'Union européenne

Dans sa communication sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties, la Commission, après avoir rappelé que « *les garanties sont généralement liées à un prêt ou à une autre obligation financière contractée par un emprunteur auprès d'un prêteur* »[201] et qu' « *elles peuvent être accordées individuellement ou dans le cadre d'un régime* »[202], énumère une liste non exhaustive de formes de garanties. Ainsi, la Commission européenne dénombre différentes formes de garanties comme les garanties générales définies comme « *les garanties accordées aux entreprises en tant que telles, par opposition aux garanties liées à une opération bien précise : prêt, prise de participation, etc…* »[203] ou encore « *les garanties données par un instrument déterminé, par opposition aux garanties liées à la forme juridique de l'entreprise elle-même* »[204] et sont

[199] Pour les communes, v. articles L. 2252-1 et s., pour les départements, v. articles L. 3231-4 et s. et pour les régions, v. articles L. 4253-1 et s.
[200] P. LIGNIERES , *op. cit*., p. 12.
[201] Communication de la Commission sur *l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties*, 2008/ C 155/02.
[202] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02. Dans son point 1. 3, la communication précise ce qui est entendu par régime de garantie et garantie individuelle. Ainsi, un régime de garantie comprend « *tout instrument sur la base duquel, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des garanties peuvent être accordées aux entreprises en respectant certaines conditions de durée, de montant, d'opération sous-jacente, de type ou de taille des entreprises (telles que les PME)* » et une garantie individuelle est définie comme « *toute garantie accordée à une entreprise et qui n'est pas octroyée au titre d'un régime de garanties* ».
[203] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[204] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

également visées « *les garanties accordées directement ou les contre-garanties accordées à un garant de premier rang* »[205].

Les deux autres garanties exposées par la communication de 2008 présentent un intérêt tout particulier par leur actualité. Il s'agit, tout d'abord, des « *garanties illimitées, par opposition aux garanties limitées dans leur montant et/ou dans le temps* »[206]. La Commission précise « *que constituent également une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont la forme juridique exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ou prévoit explicitement une garantie de l'Etat ou une couverture des pertes par l'Etat* »[207].

De plus, la Commission montre le lien entre la notion de garantie et la notion de responsabilité en estimant que « *la même remarque vaut pour l'acquisition par l'Etat d'une participation dans une entreprise lorsqu'elle s'accompagne d'une responsabilité illimitée au lieu de la responsabilité limitée normale* »[208]. La Commission en déduit alors dans son point 1.5 relatif à la neutralité de manière assez vague que « *le simple fait que la propriété d'une entreprise soit largement détenue par des autorités publiques ne suffit en soi pour constituer une garantie de l'Etat, à condition qu'il n'y ait pas d'éléments de garantie explicites ou implicites* »[209]. Enfin, la dernière forme de garantie évoquée par la Commission englobe « *les garanties provenant manifestement d'une source contractuelle (par exemple, les contrats formels, les lettres de confort) ou d'une autre source juridique, par opposition aux garanties dont la forme est moins visible (par exemple, les lettres d'accompagnement, les engagements fournis verbalement), le cas échéant avec des degrés de garantie différents* »[210].

La Commission apporte un élément de définition de la notion de garantie dans son point 1.4 relatif aux « *autres formes de garanties* » en rapprochant les notions de garantie et de risque. En effet, la communication établit le fait que « *lorsque certaines formes de garanties comportent un transfert du risque au garant et qu'elles ne présentent pas une ou plusieurs caractéristiques particulières visées au point 1. 3, par exemple les garanties d'assurance, il y aura lieu de procéder à une analyse au cas par cas, à laquelle les sections*

---

[205] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[206] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[207] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[208] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[209] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[210] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

correspondantes ou les méthodes décrites dans la présente communication s'appliqueront au besoin »[211].

De plus, dans sa décision du 30 juillet 1997 portant approbation conditionnée des aides accordées par la France au groupe Gan, la Commission apporte un autre élément de la qualification éventuelle de la garantie en aide d'Etat. En effet, dans cette décision, la Commission souligne le fait que « *dans le cas d'octroi de garanties publiques, il y a une présomption d'aide d'Etat quand la garantie n'est pas rémunérée ou quand sa rémunération ne peut pas être considérée suffisante eu égard aux risques particulièrement élevés ou trop étendus dans le temps d'une telle opération* »[212]. En d'autres termes, l'indice de la rémunération de la garantie permet uniquement d'établir au sens du droit de l'Union européenne l'existence d'une aide d'Etat et confirme que la notion de garantie connaît un large champ d'appréciation. D'autre part, à propos de la décision de la Commission du 4 décembre 1996 relative à une aide d'Etat en faveur de Bestwood E. F. Kynder GmbH[213], le Professeur G. ECKERT montre qu'il y a également présomption d'aide d'Etat « *lorsque la situation de l'entreprise dont les emprunts sont garantis est tellement dégradée qu'aucun opérateur privé n'aurait apporté sa garantie, quel qu'en soit le niveau de rémunération* »[214].

---

[211] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02. Sur ce sujet, voir, par exemple, la décision de la Commission du 4 décembre 1996 relative à une aide d'Etat en faveur de Bestwood E. F. Kynder GmbH, *JOCE* n°L. 194/32 du 23 juillet 1997 où la Commission estime que « *la couverture du risque pour le crédit accordé par NordLB d'un montant de 25 millions, qui constitue en réalité une garantie dont a bénéficié Bestwood en dernière analyse, constitue une aide au sens de l'article 92 paragraphe 1 du traité et de l'article 61 paragraphe 1 de l'accord* » et ajoute que « *l'élément d'aide contenu dans une telle garantie correspond d'ordinaire à la différence entre le taux d'intérêt du marché et le taux effectivement accordé grâce à la garantie, déduction faite de toutes les primes. En l'espèce, la Commission a toujours été d'avis que lorsqu'au vu des difficultés financières dans lesquelles se débat l'entreprise en cause, aucun établissement de crédit ne lui aurait accordé de prêt sans une garantie de l'Etat, il convient de considérer le montant total du prêt comme une aide* ».

[212] Décision Commission du 30 juillet 1997 portant approbation conditionnée des aides accordées par la France au groupe Gan, *JOCE* n°78/1 du 16 mars 1998.

[213] Décision de la Commission du 4 décembre 1996 relative à une aide d'Etat en faveur de Bestwood E. F. Kynder GmbH, *JOCE* n°L. 194/32 du 23 juillet 1997. V. également la décision de la Commission du 7 octobre 1994 concernant les aides accordées par l'Etat grec à la compagnie Olympic Airways, *JOCE* n°L 273 du 25 octobre 1994, où la Commission explique que *« l'Etat grec a pleinement utilisé ses possibilités d'octroi de garanties au cours de la période 1986-1993, garantissant indistinctivement tous les nouveaux emprunts contractés par le transporteur. Dans les rapports annuels de celui-ci, il est expressément indiqué que toutes les institutions de crédit demandent la garantie de l'Etat grec avant de consentir des prêts à OA. Cela s'explique aisément par l'importance des risques encourus puisque, dès 1990, l'endettement représentait trois fois la valeur comptable de l'actif* ». Ainsi, la Commission en déduit que « *dans cette situation financière difficile, aucune institution de crédit n'accepterait de prêter de l'argent à OA, même à un taux très élevé, sans la garantie de l'Etat, les garanties accordées par l'Etat grec équivalant à une aide opérationnelle* ».

[214] G. ECKERT, « Les procédures d'insolvabilité et les aides d'Etat : la politique de la Commission », *LPA*, 11 juin 2008, n°117, p. 13 et s.

B. L'acception large retenue par la doctrine de la notion de garantie

La définition la plus répandue de la notion de garantie est celle donnée par G. CORNU et une partie des auteurs s'accorde sur l'acception relativement large de la notion de garantie (1). Toutefois, des nuances peuvent être apportées à ces définitions doctrinales, notamment celle de G. CORNU (2).

1. La présentation de définitions de la notion de garantie données par la doctrine

Dans son sens large, G. CORNU définit la notion de garantie comme « *tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire* »[215] et illustre cette définition en prenant l'exemple des « *garanties du vendeur non payé* »[216] ou encore la « *garantie de l'assureur* »[217].

Le Professeur P. CROCQ s'intéresse plus particulièrement aux garanties de paiement et affirme qu'elles « *sont des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution* »[218].

La définition donnée par le Professeur P. CROCQ comme celle de G. CORNU revêtent un caractère général mais, comme le précise le Professeur P. CROCQ, « *cette généralité est une nécessité, dans la mesure où la garantie est une notion fonctionnelle et non pas conceptuelle comme la sûreté, si l'on veut qu'elle puisse englober toutes les institutions ayant cette fonction quelles que soient leurs natures juridiques* »[219].

Aux Etats-Unis, le régime des garanties mobilières a été uniformisé en 1951 sous le terme de « security interest ». Toutefois, la « security interest » conserve un caractère général. Ainsi, comme l'observe Madame A-M. MORGAN DE RIVERY – GUILLAUD, « *la généralisation*

---

[215] CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige PUF, Paris, 2011, pp. 482-483.
[216] CORNU, *op. cit*., p. 483.
[217] CORNU, *op. cit*., p. 483.
[218] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, Paris, 1995, Paris, n°287, p. 238.
[219] P. CROCQ, *op. cit*. n°287, p. 238.

de l'hypothèque mobilière dans le système nord-américain se double d'une vision unitaire ou fonctionnelle des sûretés mobilières qui tend à regrouper toutes les opérations visant à la constitution d'une garantie sur un bien meuble sous le même concept de 'Security Interest' (sûreté) et à les régir par les dispositions de l'article 9 du Code de commerce uniforme »[220]. Cette vision confirme l'interprétation du Professeur D. LEGEAIS qui définit la « security interest », non pas comme une sûreté mais comme « *tout droit constitué d'un bien meuble ou sur un immeuble par destination, dans le but de garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation* »[221]. En d'autres termes, la « security interest » connaît une approche fonctionnelle ce qui permet de l'assimiler davantage à la notion de garantie que de sûreté.

Le Professeur P. CROCQ en déduit que « *les mécanismes qui augmentent les chances d'un créancier déterminé, ou de plusieurs, d'être payé en limitant les conséquences de la survenance future de la défaillance du débiteur ou en tendant à prévenir celle-ci, sont donc des garanties* »[222]. En d'autres termes, la notion de garantie désigne tous les mécanismes juridiques ayant pour fonction d'offrir au créancier d'une obligation ou d'un engagement un renforcement de son droit de gage général. Ainsi, le Professeur Y. CHAPUT justifie les clauses de garantie en ce que « *le créancier, souvent un banquier, cherchera à préserver l'efficacité de son droit de gage général par ce que la pratique appelle des 'sûretés négatives', stipulations par lesquelles il interdira à son débiteur de disposer de certains biens ou encore de constituer des sûretés nouvelles concurrentes de ses droits* »[223].

2. <u>Les limites des définitions données par la doctrine</u>

Les définitions données par la doctrine, tout particulièrement la définition de CORNU qui définit la notion de garantie comme tout mécanisme qui prémunit contre des pertes pécuniaires, connaissent des limites. Ainsi, par rapport à la question qui est de savoir si la

---

[220] A-M. MORGAN DE RIVERY – GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières – UCC Article 9 et Saskatchewan PPSA*, LGDJ, Paris, 1990, p. 7.
[221] D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, Coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, n°532, p. 296.
[222] P. CROCQ, *op. cit*. n°287, p. 238.
[223] Y. CHAPUT, « Les clauses de garantie (sûretés négatives) », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p. 119 et s.

promesse de porte-fort est visée par l'article l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce et ainsi déterminer si elle doit faire l'objet d'une autorisation par le conseil d'administration de la société anonyme, Monsieur S. JEBBOUR rappelle que « *la Haute juridiction ne limite pas la notion de garantie aux seuls engagements pécuniaires, mais soumet au mécanisme d'autorisation préalable tout engagement susceptible d'amener la société anonyme à exécuter les engagements d'un tiers* »[224] et de préciser que « *la garantie en cause peut par ailleurs être indifféremment réelle ou personnelle* »[225]. En l'espèce, l'auteur en déduit qu' « *aux définitions critiquées, il nous faut en conséquence en préférer une autre, qui tienne compte de la particularité des garanties soumises à l'autorisation préalable du conseil, et considérer qu'il convient de requérir son autorisation dans tous les cas où la société s'oblige à exécuter les engagements d'un tiers dans l'hypothèse où il n'y satisferait pas lui-même, ou affecte un de ses biens à cette exécution* »[226]. En d'autres termes, la notion de garantie ne prémunit pas uniquement contre des pertes pécuniaires et peut être indistinctement personnelle ou réelle.

De plus, Monsieur S. JEBBOUR développe l'idée que la définition de CORNU « *ne reflète (...) pas les spécificités de la garantie à laquelle renvoie* »[227] la disposition de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce et pour lui, cette « *définition traditionnelle de la notion de garantie apparaît en conséquence trop large en ce qu'elle tend à s'appliquer indifféremment à la garantie d'engagements propres et à la garantie d'engagements pris par des tiers de la société anonyme* »[228]. Toutefois, l'étude de l'élément de confiance inhérent à la notion de garantie qui a pour conséquence des interactions entre les notions de bonne foi, de vérité et de garantie confirme l'acception large de la notion de garantie.

---

[224] S. JEBBOUR, « La promesse de porte-fort est-elle une garantie de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce ? », *Rev. Sociétés*, févr. 2012, p. 5 et s.
[225] S. JEBBOUR, *op. cit.* , p. 5 et s.
[226] S. JEBBOUR, *op. cit.* , p. 5 et s.
[227] S. JEBBOUR, *op. cit.* , p. 5 et s.
[228] S. JEBBOUR, *op. cit.* , p. 5 et s.

II. La présence de l'élément de confiance dans la notion de garantie

La symbolique de la foi publique de la Caisse des dépôts et des consignations témoigne de l'importance de la confiance dans les activités économiques et politiques. De plus, les liens étymologiques entre les notions de garantie et de vérité confirment l'importance de l'élément de confiance dans la notion de garantie. En effet, l'existence de liens entre les notions de garantie et de vérité (A) permet d'établir que l'obligation de loyauté et l'exigence de bonne foi imprègnent la notion de garantie (B).

A. La notion de vérité et la notion de garantie

Historiquement, la notion de garantie renvoie à la déesse Fides qui se présentait, dans le panthéon romain, comme la garante des dépôts privés. Avant que cette notion de Fides ne s'étende à l'ensemble des activités économique et politique et devienne la Fides publica, la foi publique représentait, pour les particuliers, le temple où ils plaçaient leurs offrandes et leurs dépôts qui étaient gardés par le Tribun de la Plèbe et étaient indirectement garantis par le Sénat. Cet élément de confiance de la notion de garantie se retrouve dans l'étymologie de la notion de garantie. En effet, l'étymologie germanique et latine de la notion de garantie appelle la notion de vérité or cette notion de vérité en droit s'appréhende avec quelques difficultés.

Comme l'explique le Professeur Y. CHARTIER, « *la difficulté est encore plus grande si, par-delà les faits, on s'interroge sur l'existence d'une vérité en droit, d'une vérité juridique* »[229]. En effet, « *vue sous cet angle, la vérité, à laquelle sont liées les notions multiples comme la bonne foi, la confiance, la sagesse, l'équité, la loyauté, la recherche du bien, peut apparaître davantage comme un idéal que comme une norme qui pourrait fonder la décision du juge* ». Ainsi, « *la recherche de la vérité n'est pas elle-même sans soulever des questions : ce qui est tenu pour vrai à un moment donné ne l'est pas nécessairement pour toujours : le juge, comme le citoyen, sait que la vérité est relative, contingente. Il se crée un dialogue permanent entre un absolu, un idéal, et les exigences qui naissent de l'application concrète de la règle de droit à des situations données* »[230].

---

[229] Y. CHARTIER, *op. cit*., p. 39.
[230] Y. CHARTIER, *op. cit*., pp. 39-40.

B. La notion de bonne foi et la notion de garantie

L'élément de confiance dans la notion de garantie s'illustre également grâce aux notions de bonne foi[231] et de loyauté. La notion de bonne foi connaît des développements importants en droit international public comme le prouve notamment l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 présente la règle du « pacta sunt servanda » en rappelant que « *tout traité en vigueur lie les partie et doit être exécuté par elles de bonne foi* ». La bonne foi se présente également à l'article 2§2 de la Charte des Nations Unies qui dispose que « *les membres de l'Organisation, afin d'assurer la jouissance des droits et avantages résultant de leur qualité de membre, doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte* ». L'importance de la notion de bonne foi en droit international public n'est pas discutable. Toutefois, la bonne foi reste une notion complexe qui ne connaît pas de définition précise[232].

Comme le rappelle le Professeur E. ZOLLER, « *à l'origine du terme de bonne foi se trouve la notion romaine de fides* »[233] et précise que « *la fides entretient des liens étroits avec la notion grecque de pistis* »[234]. La *pistis* se définit comme la loyauté, la fidélité aux engagements et « *jouait un rôle prépondérant dans les rapports interhelléniques* »[235]. La *fides* comme la *pistis* connaissent des rapports très étroits avec la religion. En effet, comme la *fides* qui est rattaché à la déesse Fides ou encore au dieu Jupiter Fidus, les atteintes à la *pistis* représentaient des offenses contre le dieu Zeus Pistios.

De plus, en latin, la bonne foi est imprégné d'un contenu moral et « *désignait à la fois le pouvoir que l'on pouvait avoir sur un individu plus faible que soi (rapport client-patron) et la promesse donnée en fonction de certaines garanties (vertu propre à la personne) et*

---

[231] Sur la notion de bonne foi, v. notamment M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne et mauvaise foi en droit administratif français*, thèse Strasbourg, 1978.
[232] V. en ce sens, E. ZOLLER, *La bonne foi et le droit international public*, Préf. S. BASTID, Ed. A. Pedone, Paris, 1977 où l'auteur explique qu' « *il existe sans doute peu de notions en droit international public qui prêtent à autant d'équivoques et de malentendus que celle de bonne foi* » et précise que « *juridiquement la bonne foi est une notion complexe qui ne se laisse pas enfermer dans une définition précise* ». V. également, B. VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1939, p. 9 : « *Les notions de bonne et de mauvaise foi n'ont rien d'évident. On éprouve quelques difficultés à préciser les idées qu'elles éveillent* ».
[233] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 18.
[234] E. ZOLLER, *op. cit*., p. 18
[235] E. ZOLLER, *op. cit*., p. 18.

traduisibles en paroles »[236]. Ainsi, comme le souligne le Professeur E. ZOLLER, « *avant d'être une notion juridique, la fides est surtout une notion morale et religieuse* »[237]. En d'autres termes, « *'la fides est une relation réciproque de fidélité et de protection' établissant des rapports de confiance mutuelle* »[238] ce qui ne change pas que « *la fides ressort plus d'une morale que d'un droit international* »[239] en ce sens que la *fides* était « *tout à la fois l'amitié, l'honneur, la garantie du peuple romain* »[240].

Toutefois, comme le souligne le Professeur E. ZOLLER, les notions de *fides* et de *bona fides* sont à distinguer en ce sens où « *si les juristes romains connaissaient la notion de bona fides, ils ne lui faisaient place dans l'ordre juridique qu'à titre subsidiaire* »[241] alors que « *la notion essentiellement morale, religieuse et sociale de fides a été largement renouvelée grâce à l'action du préteur romain* »[242].

Progressivement, la notion de bonne foi évolue, notamment sous l'influence de GROTIUS. En effet, « *en juridicisant le respect de la parole donnée, en faisant du devoir de sincérité l'un des fondements du droit, Grotius va donner à la bonne foi le sens moderne que nous lui connaissons aujourd'hui* »[243]. Ainsi, « *la bonne foi va devenir une qualité essentiellement individuelle* »[244] qui se définit alors comme un « *devoir de sincérité, de loyauté, de respect de la parole donnée* »[245]. Toutefois, pour GROTIUS également, « *la nécessité de tenir ses promesses relève de l'ordre moral mais aussi de l'ordre religieux* »[246]. En d'autres termes, « *la bonne foi se résume au respect de la parole donnée* »[247]. Plus récemment, une définition de la bonne foi a été donnée par le doyen JULLIOT DE LA MORANDIERE qui « *tantôt doit être appréciée dans les rapports des individus entre eux : il s'agit de la confiance réciproque que ces individus doivent avoir, de l'honnêteté qu'ils doivent respecter dans leurs rapports ; tantôt elle doit être appréciée par rapport à la loi, à la conscience plus ou moins parfaite que*

---

[236] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 18.
[237] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 18.
[238] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 19.
[239] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 19.
[240] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 19.
[241] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 19.
[242] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 19.
[243] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 21.
[244] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 21.
[245] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 21.
[246] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 22.
[247] E. ZOLLER, *op. cit.*, p. 22.

le citoyen a d'obéir à la loi positive »[248]. Ces développements relatifs à la confiance et à la bonne foi présentent l'intérêt d'éclairer la notion de garantie en ce sens que la garantie vient apporter l'élément de confiance dans une relation juridique et témoigne de la bonne foi du débiteur à l'égard du créancier.

§ 2. La finalité comme élément déterminant de la notion de garantie

De ces tentatives de définition, il ressort une finalité, commune à tous les mécanismes de garantie, de recherche de prévention et de couverture de risques avérés ou éventuels de perte, entre autres, pécuniaire. Cette recherche de protection contre les risques est inhérente à la notion de garantie et rejoint la volonté de plus en plus accrue de se sentir en sécurité et donc de vouloir se protéger contre les risques, risques qui se développent en fonction de l'évolution de la société. En effet, l'insertion du principe de précaution dans la Constitution ou encore la loi de sécurité financière témoignent de cette recherche de plus en plus accrue de sécurité et de protection contre les risques et coïncident avec le développement et l'évolution de la notion de garantie. Ainsi, la recherche de plus en plus poussée de sécurité (I) renforce la fonctionnalité de la notion de garantie de gestion des risques (II).

I. Le renforcement de la sécurité et la notion de garantie

Le développement du principe de précaution en droit de l'environnement et de la santé et son intégration dans la Constitution concorde avec la recherche de plus en plus présente de sécurité et donc de diminution maximale des risques qui sont des caractères communs aux mécanismes de garantie (A). En d'autres termes, l'effectivité du principe de précaution permet d'anticiper les risques et donc de renforcer la sécurité. Ces deux propriétés du principe

[248] JULLIOT DE LA MORANDIERE, « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », *in*

de précaution se retrouvent également dans la notion de garantie d'où l'intérêt de s'y intéresser par le biais des rapports entre le principe de précaution, pris au sens large, et la sécurité financière (B).

A. La recherche de sécurité au travers du principe de précaution

Le principe de précaution s'est progressivement développé avant d'être inséré dans la Constitution française du 4 octobre 1958 (1) confirmant ainsi l'essor de la conscience du risque dans beaucoup de domaines (2).

1. Le principe de précaution et son intégration dans la Constitution

La loi constitutionnelle du 1er mars 2005, dans son premier article, dispose que « *le premier alinéa du Préambule de la Constitution est complété par les mots : ', ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004'* »[249]. La valeur constitutionnelle de la Charte de l'environnement est proclamée et le principe de précaution connaît ainsi sa consécration en droit interne français. En effet, l'article 5 de la Charte dispose que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

Le principe de précaution prend son origine dans les droits international et de l'Union européenne[250]. En effet, l'article 191-2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

---

Aequitas une Bona Fides, Basel, 1955, pp. 191-192.

[249]Loi constitutionnelle n°2005-205 du 1er mars 2005 relative à *la Charte de l'environnement*, NOR : JUSX0300069L.

[250]V. notamment CJUE, 14 juill. 1983, 174/82, *Rec.* 3883 où la Cour européenne a connu un des premiers contentieux entre la libre circulation des marchandises et la protection de la santé, v. sur ce sujet A. ALEMANNO,

dispose expressément que « *la politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur* »[251].

Le principe de précaution vise le droit de l'environnement comme le prouve l'article L.110-1 du Code de l'environnement qui dispose le 1° du II que « *le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable* ».

Néanmoins, le principe de précaution s'est très vite étendu au droit de la santé. Ainsi, la jurisprudence de l'Union européenne et des juridictions françaises interprètent plus ou moins largement le principe de précaution afin de l'intégrer au contentieux relatif à la protection de la santé[252]. Le Conseil d'Etat applique, toutefois, moins largement le principe de précaution. En effet, dans son arrêt du 26 octobre 2011, après avoir rappelé « *que les pouvoirs de police spéciale ainsi attribués aux autorités nationales, qui reposent sur un niveau d'expertise et peuvent être assortis de garanties indispensables au plan local, sont conférés à certaines autorités, notamment pour veiller, dans le cadre de leurs compétences respectives, à la limitation de l'exposition du public aux champs électromagnétiques et à la protection de la santé publique* », il considère, toutefois, que « *le principe de précaution, s'il est applicable à toute autorité publique dans ses domaines d'attributions, ne saurait avoir ni pour objet ni pour effet de permettre à une autorité publique d'excéder son champ de compétence et d'intervenir en dehors de ses domaines d'attributions* »[253].

« Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *D.* 2007, n°22, p. 1527 et s.

[251]V. aussi la communication de la Commission du 2 févr. 2000 sur le recours au principe de précaution [COM(2000) 1 final – Non publié au journal officiel].

[252]V. par ex. CJUE 5 mai 1998, *Royaume-Uni c/ Commission*, aff. C-180/96, *Rec*. CJUE I-2269, où dans le point 100, la Cour estime que « *la protection de la santé des personnes relève des objectifs de la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement* », v. également TPIUE 11 sept. 2002, *Alpharma*, aff. T-70/99.

[253]CE, ass., 26 oct. 2011, *Cne Saint-Denis, Cne Pennes-Mirabeau et SFR*, n° 326492, 329904, 341767 et 341768, notes ss. N. CHARMEIL et Ph. BILLET, *JCP Adm.* 2012, n°1, p. 37 et s.

2. Le principe de précaution et la notion de risque

Le principe de précaution demande une évaluation et une gestion des risques[254]. Ainsi, « *en vertu du principe de précaution (...), les institutions communautaires pouvaient prendre une mesure préventive relative à l'utilisation de la bacitracine-zinc comme additif dans l'alimentation des animaux même si, en raison de l'incertitude scientifique subsistante, la réalité et la gravité des risques pour la santé humaine liés à cette utilisation n'étaient pas encore pleinement démontrées* »[255] et qu'elles « *n'étaient pas tenues, pour pouvoir agir d'une manière préventive, d'attendre que les effets adverses de l'utilisation de ce produit comme facteur de croissance se matérialisent* »[256].

L'étude du principe de précaution en droit de l'environnement se rapproche des mécanismes de garanties en ce qu'il vient tenter d'éviter des pertes. En effet, les mesures prises sur le fondement du principe de précaution et le vocabulaire utilisé laissent entendre que les autorités publiques cherchent avant tout à protéger la population de risques liés, en l'espèce, à une mauvaise protection de l'environnement[257] et à consolider cette protection.

L'introduction dans la Constitution du principe de précaution s'explique donc par l'accroissement du besoin de sécurité ce qui demande un renforcement des mécanismes de prévention et de prévision d'éventuels risques. L'application du principe de précaution revêt une importance particulière avec les risques liés, par exemple, aux médicaments[258]. La création de fonds d'indemnisation pour les victimes de médicaments approvisionnée grâce à des fonds publics démontre que lorsque le risque s'est produit, les autorités publiques interviennent pour assurer le dédommagement des victimes. La mise en place de ces fonds

---

[254]V. en ce sens Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, *La documentation française*, 2000, p. 7 : « *Résolument procédural, l'exercice de la précaution doit obéir à un certain nombre de règles pratiques qui, au premier chef, doivent encadrer l'évaluation des risques* ».
[255]TPIUE 11 sept. 2002, *Alpharma*, aff. T-70/99, pt 153.
[256]TPIUE 11 sept. 2002, *Alpharma*, aff. T-70/99, pt 154.
[257]V. M-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *D.* 2007, n°22, spéc. p. 1521 où l'auteur montre que *« l'influence principale du principe vient de la manière dont les législateurs organisent ou réorganisent les systèmes de production en fonction de leur capacité à éviter des situations de crise ou à y répondre* » et présente l'exemple de « *la législation alimentaire réorganisée par le règlement 178/2002, où l'on retrouve tous les ingrédients du principe de précaution : analyse des risques, approche scientifique de l'évaluation et de la gestion, obligation générale de traçabilité, système d'alerte rapide et de gestion des crises, création d'une Agence détectant les risques émergents, collectant les données et fournissant une 'vision scientifique globale indépendante' et transparente mais aussi concentration des responsabilités sur les 'exploitants'* » .

d'indemnisation s'interprète comme effet de garantie issu du principe de précaution lorsque celui-ci s'avère défaillant. Ainsi, l'extension et le développement du principe de précaution sont confortés par le besoin accru de sécurité[259].

B. La notion de garantie au travers du principe de précaution et de sécurité financière

Le principe de précaution a pour champ d'application le domaine environnemental et de la santé. Toutefois, le rapprochement de la notion de précaution de la sécurité financière (1) se confirme à la lumière de l'essor des mécanismes de garantie mis en place pour se protéger contre les risques (2).

1. La prudence, élément commun à la sécurité financière et au principe de précaution

La précaution se rapproche très sensiblement à la notion de prévention sans en être le synonyme. En effet, « *la précaution vise à limiter les risques encore hypothétiques, ou potentiels, tandis que la prévention s'attache à contrôler les risques avérés* »[260]. Ainsi, « *précaution et prévention sont deux facettes de la prudence qui s'impose dans toutes les situations susceptibles de créer des dommages* »[261]. Le droit des assurances comprend deux

---

[258] V. l'article 57 de la loi n°2011-900 du 29 juillet 2011 de *finances rectificative pour 2011*, *JORF* n°0175 du 30 juill. 2011, p. 12969 et le décret n°2011-932 du 1er août 2011 relatif à *l'indemnisation des victimes du benfluorex*, *JORF* n°0179 du 4 août 2011, p. 13338.

[259] V. M-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *D.* 2007, n°22, spéc. p. 1520 où il rappelle la création d'agences, autorités administratives indépendantes des Etats et du secteur privé, qui est *« le plus souvent à la tête de réseaux assurant la surveillance des événements indésirables et leur traitement ; elles constituent un démembrement des administrations centrales des Etats et la marque d'une gestion par la régulation* ». Le développement de ces agences, comme l'AFSSAPS pour les produits de santé, et la survenance de victimes ayant utilisé le médicament Mediator ou ses génériques montre bien que « *l'architecture du système semble à peu près satisfaisante, mais la question posée reste celle de la qualité de l'évaluation menée par ces agences et de leur réactivité* ».

[260] Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, *La documentation française*, 2000, p. 5.

[261] Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, *La documentation française*, 2000, p. 5.

notions essentielles que sont la prévention et le sauvetage[262]. Nonobstant la croyance qu' *« il est un risque, notamment, environnemental qui pourrait de prime abord se dérober à l'assurance, c'est le risque incertain, le risque saisi par le principe de précaution* », l'assurance et le principe de précaution sont loin d'être antinomiques[263].

De plus, l'application du principe de précaution suppose que « *des dispositifs à la fois fiables et transparents* »[264] doivent être mis en place afin que « *la démarche d'assurance qualité contribue à la lisibilité des structures et des procédures ainsi qu'à la définition des responsabilités opérationnelles des acteurs et se prête à l'introduction d'une traçabilité systématique* »[265].

La sécurité financière s'est progressivement développée et a été consacrée par la loi du 1er août 2003 relative à la sécurité financière[266] qui a, par exemple, crée l'Autorité des marchés financiers (AMF)[267] en regroupant la Commission des opérations de bourse (COB) et le Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF)[268].

---

[262]V. L. MAYAUX, « Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances », *RGDA* 2003, n°2, p. 269 et s. qui définit la mesure de prévention comme se situant « *avant la réalisation du risque, dont elle tend à diminuer la fréquence ou l'intensité* » et la mesure de sauvegarde, elle, « intervient après le sinistre, dont elle tend à minimiser, voire à empêcher les conséquences dommageables ».

[263]V. en ce sens, Cass. 1ère civ., 21 nov. 2000, *GIE Transmanche construction c/ Axa global Risks et CUA*, pourvoi n°98-15.418 où les juges se sont intéressés à la distinction de la prévention et du sauvetage mais également, sans le citer expressément, sur le problème de prise en charge des mesures de précaution : « *Attendu qu'en limitant ainsi la garantie aux seules mesures prises pour la conservation des parties de l'ouvrage ayant subi des dommages matériels, la cour d'appel a, par refus d'application des stipulations contractuelles relatives aux frais et dépenses raisonnablement engagées en vue de la préservation de l'ouvrage, violé le texte susvisé* ».

[264]Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, *La documentation française*, 2000, p. 5.

[265]Ph. KOURILSKYet G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, *La documentation française*, 2000, p. 5.

[266]Loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JORF n°177 du 2 août 2003, p. 13220.

[267]V. art. L. 621-1 du Code monétaire et financier : « *L'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international* ».

[268]V. Ph. MARINI, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'application de la loi du 1er août 2003 de sécurité financière*, 27 juill. 2004, n°431, p. 3 où sont rappelés les cinq thèmes principaux de la loi du 1er août 2003 regroupés en trois titres que sont « *la création de l'Autorité des marchés financiers (AMF), la réforme de démarchage bancaire et financier et la création d'un statut pour les conseillers en investissements financiers, la modernisation du régime des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) et de divers instruments de financement, la réforme du contrôle légal des comptes, et enfin des mesures touchant au droit des sociétés et au renforcement du gouvernement d'entreprise* ».

La préoccupation du droit de l'Union européenne pour une meilleure sécurité financière est plus ancienne que la loi du 1er août 2003[269]. En effet, sans employer l'expression de sécurité financière[270], plusieurs textes comme les directives sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché)[271], concernant les contrats de garantie financière[272] ou encore modifiant la directive relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques[273] sont venues progressivement renforcer la sécurité financière dans les Etats membres. De plus, comme le remarque le Professeur X. LATOUR, « *le droit communautaire ne se contente pas d'être un droit vivant, il contribue aussi à l'évolution de la langue française en imposant le terme 'prudentiel'* »[274]. L'expression de 'prudentiel' se développe dans les années 1990 avec notamment l'article 2 du règlement du 13 décembre 1993 qui l'enrichit avec « *les considérations qui sous-tendent les dispositions législatives ou règlementaires ou les actions administratives nationales arrêtées sur la base du droit communautaire ou compatibles avec celui-ci et qui visent à promouvoir la solidité des institutions financières afin de renforcer la stabilité du système financier dans son ensemble et la protection des clients de ces institutions* »[275]. La prudence, comme pour le principe de précaution, est au cœur de la sécurité financière. Ainsi, la sécurité financière et le principe de précaution suivent la même logique de limitation des risques[276].

---

[269]V. en ce sens X. LATOUR, « L'exigence de sécurité financière en droit communautaire », in *La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Paris, 2004, p. 15 et s. où l'auteur rappelle qu' *« avant même la multiplication des scandales financiers internationaux, la Communauté européenne (CE) s'est préoccupée de l'assainissement de l'environnement économique et financier* ».

[270]V. en ce sens X. LATOUR, « L'exigence de sécurité financière en droit communautaire », in *La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Paris, 2004, spéc. p. 15 : « *Au mieux certains textes évoquent, sans les qualifier explicitement, des instruments de sécurité destinés à améliorer le fonctionnement des marchés, mais il est aussi plus sobrement question de 'limiter le risque' inhérent aux systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres. Dans d'autres cas, la thématique de l' 'intégrité' des marchés est privilégiée tandis que la formule de 'la transparence' connaît un réel succès depuis les années 1980* ».

[271]Directive 2003/6 du 28 janv. 2003 sur *les opérations d'initiés et les manipulations de marché (abus de marché)*, *JOCE* 12 avril 2003, L 96/16.

[272]Directive 2002/47 du 6 juin 2002 *concernant les contrats de garantie financière*, *JOCE* 27 juin 2002, L 168/43.

[273]Directive 2000/52 du 26 juill. 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à *la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques*, *JOCE* 29 juill. 2000, L193/75.

[274]X. LATOUR, « L'exigence de sécurité financière en droit communautaire », in *La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Paris, 2004, p. 15 et s.

[275]Règlement 1993/3604 du 13 sept. 1993 *précisant les définitions en vue de l'application de l'interdiction de l'accès privilégié énoncée à l'article 104 A du traité*, *JOCE* 31 déc. 1993, L 332/4, art. 2.

[276]V. en ce sens J. MOULY, « Une nouvelle fonction du droit : éviter le risque avéré, envisager le risque suspecté », *LPA* 2 mai 2002, n°87-88, p. 3 et s. où il observe que « *depuis plusieurs décennies, (le) schéma classique a poussé de nouvelles ramifications avec la prévention, puis la précaution. Cette dernière répond à l'émergence de nouveaux risques, liés à des technologies susceptibles de provoquer des dégâts considérables, telles les biotechnologies, étant observé que dans certains domaines, comme en matières épidémiologique mais aussi, bien loin de là, financière, le phénomène général qu'est la mondialisation est de nature à accélérer la vitesse de diffusion des vecteurs du risque. Celui-ci n'est plus, en quelque manière, cantonné : depuis longtemps*

La sécurité financière « *se définit fondamentalement par la connaissance, la maîtrise et la couverture des risques liés à l'activité économique et financière* »[277]. Dans le rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'application de la loi du 1er août 2003 de sécurité financière, Monsieur Ph. MARINI précise que « *ces risques sont multiples (systémique, politique et géographique, technologique, de marché, de fraude, de contrepartie ou de défaut, de réputation, de documentation…) et l'exigence de sécurité s'inscrit plus largement dans l'émergence contemporaine de la 'société assurantielle', telle que l'a décrite François Ewald* »[278]. Ainsi, il en déduit qu' « *au-delà de la perception et de la maîtrise technique des risques par les émetteurs, la sécurité financière suppose une meilleure connaissance du fonctionnement des marchés et des produits financiers par le régulateur et les investisseurs, et est, à ce titre, intrinsèquement liée à la transparence* »[279].

2. La sécurité financière et le principe de précaution, éléments à la notion de garantie

Le principe de précaution et la sécurité financière se rejoignent également par rapport aux risques liés à l'innovation, pour le principe de précaution par rapport aux nouvelles technologies et pour la sécurité financière par rapport à l'essor de nouveaux produits financiers. Ainsi, « *l'innovation contribue (…) à la sécurité par ses effets positifs en terme de mutualisation des risques, de couverture, d'amélioration des possibilités de financement et de sécurisation des rendement pour certains instruments ; mais elle est aussi facteur d'instabilité et d'insécurité en créant de nouveaux risques, en impliquant de nouveaux acteurs ne disposant pas nécessairement des moyens pour évaluer correctement lesdits risques, en*

évadé des seuls rapports individuels, il s'affranchit aujourd'hui des frontières. D'où le recours à la précaution, celui-ci tenant au demeurant de longue date une place importante en matière d'obligations avec notamment l'obligation générale de prudence sous la forme qu'elle prend fréquemment d'obligation de vigilance ».

[277]Ph. MARINI, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'application de la loi du 1er août 2003 de sécurité financière*, 27 juill. 2004, n°431, p. 3.

[278]Ph. MARINI, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, (…)*, 27 juill. 2004, n°431, p. 3.

[279]Ph. MARINI, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, (…),* 27 juill. 2004, n°431, p. 3.

biaisant l'arbitrage de certains acteurs au profit de la recherche du rendement absolu et au détriment de la perception du risque, voire dans certains cas en facilitant la fraude »[280].

Ainsi, la création de fonds d'indemnisation et de garantie renforce la sécurité financière comme en témoigne, par exemple, le fonds de garantie des dépôts[281]. En effet, l'alinéa premier de l'article L. 312-4 du Code monétaire et financier dispose que « *les établissements de crédit agrées en France adhérent à un fonds de garantie des dépôts qui a pour objet d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou d'autres fonds remboursables* ». Ce fonds est en lien très étroit avec l'Autorité de contrôle prudentiel qui est, selon l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier, « *une autorité administrative indépendante, (qui) veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* » et qui sur le fondement de l'article L. 312-5 peut proposer, à titre préventif, que le fonds de garantie intervienne « *auprès de l'établissement de crédit dont la situation laisse craindre à terme une indisponibilité des dépôts ou autres fonds remboursables, compte tenu du soutien dont il peut par ailleurs bénéficier* ». Ainsi, les mécanismes mis en place pour la protection des épargnants se rapprochent de ceux utilisés en droit des assurances tout en développant des effets de garantie, effets renforcés par la présence de la Caisse des dépôts et des consignations[282]. En droit des assurances, des fonds d'indemnisation sont également présents comme le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages[283] qui « *indemnise, dans les conditions prévues aux 1 et 2 du présent I, les victimes ou les ayants droit des victimes des dommages nés d'un accident survenu en France dans lequel est*

---

[280]Ph. MARINI, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, (...)*, 27 juill. 2004, n°431, p. 4.

[281]L'article L. 312-9 du Code monétaire et financier dispose que *« le fonds de garantie des dépôts est une personne morale de droit privé. Il est géré par un directoire agissant sous le contrôle d'un conseil de surveillance. Les membres du directoire et du conseil de surveillance sont soumis aux incapacités énoncées par l'article L. 500-1* ».

[282]L'alinéa 2 de L. 518-2 du Code monétaire et financier précise bien que « *la Caisse des dépôts et consignations est un établissement spécial chargé d'administrer les dépôts et les consignations, d'assurer les services relatifs aux caisses ou aux fonds dont la gestion lui a été confiée et d'exercer les autres attributions de même nature qui lui sont légalement déléguées. Elle est chargée de la protection de l'épargne populaire, du financement du logement social et de la gestion d'organismes de retraite. Elle contribue également au développement économique local et national, particulièrement dans les domaines de l'emploi, de la politique de la ville, de la lutte contre l'exclusion bancaire et financière, de la création d'entreprise et du développement durable* ».

[283] Ce fonds a été crée par la loi du 1er août 2003 de sécurité financière et transposé dans le Code des assurances. Ainsi, l'article L. 421-2 du Code des assurances dispose que « *le fonds de garantie est une personne morale de droit privé. Il groupe toutes les entreprises d'assurance agréées en France et soumises au contrôle de l'Etat en vertu de l'article L. 310-1 qui couvrent les risques faisant l'objet d'une obligation d'assurance en vertu d'une disposition législative ou règlementaire. Il groupe également l'ensemble des entreprises qui offrent des garanties en matière d'assurance automobile et de chasse* ».

impliqué un véhicule au sens de l'article L. 211-1 »[284]. Ainsi, les fonds d'indemnisation et de garantie sont approvisionnés par les adhérents ce qui les rapproche des contrats d'assurance[285].

De plus, le législateur avec la loi du 1er août 2003 consacre la sécurité financière en France[286]. Néanmoins, la création de la société de financement de l'économie française (SFEF)[287] en 2008 lors de la crise financière et économique démontre que les risques restent bien présents[288]. En effet, la crise a montré les failles nationales mais également internationales et européennes du monde financier. Ainsi, l'exemple européen de Dexia[289] où, en urgence, des garanties ont été accordées, entre autres, par la France, garanties autorisées par les lois de finances du 16 octobre 2008 et du 2 novembre 2011[290], confirme que la sécurité financière, au niveau européen, connaît également des limites. Ainsi, le Professeur G. ECKERT déduit du recours aux mécanismes de garanties par les Etats en faveur du groupe Dexia que «*la réalisation d'une véritable union bancaire et la mise en place de nouvelles mesures de*

---

[284]V. l'article L. 421-1 du Code des assurances.

[285]Pour le fonds de garantie des dépôts, v. notamment le I de l'article L. 312-7 du Code monétaire et financier : *« les établissements adhérant au fonds de garantie lui procurent les ressources financières nécessaires à l'accomplissement de ses missions, dans des conditions fixées par le ministre chargé de l'économie* ». Pour le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, v. art. L. 421-4 du Code des assurances : « *le fonds de garantie est alimenté par des contributions des entreprises d'assurance, des automobilistes assurés et des responsables d'accidents d'automobiles non bénéficiaires d'une assurance. Ces diverses contributions sont liquidées et recouvrées dans les conditions et sous les sanctions fixées par le décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L. 421-6* » .

[286] Loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière.

[287]V. art. 6 de la loi n°2008-1061 du 16 oct. 2008 de finances rectificative pour *le financement de l'économie*, NOR : BCFX0824244L où son II.- A dispose que « *la garantie de l'Etat peut être accordée à titre onéreux aux titres aux titres de créance émis par une société de refinancement dont le siège est situé en France et qui a pour objet, par dérogation à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, de consentir des prêts aux établissements de crédit agréés et contrôlés dans les conditions définies par ce code* ».

[288] Sur la SFEF, et plus largement sur la création de sociétés financières pendant la crise économique et financière, v. A. DELION et M. DURUPTY, « L'intervention dans Dexia et la création de sociétés financières » *in* « Chronique du secteur public économique », *RFAP* 2008, n°128, p. 844 où les auteurs présentent la Société de financement de l'économie française (SFEF) « *qui doit permettre de faire face aux problèmes de liquidité en consentant des prêts aux établissements de crédit, en échange de parts, billets à ordre ou titres de créance, y compris des prêts mobilisables aux entreprises et aux ménages qu'il énumère* » ainsi qu'une autre société qui « *a été instituée pour faire face à d'éventuels problèmes de solvabilité, ou au moins pour conforter les capitaux des établissements financiers* ». Le rôle de cette dernière société est de lever « *des capitaux en bénéficiant de la garantie de l'Etat pour 'souscrire des titres émis par des organismes financiers et qui constituent des fonds propres règlementaires', ce qui peut recouvrir des participations au capital ou des obligations subordonnées* ».

[289] Sur l'exemple de Dexia, v. notamment Cour des comptes, « Dexia : un sinistre coûteux, des risques persistants », rapp. thématique, juill. 2013.

[290] V. article 6 de la loi n°2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie où « *le ministre chargé de l'économie peut accorder la garantie de l'Etat dans les conditions mentionnés au présent article* » et l'article 4 de la loi n°2011-1416 du 2 novembre 2011 de finances rectificative pour 2011, JORF n°0255 du 3 nov. 2011, p. 18481 où il est explicitement adopté que « *le ministre chargé de l'économie est autorisé à accorder à titre onéreux la garantie de l'Etat à Dexia SA et à Dexia Crédit Local SA* ».

prévention et de gestion des risques »[291] sont indispensables afin que « *le marché conserve sa confiance dans les dettes souveraines, à défaut de quoi, la 'garantie' publique n'aboutira qu'à fragiliser la situation des établissements de crédits détenteurs de dettes souveraines* »[292] d'où la nécessité également pour les Etats de mettre en œuvre, de manière effective, « *une régulation ex ante et ne se contentent pas d'une intervention ex post, au risque d'aboutir à une socialisation des pertes, une fois passée la période de privatisation des profits* »[293].

La notion de garantie présente l'authenticité d'englober une multitude de mécanismes juridiques ayant tous comme objectif commun le renforcement de la sécurité. Ainsi, la notion de garantie désigne les instruments permettant de couvrir les risques mais pas seulement. En effet, la notion de garantie répond également au besoin de plus en plus présent de prévention des risques en ce sens qu'elle a également pour fonction de prévenir et de trouver des moyens pour éviter la réalisation de ces risques dangereux au niveau micro et macro économiques.

II. La gestion des risques et la notion de garantie

Les tentatives de fondement de la notion de garantie sur le droit des obligations témoignent de la difficulté de définir la notion de garantie de manière conceptuelle. En effet, la notion de garantie ne répond pas aux critères d'une définition conceptuelle mais trouve des éléments de définition grâce à son critère fonctionnel de gestion des risques. Ainsi, l'unité de la définition fonctionnelle de garantie se matérialise par l'approche dualiste de gestion des risques. En d'autres termes, la notion de garantie se définit comme la couverture d'un risque en regroupant tous les mécanismes ayant pour fonction de protéger les intérêts des bénéficiaires de la garantie contre les risques internes et externes à tout engagement. Par conséquent, la fonction de la notion de garantie est étroitement liée à la notion de risque (A). et cette fonction de gestion des risques reconnue à la notion de garantie permet d'établir les formes de manifestation de la notion de garantie (B).

---

[291] G. ECKERT, « Les pouvoirs publics face aux difficultés du groupe Dexia et aux besoins de financement des collectivités territoriales », *LPA*, sept. 2012, p. 1 et s.
[292] G. ECKERT, *op. cit.*, *LPA*, sept. 2012, p. 2.
[293] G. ECKERT, *op. cit.*, *LPA*, sept. 2012, p. 2.

A. L'élément de gestion des risques dans la notion de garantie

La gestion des risques se présente de manière dualiste en anticipant les risques et lorsqu'ils surviennent en tentant de les couvrir. De plus, les développements relatifs à la gestion des risques se manifestent principalement au niveau des entreprises. La fonction reconnue à la notion de garantie se révèle être en concordance avec cette recherche de plus en plus poussée de gestion des risques. En effet, la fonctionnalité de la notion de garantie se présente par le transfert des risques que la notion de garantie implique (1) ce qui confirme que le développement de la gestion des risques enrichit la notion de garantie (2).

1. La notion de garantie et la notion de risque

L'importance prise par la sécurité financière et le principe de précaution témoigne de la volonté de gérer au mieux les risques et cette gestion des risques se présente également comme la fonction attribuée à la notion de garantie. De manière générale, la notion de garantie, lorsqu'elle est rapprochée à la notion de sécurité qui est commune aux notions fonctionnelles d'assurance et de sûretés, elle présente, comme les notions d'assurance et de sûreté, « *un avantage à* (son) *bénéficiaire en lui permettant de transférer au garant la charge du risque qu'il aurait dû supporter en l'absence de garantie* »[294]. En effet, comme le souligne N. BARGUE, « *envisagée à travers sa finalité, la garantie laisse songer à un renforcement de la sécurité d'un créancier, ou plus généralement d'un individu* »[295] et ainsi « *l'obtention de cette sécurité passe par une réduction des incertitudes qui le touchent* »[296]. La notion de garantie est donc étroitement liée à la notion de risque[297]. En effet, de manière générale, « *toute activité supposant un but à atteindre et parfois des conditions à remplir, comporte un risque, risque de ne pas remplir les conditions ou de ne pas atteindre le but qui lui étaient*

[294] N. BARGUE, *op. cit*., p. 98.
[295] N. BARGUE, *op. cit*., p. 98.
[296] N. BARGUE, *op. cit*., p. 98.
[297] V. N. BARGUE, *op. cit*., p. 98 où l'auteur déduit des rapports entre la notion de garantie et la notion de risque que « *la garantie a donc pour but d'apporter une réponse à un risque* ».

fixés »[298]. Le risque est partout et même s'il peut avoir des conséquences positives pour celui qui les prend, l'évolution tend vers une gestion des risques afin de les diminuer et d'être protégé contre d'éventuelles pertes liées à ces prises de risque[299].

G. CORNU définit le risque comme un « *événement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou la date de sa réalisation* »[300]. Toutefois, afin de donner une définition générale de la notion de risque, N. BARGUE s'intéresse aux thèses relatives à cette notion en ce que le risque peut être défini soit comme un événement dommageable, soit comme un événement incertain. Toutefois, il rejette la thèse définissant le risque comme un événement dommageable, c'est-à-dire « *le risque dont la couverture fait l'objet de la garantie s'entend d'un événement contre le bénéficiaire doit être prémuni, de façon à ce qu'un préjudice ne demeure pas à sa charge* »[301]. Cette thèse présente la notion de risque comme un des fondements de la responsabilité délictuelle « *permettant la prise en charge du dommage par la personne qui a contribué à le créer, dans des cas où la responsabilité pour faute se révélait impuissante à assurer une réparation* »[302] ce qui illustre l'idée que le risque « *renvoie, dans une certaine mesure, à la répartition des conséquences du dommage* »[303]. De plus, cette thèse relative au risque comme étant un événement dommageable montre que c'est « *en matière d'assurance que la définition du risque est envisagée de la façon la plus approfondie, puisqu'il est considéré comme l'un des éléments caractéristiques du contrat d'assurance* »[304]. En effet, comme le relève le Professeur V. NICOLAS, « *le contrat d'assurance n'a pas fait, en droit interne, l'objet d'une définition légale, que ce soit dans la*

---

[298] J-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, préf. M. VASSEUR Sirey, Bibl. de dr. com., Paris, 1964, p. 109 où l'auteur illustre l'importance de la notion de risque avec la caution bancaire en rappelant qu' « *afin d'atteindre le but normal de l'engagement, simple prêt de signature, la caution bancaire étudie avec un soin particulier les risques inhérents à l'opération qu'on lui demande de garantir* ».

[299] La notion de risque est empruntée de l'italien risco qui signifie d'origine obscure d'où peut-être la connotation négative attachée plus fortement à cette notion. De plus, v. Y. MAYAUX, *Rép. Civ. Dalloz*, v. *Assurances terrestres*, 2007, n°4 où l'auteur explique qu' « *au sens strict du terme, le risque est l'événement aléatoire contre lequel l'assuré souhaite se prémunir* » et qu' « *entendu de cette manière, il est apprécié indépendamment de ses conséquences, heureuses ou malheureuses* ». L'auteur illustre son propos en rappelant qu' « *commun du terme au plan technique, la vie (ou – plus justement – la survie à un certain âge) constitue pour la personne un risque, même si dans le sens elle est plutôt perçue comme une espérance* ». Il précise que « *l'essentiel est que l'événement envisagé soit incertain dans sa réalisation ou sa date de survenance, autrement dit qu'il soit affecté d'un aléa* » et que donc « *cette incertitude confère à l'opération d'assurance une part d'obscurité qui lui est consubstantielle* ».

[300] G. CORNU, op. cit.

[301] N. BARGUE, *op. cit*., p. 99 et s.

[302] N. BARGUE, *op. cit*., p. 99.

[303] N. BARGUE, *op. cit*., p. 99.

[304] N. BARGUE, *op. cit*., p. 100.

loi du 13 juillet 1930 ou dans les textes ultérieurs »[305] et la doctrine multiplie les interprétations de ce droit. Toutefois, même si le risque, comme le contrat d'assurance ne connaît pas de définition dans les textes et la jurisprudence, « *il est sans doute, avec le caractère aléatoire, l'élément le plus caractéristique du contrat d'assurance* »[306]. Ainsi, en matière d'assurance, le risque concerne soit l'événement redouté qui se présente, malgré l'ambiguïté du terme de risque en droit des assurances, comme l'incertitude qui *« peut porter sur différents éléments : soit la réalisation en elle-même de l'événement, soit la date à laquelle elle se produira* »[307], soit le dommage survenu à l'assuré où dans ce cas là, « *l'incertitude pesant sur le contrat porte alors sur l'existence d'un préjudice, ainsi que son importance* »[308]. Toutefois, ces recherches en faveur d'une fondation de la notion de garantie sur le caractère dommageable de l'événement rencontrent des obstacles. En effet, comme le souligne N. BARGUE, « *la garantie se distingue (...) par sa fonction de protection d'un intérêt du bénéficiaire* »[309]. Il précise que l'atteinte aux intérêts de ce bénéficiaire « *n'est pas constituée par la seule survenance de l'événement redouté, mais bel et bien par celle du dommage qui en découle* »[310] en ce sens que la coïncidence de ces deux événements n'est pas systématique et donc « *un événement ne mérite assurément pas d'être couvert par une garantie si aucun désagrément n'est susceptible d'en résulter pour le bénéficiaire* »[311]. Ainsi, la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 juillet 1994, estime, que les assurances d'invalidité souscrites par le demandeur ne contenaient aucune clause interdisant « *d'étendre le bénéfice des stipulations contractuelles à un accident antérieur dès lors qu'au moment de la signature du contrat le risque en découlant n'était ni certain dans sa réalisation ni déterminable dans son étendue* »[312]. Cet arrêt de la Cour de cassation confirme que le risque couvert par une garantie renvoie au dommage et non à la circonstance. De plus, la thèse fondée sur le dommage survenu à l'assuré confond les notions de sinistre et de risque où « *l'événement incertain n'est pas le risque, mais seulement le sinistre, c'est-à-dire l'événement redouté ou l'atteinte aux intérêts du bénéficiaire de la garantie* »[313] et « *le risque, nécessaire, à la*

---

[305] V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA*, 1998, p. 637 et s.
[306] V. NICOLAS, *op. cit.* , p. 637 et s.
[307] N. BARGUE, *op. cit*., p. 100.
[308] N. BARGUE, *op. cit*., p. 101.
[309] N. BARGUE, *op. cit*., p. 101.
[310] N. BARGUE, *op. cit*., p. 101.
[311] N. BARGUE, *op. cit*., p. 101.
[312] Cass. Civ. 1ère, 8 juill. 1994, n°92-15551 où en l'espèce, le demandeur s'était fait amputé sa jambe en 1986 suite à un accident survenu en 1963 et avait souscrit entre temps des contrats d'assurance incluant des garanties d'invalidité.
[313] N. BARGUE, *op. cit*., p. 101.

garantie, doit quant à lui exister et être certain »[314]. Malgré le rejet de ces thèses, N. BARGUE relève l'idée de la répartition du risque qui ressort de ces thèses. En effet, « *le rôle du garant est bien de prendre en charge le risque couru au départ par le bénéficiaire* »[315] ce qui différencie la notion de garantie de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle en ce qu'aucun transfert de risque n'est opéré par la responsabilité contractuelle dans le sens où « *l'idée de responsabilité contractuelle, fondée sur la réparation du préjudice consécutif à l'inexécution, est étrangère à la garantie, car le responsable ne fait que subir les conséquences de son propre fait, sans procurer de sécurité supplémentaire à la victime* »[316].

2. La notion de garantie et le transfert du risque

La gestion des risques demande une analyse et une évaluation des risques. Elle se présente donc comme un outil de gestion ayant pour objectif de mettre en œuvre la fonction de sécurité. Ainsi, dans le cadre d'une entreprise, la gestion des risques « *consiste à trouver la solution optimale, c'est-à-dire celle qui fait supporter à l'entreprise un risque minimum compatible avec sa survie sans que le coût de la couverture devienne trop important* »[317]. Par conséquent, comme le précise D. LEDOUBLE, « *le but à atteindre est donc un équilibre entre un certain taux de risque et le taux de couverture du risque* »[318] et cet équilibre, pour les entreprises, varie selon les contraintes internes à l'entreprise mais également extérieures à elle. Ainsi, au niveau de l'entreprise, il existe un seuil de vulnérabilité de l'entreprise qui est fonction de la structure financière de l'entreprise et de sa capacité d'endettement et d'appel à ses fonctionnaires. Au niveau des risques externes à l'entreprise, les entreprises les prennent en compte ce qui limitent leurs choix. Ainsi, D. LEDOUBLE montre que les contraintes extérieures à l'entreprise « *peuvent provenir du cocontractant* »[319] et que « *c'est ainsi que les conditions générales de certaines grandes entreprises stipulent l'obligation pour le cocontractant de prendre à sa charge certains risques ; c'est ce qu'on appelle un pacte de*

[314] N. BARGUE, *op. cit*., pp. 101-102
[315] N. BARGUE, *op. cit*., p. 102.
[316] N. BARGUE, *op. cit*., p. 102.
[317] D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, préf. Cl. CHAMBAUD, Bibliothèque du droit de l'entreprise, Paris, 1980, p. 245 et s.
[318] D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 248.

garantie qui opère un véritable transfert des risques »[320]. Ainsi, comme le résume D. LEDOUBLE, « *c'est donc à la fois en fonction de ses objectifs et des contraintes qu'elle supporte que l'entreprise ajuste sa gestion des risques* »[321]. Prenant l'exemple de la gestion du risque de change dans un groupe d'entreprises, D. LEDOUBLE expose que le groupe d'entreprises « *peut (...) appliquer au niveau mondial ce que bon nombre d'entreprises appliquent au niveau national 'l'art de la trésorerie zéro', c'est-à-dire le principe selon lequel chaque unité dans le monde entier détient au niveau local le minimum seulement de balances de trésorerie à des fins de transactions et aucune liquidité à des fins de précaution* »[322].

B. La manifestation de la notion de garantie dans la gestion des risques

Le risque peut être défini « *comme toute situation dans laquelle les flux de trésorerie qui lui sont associés ne sont pas connus avec certitude* »[323]. Toutefois, le risque n'a pas uniquement des conséquences financières. En effet, « *au-delà du dommage purement monétaire, c'est l'ineffectivité des dispositions contractuelles qui apparaissent comme le risque majeur* »[324]. Ainsi, la notion de garantie peut se présenter comme un élément du contrat, élément qui cherche à anticiper et donc réduire ces risques d'inexécution du contrat (1). De plus, la notion de garantie, tout en conservant sa fonction de gestion des risques, peut également se présenter sou la forme d'un acte verbal (2).

1. La garantie comme élément contractuel de gestion des risques

La garantie se présente le plus souvent sous la forme d'un contrat[325]. Ainsi, le Professeur J-M. MOUSSERON rappelle que « *s'il est vrai que l'homme diffère de l'animal en ce*

---

[319] D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 248.
[320] D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 248 où l'auteur précise que « *les conditions générales de l'EDF vont plus loin et exigent du constructeur qu'il couvre les risques qui lui sont transférés au moyen d'assurances appropriées* ».
[321] D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 249.
[322] D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 249.
[323] D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 71 et s.
[324] D. LEDOUBLE,*op. cit.*, p. 77.
[325] Voir sur la garantie sous forme de garantie, P. LIGNIERES, *Les cautionnements et les garanties d'emprunt données par les collectivités locales*, Litec, Paris, 1994, p. 269 et s. où l'auteur rappelle que, pour l'octroi de

qu'il a mémoire et projet, le contrat est l'instrument distinctif de la société humaine en ce qu'il inscrit une opération économique dans la durée »[326] et précise que « *l'opération la plus simple, une vente au comptant par exemple, pousse dans le temps, à la façon d'un pseudopode, une mince mais tenace obligation de garantie* »[327]. Le contrat est conclu pour durer et doit donc anticiper le futur. En effet, « *le contrat rencontre les inconnues du lendemain et implique la contrainte destinée à les maîtriser* »[328]. Cette anticipation lors de la conclusion d'un contrat a pour conséquences que « *les parties vont alors, s'efforcer d'imaginer le contenu de ce futur pour rendre leur accord compatible avec l'évolution des variables dont l'opération contractuelle dépend* »[329]. Ainsi, la notion de risque apparaît comme omniprésente lors de la conclusion d'un contrat et est entendue par le Professeur J-M. MOUSSERON comme une « *éventualité au jour de la conclusion du contrat* »[330] qui se manifeste par « *toute déviation par rapport à la ligne tracée, au projet initial social, économique ou financier dont les parties étaient initialement convenues* »[331]. En d'autres termes, lors de la conclusion d'un contrat, les cocontractants anticipent les risques et cherchent des moyens pour se protéger de leur éventuelle survenance. De plus, « *le contrat doit essentiellement se préoccuper des risques tenant à son exécution, à la réalisation du projet conventionnel* »[332] et « *il était longtemps apparu que, face aux risques, le recours des parties tenait à la seule assurance* »[333]. Les risques liés au contrat peuvent être internes ou externes au contrat.

Pour la prévention des risques internes au contrat, se développe une gestion de l'inexécution qui vient se substituer à la théorie classique de gestion des risques fondée sur la contrainte[334]. En effet, comme le souligne le Professeur J-M. MOUSSERON, *« l'évolution va*

---

cautionnements et de garanties d'emprunt, « *l'utilisation du contrat par les collectivités locales traduit la volonté de la puissance publique de se comporter comme une personne privée* ».

[326] J-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.* 1988, p. 481 et s., n°28.

[327] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[328] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[329] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[330] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[331] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[332] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[333] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28. Voir également sur l'assurance comme moyen de gestion des risques, D. LEDOUBLE, *op. cit.*, p. 246 et s. où l'auteur estime que « *l'influence des compagnies d'assurance, ajoutée à la paresse intellectuelle de certains juristes, ont pu laisser croire que l'unique moyen de réduire les risques liés à un contrat ne pouvait être que l'assurance, alors qu'une rédaction attentive des clauses même du contrat peut rendre les plus grands services sans entraîner des frais supplémentaires* ».

[334] Sur la théorie classique de gestion des risques fondée sur la contrainte, voir J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28 où l'auteur rappelle que « *la théorie classique rattache la plupart des situations d'inexécution d'obligations contractuelles à la faute par négligence, imprudence ou volonté d'occasionner le dommage de leur*

consister à 'déculpabiliser' l'inexécution, à ne plus y voir le signe d'une quelconque faute d'un débiteur négligent ou récalcitrant mais un risque dont il faut organiser le traitement »[335]. Ainsi, prévoir la possibilité de suspendre le contrat ou encore demander des sûretés regroupe deux moyens de prévention d'inexécution d'un contrat. Le Professeur J-M. MOUSSERON illustre cette gestion des risques interne du contrat avec la clause de consignation qui en « *maintenant la charge du paiement, elle est, en premier, neutre pour le débiteur. Privant le créancier de son avantage immédiat, elle vaut, rapidement, contrainte à l'exécution de ses propres obligations. Permettant au débiteur de récupérer ses fonds en cas d'inexécution définitive, de résolution ou d'annulation, elle prévient, enfin, un risque d'insolvabilité de son vis-à-vis au cas où la mauvaise fin du contrat lui permettrait de rappeler les sommes consignées* »[336].

En plus des risques internes au contrat, des risques externes existent. En effet, des événements extérieurs à la relation contractuelle, non imputables aux cocontractants, peuvent avoir des conséquences sur l'exécution du contrat. La couverture de ces risques externes au contrat, dans la mesure où ils sont envisageables, peut être présente dès la conclusion du contrat afin de diminuer les risques de non exécution du fait de l'apparition de ces risques et donc de pertes pour les cocontractants. Le Professeur J-M. MOUSSERON entend par risques externes du contrat « *les perturbations de la ligne idéale convenue entre les parties résultant d'événements extérieurs à leurs comportements* »[337] comme les « *mouvements imprévus des prix, perturbations des taux de change, événements sociaux, politiques ou économiques divers, innovations législatives ou réglementaires, évolution technologique* »[338].

Ainsi, des mécanismes, comme les clauses de hardship, sont apparus afin de diminuer les risques liés à certains contrats[339]. Ces mécanismes de clauses d'adaptation automatique ou semi-automatique ont été créés suite à des événements extérieurs venus perturbés des contrats en cours. En effet, les crises économiques et financières ont été sources d'innovation et ont permis de trouver des mécanismes visant à prévenir ces incidents externes aux contrats et à

---

débiteur ». Or « *tolérer cette faute renforce le dommage et renforce le risque* ». Ainsi, « *prévenir le risque conduit à éviter ce dommage en contrariant pareille attitude fautive* ».

[335] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[336] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[337] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[338] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[339] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28 où l'auteur précise que c'est « *depuis que les lourdes 'clauses de hardship' inscrites notamment dans les contrats de transport pétrolier à la suite de la crise de Suez ont attiré*

éviter que ces crises impactent l'exécution des contrats en cours. En d'autres termes, comme le résume, le Professeur J-M MOUSSERON, « *l'idée de départ est qu'un événement extérieur pèse lourdement et développe des risques à la charge de l'un de ces partenaires dont, au moment de la conclusion de l'accord, on ne sait pas nécessairement qui il sera* »[340]. Dans de telles circonstances, l'insertion de clauses d'adaptation « *va permettre d'éviter ce risque, et, par conséquent, de ne plus l'imputer à charge de l'un des partenaires et, s'il comporte des aspects favorables, d'en priver corrélativement son cocontractant* »[341]. Cette prévention des risques connaît une graduation selon les mécanismes choisis afin de prévenir les risques. En effet, « *selon le caractère plus ou moins incitatif de la révision du contrat, la prévention des risques sera favorisée ou, au contraire, limitée* »[342]. L'autre clause proposée par le Professeur J-M. MOUSSERON prévenant les risques externes au contrat est la clause de résiliation-sauvegarde qui consiste à permettre à l'une des parties de mettre fin, de manière anticipée, au contrat lorsque la situation extérieure est génératrice de risques excessifs pour elle. Ainsi, en déclenchant cette clause de « destruction anticipée du contrat », la partie concernée par les risques excessifs externes au contrat, évitera des pertes et en évitera également à son cocontractant dans le sens où « *il y a moins de danger et de perturbation de leurs intérêts à rompre la convention qu'à lui laisser engendrer des effets économiques désastreux tout à fait contraires à ceux qu'elles avaient eus en vue au jour de leur consentement* »[343].

Les mécanismes ayant pour fonction de prévenir les risques internes et externes au contrat conclu ne sont pas nouveau comme en témoigne la fidéjussion dans les tablettes de Pompéi où les actes « *mentionnent avec précision ce que le fidéjusseur acceptait de prendre 'sous sa foi et à ses risques' et c'était ordinairement la somme de ses sesterces 'susénoncée', celle qui constituait l'objet de l'obligation principale* »[344]. De plus, comme le remarque le Professeur J. MACQUERON, ces mécanismes sont préférés « *aux autres procédés verbis, plus anciens,*

---

l'attention, les praticiens des contrats ont pris conscience des multiples formules possibles d'adaptation de leurs relations et en ont élargi et diversifié l'emploi ».

[340] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[341] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

[342] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28 où l'auteur donne l'exemple de cette graduation des mécanismes insérés dans le contrat ayant pour objectif de prévenir les risques externes au contrat en montrant que « *s'il est prévu, par exemple, qu'à défaut d'arrangement amiable, un tiers, mandataire commun, aura la faculté de réviser, de façon contraignante, l'accord initial, la clause prévoyant ce mécanisme prévient le risque et évite, donc, d'en charger celui qui aurait dû en pâtir* » alors que « *si seule, au contraire, la négociation d'un arrangement amiable est prévu et/ou si le rôle du tiers est limité à des fonctions de conciliation et si, à défaut de pareil accord, le contrat doit être maintenu en l'état, pareil dispositif maintient une large part des risques à celui qui devait en être le 'titulaire' initial* ».

[343] J-M. MOUSSERON, *op. cit*., p. 481 et s., n°28.

sponsio et fidepromossio »[345]. Toutefois, les engagements moraux, même s'ils restent à la marge, sont encore présents et demeurent difficiles à apprécier et à prouver.

2. La garantie comme engagement verbal de gestion des risques

Le rapprochement du serment et de la notion de garantie (a) permet d'éclairer la notion large de garantie comprise par le droit des aides d'Etat de l'Union européenne qui englobe également les déclarations publiques à l'égard d'entreprises lorsque celles-ci représentent un avantage provenant de ressources de l'Etat qui fausse ou menace de fausser la concurrence (b).

a. La notion de garantie et le serment

A côté des clauses insérées dans les contrats visant à prévenir les risques externes et internes, les engagements verbaux enrichissent la définition de la notion de garantie. Ainsi, comme le rappelle le Professeur J. GAUDEMET, il reste que « *le premier mode de garantie, engageant une personne à côté du débiteur principal, fut celui de l'engagement verbal par sponsio* »[346]. Le sponsio ou la fidepromissio apparaissent en droit romain comme des contrats formels à côté du nexum et du contrat littéral.

Originellement, ces contrats verbaux du droit romain se présentent comme des serments à caractère obligatoire. En effet, la sponsio « *désignait anciennement un acte religieux, un serment* »[347] et « *la sponsio étant un serment et le serment étant générateur d'obligation dans le droit ancien, il n'y a rien de bien audacieux à supposer que la sponsio obligatoire du droit nouveau vient d'une sponsio obligatoire, en qualité de serment, du droit ancien* »[348]. Une des conditions essentielles à la formation des contrats verbaux reste la présence des parties lors de la conclusion du contrat.

---

[344] J. MACQUERON, « La fidéjussion dans les tablettes de Pompéi », *in Mélanges offerts à J. DAUVILLIER*, Centre d'histoire juridique méridionale, Toulouse, 1979, p. 479 et s.
[345] J. MACQUERON, *op. cit.,* p. 479 et s.
[346] J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, Paris, 2000, p. 297 et s.
[347] P-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1929, 8ème éd., p. 515 et s.
[348] P-F. GIRARD, *op. cit*., p. 515 et s.

Le serment apparaît en étroite relation avec la notion de confiance. En effet, Monsieur T. TAZDAIT, après avoir rappelé que « *de nombreux travaux conçoivent la confiance comme le résultat d'un travail en commun ou de la présence d'institutions* »[349], montre que « *le problème peut être renversé en considérant la confiance non pas comme la conséquence des relations humaines mais comme son point de départ* »[350] et en déduit alors que « *cette démarche permet de lever le paradoxe du jeu de la confiance en recourant à une solution relativement simple, celle de la promesse pure, c'est-à-dire un engagement bilatéral qui ne nécessite pas l'intervention directe d'un tiers* »[351]. De plus, Monsieur T. TAZDAIT met en évidence que « *conceptuellement, l'attrait de la promesse pure réside dans le fait que si elle est spontanément respectée, elle n'occasionnera aucun coût dans sa mise en œuvre* »[352] et illustre ses propos en estimant qu'un « *exemple concret de promesse pure est donné par le serment dont le respect est souvent lié à une foi commune* »[353]. L'auteur développe l'idée relative au serment en expliquant que « *Grotius, par exemple, fait du serment une institution secondaire dont le rôle consisterait à mettre un terme aux différends entre des peuples qui ne vivent pas dans une même société civile* »[354] et « *ainsi, le serment n'expliquerait pas l'émergence de la société, mais servirait de garantie à une entente, non pas entre des individus, mais entre des groupes d'individus déjà constitués (peuples, nations)* »[355].

Monsieur T. TAZDAIT ajoute que « *ces groupes étant caractérisés par des valeurs différentes, on s'en référerait au plus petit dénominateur commun pour favoriser la paix entre eux, à travers le serment* »[356]. Monsieur T. TAZDAIT nuance l'apport du serment avec HOBBES où pour lui, « *les mots n'étant que du vent, ils ne peuvent plus contraindre les hommes à respecter leurs engagements* »[357] et précise en reprenant les propos de HOBBES que « *le serment n'ajoute rien à l'obligation. Car une convention si elle est légitime, vous lie aux yeux de Dieu en l'absence de serment aussi bien qu'en cas de serment ; et si elle est illégitime, elle ne lie pas du tout, fût-elle-même confirmée par un serment* »[358]. L'auteur en conclut alors que « *l'individu qui donne sa parole ne la respectera que s'il y est contraint, et cela passe par la*

---

[349] T. TAZDAIT, *L'analyse économique de la confiance*, LMD, Ed. De Boeck Université, 1ère éd., 2008, p. 57 et s.
[350] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[351] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[352] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[353] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[354] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[355] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[356] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[357] T. TAZDAIT, *op. cit.*, p. 57 et s.
[358] HOBBES, 1651 (1983, p. 142).

crainte du pouvoir d'un tiers, en l'occurrence l'Etat »[359] et évoque l'idée qu' « *on retrouve ici une analogie avec les conceptions de l'Europe médiévale où la validité du serment était garantie par la crainte de Dieu* »[360].

b. La notion de garantie et les engagements verbaux au niveau du droit de l'Union européenne

Les engagements verbaux connaissent des développements au niveau de l'Union européenne par rapport au droit des aides d'Etat. En effet, comme le rappelle l'arrêt du TFUE concernant les demandes d'annulation de la décision 2006/621/CE de la Commission du 2 août 2004 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, « *la Commission a bien analysé de nombreux arguments juridiques visant à démontrer, d'une part, que de telles déclarations publiques étaient équivalentes à une garantie d'Etat d'un point de vue juridique et, d'autre part, qu'elles mettaient en jeu la réputation de l'Etat avec des coûts économiques en cas de non-respect* » et d'ajouter que « *pris dans [leur] ensemble, ces éléments pouvaient être conçus comme risquant effectivement de mettre en danger des ressources d'Etat (soit en engageant la responsabilité de l'Etat vis-à-vis des investisseurs, soit en augmentant le coût des transactions futures de l'Etat)* »[361]. Toutefois, comme le souligne également le TFUE, « *en l'espèce la Commission ne dispose pas d'éléments suffisants pour prouver de manière irréfutable la présence d'aide sur le fondement de cette thèse novatrice* »[362]. Pour l'Etat français et France Télécom, *« les déclarations depuis juillet 2002 seraient imprécises et conditionnelles et ne pourraient être qualifiées d'actes ou de faits juridiques contraignants, ni de garantie étatique explicite ou implicite au sens du droit administratif français* »[363] et qu' « *en outre, à défaut de caractère ferme, clair et précis, ces déclarations ne constitueraient pas des promesses de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »[364].

---

[359] T. TAZDAIT, *op. cit*., p. 57 et s.
[360] T. TAZDAIT, *op. cit*., p. 57 et s.
[361] TFUE, 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.
[362] TFUE, *op. cit*., T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.
[363] TFUE, *op. cit*., T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.
[364] TFUE, *op. cit*., T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.

De plus, l'Etat français et France Télécom prétendent que « *l'interprétation des déclarations depuis juillet 2002 relève du seul droit administratif français et non du droit civil, commercial ou pénal français* »[365]. Ils en déduisent d'une part, qu' « *en raison de leur caractère imprécis et conditionnel, ces déclarations ne sauraient être qualifiées d'engagement contractuel ou unilatéral, ne fût-ce que sous forme d'une lettre d'intention, de promesse d'exécuter une obligation naturelle ou de promesse exécutoire* »[366] et d'autre part qu' « *il ne s'agirait pas non plus d'un engagement quasi contractuel, ni de faits juridiques pouvant donner lieu à la responsabilité délictuelle de l'Etat* »[367].

Toutefois, comme le souligne la société Bouygues, la Commission, dans sa décision du 23 juin 1999 portant approbation conditionnelle de l'aide accordée par la France au Crédit foncier de France, « *estime que la déclaration ministérielle ne peut pas être considérée – comme suggéré par les autorités françaises – comme un engagement politique pur et simple et non juridique et que donc les arguments fournis sous-estiment la portée substantielle d'une telle déclaration du ministre responsable des affaires économiques et financières* »[368]. En effet, dans cette affaire, la Commission « *considère que la déclaration du ministre d'avril 1996, même si elle n'a pas été formalisée juridiquement, a néanmoins eu des effets substantiels et doit donc être considérée comme équivalente à une garantie* »[369].

Ainsi, dans son arrêt du 19 mars 2013[370], la Cour de justice de l'Union européenne a annulé l'arrêt du Tribunal du 21 mai 2010 concernant les déclarations publiques et l'avance d'actionnaire de la part de l'Etat en faveur de France Télécom. En effet, la Cour, après avoir rappelé que « *la Commission a ajouté, dans son analyse relative à l'engagement de ressources d'Etat, 'qu'une charge potentielle supplémentaire sur les ressources d'Etat a été créée par l'annonce de la mise à disposition de l'avance d'actionnaire couplée avec la réalisation des conditions préalables à cette mise à disposition (...), l'apparence donnée au marché que cette avance avait été mise effectivement à disposition (...) et finalement par l'envoi du contrat d'avance paraphé et sign par l'ERAP à FT'* »[371], estime qu'il ne peut pas

---

[365] TFUE, *op. cit*., T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.
[366] TFUE, *op. cit*., T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.
[367] TFUE, *op. cit*., T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04.
[368] Décision de la Commission du 23 juin 1999 portant *approbation conditionnelle de l'aide accordée par la France au Crédit foncier de France*, 2001/89/CE, *JOUE* n°L 034 du 3 févr. 2001, p. 0036-0054.
[369] Décision de la Commission du 23 juin 1999, *op. cit*., 2001/89/CE, *JOUE* n°L 034 du 3 févr. 2001, p. 0036-0054.
[370] CJUE, 19 mars 2013, aff. jtes C-399/10 P et C-401/10 P.
[371] CJUE, *op. cit*., aff. jtes C-399/10 P et C-401/10 P, pt. 128.

être exclu « *d'emblée que plusieurs interventions consécutives de l'Etat doivent être regardées comme une seule intervention, notamment lorsque de telles interventions présentent, au regard de leur chronologie, de leur finalité et de la situation de l'entreprise, des liens tellement étroits entre elles qu'il est impossible de les dissocier* »[372] or en l'espèce, pour la Cour de justice, « *il est manifeste que l'annonce du 4 décembre 2002 ne peut être dissociée de l'avance d'actionnaire offerte sous forme d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros dont ladite annonce fait expressément état* »[373] et d'en conclure que c'est donc « *à bon droit que la Commission a estimé que l'avance d'actionnaire, annoncée et notifiée, le 4 décembre 2002, a conféré à FT un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE* »[374]. Ce contentieux témoigne que la notion de garantie se présente sous les formes les plus diverses et l'exemple des engagements verbaux inclus dans les formes de la garantie permet d'établir que la notion de garantie recherche avant tout à protéger contre les risques éventuels de perte.

La notion de garantie répond bien à une définition fonctionnelle en ce sens qu'elle ne répond pas à des critères précis mais au contraire tire son origine d'une fonction qui, pour la notion de garantie, est de prémunir contre le risque d'une perte, pécuniaire ou non. En d'autres termes, la notion de garantie englobe tous les mécanismes permettant de satisfaire cette fonction inhérente à la garantie et qui, au final, recouvre des mécanismes très divers.

---

[372] CJUE, *op. cit*., aff. jtes C-399/10 P et C-401/10 P, pt. 130 où la Cour de justice précise bien qu' « *il convient de constater que, comme il a été relevé aux points 103 et 104 du présent arrêt, les interventions étatiques peuvent prendre des formes diverses et doivent être analysées en fonction de leurs effets* ».
[373] CJUE, *op. cit*., aff. jtes C-399/10 P et C-401/10 P, pt. 131.
[374] CJUE, *op. cit*., aff. jtes C-399/10 P et C-401/10 P, pt. 132.

CHAPITRE 2 : La confirmation d'une définition fonctionnelle de la garantie par rapport aux notions de sûreté et d'assurance

Du latin securus, qui signifie « sûr », les notions de sûretés et d'assurance présentent le point commun d'avoir la même étymologie[375]. La comparaison entre les notions de sûretés et de garantie[376] paraît évidente. Elle semble plus délicate entre les notions de garantie et d'assurance. Toutefois, comme le soulignent les Professeurs Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, entre les notions de garantie et d'assurance, « *plusieurs sortes de rapprochements méritent (...) d'être opérés* »[377].

Les notions de sûreté et de garantie n'ont pas fait l'objet d'une définition par le législateur mais ils semblent que les sûretés présentent des liens particulièrement étroits avec la notion de garantie (SECTION 1) et l'étude de l'assurance par rapport à la notion de garantie donne des indications pertinentes sur les contours de la notion de garantie (SECTION 2).

SECTION 1 : Les sûretés, un sous-ensemble de la garantie

Les Professeurs Ph. MALAURIE et L. AYNES montrent l'intérêt de la confrontation entre les notions de garantie et de sûreté en affirmant que « *la sûreté est (...) une garantie, en ce sens qu'elle rend plus probable la satisfaction à terme du créancier. Mais toute garantie n'est pas une sûreté* »[378]. L'intérêt de ce rapprochement entre ces deux notions reste

---

[375]V. N. LEBLOND, *Assurances et sûretés*, thèse Paris II, 2007, p. 2 qui précise que « *le rapprochement des assurances et des sûretés l'est d'abord d'un point de vue sémantique. Assurer a pour racine le terme de bas latin assecurare qui signifie rendre sûr. Or, en latin, sûr se dit securitas – la sécurité, qui est aussi la racine du terme sûreté. La parenté sémantique entre les assurances et les sûretés ne fait donc aucun doute et se retrouve lorsqu'on situe ces termes dans le champ juridique* ».

[376] V. notamment G. JEZE, « La garantie des emprunts publics d'Etat », *RCADI*, 1925, II, p. 151 et s. où l'auteur expose que « *lorsqu'un Etat émet un emprunt, il donne parfois aux prêteurs des sûretés juridiques pour garantir l'exécution fidèle de tous les engagements pris tant pour le service des intérêts que pour le remboursement du capital* » et présente les différentes catégories de garanties en distinguant les sûretés réelles des sûretés personnelles.

[377]Ph. SIMLER et Ph.DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, Dalloz, Paris, 5ème éd., 2009, p. 17.

[378]Ph.MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés – La publicité foncière*, *Défrénois*, Paris, 2009, p. 1 et s.

principalement d'ordre pratique et le choix de considérer les sûretés comme une catégorie appartenant à la famille des garanties (§2) paraît être le plus cohérent par rapport au désordre législatif, jurisprudentiel et doctrinal régnant dans les relations entre ces deux notions (§1).

§1. L'indépendance de la garantie par rapport à la notion de sûreté

Les notions de sûreté et de garantie présentent la particularité de ne pas connaître de définition explicite dans les textes (A) et la jurisprudence semble suivre la théorie des 'petits pas' pour apporter des éléments de distinction (B).

I. La confusion entre les notions de sûreté et de garantie

Le législateur reste silencieux sur la définition de la notion de sûreté (A). Toutefois, les textes présentent la notion de garantie prise dans un sens large (B).

A. L'absence de définition par le législateur du terme de sûreté

Les notions de sûreté et de garantie semblent aux yeux du législateur synonymes. Toutefois, ce constat demande à être nuancé comme en témoigne la présence de la sûreté dans les textes. De plus, la notion de sûreté prise dans son sens général connaît des développements intéressants dans les textes par rapport à son implication en droit civil ce qui semble être réduit 'à peau de chagrin' en droit public.

Tout d'abord, dans son sens général, la sûreté renvoie à la sûreté de l'Etat et la sûreté de la personne[379]. Ainsi, le terme de sûreté est présent dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1789 où son article 2 dispose que « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ». La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, dans l'intitulé de son article 5 et dans son alinéa premier mentionne également la notion de sûreté en ce sens que « *toute personne a droit à la liberté et à la sûreté* ». Le terme de sûreté, dans son sens plus général que celui qui lui est donné en matière de crédit, est également présent à l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales[380]. L'article 4 du Code des marchés publics présente également le terme de sûreté dans son sens générique en ce qu' « *un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'Etat dans les marchés et autres contrats* »[381].

Dans le Code général de la propriété des personnes publiques, le terme de sûreté est employé à l'article L. 2132-8 dans son sens général en ce qu'il dispose que « *nul ne peut (...) dégrader, détruire ou enlever les ouvrages construits pour la sûreté et la facilité de la navigation et du halage sur les cours d'eau et canaux domaniaux ou le long de ces dépendances* ». Toutefois, dans son article L. 2122-7, le Code général de la propriété des personnes publiques reprend le sens donné par le Code de commerce et le Code civil[382].

En effet, dans le Code civil, le livre IV est consacré aux sûretés et se décompose en deux titres, le premier relatif aux sûretés personnelles et le second aux sûretés réelles. Les premiers articles de ce livre IV ne donne pas d'indications sur la notion de sûreté. Ils présentent simplement la situation ordinaire d'un créancier par rapport à un créancier privilégié par la détention de sûretés.

---

[379]Au total, le terme de sûreté est mentionné 1166 dans l'ensemble des Codes que connaît le droit français.
[380]Ancien article L. 132-1 du Code des communes. Ces articles disposent dans leur premier alinéa que « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique* ».
[381]Cette formule est aussi reprise à l'article 176 du Code des marchés publics dans la troisième partie nommée « Dispositions applicables aux marchés de défense ou de sécurité ».
[382]Cet article L. 2122-7 du Code général de la propriété des personnes publiques est relatif aux sûretés réelles. Ainsi, il dispose que « *le droit réel conféré par le titre, les ouvrages, constructions et installations de caractère immobilier ne peuvent être cédés, ou transmis dans le cadre de mutations entre vifs ou de fusion, absorption ou scission de sociétés, pour la durée de validité du titre restant à courir, y compris dans le cas de réalisation de la sûreté portant sur lesdits droits et biens et dans les cas mentionnés aux premier et deuxième alinéas de l'article*

Pour les sûretés personnelles, l'article 2287-1 du Code civil précise que « *celles régies par le présent titre sont le cautionnement, la garantie autonome et la lettre d'intention* ». Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, seul le cautionnement trouvait une place dans le Code civil[383]. Cette ordonnance du 23 mars 2006[384] a permis d'instaurer un livre spécifique pour les sûretés et d'ajouter dans le titre relatif aux sûretés personnelles deux mécanismes connus de la pratique que sont la garantie autonome et la lettre d'intention. Contrairement au cautionnement qui ne connaît toujours pas de définition précise, la garantie autonome est définie au premier alinéa de l'article 2321 du Code civil en ce qu'elle est « *l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues* ». La lettre d'intention codifiée à l'article 2322 du Code civil connaît un seul alinéa qui précise qu'elle « *est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier* ». La garantie autonome et la lettre d'intention consacrée par l'ordonnance du 23 mars 2006 présentent l'avantage d'être définies[385] et ainsi d'être qualifiées explicitement par le législateur d'engagement.

Dans son article 2323 relatif aux dispositions générales des sûretés réelles, le Code civil dispose que « les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques ». Toutefois, l'ordonnance du 23 mars 2006 classe les sûretés réelles selon qu'elles sont mobilières ou immobilières[386]. La catégorie des sûretés réelles mobilières comprend, selon l'article 2329 du Code civil, les privilèges mobiliers, le gage de meubles corporels, le

---

L. 2122-8, qu'à une personne agréée par l'autorité compétente, en vue d'une utilisation compatible avec l'affectation du domaine public occupé ».

[383] La garantie autonome et la lettre d'intention étaient reconnues par la pratique sur le fondement de l'article 1134 du Code civil.

[384]Ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006, p. 4475, texte n°29, NOR : JUSX0600032R. Voir également rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, JORF n°71 du 24 mars 2006, p. 4467, texte n°28, NOR : JUSX0600032P. V. également Ph. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, n°13, 29 mars 2006, I 124, J. STOUFFLET, « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. Sociétés*, n°3, 2006, p. 473 et s.

[385]Ces définitions reprennent largement les propos d'une partie des auteurs. V. dans ce sens, pour la garantie autonome, Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3ème éd., 2000, n°857.

[386]Sur ce point, le Professeur J. STOUFFLET souligne que « *la propriété garantie dont la généralisation eût exigé un texte de nature législative que le groupe de travail avait suggéré d'inclure dans l'ordonnance* » ce qui « *n'a pas été suivi sur ce point* », J. STOUFFLET, « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. Sociétés*, n°3, 2006, p. 473.

nantissement et la propriété retenue ou cédée à titre de garantie[387]. Pour les sûretés réelles immobilières, le sous-titre III du titre II du livre IV présente les privilèges immobiliers, le gage immobilier et l'hypothèque. Ainsi, le gage mobilier est défini par l'alinéa premier de l'article 2333 du Code civil comme « *une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs* ». Pour le gage immobilier, le législateur ne reprend pas exactement la même formule. En effet, l'article 2387 du Code civil dispose qu'il s'agit de « *l'affectation d'un immeuble en garantie d'une obligation* ». Cette définition renvoie à celle donnée à l'alinéa premier de l'article 2355 du Code civil relatif au nantissement en ce qu'il reprend le terme d'affectation[388]. La définition de l'hypothèque de l'article 2393 du Code civil entretient cette part de mystère par rapport à la notion de sûretés en ce qu'il dispose que « *l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation* ».

Enfin, dans le Code général de la propriété des personnes publiques, la notion de « sûretés » est inexistante et le seul rapprochement tient dans l'existence de droits réels sur le domaine public et privé des personnes publiques mais semble s'accorder davantage à l'utilisation de la notion de « garantie » et non pas de « sûretés » même si dans les faits il s'agit principalement d'hypothèques et donc de sûretés au sens du Code civil[389].

B. L'extension par les textes de la notion de garantie par rapport aux sûretés

Comme la notion de garantie qui ne connaît pas de définition de la part du législateur, les textes ne donnent pas de définition de la notion de sûreté. Néanmoins, les textes relatifs au

[387]Les dispositions relatives à la propriété retenue ou cédée à titre de garantie ne reprennent pas la distinction opérée par le Professeur P. CROCQ entre les propriétés-sûretés et les propriétés-garanties mais a le mérite de consacrer le cautionnement réel.
[388]L'alinéa de l'article 2355 du Code civil dispose que « *le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs* ».
[389]Le crédit-bail en droit public est également présent mais n'entre pas, a priori, dans la définition de la notion « sûreté » prise dans le sens du Code civil.

droit des sociétés apportent des éléments de définition de la notion de sûreté et enrichissent la distinction entre les notions de sûreté et de garantie.

La distinction entre les notions de garantie et de sûreté en droit des affaires est complexe. Le quatrième alinéa de l'article L. 225-35 du Code de commerce dispose que « *les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés mères autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers font l'objet d'une autorisation du conseil dans les conditions déterminées par décret au Conseil d'Etat* ». Le deuxième alinéa de l'article L. 225-68 du même Code précise que « *la cession d'immeubles par nature, la cession totale ou partielle de participations, la constitution de sûretés, ainsi que les cautions, avals et garanties, sauf dans les sociétés exploitant un établissement bancaire ou financier, font l'objet d'une autorisation du conseil de surveillance dans les conditions déterminées par décret en Conseil d'Etat* ». Ces deux articles distinguent les cautions, les avals et les garanties. L'aval se définit comme « *un cautionnement cambiaire d'une dette cambiaire en vertu duquel le donneur d'aval (avaliseur ou avaliste) s'engage à payer le montant de l'effet de commerce en cas de défaillance de tel signataire déterminé (nommé avalisé)* »[390] alors que la caution est « *un engagement pris à titre de garantie* »[391] et les garanties visent les autres mécanismes permettant de prémunir contre le risque d'une perte. Ainsi, ces distinctions réalisées par le législateur témoignent d'une aporie dans la volonté de distinguer les sûretés des garanties, l'aval est distingué des sûretés et pourtant constitue un cautionnement et la caution est distingué des garanties et pourtant en constitue une. Ainsi, le mystère subsiste lorsqu'il s'agit d'étudier plus concrètement le champ d'application de ces articles et confirme que la notion de garantie ne connait pas de définition laissant alors l'appréciation souveraine des juges prévaloir.

L'étude des textes relatifs aux procédures collectives présente des indices confortant l'idée que la notion de garantie connaît un champ plus vaste que la notion de sûreté. Ainsi, l'article L. 622-8 du Code de commerce dispose, dans son premier alinéa, qu' « *en cas de vente d'un bien grevé d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties par ces sûretés est versée en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations* ». Cette règle de report des sûretés sur le prix de vente du bien grevé présente l'inconvénient pour les créanciers le gel de

[390] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, Paris, 2009, p. 97.
[391] G. CORNU, *op. cit.*, p. 138.

la somme jusqu'au jugement définitif de la procédure. Toutefois, comme le souligne le Professeur P. CROCQ[392], « *l'alinéa troisième*[393] *énonce la solution apportée par la loi du 25 janvier 1985, à savoir la possibilité de substitution de 'garanties équivalentes'* ». Cet article confirme que « *s'il est en effet possible que les deux notions soient purement et simplement assimilées, il se peut aussi qu'une dissociation soit opérée* »[394] et laisse supposer que « *le législateur considère les sûretés comme une sous-partie des garanties* »[395]. Ainsi, la jurisprudence tente d'apporter des éléments d'appréciation de la notion de garantie et de distinction avec la notion de sûreté.

II. L'insuffisance des précisions issues de la jurisprudence dans le travail de définition des notions de sûreté et de garantie

L'absence de définition des notions de sûreté et de garantie laisse aux juges le pouvoir d'apprécier les mécanismes issus de la pratique comme ce fut le cas, avant la codification de 2006, des lettres d'intention et de la garantie autonome. Les notions de sûreté et de garantie étant originellement des termes civilistes, la jurisprudence judiciaire pour les garanties et sûretés purement civilistes semble être la plus avancée (A). Ce constat est confirmé par l'étude de la jurisprudence relative aux garanties et sûretés accordées par les personnes publiques (B).

---

[392]P. CROCQ, *op. cit*.,p. 213 et s.
[393] L'alinéa troisième de l'article L. 622-8 du Code de commerce précise que « *le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution. Le recours contre cette ordonnance est porté devant la cour d'appel* ».
[394]N. BARGUE,*op. cit*., p. 1 et s.
[395]P. CROCQ, *op. cit*.,p. 213 et s.

A. L'apport de la jurisprudence judiciaire dans la distinction des notions de sûreté et de garantie

La jurisprudence judiciaire retient une acception large de la notion de « sûreté » (1) en recherchant avant tout la finalité des mécanismes juridiques qu'elle rencontre lorsqu'elle rend ses solutions (2).

1. L'acception large de la notion de sûreté dans la jurisprudence judiciaire

Les juridictions judiciaires admettent une acception large de la notion de sûreté. Ce constat ne facilite pas l'étude de comparaison entre les notions de sûreté et de garantie. Ainsi, les Professeurs Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER estiment que « *la jurisprudence, reflet des réalités vivantes et concrètes, comprend (...) largement la notion de sûreté* »[396].

La notion de sûreté ne se retrouve pas uniquement dans le livre IV du Code civil mais également dans d'autres articles du même Code comme l'article 1188 qui dispose que « *le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier* ». Dans un arrêt ancien[397], la Cour de cassation a estimé que les sûretés visées par l'article 1188 recouvre uniquement les sûretés spéciales ce qui exclut de son champ le droit de gage général des créanciers sur les biens du débiteur. Ainsi, les juges ont estimé que même « *si, aux termes de l'art. 1188 c. civ., le créancier auquel des sûretés spéciales ont été données par le débiteur soit déchu du bénéfice du terme et, s'il peut au même cas obtenir que de nouvelles sûretés lui soient fournies, le créancier qui a suivi la foi du débiteur et auquel celui-ci n'a donné aucune garantie autre que celle qui affecte tous les biens d'un débiteur à la sûreté de ses engagements, n'a aucun droit à demander, pendant le cours de l'exécution du contrat, des sûretés spéciales qui ne lui ont pas été promises* ». Ainsi, les juges de la Haute juridiction en déduisent qu' « *en fait, (...) les obligations des chemins de fer nantais dont Bocquillon est créancier, n'ont été garanties par aucune sûreté spéciale* ». Cette première délimitation de la notion de sûreté n'est pas une fin en soi et laisse une marge d'appréciation pour une éventuelle qualification en garantie du gage

[396]Ph. DELEBECQUE et Ph. SIMLER, *op. cit*., p. 27, n°37.

général des créanciers, dans l'hypothèse où les deux notions ne sont pas synonymes. En effet, le créancier chirographaire sans avoir pris de sûretés a un droit de gage général sur les biens de son débiteur. Ce droit de gage général répond à un principe d'égalité entre les créanciers. Or, les créanciers ayant une sûreté bénéficient d'un rang privilégié lors d'une procédure collective. Ainsi, les sûretés correspondent à une garantie renforcée en ce sens que les procédures pour l'obtenir sont plus lourdes mais elles permettent aux créanciers d'avoir plus de chance qu'un créancier chirographaire d'obtenir le paiement de la créance[398].

Un arrêt plus récent de la Chambre commerciale de la Cour de cassation apporte une autre limite à la notion de sûreté en retenant que le droit de rétention ne peut pas être qualifié de sûreté. En effet, la solution donnée par les juges est claire en ce que « *le droit de rétention n'est pas une sûreté et n'est pas assimilable au gage* »[399]. Toutefois, comme le souligne le Professeur Ph. DELEBECQUE, la jurisprudence ne précise pas « *ce qu'il fallait entendre par là* »[400].

Un arrêt, un peu plus ancien, de la première Chambre civile de la Cour de cassation[401] conduit à cet arrêt de la Chambre commerciale, en retenant, sous le visa de l'article 1188 du Code civil, une acception large de la notion de sûreté. En effet, les juges de la Cour de cassation censurent l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il « *résulte de ce texte que les sûretés, dont la perte entraîne pour le débiteur la déchéance du terme, sont celles qu'il a donnée par contrat » et en l'espèce, « le groupe Drouot (le créancier) ne produisait aucun écrit stipulant la déchéance du terme en cas de cessation des fonctions* ». En d'autres termes, il ne suffit pas pour les créanciers de qualifier de sûreté un mécanisme, il faut également en apporter la preuve. Cet arrêt témoigne également d'une « conception large de la sûreté englobant ces garanties contractuelles »[402].

---

[397]Cass. Civ. , 10 mai 1881, *DP* 1982, p. 201.
[398] Le créancier chirographaire doit subir, contrairement au créancier privilégié, la « loi du concours » entre les différents créanciers lors d'une procédure collective.
[399]Cass. Com., 20 mai 1997, *Bull. civ*. IV, n°141, S. PIEDELIEVRE, *D*. 1998, somm. p. 102, Ph. DELEBECQUE, *JCP G* 1998, n°23, J-M.CALENDINI et M-J CAMPANA, *RD banc.*1997, p. 173.
[400] Ph. DELEBECQUE, *JCP G*1998, n°23.
[401]Cass. Civ. 1ère, 9 mai 1994, *Bull. civ.* I, n°171., J. MESTRE, « La déchéance du terme pour diminution des sûretés »,*RTD Civ.* 1995, p. 110.
[402]J. MESTRE, « La déchéance du terme pour diminution des sûretés », *RTD Civ.* 1995, p. 110.

2. La recherche par la jurisprudence judiciaire de la finalité des mécanismes juridiques dans le travail de distinction entre les notions de sûreté et de garantie

Malgré cette volonté d'appréhender de manière assez large la notion de sûreté, la jurisprudence judiciaire semble, avant tout, rechercher la finalité des mécanismes mis en place pour ensuite déterminer leur qualification et ainsi l'application ou non des textes relatifs aux sûretés et aux garanties. Il en va ainsi, par exemple, de la jurisprudence relative à la promesse de porte-fort. Dans son arrêt du 18 mars 1997[403], la Chambre commerciale de la Cour de cassation affirme que l'engagement d'une entreprise concédante à l'égard d'une entreprise concessionnaire n'est pas assimilé à une garantie au sens de l'article 4 de l'article L. 225-35 du Code de commerce. L'entreprise concédante ne peut donc pas opposer au demandeur l'absence d'autorisation du conseil d'administration pour se dégager de son engagement. En l'espèce, il s'agissait d'un engagement de rachat de véhicules. La Cour de cassation estime que l'engagement de la société concessionnaire, puis de la société concédante dans le cas d'une défaillance de la société concessionnaire, est une condition déterminante du contrat. En effet, la Cour suprême retient que la reprise des véhicules au bout des trois ans « *était une condition déterminante du contrat pour la société Doux, que compte tenu de l'importance de l'opération, l'accord du vendeur, la société Pegaso, était nécessaire* ». De plus, l'arrêt précise « *qu'un tel engagement pouvait apparaître comme l'acceptation par le vendeur des conditions exigées par l'acheteur et non seulement une garantie donnée à son concessionnaire* » et « *ayant ainsi constaté que l'engagement de la société Pegaso avait pour objet la reprise des biens vendus par la société Sogaf, en cas de défaillance de celle-ci* », il conclut qu' « *il résulte que cet engagement n'entrait pas dans les prévisions de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966* ». Ainsi, les juges concluent que cet engagement ne peut pas être assimilé à une garantie au sens de l'alinéa 4 de l'article L. 225-35 du Code de commerce.

Dans un arrêt ultérieur de la Chambre commerciale de la Cour de cassation[404], une société filiale reproche à la Cour d'appel d'avoir rejeté la qualification de cautionnement à la promesse, sous forme de lettre de confort, faite par la société mère de mener à bien

[403]Cass. Com, 18 mars 1997, n°15-081, notes sous arrêt, V. GRELLIERE, *JCP E* 1997, n°97, pp. 155-157.
[404] Cass. Com, 9 juill. 2002, n° 96-19.953, notes ss. E. BROCARD, *Rev. Sociétés*, n°1, pp. 124-129, B. DONDERO, *D.* 2003, I, p. 545 et s.

l'opération d'hypothèque contractée par la filiale. La Cour de cassation, au visa de l'article 1134 du Code civil, censure l'arrêt des juges du fond. En effet, les juges de la Haute Cour estime que « *la société La Rhénane (société mère) avait pris l'engagement de faire le nécessaire envers la société Lordex (créancier) pour mener l'opération à bonne fin, ce dont il résultait qu'elle s'était engagée à un tel résultat* ».

La finalité semble être la clé des solutions données par la Cour de cassation. En d'autres termes, la Haute juridiction ne donne pas véritablement d'élément de définition ou de distinction entre les notions de garantie et de sûreté mais cherche avant tout l'effectivité des engagements pris sous la forme de clause contractuelle ou de lettre d'intention.

Néanmoins, ces arrêts visent tout particulièrement les garanties de paiement, terme qui peut très certainement se rapprocher davantage de la notion de sûreté que de garantie dans son sens large. Ainsi, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 17 novembre 1992[405], présente une solution plus sévère et confirme l'idée que les termes « *d'avals, cautions et garanties* » employées dans les articles du Code de commerce ne s'appliquent qu'aux mécanismes revêtant les caractéristiques de la notion de sûreté. En effet, les juges de la Haute juridiction estiment que la promesse émise par une société à l'égard de sa filiale de garantir ses engagements de maintien d'emplois et de privilégier des emplois dans la région en contrepartie d'un prêt est inopposable à la société par le créancier. La Cour de cassation se fonde sur le fait que la ratification du conseil d'administration est ultérieure à la lettre du président du conseil d'administration, lettre qui confirmait la volonté de la société mère de venir se substituer à la filiale en cas de défaillance de sa part. En effet, l'arrêt rejette les prétentions de la filiale en ce « *que les cautions, avals et garanties donnés par des sociétés autres que celles exploitant des établissements bancaires ou financiers doivent faire l'objet d'une autorisation préalable du conseil d'administration permettant de déterminer le montant de l'engagement et la durée de cette autorisation, et qu'à défaut, l'acte souscrit par le président au nom de la société n'est pas opposable à celle-ci* ».

Le Professeur Ph. DELEBECQUE remarque, qu'en l'espèce, il s'agit d'une promesse de garantie inopposable au débiteur et que dans le cas où « *la promesse n'est pas reprise ni entérinée, la garantie n'est pas donnée et la société n'est tenue que de dommages-intérêts pour avoir*

[405] Cass. Com, 17 nov. 1992, n° 90-19.073, notes ss. Ph. DELEBECQUE, *Rev. sociétés*, 1993, n°3, pp. 585-589, Y. CHAPUT, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 98 et s.

manqué à son obligation ayant pour objet la conclusion du contrat de garantie »[406] et il ajoute qu'il est « *inutile de dire qu'il ne sera pas toujours facile d'évaluer ces dommages-intérêts* »[407]. En d'autres termes, seuls les mécanismes de garanties autres que ceux compris dans la notion de sûreté prise stricto sensu demanderaient une autorisation préalable du conseil d'administration.

B. Les notions de sûreté et de garantie et la jurisprudence relative aux garanties et aux sûretés accordées par les personnes publiques

La jurisprudence relative aux garanties accordées par les personnes publiques est plus que lacunaire sur la distinction et la définition des notions de sûreté et de garantie.

La jurisprudence relative aux garanties d'emprunts et cautionnements du Code général des collectivités territoriales n'apporte pas de précisions sur les notions de sûreté et de garantie. En effet, les articles du Code général des collectivités territoriales renvoient implicitement au livre IV relatif aux sûretés du Code civil et la jurisprudence se contente, dans la majorité des cas, d'apprécier les conditions de forme issues de la loi de décentralisation du 2 mars 1982 et insérées dans le Code général des collectivités territoriales.

Ainsi, les arrêts de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat[408] se préoccupent davantage du respect des principes de la comptabilité publique et des vices de forme lors de la conclusion entre une collectivité territoriale et une personne morale de droit privé d'un contrat de cautionnement ou de garantie d'emprunt. Ainsi, dans son arrêt du 27 septembre 2010[409], le

---

[406]Cass. Com, 17 nov. 1992, n° 90-19.073, notes sous arrêt, Ph. DELEBECQUE, *Rev. sociétés*, 1993, n°3, pp. 585-589, Y. CHAPUT, *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 98 et s.
[407]Cass. Com, *op. cit*., n° 90-19.073.
[408]V. notamment, Cass. 1ère civ., 9 févr. 1988, *Ville d'Eaubonne*, n°84-1224 et 84-16545, CE, 6 déc. 1989, *Société anonyme de Crédit à l'industrie française c/ Commune de Torcy*, *LPA* 4 juill. 1990, n°80, p. 23, note F. LLORENS, *AJDA* 1990, p. 484, obs. J. MOREAU, CE, 28 octobre 2002, *Commune de Moiselles*, *AJDA* 2002, p. 1494, note S. BRONDEL ; *Contrats-marchés publ*. 2002, comm. N°258, note G. ECKERT, CE, 16 janv. 1995, *Ville de Saint Denis*, *AJDA* 1995, p. 657, note F.CHOUVEL, Cass. 1ère Civ., 7 déc. 1999, *WestpacBankingCorp c/ Territoire de la Nouvelle Calédonie*, *Bull. civ* I, n°336, *JCP E* 2000, n°42, p. 1654, chron. P. SIMLER et P. DELEBECQUE ; *Contrats-marchés publ*. 2001, comm. n°21, note G. ECKERT, CE, 28 juill. 1993, *Commune de Faye d'Anjou*, Rec., p. 658, CAA Paris, 13 déc. 1994, *Antoine*, *AJDA* 1995, p. 63, concl. A. MENDRAS, CE, Sect., 27 oct. 2000, *BFG Bank Luxembourg SA*, *Contrats-marchés publ.* 2001, comm. n°21, note G. ECKERT.
[409]CE, 27 sept. 2010, *Cne d'Ales*, n°326698.

Conseil d'Etat n'a pas eu trop de 'fil à retordre' pour conclure que la délibération de la commune accordant une garantie d'emprunt à une association culturelle engageait bien la commune en cas de mise en jeu de la garantie. En l'espèce, le Conseil d'Etat se fonde sur l'absence de preuve en ce qu' *« il ressort des pièces du dossier que les chiffres annoncés par la commune à l'appui de son argumentation, ne répondent pas toujours aux définitions prévues par les dispositions du décret du 5 juillet 1983* » et « *qu'invitée à fournir toute pièce indiquant le montant des annuités d'emprunts déjà garantis ou cautionnés au profit de la personnes privées à échoir au cours de l'exercice 1987, la Commune d'Ales n'a pas fourni un tel document* ». Ainsi, la Haute juridiction administrative en conclut qu' « *elle n'assortit pas le moyen tiré de ce que le pourcentage de 70 % fixé par les dispositions de l'article 6 de la loi du 2 mars 1982 et de l'article 4 du décret du 5 juillet 1983 aurait été dépassé lors de l'adoption de la délibération litigieuse, des éléments permettant d'en apprécier le bien fondé* ».

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 14 juin 2000, renforce la confusion entre les notions de sûreté et de garantie[410]. Dans cet arrêt, les juges du Palais Royal rappellent, tout d'abord, les règles relatives à la répartition des compétences juridictionnelles entre les juridictions administrative et judiciaire en matière de procédure collective et confirme, ensuite, que les collectivités publiques, comme tout autre créancier, déclarent leur créance lorsque l'entreprise cocontractante connaît l'ouverture d'une procédure collective. La confusion porte sur la qualification donnée au cautionnement accordé par l'établissement bancaire. En effet, les juges considèrent, en l'espèce, « *que dans le cas où l'entreprise défaillante a, dans les conditions prévues par l'article 322 du Code des marchés publics, constitué une caution, le juge administratif apprécie de même, indépendamment des conséquences de la procédure de redressement judiciaire, l'étendue des obligations qui s'imposent à celui qui a donné une caution et a ainsi apporté au maître de l'ouvrage une garantie indépendante de la situation de l'entreprise en redressement et constitutive d'une obligation autonome* ». Le critère d'autonomie, en principe, étranger au cautionnement, contribue à la confusion entre les notions de sûreté et de garantie et suppose, au regard de l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a codifié la garantie autonome dans le livre IV du Code civil relatif aux sûretés, que la distinction entre les mécanismes accessoires à l'obligation principale et ceux autonomes ne contribue pas, de manière claire, à la distinction entre les notions de sûreté et de garantie.

---

[410]CE, 14 juin 2000, pourvoi n°199585, *JCP G* 2000, IV, 2704, obs. M-C. ROUAULT.

Cette évolution est également confirmée par le contentieux relatif aux éventuelles garanties institutionnelles à l'égard des entreprises publiques[411]. En effet, la notion de « garantie » revêt une acceptation plus large ce qui la différencie de la notion de sûreté sans, toutefois, nier l'idée que si toute sûreté est une garantie, toute garantie n'est pas une sûreté.

§ 2. L'intégration des sûretés dans la notion de garantie

L'absence de définition par le droit positif des notions de sûreté et de garantie laisse aux auteurs un large champ d'appréciation sur ces notions (I). Toutefois, la distinction entre l'objet et les effets juridiques laisse apparaître une conception intermédiaire qui revêt l'intérêt d'admettre une notion large de garantie en permettant d'intégrer les sûretés comme sous-ensemble dans la famille de la garantie et d'être également en adéquation avec l'évolution des textes et de la jurisprudence (II).

I. L'apport de la doctrine dans la confrontation entre les notions de sûreté et de garantie

Le constat que « *les sûretés ajoutent aux créances une facette miroitante, la sécurité* »[412]attire tout particulièrement l'attention. En effet, les sûretés prises par les créanciers compensent la protection accrue accordée aux débiteurs. Ainsi, en cas d'insolvabilité de leur débiteur, ils pourront, entre autres et dans certains cas, se retourner contre le tiers ayant contracté la sûreté. L'apport de l'ordonnance du 23 mars 2006 reste important mais insuffisant pour donner une définition précise de la notion de sûreté. Toutefois, la notion de sûreté ne se présente pas comme un synonyme de garantie (A) ce qui confirme que ce sont bien deux notions distinctes, la première répondant à une définition conceptuelle et la seconde à une définition fonctionnelle (B).

---

[411] V. J. DABRETEAU, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'Etat au profit de ses EPIC », *AJDA 2010*, p. 2346 et s.
[412]M. CABRILLAC, Ch.MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, *Litec*, Paris, 8ème éd., 2007, p. 1.

A. Le rejet de la synonymie des notions de sûreté et de garantie

La définition conceptuelle donnée à la notion de sûreté apporte la confirmation que les sûretés sont des garanties (1) mais que l'inverse ne se vérifie pas (2).

1. Une sûreté est une garantie

La majorité des auteurs de droit civil adhérent à la vision des Professeurs Ph. MALAURIE et L. AYNES selon laquelle « *la sûreté est (...) une garantie, en ce sens qu'elle rend plus probable la satisfaction à terme du créancier. Mais toute garantie n'est pas une sûreté* »[413]. A l'exception de quelques rares auteurs préférant la définition fonctionnelle des sûretés à une définition conceptuelle[414], la définition conceptuelle de la sûreté donnée par le Professeur P. CROCQ reste la référence. Ainsi, il définit la sûreté comme « *l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement* »[415].

La définition conceptuelle de la notion de sûreté donnée par le Professeur P. CROCQ permet de déterminer « *trois traits : sa finalité : améliorer la situation du créancier sans l'enrichir ; son*

---

[413]Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés – la publicité foncière*, *Défrénois*, Paris, 4ème éd., 2009, pp. 1-2.

[414]Une définition conceptuelle admet que les sûretés englobent une liste exhaustive de mécanismes alors que la définition fonctionnelle ne permet pas d'établir une liste limitative et donc laisse ouvert le domaine qu'englobent les sûretés. V. J-B SEUBE, *Droit des sûretés*, *Dalloz*, Paris, 2004, p. 13 où l'auteur s'interroge sur l'intérêt théorique de la distinction entre sûretés et garanties : « *Est-il possible de donner une définition aux sûretés etd'en établir une liste limitative ou faut-il admettre que toute définition est impossible et que la famille des sûretés doit reste ouverte* ? ». V. dans le sens d'une définition fonctionnelle de la notion de « sûreté », Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, *PUF*, Paris, 2ème éd., 1998, n°6.

[415]P. CROCQ, *Propriété et garantie*, thèse Paris II, *LGDJ*, 1995, préf. M. GOBERT, n°282. V. également la définition dans le rapport de S. VAISSE : « *le concept de sûreté correspond à l'ensemble des moyens juridiques*

effet : la satisfaction du créancier et l'extinction de la créance ; sa technique : celle de l'accessoire, dont l'intensité peut être variable »[416].

Cette vision de la notion de sûreté correspond aux critères inhérents à l'application d'une définition conceptuelle d'une notion. En effet, les notions conceptuelles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels* »[417]. Contrairement à la sûreté, la notion de garantie ne répond pas à une définition conceptuelle mais davantage à une définition fonctionnelle ce qui justifie que le Professeur P. CROCQ considère que la notion de garantie englobe la notion de sûreté.

2. Toute garantie n'est pas une sûreté

La sûreté n'est pas synonyme de garantie en ce sens que la notion de garantie renvoie à des mécanismes autres que ceux répondant aux critères clairement définis de la notion de sûreté. En effet, comme le soulève Monsieur N. BARGUE, «*susceptible d'emprunter les traits d'une multiplicité de mécanismes très différents les uns des autres, elle (la notion de garantie) se laisse difficilement enfermer dans des catégories strictes* »[418]. Il rappelle que « *pour faire face à la perte d'efficacité des sûretés traditionnelles et se prémunir contre tout risque, les créanciers recourent de plus en plus fréquemment à des méthodes originales pour garantir leur créance* »[419]. Ainsi, les créanciers « *tendent notamment à restaurer ou détourner d'anciens mécanismes en les utilisant à des fins de garantie* »[420].

Le développement de ces mécanismes issus du droit des obligations ou encore du droit des biens interroge les auteurs sur leur appartenance à la notion de sûreté ce qui impliquerait donc que les notions de sûreté et de garantie sont synonymes. Toutefois, « *la majorité des auteurs estimant que la notion de sûreté se trouverait exagérément élargie* »[421], il est plus raisonnable de se contenter de la définition donnée par le Professeur P. CROCQ qui délimite la notion de

---

destinés à assurer aux créanciers le paiement de leurs créances dans les cas où leurs débiteurs ne peuvent pas – ou ne veulent pas – s'exécuter », « Sûretés et insécurité », *JCP E cah.dr. entr.* 1987, II, n°5, p. 19.

[416]Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit*., p. 2.

[417] G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G*1950, I, 851.

[418]N. BARGUE, *op. cit*., p. 83.

[419]N. BARGUE,*op. cit*., p. 88.

[420]N. BARGUE, *op. cit*., p. 88.

sûreté à l'aide de critères conceptuels stricts. Ainsi, « *les autres techniques utilisées comme substitut à ces sûretés relèveraient de la garantie* ». La notion de garantie regroupe donc un domaine plus vaste que les sûretés. La synonymie des deux notions, comme en droit anglais où *suretyships* et *guarantees* sont employés sans distinction, ne prévaut donc pas dans la doctrine française.

La distinction entre les notions de sûreté et de garantie et l'intégration par la majorité des auteurs de la catégorie des sûretés dans la famille des garanties restent, toutefois, fragiles[422]. Ainsi, en plus du caractère accessoire attaché à la notion de sûreté, la distinction plus connue entre les obligations de résultat et les obligations de moyen permet d'enrichir davantage la comparaison entre les notions de garantie et de sûreté, notamment en droit public.

B. L'acceptation de la distinction des notions de sûreté et de garantie

Le caractère annexe, souvent, retenu pour la notion de sûreté reste insuffisant pour distinguer les notions de garantie et de sûreté (1) mais la distinction entre les obligations de résultat et de moyen apporte des éléments de distinction entre les notions de sûreté et de garantie (2).

1. L'ambivalence de la distinction issue de l'appréciation du caractère annexe de la sûreté

Comme le rappelle le Professeur C. GINESTET, « *la garantie lutte contre l'insolvabilité du débiteur de manière diffuse ; elle ne tend pas directement au recouvrement de la créance. Son objet est d'éviter qu'une perte n'affecte le patrimoine du débiteur sans pour autant*

---

[421] N. BARGUE, *op. cit*., p. 88 et 89.
[422] La définition de la notion de sûreté ne semble pas totalement figée. V. F. MACORIG-VENIER, *Droit civil : les sûretés*, *L'Hermès*, Lyon, 1ère éd., 1999, p. 18 qui rappelle que « *l'unanimité existe en doctrine pour convenir du caractère épineux de la définition de la notion de sûreté* ».

s'octroyer de prérogative particulière au créancier »[423]. Contrairement à la notion de sûreté qui recense des critères précis, la notion de garantie englobe, pour reprendre la définition fonctionnelle, tous les moyens visant à préserver le créancier d'une perte.

La majorité des auteurs s'accordent pour distinguer la garantie de la sûreté en estimant que la sûreté est l'accessoire d'une obligation principale et la garantie est indépendante de l'obligation principale qu'elle garantit. Toutefois, l'insertion de la garantie autonome par l'ordonnance du 23 mars 2006 dans le livre IV du Code civil relatif aux sûretés laisse perplexe sur l'intérêt de cette distinction fondée sur l'accessoire et le principal. En effet, comme le souligne le Professeur J. STOUFFLET, « *la caution est un débiteur subsidiaire* » alors que « *le souscripteur d'une garantie autonome est un débiteur principal* »[424]. L'article 2321 pose le principe que « *le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie* ». En conséquence, « *la nullité de l'obligation garantie ne peut paralyser l'exécution d'une garantie* ».[425]

Dans un arrêt ultérieur, la Chambre commerciale de la Cour de cassation est venue confirmer l'autonomie des garanties autonomes en rejetant la prétention des demandeurs qui estimait qu'en l'absence de conclusion du contrat garanti, la garantie à première demande est nulle pour absence de cause[426]. En effet, ils prétendaient que « *si l'obligation garantie n'existe pas, la sûreté que constitue la garantie autonome est dépourvue de cause* »[427]. Les divergences entre le cautionnement et la garantie autonome à la lumière de la théorie de l'accessoire et du principal ne permettent pas de distinguer les notions de garantie et de sûreté en ce sens que la garantie autonome est considérée comme une sûreté dans les textes[428].

---

[423]C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Défrénois*, 1999, p. 80 et s. et 203 et s.,spéc. n°8.
[424]J. STOUFFLET, « Reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties », *Rev. Société*, 2006, n° 3, p. 475, spéc. n°5.
[425]J. STOUFFLET,*op. cit*., p. 479, spéc. n°15.
[426]Cass. Com., 19 avril 2005, n°02-17.600, notes sous J. STOUFFLET, *JCP E* 2005, n°24, p. 1009, D. 2005, p. 1285 : « *L'engagement du garant à première demande suppose bien l'existence d'un contrat de base, mais peu importe que le donneur d'ordre ne soit pas partie à ce contrat, dès lors qu'il avait un intérêt économique à la conclusion de ce dernier* ». Comp. Cass. Com, 19 déc. 2006, n°05-18.836, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *JCP G* 2007, I, p. 28 où « *la Cour de cassation a (...) décidé, le 19 novembre 2006, que la garantie autonome se transmettait avec le prêt garanti en cas d'apport partiel d'actif dès lors qu'elle se rattachait à la branche d'activité apportée. (...) C'est bien en tant qu'accessoire à l'obligation principale que l'effet translatif a été admis* ».
[427]J. STOUFFLET, *op. cit*., p. 476, spéc. n°7 et p. 479, spéc. n°15.
[428]Dans l'optique d'éviter des confusions entre les notions de garantie et de sûreté, on peut se demander s'il n'aurait pas été judicieux de renommer la garantie autonome en 'cautionnement autonome' et le cautionnement en 'cautionnement simple'.

2. L'appréciation et le dépassement de la distinction entre les obligations de résultat et de moyen à la lumière de la lettre d'intention

La distinction entre les obligations de moyen et les obligations de résultat[429], mise en avant notamment pour la lettre d'intention[430], apporte un regard neuf sur la distinction entre les notions de sûreté et de garantie. Néanmoins, Monsieur E. NETTER s'est interrogé sur le caractère suffisant de cette distinction et a développé la distinction entre promesse de résultat et promesse de moyen pour présenter l'intérêt de la distinction entre promesse comportementale et promesse satisfactoire[431].

La promesse comportementale tient en ce qu'elle peut être respectée alors que le contrat principal ne l'a pas été. Les promesses comportementales augmentent les chances d'exécution du contrat. La promesse satisfactoire, quant à elle, renvoie plus strictement à un engagement qui couvre un risque de crédit comme le cautionnement. Les promesses comportementales adhèrent à une vision plus large que les promesses satisfactoires. En effet, dans les promesses comportementales peuvent être distinguées les obligations de résultat et les obligations de moyen ce qui est possible mais inadapté pour les promesses satisfactoires qui ne retiennent alors que la catégorie des obligations de résultat.

Cette distinction entre les promesses comportementales et les promesses satisfactoires permet de dégager un regard neuf sur la notion de garantie accordées par les personnes publiques et de confirmer qu'une acception large de la notion doit être privilégiée. A côté des cautionnements et garanties d'emprunts du Code général des collectivités territoriales qui présentent les caractéristiques de promesses satisfactoires, le contentieux relatif aux garanties institutionnelles s'assimile davantage à des promesses comportementales dans le sens où, par

---

[429]V. F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE,*op. cit*., pp. 7-8 où « *l'obligation de résultat a pour objet (...) un résultat déterminé. (...) Le débiteur n'a exécuté son obligation que si le résultat est atteint. Cette précision est importante quand il s'agit de constater l'inexécution et de déterminer les conséquences de celle-ci quant à la responsabilité* » et « *l'obligation de moyens est celle par laquelle le débiteur s'engage seulement à employer les moyens appropriés dans une tâche à accomplir, à se montrer prudent et diligent, à faire de son mieux, ce qui permettra peut-être au créancier d'obtenir le résultat qu'il souhaite. Mais, s'il est tenu de chercher à obtenir un résultat, il n'est pas tenu de l'obtenir* ».

[430]V. CA Paris, 11 mai 1993, *Société Ford France et a. c/ Société Immobail BTP*, notes ss. Ph. DELEBECQUE, Rev. Sociétés 1993, pp. 589-595, Cass. Com. 9 juill. 2002, *Lordex c/ Société La Rhénane*, notes ss. E. BROCARD, *Rev. Sociétés* 2003, n°1, pp. 124-129.

[431]Propos tenus au cours du colloque sur « Le crédit : aspect juridique et économique » à Strasbourg les 14-16 sept. 2011 lors de l'intervention de Monsieur E. NETTER sur « Les sûretés personnelles reposant sur une obligation de faire ».

exemple, les institutions de l'Union européenne spéculent sur l'éventuel comportement que pourrait avoir l'Etat français de soutenir les entreprises publiques en cas de procédures collectives[432].

Néanmoins, la distinction entre les promesses comportementales et les promesses satisfactoires présente des lacunes en ne permettant pas de distinguer clairement la notion de sûreté de la notion de garantie d'où l'intérêt de rechercher dans la conception intermédiaire, présentée par certains auteurs, des éléments plus concrets de distinction.

II. Le choix de la conception intermédiaire

Deux courants de pensée distinguent de manière différente les notions de sûreté et de garantie. La première tient dans « *une conception très large de la notion de sûreté pour y faire entrer toute prérogative qui tend à prémunir le créancier contre l'insolvabilité même si elle procure d'autres avantages* »[433]. Cette première acception de la sûreté en fait le synonyme de la garantie. La seconde estime que « *les sûretés constituent une catégorie finie correspondant à des critères précis. Elles ont pour finalité exclusive la garantie de paiement d'une créance, créance à laquelle elles sont nécessairement l'accessoire et se superposent par l'effet d'un contrat distinct, de la loi ou d'une décision judiciaire* »[434]. Dans cette vision, la notion de sûreté est appréhendée dans son sens strict. Néanmoins, une troisième conception peut être formulée qui permet de distinguer plus précisément les mécanismes ayant comme objet la sûreté et ceux ayant un simple effet de sûreté. Cette troisième démarche constitue la conception intermédiaire (A) qui a l'intérêt de mieux s'intégrer à l'étude de la notion de garantie (B).

---

[432] V. également l'influence de cette distinction par rapport aux propos tenus par un membre du gouvernement en faveur de France Telecom, notamment la décision de la Commission du 2 août 2004 concernant *l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de France Telecom*, C (2004) 3060, JOUE L 257/11, l'arrêt du TFUE, 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04 et l'arrêt de la CJUE, 19 mars 2013, C-399/10 P et C-401/10 P.

[433] M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, *Litec*, Paris, 8ème éd., 2008, p. 4. Comp. Avec Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, *Dalloz*, Paris, 5ème éd., 2009, pp. 27-28 où les auteurs réfutent la définition conceptuelle de la notion de « sûreté » ET adhérent à une définition extensive de la notion de « sûreté » : « *En cette matière, intimement liée à celle du crédit, où le droit et l'économie se trouvent étroitement imbriqués, il peut paraître préférable de donner de la notion de sûreté une définition fonctionnelle, conforme à la réalité* ».

[434] F. MACORIG-VENIER, *Droit civil : les sûretés*, *L'Hermès*, Lyon, 1ère éd., 1999, p. 19.

A. La présentation de la conception intermédiaire

Le rejet de la synonymie entre les notions de sûreté et de garantie amène à s'interroger sur l'intérêt de la conception intermédiaire (1) qui permet de distinguer les mécanismes ayant pour objet de garantir et ceux ayant simplement pour effet de garantir (2).

1. De la conception stricte à la conception intermédiaire

La conception intermédiaire « *consiste à recourir à la notion extensive de garantie, notion dont il faut noter qu'elle a été consacrée par le législateur sans qu'il l'ait explicitée et à isoler dans l'ensemble constitué par les garanties le sous-ensemble formé par les sûretés et à reconnaître sa spécificité* »[435]. Cette acceptation large de la notion de garantie confirme que « *si toute sûreté est une garantie (...), toute garantie n'est pas une sûreté* »[436].

Dans cette conception, la notion de sûreté est appréhendée plus largement que dans l'acceptation donnée par le Professeur P. CROCQ définissant la sûreté de manière conceptuelle. Néanmoins, comme le rappelle le Professeur F. MACORIG-VENIER, «*cette troisième conception* (la conception intermédiaire) *a pour point de départ la conception stricte, laquelle est (...) en quelque sorte 'revue' et 'corrigée' par la reconnaissance de caractères modifiés, moins marqués, en quelque sorte 'édulcorés'* »[437].

Les Professeurs M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL visent les articles L. 622-8 et L. 626-22 du Code de commerce relatifs aux difficultés des entreprises[438] lorsqu'ils évoquent la consécration par le législateur de la notion de garantie. En effet, l'article L. 622-8 du Code de commerce dans son alinéa 3 vise expressément les garanties : « *Le débiteur peut proposer aux créanciers, la substitution aux garanties qu'ils détiennent de garanties équivalentes. En l'absence d'accord, le juge-commissaire peut ordonner cette substitution* »

---

[435]M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit*., p. 4.
[436]Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit*., pp. 1-2.
[437]F. MACORIG-VENIER, *op. cit*., p. 20.
[438]Ces articles sont issus respectivement des art. 34, al. 3 et 78, al. 3 de la loi n°85-98 du 25 janv. 1985.

et l'alinéa 3 de l'article L. 626-22 dispose que « *si un bien est grevé d'un privilège, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents* ». Ces articles du Code de commerce admettent une acceptation large de la notion de garantie et la différencient de celle de sûreté.

Les mêmes auteurs justifient leur choix de se fonder sur la conception intermédiaire par le fait que « *la raison d'être de la sûreté est de ménager le paiement d'une créance ; il est de son essence de tendre exclusivement et délibérément à ce résultat (et qu') au contraire, des règles ou des mécanismes peuvent produire ce résultat, parmi d'autres, sans qu'ils aient pour objet d'y tendre de façon délibérée ou exclusive* »[439].

2. L'apport de la distinction entre l'objet et l'effet de la conception intermédiaire

Le Professeur F. MACORIG-VENIER reprend la conception intermédiaire et développe l'idée que pour les sûretés, « *l'objectif qui doit être directement, mais non pas nécessairement exclusivement recherché, est l'augmentation des chances de paiement* » et précise que *« cette idée conduit à exclure un certain nombre d'autres mécanismes qui n'ont pas un but de sûreté, mais un simple effet de sûreté* »[440].

La distinction entre les mécanismes ayant pour objet la sûreté et ceux ayant pour effet la sûreté apporte un élément de distinction entre les notions de sûreté et de garantie. En d'autres termes, les sûretés regrouperaient les mécanismes ayant comme objet d'être des sûretés et les mécanismes ayant uniquement pour effet d'être une sûreté ne rentreraient pas dans la catégorie des sûretés mais resteraient toutefois des garanties. Les Professeurs Ph. MALAURIE et L. AYNES confirment cette conception intermédiaire de détermination de la notion de sûreté en montrant que « *certaines règles inhérentes au rapport d'obligation constituent des garanties souvent efficaces : la résolution pour inexécution, l'exception d'inexécution ou la compensation* »[441].

Ainsi, le droit des obligations regroupe des mécanismes juridiques offrant des garanties même si leur objectif n'est pas de garantir. En effet, « *le droit des obligations connaît des*

[439]M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit*., p. 4.
[440]F. MACORIG-VENIER, *op. cit*., pp. 20-21.
[441]Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit*., p. 2.

institutions principalement destinées à garantir le créancier : l'action directe, la solidarité passive (...) ou l'obligation in solidum »[442]. La seconde idée qui ressort donc de la conception intermédiaire est qu' « à la différence des sûretés, ces garanties sont la conséquence d'une situation déterminée, d'un ensemble de liens, ou de la nature de ces liens » et « les sûretés, tout au contraire, s'ajoutent au rapport d'obligation, elles n'en sont jamais la conséquence, et naissent d'une source distincte : la loi, un jugement ou une convention spéciale »[443]. Cette idée rejoint la distinction où la sûreté serait l'accessoire d'une obligation principale et la garantie serait indépendante de l'obligation principale[444]. Néanmoins, la relation d'accessoire à principal est limitée[445] et la vision plus large accordée à la notion de « garantie » des Professeurs Ph. MALAURIE et L. AYNES présente moins de risques de confusion et est donc préférée.

B. L'intérêt du choix de la conception intermédiaire

La conception intermédiaire a le mérite de démontrer que la notion de sûreté s'intègre dans l'ensemble plus large constituée par la notion de garantie (1). Toutefois, cette conception intermédiaire délimitant les notions de sûreté et de garantie connaît des limites (2).

1. La confirmation par la conception intermédiaire de l'intégration des sûretés dans la notion de garantie

Lorsqu'un créancier demande à un débiteur un cautionnement, une garantie à première demande ou encore une hypothèque, il anticipe les risques d'insolvabilité. Le créancier en étant titulaire d'une sûreté se protège des risques liés à l'exécution de l'obligation principale. Les cautionnements et les garanties d'emprunt du Code général des collectivités territoriales

---

[442]Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit*., p. 2.
[443]Ph. MALAURIE et L. AYNES, *op. cit*., p. 2.
[444]V. en ce sens, F. MACORIG-VENIER,*op. cit*., p. 21 : « *cette relation d'accessoire à principal suppose que la sûreté est une prérogative qui se superpose, s'ajoute au rapport d'obligation, par l'effet d'un contrat, de la loi ou d'un jugement* ».
[445]De la relation d'accessoire à principal, des auteurs évoquent le « caractère annexe » des sûretés dans le sens d'accessoire économique ce qui permet d'englober également la garantie autonome dans les sûretés. Néanmoins, cela n'a pas résolu la difficulté pour les sûretés réelles.

présentent les caractéristiques de la sûreté prise dans le sens où leur objet principal est de protéger le créancier en diminuant le risque qu'il prend ce qui est également favorable au débiteur qui obtient le prêt.

Les sûretés ne se limitent donc pas aux sûretés codifiées dans le livre IV du Code civil mais ne comprennent pas les mécanismes ayant un objet principal autre que la diminution du risque pris par le créancier. Ainsi, il est envisageable de considérer que les contrats d'échange de taux (swaps)[446], les contrats de garantie de taux plafond (cap) et ceux de taux plafond et de taux plancher (collar) lorsqu'ils ne sont pas utilisés à des fins spéculatives rentrent dans la définition de sûreté telle que présentée par la conception intermédiaire. La distinction entre les sûretés ayant comme objet de l'être et les autres mécanismes ayant effet de l'être rend pertinent la distinction entre l'hypothèque et le crédit-bail. En effet, l'hypothèque a pour objet d'être une sûreté ce qui n'est pas le cas du crédit-bail[447]. Ainsi, l'hypothèque est une sûreté et le crédit-bail entre dans la catégorie plus large des garanties.

2. Les limites du choix de la conception intermédiaire

Toutefois, la lettre d'intention codifiée dans le livre IV du Code civil et la promesse de porte-fort[448] viennent nuancer cette distinction entre les mécanismes ayant pour objet d'être des sûretés et ceux ayant pour effet d'être des sûretés et n'appartenant donc pas à la définition donnée de la notion de sûreté. En effet, dans la lettre d'intention et la promesse de porte-fort, il n'y a pas de substitution au débiteur principal et donc leur objet principal n'est pas d'être des sûretés conformément au sens retenu par la conception intermédiaire. Elles se présentent

---

[446] Sur les SWAP, v. notamment J.-H. DINER et J.-L. PIERRE, « Réflexions sur le régime d'imposition des opérations de marché », *JCP E* 1988, II, 15194, p. 378 et s. où les auteurs définissent les SWAP de taux d'intérêt comme permettant « *à une entreprise qui emprunte à taux variable de s'assurer contre le risque de remontée de taux (échange d'un taux variable contre un taux fixe) ou, si elle emprunte à taux fixe, de bénéficier d'une baisse de taux (échange d'un taux fixe contre un taux variable* ».

[447] V. les articles L. 313-7 à L. 313-11 du Code monétaire et financier. Par exemple, l'article L. 313-7 énumère ce que recouvre les opérations de crédits-bails comme « *les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins en partie, des versements effectués à titre de loyers* ».

[448] Sur la promesse de porte-fort, v. notamment, S. JEBBOUR, « La promesse de porte-fort est-elle une garantie de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce ? », *Rev. Sociétés*, févr. 2012, p. 5 et s. , sur le champ d'application de l'article L. 225-35, al. 4 du Code de commerce, v. P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, *Montchrestien*, Paris, 3ème éd., 2009, p. 51 et s.

davantage comme des engagements moraux et donc ne diminuent pas réellement le risque pris par le créancier. Elles compensent d'une certaine manière le manque de confiance initial du créancier à l'égard du débiteur. La lettre d'intention et la promesse de porte-fort appartiennent aux garanties indemnitaires[449]. Néanmoins, le législateur a qualifié la lettre d'intention de sûretés en l'intégrant dans un livre du Code civil intitulé « Des sûretés ».

Nonobstant cette confusion liée aux garanties indemnitaires, il est retenu que les sûretés englobent uniquement les mécanismes ayant pour objet principal d'être des sûretés. Ainsi, les sûretés ne sont pas prises comme synonymes de la notion de garantie et la définition conceptuelle de la notion de sûreté est nuancée par la confrontation entre l'objet principal du mécanisme juridique qui est d'être une sûreté et l'objectif de diminution de prise de risques par le créancier qui est la finalité de la notion, plus large, de garantie. Ainsi, les garanties accordées par les personnes publiques comprennent les sûretés et cherchent avant tout, comme en droit civil, à diminuer le risque pris par les créanciers. La notion de risque connaît d'importants développements en droit des assurances et confirme l'acceptation large de la notion de garantie qui comprennent les sûretés et qui s'inspirent également d'autres mécanismes juridiques, si ce n'est aussi pour les englober en partie ou en totalité.

SECTION 2 : L'assurance, un élément de la garantie

« *La conscience du risque (qui) semble aujourd'hui connaître un essor exponentiel* »[450] confirme le rapprochement des notions d'assurance et de garantie et se précise par le fait que *« le besoin de sécurité se manifeste face à de nombreux évènements susceptibles de compromettre la bonne marche économique et sociale de la communauté* »[451]. Ce phénomène s'explique par « *l'accélération du développement des sciences et techniques* »[452] et se confirme par l'important développement des mécanismes d'assurance[453].

---

[449]V. E. NETTER, *Les garanties indemnitaires*, thèse Strasbourg, 2010.
[450]N. BARGUE,*op. cit*., p. 4.
[451]N. BARGUE, *op. cit*., p. 4.
[452]N. BARGUE, *op. cit*., p. 4, V. également, Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *Dalloz*, Paris, 13ème éd., p. 6 et s. où l'auteur explique que c'est au XIXème siècle que l'assurance connaît une période d'expansion avec un mouvement d' « *aggravation du besoin de sécurité* ». Cette évolution est liée à l'industrialisation et à l'urbanisation du XIXème siècle et à l'exode rurale qui a eu pour conséquence un déclin de la solidarité familiale.

Face à ces risques probables mais souvent imprévisibles, les personnes morales et physiques cherchent de plus en plus à se protéger en s'assurant qu'en cas de dommages pécuniaires ou moraux[454], ils obtiendront réparation de leur préjudice. En droit public, la règle est que « *l'Etat est son propre assureur (...) derrière lequel s'abriterait toute collectivité publique, fût-elle de dimension réduite* »[455]. L'autre pan des relations entre les personnes publiques et l'assurance se matérialise dans les 'fonds de garanties' au niveau des collectivités territoriales[456] et, plus encore, de l'Etat[457]. Dans l'assurance, « *personnes physiques et personnes morales y trouvent une sécurité dont la seule limite est l'absence d'aléa* »[458]. Ainsi, « *l'union entre personnes publiques et assurance n'est pas inconcevable* »[459]. L'assurance regroupe donc des mécanismes qui renforcent la protection contre les risques (§1) et par cet effet donne à la notion de garantie une nouvelle dynamique (§2).

§1. Le renforcement de la protection contre les risques par l'assurance

L'assurance suit l'évolution en apportant des solutions face aux « *événements économiques microéconomiques, tels l'impayé ou l'insolvabilité (...) ou macroéconomiques, comme des crises financières ou économiques généralisées, mais aussi des événements naturels, tels des phénomènes météorologiques à l'origine de dégâts d'une vaste ampleur* »[460]. Le droit des assurances renforce la protection des assurés. Néanmoins, les contrats d'assurance sont conditionnés ce qui peut restreindre la volonté des assurés à prendre des risques (I). A la lumière de la notion de risque, la notion de garantie en droit public se

---

[453]On assiste à l'émergence de produits dérivés d'assurance dans les entreprises n'ayant pas pour objet social initial l'assurance. V. par exemple, l'opérateur historique de gaz de Strasbourg qui offre la possibilité de souscrire à une garantie pour les produits ménagers sous la forme d'un contrat d'assurance.
[454]V. par exemple la nouvelle assurance d'Axa qui protège contre les dangers d'Internet comme « l'atteinte à l'e-réputation ».
[455]F. VINCENT, « Droit public et assurance », *RGAT* 1991, p. 241 et s.
[456]V. par exemple, la participation des communes à des sociétés de garantie à l'article L. 2253-7 du Code général des collectivités territoriales.
[457]V. en ce sens, E. NETTER, *op. cit*., p. 12 : « *L'intervention de l'Etat et des fonds de garantie a été comparée à une forme d'assurance. Il est certain, en tout cas, que les textes régissant le Fonds français n'évoquent pas un cautionnement : il n'est pas question de se substituer au débiteur principal – la banque -, mais bien d'indemniser ses créanciers – les déposants* ».
[458]F. VINCENT,*op. cit*., p. 241 et s.
[459]F. VINCENT,*op. cit*., p. 241 et s.
[460]N. BARGUE, *op. cit*., p. 4.

rapproche des mécanismes de l'assurance, à la différence qu'elle consolide davantage la protection des créanciers (II).

I. La prévalence de la liberté de s'assurer sur la liberté de prendre des risques

L'assurance a pour objectif de protéger contre les risques (A) ce qui l'oblige à anticiper les risques afin de mieux les gérer (B).

A. L'assurance comme instrument de protection contre les risques

Comme la sûreté, l'assurance ne connaît pas de définition juridique. En effet, comme le souligne le Professeur V. NICOLAS, « *aucune définition du contrat d'assurance n'a été fournie, ni par les commissions de réflexions et d'élaboration de la loi fondamentales et fondatrice du 13 juillet 1930, ni par ce texte lui-même pourtant détaillé voire complet, ni par des interventions législatives ultérieures, témoignant ainsi d'une probable difficulté à en adopter une* »[461]. Ce constat s'explique, en partie, par la diversité des domaines où l'assurance est présente.

Les hommes ont toujours cherché à se protéger des risques liés à l'évolution environnementale et sociétale[462]. Toutefois, c'est seulement au XIXème siècle que l'assurance connaît une période d'expansion avec un mouvement d' « *aggravation du besoin de sécurité* »[463]. Ce développement est lié à l'industrialisation et à l'urbanisation du XIXème siècle et à l'exode rurale qui a eu pour conséquence un déclin de la solidarité familiale. Ainsi, aux XXème et XXIème siècles, la sécurité devient une exigence et comme le soulignent les Professeurs Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, « *les impératifs d'égalité, de protection et*

[461] V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, *Economica*, 2012, p. 3.
[462] Sur l'histoire du droit des assurances, v. J. BIGOT, J-L. BELLANDO, M. HAGOPIAN, J. MOREAU et G. PARLEANI, *Traité du droit des assurances – Entreprises et organismes d'assurances*, Tome 1, *LGDJ*, Paris, 2ème éd., 1996, p. 7 et s., E. NETTER, *op. cit*., p. 211 et s.
[463] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 6.

de sécurité n'ont cessé d'élargir la notion d'ordre public surtout ancrée à l'origine sur le respect des bonnes mœurs »[464].

L'assurance de responsabilité apparaît progressivement comme une garantie des victimes de dommages et devient « *une remarquable technique de protection sociale* »[465]. Ainsi, le droit de l'assurance est venu atténuer la liberté contractuelle dans le sens où « *la liberté du XXème siècle trouve ses limites dans le bien commun et les nécessités sociales* »[466]. Par conséquent, *« la protection des victimes est alors apparue un objectif d'utilité sociale supérieur au maintien d'une totale liberté contractuelle* »[467]. Cette évolution contemporaine du droit des assurances a donc « *conduit l'Etat à organiser la protection des assurés en cas de défaillance de l'entreprise d'assurance à laquelle ils s'étaient adressés pour remplir une obligation d'assurance de dommage* »[468].

B. L'assurance comme instrument de gestion des risques

L'assurance a pour objectif principal de compenser les dommages subis par la réalisation de risques. Comme le rappelle le Professeur H. BARBIER, « *l'apparition du risque est le fruit du choc entre le développement du nombre et de l'ampleur des dangers et de la montée de 'l'exigence de sécurité'* »[469]. Sur les liens entre la sécurité et la liberté de prendre des risques, le même auteur résume sa pensée en estimant que « *si la société du XIXème est fondée sur le contrat et s'interroge par conséquent sur les places respectives du contrat et de la loi impérative ; si la société du XXème siècle est fondée sur l'entreprise et se questionne sur les places respectives de l'entreprise et du dirigisme d'Etat ; la société du début du XXIème siècle est fondée sur le risque. Préoccupations philosophiques, économiques et sociologiques convergent vers cette question : quelles doivent être les places respectives du risque et de la sécurité dans la société ?* »[470]. Le risque est présent partout et « *se manifeste*

---

[464] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 12.
[465] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 15.
[466] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 15.
[467] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR,*op. cit*., p. 15.
[468] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR,*op. cit*., p. 16.
[469] H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *PUAM*, thèse Aix-en-Provence, 2010, p. 27.
[470] H. BARBIER, *op. cit*., p. 31.

alors (comme) un renoncement à la sécurité, et ce, dans une fin bien précise : tenter sa chance »[471].

Néanmoins, l'assurance contraint les assurés à rester prudents. En effet, les contrats d'assurance équivalent à un transfert des risques de l'assuré à l'assureur tout en suivant l'évolution de l'ordre public[472]. En plus du respect d'un intérêt légitime à la conclusion d'un contrat d'assurance et de l'exclusion par le contrat d'assurance de certains risques[473], l'assurance ne joue pas lorsque les conditions du contrat n'ont pas été respectées[474].

L'étude de l'assurance confirme alors les propos du Professeur J. MOURY qui explique que « *dans le schéma classique, il existe deux techniques de traitement du risque. La première consiste à déplacer la charge de ses conséquences dommageables au moyen, pour l'essentiel, du contrat et de la responsabilité. La seconde, qui s'est développée dans les républiques de la péninsule italienne au XVIème siècle, consiste à répartir la charge du risque. Là encore, deux voies se présentent : la technique de la mutualisation, que met en œuvre l'assurance, et cette même technique doublée de la solidarité, qu'empruntent les assurances sociales* »[475]. La notion de risque est omniprésente dans l'assurance et se retrouve également être un des fondements de la notion de garantie.

II. Le rapprochement des notions de garantie et d'assurance par rapport à la notion de risque

Comme l'assurance, la garantie présente la fonction de gérer les risques (A) ce qui témoigne de la finalité commune des notions d'assurance et de garantie qui est le renforcement de la confiance des notions d'assurance et de garantie (B).

---

[471]H. BARBIER, *op. cit*., p. 39.
[472]V. en ce sens B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, *Montchrestien*, Paris, 2011, p. 228 où l'auteur explique que « *l'ordre public est une notion évolutive. Ce qui est interdit un temps peut être admis le temps suivant. Cela a nécessairement des effets en matière d'assurabilité. Certains pans d'activités pouvaient être inassurables durant une période pour devenir assurables par la suite car le législateur ou la jurisprudence a donné son aval* ».
[473]V. sur l'intérêt légitime à la conclusion d'un contrat d'assurance, B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, *Montchrestien*, Paris, 2011, p. 226 et s.
[474]V. par exemple, les assurances d'annulation de voyages pour motif de maladie où des justificatifs comme l'ordonnance du médecin et l'achat réel des médicaments sont obligatoires pour que le voyage soit remboursé.
[475]J. MOURY, « Une nouvelle fonction du droit : éviter le risque avéré, envisager le risque suspecté », *LPA* 2 mai 2002, n°87-88, p. 3 et s.

A. La gestion des risques, élément de la notion de garantie

La notion de risque est omniprésente dans le droit des assurances. En effet, le risque, selon G. CORNU, peut être défini comme « *la valeur garantie ou objet de l'assurance (personne ou chose assurée)* »[476].

La notion de risque se distingue de la notion de danger et peut être avéré ou suspecté or la notion de garantie se manifeste lorsqu'un risque est avéré ou potentiel. Ainsi, « *le risque doit être distingué du danger. Le danger est ce qui 'menace ou compromet la sûreté, l'existence, d'une personne ou d'une chose'. Le risque est un 'danger éventuel plus ou moins prévisible' (Robert)* »[477]. De plus, « *le risque n'est pas un aléa. Un aléa est un événement imprévisible qui n'est pas connoté par un jugement de valeur* »[478]. Les risques avérés et les risques potentiels se distinguent par rapport à la prévisibilité de leur survenance. En d'autres termes, « *le risque avéré est celui qui est connu, identifié et certain* »[479] alors que le risque suspecté « *n'est pas identifié* »[480] ce qui est la conséquence des « *avancées technoscientifiques et à l'impossibilité de prévoir toutes les conséquences de leurs applications* »[481].

La notion de garantie comprend également une gestion des risques. En effet, « *le métier de prêteur suppose le respect d'un principe fondamental : 'un crédit ne doit pas être consenti uniquement en fonction des garanties qui peuvent y être attachées : ce que l'on doit rechercher avant tout, c'est l'issue normale de l'opération par l'appréciation des capacités de remboursement de l'emprunteur' (P. Dupont (1984)* »[482]. En d'autres termes, « *la vocation d'un établissement distributeur de crédit est de prêter en cherchant à réduire au maximum les risques de défaillance de sa clientèle* »[483]. Ainsi, lorsqu'une garantie est demandée, l'exclusion du risque n'est pas envisageable pour le créancier. Le créancier accorde sa confiance qu'en échange d'une diminution de la prise de risque. Ainsi, la notion de garantie comprend aussi bien des mécanismes comme les sûretés qui ont pour objet de garantir que des

---

[476] CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, Paris, 2009.
[477] Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit*., p. 10.
[478] Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *op. cit*., p. 10.
[479] J. MOURY, « Une nouvelle fonction du droit : éviter le risque avéré, envisager le risque suspecté », *LPA* 2 mai 2002, n°87-88, p. 4.
[480] J. MOURY, *op. cit*., p. 4.
[481] J. MOURY, *op. cit*., p. 5.
[482] M. MOUILLART, « Hypothèque ou caution (de la garantie à la réassurance) », *Rev. Banque*, oct. 498, n°498,p. 906.

contrats d'assurance qui rassurent le créancier en diminuant également le risque pris par le créancier mais, à la différence des sûretés, n'ont pas pour objet d'être une garantie mais davantage l'effet de l'être en confortant la confiance du créancier lorsqu'il contracte.

B. La présence de la confiance, élément commun aux notions d'assurance et de garantie

Les notions de risque et de garantie renvoient à la confiance accordée par les créanciers aux débiteurs. En droit public, la notion de confiance connaît des développements enrichissants par rapport aux liens qu'entretiennent les notions de risque et de garantie. Ainsi, l'étude de la « fides publica », devenue confiance publique, conforte l'idée que les notions de garantie, risque et confiance sont étroitement liées dans la sphère publique. Comme le rappelle Monsieur Ch. LANOË, « *au XVIIIè et au XIXè siècles, lorsque l'on souhaite exprimer cette idée (de confiance en l'Etat), on utilise les expressions de foi et de crédit public* »[484] pour ensuite affirmer que *« la garantie de l'Etat est la matérialisation à la fois morale et financière de la foi publique* »[485].

Le risque en matière de crédit public est moindre. En effet, « *la confiance qu'inspire le 'crédit public' est bien connue, au moins dans des circonstances normales et même au-delà* » ce qui laisse penser que « *quand bien même, ces créanciers peuvent parfois se heurter à des difficultés de paiement (retard notamment), 'l'Etat est réputé honnête homme' et il en va largement de même pour l'ensemble des autres personnes publiques* »[486]. Reste que l'assurance comme la notion de garantie s'imprègnent de la notion de risque ce qui explique que les contrats d'assurance apportent des précisions sur la notion même de garantie.

---

[483]M. MOUILLART, *op. cit*.,p. 912.
[484]Ch. LANOË, « La construction d'un crédit public et l'apparition de la notion de garantie de l'Etat », *Rev. Trésor*, 1993, p. 283 et s.
[485]Ch. LANOË,*op. cit*., p. 283 et s.
[486]M. BAZEX, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor*, 1989, p.321 et s.

§2. L'attribution d'un effet de garantie à l'assurance

« *L'assurance est une garantie contre la survenance d'un risque quelconque mais la qualification de sûreté ne pourrait être envisagée que dans le seul cas où ce risque est l'inexécution par un débiteur de son obligation* »[487], c'est-à-dire l'assurance-insolvabilité et l'assurance-caution. Ainsi, l'assurance lorsqu'elle a pour objet d'être une sûreté entre donc dans la catégorie des sûretés (I). L'assurance regroupe donc aussi des mécanismes qui n'ont pas pour objet d'être une sûreté mais davantage un effet de renforcement de la confiance du créancier permis par une diminution des risques ce qui les excluent de la catégorie des sûretés sans, toutefois, les exclure de la notion de garantie. Ainsi, certains contrats d'assurance peuvent être qualifiés de sûretés et même plus largement s'incorporer dans l'ensemble des garanties (II).

I. Le rapprochement de l'assurance et de la notion de sûreté

Le rapprochement entre l'assurance et la sûreté connaît des nuances en ce sens que « *si toutes les sûretés sont des garanties, la réciproque n'est pas vraie et en particulier l'assurance, qui garantit les risques les plus divers, n'apparaît normalement pas comme l'accessoire économique d'un crédit* »[488]. Néanmoins, l'assurance-crédit connaît des similitudes avec le cautionnement (A) et l'étude de l'assurance-cautionnement démontre bien l'existence de liens entre l'assurance et les sûretés (B).

A. L'assurance-crédit et le cautionnement

L'assurance-crédit et le cautionnement protège tous deux le créancier contre l'insolvabilité de son débiteur (1) et confirme le rôle de la notion de risque dans l'étude des notions de sécurité et de garantie (2).

---

[487] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *LGDJ*, Paris, 1995, préf. M. GOBERT.
[488] G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil – les sûretés – la publicité foncière*, *Sirey*, Paris, 1987, p. 7.

1. La protection du créancier contre l'insolvabilité de son débiteur dans l'assurance-crédit et le cautionnement

Définie par les Professeurs Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, « *l'assurance est le contrat par lequel un assuré se garantit ou garantit un tiers bénéficiaire contre un risque : décès, invalidité, dommage accidentel, calamité ou encore insolvabilité d'un débiteur* »[489]. L'affinité entre les sûretés et l'assurance se manifeste principalement dans les contrats d'assurance ayant pour objet de protéger l'assuré contre son insolvabilité ou celle de son débiteur. En effet, « *les sûretés et les assurances entretiennent des rapports étroits. Si l'efficacité des sûretés peut trouver dans l'assurance un soutien (renfort dans l'article L. 121-13 ou support dans l'article L. 132-10 du Code des assurances), les assurances peuvent aussi servir d'alternative aux sûretés. Indirectement, en assurant au débiteur qu'en dépit de son décès, invalidité, incapacité, voire chômage, il aura les moyens de payer son créancier. Directement, en garantissant au créancier qu'il sera payé. Si le rapprochement avec les sûretés peut être fait dans les deux cas, c'est dans le second qu'il est le plus fort* »[490]. Ainsi, le rapprochement le plus probant entre les assurances et les sûretés s'exprime doublement par rapport au cautionnement. Tout d'abord, l'assurance qui peut s'assimiler le plus à une sûreté, plus particulièrement au cautionnement, est l'assurance-crédit[491]. Ensuite, les organismes d'assurance « *peuvent (...) obtenir un agrément pour la délivrance de cautionnements* », plus communément nommées assurance-caution ou assurance-cautionnement[492].

« *L'assurance-crédit protège le créancier contre les risques qui menacent la bonne fin du crédit consenti* »[493] et donc apparaît comme un « *véritable outil de prévision du risque crédit* »[494]et « *la crise économique a démontré son importance* »[495]. L'assurance-crédit est

---

[489]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit*., p. 17.
[490]N. LEBLOND, « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit », *RLDC* 2010, n°3880.
[491]V. sur l'assurance-crédit, M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, *CIDC*, Bruxelles, 1966, notamment p. 5 où il se demande si « *l'idée d'assurer le remboursement des dettes est-elle aussi ancienne que l'assurance elle-même ? Si les origines du cautionnement se perdent dans la nuit des temps, il serait étonnant que le mécanisme juridique de l'assurance, apparu en Italie au XIVème siècle, n'ait pas rapidement servi à l'élaboration d'un nouveau type de sûreté personnelle. Aucune trace ne subsiste cependant de ces premiers contrats hypothétiques d'assurance-crédit. Certains auteurs situent l'origine de l'assurance-crédit dans le prêt à la grosse aventure ou la reprise d'assurance, mais ces contrats sont très éloignés de l'assurance-crédit véritable* ».
[492]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit*., p. 17.
[493]M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, *CIDC*, Bruxelles, 1966, p. 1.
[494]N. LEBLOND, « Anticipation et mutualisation du risque : l'assurance-crédit », *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2010, n°364, p. 24 et s.
[495]N. LEBLOND, « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit », *RLDC* 2010, n°3880 et qui précise que ce constat vient contredire « *l'affirmation du doyen SIMLER selon lequel, à la différence du cautionnement, l'assurance-*

particulièrement pratiquée par la Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) avec la garantie de l'Etat[496]. En effet, l'article L. 432-1 du Code des assurances précise que « *la garantie de l'Etat peut être accordée en totalité ou en partie : 1° A la Compagnie française du commerce extérieur : (...) a bis) pour ses opérations d'assurance couvrant le risque de non-paiement des sommes dues par des entreprises à des établissements de crédit ou des entreprises d'assurance dans le cadre d'opérations de commerce extérieur dans des conditions prévues par décret* ».

L'assurance-crédit, comme l'assurance-caution, est exclue du champ d'application du Code des assurances. En effet, l'article L. 111-1 du Code des assurances dispose que « *les titres Ier, II et III du présent livre ne concernent que les assurances terrestres. A l'exception des articles L. 111-6, L. 112-2, L. 112-4, L. 112-7 et L. 113-4-1, ils ne sont applicables ni aux assurances maritimes et fluviales ni aux opérations d'assurance-crédit ; les opérations de réassurance conclues entre assureurs et réassureurs sont exclues de leur champ d'application* ».

Toutefois, la loi du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des PME[497] a inséré deux précisions relatives à l'assurance-crédit. La première est issue de l'article 6 de la loi qui dispose dans II qu' « *après l'article L. 113-4 du même code [le Code des assurances], il est inséré un article L. 113-4-1 ainsi rédigé : 'Art. L. 113-4-1. – L'assureur crédit qui renonce à garantir les créances détenues par son assuré sur un client de ce dernier, lorsque ce client est situé en France, motive sa décision auprès de l'assuré lorsque ce dernier le demande.'* ». La seconde, appliquée jusqu'au 31 décembre 2010, provient de l'article 7 de la même loi qui précise que « *dans des conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'économie, les entreprises d'assurance pratiquant les opérations d'assurance-crédit transmettent chaque trimestre à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles des informations statistiques sur le montant des encours de crédit client garantis et des encours de crédit client*

---

crédit n'a pas un rôle moteur direct dans l'activité économique ». V. pour nuancer ce constat, Ph. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, *Litec*, Paris, 4ème éd., 2008, n°26.

[496]V. sur la COFACE, J. BIGOT, J-L. BELLANDO, M. HAGOPIAN, J. MOREAUet G. PARLEANI, *Traité du droit des assurances – Entreprises et organismes d'assurances*, Tome 1, *LGDJ*, Paris, 2ème éd., 1996, p. 69 et s., v. aussi PERCEROU, « *La nature juridique de l'assurance-crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ? », RGAT* 1970*, p. 350 et s. où sur les assurances-crédit, il observe « que leur actualité ait diminuée sauf, en ce qui concerne l'assurance-cautionnement, forme assez particulière dérivée de l'assurance-crédit et surtout l'assurance-crédit des opérations de commerce extérieur, technique soumise elle aussi, à un régime spécifique puisqu'elle implique généralement, par l'intermédiaire de la Société créée spécialement à cet effet, la Compagnie Française d'Assurances pour le Commerce Extérieur (C. O. F. A. C. E.), l'intervention de l'Etat* ».

[497]Loi n°2009-1255 du 19 oct. 2009 *tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers*, *JORF* n°0243 du 20 oct. 2009, p. 17410.

garantis pour les petites et moyennes entreprises ainsi le nombre de risques souscrits situés en France ».

2. La prise en charge d'un risque dans l'assurance-crédit et le cautionnement

Au premier abord, « *l'assurance-crédit se rapproche du cautionnement : comme lui, elle organise le transfert de la charge de l'impayé sur un tiers qui, par contrat, accepte de la supporter en s'engageant à payer le créancier en cas de défaut de paiement du débiteur* »[498]. Toutefois, les Professeurs Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE soulèvent deux points venant nuancer ce rapprochement. Tout d'abord, « *l'assurance-crédit résulte d'un contrat synallagmatique entre le créancier et l'assureur, auquel le débiteur reste étranger, le cautionnement est très généralement procuré au créancier par le débiteur et procède d'un contrat unilatéral entre la caution et le créancier* »[499]. Ensuite, le second argument donné repose sur le fait que « *le créancier doit à l'assureur une prime, alors que, dans le second, s'il donne lieu à rémunération du garant, celle-ci est à la charge du débiteur* »[500]. Enfin, le dernier argument en défaveur d'un rapprochement entre le cautionnement et l'assurance-crédit est que « *le contrat de cautionnement est un contrat accessoire »*[501] *et « le contrat d'assurance est un contrat principal* »[502].

Néanmoins, une partie de la doctrine n'adhère pas à cette vision. Elle estime que « *le cautionnement et l'assurance-crédit prennent en charge le risque d'impayé qui n'est pas seulement l'absence de paiement, mais l'absence de paiement légitime »*[503] *et que donc « faute de droit au paiement, il ne peut (…) y avoir d'impayé, ces deux garanties perdent leur raison d'être, leur objet disparaît* »[504]. De plus, elle considère que *« dans l'assurance-crédit, la somme payée par l'assureur peut excéder le montant de la créance, ce qui n'est pas le cas dans le cautionnement n'est pas dirimant* »[505]. Enfin, il apparaît difficile de distinguer le

[498]N. LEBLOND, « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit », *RLDC* 2010, n°3880.
[499]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit*., p. 17.
[500]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit*., p. 17.
[501]M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, *CIDC*, Bruxelles, 1966, p. 112, n°77.
[502]M. FONTAINE,*op. cit*., p. 112, n°77.
[503] N. LEBLOND, « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit », *RLDC* 2010, n°3880.
[504] N. LEBLOND,*op. cit*., n°3880.
[505] N. LEBLOND, *op. cit*., n°3880, il ajoute que « *cette différence n'est pas de nature, mais de degré ; là où le cautionnement ne prend en charge que l'élément de base du risque d'impayé, la perte de la créance,*

cautionnement de l'assurance-crédit uniquement sur « *la personne qui rémunère le garant* »[506].

B. L'assurance-cautionnement et le cautionnement

L'assurance-cautionnement permet aux organismes d'assurances d'accorder leur cautionnement (1). Néanmoins, la jurisprudence judiciaire est confuse par rapport à la qualification de cette assurance-cautionnement (2).

1. La présentation de l'assurance-cautionnement

L'étude de l'assurance-cautionnement complique l'exercice de distinction entre les notions d'assurance et de sûreté. L'arbitrage rendu par le Conseiller d'Etat RENAUDIN en 1952[507] estimait que seules les banques pouvaient délivrer des cautionnements et les assurances uniquement des contrats d'assurances. Cette sentence arbitrale donna lieu à l'accord du 11 décembre 1952 où était bien précisé que « *seront délivrées uniquement par les banques les cautions délivrées à des personnes physiques ou morales pour couvrir des engagements qui leur sont propres et qui ne dérivent pas directement de la détention de marchandises susceptibles d'être assurées pour les risques physiques tels que incendie, transport, vol* ». En d'autres termes, « *assurance et cautionnement sont deux opérations nettement distinctes* »[508].

Toutefois, l'article 88 de la loi de finances du 7 février 1953 pour l'exercice de l'année 1953 dispose expressément que « *les garanties exigées en vertu des prescriptions légales ou règlementaires, sous forme de caution, par les administrations, les services et les collectivités publics et, d'une façon générale, pour garantir la bonne exécution de tous engagements,*

---

l'assurance-crédit va plus loin, couvrant les autres conséquences dommageables pour le créancier : frais de recouvrement, de procès, etc ».

[506] N. LEBLOND, « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit », *RLDC* 2010, n°3880.

[507] E. NETTER, *op. cit*., notamment pp. 224-226. V. également, J-P. WATTIEZ, *op. cit*., p. 12 et s.

peuvent aussi être fournies sous la forme d'une assurance caution »[509]. Plus tardivement, les directives européennes sur la liberté d'établissement du 24 juillet 1973[510] et du 18 juin 1992[511]en matière d'assurance confirment cette volonté d'accorder aux assurances la possibilité d'accorder des cautionnements. De plus, dans son arrêt du 17 mars 1964, la Cour de cassation estime que lorsque «*les juges d'appel ont fait mention de la loi du 7 février 1953, c'est uniquement pour rappeler qu'elle avait consacré 'une pratique antérieure reposant sur les textes qui règlementent l'activité des sociétés d'assurance et de capitalisation, spécialement le décret-loi du 14 juin 1938 et l'article 138 du décret du 30 décembre 1938', que les autorisations administratives, dont l'existence a été constatée par l'arrêt attaqué, délivrées en vertu de ces textes aux compagnies le Soleil et l'Union, les habilitant à procéder à de telles opérations et dont la régularité n'a à aucun moment, été contestée par le demandeur au pourvoi, justifient la décision de la Cour d'appel admettant la validité des contrats litigieux, de même qu'elles suffisent à rendre vaines les critiques du second moyen tiré du caractère de ces contrats prétendument contraire aux principes reconnus en matière d'assurance* »[512].

Les Professeurs Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE remarquent, néanmoins, que *« dans les deux cas, l'assureur dispose d'un recours contre le débiteur défaillant, soit en vertu des textes relatifs au cautionnement, soit sur le fondement d'une disposition législative particulière dans le cas de l'assurance-crédit* »[513]ce qui confirme la confusion entre l'assurance-crédit et l'assurance-cautionnement. Le critère de distinction donné par les Professeurs Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE se fonde donc « *dans la personne du souscripteur du contrat, quelle que soit la qualification que lui ont donnée les parties : si le contrat a été souscrit par le débiteur, il*

---

[508] E. NETTER, *op. cit*., p. 224. V. également, J-P. WATTIEZ, *op. cit*., p. 9 où l'auteur rappelle qu'en « *déclarant que les opérations de cautionnement n'étaient pas des opérations d'assurances, mais de véritables opérations de crédit le monopole de ces opérations* ».

[509]Loi de finances n°53-79 pour l'exercice 1953 du 7 févr. 1953, *JO* du 8 févr. 1953, p. 01234. V. J-P WATTIEZ, op. cit., p. 9 et s. où l'auteur estime que « *bien que l'article 88 de la Loi de Finances du 7 février 1953 autorisât que les garanties exigées sous forme de cautions puissent être également fournies sous forme d'une assurance-caution, ce texte n'a pas atteint le développement des cautions bancaires* » et ajoute que « *cet article 88 qui emploie la formule 'pour garantir la bonne exécution de tous engagements' permet aux sociétés d'assurances de fournir leur caution sans aucune restriction* ».

[510] Directive 73/240/CEE du Conseil du 24 juill. 1973 visant *à supprimer, en matière d'assurance directe autre que l'assurance sur la vie, les restrictions à la liberté d'établissement*, *JOUE*n° L 228 du 16 août 1973, p. 0020 – 0022.

[511]Directive 92/49/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant *coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie et modifiant les directives 73/239/CEE et 88/357/CEE*, *JOUE* n° L 228 du 11 août 1992, pp. 0001-0023.

[512]Cass. civ. 1ère, 17 mars 1964.

[513]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit*., pp. 17-18.

ne peut s'agir que d'un cautionnement ; s'il l'a été par le créancier, l'opération est une assurance »[514].

2. La jurisprudence judiciaire relative à la distinction entre l'assurance-cautionnement et le cautionnement

Dans un arrêt du 1er mars 2006[515], la Cour de cassation a, sur le fondement de l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'urbanisme[516], censuré l'arrêt de la Cour d'appel, qui accordait au garant, un organisme d'assurance, le droit de se retourner contre les contre-garants pour les sommes versées lors de l'appel en garantie. En effet, les juges de la Haute juridiction estiment que « *la société RA avait souscrit une assurance auprès de la société LMC, que par application de l'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation celle-ci avait rempli son obligation personnelle, sans s'acquitter de la dette de la société RA, et que dès lors les époux X... ne pouvaient être recherché sur le fondement d'un cautionnement portant que une obligation dont le caractère certain n'était pas établi* ». Cette solution a été confirmée par l'arrêt du 27 septembre 2006[517] où une nouvelle fois la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel qui avait retenu que « *la garantie de livraison s'analyse comme un cautionnement de caractère particulier, et que le garant qui a payé dispose d'un recours à l'encontre du débiteur principal* » et donc estime que le garant « *avait rempli son obligation personnelle, sans s'acquitter de la dette de la société X... Architecteur, et que dès lors, elle n'était pas fondée à solliciter le remboursement par cette dernière des sommes qu'elle avait dû régler à la suite de la défaillance du constructeur* ». Cette jurisprudence de la Cour de cassation laisse perplexe les Professeurs Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE[518]. En effet, ils estiment que « *la qualification d'assurance ne permet pas (...) de justifier pareille solution* » en rappelant que « *les entreprises d'assurance habilitées à délivrer des garanties financières souscrivent de banals cautionnements ou garanties autonomes (...) mais (...) l'assureur dispose de recours contre le débiteur, soit en vertu du*

[514]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit*., p. 18.
[515] Cass. Civ. 3ème, 1er mars 2006, n°04-16297, *JCP G* 2006, I, 195, n°10, obs. Ph. SIMLER.
[516]L'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'urbanisme dispose dans le dernier alinéa de son I que « la garantie est constituée par une caution solidaire donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance agréés à cet effet ».
[517]Cass. Civ. 3ème , 27 sept. 2006, n°05-14674, *D.* 2006, IR, p. 2479, *JCP G* 2006, IV, 3045.
[518]Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE,*op. cit*., p. 292 et s., n°317.

droit commun du cautionnement ou de la garantie autonome, soit, dans l'hypothèse de l'assurance-crédit, en vertu d'une disposition législative expresse (L. 11 juill. 1972, art. 22) » et que de plus « *toute explication du refus du recours par les arrêts rapportés fait défaut* ». La Cour d'appel de Nîmes a suivi la solution de la Cour de cassation dans des arrêts en date du 2 octobre 2007[519].

Néanmoins, la jurisprudence de la Cour d'appel de Douai semble réticente à suivre la solution de la Cour de cassation. En effet, dans un arrêt du 27 août 2008[520], la Cour d'appel de Douai estime que « *l'article L. 231-6 I disposant, en son dernier alinéa, que la garantie prévue est constituée par une caution solidaire, il s'ensuit que le législateur a entendu mettre en place une sûreté personnelle au profit du maître d'ouvrage, même si, l'alinéa 1er de ce texte impliquant que c'est la bonne exécution du contrat, indépendamment de la personne qui s'y est obligée, qui en est l'objet, la garantie, quoiqu'ainsi qualifiée par la loi de 'caution solidaire', n'emprunte au cautionnement solidaire que son caractère de sûreté personnelle garantissant l'exécution du contrat de construction* ». Ainsi, les juges observent que « *cette sûreté étant accordée, par l'alinéa 1er précité, au maître d'ouvrage qu'elle 'couvre', le législateur n'a pas entendu protéger des risques qu'il énonce celui-là même qui, en tant que constructeur, s'est obligé, envers le bénéficiaire de la sûreté, à la livraison dans les délais convenus et, de manière générale, à la bonne exécution du contrat, ni, par voie de conséquence, interdire au garant, pour ce qui concerne l'obligation faisant l'objet propre de la garantie, tout recours contre le constructeur à qui il a fourni cette garantie, interdiction qui ne présenterait aucun intérêt pour protéger le maître d'ouvrage des risques énoncés par le texte et serait même de nature à encourager certains constructeurs à laisser au garant la charge de réparer les conséquences de leur propre incurie, dès lors que, par leur abstention, il pourrait leur en coûter moins que de satisfaire à leurs obligations, tant au niveau du délai de livraison qu'au niveau de la bonne exécution des travaux prévus au contrat* ».

Ces jurisprudences renforcent la confusion entre les notions de garantie et d'assurance ce qui, en plus des incidences économiques d'une telle solution de la part de la Haute juridiction, interroge sur le fait que même « *si le banques proposent des 'produits' d'assurance et les assureurs, des garanties, les unes et les autres exercent habituellement ces activités au sein de personnes morales distinctes. Comment est-il dès lors possible qu'une telle personne morale,*

[519]CA Nîmes, 2 oct. 2007, n°06/04215 et 06/04215.
[520]CA Douai, 27 août 2008, n°07/02218.

qui s'est donné pour objet statutaire le cautionnement, puisse se voir imputer des obligations relevant de la qualification d'assurance, alors que son objet social lui aurait précisément interdit de souscrire de telle obligation ? »[521].

A défaut de considérer l'assurance-crédit et l'assurance-cautionnement comme un cautionnement, il est envisageable de les qualifier de « quasi sûretés » dans le sens où l'objet de ces assurances se rapproche de celui des sûretés. Le risque reste donc un élément essentiel en droit des assurances, élément qui enrichie également la notion de garantie.

II. L'association de l'assurance et de la notion de garantie

La notion de garantie connaît un développement important par rapport au droit des assurances. Ainsi, « *ce qu'on appelle garantie dans le contrat d'assurances, c'est l'obligation principale du contrat. Il y a là une erreur : la garantie ne peut jamais être qu'une obligation accessoire* »[522]. En plus de l'utilisation de la notion de garantie dans la terminologie du droit des assurances, l'assurance se rapproche de la notion de garantie par l'implication de la notion de risques dans les deux matières. En effet, la couverture du risque est certainement la clé de voûte du rapprochement entre l'assurance et la notion de garantie. La sphère publique connaît ce rapprochement par l'instauration d'assurances obligatoires (A) et le droit des assurances accordent à certains contrats d'assurance, comme les contrats d'assurance vie, l'effet de garantir (B).

A. L'effet de garantie des assurances obligatoires

Les besoins, de plus en plus présents, d'amélioration de la protection contre les risques et d'atténuation des pertes résultant de la réalisation de risques, communes aux notions

[521]Ph. SIMLER, « Recours du garant de la livraison à prix et délai convenus contre le constructeur défaillant. Résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation », *Constr. Et urban*., déc. 2008, étude n°15, p. 7.
[522]B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préf. D. TALLON, *LGDJ*, 1964, Bibliothèque de droit privé, t. 42, n°46. Cette affirmation renvoie à la théorie de l'accessoire et du principal ce qui confirme que la notion de « garantie » n'est pas forcément autonome de l'obligation principale et qu'elle revêt donc toujours un caractère annexe. V. opp. E. NETTER, *op. cit*., p. 252 où il estime que « *cette affirmation est un peu étonnante, et il eût probablement été préférable d'écrire que la garantie d'assurance n'est pas la*

d'assurance et de garantie, correspondent à l'émergence d'assurances obligatoires comme la Sécurité sociale (1) et l'assurance de garantie des salaires (2).

1. La Sécurité sociale entre assurance et garantie[523]

Comme le rappelle G. LAUBEL, « *un des premiers soins du Gouvernement provisoire après la journée du 24 février 1848, fut de donner au peuple, par qui la Révolution avait été faite, l'assurance que ses revendications sociales seraient écoutées. (…) Aussi dès le 25 février, une déclaration de principe, rédigée par Louis Blanc, annonçait que le Gouvernement provisoire de la République française s'engageait 'à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail, et à garantir du travail à tous les citoyens'* ».[524] Ce rappel historique prouve que la recherche de sécurité et de volonté de diminuer les risques au maximum n'est pas nouvelle même si elle tend à s'accentuer avec les progrès technologiques.

L'exemple le plus connu d'assurance obligatoire se manifeste par la création, en 1946, de la Sécurité sociale qui est « *une véritable nationalisation de l'assurance en matière de maladie, maternité, invalidité, vieillesse, décès, l'obligation d'assurance y étant aggravée d'un monopole des organismes* »[525]. Ainsi, l'ordonnance du 4 octobre 1945, dans le premier alinéa de l'article premier institue « *une organisation de la sécurité sociale destinée à garantir les travailleurs et leurs familles contre les risques de toute nature susceptibles de réduire ou de supprimer leur capacité de gain, à couvrir les charges de maternité et les charges de famille qu'ils supportent* » et la loi du 22 mai 1946 généralise la Sécurité sociale à tous les français. En effet, son article premier dispose que « *tout Français résidant sur le territoire de la France métropolitaine bénéficie, sous réserve des dispositions prévues à l'article 29 de la présente loi, des législations sur la sécurité sociale et est soumise aux obligations prévues par*

---

même garantie que celle dont il est traité dans l'ouvrage. On ne voit pas pourquoi l'un des usages d'un terme polysémique devrait l'emporter sur les autres, qui perdraient immédiatement toute légitimité ».

[523]Sur la garantie les organismes de Sécurité sociale, notamment sur la distinction entre les régimes spéciaux et le régime général de la Sécurité sociale, v. M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, préf. J-M. PONTIER, LGDJ, Paris, 1994, p. 185 et s.

[524]G. LAUBEL, *Assurances garanties par l'Etat – Caisses nationales d'assurances en cas de décès et en cas d'accident*, thèse Paris, 1907, pp. 5-6.

[525]Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 16.

ces législations dans les conditions de la présente loi »[526]. Le principe en droit des assurances est que « *l'assureur vend de la sécurité contre un prix qui est la prime. Si la prime est élevé, son prix de revient l'est aussi* »[527]. En matière de santé et d'assurance maladie, les coûts réels calculés par rapport aux risques sociaux sont obligatoirement supérieurs au prix que l'assuré peut payer. C'est pour cette raison que « *la Sécurité sociale ne peut couvrir les risques sociaux que par une politique de solidarité qui lui est propre* »[528]. Le mécanisme mis en place par la sécurité sociale diffère de l'assurance privée en ce que l'assuré « *verse des cotisations qui ne sont pas fonction du risque qu'il présente, mais de ses revenus* »[529]. Ce rôle de solidarité accordée à la Sécurité sociale présente la particularité de garantir l'accès aux soins médicaux pour tous et donc vient contrecarrer les risques liés à la santé.

2. L'assurance de garantie des salaires, une assurance à effet de garantie

En droit du travail, l'assurance de garantie des salaires apportent également sa pierre à l'édifice pour préciser la notion de garantie dans la sphère publique comme en témoigne l'arrêt de la Cour de cassation du 7 septembre 2004 où se posait la question de savoir si les entreprises publiques non soumises au droit des procédures collectives sont tenues de souscrire l'assurance de garantie des salaires et en l'espèce, la société France Télécom prétendait ne pas avoir à se protéger contre le risque d'une faillite en ce sens qu'elle « *fait grief à l'arrêt de l'avoir condamnée à fournir au GARP les déclarations des salaires versés depuis le 1er janvier 1997 à ses salariés sous contrat de droit privé, alors, selon le moyen, qu'une personne morale de droit privé, soumise à une législation particulière inconciliable avec le droit commun des procédures collectives, n'est pas soumise à l'obligation d'assurance prévue à l'article L. 143-11-1 du Code du travail ; qu'il résulte de la loi n°90-568 du 2 juillet 1990, modifiée par la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 et de la décision n°96-380 DC du 23 juillet 1996 du Conseil constitutionnel, que France Télécom est une entreprise*

---

[526]Loi n°46-1146 du 22 mai 1946 portant *généralisation de la sécurité sociale*.
[527]Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 16.
[528]Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*.,p. 16.
[529]Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit*., p. 17. V. également l'article 30 de l'ordonnance du 4 octobre 1945 qui dispose que « *la couverture des charges de la sécurité sociale et des prestations familiales est assurée, indépendamment des contributions de l'Etat prévues par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur, par des cotisations assises et recouvrées conformément aux disposions ci-après* ». Ainsi, l'article 31, alinéa premier, précise que « *les cotisations des assurances sociales, des allocations familiales et des accidents*

nationale chargée d'un service public national au sens du 9ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, et doit en conséquence rester sous le contrôle permanent de l'Etat (...) ; qu'en raison de ces dispositions spéciales, France Télécom ne peut, en l'état actuel du droit, être soumise au droit commun »[530]. L'assurance de garantie des salaires a été instituée par la loi du 27 décembre 1973[531] et a été créée en application de cette loi l'association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés[532]. Ainsi, l'article premier de cette loi du 27 décembre 1973 oblige « *tout employeur ayant la qualité de commerçant ou de personne morale de droit privé même non commerçante et occupant un ou plusieurs salariés dans les conditions fixées à l'article L. 315-10 du Code du travail, (...) [à] assurer ceux-ci contre le risque de non-paiement des sommes qui lui sont dues en exécution du contrat de travail à la date de la décision prononçant le règlement judiciaire ou la liquidation des biens* ». L'article 4 de la même loi énonce que « *l'assurance est financée par des cotisations des employeurs qui sont assises sur les rémunérations servant de base au calcul des contributions au régime d'assurance-chômage défini par la section II du chapitre Ier du titre V du livre III du Code du travail* ». Néanmoins, la Cour de cassation rejette ces prétentions et rappelle que « *la cour d'appel (...) a relevé qu'en vertu de l'article 29-1 ajouté à la loi du 2 juillet 1990 par la loi du 26 juillet 1996 la société France Télécom employait librement depuis le 1er janvier 1997 des agents contractuels sous le régime des conventions collectives, a exactement décidé, peu important l'origine de son capital et le service public national qui entre dans son objet en vertu de la loi, qu'elle devait fournir au GARP les déclarations des salaires versés depuis cette date à ses salariés soumis à un régime de droit privé* ». Cette assurance obligatoire garantit, ainsi, à tous les salariés d'être privilégiés lorsque s'ouvre une procédure collective et donc les protège contre les risques d'impayés.

Ces assurances obligatoires, souvent complétées par des fonds de garantie, protège contre des risques prévisibles. Ils suivent la logique du droit des assurances tout en ayant

---

du travail sont assises sur l'ensemble des rémunérations ou gains perçus par les bénéficiaires de chacune de ces législations ».

[530]Cass. soc., 7 sept. 2004, *SA France Telecom c/ AGS*, n°pourvoi 02-21.384, v. Ph. YOLKA, « Les entreprises publiques et l'assurance de garantie des salaires : solution de continuité ou continuité des solutions ? – En marge de l'arrêt SA France Telecom c/ AGS (Cour de cassation, chambre sociale, 7 septembre 2004) », *RDP*, 2005, n°4, p. 981 et s.

[531]Loi n°73-1194 du 27 déc. 1973 tendant *à assurer, en cas de règlement, judiciaire ou de liquidation de biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail.*

[532]V. art. 2, al. 1er de la loi n°73-1194 du 27 déc. 1973 : « *Le régime d'assurance prévu à l'article précédent sera mis en œuvre par une association créée, dans le délai d'un mois à dater de la publication de la présente loi, par les organisations nationales professionnelles d'employeurs les plus représentatives et agréée par le ministre chargé du travail* ».

l'effet d'une garantie en protégeant contre des pertes résultant de l'insolvabilité de leur entreprise.

B. L'effet de garantie accordé à l'assurance sur la vie

A côté des contrats de garantie à taux plafond qui se manifestent comme des instruments de couverture du risque de taux d'intérêt et qui permettent, par exemple, à une collectivité de se garantir, en contrepartie du paiement d'une prime, pendant une durée déterminée d'un taux d'intérêt maximal, il existe également des contrats d'assurance, comme l'assurance sur la vie, qui n'a pas pour objet, en principe, de garantir la bonne exécution d'un prêt.

Toutefois, « *l'utilisation de l'assurance sur la vie comme moyen de garantie du bon remboursement des prêts n'est pas nouvelle. Il y a longtemps que les établissements de crédit exigent de leurs clients, ou tout le moins leur suggèrent, de souscrire un contrat d'assurance-vie dans lequel le prêteur est désigné comme bénéficiaire en cas de décès de l'emprunteur* »[533]. En d'autres termes, l'assurance-vie n'a pas pour objet d'être une garantie mais elle peut en avoir l'effet.

Ainsi, l'article L. 132-1 du Code des assurances prévoit que « *la vie d'une personne peut être assurée par elle-même ou par un tiers* » et la section IV du chapitre II relatif aux « assurances sur la vie et les opérations de capitalisation » encadre « *les assurances ayant pour objet l'acquisition d'immeubles au moyen de constitution de rentes viagères* ». Ainsi, l'article L. 132-30 dispose que « *les contrats comportant des opérations d'acquisition d'immeubles au moyen de la constitution de rentes viagères sont soumis aux dispositions du présent article* ». Le rapprochement de ces mécanismes d'assurance avec la notion de garantie se rencontre autant par rapport aux garanties personnelles que réelles.

---

[533] A. GOURIO, F. BERTOUT et A. POTIEZ, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie des prêts », *RD banc. et bourse*, 1994, *Cahier Gestion du Patrimoine*, suppl. nov.-déc. 1994, p. 4 et s.

CONCLUSION DU TITRE 1 DE LA PARTIE 1

La notion de garantie répond à une définition fonctionnelle et connaît des développements très riches en droit privé, notamment lorsqu'elle est confrontée à d'autres notions. La notion de garantie se présente donc en droit privé comme une notion ancienne et en ne répondant pas à des critères précis. En effet, aucune liste exhaustive des mécanismes juridiques entrant dans la définition de la notion de garantie ne peut être établie. Ainsi, la notion de garantie englobe l'ensemble des mécanismes permettant de se prémunir contre le risque d'une perte. Par conséquent, la notion de garantie se présente telle « *une poupée russe* » en incluant dans sa notion les mécanismes issus du droit des sûretés et dans une moindre mesure quelques instruments du droit des assurances.

Au niveau des sûretés, qui répondent aux critères d'une notion conceptuelle, elles rentrent dans la notion de garantie en ce sens qu'elles répondent toutes à la fonction de la notion de garantie qui est de se prémunir contre les risques d'une perte. Le droit des assurances présente également des mécanismes qui adhérent à la définition de la notion de garantie. En d'autres termes, la notion de garantie en répondant aux critères d'une notion fonctionnelle intègre des mécanismes juridiques divers mais qui répondent tous à la même définition qui est pour le créancier de se prémunir contre le risque d'une perte. En effet, la notion de garantie regroupe tous les mécanismes qui permettent de se prémunir non pas contre une perte mais contre le risque de celle-ci d'où l'intérêt de la mise en exergue de la notion de garantie par rapport au droit de la responsabilité et au droit des obligations.

La notion de garantie lorsqu'elle est éclairée par le droit de la responsabilité permet de mettre en avant qu'elle cherche à éviter les risques d'une perte pour le cocontractant qui la demande ce qui renvoie également à la notion de confiance. En effet, la notion de garantie existe et se présente sous la forme d'une notion fonctionnelle mais le rapprochement avec le droit de la responsabilité et plus particulièrement la notion de risque, qui se manifeste par une absence de confiance lorsque la notion de garantie apparaît, laisse penser que d'une certaine manière la notion de garantie ne devrait pas exister. En effet, le manque de confiance qui engendre le plus souvent l'apparition des mécanismes entrant dans la notion de garantie

renvoie à une société imparfaite où l'information entre les acteurs n'est pas égale. En effet, le risque est présent et il apparaît alors nécessaire de se protéger contre lui.

Dans une société où la confiance est totale et où seules la bonne foi et la loyauté sont de rigueur, la notion de garantie n'aurait pas lieu d'être, même en ce qui concerne les catastrophes naturelles en ce sens qu'elles ne sont effectivement pas prévisibles et représentent donc un risque mais, contrairement aux acteurs économiques, qui plus est, peuvent consciemment ou inconsciemment provoquer ces catastrophes, ces événements sont naturels et ne peuvent pas être contrôlés de manière aussi prévisibles que le comportement des acteurs économiques. En d'autres termes, la notion de garantie en droit privé répond aux critères d'une notion fonctionnelle et à une finalité économique. La notion de garantie que ce soit en droit privé ou en droit public répond à une notion fonctionnelle mais la notion de garantie publique présente certainement la singularité d'avoir une finalité plus politique qu'économique.

La sphère publique s'est moins attachée à cette notion que ce soit dans les textes, la jurisprudence ou encore la doctrine. Tout en répondant à une finalité plus politique qu'économique, la notion de garantie publique se singularise par l'étendue de son domaine et par la présence de la personne publique qui accorde sa garantie. La singularité de la notion de garantie publique est renforcée par le droit de l'Union européenne qui présente des développements importants sur la notion de garantie publique avec notamment des mécanismes juridiques inconnus du droit privé comme les garanties implicites et illimitées qui connaissent des difficultés d'appréciation autant en droit interne qu'en droit de l'Union européenne.

TITRE 2

L'INTRODUCTION

DE LA NOTION DE GARANTIE PUBLIQUE

En droit civil, la notion de garantie répond aux caractéristiques d'une notion fonctionnelle et comme le soulignait, au milieu du XXème siècle, le Doyen VEDEL, « *le droit administratif, plus peut-être que toute autre discipline juridique, comporte à côté de notions proprement conceptuelles des notions fonctionnelles* »[534].

Toutefois, dès l'origine du droit administratif, les lois des 16-24 août 1790 relatives à l'organisation judiciaire et du 16 fructidor an III ont posé le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires[535]. L'arrêt du Tribunal des conflits du 8 février 1873 vient préciser que l'administration dotée de la puissance publique « *ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier* » et indique qu' « *elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* »[536]. Néanmoins, de l'arrêt Blanco du 8 février 1873, comme le souligne le Professeur R. CHAPUS, « *il ne faut pas en*

[534]G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851.
[535] Sur la loi des 16-24 août 1790 et celle du 16 fructidor an III, v. R. CHAPUS, *Droit administratif général – Tome 1*, Montchrestien, Paris, 15ème éd., 2001, p. 2 où l'auteur rappelle que ces lois signifient que « *l'action de l'administration, lorsqu'elle se manifeste comme puissance publique, ne doit pas être jugée par les tribunaux judiciaires* ».
[536] TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61, concl. DAVID.

conclure que le droit administratif se caractérise comme un droit d'exception et que son existence est une dérogation à la norme qui serait l'application du droit privé »[537].

L'autonomie du droit administratif n'empêche pas l'application de mécanismes de droit privé comme la notion de garantie. Ainsi, le Code général des collectivités territoriales consacre un chapitre aux « garanties d'emprunts »[538] pour ensuite s'intéresser dans le chapitre suivant à « la participation au capital de sociétés » témoignant bien de liens entre droit administratif et droit privé. L'Etat accorde également des garanties dans le cadre des lois de finances sur le fondement de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 qui est venue clarifier le régime des garanties octroyées par l'Etat et permet à Monsieur Philippe LAMY concernant l'article 34 de cette loi de noter que «*faute de précision dans la loi organique, la notion de garantie doit être entendue largement, et englober non seulement les garanties d'emprunt ou de passif, mais aussi celles accordées à des opérations particulières, notamment en matière de stabilisation de taux d'intérêt ou en faveur d'activités liées au commerce extérieur* »[539] ce qui ne comprend toutefois pas tous les mécanismes visés par la notion de garantie publique. De plus, les spécificités qui entourent les personnes publiques, comme la non-soumission de certaines entreprises publiques au droit des procédures collectives, montre que la notion de garantie en droit administratif connaît des développements inconnus du champ de la sphère du droit privé. En effet, l'émergence d'une notion de garantie illimitée et implicite accordée par l'Etat aux entreprises publiques en est l'exemple phare. Ainsi, la notion de garantie appliquée en droit administratif connaît des particularités organiques et matérielles tendant à élargir le domaine des garanties dans la sphère publique.

La notion même de personne publique élargit considérablement le domaine des garanties publiques. En effet, la notion de garantie en droit administratif connaît des spécificités dues à la personnalité publique et à la notion de garantie elle-même. De plus, l'intervention des personnes publiques en matière de garantie connaît peu de développements, à l'exception des garanties implicites accordées à l'Etat rappelant la singularité même de la personne publique qu'est l'Etat et témoignant d'un domaine propre aux garanties publiques.

---

[537] R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 6.
[538] Articles L. 2252-1 et s. pour les communes ; articles L. 3231-4 et s. pour les départements et L. 4253-1 et s. pour les régions.
[539] Ph. LAMY, ss l'article 34, *in La réforme du budget de l'Etat, la loi organique relative aux lois de finances*, *LGDJ*, coll. systèmes, 2ème éd., 2004, p. 234.

Ainsi, la notion de garantie connaît des spécificités en droit administratif (CHAPITRE 1) ce qui permet d'en déduire un domaine propre aux garanties publiques (CHAPITRE 2).

<u>CHAPITRE 1 :</u> La notion de garantie publique

La notion de garantie publique connaît peu de développements. Toutefois, la notion de garantie publique est présente dans divers domaines du droit public. Ainsi, il apparaît que cette notion connaît des particularités dues à l'organe qui l'accorde mais également par rapport à la notion de garantie publique elle-même. De plus, la notion de garantie publique doit être appréhendée par rapport au droit de la responsabilité de la puissance publique ou encore du droit des libertés publiques permettant alors de bien délimiter la notion de garantie publique.

Les développements relatifs à la notion de garantie en droit privé et ceux concernant la notion de garantie publique présentent des similarités. L'exemple de la spécificité organique de la notion de garantie publique le démontre. En effet, la spécificité organique de la notion de garantie publique connaît comme la notion de garantie une origine issue du droit privé. En effet, comme le rappelle Monsieur Th. CORTES, « *à la différence du droit privé, l'investissement du champ du droit public par la personnalité morale est relativement récent, et ne remonte guère au-delà de la fin du XIXème siècle* »[540] et illustre ses propos en donnant l'exemple de Savigny qui se « *cantonnant au droit privé de la personne juridique, refusait de voir une personne là où il n'y avait pas habilitation à posséder une propriété commune* »[541]. Après avoir rappelé la définition du droit positif de la personnalité morale[542], Monsieur Th. CORTES montre qu' « *à cette qualification s'attachent un certain nombre de conséquences, notamment en matière processuelle ou en matière de responsabilité* »[543] et que « *l'utilisation doctrinale de la personnalité morale revêt une plus grande ampleur dans la mesure où elle sert à coordonner et à éclairer un certain nombre de règles juridiques relatives à ces groupements* »[544].

Ainsi, il apparaît nécessaire de s'intéresser à la singularité de la notion de garantie publique (SECTION 1) ce qui permet de délimiter cette notion dans la sphère de droit public (SECTION 2).

---

[540] Th. CORTES, *La personnalité morale comme technique de droit public*, thèse Paris, 2012, p. 23.
[541] Th. CORTES, *op. cit*., p. 23.
[542] Th. CORTES, *op. cit*., p. 27 qui définit la personnalité morale en droit positif comme "*un groupement de personnes ou de biens (...) apte à être titulaire de droits et d'obligations* ».
[543] Th. CORTES, *op. cit*., p. 27.
[544] Th. CORTES, *op. cit*., p. 27.

SECTION 1 : La double singularité de la notion de garantie publique

La notion de garantie publique connaît des spécificités par rapport à la notion de garantie en droit privé. Ses particularités tiennent dans la personne qui l'accorde et dans la forme de la garantie elle-même. En effet, la notion de garantie publique peut être éclairée par la personne morale de droit public qui l'accorde, tout particulièrement par rapport aux spécificités inhérentes à cette personne morale. De plus, la notion de garantie publique se singularise par elle-même. Ainsi, la spécificité matérielle de la garantie publique tient dans sa finalité mais également par sa présence dans la sphère du droit public. La rencontre du droit public avec la notion de garantie transforme la notion de garantie issue du droit privé et témoigne bien de la singularité de la notion de garantie en droit public. La notion de garantie publique connaît donc par rapport à la notion de garantie en droit privé une spécificité organique qui tient dans la personnalité morale de droit public accordant la garantie (§1) et également une spécificité inhérente à la notion même de garantie publique (§2).

§1. La singularité organique de la garantie publique

La notion de garantie publique connaît tout d'abord une spécificité organique. En effet, le rôle de la personnalité publique dans l'octroi d'une garantie publique est important. La notion de garantie publique est teintée par le droit public grâce à la présence de la personne publique qui accorde la garantie. De plus, comme technique juridique, la personnalité morale de droit public présente en elle-même les caractéristiques d'une garantie sous certaines conditions. En d'autres termes, la personne morale de droit public joue comme une condition à la notion de garantie publique (I) mais se présente également comme une garantie en elle-même (II).

I. La personnalité publique[545] comme condition à la notion de garantie publique

La présence de la personne publique établit le caractère public la garantie (A) ce qui a pour conséquence de banaliser la notion de garantie publique (B).

A. La publicisation de la garantie par la personnalité publique

La notion de personne publique présente une diversité de personnes morales de droit public. En effet, les personnes publiques comprennent l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les personnes publiques innomées[546]. Toutefois, la notion de garantie se singularise tout particulièrement lorsqu'elle est accordée par deux de ses entités : l'Etat (1) et les collectivités territoriales (2)[547].

---

[545] Sur la personne publique, v. J.-M. PONTIER, « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA* 2007, p. 979 et s. où l'auteur présentent l'idée que « *les personnes publiques forment un réseau avec des pôles, ou des points de force, et des zones moins denses. On pourrait résumer l'évolution des personnes publiques de la manière suivante. Il y aurait d'abord des noyaux, 'noyaux durs', si l'on veut, qui seraient constituées par les collectivités publiques (Etat et collectivités territoriales généralistes) et les établissements publics. Ces structures intégreraient le maximum des potentialités de la personnalité publique, exprimeraient celle-ci dans sa plénitude. Il y aurait, ensuite, les 'résidus' de la personnalité publique, c'est-à-dire le maintien de caractéristiques de cette personnalité publique alors que la structure ne correspond pas, ou plus, dans son action, à cette personnalité. C'est le cas de certains établissements publics, en particulier des établissements publics à caractère industriel et commercial, dans lesquels il subsiste des traces de cette personnalité publique à travers les exemples bien connus d'application du droit public nonobstant la soumission privilégiée, principale, au droit privé. Enfin, il y aurait les surgissements dans ce réseau, avec éventuellement constitution de nodules ou de points (...). Les groupements d'intérêt public et les nouvelles personnes morales de droit public, par exemple parmi les autorités administratives indépendantes, relèvent de ces surgissements. Et, dans cette perspective, il faut donc d'attendre à voir apparaître, à plus ou moins brève échéance, de nouvelles personnes publiques* ».

[546] Sur les personnes publiques innommées, v. L. RICHER, « Les personnes publiques innommées », *in La personnalité publique*, colloque AFDA, Litec, Paris, 2007 où l'auteur définit la personne morale innommée comme « *une personne morale qui ne s'insère pas dans une catégorie prédéfinie par la réglementation juridique, ce dont il résulte que sa nature n'emporte pas par elle-même application d'un régime juridique d'ensemble* ». En découle deux catégories, celles comme la Banque de France ou encore la Caisse des dépôts et des consignations et celles qui participent à un ensemble comme les groupes d'intérêt public.

[547] L'Etat et les collectivités territoriales forment les collectivités publiques, v. notamment L. CONSTANS, « Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français », préf. J-M. AUBY, Dalloz, Paris, 1966, p. 170. Cet auteur étudie les collectivités publiques en prenant comme fil conducteur la notion d'Etat et examine « *successivement les collectivités publiques comme phénomène socio-politique, puis comme phénomène juridique* ». De plus, dans son analyse de la collectivité publique comme « phénomène socio-politique », le Professeur L. CONSTANS reprend classiquement la réunion des trois éléments constitutifs de l'Etat que sont la population, le territoire et l'organisation politique avant de s'intéresser aux collectivités publiques comme « phénomène juridique » en se fondant non pas sur le concept de souveraineté mais d'indépendance. Ainsi, il

1. L'Etat[548] et la notion de garantie

La notion de puissance publique inhérente à la notion de l'Etat permet d'éclairer l'articulation des liens entre la notion de garantie et les personnes publiques. En effet, en plus des garanties de l'Etat explicitement énumérées dans les lois de finances[549], la personne même de l'Etat constitue un gage de confiance éclairant par là même la notion de garantie en droit public. L'exemple des garanties personnelles octroyées par un Etat à un autre Etat en est la preuve. Ainsi, comme le souligne Monsieur W.-E. GONCALVES, « *la garantie d'emprunt octroyée par un Etat, ne sert pas seulement la diplomatie de celui-ci. Elle peut aussi servir ses intérêts économiques* »[550]. L'interventionnisme économique des Etats occupe donc une place importante dans l'introduction de la notion de garantie en droit public. En effet, comme le remarque Monsieur J. D. WOLFENSOHN, « *le développement a besoin d'un Etat qui agisse, d'un Etat qui, dans un rôle de catalyseur et de promoteur, encourage et complète l'activité des entreprises privées et des particuliers* »[551]. Ainsi, Monsieur W.-E. GONCALVES en déduit que « *l'une des formes privilégiées de l'intervention des Etats dans l'économie, c'est d'offrir leur garantie personnelle. Le but est de permettre à des personnes de droit public ou de droit privé interne de contracter des emprunts. Le produit en sera investi dans le financement des projets liés au développement* »[552].

De plus, à un autre niveau, le contentieux relatif aux garanties illimitées accordées par l'Etat révèle en partie la singularité de la notion de garantie en droit public. Dans son arrêt du 20 septembre 2012 relatif à l'aide prétendument mise à exécution par la France sous forme de garantie implicite illimitée en faveur de La Poste résultant de son statut d'établissement

---

remarque qu' « *il apparaît (…) immédiatement qu'il ne peut y avoir de différence de nature entre les collectivités étatiques et les collectivités publiques infra-étatiques, mais seulement une inégalité de leurs conditions juridiques respectives, telles que les unes sont sujets de droit international et les autres pas* ».

[548] Sur l'Etat comme personne publique, v. D. DE BECHILLON, « L'Etat est-il une personne publique comme les autres ? », *in La personnalité publique*, colloque AFDA, Litec, Paris, 2007, p. 127 et s.

[549] V. Ph. MARINI, *Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances rectificative pour le financement de l'économie*, oct. 2008, où une garantie de l'Etat est définie comme « *un engagement par lequel celui-ci accorde sa caution à un organisme dont il veut faciliter les opérations d'emprunt, en garantissant au prêteur le remboursement en cas de défaillance du débiteur. Dans ce cadre, l'Etat supporte un risque de défaut de l'emprunteur qui aurait donc un impact potentiel sur les comptes publics* ». Dans ce rapport, il est également rappelé qu' « *en application de l'article 34 de la LOLF, une garantie doit être autorisée en loi de finances* ».

[550] W.-E GONCALVES, *La garantie personnelle d'emprunt des Etats au sein de la société économique internationale (exemples de quelques pays : France – Côte d'Ivoire – Bénin)*, thèse, Paris, 2000, p. 1 et s.

[551] J. D. WOLFENSOHN, *Rapport sur le développement dans le monde 1997 : L'Etat dans un monde en mutation*, Banque mondiale, p. III.

[552] W.-E GONCALVES, *op. cit.,* thèse, Paris, 2000, p. 1 et s.

public[553], le Tribunal sur le fonctionnement de l'Union européenne rappelle que « *le statut des EPIC emporte un certain nombre de conséquences juridiques, à savoir notamment (...) la désignation de l'Etat comme responsable en dernier recours du recouvrement des dettes contractées* »[554]. En effet, l'article premier, dans son paragraphe II, de la loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public dispose que « *lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné une collectivité locale ou un établissement public au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice. A défaut de mandatement ou d'ordonnancement dans ce délai, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office* ». De plus, ce paragraphe précise qu' « *en cas d'insuffisance de crédits, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle adresse à la collectivité ou à l'établissement une mise en demeure de créer les ressources nécessaires ; si l'organe délibérant de la collectivité ou de l'établissement n'a pas dégagé ou créé ces ressources, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle y pourvoit et procède, s'il y a lieu, au mandatement d'office* »[555].

Plus récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé la décision de la Commission et l'arrêt du Tribunal dans son arrêt du 3 avril 2014[556] et a donc estimé qu' « *il existe une présomption selon laquelle l'octroi d'une telle garantie implique une amélioration de la position financière de l'entreprise par un allégement des charges qui grèvent son*

---

[553] Sur la notion d'établissement public, v. notamment V. FOUACHE, *Etablissement public et société commerciale. Le devenir de l'EPIC*, thèse Paris, 2005 où l'auteur définit l'établissement public comme « *une personne de droit public, créée par l'Etat ou une collectivité publique, à laquelle est confiée une activité spécifique, qui peut ou non être une activité de service public* ».

[554] TFUE, 20 septembre 2012, aff. T-154/10.

[555] V. également l'article 10 du décret n°2008-479 du 20 mai 2008 abrogeant le décret n°81-501 relatif à l'exécution des condamnations pécuniaires prononcées à l'encontre des collectivités publiques qui précise que : « *la collectivité territoriale ou l'établissement public dispose, pour se conformer à la mise en demeure mentionnée à l'article 9, d'un délai d'un mois qui doit être rappelé dans l'acte qui la notifie. Ce délai est porté à deux mois lorsque la dette est égale ou supérieure à 5 pour 100 de la section de fonctionnement du budget de la collectivité territoriale ou de l'établissement public* ». Le second alinéa énonce que « *lorsque la mise en demeure est restée sans effet à l'expiration de ces délais, le représentant de l'Etat ou l'autorité chargée de la tutelle procède à l'inscription de la dépense au budget de la collectivité ou de l'établissement public défaillant. Il dégage, le cas échéant, les ressources nécessaires soit en réduisant des crédits affectés à d'autres dépenses et encore libres d'emploi, soit en augmentant les ressources* ». Enfin, le troisième alinéa prévoit que « *si, dans le délai de huit jours après la notification de l'inscription du crédit, la collectivité territoriale ou l'établissement public n'a pas procédé au mandatement de la somme due, le représentant de l'Etat ou l'autorité chargée de la tutelle y procède d'office dans le délai d'un mois* ».

[556] CJUE, aff. C-559/12 P, 3 avril 2014, *France c/ Commission*.

budget »[557]. Ainsi, la Cour réaffirme, entre autres, que « *comme l'a reconnu à bon droit le Tribunal, la Commission peut, en vue de prouver l'existence d'une garantie implicite, se fonder sur la méthode du faisceau d'indices sérieux, précis et concordants pour vérifier si l'Etat est tenu par le droit interne d'engager ses propres ressources afin de couvrir les pertes d'un EPIC défaillant et, partant, un risque économique suffisamment concret de charges grevant le budget étatique* »[558]. C'est dans cet arrêt que « *la Cour de justice de l'Union européenne a, pour la première fois, consacré la notion de garantie implicite et illimitée et admis qu'une telle garantie découlait du régime juridique des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)* »[559]. L'Etat n'est pas la seule personne publique à éclairer la notion de garantie en droit public. En effet, les collectivités territoriales apportent également des éléments de définition lorsqu'elles sont confrontées aux mécanismes de garantie, même si indirectement l'Etat reste le garant des collectivités territoriales.

2. Les collectivités territoriales et la notion de garantie

Le principe de libre administration et d'autonomie des collectivités territoriales permet également aux collectivités territoriales d'apporter leur garantie. En effet, les garanties accordées par les collectivités territoriales sur le fondement du Code général des collectivités territoriales, dans ses articles L. 2252-1 à 4, L. 3231-4 et 5 et L. 4253-1 et 2, témoignent de l'importance de la notion de garantie en droit public. Ainsi, comme le soulève le Professeur J-Cl. NEMERY, « *le législateur de 1982 a ouvert très largement aux collectivités les possibilités de recours à la garantie d'emprunt* »[560] et d'ajouter que « *la garantie d'emprunt en tant qu'instrument d'intervention économique offre beaucoup d'avantages pour les entreprises et les collectivités locales* »[561]. En somme, beaucoup d'avantages mais également quelques inconvénients en ce sens où « *la garantie d'emprunt a pour effet de transférer le risque bancaire sur la collectivité elle-même* »[562]. Ainsi, comme le rappelle le Professeur G. ECKERT,

[557] CJUE, communiqué de presse n°48/14.
[558] CJUE, communiqué de presse n°48/14.
[559] G. ECKERT, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP Adm*., n°21, 2014, 2160.
[560] J.-Cl. NEMERY, « Les collectivités territoriales et la garantie d'emprunt », *JCP E* 1998, suppl. n°1, p. 10.
[561] J.-Cl. NEMERY, *op. cit*., p. 10.
[562] J.-Cl. NEMERY, *op. cit*., p. 10.

« *ces prérogatives ont été encadrées de plus en plus strictement par le législateur, soucieux d'éviter qu'elles prennent des risques excessifs* »[563].

De plus, tout en l'accordant une part d'autonomie comme en témoignent les lois relatives à la décentralisation, l'Etat et les collectivités territoriales connaissent un rapport particulier en ce sens que l'Etat exerce d'une certaine manière sa tutelle sur les collectivités territoriales[564]. La liste des collectivités territoriales donnée à l'alinéa premier de l'article 72 de la Constitution dispose que « *les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'Outre-mer régies par l'article 74* ». De plus, cet article 72 de la Constitution pose le principe de libre administration et le Professeur J. WALINE précise que « *c'est ce même article 72 qui vient poser le principe de la tutelle sur les collectivités en en confiant expressément la mission au représentant du gouvernement dans le département* »[565]. Ainsi, pour le Professeur J. WALINE, « *la tutelle apparaît comme consubstantielle à la décentralisation* »[566]. Cette tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales se manifeste tout particulièrement lorsque le préfet, représentant de l'Etat, doit intervenir dans la collectivité. En effet, l'article 72, alinéa 5 dispose qu' « *aucune collectivité territoriale ne peut exercer une tutelle sur une autre* » confirmant donc l'article L. 1111-3 du Code général des collectivités territoriales qui affirme que « *la répartition de compétences entre les communes, les départements et les régions ne peut autoriser l'une de ces collectivités à établir ou exercer une tutelle, sous quelque forme que ce soit, sur une autre d'entre elles* ». Toutefois, cette interdiction ne s'exerce pas entre l'Etat et les collectivités territoriales. En d'autres termes, seul l'Etat est donc habilité à exercer un contrôle sur celles-ci. Ainsi, la déconcentration prend toute sa signification lorsqu'une collectivité territoriale fait face à des difficultés de trésorerie et se retrouve donc sous la tutelle du préfet. Ainsi, l'Etat, en intervenant auprès des

---

[563] G. ECKERT, « Conséquences d'un cautionnement irrégulièrement accordé », note sous CE, 19 novembre 2013, *Sté Credemlux International*, n°352615, *RJEP*, n°720, juin 2014, comm. 24.

[564] Sur la tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales, v. J. WALINE, « A propos de la tutelle sur les collectivités territoriale », in les Mélanges en l'honneur de J-F. LACHAUME, Le droit administratif : permanences et convergences, Dalloz, Paris, 2007, p. 1095 et s. où le Professeur J. WALINE, tout en rappelant que « *la loi du 2 mars 1982 intitule deux de ses chapitres 'suppression de la tutelle administrative' et 'suppression de la tutelle financière'* » et que « *le mot 'tutelle' a donc disparu du vocabulaire officiel en ce qui concerne les collectivités territoriales et l'on parle désormais du 'contrôle administratif' et du 'contrôle financier'* », estime que « *le principe de la tutelle est une nécessité que l'on ne saurait sérieusement contester, même si, une fois celui-ci admis, tout devient un art d'exécution* ».

[565] J. WALINE, *op. cit*., p. 1096.

[566] J. WALINE, *op. cit*., p. 1097.

collectivités territoriales lors de difficultés financières, se présente comme un garant auprès des interlocuteurs des collectivités territoriales.

L'exemple du projet d'instauration d'une agence de financement des collectivités locales confirme l'existence de liens entre l'Etat et les collectivités territoriales en matière de garantie. En effet, dans le rapport au Parlement relatif à la création de l'agence de financement des collectivités locales, il est rappelé que « *conformément à l'article 109 de la loi de finances initiale pour 2012, ce présent rapport a pour objet 'd'étudier les conséquences pour le budget de l'Etat et les collectivités territoriales de la création d'une agence publique de financement des investissements des collectivités territoriales'* »[567] et précise que « *ces conséquences budgétaires sont liées avant tout à la garantie plus ou moins implicite que l'Etat pourrait apporter à cette structure* »[568]. Toutefois, la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 créant l'article L. 1611-3-2 du Code général des collectivités territoriales n'a pas retenu la garantie de l'Etat pour la création de l'Agence France locale. En effet, l'article 35 de cette loi, dans son premier alinéa, après avoir énoncé que « *les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre peuvent créer une société publique revêtant la forme de société anonyme régie par le livre II du Code de commerce dont ils détiennent la totalité du capital et dont l'objet est de contribuer, par l'intermédiaire d'une filiale, à leur financement* », précise que « *cette activité de financement est effectuée par la filiale à partir de ressources provenant principalement d'émissions de titres financiers, à l'exclusion de ressources directes de l'Etat ou de ressources garanties par l'Etat* ». Cet article 35, dans son second alinéa, prévoit un autre mécanisme de garantie ne faisant pas intervenir l'Etat. En effet, ce second alinéa prévoit que « *par dérogation aux dispositions des articles L. 2252-1 à L. 2252-5, L. 3231-4, L. 3231-5, L. 4253-1, L. 4253-2 et L. 5111-4, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre sont autorisés à garantir l'intégralité des engagements de la filiale dans la limite de leurs encours de dette auprès de cette filiale. Les modalités de mise en œuvre de cette garantie sont précisées dans les statuts des deux sociétés* ». Ainsi, comme le souligne Olivier LANDEL, la création de cette agence représente « *un outil de solidarité entre collectivités* »[569] permis grâce à « *un mécanisme de double garantie : - premier niveau :*

---

[567] Rapport au Parlement, *Conséquences de la création d'une agence de financement des collectivités locales*, février 2012, p. 4.
[568] Rapport au Parlement, *op. cit*., février 2012, p. 4.
[569] O. LANDEL, « L'Agence France Locale : un outil conçu par et pour les collectivités territoriales », *AJ Collectivités territoriales*, 2014, p. 46 et s.

l'Agence veillera à être suffisamment capitalisée pour pouvoir répondre à toutes les règles issues de Bâle III (...) – second niveau : en cas de défaut de paiement structurel du secteur local français et dans l'hypothèse où un grand nombre de collectivités ne pourraient honorer leurs dettes, un mécanisme de garantie solidaire limitée est prévu. Chaque collectivité apportera sa garantie au système dans la limite de son propre encours vis-à-vis de l'Agence »[570].

Ainsi, les collectivités territoriales et l'Etat entretiennent des liens étroits et affirment l'existence de la notion de garantie publique ce qui est confirmé par le recours de plus en plus fréquent aux mécanismes de garantie par les personnes publiques.

B. La normalisation de la garantie par la personnalité publique

La garantie accordée par une personne publique se singularise par la présence de prérogatives de puissance publique (1) mais également par les obligations de service public inhérentes aux personnes publiques (2).

1. Les prérogatives de puissance publique et la notion de garantie

Les prérogatives de puissance publique singularisent le droit public, et donc la notion de garantie publique, ce qui est confirmé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 mai 2013 qui estime, dans un litige mettant en cause l'Office national des forêts, que « *lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence judiciaire, à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telles que la réglementation, la police ou le contrôle, ressortissent par leur nature de prérogatives de puissance publique et ne peuvent donc être exercées que par un service public administratif* »[571]. En d'autres termes, l'ONF « *assure une mission conforme à sa qualification légale lorsqu'il gère le domaine forestier, mais prend en*

[570] O. LANDEL, *op. cit.*, p. 46 et s.
[571] CE, 31 mai 2013, n°346876, 346945.

charge une activité de service public administratif lorsqu'il assure la protection de la forêt »[572]. De plus, la puissance publique entretient des liens étroits avec la personnalité publique[573].

Toutefois, la notion de prérogative de puissance publique ne connaît pas véritablement de définition. En effet, comme le souligne le Professeur N. CHIFFLOT, « *les prérogatives de puissance publique échappent, le plus souvent, à tout effort de définition* »[574]. Toutefois, le Professeur R. CHAPUS exprime l'idée que l'administration, en plus d'« *agir selon les modes de la gestion privée* », peut « *et souvent elle doit, user de moyens du droit public dont sa qualité de puissance publique lui donne la disposition et que l'on désigne par les expressions de prérogatives exorbitantes du droit commun (il faut comprendre du droit privé) ou de prérogatives de puissance publique* »[575]. Ainsi, le Professeur R. CHAPUS distingue les prérogatives d'action des prérogatives de protection. Les prérogatives de protection présentent tout particulièrement un intérêt en matière de garantie publique. En effet, de ces prérogatives découlent, entre autres, le principe de l'insaisissabilité des biens et des deniers publics. Ce principe implique que « *les dettes des personnes publiques ne peuvent pas (...) provoquer l'exercice à leur encontre des voies d'exécution* »[576]. Cet élément éclaire le contentieux des garanties implicites et illimitées de l'Etat[577] accordées aux entreprises publiques telles que La Poste. En effet, comme le souligne le Professeur J.-D. BREDIN, une entreprise publique est « *un commerçant d'une nature si originale que toute une part des statuts des commerçants lui*

---

[572] H. PAULIAT, « Responsabilité de l'Office national des forêts : compétence judiciaire en l'absence de prérogatives de puissance publique », *JCP Adm.* n°14, 2014, 2109, note sous CE, 31 mai 2013, n°346876, 346945.

[573] Sur les rapports entre personnalité publique et puissance publique, v. G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », *in Colloques AFDA*, LexisNexis, Paris, p. 17 et s.

[574] N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique – une proposition de définition », *in La puissance publique*, colloques AFDA, *LexisNexis*, 2012, p. 174. L'auteur précise que pour la doctrine « *la définition et donc la délimitation de la notion de prérogatives de puissance publique sont loin de faire l'unanimité* ». En effet, Nicolas CHIFFLOT constate que « *si pour Franck MODERNE et René CHAPUS, les prérogatives de puissance publique sont des moyens d'action, mais également des moyens de protection, cette assimilation n'est pas partagée par Georges DUPUIS qui écartait de la notion, strictement entendue, les pouvoirs dits de protection qui sont en réalité, non pas des prérogatives, mais ce qu'il nomme, avec un sens bien précis, des privilèges* ».

[575] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, Montchrestien, Paris, 15ème éd., 2001, p. 470.

[576] R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 474.

[577] Sur l'Etat, puissance publique, v. L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale. Son application en droit français*, *LGDJ*, Paris, 1924, 2ème éd., rééd. *LGDJ* « Reprint », 1998, t. 1, p. 297 et s. où l'auteur estime que « *l'Etat puissance publique et l'Etat personne morale de droit privé, constituent en effet un seul et même sujet de droit. Si on les sépare arbitrairement, (...) on sera conduit à des conséquences inadmissibles : il faudra dire, par exemple, que l'Etat puissance publique n'est pas responsable des actes accomplis par l'Etat personne privée, et réciproquement. (...) En matière de responsabilité, la jurisprudence a toujours admis que l'Etat est pécuniairement responsable (...) des fautes commises par ses organes ou agents dans la gestion des services publics. Cette solution (...) n'est explicable que par l'unité de la personnalité de l'Etat ; car dans la gestion des*

est inapplicable. C'est un commerçant privilégié qui dispose de la puissance publique. C'est un commerçant qui ne peut être éliminé s'il est inapte, mauvais payeur ou malchanceux »[578].

Ainsi, le Professeur M. BAZEX relève de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 avril 2014 relatif à la garantie implicite et illimitée accordée par la France à La Poste que « *le régime juridique de l'établissement public industriel et commercial comporte un certain nombre de prérogatives exorbitantes du droit commun, et en particulier l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun (C. com., art. L. 260-2 dans sa rédaction résultant de la loi du 25 janvier 1985), ainsi que l'attribution de pouvoirs spéciaux à l'autorité de tutelle pour l'exécution des condamnations à paiement de sommes d'argent (L. 16 juill. 1980, art. 1, II)* »[579]. De ces prérogatives de puissance publique qui permettent aux établissements publics de ne pas être soumis à une procédure de redressement et de liquidation judiciaire, la Commission européenne dans sa décision du 16 décembre 2003 relative aux aides accordées par la France à EDF en déduit que cela « *équivaut à une garantie générale portant sur l'ensemble des engagements de l'entreprise* »[580] constituant alors une aide incompatible avec le marché commun. De cet élément de la puissance publique inhérent aux personnes publiques découlent les obligations de service public qui elles aussi permettent de délimiter la notion de garantie dans la sphère publique.

2. Les obligations de service public et la notion de garantie

La notion d'obligation de service public connaît deux acceptions, l'une française et l'autre découlant du droit de l'Union européenne[581]. Les obligations de service public, dans sa vision du droit de l'Union européenne, connaissent un lien particulier avec l'intérêt général en ce qu'elles permettent de rétablir l'équilibre sur le marché concurrentiel en ne faussant pas la

---

services publics, l'Etat n'est pas une simple personne morale de droit privé ; il est le représentant de l'intérêt général et a comme tel des prérogatives éminentes qui découlent de la puissance publique (...) ».

[578] J-D. BREDIN, *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, *LGDJ*, Bibl. de droit privé, Paris, 1957, p. 128.

[579] M. BAZEX, « Le régime des aides d'Etat octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics », note sous CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12, *République française c/ Commission*, *DA*, n°7, 2014, comm. 42.

[580] Comm. CE, déc. N°2005/145, 16 déc. 2003, JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9, *DA* 2005, 61, notes M. BAZEX et S. BLAZY, « Un statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'Etat ? ».

[581] Sur la notion d'obligation de service public, v. S. ZIANI, *Service public et obligations de service public*, thèse, Strasbourg, 2013.

concurrence. Les obligations de service public éclairent la notion de garantie en droit public, notamment à travers le financement du service public. Ce lien avec le financement du service public est mis en lumière dans l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 24 juillet 2003, *Altmark*[582]. En effet, cet arrêt précise, comme le souligne Monsieur S. BRACQ, que « *des subventions publiques visant à permettre l'exploitation de services réguliers de transports urbains, suburbains ou régionaux ne tombent pas sous le coup de l'article 87§1 du traité CE dans la mesure où de telles subventions sont à considérer comme une compensation représentant la contrepartie des prestations effectuées par les entreprises bénéficiaires pour exécuter des obligations de service public et si quatre conditions sont réunies* »[583]. La portée de l'arrêt Altmark renvoie au contentieux relatif à la garantie illimitée et implicite de l'Etat sur certaines de ces entreprises publiques en ce sens que les juridictions de l'Union européenne différencient selon que les activités économiques de l'établissement public sont à titre accessoire ou principal. Ainsi, dans sa décision du 29 juin 2011, la Commission, tout en relèvant que « *la France n'a pas invoqué d'éléments démontrant la compatibilité de la mesure (...), mais s'est contentée de contester l'existence de la garantie* »[584], estime que les avantages financiers que retire l'Institut français du Pétrole Energies Nouvelles de la garantie statutaire de l'Etat pour l'exercice de ses activités économiques le sont à titre accessoire ce qui lui permet alors de conclure qu'il s'agit d'une aide d'Etat compatible avec le Marché commun, contrairement à la garantie implicite et illimitée accordée par l'Etat à EDF ou encore à La Poste qui elle se présente pour l'Union européenne comme incompatibles avec l'article 107 du TFUE. De cette argumentation de la Commission européenne concernant la garatnie de l'Etat français à l'Institut français du Pétrole Energies Nouvelles, le Professeur G. ECKERT en déduit qu'elle « *suppose, à tout le moins que soient démontrées l'existence d'un service d'intérêt économique général ainsi que la nécessité et la proportionnalité de la garantie implicite par rapport aux besoins de ce service* »[585]. Il est alors possible d'imaginer que ces mécanismes implicites de garantie deviennent explicites en ce sens qu'ils touchent principalement des entreprises importantes de l'Etat français et qu'ainsi ces mécanismes de garantie soient considérées par l'Union européenne comme des aides d'Etat compatibles avec le droit de la concurrence en supposant, par exemple, une rémunération de cette garantie. En

---

[582] CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00.
[583] S. BRACQ, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTD Eur.,* 2004, p. 33 et s., note sous CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*, aff. C-280/00.
[584] Commission européenne, décision n°2012/26/UE du 29 juin 2011, point 314.
[585] G. ECKERT, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP Adm*., n°21, 2014, 2160.

effet, la disparition d'entreprises comme la SNCF dans le cadre d'une procédure de liquidation aurait de graves conséquences au niveau économique d'où des interrogations sur l'existence de services publics qui connaissent l'application de principes comme la continuité du service public.

La notion de service public connaît en France une vision assez large comme en témoigne la décision du Conseil d'Etat du 7 mars 2014, *Centre hospitalier universitaire de Rouen* où la Haute juridiction administrative considère « *qu'eu égard à la nature de l'activité concernée, à son organisation, aux obligations imposées au cocontractant et aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, le CHU – Hôpitaux de Rouen doit être regardé comme ayant entendu confier à son cocontractant la gestion, sous son contrôle, du service public portant sur l'ensemble de la communication extérieure des patients, dont la rémunération est assurée par les résultats de l'exploitation* »[586]. En effet, le Professeur A. SEE estime que cette qualification est « *audacieuse* » de la part du Conseil d'Etat et attire l'attention sur le « *surprenant 'service public de la communication extérieure des patients'* »[587]. Ainsi, en reconnaissant l'existence de garanties à l'égard des établissements publics, l'Etat français peut tenter de les rendre compatibles à l'aide de tout le contentieux relatif aux obligations de service public et donc à la compensation des obligations de service public.

Ces développements montrent un autre élément qui est que la notion de garantie en droit public est constituée par la personnalité publique elle-même.

II. La personnalité publique comme garantie

La notion de garantie en droit public implique la présence d'une personne publique (A) représentant un élément déterminant à la notion même de garantie publique (B).

---

[586] CE, 7 mars 2014, n°372897, *Centre hospitalier universitaire de Rouen*. Sur cet arrêt, v. G. ECKERT, « Mise à disposition de téléviseurs et de moyens de communication dans les hôpitaux », *Contrats et Marchés publics*, n°5, 2014, comm. 151.

[587] A. SEE, « Le surprenant 'service public de la communication extérieure des patients' », *DA*, n°5, 2014, comm. 32, note sous CE, 7 mars 2014, n°372897, *Centre hospitalier universitaire de Rouen*.

A. L'implication de la personnalité publique dans la notion de garantie

Comme le soulignait le Professeur E. LAFERRIERE, « *l'Etat doit toujours être réputé 'honnête homme'. La formule est de M. THIERS, elle mérite d'être conservée* »[588]. Ainsi, l'Etat, et de manière plus générale, les personnes publiques présentent l'élément de confiance (1) mais également de sécurité (2) qui sont inhérents à la notion même de garantie et illustrent son acception large en droit public permettant donc d'affirmer que la notion de garantie publique répond, à l'image de la notion de garantie en droit privé, à une définition fonctionnelle et non conceptuelle.

1. La confiance dans la personnalité publique et la notion de garantie

La notion de confiance se présente comme un élément important de la notion de garantie et cette notion est également inhérente aux personnes publiques, en particulier à l'Etat. En effet, comme le souligne le Professeur D. DE BECHILLON, ce que l'Etat peut donner plus que les autres personnes publiques, c'est la confiance. Il illustre ses propos avec le 11 septembre 2001 où il rappelle que « *le président Bush a injecté une quantité massive d'argent dans l'industrie aéronautique américaine* »[589] témoignant du fait que « *l'Etat doit pouvoir donner une possibilité d'existence et d'exercice au marché là où, à lui tout seul, il risque de collapser et de ne pas ou plus parvenir à fonctionner* »[590]. Donnant également l'exemple de l'Union européenne et se posant la question de savoir « *comment l'échange monétaire pourrait-il avoir lieu si l'Etat n'était pas là pour garantir le signe monétaire, c'est-à-dire rendre possible la confiance dans la valeur de la monnaie ?* »[591], il en déduit que « *la présence de l'Etat garant, et donc dispensateur de la confiance minimale, c'est certainement ce par quoi le jeu de la vie économique nationale reste possible* »[592]. En effet, la confiance en l'Etat établit un élément important de la notion de garantie en droit public. Cette confiance

---

[588] E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème éd., 1896, tome 1er, p. 347.
[589] D. DE BECHILLON, « L'Etat est-il une personne publique comme les autres ? », *in La personnalité publique*, colloque AFDA, Litec, Paris, 2007, p. 128.
[590] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 128.
[591] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 128.
[592] D. DE BECHILLON, *op. cit.*, p. 129.

prend son origine dès le IVème siècle avec l'apparition de la « foy publique » signifiant la confiance publique. En effet, la foi publique, comme le rappelle Monsieur J.-F. BOUDET, « *est une notion héritée de la religion et du droit romain, sur laquelle repose tout l'édifice juridique des contrats et obligations de la République jusqu'à la fin du Bas Empire : Fides publica ou encore la confiance publique* »[593]. Toutefois, la « fides publiqua » ne connaît pas un succès immédiat et « *il faut attendre la Restauration, pour que l'idée selon laquelle l'Etat a l'obligation de respecter ses engagements soit intégrée dans la société* »[594]. Ainsi, pendant cette période, « *l'Etat devait dès lors s'apercevoir que le crédit public qui a été difficile à acquérir, pouvait être utilisé comme une arme. Il engageait sa parole, prêtait sa confiance à des particuliers, des sociétés et même à d'autres Etats* »[595].

La confiance dans la personne publique connaît donc des liens étroits avec la notion de foi publique ce qui implique l'étude du rôle de la bonne foi par rapport à la notion de garantie en droit public. Ainsi, J. IMBERT remarque qu'en droit romain, « *à côté du sens primitif d'abandon personnel qui se maintient dans les rapports de clientèle, surgit, s'amplifie, se répand le sens atténué de confiance, de croyance à la parole donnée qui ne suppose plus qu'un engagement intellectuel et non pas personnel* »[596]. Présente en droit français, à l'alinéa 3 de l'article 1134 du Code civil qui dispose que les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* », la notion de bonne foi revêt, tout particulièrement, une dimension importante[597] en droit international avec l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 relatif à la règle du « Pacta sunt servanda » qui stipule que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* »[598]. De plus, comme le remarque le Professeur E. ZOLLER,

---

[593] J.-F. BOUDET, *La Caisse des dépôts et consignations*, Préf. L. SAIDJ, *L'Harmattan*, Paris, 2006, p. 25.
[594] W.-E GONCALVES, *op. cit.*, thèse, Paris, 2000, p. 1 et s.
[595] W.-E GONCALVES, *op. cit*., p.1 et s. De plus, l'auteur précise qu' « *on ne parlait jusque là que de garantie du Trésor, expression qui fit son apparition en 1819. Ce n'est qu'une vingtaine d'années plus tard, en 1839, que par un glissement sémantique l'expression de garantie de l'Etat prit l'ascendance sur celle de garantie du Trésor* ».
[596] J. IMBERT, « De la sociologie au droit : la 'fides romaine' », *in Mélanges* H. LEVY-BRUHL, Sirey, 1959, p. 413.
[597] V. E. ZOLLER, *La bonne foi et le droit international public*, Ed. A. Pedone, Préf. S. BASTID, Paris, 1977 où l'auteur souligne que « *la bonne foi est un terme qui revient souvent, non seulement dans le langage des diplomates, mais encore et surtout dans les textes de droit international positif* » et qu' « *utilisée comme terme de référence dans la politique internationale, la bonne foi est consacrée comme une notion fondamentale de l'ordre juridique international* ».
[598] Sur les liens entre la règle du Pacta sunt servanda et la bonne foi, v. E. ZOLLER, *op. cit*., p. 15 où l'auteur relève que « *la bonne foi peut aussi être admise en tant que règle supplétive au principe Pacta et ne plus fonder le caractère obligatoire de l'engagement mais en déterminer l'exécution et l'interprétation » et de montrer qu' « au regard du principe Pacta, la bonne foi peut avoir tantôt un sens subjectif (esprit de loyauté, droiture de l'intention qui président à la conclusion et à l'exécution de l'accord), tantôt un sens objectif (critère d'interprétation des situations juridiques nées de l'accord lui-même)* ».

« *l'arrêt du 20 décembre 1974 rendu dans l'affaire des Essais nucléaires (Australie c/ France), la Cour internationale de Justice a-t-elle affirmé : ' L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à une époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable'* »[599]. L'auteur précise que « *le principe de bonne foi ne se limite pas seulement aux obligations assumées par les Etats aux termes de la Charte, mais concerne l'ensemble des obligations internationales* »[600]. Ainsi, même si le droit international ne connaît pas véritablement de sanction, les Etats se doivent de répondre à leurs engagements internationaux sur le fondement de la bonne foi et de la confiance réciproque entre les Etats. Cette analyse permet de mettre en exergue le fait que les personnes publiques inspirent confiance aux entreprises et aux individus et de cette confiance dans les personnes publiques découle la notion de garantie publique. En d'autres termes, la confiance des créanciers de l'Etat repose sur le respect des engagements pris.

La confiance en droit public connaît également des développements au travers de la notion de confiance légitime[601]. En effet, Monsieur F. TRAIN présente la confiance légitime comme « *le corollaire du principe de la sécurité juridique, lui-même conçu comme une composante essentielle de la Communauté de droit* »[602] et ajoute « *qu'il confère en effet un droit subjectif protégeant toute personne victime d'une insécurité juridique excessive* »[603]. En d'autres termes, la personne publique inspire la confiance mais également la sécurité, deux éléments inhérents à la notion de garantie.

2. <u>L'élément de sécurité de la personnalité publique et la notion de garantie</u>

Présent au niveau des collectivités territoriales sur le fondement des articles du Code générale des collectivités territoriales relatifs aux garanties d'emprunt accordées par les

[599] E. ZOLLER, *op. cit.,* p. 12.
[600] E. ZOLLER, *op. cit.,* p. 40.
[601] V. D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007 où l'auteur rappelle que « *certains affirmeront même que la confiance (légitime) est au cœur du système juridique et que les droits ne sont finalement que des croyances* ».
[602] F. TRAIN, *Le principe de protection de la confiance légitime en droit administratif : genèse d'un nouveau principe général du droit*, thèse, Bordeaux, 2008.
[603] F. TRAIN, *op. cit*., thèse, Bordeaux, 2008.

collectivités aux personnes privées[604], l'élément de sécurité de la personnalité publique est, tout particulièrement, présent dans la personne de l'Etat. En effet, comme le souligne le Professeur H.-M. CRUCIS à propos de la garantie de l'Etat aux collectivités territoriales, « *un regard attentif montre que l'Etat est présent aux différents stades de la gestion financière locale : en d'autres termes, cette garantie se réalise de façon 'plurielle', l'Etat mettant à profit ses différentes fonctions de créateur de normes, de financeur, de contrôleur… pour mettre en œuvre ce que l'on peut considérer comme étant sa mission de garant et de protecteur* »[605]. Toutefois, l'auteur relève « *l'absence d'obligation juridique pour l'Etat de soutenir les collectivités en difficulté* »[606] ainsi que « *l'absence de responsabilité automatique de l'Etat contrôleur* »[607]. Sur l'absence d'obligation de l'Etat d'aider les collectivités locales en difficulté, le Professeur H.- M. CRUCIS relève, néanmoins, trois interventions de l'Etat pour venir soutenir les collectivités qui sont le déféré préfectoral, la substitution d'office et le versement de subventions exceptionnelles. Ces interventions restent fragiles en ce sens que pour « *le contrôle de légalité, le représentant de l'Etat est libre d'apprécier l'opportunité d'exercer le déféré préfectoral (CE sect., 25 janvier 1991, Brasseur)* »[608], concernant le « *pouvoir de substitution d'office dans le cadre du contrôle budgétaire, la question n'est pas tranchée par la jurisprudence et l'hésitation reste permise* »[609] et le mécanisme de subventions exceptionnelles ne connaît pas de position constante de la part du juge administratif d'où une incertitude pour les collectivités. En matière de responsabilité de l'Etat contrôleur, le Professeur H.-M. CRUCIS rappelle que « *sa responsabilité ne peut être engagée que pour faute lourde en matière de contrôle financier, la responsabilité de l'Etat ne devant pas se substituer à celle des collectivités qu'il doit contrôler* »[610]. Ainsi, l'arrêt du Conseil d'Etat du 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, considère que « *le préjudice dont les communes demandent réparation trouve principalement son origine dans les délibérations susmentionnées adoptées illégalement par le bureau du syndicat intercommunal : qu'il résulte de l'instruction que les communes membres ont laissé le bureau engager des dépenses excessives impliquées par ces délibérations sans faire preuve de la*

---

[604] Articles L. 2252-1 et s. pour les communes ; articles L. 3231-4 et s. pour les départements et L. 4253-1 et s. pour les régions.
[605] H.-M. CRUCIS, « L'Etat garant financier des collectivités locales », *in La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, L'Harmattan, Paris, 2004, p. 106 où l'auteur note que « *le garant s'apparente au tuteur chargé de protéger* ».
[606] H.-M. CRUCIS, *op. cit*., pp. 120-121.
[607] H.-M. CRUCIS, *op. cit*., p. 121 et s.
[608] H.-M. CRUCIS, *op. cit*., p. 120.
[609] H.-M. CRUCIS, *op. cit*., p. 120.
[610] H.-M. CRUCIS, *op. cit*., pp. 121-122.

vigilance qui leur incombait, que leurs délégués au comité syndical n'ont pas exercé sur les membres du bureau les pouvoirs de contrôle que leur conféraient les articles L. 163-13 et L 163-14 du Code des communes et que les conseils municipaux concernés ont approuvé chaque année les inscriptions budgétaires importantes qu'impliquaient les délibérations du bureau : qu'ainsi les fautes du syndicat et des communes adhérentes sont de nature à atténuer la responsabilité de l'Etat ; qu'il sera fait une juste appréciation de cette responsabilité en limitant la condamnation de l'Etat à la réparation du préjudice subi par ces communes »[611].

Toutefois, dans l'arrêt du 18 novembre 2005, *SA Société fermière de Campoloro et Société de gestion du port de Campoloro*, le Conseil d'Etat estime que « *le législateur a entendu donner au représentant de l'Etat, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; qu'à cette fin, il lui appartient sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires ; qu'au nombre de ces mesures, figure la possibilité de procéder à la vente de biens appartenant à la collectivité dès lors que ceux-ci ne sont pas indispensables au bon fonctionnement des services publics dont elle a la charge ; que si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'Etat en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle ; qu'en outre, dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial* »[612]. La Cour européenne des droits de l'Homme confirme cet arrêt sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme « *en relevant la responsabilité internationale de l'Etat en cas de défaillance d'un débiteur relevant du secteur public* »[613]. Ainsi, l'Etat se présente comme une sécurité pour les cocontractants des personnes publiques. En effet, comme le rappelle le Professeur H.-M.

---

[611] CE, 6 octobre 2000, *Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint-Florent*, Rec. Lebon, p. 395.
[612] CE Sect., 18 novembre 2005, *SA Société fermière de Campoloro et Société de gestion du port de Campoloro*.
[613] Ch. HUGON, « L'Etat responsable des dettes des collectivités territoriales », *D*. 2007, p. 545 et s.

CRUCIS, « *les économistes montrent que la stabilité et la sécurité financières sont au nombre des 'biens publics globaux purs' : par conséquent, si ces exigences ne peuvent être produites et garanties par tel échelon institutionnel public, elles doivent l'être, coûte que coûte, par un échelon public supérieur* »[614] et il en déduit que « *sur cette base, il paraît alors que l'Etat ne peut pas ne pas intervenir au soutien d'une collectivité locale en déroute financière, dans une situation d'insolvabilité quasi-absolue comme le cas s'est trouvé en 1990-1992 pour la ville d'Angoulême, même si le droit ne rend pas l'Etat garant financier et responsable en dernière instance vis-à-vis des collectivités locales* »[615]. L'auteur précise qu'ainsi est mis en exergue non pas la sécurité financière de l'Etat mais la souveraineté de l'Etat qui se décompose de trois manières : « l'Etat fiscal » où est développé l'idée que le contribuable et l'Etat sont dépendants l'un de l'autre, le « Trésor Public » avec son rôle de protection des deniers publics au profit du principe de continuité du service public et enfin l' « Etat membre ». En tant qu'Etat membre de l'Union européenne, le contentieux relatif à la garantie implicite de l'Etat aux entreprises publiques confirme que l'Etat joue comme une barrière de sécurité afin de protéger également les autres personnes publiques d'éventuelles faillites.

B. La manifestation de la notion de garantie par la personnalité publique

La notion de garantie publique se manifeste par la présence de la personne publique elle-même en apportant les éléments de sécurité et de confiance à ses créanciers (1) mais cette présence de la notion de garantie dans la personne publique s'illustre tout particulièrement dans la personne de l'Etat (2).

1. La présence de la notion de garantie dans les personnes publiques autres que l'Etat

Les collectivités territoriales, comme l'Etat, présentent la particularité d'apporter les éléments de confiance et de sécurité lorsqu'elles accordent leur garantie. Pour les créanciers, les mécanismes de garantie accordés par les personnes publiques représentent dans une certaine mesure une sécurité. En d'autres termes, les personnes publiques, même si elles

[614] H.-M. CRUCIS, *op. cit.*, p. 122.
[615] H.-M. CRUCIS, *op. cit.*, p. 123.

peuvent connaître des difficultés financières, connaissent des mécanismes de protection qui apportent l'élément de confiance aux créanciers. En effet, le droit administratif se singularise par la protection des droits personnels et réels des personnes publiques. Ainsi, comme le souligne le Professeur F. LINDITCH, « *ces règles sont généralement présentées comme un facteur de rigidité, justifiant par là le vaste mouvement centrifuge de l'action administrative durant ces dernières décennies. Une telle analyse, souvent invoquée par les praticiens, pèche cependant par omission ; elle méconnaît l'inspiration fondamentale de cette réglementation, à savoir la protection des intérêts publics eux-mêmes* »[616]. En protégeant les intérêts publics, ces règles viennent également protéger les créanciers des personnes publiques qui se protègent alors contre d'éventuelles pertes. Cette protection joue pour les droits personnels des personnes publiques mais de manière plus pertinente pour les droits réels. En effet, comme le rappellent les Professeurs Ch. MAUGÜE et G. BACHELIER, « *le Conseil constitutionnel impose au législateur qui entend modifier des dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté (Cons. Const. 21 juillet 1994). Dans cette décision, le juge constitutionnel se fonde sur l'article 17 de la Déclaration de 1789 pour juger que ces dispositions font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté* »[617].

Toutefois, cette protection vise davantage la protection des deniers publics et garantit davantage la continuité du service public que les créanciers. En effet, la Conseil constitutionnel considère dans sa décision du 21 juillet 1994 que « *les droits et ouvrages ne peuvent être hypothéqués que pour garantir les emprunts contractés pour financer la réalisation, la modification ou l'extension desdits ouvrages ; que si, (...), les créanciers chirographaires dont la créance est née de l'exécution de tels travaux peuvent pratiquer sur*

---

[616] F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Préf. J.-A. MAZERES, *LGDJ*, Paris, 1997, p. 256.

[617] Ch. MAUGÜE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, 1073 où les auteurs précisent également que « *les personnes publiques bénéficient, comme tout propriétaire de biens, de la protection constitutionnelle qui s'attache au droit de propriété et résultant de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (Cons. Const. 25-26 juin 1986, n°86-207 DC, Loi autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, Rec. p. 61, cons. 58). Dans ce cadre, le juge constitutionnel considère que les biens appartenant aux patrimoines*

les droits et biens concernés des mesures conservatoires ou d'exécution forcée, celles-ci non plus que toute mesure de réalisation de sûreté ne sauraient avoir pour effet d'interrompre le fonctionnement du service public »[618]. De plus, dans cette même décision, le Conseil constitutionnel précise bien que « *les règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelles* »[619]. En d'autres termes, les garanties accordées par les collectivités territoriales à des personnes morales de droit privé comme les garanties d'emprunt du Code général des collectivités territoriales correspondent à une forme de garantie publique mais la notion de garantie publique, en répondant à la définition qui englobe tout mécanisme prémunissant contre une perte, comprend d'autres mécanismes plus subtiles comme le respect par les collectivités territoriales du principe de continuité du service public ou encore la présence de l'Etat dans la sphère publique et privée.

2. <u>L'omniprésence de la notion de garantie dans l'Etat</u>

La notion de garantie connaît des rapprochements avec la notion de responsabilité en droit privé et ces développements s'illustrent également en droit public témoignant ainsi d'une omniprésence de la notion de garantie dans la personne publique. En effet, comme le souligne la Professeur Ch. HUGON concernant l'arrêt de la CEDH du 26 septembre 2006, *Société de gestion du port de Campoloro et société fermière de Campoloro c/ France,* « *pour la Cour européenne, l'Etat est responsable non seulement du paiement de ses dettes sur le fondement de la Convention, mais aussi de celles des autres personnes publiques* »[620] et précise que la notion de personne publique « *est entendue très largement par la Cour de Strasbourg* »[621] en ce sens qu' « *elle l'étend, par exemple, aux entreprises d'Etat, y compris à celles constituées sous la forme d'une personne morale de droit privé, dès lors qu'elles ne*

---

publics ne peuvent faire l'objet d'une vente à un prix inférieur à leur valeur, une telle opération méconnaissant à la fois le principe d'égalité et l'article 17 de la Déclaration ».

[618] Cons. Const., 21juillet 1994, n°94-346 DC, *Loi complétant le Code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, cons. 9.

[619] Cons. Const., 21juillet 1994, n°94-346 DC, *op. cit.*, cons. 14.

[620] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.

[621] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.

disposent pas d'une indépendance institutionnelle et économique »[622]. De plus, la personne publique peut en elle-même constituer une garantie[623] comme en témoigne l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 19 mars 2013 relatif aux déclarations de soutien de l'Etat français à France Télécom où il est rappelé qu' « *il importe de relever qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une intervention étatique susceptible, à la fois, de placer les entreprises auxquelles elle s'applique dans une situation plus favorable que d'autres et de créer un risque suffisamment concret de la réalisation, à l'avenir, d'une charge supplémentaire pour l'Etat, peut grever les ressources de l'Etat* »[624] et il est précisé que « *la Cour a eu l'occasion de préciser que des avantages consentis sous la forme d'une garantie d'Etat peuvent impliquer une charge supplémentaire pour l'Etat* »[625]. Avec les crises économiques, la personne publique qu'est l'Etat s'est véritablement présentée comme un élément de la notion de garantie. En effet, comme le souligne le rapport du Sénat d'octobre 2008 fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances rectificative pour le financement de l'économie, « *dans les circonstances présentes, où la défaillance d'établissements financiers de premier plan apparaît possible et où la crédibilité des agences de notation en tant que juges de la capacité de remboursement des emprunteurs a été amoindrie, seuls les Etats inspirent pleinement confiance. Ce seul élément rend leur action indispensable* »[626]. Ainsi, le rapport précise que « *les Etats doivent intervenir comme 'pompiers', c'est-à-dire qu'ils doivent se montrer rapides et efficaces afin d'enrayer le processus d'effondrement du système financier* »[627]. En d'autres termes, l'élément de confiance en l'Etat, tout particulièrement, en

---

[622] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.

[623] V. G. JEZE, « La garantie des emprunts publics d'Etat », *RCADI* 1925, II, p. 164 et s. où l'auteur montre que « *la pratique présente des cas de garantie purement morale et non juridique* » en ce sens que « *l'Etat prend l'engagement moral d'exercer sur un Etat emprunteur une pression, pour le cas où ce dernier n'exécuterait pas ses obligations envers les prêteurs* ». Il en déduit alors que « *la sûreté personnelle est ici réduite au minimum* » du fait que « *l'Etat garant s'engage simplement à soutenir les créanciers contre l'Etat débiteur en cas de défaillance de ce dernier* ». De plus, G. JEZE précise que « *la sûreté morale n'est pas sans valeur » et que « livrés à leurs propres forces, les créanciers n'ont, contre l'Etat débiteur, aucune certitude de triompher. Ils doivent s'en remettre à la bonne foi et à la bonne volonté de leur débiteur* ». Cependant, G. JEZE soulève qu' « *au contraire, l'Etat garant moralement a, vis-à-vis de l'Etat débiteur, des moyens de persuasion ou de force très efficaces* » et qu' « en fait, l'Etat moralement débiteur est un petit pays ; s'il est simplement de mauvaise volonté, ce petit pays cédera devant la pression diplomatique ou militaire exercée par l'Etat garant ».

[624] CJUE, 19 mars 2013, *Bouygues SA et Bouygues Télécom SA contre Commission européenne et autres*, aff. jointes C-399/10 P et C-401/10 P.

[625] CJUE, 19 mars 2013, *op. cit.* , aff. jointes C-399/10 P et C-401/10 P.

[626] Ph. MARINI, *Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances rectificative pour le financement de l'économie*, oct. 2008.

[627] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.

période de crise économique, présente la personne publique qu'est l'Etat comme une garantie en soi et confirme donc l'idée d'une omniprésence de la notion de garantie dans l'Etat.

D'autre part, le Conseiller-Maître honoraire à la Cour des comptes A. DELION souligne un autre aspect de l'omniprésence de la personne publique dans la notion de garantie publique. En effet, il rappelle que « *la création d'établissements publics auxquels est transférée tout ou partie des dettes d'autres organismes est le procédé utilisé pour les montages les plus lourds en conséquences financières* »[628]. Il illustre son idée avec « *'l'établissement public de financement et de restructuration' que la loi du 28 novembre 1995 a chargé de 'gérer le soutien financier apporté par l'Etat au Crédit Lyonnais dans le cadre du cantonnement de certains de ses actifs au sein de la société chargée d'assurer la réalisation de ceux-ci et dénommée 'Consortium de réalisations'* »[629] et en déduit que « *les emprunts et tous autres engagements qui seraient pris pour le sauvetage du Crédit Lyonnais se sont ainsi trouvés garantis du simple fait, peu souvent analysé, qu'un établissement public n'a qu'une autonomie technique* »[630]. En effet, l'auteur précise que « *la disparition de cette autonomie, fatale si les passifs excèdent définitivement les actifs, ne fait que transférer à l'Etat la totalité de ces actifs et passifs, donc la totalité des dettes* »[631]. Ainsi, reprenant le rapport du Conseil d'Etat de 1995, le Conseiller d'Etat D. LABETOULLE estime qu' « *il est très difficile de déterminer la portée exacte de la prise de position du Conseil d'Etat de 1995 : est-ce une garantie juridique qui est évoquée ? Ou bien est-ce seulement un raisonnement de nature factuelle, politique, voire morale (du type de : l'Etat ne pourra pas plus 'laisser tomber' l'établissement public qu'il crée et dote de ressources pour assurer le redressement du Crédit lyonnais qu'il n'a 'laissé tomber' celui-ci »)* »[632]. De plus, la Commission européenne rappelle, dans sa décision du 16 décembre 2003 relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, que « *dans un avis non publié, le Conseil d'Etat a considéré à propos d'un établissement public 'que la garantie de l'Etat […] découlera, sans disposition législative explicite, de la nature même*

---

[628] A. DELION, « Les garanties d'emprunt des collectivités locales et de l'Etat », *LPA*, juin 1998, n°72.
[629] A. DELION, *op. cit.* , *LPA*, juin 1998, n°72.
[630] A. DELION, *op. cit.* , *LPA*, juin 1998, n°72.
[631] A. DELION, *op. cit.* , *LPA*, juin 1998, n°72. L'auteur rappelle que « *le mécanisme a aussi été utilisé pour le sauvetage du Comptoir des entrepreneurs et, plus récemment, de la SNCF, 'Réseau ferré de France' étant l'établissement public qui a été créé par la loi du 13 février 1997 pour reprendre la très grande majorité de la dette de la SNCF, qui est désormais une dette implicite de l'Etat, les emprunts correspondants étant ainsi aussi bien garantis que s'ils étaient inscrits au compte de la dette publique* ».

d'établissement public de l'organisme' »[633]. En d'autres termes, la personne publique joue un rôle dans la notion de garantie, notamment dans le contentieux relatif aux garanties implicites. Ainsi, Monsieur J. DABRETEAU souligne que « *la notion de garantie implicite revient (...) à méconnaître le mécanisme d'autorisation législative et à considérer que, par la fiction de l'EPIC, l'Etat peut en quelque sorte s'exonérer de son respect* »[634]. Ces développements démontrent que la garantie publique se rencontre tout particulièrement dans la personne publique qu'est l'Etat. En ce sens, le Conseiller d'Etat D. LABETOULLE rappelle que « *bien qu'aucun texte n'ait rien prévu de tel et qu'on ne puisse non plus invoquer aucune jurisprudence en ce sens, l'idée a parfois été avancée d'une 'garantie de l'Etat' qui s'appliquerait de plein droit aux établissements publics de l'Etat et, par assimilation, aux autres personnes morales de droit public créées pour prolonger l'action de l'Etat et qui, en substance, ferait que lorsque l'une de ces personnes viendrait à être insolvable l'Etat serait juridiquement tenu de se substituer à elle vis-à-vis de ses créanciers* »[635]. La personne publique se présente donc comme un élément déterminant de la notion de garantie publique et de son existence ce qui est moins perceptible pour les mécanismes de garantie en droit privé. De plus, le droit public imprègne les mécanismes de garantie issus du droit privé pas seulement au niveau organique mais également matériel confirmant alors la singularité de la notion de garantie publique.

---

[632] D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de 'garantie de l'Etat' – A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », *RJEP/CJEG*, oct. 2006, n°635, p. 363.

[633] Décision de la Commission européenne du 16 décembre 2003 relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, 2005/145/CE, pt. 64. La Commission précise, au point 65, que « *si l'inapplicabilité de la procédure de faillite ou d'insolvabilité aux personnes publiques est un corollaire du principe d'insaisissabilité de leurs biens, l'obligation de l'Etat de répondre de leurs dettes en cas de défaillance découle du même principe* ». V. également D. LABETOULLE, *op. cit*., *RJEP/CJEG*, oct. 2006, n°635, p. 362 et s. où l'auteur rappelle bien que « *faute de mieux, la présentation de la théorie de la 'garantie de l'Etat se réfère généralement à une phrase du rapport public de 1995 du Conseil d'Etat qui, évoquant l'examen du projet de loi créant un établissement public destiné à servir de support au soutien financier apporté par l'Etat au redressement du Crédit Lyonnais, indiquait que le Conseil avait 'estimé que la garantie de l'Etat à cet établissement découlera, sans disposition législative explicite, de la nature même d'établissement public de l'organisme* ».

[634] J. DABRETEAU, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'Etat au profit de ses EPIC », *AJDA* 2010, 2346.

[635] D. LABETOULLE, *op. cit*., *RJEP/CJEG*, oct. 2006, n°635, p. 362.

§2. La singularité matérielle de la garantie publique

La notion de garantie se singularise en droit public par sa finalité (I) qui n'est pas seulement de répondre à des exigences d'intérêt général mais qui contribue également d'une certaine manière à développer l'idée d'une rentabilité des activités publiques même si la notion de garantie publique connaît une universalité dans le temps et dans l'espace (II).

I. La finalité de la garantie publique

La finalité de la garantie publique tend à répondre à la volonté de plus en plus présente de rentabilité des activités publiques (A) expliquant l'absence de finalité non-économique de la garantie publique (B).

A. La finalité économique de la garantie publique

Comme le souligne le Professeur S. BERNARD, en droit public, « *la recherche d'une économie est évidente : il s'agit de renforcer la légitimité de l'Administration en montrant qu'elle peut fournir des services au moindre coût, sans gaspiller les deniers publics, mais la recherche d'un profit est beaucoup moins présente* »[636]. Ainsi, lorsque les personnes publiques concluent des contrats où leur garantie personnelle est en jeu ou qu'elles accordent des garanties réelles, la finalité de ces garanties publiques est économique tant dans la recherche de rentabilité de la part des personnes publiques lors de l'octroi de ces mécanismes (2) que dans la volonté de favoriser le développement économique (1).

1. Le développement économique et la notion de garantie publique

Les garanties publiques, tout en étant encadrées afin de limiter les risques pour les personnes publiques, répondent à une finalité économique qui s'illustre dans la volonté des personnes publiques de s'inscrire « *dans le cadre d'une 'mission de service public tendant à promouvoir le développement économique et l'emploi'* »[637]. Cette finalité économique des garanties publiques est présente au niveau des garanties personnelles et réelles que les personnes publiques accordent. En effet, le droit administratif des biens présente des caractéristiques allant dans le sens du développement économique et même si les garanties réelles octroyées par les personnes publiques revêtent une importance de plus en plus marginale, elles n'en restent pas pour le moins négligeables. Ainsi, comme le rappelle Monsieur B. TRESCHER, « *de par leur affectation à l'utilité générale, les dépendances du domaine public ont toujours contribué à la croissance économique de la Nation* »[638] et précise que « *sans ses importantes infrastructures et les nombreux services publics y attenant, l'activité économique des entreprises privées s'en trouverait considérablement gênée* »[639]. De manière plus précise, le Professeur E. FATOME se demande *« dans quelle mesure les équipements publics doivent-ils appartenir au domaine public, et deuxièmement, est-ce que les équipements publics qui n'appartiennent pas au domaine public peuvent de ce seul fait être apporté en garantie ou est-ce qu'au contraire, d'autres conditions doivent être remplies* »[640]. En effet, l'appartenance au domaine public des équipements modifie de manière importante les rapports entre le droit administratif des biens et la notion de garantie publique. Ainsi, le Professeur E. FATOME revient sur « *deux hypothèses dans lesquelles des dispositions de nature législative décident que dès lors qu'un équipement public présente une caractéristique déterminée, cet équipement est nécessairement propriété d'une personne privée et, étant propriété d'une personne privée, n'appartient pas au domaine public* »[641] et

---

[636] S. BERNARD, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, thèse Grenoble, LGDJ, Paris, 2001, p. 5.
[637] G. ECKERT, « La garantie des collectivités publiques », *in Mélanges SIMLER*, LexisNexis et Dalloz, 2006, p. 325 et s.
[638] B. TRESCHER, *Les activités économiques des entreprises sur le domaine public*, thèse Strasbourg, 1999, p. 189.
[639] B. TRESCHER, *op. cit.*, p. 189
[640] E. FATOME, « L'apport en garantie des équipements publics », *RIDC*, 1-2002, p. 61 et s.
[641] E. FATOME, *op. cit*., p. 62. L'auteur présente les deux hypothèses. La première « *est celle qui concerne les équipements publics financés par voie de crédit-bail immobilier. En effet, le législateur a par l'article 87 de la loi 86.13.17 du 30 décembre 1986 expressément autorisé le financement par voie de crédit-bail immobilier conclu avec une Sofergie des 'ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires pour une activité dont les recettes sont*

ensuite s'intéresse plus précisément au cas où la loi est silencieuse en se demandant si « *une personne publique qui décide de réaliser un équipement public doit obligatoirement en devenir propriétaire afin notamment que cet équipement appartienne au domaine public ? Ou est-ce qu'au contraire, une personne publique est toujours en droit de recourir, pour faire réaliser les équipements dont elle a besoin, à des techniques juridiques – type crédit-bail, location-vente avec option d'achat, etc. – qui auront pour conséquence qu'au moins pendant une certaine période, ces équipements seront la propriété d'une personne privée et, étant la propriété d'une personne privée, n'appartiendront pas au domaine public ?* »[642]. En d'autres termes, le droit public garde comme finalité de répondre à l'intérêt général, intérêt général qui se veut de plus en plus économique, notamment en ce qui concerne les interactions entre la notion de garantie publique et le droit administratif des biens.

Toutefois, l'évolution tend vers un transfert des garanties réelles aux garanties personnelles. En effet, comme le soulève Monsieur J.-P. WAUQUIER, « *les garanties d'emprunt et les contrats de cautionnement, qui en sont souvent le prolongement à titre de sûreté, constituent une forme d'intervention très fréquente des collectivités territoriales* »[643]et il relève que le principal avantage de ces mécanismes est « *une aide sérieuse à l'investissement économique* »[644]. Tout en relevant que les garanties d'emprunt accordées par les collectivités publiques sont de plus en plus encadrées, le Professeur G. ECKERT rappelle qu'elles « *s'inscrivent généralement dans le cadre des politiques d'aides aux activités économiques* »[645] et qu' « *elles visent à faciliter l'accès des entreprises au crédit en réduisant les risques pesant sur le prêteur* ». De plus, le Professeur G. ECKERT en s'intéressant à la limitation des risques pris par les personnes publiques lors de l'octroi de garanties, souligne le fait que le « *législateur (...) a favorisé des modes d'intervention plus indirects* »[646] que les

---

soumises à TVA'. Or, comme en vertu des textes qui régissent le crédit-bail, les biens qui sont financés par ce moyen sont nécessairement la propriété du crédit-bailleur pendant toute la durée du crédit-bail, force est bien de décider que, du fait de ces dispositions, tous les équipements publics des collectivités locales qui sont financés par le crédit-bail sont, pendant la durée du dit crédit-bail, propriété d'une personne privée et donc n'appartiennent pas au domaine public » et la seconde hypothèse vise « *les équipements publics qui sont réalisés sur le domaine public des collectivités locales ou de l'Etat par des personnes privées (notamment des délégataires de service public) titulaires d'un bail emphytéotique administratif (art. L. 1311-2 et s. CGCT) ou d'une autorisation d'occupation constitutive de droit réel (art. L. 34-1 et s. CDE) puisqu'en vertu des dispositions qui régissent ces deux types d'autorisation, leurs titulaires sont nécessairement propriétaires des ouvrages qu'ils réalisent dans le cadre de leur occupation* ».

[642] E. FATOME, *op. cit*., p. 63.

[643] J.-P. WAUQUIER, « La convention de garantie d'emprunt : un outil économique performant mais non sans danger », *Rev. Trésor*, 2004, p. 270 et s.

[644] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., *Rev. Trésor*, 2004, p. 270 et s.

[645] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

[646] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

mécanismes de garanties d'emprunt et de cautionnement prévus dans le Code général des collectivités territoriales[647]. En effet, le Code général des collectivités territoriales, aux articles L. 2253-7, L. 3231-7 et L. 4253-3, autorise les collectivités à « *participer au capital d'établissement de crédit ou d'une société de financement revêtant la forme de société anonyme régie par les dispositions du livre II du Code de commerce et ayant pour objet exclusif de garantir les concours financiers accordés à des personnes morales de droit privé, et notamment celles qui exploitent des entreprises nouvellement créées, dès lors qu'une ou plusieurs sociétés commerciales, dont au moins un établissement de crédit ou une société de financement régi par les dispositions du chapitre Ier du livre V du Code monétaire et financier, participant également au capital de cet établissement de crédit ou de cette société de financement* ». Le Code général des collectivités territoriales, dans sa partie réglementaire encadre ces mécanismes. Ainsi, en plus de ratios présentés aux articles R. 1511-36, R. 1511-38 et R. 1511-39[648], le CGCT dans son article R. 1511-37 précise que « *l'octroi des garanties mentionnés à l'article R. 1511-36 est assorti d'une rémunération calculée en fonction du risque assuré* ». De cet article, le Professeur G. ECKERT en déduit que « *cela montre que l'intervention de cette société d'économie mixte de garantie, si elle continue à s'inscrire dans le cadre des politiques d'aide au développement économique, épouse les formes traditionnelles des opérations de crédit* »[649] et ajoute que « *l'association des opérateurs publics et privés permet certes une meilleure évaluation des risques par le recours à l'expertise des établissements de crédit, mais renforce la soumission de l'intervention publique aux logiques de marché* »[650]. Toutefois, ces sociétés de garantie n'ont pas le succès escompté mais comme le relève le Professeur G. ECKERT, « *quoi qu'il en soit, ces interventions publiques, notamment sous forme de garanties, sont conduites à intégrer de plus en plus les contraintes de marché* » ce qui s'avère d'autant plus vrai par la volonté croissante des personnes publiques de répondre aux exigences du droit des aides d'Etat de l'Union européenne en accordant des garanties tout en recherchant une part de rentabilité dans ces interventions.

---

[647] Articles L. 2252-1 et s. pour les communes ; articles L. 3231-4 et s. pour les départements et L. 4253-1 et s. pour les régions.

[648] V. G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur rappelle que conformément à ces articles « *les collectivités territoriales ne sont pas autorisées à détenir plus de la moitié du capital social de ces sociétés de garantie et la garantie accordée par cet organisme, éventuellement cumulée avec celle d'autres collectivités territoriales, ne peut excéder 50 % du montant de chaque concours financier* ».

[649] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

[650] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

2. La recherche de rentabilité et la notion de garantie publique

Lorsqu'est envisagée la recherche de rentabilité des garanties octroyées par les personnes publiques, ce sont tout particulièrement les garanties accordées par l'Etat qui retiennent l'attention. En effet, la loi organique relative aux lois de finances du 1er mars 2001 a rappelé que les garanties accordées par l'Etat doivent être inscrites dans les lois de finances. Ainsi, l'article 34-II-5° de la LOLF établit que « *la loi de finances de l'année (...) autorise l'octroi des garanties de l'Etat et fixe leur régime* » et l'article 35 précise que seules les lois de finances rectificatives peuvent venir modifier les lois de finances de l'année ce qui implique donc qu'une loi ordinaire ou un texte réglementaire ne peuvent permettre l'octroi de garanties de l'Etat « *comme cela a pu se faire antérieurement sous l'égide de l'ordonnance du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances* »[651]. La loi de finances rectificative du 16 octobre 2008[652] montre bien la finalité économique de la garantie publique en énonçant dans son article 6[653] les conditions dans lesquelles le Ministre chargé de l'Economie peut accorder la garantie de l'Etat. Ainsi, comme le souligne le Professeur M. CONAN à propos de cet article 6 de la loi de finances rectificative du 16 octobre 2008, « *la garantie de l'Etat apparaît ici comme l'instrument d'intervention décisif devant permettre d'enrayer la crise financière, 'crise de confiance et donc de liquidités, dans laquelle les établissements financiers n'ont plus les capacités suffisantes pour lever les fonds nécessaires pour alimenter correctement leur activité de financement des particuliers et des agents économiques'* »[654]. De plus, au niveau du droit de l'Union européenne, la Commission, dans sa décision du 30 octobre 2008[655], a déduit du régime proposé par la France qu'il se présentait comme « *un moyen approprié, nécessaire et proportionné pour remédier à une perturbation grave de l'économie* » et qu'il était donc compatible avec le droit des aides d'Etat de l'Union européenne[656]. De plus, la

---

[651] M. CONAN, « De la garantie de l'Etat en lois de finances rectificatives – Plan de financement et plan de relance de l'économie », *DA*, n°5, mai 2009, étude 10. De plus, l'auteur rappelle que « *l'article 80 de la loi de finances rectificative pour 2003 du 30 décembre 2003 a ainsi procédé à la validation globale d'un ensemble de dix-huit garanties accordées antérieurement par voie législative ordinaire ou par voie réglementaire* ».

[652] Loi n°2008-1061, 16 oct. 2008, JO 17 oct. 2008, p. 15905.

[653] Sur l'article 6 de la loi de finances rectificative du 16 octobre 2008, v. M. BAZEX et S. BLAZY, « Le dispositif de réponse à la crise financière », *DA* n°12, déc. 2008, comm. 170.

[654] M. CONAN, *op. cit*., *DA* n°5, mai 2009, étude 10.

[655] Commission européenne, *Soutien financier du secteur bancaire en France (Refinancement*), IP/08/1609, 30 oct. 2008.

[656] V. notamment M. BAZEX, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », Rev. Trésor 1989, p. 321 et s. où l'auteur explique que « *la rémunération se justifie (...) par le fait qu'elle est le prix payé à l'Etat pour le service rendu* » et précise bien que « *selon l'article 5 de l'ordonnance organique du 2 janvier 1959, 'la rémunération des services rendus par l'Etat ne peut être établie et perçue que si elle est instituée par décret en Conseil d'Etat pris sur le ministre des Finances et du ministre intéressé'* ».

décision du 8 décembre 2008[657] relève l'élément onéreux de la garantie de l'Etat. Ainsi, le Professeur M. CONAN relève qu' « *intervenant en complément du régime approuvé le 30 octobre, le régime de renforcement des fonds propres de certains établissements de crédit a particulièrement attiré l'attention de la Commission dont le contrôle 'a essentiellement porté sur le niveau de la rémunération de l'Etat pour ses apports en capitaux ainsi que sur la mise en place de mécanismes permettant de s'assurer que la présence de l'Etat dans le capital des banques est limitée dans le temps au strict minimum. Dans ce contexte, les autorités françaises ont adapté le niveau de la rémunération et instauré un mécanisme de surremboursement du capital permettant d'atteindre cet objectif'* »[658].

Toutefois, les garanties accordées par l'Etat ne font pas toutes l'objet d'une rémunération. En effet, « l*a LOLF ne prévoit pas, contrairement au régime des prêts et avances de l'Etat qui sont consentis par le biais des comptes de concours financiers, définis à l'article 24 de la LOLF, de rémunération systématique des garanties de l'Etat* »[659]. Ainsi, les mécanismes de garantie octroyés par l'Etat aux banques lors de la crise de 2009[660] doivent en contrepartie être rémunérés. Néanmoins, comme le soulève le rapport du Sénat d'octobre 2008, « *dans le présent projet de loi de finances rectificative, l'article 6 propose un octroi à titre gratuit de la garantie de l'Etat à la société ayant pour objet de souscrire à des titres émis par des organismes financiers* »[661] mais le rapport souligne le fait que « *l'Etat étant l'unique actionnaire, il devrait pouvoir escompter en contrepartie des dividendes et des plus-values de cession, qui dépendront bien évidemment de l'évolution des participations prises. Il y aura donc rémunération de l'Etat garant. L'Etat est ainsi rémunéré pour les risques qu'il prend* »[662]. En d'autres termes, la finalité de la garantie accordée par les personnes publiques, tout particulièrement par l'Etat, contribue au développement économique sans toutefois prendre des risques trop élevés pour les finances publiques ce qui auraient des conséquences néfastes pour l'économie au niveau macro économique[663]. En effet, le rapport émet l'idée que

---

[657] Commission européenne, *Soutien financier du secteur bancaire en France (Recapitalisation),* IP/08/1900, 8 déc. 2008.
[658] M. CONAN, *op. cit*., *DA* n°5, mai 2009, étude 10.
[659] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.
[660] V. S. NICINSKY, "Le plan de reliance de l'économie", *RFDA* 2009, 273 où l'auteur souligne que « *s'agissant du sauvetage des banques, au moment de l'élaboration du plan d'action concerté des pays de la zone euro, il avait été rappelé par le Conseil Ecofin que les mesures ne devaient pas fausser le jeu de la concurrence et qu'une rémunération de la garantie aux conditions du marché était nécessaire* ».
[661] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.
[662] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.
[663] V. S. NICINSKY, *op. cit*., RFDA 2009, 273 où l'auteur présente les risques de l'appel des garanties accordées par l'Etat aux banques lors de la crise de 2008 en ce sens où "*il apparaît que tant que les garanties ne sont pas*

« *dans le champ économique, il peut apparaître souhaitable que l'intervention de l'Etat, sous la forme d'une garantie auprès d'acteurs économiques, qui pourraient apparaître en difficulté ponctuelle, puisse faire l'objet d'une rémunération. C'est une simple exigence de bonne gestion des deniers publics* »[664]. De plus, le rapport relève que cette exigence de rémunération lors de l'octroi de garanties publiques aux établissements financiers permet de rendre conforme ces mécanismes au droit des aides d'Etat de l'Union européenne. En effet, le rapport souligne que « *la rémunération de la garantie proposée dans le présent projet de loi de finances rectificative devrait être proche des conditions de marché auxquelles pourrait être offerte une source de financement alternative. La rémunération normale de cette garantie qui intègre une prime de risque, correspond au coût du service rendu par la puissance publique* »[665]. Toutefois, la recherche de rentabilité lorsqu'une personne publique accorde sa garantie n'est pas sans prendre en compte la singularité du droit public où l'intérêt général joue un rôle important dans l'octroi des garanties publiques.

B. L'absence de finalité non-économique de la garantie publique

Tout en s'assurant de protéger la personne publique des risques pris (2), la garantie publique répond à une finalité inhérente du droit public qu'est l'intérêt général (1).

1. L'intérêt général et la notion de garantie publique

La notion de garantie publique connaît des liens étroits avec la notion d'intérêt général. En effet, comme le rappelle Monsieur W.-E. GONCALVES, reprenant un rapport de 1996 du Conseil économique et social[666], « *il est indiqué que le mécanisme de garantie des emprunts par l'Etat, permet 'le financement d'opérations considérées comme conformes à*

---

appelées, elles n'ont pas vocation à être intégrées à la dette publique. Mais dès que l'appel en garantie est effectif, la dette est transférée à l'Etat ». Toutefois, le Professeur S. NICINSKY rappelle que « *le mécanisme conçu est avant tout destiné à restaurer la confiance des différents opérateurs financiers et n'a pas vocation à endetter réellement l'Etat* ».

[664] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.

[665] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.

l'intérêt public' »[667]. De ce constat, l'auteur en déduit que « *le service d'intérêt général est donc présent dans la garantie étatique* »[668] et souligne le fait que « *le ministère français de l'Economie et des Finances a pu refuser, à une époque où la garantie de l'Etat français était octroyée gratuitement, d'en tirer quelque profit. Car dit-il, 'si la garantie de l'Etat est donnée, c'est que des raisons d'ordre général : développement des exportations, réalisation du plan de développement économique et social, expansion régionale etc… commandent cette intervention, c'est-à-dire que le succès des affaires privées est, particulièrement dans ces cas, d'intérêt général (sinon la décision de garantie serait elle-même critiquable'* »[669]. En effet, les garanties publiques sont accordées lorsqu'elles répondent à l'intérêt général et suivant l'évolution, cet intérêt général se montre être avant tout économique. Ainsi, pour les cautionnements octroyés par les collectivités publiques, en plus ne pas porter atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie, un intérêt général économique[670] doit être déterminé. Cela a été confirmé par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 5 mars 1997, *Ville de Nice*, où est bien précisé que « *lorsque son intervention a pour objet de favoriser le développement économique, la commune peut accorder des aides directes et indirectes dans les conditions prévues par la loi approuvant le plan (...) ; que la délibération du 28 mars 1994 par laquelle le conseil municipal de Nice a accordé la caution de la ville à la société d'économie mixte intercommunale chargée de la gestion et de l'exploitation du stationnement, pour garantir le paiement de la dette d'impôt de cette société au titre des années 1987 et 1988, n'a pas pour objet de favoriser le développement économique et ne peut donc trouver son fondement dans les dispositions ci-dessus rappelées* »[671]. L'intérêt général joue un rôle important dans l'octroi des mécanismes de garantie par les personnes publiques et la garantie publique, comme l'intérêt général, suit les transformations de la société en ce sens que l'économie laisse une place au social.

---

[666] Conseil économique et social, *L'endettement public*, présenté par A. PRATE, Imprimerie des Journaux officiels, France, 1996, p. 57.
[667] W.-E. GONCALVES, *op. cit*., p. 20.
[668] W.-E. GONCALVES, *op. cit*., p. 20.
[669] W.-E. GONCALVES, *op. cit*., p. 20-21. V. également Cour des comptes, rapport, 1960-1961, p. 74 et s.
[670] V. G. ECKERT, « Le cautionnement des emprunts des personnes privées par les collectivités territoriales », *CMP*, n°7, juill. 2002, 7 où l'auteur rappelle que « *le cautionnement peut être consenti au profit de tout établissement de crédit qui accorde un prêt à une personne privée* » tout en précisant que « *l'opération doit cependant répondre à un intérêt général économique (CE, 5 mars 1997, Ville de Nice, req, n°169.753) et ne pas porter atteinte au principe de liberté du commerce et de l'industrie (TA Grenoble, 27 janv. 1988, Ruphy c/ Cne La Clusaz, JCP 1989, II, 21265, note C. DEVES)* ».
[671] CE, 5 mars 1997, *Ville de Nice*, req. n°169.753.

En effet, l'intérêt général présent dans la notion de garantie publique se présente en matière économique mais également sociale. Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel du 27 septembre 2013, *Sté SCOR SE* interroge « *sur l'existence de cette catégorie particulière de services d'intérêt général que sont les 'services sociaux d'intérêt général'* »[672]. En l'espèce, la question concerne la conformité de la garantie illimitée de l'Etat au profit de la seule caisse centrale de réassurance définie à l'article L. 431-9 du Code des assurances[673] avec les principes d'égalité devant la loi et de la liberté d'entreprendre[674]. Le Conseil constitutionnel décide qu' « *eu égard à la nature particulière des risques assurés et à l'absence de tout plafond de garantie de la couverture dont bénéficient les assurés, en choisissant d'accorder la garantie de l'Etat à la seule caisse centrale de réassurance, tenue de réassurer tous les assureurs qui le demandent dès lors qu'ils remplissent les conditions légales et réglementaire,*

---

[672] M. BAZEX, « Le régime de la réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles », notes sous Cons. Const., 27 sept. 2013, n°2013-344 QPC, *Sté SCOR SE*, *DA* n°2, févr. 2014, comm. 15.

[673] L'article L. 431-9 du Code des assurances prévoit que « *la caisse centrale de réassurance est habilitée à pratiquer les opérations de réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles avec la garantie de l'Etat, dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat* ». V. M. BAZEX, *op. cit*., *DA* n°2, févr. 2014, comm. 15 où l'auteur rappelle que « *c'est donc à la CCR de réassurer les risques afférents à chaque catégorie de dommages, que ce soit de manière permanente (...) ou temporaire (dispositions particulières concernant certains types de dommages, comme ceux d'assurance-crédit, à la suite de la crise économique et financière actuelle). La CCR gère en outre pour le compte de l'Etat des fonds publics d'indemnisation (ainsi le Fonds de sécurisation du crédit interentreprises). Et c'est pour permettre la bonne exécution de tels engagements que la CCR bénéficie de la garantie de l'Etat, dans les conditions fixées par les articles L. 431-4 et suivants déjà cités ci-dessus du Code des assurances (V. également C. assur., art. R. 431-30 et s.). Ayant initialement le statut d'établissement public industriel et commercial, la CCR a ensuite été transformée en société anonyme dont le capital est entièrement détenu par l'Etat (L. 16 juill. 1992 portant adaptation du marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit, art. 11)* ». V. également C. CANS, I. DINIZ, J-M. PONTIER et T. TOURET, *Traité de droit des risques naturels*, Ed. Le Moniteur, Paris, 2014, p. 610 et s. où les auteurs déduisent de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 27 septembre 2013 que « *l'objectif de cette garantie consiste à apporter une indemnisation adéquate aux victimes, même (et surtout) lorsque la catastrophe naturelle est d'une telle ampleur que les capacités de remboursement des assureurs sont dépassées* » et rappellent que « *les conditions d'intervention de la CCR sont déterminés par l'article R. 431-31 du Code des assurances au terme duquel elle ne peut apporter sa couverture en la matière qu'à condition : - que les biens et activités soient situés en France métropolitaine ou dans les départements d'Outre-mer ; - que l'état de catastrophe naturelle ait été constaté ; - que la garantie contre les effets des catastrophes naturelles incluse dans les contrats d'assurance soit conforme à celle définie par les clauses ; - que les biens ou activités concernés soient garantis contre les effets des catastrophes naturelles par une entreprise d'assurance pratiquant en France les risques correspondants* ».

[674] Sur cette décision, v. également G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP* n°718, avril 2014, comm. 18 où l'auteur revient sur cette décision en rappelant que « *la société SCOR SE contestait les dispositions de l'article L. 431-9 du Code des assurances selon lesquelles la Caisse centrale de réassurance (société anonyme dont l'Etat détient la totalité du capital social) bénéficie de 'la garantie de l'Etat' pour les opérations de réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles » et précise que « dans la mesure où elle souhaite entrer sur ce marché, la requérante, qui exerce les activités de société de réassurance, avait demandé au ministre chargé de l'économie de bénéficier de la même garantie puis, face au silence gardé par celui-ci, lui avait demandé de mettre fin à la convention de garantie conclue entre l'Etat et la Caisse centrale de réassurance le 28 janvier 1993. Elle considère, en effet, que l'avantage consenti à la Caisse centrale de réassurance, même en contrepartie des obligations qui pèsent sur elle, conduit à fausser la concurrence et explique que cet opérateur détienne plus de 90 % du marché français de la réassurance des catastrophes naturelles* ».

le législateur n'a méconnu ni le principe d'égalité ni la liberté d'entreprendre »[675]. Ainsi, cette décision rendue par le Conseil constitutionnel *« se justifie par le caractère incontestablement d'intérêt général de l'objectif assigné à la CCR, et auquel la Haute juridiction semble bien se référer lorsqu'elle invoque 'les termes du 12ème alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales'* »[676]. Cette décision rappelle celle du 16 janvier 2001 concernant la loi relative à l'archéologie préventive où concernant la violation de la liberté d'entreprendre, le Conseil constitutionnel rappelle qu' « *il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre, qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ; (…) En conséquence, eu égard à l'intérêt général de l'objectif qu'il s'est assigné et des modalités qu'il a choisies pour le poursuivre, le législateur a légitimement pu doter l'établissement public national créé par l'article 4 des droits exclusifs s'agissant de l'exécution des opérations de diagnostic et de fouilles d'archéologie préventive* »[677]. En d'autres termes, l'intérêt général évolue ce que confirme la décision du Conseil constitutionnel de 2013 et « *contribue à mettre au point la régulation visant les organismes exerçant des fonctions sociales dans l'intérêt général, à côté de celle déjà bien établie applicable aux interventions des services publics industriels et commerciaux. Par là, on rejoint les préoccupations du droit communautaire qui, après avoir mis en place la régulation des services d'intérêt économique général (SIEG), élargit à présent sa réflexion aux 'services d'intérêt général' sur la base du Protocole n°26 du Traité de Lisbonne, en y intégrant les 'services sociaux d'intérêt général' (SSIG) définis à partir de leurs caractères spécifiques hors marché et de leur cadre sectoriel* »[678]. Les garanties publiques se singularisent donc par l'importance de l'intérêt général dans la notion même de garantie publique en ce sens où l'intérêt général est un élément inhérent à la notion de garantie publique et que ces deux notions suivent les mêmes évolutions tant économique que sociale où la notion de risque joue également un rôle très important.

---

[675] Cons. Const., *op. cit., Sté SCOR SE,* cons. 8.
[676] M. BAZEX, *op. cit*., *DA* n°2, févr. 2014, comm. 15.
[677] Cons. Const., 16 janv. 2001, *Loi relative à l'archéologie préventive*, DC n°2000-439.

2. La socialisation des risques et la notion de garantie publique

Un des éléments inhérent à la notion de garantie est certainement le risque et ce risque est également présent dans la notion de garantie publique. En effet, les garanties publiques revêtent une finalité d'intérêt général économique et la singularité du droit public transfère certainement une part de risque plus importante pour les garanties publiques que pour les garanties accordées en droit privé. Toutefois, l'évolution tend de plus en plus à protéger les personnes publiques lorsqu'elles interviennent et tout particulièrement lorsqu'elles accordent des garanties. En effet, de manière plus générale, la société « *se caractérise par une exigence croissante de sécurité. Cette exigence engendre la conviction que tout risque doit être couvert, que la réparation de tout dommage doit être rapide et intégrale et que la société doit, à cet effet, pourvoir, non seulement à une indemnisation des dommages qu'elle a elle-même provoqués, mais encore de ceux qu'elle n'a pas été en mesure d'empêcher, ou dont elle n'a pas su prévoir l'occurrence* »[679]. Ainsi, « *la tendance générale est à l'extension de la couverture des risques et au recours, lorsque leur probabilité ou leur étendue n'ont pas identifiées en temps utile et que la satisfaction de la demande de réparation le rend nécessaire, à des mécanismes hybrides mêlant, à des degrés divers, assurance, responsabilité et solidarité* »[680] et « *cette tendance est résumée par l'expression 'socialisation du risque' qui n'est pas dépourvue d'équivoque* »[681]. Cette socialisation des risques connaît des limites en droit public. Ainsi, par exemple, « *l'Etat, qui intervient le plus souvent dans sa mise en œuvre, avec des modalités variables selon que le risque est lié à ses propres activités ou à d'autres acteurs ou facteurs, ne peut se transformer en assureur multirisque* »[682] ce qui induit que « *pour être viable, la socialisation du risque doit aller de pair avec la prévention des risques* »[683]. Toutefois, la perception de la notion de risque évolue en ce sens où « *le sentiment selon lequel tout dommage peut et doit être imputé à une personne, privée ou publique, et doit ouvrir droit à une indemnisation se généralise* »[684].

---

[678] M. BAZEX, *op. cit*., *DA* n°2, févr. 2014, comm. 15.
[679] EDCE, « Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque », *Documentation française*, 2005, Paris, p. 204.
[680] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 204.
[681] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 204.
[682] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 205.
[683] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 205.
[684] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 219.

Cette socialisation du risque emprunte des éléments dans le droit de la responsabilité et de l'assurance sans toutefois s'intégrer dans une de ces deux catégories. En effet, la socialisation du risque présente des éléments inhérents à la notion fonctionnelle de garantie publique qui comprend tous les mécanismes que les personnes publiques mettent en œuvre afin d'éviter toute perte. Ainsi, « *le phénomène de socialisation du risque s'explique notamment par le développement législatif de la notion de solidarité nationale dans le droit public de la responsabilité. Ce développement a conduit à imputer à l'Etat la réparation de dommages qu'aucune personne publique n'a causés mais qui se rattachent à l'exercice d'une compétence publique* »[685] et cette « *exigence de solidarité nationale s'est manifestée en particulier avec l'émergence d'un principe de réparation par l'Etat des dommages causés à l'occasion d'émeutes ou la réparation des dommages causés à l'occasion de guerres ou de conflits coloniaux* »[686]. De plus, la socialisation du risque s'illustre, tout particulièrement dans la jurisprudence sur l'indemnisation des préjudices subis par les collaborateurs des services publics[687]. Au niveau du droit des assurances, le rapprochement entre socialisation du risque et la notion de garantie publique est également présent. Cette présence du droit des assurances connaît certaines particularités, notamment au niveau de l'Etat. En effet, comme le souligne Monsieur L. BAHOUGNE, « *l'Etat est dans une position originale par rapport au risque qui fournit la cause du contrat d'assurance. Là où la notion de risque fournit une clé de la pratique de l'assurance car elle définit une série d'événements probabilisables, la couverture financière des dommages par l'Etat ne s'épuise pas uniquement dans le risque. L'Etat couvre également les conséquences pécuniaires de l'incertitude dont la survenance ne peut être, par définition, probabilisée. Il y a aléa pur. Pour les dommages résultant d'événements incertains, la notion d'assurance n'est alors plus d'aucun secours. Il faut recourir au mieux à l'idée de garantie* »[688]. Toutefois, « *la place du système fondé sur l'assurance, loin de*

---

[685] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 223.
[686] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 223.
[687] V. EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 236 où sont donnés des exemples où « *alors même qu'aucune faute ne peut être reprochée à l'administration, la responsabilité sans faute trouve à s'appliquer* » comme « *les préjudices subis par deux habitants d'une commune qui avaient accepté, à la demande du maire, de tirer le feu d'artifice pour la fête communale, pour le préjudice subi par une personne se portant au secours d'un baigneur en difficulté (...) ou pour les blessures d'un sapeur-pompier volontaire qui participait à la préparation d'un feu d'artifice tiré à l'occasion d'une fête locale présentant un caractère traditionnel, ce qui lui donne un caractère d'intérêt général* ».
[688] L. BAHOUGNE, « Le principe selon lequel 'l'Etat est son propre assureur' », *RFDA* 2014, p. 1167 où l'auteur précise que « *la distinction entre le risque et l'incertitude fournit une double limite à l'assurance de l'Etat. D'une part, l'auto-assurance peut être une conséquence obligée de ce que les assureurs privés ne prendront pas en charge les conséquences dommageables d'événements incertains. D'autre part, l'auto-assurance de l'Etat est, par nature, limitée aux seuls événements risqués probabilisés. En d'autres termes, l'auto-assurance ne*

décroître, s'est accrue, sans qu'il soit exclusif d'un certain rôle de la puissance publique, l'exemple type étant la loi n°82-600 du 13 juillet 1982 relative à l'indemnisation des victimes de catastrophes naturelles »[689] ce qui montre que « *la tendance est celle de l'extension de l'assurance pour les individus comme pour les collectivités privées ou publiques* »[690]. De plus, « *il existe des cas dans lesquels aucune responsabilité ne peut être retenue, ni à la charge d'un particulier, ni à celle de la puissance publique (...). Il s'agit en particulier de certaines 'calamités naturelles' liées aux manifestations des forces de la nature, telles que les inondations, la sécheresse, les séismes. Un autre cas est celui des dommages résultant d'actions terroristes, dont les auteurs ne sont pas identifiables ou sont insolvables au regard du montant des dommages matériels ou corporels occasionnés*»[691]. Face à ces événements[692], le droit des assurances ne permet pas d'apporter de solutions viables[693]. En effet, « *les dommages causés par des calamités naturelles ont-ils fait longtemps l'objet d'une exclusion dans les contrats d'assurance* »[694] ce qui a poussé l'Etat à intervenir « *pour encadrer l'action des assureurs et permettre que s'exerce une certaine solidarité nationale dans les cas les plus graves* »[695] d'où le développement du « *recours à des fonds* »[696] en accord avec le préambule de la Constitution de 1958 qui renvoie au préambule de la Constitution de 1946 et en particulier au paragraphe 12 qui dispose que « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Ce

---

fournit pas une solution globale à la couverture des dommages de l'ensemble des activités de l'Etat non assurées auprès de tiers ».

[689] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 223.

[690] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 223.

[691] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 240.

[692] V. J. MOURY, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.* 2012, p. 1020 où l'auteur constate « *une augmentation sensible des catastrophes climatiques, dont certaines sont indubitablement liées, par une causalité qu'il est impossible de déterminer avec rigueur, à l'activité humaine : des risques naturels ne sont plus exclusivement… naturels. A l'inverse, des catastrophes naturelles ont un impact sur des risques nés de technologies nouvelles. Des risques majeurs sont ainsi le produit d'un enchainement de plus en plus complexe de facteurs, la frontière entre risques technologiques et naturels devenant de plus en plus poreuse : la succession de deux phénomènes naturels déclenchant l'accident nucléaire de Fukushima a mis en évidence le haut degré d'intrication entre ce qui relève des seuls caprices de la nature et ce qui est imputable à l'activité de l'homme. A cela s'ajoute l'effet paradoxal que peut induire une prise de conscience écologique : le réchauffement climatique a fait progresser le nucléaire, de telle sorte que le souci de pallier un danger a eu pour conséquence d'en accroître un autre* ».

[693] V. EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 240 où il est précisé que « *ces phénomènes ne sont pas assurables, soit que les assureurs ne disposent pas de modèles permettant de déterminer la prime nécessaire à une couverture optimale, soit que cette prime soit fixée à un niveau trop élevé pour pouvoir rencontrer une demande sur le marché, la possibilité d'assurance demeurant alors théorique* ».

[694] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 240.

[695] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 240.

[696] EDCE, *op. cit*., *Documentation française*, 2005, Paris, p. 240.

développement des fonds de garantie encadré par l'Etat[697] tend à redéfinir la notion même du risque. En effet, en reprenant une définition classique, le risque est « *l'éventualité d'un événement ne dépendant pas exclusivement de la volonté des parties et pouvant causer la perte d'un objet ou tout autre dommage* »[698] ce qui permet d'admettre que la notion de garantie répond bien à la notion de risque en ce qu'elle comprend tous les mécanismes visant à éviter toute perte. En d'autres termes, la notion de garantie publique présente donc des liens étroits avec la notion de risque[699] ce qui a pour conséquence de rendre floues les limites de la notion.

II. L'universalité de la garantie publique

La garantie publique se singularise par rapport à la notion de garantie en droit privé en ce sens qu'elle ne connaît pas véritablement de limites mais davantage un encadrement de la part du droit de l'Union européenne. Ainsi, la garantie publique se présente comme n'ayant pas véritablement de limites temporelles (A) ni spatiales (B).

A. L'intemporalité de la garantie publique

La notion de garantie publique se différencie de la notion de garantie en droit privé en ce sens où les garanties accordées par les personnes publiques se retrouvent dans les

---

[697] V. J. MOURY, *op. cit*., *D.* 2012, p. 1020 où l'auteur précise que « *palliant les insuffisances objectives des dispositifs d'assurance existants, l'apparition puis la multiplication, à partir de la loi du 31 décembre 1951 instituant un fonds de garantie automobile, de fonds d'indemnisation, au profit notamment des victimes d'infractions pénales en 1977, d'actes de terrorisme en 1986, de la contamination VIHL par transfusion sanguine en 1991 ou encore de l'amiante en 2000, ont favorisé un nouveau passage de la responsabilité – relayée par l'assurance – à la solidarité nationale* ». Par exemple, sur le fonds de garantie des victimes d'infractions, v. CE avis, 7 avril 2010, *M. Idrissi et autres*, req. n°333407, *AJDA* 2010, obs. C. BIGET p. 758 où le Conseil d'Etat précise « *les circonstances dans lesquelles le juge administratif est tenu de mettre en cause le fonds de garantie des victimes d'actes du terrorisme et d'autres infractions* ».

[698] Définition donnée par Le Robert.

[699] V. au niveau financier, Cour des comptes, « Le recensement de la comptabilisation des engagements hors bilan de l'Etat », Communication à la Commission des finances du Sénat, 2013, p. 17 où il est précisé que ce rapport relatif aux engagements hors bilan de l'Etat « *ne vise pas à quantifier la probabilité que se réalisent les aléas financiers auxquels l'Etat est exposé, pas plus qu'il ne prétend que la progression des encours des engagements hors bilan s'accompagnerait mécaniquement d'une multiplication des appels à l'Etat* » en précisant que « *certains de ses développements suggèrent même qu'en acceptant une plus grande part du risque systémique à son bilan, l'Etat, garant et réassureur en dernier ressort, contribue à stabiliser l'environnement macro-économique et à réduire la probabilité de survenance de chocs d'ampleur significative* ».

engagements hors bilan ce qui rend plus difficile la détermination de limites temporelles. En effet, la garantie publique présente la spécificité de ne pas toujours connaître de limites temporelles comme en témoigne les garanties implicites de l'Etat envers certaines de ses entreprises[700]. Au niveau des garanties octroyées dans le cadre du Code général des collectivités territoriales, les ratios prudentiels viennent encadrer ces garanties et au niveau de l'Etat, le recensement des engagements hors bilan doit être effectué de manière de plus en plus stricte. Toutefois, la notion de garantie publique connaît des particularités au niveau des limites temporelles, notamment lorsqu'elle est accordée par l'Etat. En effet, les garanties accordées par l'Etat se présentent dans les engagements hors bilan. La Cour des comptes établit que les engagements hors bilan « *retracent les obligations qui, sans réunir les critères d'inscription à son bilan, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur la soutenabilité de sa situation financière* »[701]. Ainsi, le Professeur R. NOGUELLOU les définit comme des « *engagements financiers pris par l'Etat, qui ne seront pas nécessairement mobilisés mais qui représentent 'l'ampleur des aléas financiers' auxquels l'Etat est exposé* »[702]. Le recensement de ces engagements hors bilan doit être tenu conformément à la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001[703]. Ainsi, le rapport de la Cour des comptes de 2013 précise « *qu'à fin 2012, l'agrégat global de leurs encours avoisinait 3 090 Md€, soit 152 points de PIB* »[704] et qu' « *il excédait ainsi largement le passif total de l'Etat (1859 Md€)* »[705]. De plus, concernant les dispositifs créés lors de la crise, le rapport du Sénat souligne que « *la nouvelle société de refinancement à vocation, à terme, à s'effacer au profit d'un rétablissement des mécanismes normaux de refinancement bancaire sur le marché. L'Etat*

---

[700] Ce qui constitue un élément pour rendre ces garanties implicites et illimitées incompatibles avec le droit de l'Union européenne. En ce sens, v. Communication de la Commission, 13 octobre 2008 sur l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides d'Etat sous forme de garanties ; v. également L. WAGNER, « Aides d'Etat : la Commission européenne confrontée au risque systémique », *Europe* 2009, étude 1 où l'auteur rappelle bien que « *concernant les limites temporelles, la communication fixe la durée des régimes de garantie à deux ans, avec le cas échéant une possibilité d'une prolongation sur autorisation de la Commission* » et illustre son propos en évoquant que « *la pratique révèle que la plupart des Etats couvrent uniquement les nouvelles créances dont l'échéance est généralement comprise entre 90 jours et 3 ans* ».

[701] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.

[702] R. NOGUELLOU, « Les engagements hors bilan de l'Etat », *DA* n°8, août 2013, alerte 62.

[703] V. Cour des comptes, *op. cit*., Communication à la Commission des finances du Sénat, 2013 où il est rappelé qu' « *à compter de 2006, avec l'entrée en vigueur de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) et plus encore de 2008, avec l'introduction, dans la Constitution, des notions de régularité, de sincérité et d'image fidèle des comptes publics, le suivi des engagements hors bilan est devenu une obligation en soi* ».

[704] Cour des comptes, *op. cit*., 2013, p. 8.

[705] Cour des comptes, *op. cit*., 2013, p. 8.

agit, en effet, en tant que garant en dernier ressort, mais n'a aucunement pour mission de se substituer durablement au marché »[706].

Rappelant que « *le suivi des engagemens hors bilan se confondait avec celui des garanties* »[707] en ce sens que « *ceux des engagements qui n'étaient pas des garanties, comme par exemple les engagements de retraite ou les engagements budgétaires, n'étaient généralement pas évalués par l'administration* »[708], qu' « *au sein du champ des garanties n'était pas systématiquement opérée la distinction entre la notion de garantie directe ou 'à la première demande', qui recouvre les dispositifs où l'Etat est immédiatement appelé en cas de réalisation du risque (le cas échéant, dans la limite d'un plafond), et celle de garantie indirecte, où il n'intervient qu'en dernier ressort suite au défaut d'un ou de plusieurs garants directs* »[709] et que « *l'attention portée aux conséquences budgétaires a conduit l'administration à concentrer ses moyens sur le suivi des garanties qui donnaient le plus fréquemment lieu à un appel* »[710], le rapport de la Cour des comptes évoque qu'il y a, néanmoins, « *une prise de conscience progressive des enjeux comptables du hors bilan* »[711] renforcée avec l'introduction des mesures issues de la LOLF. De plus, le rapport de la Cour des comptes souligne que les encours des engagements hors bilan sont en augmentation et que cette hausse présente des risques. En effet, le rapport précise que « *les engagements hors bilan sont perçus comme un facteur d'appréciation de la crédibilité de la trajectoire budgétaire de l'Etat et de sa capacité à rembourser ses dettes* »[712] et que « *s'il n'existe pas de limite en théorie à leur enveloppe globale, il appartient en pratique aux pouvoirs publics de s'assurer que leur niveau n'entame pas la crédibilité de la signature de l'Etat* »[713]. En d'autres termes, ce recensement des engagements hors bilan de l'Etat apporte des éléments dans la délimitation de la notion de garantie publique en ce sens qu'il n'existe pas véritablement, malgré la volonté d'un encadrement et d'un suivi plus étroit de ces engagements, de limites temporelles à la notion de garantie publique. En effet, l'Etat reste « *le garant implicite et le*

---

[706] Sénat, Rapport n°23 de M. Ph. MARINI fait au nom de la commission des finances, déposé le 15 octobre 2008, concernant le projet de loi de finances rectificative pour le financement de l'économie où est également précisé que le « *C du II de l'article 6 prévoit ainsi que la garantie de l'Etat ne pourra jouer que pour les obligations émises avant le 31 décembre 2009, et d'une maturité moyenne, de 5 ans maximum. La société gèrera donc un portefeuille de prêts garantis en extinction progressive sur six ans, jusqu'au 31 décembre 2014* ».
[707] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[708] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[709] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[710] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[711] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[712] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[713] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.

comptable ultime, devant les instances communautaires, de la trajectoire financière de l'ensemble des administrations publiques nationales »[714]. La notion de garantie publique se présente donc bien avec des spécificités au niveau de ses limites temporelles ce que confirme largement le contentieux relatif aux mécanismes de garantie publique non plus seulement illimités mais surtout implicites.

B. La souplesse de la garantie publique

La notion de garantie publique connaît également des spécificités au niveau de ses limites spatiales. En effet, certaines garanties publiques, notamment celles prises dans le cadre d'accords, connaissent des limites spatiales. Il en est, ainsi, par exemple, des garanties octroyées par les collectivités territoriales dans le cadre du Code général des collectivités territoriales qui se présentent uniquement pour un contrat déterminé et qui répondent aux ratios prudentiels posés par le législateur dans le Code général des collectivités territoriales. Toutefois, la notion de garantie publique se présente de manière plus large et ne comprend pas uniquement les cautionnements et les garanties d'emprunt accordées par les personnes publiques. En effet, le contentieux relatif aux garanties implicites pose la difficulté de déterminer des limites spatiales à la notion de garantie publique et renvoie aux conséquences de la spécificité de la notion de personne publique. Ainsi, le contentieux relatif aux garanties implicites accordées par l'Etat aux entreprises publiques illustre bien la spécificité de la notion de garantie publique qui ne connaît pas véritablement de limites. Ainsi, dans sa décision du 16 décembre 2003 relative aux aides d'Etat accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, la Commission européenne note que « *l'impossibilité pour EDF d'être soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaires, et par conséquent de faire faillite, équivaut à une garantie générale portant sur l'ensemble des engagements de l'entreprise »*[715] et que donc *« cette garantie, qui est illimitée dans sa couverture, dans le temps et dans son montant, constitue une aide d'Etat* »[716]. De plus, les affaires du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs[717] permettent

[714] Cour des comptes, *op. cit*., 2013.
[715] Comm. CE, déc. N°2005/145, 16 déc. 2003, JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9.
[716] Comm. CE, *op. cit*., JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9.
[717] Sur les affaires du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs, v. notamment P. DEVOLVE, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1998, p. 780 et s.

également d'illustrer cet élément d'universalité de la notion de garantie publique. En effet, le rapport public du Conseil d'Etat de 1995 rappelle qu' « *à l'occasion du projet de loi relatif à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des Entrepreneurs, le Conseil d'Etat a reconnu le caractère législatif de la création d'un établissement public destiné à servir de support au soutien financier apporté par l'Etat au redressement du Crédit Lyonnais car il n'existe pas d'établissement public comparable* »[718] et précise bien qu' « *il a, d'autre part, estimé que la garantie de l'Etat à cet établissement public découlera, sans disposition législative explicite, de la nature même d'établissement public de l'organisme* »[719]. L'arrêt du tribunal de l'Union européenne du 3 avril 2014 confirme cette analyse en considérant que La Poste bénéficiait bien d'une garantie illimitée et implicite[720].

Toutefois, le statut d'établissement public industriel et commercial se présente comme un exemple de la manifestation de la notion de garantie publique. En effet, La Poste ou encore EDF ont été transformées en sociétés commerciales mais ces transformations n'apportent pas nécessairement de véritable modification concernant une probable garantie implicite de l'Etat. En effet, le Professeur B. DELAUNAY estime que « *la seule participation majoritaire de l'Etat dans le capital d'une entreprise constitue, en raison de la nature même de cet actionnaire principal, une garantie qui lui procure un avantage par rapport aux entreprises privées concurrentes* »[721] et précise que « *dès lors, dans cette hypothèse, la disparition de l'entreprise devient quasiment impossible et l'on se trouve dans une situation équivalent à une garantie totale* »[722]. Au niveau du droit des aides d'Etat de l'Union européenne, ces transformations répondent aux exigences posées dans les décisions, en ce sens qu'en devenant des sociétés anonymes, ces entreprises n'échappent plus au droit commun des procédures collectives de redressement des entreprises et deviennent donc compatibles avec le droit de la

---

[718] EDCE 1995.

[719] EDCE 1995. V. également Loi n°95-1251 du 28 nov. 1995 relative à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs où le titre premier est relatif à la création de l'établissement public de financement et de restructuration.

[720] V. R. NOGUELLOU, « La condamnation du statut d'EPIC », *DA* n°11, nov. 2012, alerte 54 où l'auteur en déduit que « *le Tribunal admet (...) l'existence d'une garantie illimitée et implicite de l'Etat français au profit des EPIC nationaux* ».

[721] B. DELAUNAY, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres », *RJEP* 2009, étude 11. L'auteur part du principe que « *la qualité même de personne publique ne saurait être considérée sans discussion comme un avantage concurrentiel (...). Dans certains cas, elles se trouvent handicapées par un tel statut comme le montrent les règles de la domanialité publique, de l'insaisissabilité des biens ou de l'interdiction de l'arbitrage. En effet, pèsent sur les opérateurs publics certaines contraintes particulières de service public qui peuvent avoir pour effet de limiter leur liberté commerciale* » mais remarque que « *la balance communautaire ne prend généralement en compte que les avantages liés à la qualité de personne publique* ».

[722] B. DELAUNAY, *op. cit*.

concurrence[723]. Ainsi, comme le rappelle le Professeur B. DELAUNAY, « *certains auteurs ont montré que la transformation des entités publiques en société de droit privé s'inscrivait pleinement dans l'un des objectifs que se sont fixés les pays fondateurs de la CEE : soumettre le plus largement possible les autorités publiques et les activités qu'elles exercent ou qu'elles contrôlent aux règles de la concurrence* »[724] et que « *dans ces conditions, l'abandon de la nature publique des structures reste conçu comme un instrument de diffusion et de pénétration des règles de la concurrence* »[725]. En d'autres termes, la transformation en société commerciale des établissements publics à caractère industriel et commercial répond aux exigences du droit de la concurrence de l'Union européenne. Toutefois, par rapport à la notion de garantie publique, cette transformation en société commerciale où l'Etat est souvent l'actionnaire majoritaire laisse entrevoir d'autres éléments de définition de la notion de garantie publique. En effet, concernant les procédures collectives, certains auteurs estiment qu'il n'existe pas d'obstacles apparents pour que des entreprises publiques étatiques soient soumises à un redressement ou une liquidation judiciaire[726] et se fondent notamment sur l'arrêt du Tribunal des conflits du 2 juillet 1984, *Préfet, commissaire de la République d'Eure et Loi c/ TGI* où est affirmé que « *l'action en comblement de passif engagée par les syndics liquidateurs à l'encontre de douze membres du conseil d'administration, dont six communes, a pour objet de déterminer si les administrateurs ont apporté à la gestion des activités sociales la diligence nécessaire et tend à la recherche de leur responsabilité permettant la mise à leur charge des dettes sociales, conformément à l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967* » et ajoute que « *la recherche de la responsabilité encourue par chacune des communes membres dudit conseil dans l'exercice de son mandat de dirigeant de l'association relève par nature de la compétence des tribunaux judiciaires* »[727]. De plus, lorsque l'actionnaire

---

[723] B. DELAUNAY, *op. cit*. où l'auteur développe l'idée que « *laissant entrevoir qu'elle recherche (...) la suppression de la catégorie d'établissement public industriel et commercial agissant en situation de concurrence, la Commission relève, non sans malice, que l'aide était 'accordée au moment où la garantie est offerte, c'est-à-dire dans l'acte de création d'EDF sous la forme juridique d'établissement public industriel et commercial'* » et précise que c'est « *parce qu'ils échappent au droit commun des procédures collectives de redressement des entreprises et qu'ils se trouvent substitués automatiquement par l'Etat en cas d'insolvabilité au motif qu'ils sont des démembrements d'une collectivité publique, les établissements publics seraient donc incompatibles avec le droit de la concurrence* ».

[724] B. DELAUNAY, *op. cit*.

[725] B. DELAUNAY, *op. cit*. où l'auteur précise également que « *l'aménagement des monopoles d'Etat par l'ouverture des secteurs d'électricité, des transports ou du gaz naturel à la concurrence ainsi que l'obligation parallèle de confier la gestion du réseau à des entités séparées des activités de production et de distribution militeraient pour l'abandon des structures publiques au profit d'entreprises privées* » et que « *la transformation en société commerciale est également présentée comme un moyen de disposer des capitaux indispensables à la conquête de nouveaux marchés* ».

[726] V. notamment, P. DEVOLVE, *op. cit.*

[727] TC, 2 juill.1984, *Préfet, commissaire de la République d'Eure et Loir c/ TGI*, n°02343, Rec. 449.

principal est une personne publique dans le cas de la transformation d'un établissement public en société commerciale, l'Etat ne ferait-il pas toujours le nécessaire pour les sauver ? En effet, l'exemple du Crédit Lyonnais, du Comptoir des entrepreneurs ou de la création de sociétés de refinancement lors de la crise de 2008 témoigne de l'interventionnisme de l'Etat pour venir secourir les entreprises françaises et ainsi éviter au maximum des conséquences négatives au niveau économique. En d'autres termes, la notion de garantie publique se présente également d'une certaine manière par la présence d'une personne publique dans l'actionnariat des sociétés commerciales ce qui témoigne donc de l'étendue de cette notion qui demande toutefois à être délimitée par rapport à l'ensemble des mécanismes de droit public.

SECTION 2 : La délimitation de la notion de garantie publique

La notion de garantie connaît un développement important, notamment en droit des libertés publiques où elle prend une place importante avec la garantie des droits fondamentaux. Toutefois, dans le cadre des libertés publiques, le terme de garantie prend une acception différente en ce sens que même si ces garanties jouent un rôle au niveau patrimonial, il n'existe pas de tiers garant. Ainsi, seul le droit de la responsabilité de la puissance publique apporte des éléments de réflexion pertinents par rapport à la notion de garantie publique. En effet, le rapprochement de la notion de garantie publique avec des notions proches comme la responsabilité de la puissance publique permet d'éclairer la notion de garantie publique (§1) et ainsi met en perspective la notion de garantie publique par rapport aux fonds de garantie qui s'intègrent d'une certaine manière à la notion de garantie publique (§2).

§ 1. La singularité de l'apport du droit de la responsabilité de la puissance publique à la notion de garantie

Selon le Professeur J. WALINE, « *toute l'évolution du droit de la responsabilité de la puissance publique est marquée par le souci constant manifesté par le juge administratif d'améliorer le sort de la victime* »[728] et il ajoute que « *cette évolution s'inscrit dans un mouvement général de 'socialisation' des risques qui tend à faire de la puissance publique une sorte d'assureur tous risques des dommages pouvant survenir aux administrés* »[729]. Ainsi, le droit de la responsabilité de la puissance publique connaît des rapprochements avec la notion de garantie publique qu'il est nécessaire de délimiter par rapport à la notion de faute en droit de la responsabilité de la puissance publique (I) mais également par rapport à la responsabilité sans faute de la puissance publique (II).

I. La notion de faute en droit de la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique

En droit administratif, « *la responsabilité de la puissance publique est normalement liée à la faute même s'il est de plus en plus fréquent qu'elle soit admise en l'absence de toute faute* »[730]. De plus, la responsabilité de la puissance publique se singularise par rapport à la responsabilité civile en ce sens que « *contrairement aux principes du Code civil toute faute de l'administration n'entraîne pas nécessairement l'obligation de réparer le dommage qu'elle a causé* »[731] ce qui implique que « *dans un certain nombre d'hypothèses, la responsabilité de l'administration n'est engagée qu'au cas de faute lourde* »[732]. Ainsi, l'établissement d'une faute de l'administration permet d'éclairer la notion de garantie publique (A) notamment lorsque la faute retenue est lourde (B).

---

[728] J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, Paris, 23ème éd., 2010, p. 457.
[729] J. WALINE, *op. cit*., p. 457.
[730] J. WALINE, *op. cit*., p. 476.
[731] J. WALINE, *op. cit*., p. 476.
[732] J. WALINE, *op. cit*., p. 476.

A. L'établissement de la faute en droit de la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique

La responsabilité de la puissance publique nécessite un préjudice indemnisable et imputable à une personne ainsi que l'établissement d'une faute. En effet, comme le rappelle M. WALINE, « *la responsabilité est la mise d'un préjudice à la charge d'une personne autre que celle qui l'a subi : la victime essaye de reporter le préjudice sur un tiers* »[733]. La responsabilité se rapproche donc bien de la notion de garantie en ce sens qu'une garantie comprend tout mécanisme tentant à se prémunir contre une perte ce qui sous-entend donc la présence d'un tiers qui prend en charge l'éventuelle perte. L'imputabilité joue aussi un rôle important en droit de la responsabilité et permet de déterminer les faits pour lesquels la puissance publique est responsable ainsi que les personnes pour les faits desquels elle est responsable[734]. Toutefois, « *imputabilité n'est pas synonyme de responsabilité, parce qu'en règle générale, et sauf exceptions, l'imputabilité, condition nécessaire de la responsabilité, n'en est pas une condition suffisante : il faut encore que le fait générateur de ce préjudice ait présenté le caractère d'une faute* »[735]. En d'autres termes, « *lorsque le demandeur a établi avoir souffert un préjudice et l'imputabilité de ce préjudice à une certaine action (ou abstention) d'une collectivité publique ou d'un agent de celle-ci, il faut encore, pour qu'il obtienne réparation, qu'il établisse que cette action ou abstention avait le caractère d'une faute, - du moins en règle générale* »[736]. Ainsi, la notion de faute se rapproche d'une certaine manière de la notion de perte. En effet, un mécanisme devient une garantie lorsqu'un tiers vient prémunir un créancier du risque d'une perte et pour que la garantie joue, il est nécessaire d'établir la perte. La notion de faute en droit de la responsabilité administrative a évolué pour passer d'une faute subjective renvoyant à une faute morale et à l'idée de culpabilité à une faute objective et « *se développe aussi un renouveau dans la condamnation pour faute de l'Etat pour des activités considérées comme faisant partie de ses prérogatives régaliennes* »[737].

---

[733] M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Ed. Montchrestien, Paris, 1969, I, p. 540.
[734] Sur l'imputabilité de la responsabilité de la puissance publique, v. notamment M. WALINE, *op. cit.*, p. 544 et s.
[735] M. WALINE, *op. cit.*, p. 544.
[736] M. WALINE, *op. cit.*, p. 544.
[737] M-H. FRAYSSINET, « Réflexions sur la question de la faute dans la responsabilité de l'Etat puissance publique », *RRJ* 2003, p. 363 et s. L'auteur rappelle qu' « *être responsable, c'est avant tout être coupable en tant que sujet de droit. C'est véritablement une question d'ordre moral et philosophique qui imprègne le régime*

De plus, comme le souligne Monsieur E. SOUTEYRAND, « *on pourrait alors, (...), comme Maryse Deguergue, considérer qu'au lieu d'abaisser le degré de gravité de la faute le juge administratif a préféré allumer un contre-feu en optant pour le risque, peut-être pour mieux préserver le domaine de la faute par ailleurs* »[738]. En effet, la notion de faute, en droit de la responsabilité administrative, joue un rôle important mais l'évolution tend à prendre de plus en plus en compte la notion de risque dans la responsabilité pour faute. Ainsi, le Professeur Ch. GUETTIER remarque que « *dans les régimes de responsabilité pour faute, on constate que la notion de risque pourrait prospérer, en particulier sur le terrain de l'information administrative en matière de risques* »[739] et illustre son propos avec le contentieux administratif relatif à la santé publique avec, entre autres, l'obligation pour l'administration de prévenir les risques liés à l'amiante ou encore « *l'obligation du médecin d'informer le patient sur les risques graves que peut comporter l'acte envisagé* »[740]. Ainsi, concernant les risques liés à l'amiante, le Conseil d'Etat, dans plusieurs arrêts en date du 3 mars 2004, a rappelé « *que si, en application de la législation du travail désormais codifiée à l'article L. 230-2 du Code du travail, l'employeur a l'obligation générale d'assurer la sécurité et la protection de la santé des travailleurs placés sous son autorité, il incombe aux autorités publiques chargées de la prévention des risques professionnels de se tenir informées des dangers que peuvent courir les travailleurs dans le cadre de leur activité professionnelle, compte tenu notamment des produits et substances qu'ils manipulent ou avec lesquels ils sont en contact, et d'arrêter, en l'état des connaissances scientifiques, au besoin à l'aide d'études ou d'enquêtes complémentaires, les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers* » et considère alors que « *si des mesures ont été prises à partir de 1977 pour limiter les risques que faisait courir aux travailleurs l'inhalation de poussières d'amiante, il n'est pas établi que ces mesures aient constitué une protection efficace pour ceux qui, comme M. E..., travaillaient dans des lieux où se trouvaient des produits contenant de l'amiante, d'autre part, qu'aucune étude n'a été entreprise avant 1995 pour déterminer*

---

de la responsabilité administrative » et précise que « *le droit positif actuel s'est largement éloigné de ce modèle originel : la faute s'est introduite dans les domaines régaliens de l'Etat* ».

[738] E. SOUTEYRAND, « La responsabilité de l'administration », *AJDA* n°spécial, juil.-août 1999, pp. 92-93 où l'auteur ajoute que toutefois « *il demeure que, tant sur le terrain de la faute que sur celui de la rupture d'égalité devant les charges publiques ou sur celui tiré de l'article 92 de la loi du 7 janvier 1983 (art. L. 2216-3 du Code général des collectivités territoriales), responsabilité, sans faute de l'Etat, en cas de dommages résultant de crimes ou de délits commis par des attroupements, certaines évolutions jurisprudentielles récentes laissent accroire à la généralisation de la responsabilité de la puissance publique, avec une admission à un droit plus étendu de la réparation, selon un schéma proche d'une solution assurantielle* ».

[739] Ch. GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA* 2005, p. 1499 et s.

précisément les dangers que présentaient pour les travailleurs les produits contenant de l'amiante, alors pourtant que le caractère hautement cancérigène de cette substance avait été confirmé à plusieurs reprises et que le nombre de maladies professionnelles et de décès liés à l'exposition à l'amiante ne cessait d'augmenter depuis le milieu des années cinquante (...) ; qu'en déduisant de ces constatations que, du fait de ces carences dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante, l'Etat avait commis une faute de nature à engager sa responsabilité » [741]. Cette évolution de la prise en compte des risques avec la responsabilité pour faute exprime l'idée que la responsabilité de la puissance publique pour faute entretient des liens étroits avec la notion de garantie publique en ce sens qu'elle place les personnes publiques comme les protecteurs de risques éventuels pour les individus, c'est-à-dire qu'elles se présentent comme les responsables dans le cas où elles n'auraient pas pris des mesures pour prévenir les risques ou lorsqu'elles ne tiennent pas leurs promesses, notamment en matière de garantie comme en témoigne, par exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 novembre 2013, *Credemlux*. De cet arrêt du 19 novembre 2013, où il était reproché « *à la commune, d'une part, de ne pas avoir tenu la promesse faite à la société Banco di Napoli de se porter caution solidaire eu égard à la nullité finalement constatée du contrat de cautionnement et, d'autre part, d'avoir adopté (...) trois délibérations illégales (le) 10 septembre 1987* »[742], le Professeur Ch. VAUTROT-SCHWARZ rappelle que « *si l'on sait qu'une promesse non tenue peut être fautive (CE, sect., 24 avr. 1964, n°58657, Société des Huileries de Chauny, Lebon 245), il était assez évident que le moyen ne tenait pas en l'espèce »,* il ajoute alors que *« la responsabilité publique du fait des promesses non tenues n'est en effet pas une responsabilité contractuelle, mais une responsabilité délictuelle dont l'engagement est conditionné par l'absence de conclusion du contrat par le promettant (CE*

---

[740] Ch. GUETTIER, *op. cit*., p. 1499 et s.

[741] V. notamment CE, Ass., 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité c./Consorts Thomas et Ministre de l'Emploi et de la Solidarité c/Consorts Botella*, Rec. pp. 126-127, F. DONNAT et D. CASAS, « Lorsque l'administration ne peut plus, sans faute, rester inactive », AJDA 2004, p. 974 et s. où les auteurs rappellent que « *ces décisions peuvent être rapprochées de celle rendue par l'Assemblée du contentieux le 9 avril 1993 sur la responsabilité de l'Etat à raison de contaminations provoquées par des transfusions de produits sanguins* » et que donc « *de façon juridiquement comparable avec les présentes affaires, le Conseil d'Etat avait alors jugé que l'inaction de l'autorité administrative, dûment informée à compter du mois de novembre 1984 de l'existence d'un risque sérieux de contamination des transfusés et de la possibilité d'y parer par l'utilisation des produits chauffés, était constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de l'Etat à compter de cette date* ». V. également E. PRADA-BORDENAVE, « Les carences de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'amiante », RFDA 2004, p. 612 et s. ; H. ARBOUSSET, « Amiante : la responsabilité de l'Etat est, enfin, reconnue par le Conseil d'Etat », *D*. 2004, p. 973 et s. De plus, l'article 53 de la loi 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la Sécurité sociale modifiée par la loi 2002-303 du 4 mars 2002 a créé un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante.

[742] Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La garantie des collectivités territoriales : pour l'amour du risque », AJDA 2014, p. 2008 et s.

23 juill. 1974, n°87024, Association Maison familiale de vacances de Vars, Lebon T. 888) »[743] et en déduit qu' « *en l'espèce, même irrégulièrement, le contrat a tout de même été conclu par la commune. C'est donc très logiquement que, sur ce point, le Conseil d'Etat relève que 'la promesse de la commune de se porter caution ne se sépare pas de l'engagement formel pris par le conseil municipal d'accorder sa garantie'* »[744]. Le Professeur Ch. VAUTROT-SCHWARZ établit alors qu' « *il n'y avait aucune difficulté à qualifier de faute le fait pour le conseil municipal d'avoir adopté les trois délibérations du 10 septembre 1987 jugées illégales par le tribunal administratif de Lille* »[745]. De plus, la responsabilité de la puissance publique connaît également des hypothèses où une faute lourde doit être présente pour que la responsabilité soit retenue et cette exigence apporte également des éléments de délimitation de la notion de garantie publique[746].

B. La faute lourde en droit de la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique

Dans certains cas, la faute simple ne suffit pas à engager la responsabilité de la puissance publique dans le sens où « *la limitation de la responsabilité de l'administration, dans certaines hypothèses, au seul cas de la faute lourde se justifierait par le souci de ne pas paralyser certains services, qui fonctionnent par définition même dans des conditions délicates, par la crainte de voir leur responsabilité engagée trop facilement par les administrés* »[747]. Toutefois, comme le souligne le Professeur J. WALINE, face à la multiplication des cas où la faute lourde était exigée, « *il est apparu que les justifications*

---

[743] Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit*., p. 2008 et s.
[744] Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit*., p. 2008 et s.
[745] Ch. VAUTROT-SCHWARZ, *op. cit*., p. 2008 et s.
[746] V. néanmoins, J. PETIT, « L'affaire du Mediator : la responsabilité de l'Etat », note sous TA Paris, 3 juill. 2014, n°1312345, *RFDA* 2014, p. 1193 et s. où le Professeur J. PETIT met en avant que « *le jugement Mme A, rendu par le tribunal administratif de Paris le 3 juillet 2014, dans l'affaire du Mediator, tire la question de la responsabilité de l'Etat, en matière de mise sur le marché des médicaments, du sommeil jurisprudentiel où elle était tombée depuis les arrêts prononcés par le Conseil d'Etat en 1968 à propos du Stalinon* » tout en déduisant que « *ce réveil s'accompagne, sinon d'un sursaut, du moins d'un saut, celui qui fait passer à la faute simple une matière assoupie sur la faute lourde* » ce qui « *est là, assurément, le principal apport de la décision considérée, ce n'est pas le seul, puisque celle-ci admet aussi une nouvelle application de l'obligation in solidum en matière de responsabilité extracontractuelle pour faute* ».
[747] J. WALINE, *op. cit*., pp. 479-480.

avancées pour exiger la faute lourde étaient loin d'être incontestables »[748] et d'en déduire que « *ces considérations jointes au souci d'améliorer le sort de la victime, ont conduit au déclin de la faute lourde* »[749] sans disparaître totalement pour autant. En effet, certains services comme les services de police[750] et les services fiscaux ou encore les activités de contrôle. Le contrôle exercé sur les collectivités territoriales et les organismes de droit privé témoigne du rapprochement entre la notion de garantie publique et la responsabilité de la puissance publique. Ainsi, comme le rappelle le Professeur Y. GAUDEMET, « *la jurisprudence a historiquement consacré le principe selon lequel les activités de contrôle exercées par les personnes publiques, au premier rang desquelles l'Etat, n'engagent la responsabilité de celles-ci que lorsqu'une faute lourde leur est imputable* »[751].

Concernant les activités de tutelles sur les collectivités territoriales et les établissements publics, l'arrêt de principe rendu lors de l'affaire Stavisky est celui du 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe et Moselle* où le Conseil d'Etat considère que « *les agissements criminels du sieur X... et de ses complices n'ont été rendus possibles que par la faute lourde commise par le préfet des Basses-Pyrénées dans le choix du personnel dirigeant du Crédit municipal de Bayonne lors de sa création en 1931 et dans le maintien en fonction de ce personnel, ainsi que par la négligence prolongée des différents services de l'Etat qui sont chargés du contrôle de ces établissements publics communaux et qui n'ont procédé que tardivement aux investigations de toute nature que l'ampleur anormale des opérations du Crédit municipal de Bayonne leur commandait de faire ; que la caisse requérante est fondée à soutenir que ces fautes sont de nature à engager la responsabilité de l'Etat* »[752]. Cette solution s'applique toujours. En effet, comme le

---

[748] J. WALINE, *op. cit*., p. 480.

[749] J. WALINE, *op. cit*., p. 480 et s. où l'auteur ajoute également, ce qui permet d'apporter un élément supplémentaire de rapprochement entre la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique, que « *si, dans les années à venir on assistait à une disparition complète de la faute lourde, ce qui, pour l'instant, paraît improbable, il y aurait là un sérieux élément de rapprochement avec les solutions du droit civil en matière de responsabilité* ». En effet, l'auteur précise que « *le Conseil d'Etat a maintenu, au moins nominalement, l'exigence d'une faute lourde pour un certain nombre de services, ou activités de certains services. Mais on constate, à l'intérieur de ceux-ci, que le champ d'application de la faute lourde ne cesse de se réduire comme peau de chagrin, ce qui pourrait, à terme, postuler l'abandon de la faute lourde. Toutefois la jurisprudence la plus récente montre de sérieuses réticences du Conseil d'Etat à aller jusqu'au bout de cette évolution* ».

[750] Sur l'exigence de la faute lourde en matière de police administrative, v. G. EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA* 2006, p. 733 et s.

[751] Y. GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », in Mélanges J. WALINE, p. 561 et s.

[752] CE, 29 mars 1946, *Caisse départementale d'assurances sociales de Meurthe-et-Moselle*, n°41916, Rec. p. 63.

souligne le Professeur J. WALINE, « *le Conseil d'Etat continue à exiger une faute lourde en ce qui concerne le contrôle de la légalité exercé sur les collectivités territoriales* »[753]. Ainsi, dans l'arrêt du 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, le Conseil d'Etat estime, après avoir rappelé les termes du II de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, que « *par ces dispositions, le législateur a entendu donner au représentant de l'Etat, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de se substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice ; qu'à cette fin, il lui appartient, sous le contrôle du juge, de prendre, compte tenu de la situation de la collectivité et des impératifs d'intérêt général, les mesures nécessaires (...) ; que si le préfet s'abstient ou néglige de faire usage des prérogatives qui lui sont ainsi conférées par la loi, le créancier de la collectivité territoriale est en droit de se retourner contre l'Etat en cas de faute lourde commise dans l'exercice du pouvoir de tutelle ; qu'en outre, dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial* »[754]. De plus, l'Etat exerce également un contrôle sur certains organismes de droit privé comme en témoigne l'arrêt du 30 novembre 2001, *Ministre de l'Economie et des Finances c/ M. et Mme Kechidian*, où le Conseil d'Etat considère qu' « *alors même que la faillite de l'United Banking Corporation a une origine principalement frauduleuse, cette faute lourde commise par la Commission bancaire a contribué à concurrence d'une fraction qui peut être fixée à 10 %, à la réalisation du préjudice subi par les requérants de première instance (...)* » et que donc « *l'ouverture d'une procédure collective ne privait pas de la possibilité d'engager une action en leur qualité de déposants, sont fondés à demander l'annulation du jugement par lequel le tribunal administratif de Paris a rejeté leurs conclusions dirigées contre l'Etat et à demander que celui-ci soit condamné à leur verser des sommes correspondant à la fraction indemnisable, telle qu'elle vient d'être définie, du*

---

[753] J. WALINE, *op. cit.*, p. 483.
[754] CE, 18 nov. 2005, *Sté fermière de Campoloro*, n° 271898, Rec. p. 515.

préjudice qu'ils ont subi »[755]. Ainsi, la responsabilité de l'Etat est retenu dans des cas où une faute lourde est établie de la part de collectivités territoriales ou d'organismes de droit privé ce qui n'est pas sans rappeler, entre autres, le contentieux relatif à la garantie implicite de l'Etat à l'égard des établissements publics comme La Poste ou encore EDF. En effet, la notion de garantie publique se définit de manière large et comprend certains mécanismes issus du droit de la responsabilité de la puissance publique lorsque l'Etat est tenu responsable du fait de ses collectivités ou d'organismes de droit privé que ce soit pour faute lourde ou pour toute faute.

II. La responsabilité sans faute de la puissance publique et la notion de garantie publique

Le droit de la responsabilité de la puissance publique comprend la responsabilité où une faute est recherchée mais également la responsabilité sans faute qui englobe la notion de solidarité (A) et la responsabilité pour risque (B) qui éclairent et délimitent d'une certaine manière la notion de garantie publique.

A. La responsabilité pour risque et la notion de garantie publique

A l'image de la notion de garantie publique, la notion de risque dans le contentieux de la responsabilité de la puissance publique revêt une définition fonctionnelle. De manière plus précise, la responsabilité pour risque et sans faute connaît des évolutions jurisprudentielle et législative. Au niveau jurisprudentiel, l'arrêt le plus connu est certainement l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 juin 1895, *Cames* où le Conseil d'Etat a reconnu « *l'obligation de réparer le dommage causé par un accident du travail à un ouvrier d'une manufacture de l'Etat sur la seule base du risque créé* »[756]. La jurisprudence a également admis la responsabilité sans

[755] CE, Ass., 30 nov. 2001, *Min. de l'Eco. Et des Fin. c/ M. et Mme Kechidian et autres*, n°219562.
[756] J. WALINE, *op. cit.*, p. 488 où l'auteur précise que « *depuis l'intervention du législateur a tari cette jurisprudence, les agents publics se trouvant garantis, soit par le régime des pensions d'invalidité, soit par le droit commun des accidents du travail* ». Toutefois, pour les requis les collaborateurs bénévoles du service

faute du fait des choses dangereuses, c'est-à-dire lorsque ces choses mises en œuvre par l'administration présentent un danger et provoquent un dommage[757]. La responsabilité sans faute est aussi acquise du fait des activités dangereuses[758]. Un contentieux important s'est également développé en matière hospitalière après l'abandon de l'exigence de la faute lourde par la jurisprudence[759]. S'ajoute au niveau jurisprudentiel la responsabilité du fait de certaines mesures d'ordre économique et social qui sont prises dans l'intérêt général mais qui portent un préjudice aux particuliers auxquels ses mesures sont imposées. La responsabilité sans faute suit l'évolution du droit administratif en ce sens elle est de plus en plus codifiée comme c'est le cas de la responsabilité sans faute admise pour les agents publics qui bénéficient en cas d'accident de pensions d'invalidité ou encore du droit commun des accidents du travail ce qui n'est pas forcément dans l'intérêt de la victime[760]. Ainsi, des textes régissent la responsabilité pour les dommages causés par les attroupements et rassemblements, les dommages de guerre, les accidents de préparation militaire, les accidents post-vaccinatoires, les dommages corporels résultant d'une infraction pénale, les victimes d'actes de terrorisme, les dommages causés à ou par des élèves de l'enseignement public du fait du défaut de surveillance d'un maître ou encore l'indemnisation des victimes d'essais nucléaires[761]. La responsabilité sans faute, au niveau jurisprudentiel mais également au niveau des textes, connaît un développement important et se recoupe avec la notion de garantie publique en ce sens que ces mécanismes de responsabilité de la puissance publique permettent aux personnes de se prémunir contre des pertes économiques et sociales causées directement ou indirectement par les personnes publiques.

Toutefois, comme le souligne le Professeur Ch. GUETTIER, « *la responsabilité sans faute pour risque, dont on aurait pu croire qu'elle constituait un régime particulier de*

---

public pour lesquels ne s'appliquent pas les textes relatives aux pensions d'invalidité et d'accidents du travail, la jurisprudence a également admis la responsabilité sans faute des personnes publiques en cas d'accident.

[757] V. par exemple CE 28 mars 1919, *Regnault-Dezrosiers* qui est l'arrêt fondateur et où il était question, en l'espèce, de l'explosion d'un dépôt de munitions pendant la première guerre mondiale.

[758] V. J. WALINE, *op. cit*., pp. 489-491 où l'auteur précise les domaines de cette responsabilité du fait des activités dangereuses : les « prisons sans barreaux » et l'assistance éducative, les détenus en permission de sortie, les aliénés en sortie d'essai ou encore les maladies contagieuses.

[759] V. J. WALINE, *op. cit*., pp. 491-492 où l'auteur précise que « *le Conseil d'Etat a également accepté de faire jouer la responsabilité sans faute du fait de la défaillance des produits et appareils de santé utilisés : CE 9 juillet 2003, A.P. Hôpitaux de Paris c/Mme Marzouk* ».

[760] V. J. WALINE, *op. cit*., p. 493 où l'auteur précise bien que « cette substitution de la responsabilité d'origine législative à la jurisprudence Cames a un sérieux inconvénient : la victime se voit opposer une évaluation forfaitaire de son dommage (le forfait de la pension) et elle ne peut pas renoncer au 'bénéfice' de la responsabilité sans faute en essayant de se placer, le cas échéant, sur le terrain de la faute : CE, sect., 16 octobre 1981, *Guillaume et Germanaud* ».

[761] V. J. WALINE, *op. cit*., pp. 494-499.

responsabilité administrative destiné à donner des garanties à un cercle de plus en plus large de victimes, opère en fait dans un tout autre sens. Il s'agit d'un instrument destiné à sélectionner des victimes particulièrement dignes d'intérêt »[762]. Il précise que « *ce régime n'est pas le vecteur de politiques jurisprudentielles visant à élargir le domaine de la responsabilité sans faute en droit administratif* »[763] mais qu' « *il sert plutôt à en contenir tout emballement, puisque sa signification profonde est double : même si les situations à risque dans lesquelles l'administration place les administrés sont nombreuses et variées, seules certaines victimes sont éligibles à la réparation ; sachant qu'en matière de risque l'administration doit pouvoir bénéficier de son côté de certains écrans protecteurs sans lesquels sa capacité à satisfaire l'intérêt général serait altérée, puisqu'elle préférerait ne pas agir en situation de risque de crainte de voir sa responsabilité engagée* »[764]. Par rapport à cet aspect, la responsabilité de la puissance publique, tout en se banalisant par rapport à la responsabilité de droit privé, se différencie quelque peu de la notion de garantie publique. En effet, la notion de garantie publique se singularise en ce sens qu'elle revêt une finalité en accord avec l'intérêt général. En d'autres termes, la notion de garantie publique apparaît lorsque l'intérêt général, le plus souvent économique, risque de ne pas être respecté en ce sens que la notion de garantie publique vient protéger d'éventuels risques qui iraient donc à l'encontre de l'intérêt général. Le droit de la responsabilité de la puissance publique connaît néanmoins au niveau législatif une évolution dans le sens de plus de solidarité. En effet, comme s'interroge Madame Anne JACQUEMET-GAUCHE, « *les juges du Palais-Royal s'en remettent-ils à la loi pour la consécration de régimes d'indemnisation faisant appel à la solidarité nationale, notamment dans le cadre des risques sériels* »[765] tout en précisant que « *ce n'est pas un hasard si les interventions législatives récentes sont liées à des cas d'indemnisation résultant d'un danger ou d'une situation de risque, ce que prouvent les lois relatives aux infections nosocomiales ou à l'amiante* »[766]. En d'autres termes, la responsabilité pour risques en protégeant contre des risques éventuels apporte une sécurité aux personnes. Cet élément de sécurité se présente également dans la notion de garantie mais certainement de manière renforcée pour la notion de garantie en droit public comme le montre le rapprochement des notions de prévention et de garantie publique.

---

[762] Ch. GUETTIER, *op. cit*., p. 1499 et s.
[763] Ch. GUETTIER, *op. cit*., p. 1499 et s.
[764] Ch. GUETTIER, *op. cit*., p. 1499 et s.
[765] A. JACQUEMET-GAUCHE, « La responsabilité pour risque en droit administratif français et allemand », *DA* n°10, oct. 2011, étude 19.
[766] A. JACQUEMET-GAUCHE, *op. cit*., étude 19.

B. La prévention des risques et la notion de garantie publique

La prévention[767] est certainement la notion clé qui permet de délimiter et surtout de rapprocher la notion de garantie publique avec le droit de la responsabilité de la puissance publique. Ainsi, comme le souligne le Professeur J.-M. PONTIER, « *la prévention ne peut être pensée et réalisée qu'en lien avec d'autres fonctions, qui la déterminent en partie, voire avec lesquelles elle peut se confondre, la réparation et la précaution* »[768] et de préciser que « *prévention et réparation se rencontrent nécessairement parce que, d'une part, les préoccupations des pouvoirs publics ne peuvent se limiter à aucune des deux, qu'elles doivent être prises en compte simultanément, et que, d'autre part, on peut penser que si les mesures de prévention n'ont pas été prises, la réalisation du risque doit entraîner réparation au profit des victimes* »[769]. En d'autres termes, la prévention étant inhérente à la notion de garantie et la réparation au droit de la responsabilité[770], les notions de garantie publique et de responsabilité de la puissance publique sont liées dans une certaine mesure. Le Professeur J.-M. PONTIER relève, cependant, que « *les choses sont (...) beaucoup moins simples, les rapports entre prévention et réparation ne relèvent pas des mêmes plans* »[771] et développe son idée en soulignant le fait que « *le risque semble d'abord apparaître dans le contentieux de la responsabilité, mais ce n'est pas en tant qu'objet d'une action ou d'une politique de prévention, c'est en tant que fondement possible d'une responsabilité sans faute* »[772]. Ainsi, il en déduit que « *le développement de cette responsabilité et son évident intérêt seront tels que certains croiront pouvoir unifier l'ensemble de la responsabilité sans faute autour de ce seul fondement du risque* »[773] et que « *cet effort se révélera vain, mais sera un signe patent de l'importance désormais prise par l'idée de risque dans le droit de la responsabilité et, plus*

---

[767] Sur la notion de prévention des risques, v. notamment Ch.-A. DUBREUIL, L'Etat et les risques des entreprises, Thèse Paris, 2005, p. 257 et s. où l'auteur présente également dans un chapitre suivant « *la prévoyance des risques des entreprises* » où prévoyance est défini comme « *l'attitude de celui qui, en prévision d'un événement aléatoire ou non, prend les mesures destinées à en compenser ou à en limiter les conséquences dommageables* » tout en précisant que « *c'est une attitude qui, si elle est bien antérieure à l'événement considéré, ne se concrétise qu'à posteriori* ». De plus, l'auteur développe l'idée qu' « *appliquée à la matière des risques des entreprises, la prévoyance consiste à prévoir les moyens de faire face aux conséquences économiquement dommageables d'un événement imprévisible, préalablement à sa réalisation* » et que « *si elle peut sembler passive face au risque, la prévoyance n'est cependant pas isolée de la prévention* ».

[768] J.-M. PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA* 2003, p. 1752 et s.

[769] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[770] Sur la notion de réparation en droit de la responsabilité de la puissance publique, v. M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, préf. J.-M. PONTIER, LGDJ, Paris, 1994.

[771] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[772] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[773] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

largement, dans le droit administratif »[774]. La prévention connaît donc un développement important en droit de la responsabilité. En effet, comme le souligne le Professeur M. SOUSSE, « *si les pouvoirs publics ne peuvent pas empêcher la réalisation du dommage, ils doivent prendre des mesures préventives pour en limiter les effets* »[775] ce qui explique que la responsabilité des communes et dans certains cas de l'Etat peut être engagée. Ainsi, en application des pouvoirs généraux de police de la sécurité publique, les maires ont « *une obligation générale de prudence et de diligence* »[776]. Cette obligation résulte en partie de l'article L. 2212-2-5° du Code général des collectivités territoriales qui dispose que « *la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques. Elle comprend notamment : (...) le soin de prévenir, par des précautions convenables, et de faire cesser, par la distribution des secours nécessaires, les accidents et les fléaux calamiteux ainsi que les pollutions de toute nature, tels que les incendies, les inondations, les ruptures de digues, les éboulements de terre ou de rochers, les avalanches ou autres accidents naturels, les maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties, de pourvoir d'urgence à toutes les mesures d'assistance et de secours et, s'il y a lieu, de provoquer l'intervention de l'administration supérieure* »[777]. De plus, selon l'article L. 2215-1-1° du Code général des collectivités territoriales, le préfet « *peut prendre, pour toutes les communes du département ou plusieurs d'entre elles, et dans tous les cas où il n'y aurait pas été pourvu par les autorités municipales, toutes mesures relatives au maintien de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité publiques. Ce droit ne peut être exercé par le représentant de l'Etat dans le département à l'égard d'une seule commune qu'après une mise en demeure au maire restée sans résultat* ». Ces articles du Code général des collectivités territoriales montrent que les collectivités publiques ont des obligations de prévention afin de prémunir les citoyens contre des risques éventuels qui leurs causeraient des pertes.

De plus, la notion de prévention se développe également grâce à la notion de précaution qui appelle elle-même la notion de prudence. Ainsi, le Professeur J.-M. PONTIER

---

[774] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s. L'auteur nuance son propos en ce sens où « *la responsabilité pour risque est entièrement étrangère à la responsabilité pouvant découler de l'insuffisance ou de l'absence de mesures de prévention des risques, car cette dernière responsabilité repose sur le fondement le plus traditionnel qui soit, la faute* ».
[775] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 274.
[776] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 276.
[777] V. M. SOUSSE, *op. cit*., p. 276 et s. où l'auteur soulève que cet article présente une double obligation : « *d'une part, le maire à une obligation de réglementation. D'autre part, il a la possibilité de faire effectuer des travaux et de faire construire des ouvrages en vue de limiter les effets dommageables de la catastrophe sur les habitants de la commune. Sa responsabilité pourra être engagée à ses deux titres* ».

remarque que « *la prévention n'est plus la seule mission de la puissance publique dans les décisions et les actions à entreprendre avant que des dommages ne surviennent et, pour éviter ces derniers, elle doit être pensée par rapport à la précaution* »[778] d'où l'introduction du principe de précaution[779] qui comme le soulignent les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, « *pourrait (...) être à l'origine d'un nouveau standard d'action publique sur l'économie, consistant à interdire ou à encadrer certaines activités ou certains comportements d'acteurs privés ou publics, non en raison de la nécessaire prévention de risques connus, mais en raison de l'impossibilité d'évaluer avec certitude les risques systémiques qu'ils sont susceptibles d'engendrer, notamment pour l'équilibre de la concurrence ou celui du système financier* »[780] . Ce rapprochement entre les notions de prévention et de précaution s'éclaire avec une autre notion qu'est la prudence. Rappelant tout d'abord son étymologie[781], le Professeur J.-M. PONTIER évoque le fait que « *la prudence a aujourd'hui largement perdu de sa richesse sémantique, son sens s'est appauvri* »[782] mais nuance ce constat en estimant qu' « *elle n'a cependant pas disparu des préoccupations politiques dans une perspective de prévention* »[783] en ce sens que « *des textes parlent de 'règles prudentielles' ou de 'principes prudentiels' destinés, précisément, à éviter que les personnes concernées ne prennent des risques inconsidérés* »[784] ce qui est illustré par les garanties accordées par les collectivités territoriales où « *le législateur a imposé à ces collectivités des règles prudentielles concernant le plafond de la garantie* »[785]. En d'autres termes, même si les notions de prévention et de précaution répondent à deux démarches différentes, ces notions permettent d'éclairer la notion

---

[778] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[779] Sur le principe de précaution, V. notamment J-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, *LGDJ*, Issy-les-Moulineaux, 7ème éd., 2014, p. 163 et s. où les auteurs rappellent que « l*e principe de précaution, énoncé de façon variable selon les textes mais reconnu en droit international, en droit de l'Union européenne comme en droit national, implique la prise en compte de l'incertitude* » et illustrent leur propos avec l'article 5 de la Charte constitutionnelle qui énonce que « *lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre des procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage* ».

[780] J-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 165 où les auteurs concluent même que « *la précaution pourrait, à terme, devenir un principe du droit de la régulation* ».

[781] V. J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s. où l'auteur remarque donc que « *la prévention et la précaution sont toutes deux à mettre en lien avec une autre notion, bien antérieure et plus générale, la prudence. Celle-ci est loin d'être univoque. La phronèsis (cf. Eschyle, Sept contre Thèbes), ou prudentia, peut désigner tantôt la prévoyance, tantôt la prévision, tantôt une forme de sagesse qu'est le discernement. Cette multiplicité de sens recouvre ce que nous appelons aujourd'hui prévention, précaution et prudence. Par la suite, le christianisme fait de la prudence l'une des 'vertus cardinales' qui doivent guider aussi bien les individus que les dirigeants* ».

[782] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[783] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[784] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

[785] J.-M. PONTIER, *op. cit*., p. 1752 et s.

de garantie publique et en étant des notions communes au droit de la responsabilité de la puissance publique et de la notion de garantie publique, elles montrent que le droit de la responsabilité de la puissance publique est largement pris en compte dans la notion de garantie publique ce qui est encore plus réel avec le développement des fonds de garantie.

§2. La singularité de l'admission des fonds de garantie dans la notion de garantie publique

Mécanisme de plus en plus fréquent, « *l'étude de la thématique des fonds d'indemnisation et de garantie révèle la complexité de leurs régimes juridiques notamment par que le législateur remet parfois en cause la frontière entre le droit public et le droit privé* »[786] impliquant que « *le publiciste doit alors s'approprier ou tenter de s'approprier des notions qu'il n'est pas habitué à manier comme celles d'assurance de responsabilité civile ou de faute inexcusable de l'employeur* »[787]. En d'autres termes, les fonds de garantie[788] présentent certainement la spécificité d'être des instruments venant combler les lacunes du droit de la responsabilité de la puissance publique[789]. Ainsi, les fonds de garantie connaissent un développement important en droit public en se présentant comme un élément de la notion de garantie publique (I) mais également comme une application de cette notion (II).

---

[786] H. ARBOUSSET, « L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation », *RRJ* 2008, p. 1535 et s. où l'auteur précise que « *lorsqu'il créé ses structures, ce qui relève, selon le Conseil d'Etat de sa seule compétence, il dispose d'une grande latitude puisqu'il est arrivé de donner naissance à des fonds qualifiés d'établissements publics tout en décidant que le contentieux qui pourrait naître des offres d'indemnisation présentées par ceux-ci relèvera de la compétence du juge judiciaire* ».

[787] H. ARBOUSSET, *op. cit*., p. 1535 et s.

[788] Sur les fonds de garantie, v. Ph. CASSON, *Les fonds de garantie – accidents de la circulation et de la chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, *LGDJ*, Paris, 1999 ; R. GARNIER, « Les fonds publics de socialisation des risques », *JCP G* 2003, I, p. 1133 ; V. à titre d'exemple relatif à la création d'un fonds de garantie, J. HARDY, « La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante – Article 53 de la loi de financement de la sécurité sociales pour 2001 », *JCP E* 2001, I, p. 605 et s.

[789] V. en ce sens, M. SOUSSE, *op. cit*., p. 381 et s. où l'auteur prend l'exemple du dommage écologique en estimant que « *face à l'insatisfaction résultant de l'état actuel du droit de la réparation des dommages causés à l'environnement, l'indemnisation sociale apparaît comme un système susceptible de permettre une réparation satisfaisante de tels dommages* ». V. également R. GARNIER, *op. cit*., I 143 où l'auteur considère que « *l'obligation qui pèse sur les fonds est donc limitée à des cas spécifiques qui ne peuvent être réparés ni par la sécurité sociale ni par les assurances* ».

I. Les fonds de garantie comme élément de la notion de garantie publique

Les fonds de garantie en venant combler les insuffisances du droit de la responsabilité de la puissance publique conserve une volonté de responsabilisation (A) mais tente davantage de prévenir les risques (B), se présentant alors comme un élément de la notion de garantie publique.

A. La responsabilisation des fonds de garantie et la notion de garantie publique

Il existe des cas où le responsable n'est pas directement une personne publique et est difficilement identifiable. Dans ces hypothèses, « *c'est au nom de la solidarité nationale que l'Etat s'érige en garant des risques non couverts par les mécanismes traditionnels de la sécurité sociale, de l'assurance ou de la responsabilité* »[790]. Ce constat explique en partie le développement des fonds de garantie. En droit public, les fonds de garantie répondent à une volonté de responsabiliser les acteurs publics et privés. Ainsi, Madame R. GARNIER souligne que « *l'obligation d'indemnisation publique est fondée sur le mécanisme de la responsabilité et s'insère dans une jurisprudence de plus en plus audacieuse* »[791] et précise que « *réagissant aux avancées jurisprudentielles du juge, le législateur a créé des régimes d'indemnisation obéissant aux règles de fond de la responsabilité administrative* »[792]. Elle nuance ses propos en rappelant que « *tous ces régimes législatifs de responsabilité ne prévoient pas la mise en place d'un fonds* »[793] en ce sens qu'en « *règle générale, la création d'un fonds se justifie par le nombre impressionnant de victimes et par l'enjeu financier qu'elles représentent* »[794]. Les fonds de garantie sont difficilement définissables. Ainsi, pour le Professeur M. BAZEX, les fonds de garantie sont apparus pour éviter que les personnes publiques se retrouvent face à des situations où le remboursement de la dette garantie n'est plus possible et où la dépense est

---

[790] R. GARNIER, « Les fonds publics de socialisation des risques », *JCP G*, n°25, 2003, I 143. V. cependant sur le fondement de solidarité nationale, H. ARBOUSSET, *op. cit*., p. 1535 et s. où l'auteur évoque le fait que le mode de financement des fonds d'indemnisation et de garantie « *est lié à la nature de la solidarité que le législateur décide de retenir car, c'est au nom de celle-ci que sont mises en place ces structures d'indemnisation* » tout en se demandant s'il faut « *faire état d'une solidarité nationale ou de solidarités ? » en ce sens que « certains fonds ne sont pas financés par l'Etat* » et qu'alors « *la nature des contributeurs ne permet (…) pas de considérer que la solidarité nationale ait guidée leur création* ».
[791] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[792] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[793] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[794] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.

prise en charge par la collectivité garante. En effet, il constate que « *c'est pour éviter de se trouver dans une telle situation que, (…), comme dans les relations privées, les personnes publiques recourent de plus en plus à la création de fonds de garantie* »[795] et explique alors que « *recevant des dotations de leurs membres, ainsi que les cotisations des entreprises bénéficiaires, le fonds affecte ces ressources à la garantie des concours financiers accordés à ces entreprises ; il évite ainsi à ses membres d'avoir à supporter le poids de la garantie en cas de 'sinistre'* »[796]. La création des fonds de garantie « *devrait donc éviter aux personnes publiques de venir en première ligne à la suite de la défaillance du débiteur* »[797] permettant ainsi de mettre en avant le caractère de responsabilisation des fonds de garantie qui reste néanmoins un mécanisme de garantie publique ou tout du moins une alternative pour les personnes publiques qui souhaitent accorder leur garantie.

Ainsi, sur le fondement notamment de la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, le Code général des collectivités territoriales prévoit que les communes, départements et régions peuvent « p*articiper au capital d'un établissement de crédit 'ou d'une société de financement' revêtant la forme de société anonyme régie par 'les dispositions du livre II du livre du commerce' et ayant pour objet exclusif de garantir les concours financiers accordés à des personnes morales de droit privé, et notamment celles qui exploitent des entreprises nouvellement créées, dès lors qu'une ou plusieurs sociétés commerciales dont au moins 'un établissement de crédit ou une société de financement' régi par les dispositions du chapitre 1er du livre V du Code monétaire et financier', participent également au capital de cet établissement de crédit 'ou de cette société de financement'* »[798]. Le Code précise dans les mêmes articles que les communes, départements et régions peuvent « *participer par versement de subventions à la constitution de fonds de garantie auprès de l'établissement de crédit 'ou de la société de financement' mentionné à l'alinéa précédent* »[799]. Les collectivités territoriales passent alors « *avec l'établissement de crédit 'ou la société de financement' une convention déterminant notamment l'objet, le montant et le*

---

[795] M. BAZEX, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor* 1989, p. 321 et s.
[796] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s. où l'auteur précise également que « *constitués au départ par des organismes professionnels (société de caution mutuelle), les fonds ont par la suite été créés à l'initiative de l'Etat pour garantir les prêts accordés par différents établissements financiers intervenant pour son compte (Fonds national de garantie pour la création d'entreprises en 1979, Fonds national des prêts participatifs en 1980, etc…)* ».
[797] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[798] Articles L. 2253-7 pour les communes, L. 3231-7 pour les départements et L. 4253-3 pour les régions.
[799] Articles précités.

fonctionnement du fonds de garantie ainsi que les conditions de restitution des subventions versées en cas de modification ou de cessation d'activité de ce fonds »[800].

B. La prévention des risques et les fonds de garantie par rapport aux notions de solidarité et de garantie publique

La notion de risque éclaire la notion de garantie au niveau du droit privé comme du droit public, notamment par le développement de fonds de socialisation des risques qui se présentent comme une application de la notion de garantie (1) ce que confirme l'exemple environnemental (2).

1. L'intérêt des fonds de socialisation des risques et la notion de garantie publique

La notion de solidarité présente au douzième alinéa du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 se présente comme le fondement des fonds publics de garantie. Ainsi, comme le remarque Madame R. GARNIER, « *la responsabilité pour risque, en permettant une indemnisation plus étendue, répond à une attente des victimes vers plus de sécurité* »[801] et cette « *nécessité de répondre à ce besoin a entraîné le développement des mécanismes de socialisation des risques que sont d'une part la sécurité sociale, à l'affiliation de laquelle la victime ne peut échapper et d'autre part l'assurance de biens et l'assurance de personnes, qui demeurent facultatives* »[802]. Toutefois, elle remarque que « *l'intérêt accru porté aux victimes au nom d'une certaine conception de la dignité de la personne humaine a conduit l'Etat à réfléchir à d'autres méthodes de socialisation des risques, dans lesquelles les fonds d'indemnisation ont pris une place de plus en plus importante* »[803]. Ainsi, Madame R. GARNIER revient sur l'origine de ce mouvement de socialisation des risques en rappelant que ce « *phénomène (...) provient d'une pénétration de l'idée de solidarité nationale dans la responsabilité publique* »[804] et en déduit que « *cette pénétration va conduire progressivement*

---

[800] Articles précités.
[801] R. GARNIER, *op. cit.*, I 143.
[802] R. GARNIER, *op. cit.*, I 143.
[803] R. GARNIER, *op. cit.*, I 143.
[804] R. GARNIER, *op. cit.*, I 143.

à imputer la réparation à une personne publique qui n'est pas à l'origine du dommage, mais le dommage relève de sa compétence »[805].

La solidarité nationale trouve son origine dans le douzième alinéa du Préambule du 27 octobre 1946 qui dispose que « *la Nation proclame la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales* ». Monsieur A. MBARGA souligne que « *la solidarité nationale est le fondement des interventions de l'Etat lorsque la responsabilité peut être difficilement retenue* »[806] et rappelle que « *la première manifestation de la solidarité nationale a consisté en l'édiction de lois spéciales prévoyant l'attribution d'une aide à certaines catégories de personnes* »[807]. Ainsi, les fonds publics de garantie répondent à cette exigence constitutionnelle de solidarité nationale face à un droit de la responsabilité devenu parfois inefficace[808]. En d'autres termes, la constitution de fonds publics de socialisation des risques « *correspond à une attente réelle des victimes comme des responsables* »[809] parce que d'une part « *ces fonds accordent une indemnisation prioritaire des victimes fondée sur l'idée de répartition* »[810] et d'autre part, « *parce qu'ils permettent d'articuler l'idée de responsabilité et celle de solidarité selon des dispositifs de répartition des risques où l'assurance a une place dominante* »[811]. Madame R. GARNIER en déduit que « *la plupart des fonds de socialisation des risques mélangent (...) l'indemnisation automatique effectuée a priori et l'action en responsabilité exercée par le fonds contre le responsable* »[812] et précise que « *ce mélange de la responsabilité et de l'indemnisation sociale est la condition même de l'équilibre de ces régimes d'indemnisation modernes* »[813]. En d'autres termes, les fonds publics de garantie viennent combler les lacunes du droit de la responsabilité de la puissance publique mais également des assurances.

---

[805] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[806] A. MBARGA, *L'indemnisation publique des victimes d'infractions – l'indemnisation par le Fonds de garantie*, *L'Harmattan*, Paris, 2000, p. 109.
[807] A. MBARGA, *op. cit*., p. 109 où l'auteur precise que "*c'est l'idée de solidarité nationale qui a en effet été retenue pour justifier la réparation des dommages de guerre*".
[808] V. R. GARNIER, *op. cit*., I 143 où l'auteur explique que "*ces fonds se justifient par l'inadaptation de la responsabilité aux situations nouvelles générées par l'évolution technologique. L'application des règles de la responsabilité est en effet devenue source d'insatisfaction à la fois pour les victimes qui se trouvent face à l'aléa d'une procédure contraignante et pour les responsables qui se considèrent injustement désignés* » et illustre sont idée par « *l'affaire du sang contaminé (qui) a mis en évidence les problèmes qui pouvaient résulter d'une procédure trop lente, notamment lorsque la victime voit son espérance de vie réduite du fait d'une contamination accidentelle à la suite d'une transfusion* ». Elle en déduit donc « *qu'il a fallu adapter les systèmes d'indemnisation à la perception moderne des risques* ».
[809] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[810] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[811] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[812] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.
[813] R. GARNIER, *op. cit*., I 143.

2. L'exemple environnemental en faveur des fonds de socialisation des risques

L'exemple environnemental éclaire l'apport des fonds de garantie à la notion de garantie publique. En effet, le Professeur M. SOUSSE se fonde sur l'exemple de l'environnement où le droit de la responsabilité de la puissance publique ne répond pas de manière satisfaisante aux problèmes liés à l'environnement nécessitant alors l'institution d'un système de garantie sociale. Ainsi, il considère que « *l'institution d'un système de garantie sociale s'accompagne généralement de la création d'un fonds de garantie* »[814] et émet l'idée que « *la solution la plus simple consisterait à instituer un fonds de garantie subsidiaire, susceptible de s'appliquer là où la responsabilité est impuissante à agir* »[815]. Il développe alors son idée en se demandant « *si les dommages causés à l'environnement ne peuvent pas être réparés a priori, en dehors de toute idée de responsabilité, par un système global de garantie sociale* »[816]. Après avoir écarté le système de l'assurance pour la problématique relative à l'environnement, le Professeur M. SOUSSE considère que « *l'institution d'un fonds d'indemnisation ayant un rôle principal dans l'indemnisation semble donc devoir être préférée au système de l'assurance* »[817]. En effet, il montre que « *l'adoption d'un régime d'indemnisation sociale avec fonds de garantie présente de nombreux avantages* »[818] en ce sens que « *le fonds permet de donner aux collectivités compétentes les moyens immédiats d'assurer une réparation des dommages causés à l'environnement sans mettre en jeu leurs ressources financières, notamment à la suite d'un accident provoquant des dommages importants* »[819], que « *l'indemnisation par un fonds a lieu en dehors de toute idée de responsabilité* »[820] et qu' « *enfin, le fonds d'indemnisation peut jouer un rôle préventif en faisant participer les pollueurs potentiels* »[821]. En d'autres termes, les fonds de garantie se rapproche de la notion de garantie publique en ce sens qu'ils permettent de prévenir des dommages et ont l'avantage, contrairement aux garanties publiques, de ne pas avoir de conséquences sur les finances publiques.

[814] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 406.
[815] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 406.
[816] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 406.
[817] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 408.
[818] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 408.
[819] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 408.
[820] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 408.
[821] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 408.

Le Professeur M. SOUSSE distingue les fonds privés des fonds publics et estime qu' « *il nous paraît (...) plus adéquat d'envisager le fonds de garantie sous une forme publique* »[822] car « *son seul caractère public donnerait aux victimes une garantie supplémentaire* »[823]. Il ajoute qu' « *un tel fonds pourrait combiner une pluralité de sources de financement, publiques et privées, fondées sur l'utilisation de plusieurs formes de solidarité : une solidarité sectorielle, permettant l'assurance aux zones à risques, et une solidarité nationale, pouvant servir de base à une taxation plus générale* »[824]. Ainsi, les fonds publics de garantie en englobant des éléments de la responsabilité, de l'assurance se présentent comme un élément de la notion de garantie publique mais plus encore comme un instrument de la notion de garantie publique.

II. Les fonds de garantie comme instrument de garantie publique

Les fonds de garantie entrent difficilement dans une catégorie juridique en ce sens qu'ils existent grâce au droit de la responsabilité de la puissance publique et suivent dans une certaine mesure la même logique que le droit des assurances. Par ces emprunts au droit de la responsabilité et de l'assurance, les fonds de garantie matérialisent la notion de garantie publique (A) et systématisent cette notion (B) en se présentant comme un instrument de la notion de garantie publique.

A. La matérialisation de la garantie publique par les fonds de garantie

Au niveau des infractions, le système mis en place pour protéger et indemniser les victimes apporte des éléments confortant l'idée que les fonds de garantie se présentent comme un instrument des garanties publiques. En effet, Monsieur A. MBARGA estime que « *l'indemnisation publique des victimes d'infractions apparaît (...) comme un véritable système de garantie fondée sur un principe de solidarité* »[825] en précisant que « *ce système de garantie, comme les systèmes mis en place par certains Etats européens et américains, repose*

[822] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 412.
[823] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 412.
[824] M. SOUSSE, *op. cit*., p. 412.

sur la solidarité à laquelle se réfèrent un certain nombre de textes internationaux »[826] et qu'ainsi « *l'Etat intervient immédiatement, par l'intermédiaire du Fonds de garantie, dans la réparation des dommages* »[827].

Le droit des obligations joue également un rôle dans ce mécanisme dans la mesure où « *le risque d'insolvabilité de l'auteur du dommage est transféré à l'Etat qui est subrogé aux droits de la victime* »[828]. De plus, Monsieur A. MBARGA ajoute que « *l'exclusion de la responsabilité de l'Etat au profit d'une simple garantie a une influence sur l'étendue de la réparation »* en ce sens qu'*« il appartient au législateur, qui n'est pas tenu d'une obligation d'indemnisation intégrale en raison de l'absence de fondement délictuel de l'obligation de réparation, de déterminer les conditions et l'étendue de l'intervention de l'Etat* »[829]. S'interrogeant sur la nature juridique de l'intervention de ce fonds de garantie en faveur des victimes d'infraction, Monsieur A. MBARGA considère que « *les fondements juridiques avancés pour l'intervention du Fonds de garantie automobile sont valables pour le Fonds de garantie des victimes* »[830]. Après être revenu sur l'idée que le fonds n'est qu'une caution du responsable, il tente l'assimilation à une assurance de responsabilité civile pour en déduire finalement que « *le fonds de garantie apparaît en définitive comme un garant doté d'un statut particulier* »[831] tout en précisant que « *c'est un organisme public chargé de gérer les fonds collectés auprès d'autres personnes privées, et de les répartir entre les victimes d'infractions injustement frappées par le sort* »[832]. Ainsi, comme le souligne Monsieur A. MBARGA, « *c'est l'idée de solidarité nationale qui survit au désengagement de l'Etat* »[833] banalisant ainsi la notion de garantie publique dans les fonds de garantie.

---

[825] A. MBARGA, *op. cit*., p. 109.
[826] A. MBARGA, *op. cit*., p. 109.
[827] A. MBARGA, *op. cit*., pp. 109-110.
[828] A. MBARGA, *op. cit*., p. 110.
[829] A. MBARGA, *op. cit*., p. 110 où l'auteur précise pour les infractions que « *le législateur a choisi d'indemniser intégralement le dommage corporel grave et les agressions sexuelles* ».
[830] A. MBARGA, *op. cit*., p. 196.
[831] A. MBARGA, *op. cit*., p. 197.
[832] A. MBARGA, *op. cit*., p. 197.
[833] A. MBARGA, *op. cit*., p. 197.

B. La systématisation de la garantie publique par les fonds de garantie

Les fonds de garantie se présentent comme un outil au service des personnes publiques. En effet, lors de situations exceptionnelles comme des catastrophes naturelles ou encore lors de crises économiques ou pour soutenir des personnes physiques ou morales dans leurs activités et ainsi contribuer au développement économique, les fonds de garantie jouent un rôle important et présentent donc un intérêt pour la notion de garantie publique en se définissant comme un mécanisme permettant d'éviter des pertes pour ceux qui y adhérent. Ainsi, par exemple, lors de la loi n°2008-1443 de finances rectificative pour 2008 du 30 décembre 2008, l'article 108 a instauré des prêts pour étudiants accordés par OSEO avec néanmoins la garantie de l'Etat. En effet, l'article 108 de cette loi dispose que « *la garantie de l'Etat est accordée à la société OSEO Garantie, SA, pour l'équilibre d'un fonds de garantie géré par cette société et destiné à faciliter l'octroi des prêts aux étudiants* ». Le second alinéa précise les conditions de fonctionnement de ce fonds qui « *a pour objet de financer les appels en garantie des organismes financiers qui accordent des prêts aux étudiants garantis par la société OSEO Garantie, SA, en cas de défaillance des bénéficiaires de ces prêts* » en ce sens que « *les prêts éligibles au fonds de garantie ne peuvent pas dépasser un plafond fixé par étudiant* », que « *la garantie ne porte que sur 70 % au plus du principal du prêt* » et qu' « *elle est accordée moyennant une prime variant en fonction de la durée du prêt accordé* ». Les fonds de garantie se présentent donc comme une garantie de la part des personnes publiques qui y participent et qui les soutiennent comme c'est souvent le cas de l'Etat qui accordent sa garantie au fonds. Ainsi, la Cour des comptes, dans son rapport de 1988, en conclut que « *l'activité des fonds régionaux de garantie ne se distingue guère de celle de multiples constitutions de cautionnement de caractère bancaire ou professionnel* »[834].

De plus, comme le rappelle Monsieur P. LIGNIERES, « *les fonds de garantie peuvent être institués sous forme d'une affectation globale fixée en début d'exercice budgétaire pour les garanties d'emprunt octroyées dans le cadre de l'interventionnisme local* »[835] et « *certains fonds de garantie sont constitués sous la forme d'une société anonyme* »[836] comme cela est prévu par la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation. En effet, le Professeur Cl. DEVES souligne qu'« *alors que la loi relative à l'amélioration de la*

[834] Rapport de la Cour des comptes, 1988, p. 110.
[835] P. LIGNIERES, « Le droit de la concurrence peut-il limiter l'octroi des garanties d'emprunt par les collectivités locales ? », *JCP E* 1993, 285, p. 471 et s.

décentralisation demeure muette sur les aides à l'immobilier, celle-ci tente justement de combler les lacunes constatées en matière de garantie d'emprunt ou de fonds de garantie »[837] et précise que « *ces fonds présentent un intérêt indéniable pour cautionner des prêts destinés à assurer certains investissements* »[838]. De plus, ces fonds de garantie présentent, comme pour les garanties accordées par les personnes publiques, un risque non négligeable pour les finances des personnes publiques. En effet, tout en admettant que « *le recours à la forme de la société anonyme pour gérer ces fonds a pour objet d'éviter que les collectivités ne soient engagées au-delà de leurs apports dans ces fonds de garantie qui n'avaient pas jusqu'ici la personnalité morale* »[839], le Professeur Cl. DEVES remarque qu' « *il ne s'agit pas d'une protection absolue, car en cas de sinistres consécutifs dépassant les capacités de ce fonds, rien n'empêcherait, soit les collectivités de renouveler leur aide, soit même lesdites collectivités actionnaires d'être poursuivies sur le fondement d'une action en comblement du passif, notamment dans l'hypothèse où elles auraient eu la tentation de s'immiscer dans la gestion du fonds* »[840] et rappelle alors que « *la loi de 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises précise, en effet, à ce sujet, que l'insuffisance d'actif peut être supportée par les dirigeants de droit ou de fait, rémunérés ou non* »[841]. Ainsi, les textes relatifs à la décentralisation tentent de développer les participations des collectivités territoriales aux fonds de garantie afin de maintenir un interventionnisme des personnes publiques en faveur du développement économique tout en tentant de réduire les risques pour les finances publiques. Les fonds de garantie constitués par les personnes publiques se présentent donc comme une garantie publique en ayant la même finalité d'éviter des pertes

---

[836] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.

[837] Cl. DEVES, note sous TA Clermont Ferrand, 18 juin 1987, *Commune d'Olliergues c./ Somival et autres* et TA Clermont Ferrant, 10 sept. 1987, *Commune d'Olliergues c./ Somival*, *JCP E* 1988, 15195, p. 383 et s.

[838] Cl. DEVES, *op. cit*., p. 383 et s. où l'auteur explique que « *la garantie est alors 'mutualisé' entre les bénéficiaires de ces prêts* », que « *ceux-ci doivent affecter une fraction de leurs prêts au fonds alors que les collectivités y participent éventuellement sous forme de subventions* » et que « *l'ensemble de ces ressources, dans l'attente des sinistres, est réinvesti sous forme d'obligations et rapporte intérêt* ». Il présente ainsi les fonds régionaux existants avant la loi du 5 janvier 1988 comme une aide qui « *se distingue des garanties d'emprunt classiques, qui n'entrainent pas d'engagement financier immédiat, car la région se doit de doter le fonds et de le compléter éventuellement lorsque le rapport entre les encours garantis et le niveau du fonds se rapproche d'un coefficient multiplicateur (6 en général), mais le risque de l'épuisement du fonds n'est pas assuré par la région* » et qui « *se heurtait (...) à deux obstacles majeurs résultant d'un certain flou du dispositif législatif et réglementaire : d'une part, celui de l'association des collectivités de base (commune et département) à ce type d'intervention, d'autre part, celui de la nature juridique de tels fonds* ».

[839] Cl. DEVES, *op. cit*., p. 383 et s.

[840] Cl. DEVES, *op. cit*., p. 383 et s.

[841] Cl. DEVES, *op. cit*., p. 383 et s. où l'auteur en conclut que « *malgré les avantages précités, le risque que représente la constitution de tels fonds n'est donc pas négligeable* » et qu'il n'est pas « *surprenant de constater qu'avant même cette réforme, certaines régions aient cherché à se prémunir au moyen d'une contre-garantie assurée notamment par la société française pour l'assurance du capital risque des P.M.E. (SOFARIS)* ».

pour les bénéficiaires de ces fonds et confirment que la notion de garantie se présente dans un large domaine.

La notion de garantie publique reprend la définition de la notion de garantie présente dans la sphère privée en ce sens qu'elle regroupe l'ensemble des mécanismes prémunissant contre les risques d'une perte, pécuniaire ou non tout en précisant pour la sphère publique qu'une personne publique doit être présente dans le mécanisme de garantie ce qui a comme conséquence de rendre le domaine de la garantie publique plus large. En d'autres termes, la garantie publique englobe l'ensemble des mécanismes que les personnes publiques utilisent, directement ou indirectement, explicitement ou implicitement, de manière limitée ou illimitée, afin d'éviter les risques d'une perte, le plus souvent économique.

<u>CHAPITRE 2 :</u> Le domaine des garanties publiques

La notion de garantie publique répond à une définition fonctionnelle d'où l'importante étendue de son domaine. Le domaine de la garantie publique témoigne du développement de la notion de garantie en droit public. En effet, les garanties publiques connaissent un domaine étendu. Elles sont présentes, entre autres, au niveau de l'industrie, de l'agriculture, du développement économique des personnes publiques ou encore de la finance.

Les garanties sont accordées essentiellement par l'Etat et les collectivités territoriales. L'Etat joue un rôle important dans l'octroi de garanties en période de croissance et encore plus en période de crise économique et financière. L'octroi des garanties par l'Etat influence le développement économique que ce soit au niveau interne ou au niveau international par les garanties accordées aux entreprises qui souhaitent exporter. Les collectivités territoriales se présentent également comme des acteurs importants lorsqu'elles accordent leur garantie afin de répondre aux exigences d'un intérêt général de plus en plus économique.

De plus, les garanties accordées par les personnes publiques suivent l'évolution de se manifester davantage sous la forme de garanties personnelles et d'être parfois en marge du développement économique tout en y contribuant indirectement.

Ainsi, les mécanismes issus de la garantie publique se présentent dans beaucoup de secteurs et tendent à se diversifier lorsque la garantie est accordée explicitement ou implicitement à titre principal (SECTION 1). De plus, la garantie publique connait un développement tout particulier lorsqu'elle est accordée à titre accessoire (SECTION 2).

SECTION 1 : La pluralité des garanties publiques à titre principal

Les mécanismes de la garantie publique se singularisent tout particulièrement lorsqu'elles sont accordées par l'Etat. Ainsi, les garanties accordées par l'Etat influence les autres acteurs de la vie publique en donnant ou redonnant confiance (§1) alors que les garanties accordées par les collectivités territoriales se présentent comme autonomes par rapport à celles accordées par l'Etat (§2).

§1. L'influence des garanties accordées par l'Etat

Les garanties de l'Etat connaissent un développement important. Elles se singularisent en ce sens qu'elles sont accordées aux entreprises de manière explicite mais également implicite (I) et leur singularité se renforce lorsqu'elles viennent redonner confiance à l'économie dans le cadre de procédures collectives de grandes entreprises françaises (II).

I. La singularité des garanties accordées par l'Etat au profit des entreprises

La garantie accordée par l'Etat l'est le plus souvent à des entreprises[842]. Cette garantie se présente sous divers mécanismes qui sont recensés dans les lois de finances (A) comme

[842] Sur un récapitulatif des garanties accordées par l'Etat, v. Sénat, « Projet de loi de finances pour 2013 : Engagements financiers de l'Etat », où il est précisé que « *les dépenses que supporte le programme 114 correspondant aux 'garanties accordées par l'Etat, sont des engagements hors bilan qui exposent l'Etat à un risque financier à un terme plus ou moins éloigné'* » et qu' « *outre les engagements de retraite des fonctionnaires et les engagements fiscaux de l'Etat, ces engagements hors bilan sont principalement constitués par : 1) la dette garantie par l'Etat, qui concerne les engagements des sociétés, organismes bancaires, collectivités ou établissements publics pour lesquels l'Etat s'est engagé, en cas de défaillance du débiteur, à régler lui-même les intérêts et les échéances d'amortissement prévues au contrat (...) ; 2) les garanties de protection des épargnants, qui intéressent l'ensemble des dépôts effectués par ces derniers sur des livrets réglementés (livret A, livret bleu, livret de développement durable, livret d'épargne populaire) et sur les créances détenues par les établissements de crédits sur le fonds d'épargne tenu par la Caisse des dépôts et*

l'est celle accordée à la COFACE pour soutenir des entreprises qui souhaitent exporter à l'étranger (B).

A. La diversité des garanties de l'Etat accordées aux entreprises

Les garanties de l'Etat se présentent sous diverses formes et connaissent une évolution différente selon qu'elles sont accordées en période de croissance économique (1) ou lors de période de crise économique (2).

1. Les garanties de l'Etat accordées aux entreprises et les périodes de croissance économique

La notion d'entreprise[843] comprend un grand nombre d'entités au sens du droit de l'Union européenne comme le souligne le rapport du Sénat du 28 juin 2011 qui rappelle qu' « *'une entreprise' au sens du droit européen correspond à 'tout acteur économique', qu'il soit une personne physique ou morale se livrant à une activité économique : ce peut être une entreprise, mais également une association sans but lucratif exerçant une activité économique*

---

consignations (...) ; 3) les engagements au titre de l'assurance-crédit COFACE (...) ; les engagements vis-à-vis des banques multilatérales de développement (...) ; 5) les engagements pris dans le cadre des contrats de projet Etat-régions 2007-2013 ». De plus, dans ce même projet de loi de finances pour 2013, le Sénat précise qu' « *un progrès est (...) à saluer dans les réponses aux questionnaires budgétaires adressés au Gouvernement par le Parlement en vue de la préparation de l'examen des projets de loi de finances, puisqu'il a été donné un recensement des garanties octroyées par l'Etat pour les années 2011 à 2012, à savoir : 1) le plan de soutien à Dexia ; 2) la garantie de l'Etat aux emprunts réalisés pour financer l'acquisition, la construction et l'aménagement des locaux d'enseignements utilisés par des établissements scolaires français à l'étranger ; 3) la garantie octroyée aux prêts accordés par la Caisse des dépôts et consignations à la Société Immobilier insertion défense emploi (SA IIDE) ; 4) la garantie de l'Etat pour faciliter le financement de projets dont la réalisation est jugée prioritaire : il s'agit des prêts accordés par les établissements de crédit agréés aux entreprises signataires d'un contrat de partenariat ; cette garantie a été utilisée pour le financement de la ligne ferroviaire à grande vitesse Sud Europe Atlantique ; 5) la garantie accordée aux emprunts contractés par l'UNEDIC ; 6) la garantie accordée aux financements obtenus et aux titres émis par le FESF ; 7) enfin, il est envisagé d'octroyer la garantie de l'Etat au groupe Crédit Immobilier de France* ».

[843] La notion d'entreprise comprend les entreprises publiques qui elles aussi bénéficient de la garantie formelle de l'Etat, v. à ce sujet, J.-C. ANDRE, « La dette des entreprises publiques », *in* R. HERTZOG, *La dette publique en France*, *Economica*, Paris, 1990, p. 201 et s. où l'auteur présente « *deux régimes de garantie très différents par leurs implications financières pour l'Etat* » qui sont « *la garantie du remboursement du capital et du paiement des intérêts* » et « *la garantie de change* ».

d'intérêt général sollicitant un concours financier public »[844]. Ainsi, la notion d'entreprise comprend un grand nombre d'entités d'où l'importance du domaine des garanties de l'Etat accordées aux entreprises.

De plus, conformément à l'article 34 de la loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, « *la loi de finances de l'année (...) autorise l'octroi des garanties de l'Etat et fixe leur régime* ». Ainsi, comme le souligne le rapport du Sénat de 2008[845], « *les garanties nouvelles de l'Etat ne peuvent (...) être octroyées que sur le fondement d'une disposition de loi de finances. Elles font l'objet dans les dispositions des lois de finances d'un plafond par opération. Il s'agit de bien mesurer la portée de la garantie dès son octroi, en la rattachant à une opération financière précise, en précisant un montant maximum et ne la limitant dans le temps* ». La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a, de plus, introduit dans la Constitution les notions de régularité, de sincérité et d'image fidèle des comptes publics renforçant le recensement des engagements hors bilan de l'Etat dont les garanties font parties. En effet, est inséré dans la Constitution l'article 47-2 dont l'alinéa 2 dispose que « *les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière* ». Ainsi, les lois de finances permettent de recenser les garanties accordées par l'Etat comme en témoigne, par exemple, l'article 119 de la loi n°2005-1720 du 30 décembre 2005 de finances rectificative pour 2005 qui dispose que « *la garantie de l'Etat est accordée à la Caisse française de développement industriel pour un montant maximum de risques couverts par l'Etat de 2 000 millions d'euros. La garantie de l'Etat pourra être accordée aux cautionnements et préfinancements accordés par les établissements de crédit, sociétés de financement, entreprises d'assurance et autres établissements garants aux entreprises du secteur de la construction navale pour la réalisation d'opération de construction de navires civils dont le prix de vente est supérieur à 40 millions d'euros* ». En plus de permettre à ces entreprises de donner confiance à ses cocontractants et donc de contribuer au développement économique de la France, le deuxième alinéa de cet article 119 précise que « *cette garantie est accordée aux cautions émises ou aux préfinancements engagés avant le 31 décembre 2015* » et qu' « *elle est rémunérée à un taux supérieur à celui du marché* ». Ainsi, les mécanismes issus de la garantie accordée par l'Etat connaissent une évolution qui tend à voir leur nombre

---

[844] Rapport d'information n°673 (2010-2011) de Mme Annie JARRAUD-VERGNOLLE, MM. André LARDEUX et Paul BLANC fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Influence du droit communautaire des aides d'Etat sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales*, déposé le 28 juin 2011.

s'accroître. En effet, comme le remarque Monsieur P. LIGNIERES, « *de nombreux (...) textes ont (...) été adoptés afin de permettre l'octroi de la garantie de l'Etat* »[846] et « *la diversité de ces exemples d'octroi de garantie par l'Etat illustre l'importance et l'adaptabilité de cet instrument politique* »[847] ce qu'il explique en rappelant que « *le développement du recours aux garanties par l'Etat a été comme un phénomène accompagnant le mouvement de débudgétisation ; il va également de pair avec la multiplication des démembrements de la puissance publique* »[848]. De plus, au niveau des entreprises, peut être souligné l'importance de Bpifrance, anciennement OSEO, qui se présente comme la banque publique des entreprises[849]. Tout d'abord, c'est une banque, c'est-à-dire que c'est une entreprise commerciale avec un compte d'exploitation, des recettes commerciales et des charges. En effet, Bpifrance répond à toutes les règles de fonctionnement d'une banque. Néanmoins, c'est une banque publique en ce sens que son actionnariat est public avec l'Etat comme actionnaire majoritaire car Bpifrance a une mission d'intérêt général en ce sens que Bpifrance a comme principale finalité de créer des emplois et de soutenir l'économie et l'innovation. Ainsi, le Président François Hollande a souligné le fait que Bpifrance « *a apporté la preuve qu'il y a une place légitime, pertinente, utile pour l'intervention publique* »[850] et qu' « *elle ne se substitue pas à l'intervention privée et à celles des banques, mais elle permet de la compléter et quelque fois même de la précéder dans le financement des entreprises* »[851]. Néanmoins, l'intervention

---

[845] Ph. MARINI, *op. cit.*, oct. 2008.

[846] P. LIGNIERES, *Les cautionnements et les garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Préf. Ch. MOULY, *Litec*, Paris, 1994, p. 9 où l'auteur présente quelques exemples de garanties accordées par l'Etat. En effet, il rappelle que « *la loi du 11 juin 1859 permettait à l'Etat de garantir les intérêts des obligations émises par les compagnies concessionnaires de chemin de fer. Plus tard, les conventions Freycinet instauraient les garanties de dividendes de ces mêmes compagnies. De même, une loi du 10 juillet 1928 mettait en place des garanties de bonne fin pour les opérations d'exportation de produits français. Les lettres d'agrément de la loi du 12 septembre 1940, prorogée par une série de textes postérieurs, permettaient en outre de bénéficier de la garantie de la Caisse des Marchés de l'Etat, d'une part comme moyen de financement – y compris sous forme d'aval d'effets de commerce -, d'autre part pour garantir leurs bénéficiaires contre les problèmes de débouchés commerciaux. La loi du 23 mars 1941 autorisait l'Etat à garantir tout ou partie des capitaux investis dans les entreprises en vue d'assurer la fabrication des produits nécessaires aux besoins du pays. Les opérations d'importation présentant un intérêt essentiel pour l'économie nationale pouvaient être garanties par la puissance publique en application d'une loi du 23 novembre 1943* ».

[847] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 9.

[848] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 10 où l'auteur précise que « *le terme démembrement fait référence aux différents organismes créés par l'administration en vue de poursuivre son action en échappant aux règles strictes qui régissent son action. La Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (COFACE) garantit notamment la bonne fin de certaines opérations d'exploration en agissant pour le compte de l'Etat, de même l'ONIC peut se porter aval* ».

[849] Sur la création d'OSEO, v. Ordonnance n°2005-722 du 29 juin 2005 relative à la création de l'établissement public OSEO et à la transformation de l'établissement public Agence nationale de valorisation de la recherche en société anonyme.

[850] F. HOLLANDE, Discours prononcé lors du « Grand rendez-vous de la communauté Oséo Excellence », 26 octobre 2012.

[851] F. HOLLANDE, *op. cit*., 26 octobre 2012.

publique avec la crise de 2008 est allée plus loin en créant le fonds stratégique d'investissement. Concernant la création de ce fonds stratégique d'investissement qui a été intégré dans Bpifrance, le Professeur S. NICINSKI rappelle que « *les fonds souverains sont des acteurs de la globalisation financière et trouvent leur place aux côtés des fonds de pension, des fonds de capital investissement ('private equity funds') ou des fonds de gestion alternative ('hedge funds')* »[852] et que « *la création d'un tel fonds souverain français a été décidé par le président de la République le 30 octobre 2008, en contexte de crise économique aigüe, pour soutenir les entreprises françaises à la recherche d'investisseurs stables et les aider à mener leurs projets de développement* »[853]. En effet, « *le discours du 20 novembre 2008 a fixé les deux principaux objectifs du futur fonds : soutenir le développement des entreprises petites et moyennes ; sécuriser le capital d'entreprises stratégiques, c'est-à-dire des entreprises qui ont des compétences, des technologies, des emplois qui sont irremplaçables pour le territoire national* »[854]. En d'autres termes, avec le fonds stratégique d'investissement et de manière plus générale Bpifrance, l'Etat agit pour venir soutenir les entreprises tout en s'assurant que celles-ci sont viables laissant penser que cette initiative publique ne fait que côtoyer la notion de garantie. Toutefois, comme le souligne le Professeur S. NICINSKI, « *la prise de participation minoritaire dans des entreprises du secteur privé est relativement récente* »[855] en ce sens que « *l'Etat s'est d'abord engagé dans une politique de prise de participation minoritaire* »[856] ce qui a pour but de « *préserver l'entreprise de raids extérieurs, de garder à l'Etat des moyens de politique industrielle, quitte à remettre la gestion opérationnelle aux partenaires privés (Thales, EADS), ou même de n'intervenir que provisoirement pour sauver une entreprise (Alstom)* »[857]. De plus, la garantie de l'Etat prend une importance toute particulière lors des crises économiques comme celle qui a débuté en 2008.

---

[852] S. NICINSKI, « Le fonds stratégique d'investissement », *RFDA* 2012, p. 449 et s.
[853] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 449 et s.
[854] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 449 et s.
[855] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 449 et s.
[856] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 449 et s.
[857] A. DELION, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA* 2005, p. 977.

2. Les garanties de l'Etat aux entreprises et les périodes de crise économique

Les périodes de crise économique connaissent un essor des garanties accordées par l'Etat[858]. En effet, ces périodes connaissent un interventionnisme plus important de la part de l'Etat et l'un des outils permettant de venir soutenir l'économie se présente dans la notion de garantie publique en ce sens que les garanties publiques permettent de redonner confiance ce que les crises économiques affaiblissent fortement à tous niveaux. Ce constat se confirme par le recensement des engagements hors bilan de l'Etat effectué par la Cour des comptes qui montre, dans son rapport du 30 mai 2013[859], que « *l'encours de la dette garantie est passé de 56 milliards d'euros en 2006 à 163 milliards en 2012, sous l'influence des mesures de lutte contre la crise des dettes souveraines (création du Fonds européen de stabilité financière) ou des aides apportées aux établissements de crédit, et tout particulièrement, à Dexia* »[860]. Ainsi, l'arrêté du 22 mai 2009 accordant la garantie de l'Etat à un programme d'émissions de titres de créances réalisé par la Société de financement de l'économie française dispose dans son article premier que « *la garantie autonome à première demande inconditionnelle et irrévocable de l'Etat est accordée, en complément des montants garantis en euros (EUR) et en dollars américains (USD) en vertu des arrêtés susvisés du 30 octobre 2008, du 14 janvier 2009 et du 6 février 2009, pour des montants globaux en principal de dix milliards et demi de dollars américains (USD), de deux milliards de francs suisses (CHF), de mille milliards de yens (JPY) et de deux milliards de livres sterling (GBP), auxquels s'ajoutent tous intérêts et frais y afférents, aux titres de créances de toute nature émis par la Société de financement de*

---

[858] V. notamment, L. LEVOYER, « Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP », *JCP E* 2009, 1688 où l'auteur revient sur la loi de finances rectificative pour 2009 qui « a*utorise (...) le ministre chargé de l'Economie à accorder la garantie de l'Etat, à titre onéreux, aux prêts bancaires consentis aux entreprises signataires d'un contrat de partenariat public-privé, d'un contrat de concession de travaux publics ou de délégation de service public, dans la limite de 80 % du montant de ces prêts et pour un montant maximal de 10 milliards d'euros* » et rappelle que « *la loi du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissements publics et privés clarifie, quant à elle, les notions de cession et d'acceptation de créances* » ; v. également, A. DELION, « La crise financière et le retour des Etats », *RFAP* 2008, n°128, p. 799 et s. et R. NOGUELLOU, « La crise et l'exécution financière des marchés publics et des partenariats public-privé », RDI 2009, p. 278 et s.

[859] V. Cour des comptes, *Le recensement et la comptabilisation des engagements hors bilan de l'Etat*, Communication à la Commission des finances du Sénat.

[860] G. ECKERT, « Droit administratif et finances publiques : l'Etat et le financement de l'économie », chron. De droit public financier, *RFDA* 2013, p. 1106. Sur Dexia, v. notamment, Commission européenne, Aide d'Etat N 583/09 – Belgique, France, Luxembourg – Prolongation de la garantie des Etats membres sur les obligations de Dexia, C (2009) 8469 final, 30 oct. 2009 où il est rappelé que « *le 19 novembre 2008, la Commission n'a pas soulevé d'objection contre l'aide d'urgence accordée par la Belgique, la France et le Luxembourg (...) à Dexia, sous forme d'une garantie conjointe mais non solidaire sur les obligations de cet établissement ('la garantie')* » et que « *cette décision était d'application pour une période de six mois à compter du 3 octobre* 2008 » tout en

l'économie française en France ou à l'étranger au plus tard le 30 septembre 2009, dans le cadre du programme d'émissions en euros et en devises approuvé par décision du conseil d'administration de la Société de financement de l'économie française en date du 7 mai 2009 ». Cet arrêté comme ceux du 30 octobre 2008[861], 14 janvier 2009[862] et du 6 février 2009[863] sont l'application de l'article 6 de la loi n°2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie[864] qui dispose que « *le ministre chargé de l'économie peut accorder la garantie de l'Etat dans les conditions mentionnées au présent article* » en ce sens que « *la garantie de l'Etat peut être accordée à titre onéreux aux titres de créance émis par une société de refinancement dont le siège est situé en France et qui a pour objet, par dérogation à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, de consentir des prêts aux établissements de crédit agréés et contrôlés dans les conditions définies par ce code* ». Face à cette crise économique et financière de 2008, ont également été créées la société de financement de l'économie française (SFEF) et la société de prise de participation de l'Etat (SPPE), qui en recevant la garantie de l'Etat, ont permis de faire face à cette situation d'urgence. De plus, Monsieur L. LEVOYER rappelle que « *dans le cadre du plan de relance de l'économie, l'article 5 de la loi de finances rectificative pour 2009 prévoit une garantie de l'Etat pour les contrats de partenariat, de concession de travaux et les délégations de service public des collectivités publiques* »[865] et que « *ce dispositif vise principalement à accorder, au cas par cas, la garantie de l'Etat à la dette émise par les sociétés porteuses de grands projets d''infrastructures d'intérêt général conclus le plus souvent dans le cadre d'une collaboration entre des personnes publiques et des partenaires privés sous forme de contrat de partenariat public-privé* »[866].

---

précisant qu' « *en cas de soumission d'un plan de restructuration ou de liquidation du bénéficiaire, cette période était automatiquement prolongée jusqu'à ce que la Commission arrête sa décision concernant le plan* ».

[861] Arrêté du 30 octobre 2008 accordant la garantie de l'Etat à un programme d'émissions de titres de créances réalisé par la Société de refinancement des activités des établissements de crédit.

[862] Arrêté du 14 janvier 2009 accordant la garantie de l'Etat à un programme d'émissions de titres de créances libellés en dollars américains (USD) réalisé par la Société de financement de l'économie française.

[863] Arrêté du 6 février 2009 accordant la garantie de l'Etat à un programme d'émissions de titres de créances réalisé par la Société de financement de l'économie française.

[864] Loi modifiée par les lois de finances rectificatives pour 2009 n°2009-122 du 4 février 2009 et n°2009-431 du 20 avril 2009.

[865] L. LEVOYER, *op. cit.*, 1688.

[866] L. LEVOYER, *op. cit.*, 1688 où l'auteur précise que « *pour pouvoir bénéficier de la garantie de l'Etat, plusieurs conditions doivent être respectées par les entreprises et sociétés de projets* » en ce sens que « *le bénéficiaire doit (...) présenter une situation financière saine et une solvabilité suffisante* », qu' « *afin de respecter la réglementation européenne, seules les entreprises ayant leur siège dans l'Union européenne sont éligibles à ce nouveau dispositif de garantie* » et que « *les ouvrages ou équipements dont la réalisation est prévue par le contrat de partenariat, de concession de travaux publics ou de délégation de service public, doivent être situés en France* ».

Par rapport à ces réponses données par les personnes publiques face à la crise, le Professeur G. ECKERT estime que ces « *mesures de soutien aux établissements bancaires lors de la crise de 2008 ont eu 'pour effet de matérialiser la garantie implicite octroyée par l'Etat au secteur financier'* »[867] et ajoute que « *ces garanties ont l'avantage de permettre un effet de levier important avec des conséquences limitées sur les dépenses publiques* »[868] en nuançant néanmoins en ce sens que « *leur multiplication opère (...) un transfert de risque à la charge de l'Etat et, à terme, menace sa solvabilité* »[869]. Ainsi, comme le souligne le Professeur G. ECKERT, « *si le temps n'est plus où l'on pouvait affirmer que l'Etat est 'le principal banquier de la nation', l'actualité a mis en évidence le rôle croissant de l'Etat en matière de financement de l'économie* »[870]. En effet, la Cour des comptes remarque que « *malgré l'internationalisation croissante des flux financiers, l'Etat continue d'occuper une place majeure dans le financement de l'économie française par les dépenses budgétaires qu'il engage, par les dépenses fiscales qu'il accorde pour orienter l'allocation de l'épargne, par les instruments financiers qu'il mobilise et par la responsabilité qui lui incombe dans la régulation du secteur financier* »[871]. Néanmoins, comme le remarque la Cour des comptes « *globalement, en faisant masse des subventions et de l'apport en fonds propres, l'intervention de l'Etat dans le financement de l'économie est en repli* »[872] tout en nuançant en ce sens que ce « *recul s'est (...) accompagné d'une montée en puissance de formes indirectes d'intervention* »[873]. Ainsi, le Professeur G. ECKERT confirme ce constat en ce sens que « *le recul de l'intervention directe de l'Etat est très net s'agissant des subventions versées aux entreprises, lesquelles sont passées de 2,9 milliards d'euros, en 2000, à 1, 6 milliards, en 2010, et ne représentent plus que 0,9 % des dépenses d'investissement des entreprises* »[874] mais que « *ce recul est (...) compensé par une intervention accrue des opérateurs publics nationaux et, plus encore, des collectivités territoriales* »[875]. Tout en ayant matérialisé sa garantie implicite au secteur financier pendant cette période de crise à partir de 2008, l'Etat a également « *mis l'accent sur des modes d'intervention indirecte, visant à mobiliser l'action*

---

[867] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1106.
[868] G. ECKERT, *op. cit.* , pp. 1106-1107.
[869] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1107.
[870] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1105.
[871] Cour des comptes, *L'Etat et le financement de l'économie*, Rapport thématique, juill. 2012, p. 11.
[872] Cour des comptes, *op. cit.*, juill. 2012, p. 214.
[873] Cour des comptes, *op. cit.*, juill. 2012, p. 214.
[874] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1106.
[875] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1106.

des établissements de crédit privés et publics »[876] mais son action a aussi « *été relayée par celle des entreprises publiques financières et, tout particulièrement, de la Caisse des dépôts et consignations (CDC)* »[877]. A également été créé le Fonds stratégique d'investissement avec un capital partagé entre l'Etat pour 49 % et la Caisse des dépôts et des consignations pour 51 %, qui a également été intégré en 2013 dans Bpifrance, et, comme le remarque le Professeur G. ECKERT, « *les activités de crédit et de garanties étaient traditionnellement assurées par la société Oséo, créée en 2005 et dont le capital est détenu, pour l'essentiel, par l'Etat au travers d'un établissement public industriel et commercial (61, 51 %) et la CDC (27, 15 %)* ». De plus, ces divers mécanismes de garantie accordés par l'Etat que la notion de garantie publique englobe dans son domaine connaissent également un développement au niveau des entreprises qui souhaitent de développer au niveau international grâce au rôle de la COFACE.

B. La particularité de la garantie de l'Etat accordée à la COFACE

La garantie de l'Etat est également accordée à des établissements comme la Compagnie française d'assurances pour le commerce extérieur (COFACE)[878]. La COFACE gère pour le compte et avec la garantie de l'Etat des garanties publiques destinées à encourager et soutenir le développement international des entreprises. Comme le souligne le Professeur S. SAUL, « *la COFACE représente l'aboutissement en France du processus d'organisation de l'assurance-crédit à l'exportation, lequel est un prolongement de l'assurance-crédit sur le plan intérieur* »[879]. De plus, l'auteur rappelle qu' « *avant 1914, des sociétés privées assurent contre le risque de non-paiement des créances et d'insolvabilité, autant sur le marché national qu'à l'étranger* »[880] et précise qu' « *en France, la Société française d'assurance pour favoriser le crédit (SFAFC) est fondée en 1927* »[881] et que « *cette entreprise privée couvre contre les risques commerciaux en France et à l'étranger* »[882]. Ce n'est que « *par la loi du 10 juillet 1928 (que) l'Etat intervient pour prendre en mains*

[876] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1107.
[877] G. ECKERT, *op. cit.* , p. 1107.
[878] Sur la COFACE, v. M. J. NOINVILLE, *La COFACE, la garantie des risques à l'exportation*, Dunod, 1993.
[879] S. SAUL, « L'Etat et l'assurance des risques à l'exportation : la COFACE (1946-1966) », *Histoire, économie et société*, 2002, n°21-3, pp. 357-375.
[880] S. SAUL, *op. cit.*, pp. 357-375.
[881] S. SAUL, *op. cit.*, pp. 357-375.
[882] S. SAUL, *op. cit.*, pp. 357-375.

l'assurance des risques politiques »[883] ce qui autorise le ministre du Commerce « *à garantir jusqu'à concurrence de 60 % de sa valeur une opération d'exportation à une administration publique étrangère ou une société étrangère chargée d'un service public* »[884]. Néanmoins, « *le plafond de garantie est relevé à 80 % en 1935 »*[885] *et « en présence de l'aggravation de la crise économique, la promulgation de la loi du 22 août 1936 et du décret du 17 novembre 1936 permet au ministre d'assurer contre les risques politiques encourus dans les transactions auprès d'acheteurs privés étrangers* »[886]. Après la seconde guerre mondiale, l'assurance-crédit d'Etat connaît une réorganisation et « *l'article 17 de la loi du 2 décembre 1945 qui nationalise la Banque de France et 4 établissements de crédit ouvre la voie à la réforme du système d'accompagnement de l'exportation* »[887]. En effet, comme le remarque le Professeur S. SAUL, « *celui de l'assurance-crédit souffre, entre autres, de l'obligation faite aux exportateurs de s'adresser à la SFAFC et à l'Administration pour une même opération, et de la prudence jugée excessive de la société privée qu'est la SFAFC* »[888]. C'est en application de l'article 17 de la loi du 2 décembre 1945 que le décret du 1er juin 1946 crée la COFACE et la Banque française du commerce extérieur.

La COFACE agit pour le compte de l'Etat en ce qui concerne les risques politiques et pour son propre compte concernant les risques commerciaux. La garantie de l'Etat est accordée pour les risques politiques, compte géré pour l'Etat, mais également pour les risques commerciaux. De plus, malgré la privatisation de la COFACE en 1994, la mission de service public pour les garanties publiques a été confirmée. En d'autres termes, la COFACE, sur ses fonds propres, accorde des polices à l'exportation avec la garantie de l'Etat. En effet, l'article L. 432-2 du Code des assurances énonce que « *la garantie de l'Etat peut être accordée en totalité ou en partie : 1° A la Compagnie française du commerce extérieur* » pour différentes opérations énumérées dans cet article L. 432-2 du Code des assurances. L'article L. 432-3 du même Code précise que « *la garantie de l'Etat est accordée après avis de la commission des garanties et du crédit du commerce extérieur, instituée par l'article 15 de la loi n°49-874 du 5 juillet 1949 (L. n°97-1239 du 29 déc. 1997), 'à l'exception de celle portant sur les opérations de gestion mentionnées au 1° de l'article L. 432-2 pour lesquelles elle est accordée par arrêté du ministre chargé de l'économie* ». De plus, l'article L. 432-5 du Code

[883] S. SAUL, *op. cit*., pp. 357-375.
[884] S. SAUL, *op. cit*., pp. 357-375.
[885] S. SAUL, *op. cit*., pp. 357-375.
[886] S. SAUL, *op. cit*., pp. 357-375.
[887] S. SAUL, *op. cit*., pp. 357-375.

des assurances prévoit que « *la garantie de l'Etat peut également être accordée à la Compagnie française pour le commerce extérieur (COFACE) dans les conditions fixées à l'article 84 de la loi n°2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012* ». En effet, l'article 84 prévoit que l'Etat peut accorder sa garantie à la COFACE, notamment pour la garantie accordée par la COFACE afin de couvrir « *les risques de non-paiement relatifs au financement d'exportations d'avions civils de plus de dix tonnes au décollage et d'hélicoptères civils de plus d'une tonne au décollage* ». La COFACE entretient donc des liens étroits avec l'Etat ce qui se matérialise par une convention entre l'Etat et la COFACE. Cette convention, conclue tous les quatre ans, établit une garantie de l'Etat à première demande et inconditionnelles sur les garanties accordées par la COFACE[889]. La COFACE ne privilégie aucun secteur et intervient dans l'hypothèse où le marché privé ne peut pas apporter de garantie. Toutefois, seul Airbus reçoit une garantie inconditionnelle à 100 % comme c'est le cas pour Boeing aux Etats-Unis afin d'assurer une concurrence la plus égale possible. Ainsi, la COFACE représente un élément clé pour les garanties accordées par l'Etat aux entreprises en permettant de soutenir « *les intérêts stratégiques de l'économie française à l'étranger* »[890]. Néanmoins, afin de renforcer le rôle joué par la COFACE au niveau des petites et moyennes entreprises et leur faciliter l'accès à ces mécanismes, l'Etat prépare le transfert de la gestion de ces garanties publiques à l'export à la Banque publique d'investissement (Bpi France). L'intervention de l'Etat par le biais de mécanismes de garantie se présente également dans le cadre de difficultés financières de grandes entreprises françaises où l'Etat apporte alors son soutien afin de limiter les conséquences sur l'ensemble de l'économie.

---

[888] S. SAUL, *op. cit*., pp. 357-375.

[889] V. E. NETTER, *Les garanties indemnitaires*, thèse Strasbourg, 2010, p. 446 et s. où l'auteur déduit des articles du Code des assurances que « *c'est donc l'Etat qui va prendre en charge une série de risques très particuliers, par l'intermédiaires de son bras armé, la COFACE. Cette dernière est certes une société anonyme, mais elle ne ressemble en rien aux assureurs et établissements de crédit qui délivrent les garanties professionnelles du crédit sur le marché interne. Elle est en effet soumise au contrôle économique et financier de l'Etat mais jouit elle-même de sa garantie ; deux commissaires du Gouvernement sont dépêchés auprès d'elle pour surveiller ses activités* ».

[890] De plus, v. D. n°2014-636, 19 juin 2014, JO 20 juin 2014, « Garanties accordées par la COFACE pour le compte de l'Etat », *JCP Aff*., n°26, 26 juin 2014, act. 461 où est précise que « *le décret n°2014-636 du 19 juin 2014 relatif aux garanties accordées par la COFACE pour le compte de l'Etat modifie la rédaction des articles R. 442-2, R. 442-3, R. 442-4, R. 442-5, R. 442-6 et R. 442-7-2 du Code des assurances afin d'améliorer la conformité au droit de l'Union européenne du pouvoir d'opposition de l'Etat à certaines décisions du conseil d'administration de COFACE et à certaines évolutions capitalistiques affectant cette société. Par ailleurs, il étend à COFACE SA, holding de détention de COFACE, les pouvoirs d'opposition de l'Etat. Enfin, il allonge les délais d'intervention de l'Etat* ». Ce décret montre que l'Etat joue également un rôle important dans la COFACE et cherche donc bien en accordant sa garantie à dynamiser les entreprises au niveau international.

II. L'originalité des garanties de l'Etat accordées lors de procédures collectives

Le droit des procédures collectives entretient avec la notion de garantie publique des liens étroits, d'une part, dans le cadre d'entreprises qui connaissent des difficultés et se voient apporter le soutien de l'Etat (A) et d'autre part, dans les cas où des mécanismes de la garantie publique sont implicites et illimitées et où est retenu, notamment, l'absence de procédures collectives pour ces entreprises publiques comme un élément constitutif d'une aide d'Etat au sens du droit de l'Union européenne (B).

A. L'importance du rôle des garanties de l'Etat dans le cadre de procédures collectives de grandes entreprises françaises

Les garanties de l'Etat aux entreprises jouent un rôle important, notamment lorsque de grandes entreprises connaissent des difficultés financières et répondent alors aux exigences du droit des procédures collectives. L'Etat cherche bien souvent, lorsque une grande entreprise française ne répond plus de ses dettes, à apporter des solutions afin de relancer l'activité et d'éviter au maximum des conséquences néfastes au niveau macro-économique. Les affaires du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs dans les années 1990 illustrent bien cet interventionnisme étatique et témoigne de l'importance de l'intervention de l'Etat lors de crises au niveau de grandes entreprises[891], en particulier lorsque celles-ci revêtent la forme d'une entreprise publique, comme c'était le cas pour ces deux entreprises. Ainsi, la loi n°95-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs « *créé, sous la dénomination Etablissement public de financement et de restructuration, un établissement public administratif national doté de l'autonomie financière et placé sous la tutelle du ministre chargé de l'économie,*

[891] Sur l'interventin de l'Etat pour le redressement du Crédit Lyonnais et le Comptoir des Entrepreneurs, v. EDCE 1995, p. 219 où il est précisé que « *c'est à l'occasion du projet de loi relatif à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnaiset du Comptoir des Entrepreneurs, (que) le Conseil d'Etat a reconnu le caractère législatif de la création d'un établissement public destiné à servir de support au soutien financier apporté par l'Etat au redressement du Crédit Lyonnais car il n'existe pas d'établissement public comparable* » et qu' « *il a, d'autre part, estimé que la garantie de l'Etat à cet établissement découlera, sans disposition législative explicite, de la nature même d'établissement public de l'organisme* ».

auquel est apporté l'ensemble des droits, biens et obligations de la société en nom collectif dénommée Société de participation Banque Industrie S.N.C. »[892]. L'article 2 de la loi du 28 novembre 1995 précise que cet « *établissement public de financement et de restructuration a pour mission de gérer le soutien financier apporté par l'Etat au Crédit lyonnais dans le cadre du cantonnement de certains de ses actifs au sein de la société chargée d'assurer la réalisation de ceux-ci et dénommée Consortium de réalisation* ». De plus, le deuxième titre créé un établissement public de réalisation de défaisance « *doté de l'autonomie financière et placé sous la tutelle du ministre chargé de l'économie* » et qui « *a pour mission la gestion du soutien financier apporté par l'Etat dans le cadre des plans de redressement du Comptoir des entrepreneurs mis en œuvre avant le 30 juin 1996* »[893].

Le sauvetage de ces entreprises représentait pour l'Etat une importante responsabilité. En effet, comme le souligne le rapport du Sénat, « *au-delà des intérêts patrimoniaux de l'Etat – non négligeables en ce qui concerne le Crédit Lyonnais – il fallait faire face à un véritable risque systémique à l'égard de l'ensemble des établissements bancaires et financiers déjà fragilisés par la crise de l'immobilier* »[894]. De plus, le rapport souligne que « *le crédit de l'Etat était en cause du fait de sa participation majoritaire au capital du Crédit Lyonnais et de sa responsabilité dans le choix des dirigeants nommés à la tête du Comptoir des entrepreneurs* »[895] et que donc « *dans ces conditions, la liquidation de ces établissements apparaissait difficile* »[896] en ce sens qu' « *outre ses conséquences sociales indéniables, la liquidation aurait eu un coût extrêmement élevé pour l'Etat (au moins 100 milliards de francs dans le cas du Crédit Lyonnais)* »[897]. Le redressement du Crédit lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs a connu des montages complexes. En effet, plusieurs plans de redressement ont été adoptés ou proposés. Le premier plan a été adopté en 1993 et « *a connu deux temps : une recapitalisation et un cantonnement des actifs 'compromis'* »[898]. Dans ce premier plan, « *l'Etat s'est (...) donc engagé à prendre en charge la quote-part des pertes directes du*

---

[892] Cet établissement n'existe plus. En effet, l'article 43 de la loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014 de finances pour 2015 dispose que « *l'Etablissement public de financement et de restructuration créé par l'article 1er de la loi n°95-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs est dissous à compter du 1er janvier 2015* ».
[893] Etablissement qui a également été dissout par la loi n°2014-1654 du 29 décembre 2014.
[894] Sénat, rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, fait au nom de la commission des finances, déposé le 26 octobre 1995, *Projet de loi relatif à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs*.
[895] Sénat, rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, *op. cit.*
[896] Sénat, rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, *op. cit.*
[897] Sénat, rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, *op. cit.*
[898] Sénat, rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, *op. cit.*

Crédit foncier et l'essentiel des pertes assurées par les autres partenaires au-delà de 4 milliards de francs »[899]. Le second plan concernait le Comptoir des entrepreneurs qui n'est pas une entreprise publique, le capital n'étant pas majoritairement détenu par des personnes publiques et l'Etat n'étant pas actionnaire de cet établissement. Néanmoins, l'Etat exerçait un contrôle sur cet établissement avec la nomination du président, sa représentation par deux censeurs, le contrôle des statuts et lui confiait des missions particulières pour le financement du logement. Cet établissement représentait donc un intérêt pour l'Etat d'où sa volonté d'accorder sa garantie à des émissions obligatoires, à la recapitalisation par les actionnaires et à l'opération de « défaisance » portant sur des créances et des actifs risque remis à une société de cantonnement chargée de les céder. Ces interventions de l'Etat permettent donc d'éviter qu'une entreprise publique ou une entreprise sous le contrôle de l'Etat soit contrainte par les règles imposées par l'ouverture d'une procédure collective. De plus, le Professeur P. DEVOLVE estime concernant les arrêts de la chambre sociale de la Cour de cassation du 25 février 1981, 17 avril 1991, *GARP c/ Air France* et du 6 novembre 1991, *GARP c/ SEITA* que dans les solutions retenues, la Haute juridiction judiciaire « *a peut-être considéré qu'en fait, ces entreprises ne pourraient jamais être mises en faillite, l'Etat faisant toujours le nécessaire pour les sauver* »[900]. L'Etat en intervenant pour soutenir des entreprises en difficultés comme le Crédit Lyonnais, le Comptoir des entrepreneurs, France Télécom ou encore Alstom évite certainement des pertes pour ces entreprises et également pour l'économie de l'Etat. D'un autre côté, la dispense de procédures collectives pour les entreprises publiques met l'Etat dans une position de garant au sens du droit de la concurrence de l'Union européenne.

B. Les caractères implicite et illimité de la garantie de l'Etat à l'égard d'entreprises publiques

En plus du fait que l'Etat intervient et se présente en cas de procédures collectives comme le garant de grandes entreprises françaises, où souvent lui-même a des intérêts financiers et où d'éventuelles conséquences graves pour l'économie existent, l'Etat connaît également un contentieux au niveau du droit de l'Union européenne relatif aux entreprises

[899] Sénat, rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, *op. cit.*
[900] P. DEVOLVE, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1998, p. 780 et s.

publiques qui sont dispensées de procédures collectives ce qui pour le droit de la concurrence de l'Union européenne représente un élément indiquant une garantie implicite de l'Etat en faveur de ces entreprises. Le caractère implicite de la garantie de l'Etat connaît des difficultés d'appréciation. Ainsi, l'avocat général N. JÄÄSKINEN « *relève que le terme de 'garantie implicite', dont le concept n'est pas contesté par la requérante, est plutôt un terme métaphorique et contradictoire en soi, dès lors que la notion de garantie correspond habituellement à un aval ou à une promesse constitutive d'un fait ou d'un acte juridique, lequel génère ou est susceptible de générer des conséquences particulières à l'égard de son destinataire. En effet, un créancier ne peut pas invoquer une garantie implicite à la manière d'une garantie explicite. Selon moi, à supposer même que le garant puisse se voir opposer un tel 'engagement', son fondement serait plutôt à rechercher parmi les principes généraux de la responsabilité civile* »[901]. Il en déduit qu' « *à supposer donc que le terme en cause soit fondé en droit de la concurrence, il convient de considérer qu'aux fins d'application de l'article 107 TFUE la notion de 'garantie implicite' n'est pas une notion de pur droit, mais relève également de l'examen des faits. En effet, la notion de 'garantie implicite' se rattache au droit de la concurrence de l'Union en ce qu'elle décrit de façon uniforme un 'comportement' des autorités nationales constitutif, le cas échéant, eu égard à ses effets économiques, d'une aide d'Etat pour son bénéficiaire* »[902].

Face à la difficulté de définir avec exactitude le caractère implicite de la garantie de l'Etat, l'avocat général N. JÄÄSKINEN en conclue que « *la méthode du faisceau d'indices (...) paraît particulièrement adaptée afin d'établir l'existence d'une telle mesure implicite, la méthode en question étant, par ailleurs, d'application dans le domaine des aides d'Etat* »[903]. De plus, il relève « *qu'il n'est pas expressément contesté que les EPIC ne sont pas soumis au régime général ou spécifique de faillite ou à la procédure d'insolvabilité* »[904] et en déduit « *que la mise en cause de la véracité d'un indice individuel retenu par le Tribunal ne peut pas être considérée comme suffisante afin de prouver l'inexistence de la mesure dont l'existence*

---

[901] Concl. de l'avocat général M. N. JÄÄSKINEN, *République française c./ Commission européenne*, aff. C-559/12 P, présentées le 21 novembre 2013.

[902] Concl. de l'avocat général M. N. JÄÄSKINEN, *op. cit.,* où il précise également que « *la difficulté majeure repose dans le caractère implicite de la garantie en cause qui est contenue dans des indices tant juridiques que factuels. La garantie implicite constitue donc un phénomène déduit et également un phénomène présumé. La justification principale du recours à ce concept en droit des aides d'Etat réside dans le fait que le dispositif en question crée une situation financière analogue à celle résultant d'une garantie explicite illimitée que l'Etat membre octroierait au bénéfice d'une entreprise, sans que cette dernière soit tenue de payer une prime correspondant à sa valeur économique* ».

[903] Concl. de l'avocat général M. N. JÄÄSKINEN, *op. cit.*

est fondée sur une méthode de faisceau d'indices »[905]. Cette affirmation va dans le sens du Professeur R. NOGUELLOU qui estime à propos de la décision du Tribunal rendue sur le statut de la Poste qu' « *il y a (...) des points qui mériteraient une discussion plus approfondie. Il en va ainsi de la question de l'existence d'un transfert de ressources d'Etat que la France avait omis de développer : comme le relevaient Michel BAZEX et Sophie BLAZY dans un commentaire de la décision que la Commission avait rendue à propos d'EDF, 'le seul fait d'échapper aux procédures collectives ou aux voies d'exécution du droit commun n'obère pas par principe les finances publiques'* »[906]. Toutefois, l'avocat général N. JÄÄSKINEN estime que « *certes, en l'absence d'un contre-exemple concret réfutant l'existence d'une garantie implicite, la requérante est tenue de contredire chaque indice l'un après l'autre. Toutefois, à mon avis, l'auteur de la contestation doit être tenu de prouver que l'ensemble des éléments constitutifs d'un faisceau d'indices plaide en faveur de l'inexistence d'une garantie implicite illimitée de l'Etat* »[907]. En d'autres termes, le seul élément de dispense des entreprises publiques aux procédures collectives est insuffisant pour prouver l'absence d'une garantie implicite et illimitée de l'Etat français. Toutefois, en l'absence d'élément venant prouver le contraire, il reste un élément en faveur de l'existence d'une garantie implicite et illimitée de l'Etat français à l'égard des entreprises publiques. Ainsi, la garantie de l'Etat connait une singularité qui lui est propre par rapport à l'ensemble des mécanismes qu'englobe la notion de garantie publique.

§2. L'autonomie des garanties accordées par les collectivités territoriales

L'Etat n'est pas la seule personne publique à accorder sa garantie. En effet, les collectivités territoriales dans le cadre du Code général des collectivités territoriales accordent également leur garantie de manière autonome grâce notamment à la décentralisation (I) tout en respectant un champ d'application limité (II).

---

[904] Concl. de l'avocat général M. N. JÄÄSKINEN, *op. cit.*
[905] Concl. de l'avocat général M. N. JÄÄSKINEN, *op. cit.*
[906] R. NOGUELLOU, « La condamnation du statut d'EPIC », *DA*, n°11, nov. 2012, alerte 54.
[907] Concl. de l'avocat général M. N. JÄÄSKINEN, *op. cit.*

I. Les garanties accordées dans le cadre du Code général des collectivités territoriales

En plus des articles L. 2253-1 et s. pour les communes, L. 3231-6 et s. pour les départements et L. 4253-3 et s. pour les régions, relatifs à la participation des collectivités territoriales au capital de sociétés, notamment de fonds de garantie, le Code général des collectivités territoriales présente également des mécanismes de garantie que peuvent accorder les collectivités territoriales aux articles L. 2252-1 et s. pour les communes, L. 3231-4 et s. pour les départements et L. 4253-1 et s. pour les régions (A) et la jurisprudence est venue apporter des éléments de distinction entre les garanties d'emprunt et les cautionnements (B).

A. La décentralisation au profit des garanties accordées par les collectivités territoriales

Le Code général des collectivités territoriales prévoit aux articles L. 2252-1 et s., L. 3231-4 et s. et L. 4253-1 et s. que les collectivités territoriales peuvent accorder des garanties d'emprunt et des cautionnements sous certaines conditions. En effet, comme le rappelle Monsieur P. LIGNIERES, « *les communes, avant 1982, ne pouvaient accorder leurs garanties à des emprunts qu'à trois conditions : un texte devait le prévoir formellement, l'emprunt devait concerner un concessionnaire de la collectivité locale et le bénéficiaire devait poursuivre un objet d'intérêt public indiscutable. Par ailleurs, les régions, alors établissements publics régionaux, pouvaient constituer un fonds de garantie et cautionner certains prêts consentis aux entreprises dont le chiffre d'affaires n'excédait pas un certain seuil* »[908]. De plus, il précise que c'est donc « *depuis 1982, (que) les collectivités locales sont habilitées à accorder leurs garanties dans les domaines qui relèvent de leur compétence au nom de leur autonomie reconnue par la loi de décentralisation du 2 mars 1982* »[909] et que « *si la loi du 2 mars 1982 ne fait référence qu'aux garanties d'emprunt et cautionnements afin de les réglementer, elle laisse les collectivités locales libres d'utiliser les garanties et les cautionnements pour*

[908] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 11.
[909] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 11.

d'autres opérations juridiques »[910]. De plus, la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation a permis de revenir sur la loi du 2 mars 1982 et de permettre entre autres à la commune, au département, à la région, seuls ou conjointement, de « *participer au capital d'un établissement de crédit revêtant la forme d'une société anonyme et ayant pour objet exclusif de garantir les concours financiers accordés à des entreprises privées, et notamment à des entreprises nouvellement créées, dès lors qu'une ou plusieurs sociétés commerciales, dont au moins un établissement régi par la loi bancaire du 24 janvier 1984 souscrivent également au capital de cet établissement de crédit* »[911]. Cette possibilité offerte aux collectivités territoriales « *est acquise par dérogation à la règle qui interdit aux collectivités locales de prendre des participations dans des sociétés commerciales autres que des S. E. M.* »[912].

Ainsi, les collectivités territoriales disposent de plus en plus d'une autonomie en matière financière comme en témoigne l'article 72-2 de la Constitution qui énonce que « *les collectivités territoriales bénéficient de ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi* ». Cet article issu de la loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République consacre l'autonomie financière des collectivités territoriales. Ainsi, le Professeur R. HERTZOG souligne que « *la promulgation de la loi organique n°2004-758 du 29 juillet 2004, prise en application de l'article 72-2 de la Constitution, relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales (JO 30 juillet 2004, p. 13561), achève l'édifice constitutionnel résultant de la révision du 28 mars 2003* »[913] et précise que « *ce nouvel article 72-2, tout entier consacré aux finances locales, donne à celles-ci leur premier cadre constitutionnel explicite »* en visant *« à renforcer les libertés financières des collectivités territoriales et plus particulièrement à garantir ce qu'il est convenu d'appeler leur autonomie fiscale, en interdisant un retour de la politique menée à la fin des années 1990 qui consista à supprimer ou à réduire des ressources fiscales des régions et des départements et à compenser les pertes des recettes ainsi subies par des dotations versées sur le budget de l'Etat* »[914]. Ainsi, les lois de décentralisation tentent de renforcer l'autonomie des collectivités territoriales au niveau financier ce qui ne résout toutefois pas les problèmes des emprunts toxiques souscrits par certaines collectivités

[910] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 11.
[911] Cl. DEVES, *op. cit*., p. 383 et s.
[912] Cl. DEVES, *op. cit*., p. 383 et s.
[913] R. HERTZOG, « La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », *AJDA* 2004, p. 2003 et s.

territoriales et ayant pour conséquence bien souvent une tutelle de l'Etat sur leurs finances. Reste que la notion de garantie publique, en plus d'être intimement liée à la personnalité publique qui les accorde et aux évolutions de celles-ci, notamment en matière d'autonomie pour les collectivités territoriales, connaît encore plus qu'en droit privé des différences d'appréciation selon que la personne publique accorde une garantie d'emprunt ou un cautionnement.

B. Le développement de la distinction entre garanties d'emprunt et cautionnements accordés par les collectivités territoriales

L'appréciation de la notion de garantie en droit des collectivités territoriales pose quelques difficultés comme en témoignent, entre autres, l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 mai 1983, *Société Crédit immobilier de la Lozère c./ Commune de Montrodat* et l'arrêt du Tribunal administratif de Paris du 11 octobre 1983, *BCT Bank*. Ainsi, les Professeurs M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE soulignent que « *ces deux décisions abordent le problème des garanties conventionnelles, la plupart du temps de caractère personnel, que les collectivités et organismes publics sont amenés à accorder aux particuliers* »[915] et précisent que la difficulté de ces arrêts se situe dans « *la qualification de la garantie contractée par la commune* »[916] en ce sens que le « *Tribunal des conflits a désigné cette garantie par le terme de cautionnement tandis que le Tribunal administratif, plus prudent, s'en est tenu à la formule imprécise d' 'opération de garantie'* »[917]. Cette difficulté de qualification de ces deux arrêts permet de distinguer deux formes de garanties accordées par les collectivités territoriales que sont les cautionnements et les garanties à première demande[918].

---

[914] R. HERTZOG, *op. cit*., p. 2003 et s.
[915] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, « Le régime des garanties d'emprunt octroyées conventionnellement par les collectivités publiques », *Marché public*, avril-mai 1984, n°201, p. 40.
[916] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 40.
[917] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 40.
[918] V. M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 40 où les auteurs reviennent sur l'origine des garanties à première demande. En effet, ils rappellent qu' « *une nouvelle forme de garantie est apparue dans le commerce international : les garanties dites autonomes, abstraites, indépendantes ou à première demande selon la terminologie employée, inspirées de certains droits étrangers comme le droit allemand. De telles garanties se sont également manifestées en droit interne et notamment dans le cadre de marchés de travaux publics* ».

Ces deux mécanismes présentent des similitudes en ce sens que « *la caution s'engage à exécuter une obligation envers le créancier si le débiteur principal n'y satisfait pas lui-même (art. 2011 du Code civil)* »[919] et « *le garant s'engage à exécuter une obligation envers le créancier pour garantir l'exécution d'un contrat ou le versement des pénalités prévues par le débiteur qu'il garantit* »[920] ce qui a pour conséquence que « *dans les deux cas, un tiers intervient pour garantir l'exécution d'un contrat* »[921]. Toutefois, ces deux mécanismes de garantie connaissent des distinctions. Ainsi, les Professeurs M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE en présentent deux qui sont d'une part que « *la caution est tenue de la même obligation que le débiteur principal puisqu'elle s'engage à exécuter l'obligation souscrite par lui en cas de défaillance de sa part. Cette obligation sera donc de même nature (obligation de somme d'argent par exemple)* »[922] alors que « *le garant, (...), souscrit une obligation née à l'occasion de la dette principale mais qui est différente (le donneur d'ordre souscrit une obligation de faire et le garant une obligation de somme d'argent : retenue de garantie, restitution d'acomptes)* »[923]. D'autre part, les auteurs exposent une seconde distinction qui est que « *le cautionnement est un engagement accessoire et la caution n'est tenue que dans les mêmes conditions que le débiteur principal* »[924] ce qui a pour conséquence que la caution « *peut opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal aurait pu lui opposer* »[925] alors que pour la garantie à première demande, « *le garant contracte un engagement indépendant, il est tenu d'exécuter dès que les conditions de son engagement se trouvent réunies (à première demande) sans pouvoir soulever les exceptions qu'aurait pu soulever le débiteur principal* »[926]. Ainsi, de cette différence entre le cautionnement et les garanties autonomes, Monsieur P. LIGNIERES en déduit que « *l'essence du premier est l'accessoire, au contraire l'inopposabilité des exceptions semble être le critère déterminant des garanties autonomes* »[927]. En plus des conditions fixées par le Code général des collectivités territoriales, comme l'établissement d'un tableau d'amortissement et le respect de

---

[919] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[920] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[921] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[922] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[923] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41 où les auteurs précisent néanmoins qu' « *il peut arriver que les deux obligations soient de même nature : tel est le cas lorsque la garantie a pour objet le paiement du prix d'un marché. Mais, dans ce cas encore, la garantie se distingue du cautionnement* ».
[924] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[925] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[926] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 41.
[927] P. LIGNIERES, *op. cit.*, pp. 470-471.

ratios prudentiels, les garanties accordées par les collectivités territoriales connaissent un domaine limité.

II. Le champ d'application des garanties accordées par les collectivités territoriales[928]

Les garanties accordées par les collectivités territoriales regroupent principalement les mécanismes de garantie personnelle que sont les garanties d'emprunt et les cautionnements. Ainsi, les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales connaissent des règles particulières lorsqu'elles sont octroyées à des entreprises implantées dans la collectivité (A) ce qui est également le cas en matière de sport et de religion (B).

A. Les entreprises et les garanties d'emprunts ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales

Le Code général des collectivités territoriales énonce les règles applicables aux garanties d'emprunt ou cautionnements accordés par les collectivités territoriales et précise le domaine d'application de ces mécanismes. En effet, pour les communes, l'article L. 2252-5 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *nonobstant le transfert, volontaire ou de plein droit, de tout ou partie de ses compétences en matière de politique du logement ou d'habitat à un établissement public de coopération intercommunale, la commune conserve la possibilité d'accorder une garantie d'emprunt ou son cautionnement pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements sociaux visées à l'article L. 2252-2 et d'apporter à ces opérations des subventions ou des aides foncières* ». Toutefois, conformément aux conditions fixées à l'article L. 2252-1 du même Code, la jurisprudence a

[928] V. notamment X. MOURIESSE, « Garanties et cautionnement d'emprunts : quelles perspectives d'utilisation pour les collectivités locales ? », *Rev. Lamy Coll. Terr.* 2007, étude n°27 où l'auteur estime que ces mécanismes « *s'adressent (...) aux entreprises, personnes morales exerçant une activité économique (généralement des sociétés, dont les SEML), voire aux personnes physiques dès lors que l'emprunt contracté – et garanti – est en relation directe avec l'activité économique du bénéficiaire* ».

apporté quelques précisions. En effet, dans son arrêt du 27 octobre 1994, *Préfet de la Vendée*, le Tribunal administratif de Nantes a considéré comme illégale la délibération d'une commune qui accordait à une société anonyme d'habitation à loyers modérés sa garantie consistant en un engagement de verser à cette société 30 % du montant du loyer des logements non occupés, à partir du premier jour du quatrième mois de vacance en ce sens que cette aide qui favorisait la réalisation de six logements sociaux destinés à la location ne constituait ni une intervention ayant pour objet de favoriser le développement économique ou la création ou l'extension d'activités économiques, ni une intervention en matière sociale entrant dans les prévisions des dispositions du I de l'article 5 de la loi du 2 mars 1982 modifiée, et ne répondait pas aux conditions fixées par les dispositions du II de cet article concernant les interventions servant à assurer le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural.

La jurisprudence a également limité le recours des garanties d'emprunt ou cautionnements des collectivités territoriales au profit des sociétés d'économie mixte locales. En effet, dans son arrêt du 6 novembre 1995, *Commune de Villenave-d'Ornon c/ M. Pujol*, le Conseil d'Etat rappelle que « *les communes peuvent, dans le but et selon les modalités fixés par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales et décider de modifier leur participation au capital de ces sociétés en souscrivant à d'éventuelles augmentations de capital, dans les limites fixées par la loi du 7 juillet 1983 ; qu'elles ne peuvent, en revanche, accorder légalement d'aides directes ou indirectes à ces sociétés d'économie mixte locales, qu'en respectant les conditions fixées par les lois des 7 janvier et 2 mars 1982* »[929]. Dans les faits, lors d'une délibération en conseil municipal, une commune a pris la décision d'accorder sa garantie pour les « *pertes arrêtées au bilan clos le 31 mai 1991 de la société d'économie mixte locale 'Arlis', pour un montant de 9 534 856 F, cette garantie devant se traduire par l'inscription dans les comptes de la société d'une créance de ce montant sur la commune, par l'octroi de la part de celle-ci, d'avances de trésorerie à concurrence de ce même montant et par l'ouverture d un compte de la société retraçant, d'une part, les sommes ainsi allouées par la commune, d'autre part, les éventuels résultats bénéficiaires de la société* »[930]. En l'espèce, le Conseil d'Etat estime alors que « *l'opération approuvée par la délibération (...) du conseil municipal de Villenave d'Ornon, qui ne constitue pas une augmentation de la participation de la commune au capital de la société d'économie mixte locale 'Arlis', s'analyse comme une*

[929] CE, 6 novembre 1995, *Commune de Villenave-d'Ornon c/ M. Pujol*, req. n°145955, Leb. T. 687.

aide directe de la commune à cette société, dès lors qu'elle s'est traduite par un redressement partiel des comptes de la société du fait de l'inscription à l'actif de son bilan et sans contrepartie d'une créance de 9 534 856 F ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, et qu'il n'est d'ailleurs pas allégué, que cette aide directe serait le complément d'une aide régionale »[931] et en déduit donc que « *cette aide a été accordée en méconnaissance des dispositions précitées des lois des 7 janvier et 2 mars 1982* »[932]. En d'autres termes, les collectivités territoriales lorsqu'elles accordent leur garantie à des entreprises voient leur champ d'application plus limité que celui dévolu aux mécanismes issus de la garantie de l'Etat. En effet, ce constat se confirme par l'étude des « *engagements financiers que les collectivités territoriales peuvent consentir à une SPL* »[933]où le Professeur L. RAPP souligne qu' « *au-delà des augmentations de capital social, les garanties que les collectivités actionnaires d'une SPL peuvent être appelées à lui apporter, font l'objet de dispositions très limitatives* »[934].

B. Les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales en matière de sport et de culte

Le Code général des collectivités territoriales et la jurisprudence apportent des restrictions aux garanties accordées par les collectivités territoriales en matière de sport (1) et de manière plus souple en matière de culte (2).

1. Les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales en matière de sport

Le législateur est également venu préciser la portée des dispositions du Code général des collectivités territoriales en matière de garanties d'emprunt ou de cautionnements comme

---

[930] CE, 6 novembre 1995, *op. cit.*
[931] CE, 6 novembre 1995, *op. cit.*
[932] CE, 6 novembre 1995, *op. cit.*
[933] L. RAPP, « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1107 et s. De plus, sur les sociétés publiques locales (SPL), v. notamment la publication du colloque intitulé « Les sociétés publiques locales », *RFDA*, n°6/2012.
[934] L. RAPP, *op. cit*., p. 1107 et s.

c'est le cas pour les associations sportives. En effet, 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 crée l'article 19-2, codifié à l'article L. 113-1 du Code du sport, qui dispose que « *les collectivités territoriales ou leurs groupements ne peuvent accorder de garanties d'emprunt ni leur cautionnement aux associations sportives et aux sociétés sportives mentionnées aux articles L. 121-1 et L. 122-2* ». Le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 10 mai 1996, *Commune de Saint-Louis*, a éclairé la portée de l'article 19-2 de la loi du 16 juillet 1984. Dans les faits, la commune avait accordé, lors d'une délibération en conseil municipal, sa garantie pour un emprunt contracté afin de réaliser le projet d'une association sportive de construire un boulodrome. Après que le tribunal administratif de Strasbourg ait annulé la délibération accordant cette garantie, la commune a formé un pourvoi devant le Conseil d'Etat qui a confirmé le jugement du Tribunal et a rappelé que cette association sportive a bien été créée conformément aux articles 21 à 79 du Code civil local de l'Alsace et la Lorraine, qu'elle « *'a pour objet la pratique de l'éducation physique et des sports et, entre autres, la pétanque, le jeu provençal et la lyonnaise' et qu'elle est, aux termes de l'article VI des mêmes statuts, 'affiliée à la fédération sportive nationale régissant le sport qu'elle pratique, soit : fédération française de pétanque et jeu provençal, lyonnaise, agréée et habilitée par le ministère de la jeunesse des sports et loisirs' ; que, par son affiliation à une fédération sportive, le 'Club des boulistes ludovicien' entre dans le champ d'application des dispositions de l'article 19-2 de la loi du 16 juillet 1984, modifiée, qui, contrairement à ce que soutient la commune de Saint-Louis, vise toutes les associations sportives et non pas seulement les clubs 'professionnels' ; que dès lors, en accordant à cette association la garantie de la commune, pour l'emprunt qu'elle avait contracté, le conseil municipal de Saint-Louis a méconnu l'interdiction édictée par le texte de loi précité* »[935]. De plus, dans sa réponse à la question écrite n°02433 de Monsieur J.-M. GIRAULT du 28 août 1997, le ministre de l'Intérieur rappelle que « *l'article 19-2 de la loi du 16 juillet 1984, telle que modifiée par la loi du 13 juillet 1992, relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, interdit aux collectivités territoriales ou à leurs groupements d'accorder leur garantie aux emprunts contractés par les associations sportives et par les sociétés anonymes visées aux articles 7 et 11 de cette loi* »[936] et après avoir rappelé la portée de l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 mai 1996, *Commune de*

[935] CE, 10 mai 1996, *Commune de Saint-Louis*, n°161302. V. sur cet arrêt, F. CHOUVEL, « Régime des aides financières accordées par des collectivités territoriales aux associations sportives », *AJDA* 1996, p. 951.

Saint-Louis, rappelle qu' « *en revanche, les autres personnes privées, et notamment les SCI, peuvent bénéficier de garanties d'emprunt accordées par les collectivités locales* »[937] conformément aux dispositions du Code général des collectivités territoriales. Ainsi, « *dans l'hypothèse où la garantie ne serait pas accordée directement à une société anonyme à objet sportif ou à une association sportive, mais accordée à une société civile immobilière dont l'actionnaire majoritaire est un club sportif, il pourrait être considéré que ce montage est destiné à contourner l'interdiction qui est faite aux collectivités territoriales de garantir les emprunts contractés par des clubs sportifs* »[938]. Enonçant ensuite l'idée de la transparence de la société qui impliquerait alors que la garantie bénéficierait bien au club sportif et non à la SCI et laissant au juge l'appréciation d'un tel cas, le ministre considère qu' « *en tout état de cause, il s'agirait d'un montage permettant à la commune de prendre des risques que le législateur a entendu supprimer en interdisant toute garantie d'emprunt aux clubs sportifs* »[939].

Toutefois, l'alinéa second de l'article L. 113-1 du Code du sport précise que « *les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent accorder leur garantie aux emprunts contractés en vue de l'acquisition de matériels ou de la réalisation d'équipements sportifs par des associations sportives dont le montant annuel des recettes n'excède pas 75 000 euros* »[940], précision qui n'est pas donnée dans l'arrêt ce qui aurait pu peut-être modifier la décision. Néanmoins, peut être cité « *le cas d'un club de rugby pour lequel la commune s'était portée garante d'un prêt servant à l'acquisition d'un fonds de commerce de débit de boissons pour un montant de 1 350 000 F* »[941], où « *le conseil municipal avait accepté le même jour de transfèrer cette garantie à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée constituée entre-temps par le club sportif afin d'exploiter le débit de boissons en question* »[942] et « *ce dernier fut mis en liquidation judiciaire quelques années plus tard, ce qui entraîna l'appel en garantie de la commune* »[943]. Ainsi, au niveau du droit du sport, l'octroi par les collectivités

---

[936] Sénat, Réponse du ministère de l'Intérieur, *JO* Sénat du 13 nov. 1997, p. 3165.
[937] Sénat, *op. cit*., p. 3165.
[938] Sénat, *op. cit*., p. 3165.
[939] Sénat, *op. cit*., p. 3165.
[940] Cette disposition résulte de la loi n°2000-627 du 6 juill. 2000 modifiant la loi n°84-610 du 16 juill. 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives.
[941] J.- C. LAPOUBLE, « Les chambres régionales des comptes et la gestion des clubs sportifs », *AJDA* 2002, p. 1262 où l'auteur se fonde sur CRC Rhône-Alpes, LO 29 février 2000, *Commune de Gex*.
[942] J.- C. LAPOUBLE, *op. cit*., p. 1262.
[943] J.- C. LAPOUBLE, *op. cit*., p. 1262.

territoriales de garanties d'emprunt ou de cautionnements connaît des limites posées par les textes et confirmées par la jurisprudence et la pratique.

2. Les garanties d'emprunt et les cautionnements accordés par les collectivités territoriales en matière cultuelle

En revanche, au niveau des activités cultuelles, l'article L. 2252-4 du Code général des collectivités territoriales dispose qu' « *une commune peut garantir les emprunts contractés pour financer, dans les agglomérations en voie de développement, la construction, par des groupements locaux ou par des associations cultuelles, d'édifices répondant à des besoins collectifs de caractère religieux* ». Cette disposition se présente donc comme « *une dérogation majeure à la loi de 1905, puisqu'en cas de carence de l'association ou du groupement en cause, c'est la collectivité qui, de fait, assure le remboursement de l'emprunt qui a servi à financer la construction du lieu de culte* »[944]. En effet, l'article 2 de la loi du 9 décembre 1905 dispose que « *la République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* ». Néanmoins, l'octroi de garanties par les collectivités territoriales entre dans la catégorie des aides comme les subventions mais ne présente pas les mêmes conséquences au niveau du budget des collectivités territoriales.

De plus, la jurisprudence connaît des assouplissements en matière de subventions comme en témoigne, entre autres, l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée et l'action sociale du Rhône et M. P.* où est rappelé que sur le fondement de la loi du 9 décembre 1905, « *les collectivités publiques peuvent seulement financer les dépenses d'entretien et de conservation des édifices servant à l'exercice public d'un culte dont elles sont demeurées ou devenues propriétaires lors de la séparation des Eglises et de l'Etat ou accorder des concours aux associations cultuelles pour des travaux de réparation d'édifices cultuels et qu'il leur est interdit d'apporter une aide à l'exercice d'un culte* »[945] mais où le Conseil d'Etat a estimé « *que ces dispositions ne font pas obstacle à ce qu'une collectivité territoriale finance des travaux qui ne sont pas des travaux d'entretien ou de conservation d'un édifice servant à l'édifice d'un culte, soit en les prenant en tout ou partie en charge en*

[944] E. GEFFRAY, « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFDA* 2011, p. 967 et s.

qualité de propriétaire de l'édifice, soit en accordant une subvention lorsque l'édifice n'est pas sa propriété, en vue de la réalisation d'un équipement ou d'un aménagement en rapport avec cet édifice, à condition, en premier lieu, que cet équipement ou cet aménagement présente un intérêt public local, lié notamment à l'importance de l'édifice pour le rayonnement culturel ou le développement touristique et économique de son territoire et qu'il ne soit pas destiné à l'exercice du culte et, en second lieu, lorsque la collectivité territoriale accorde une subvention pour le financement des travaux, que soit garanti, notamment par voie contractuelle, que cette participation n'est pas versée à une association cultuelle et qu'elle est exclusivement affectée au financement du projet »[946]. En d'autres termes, au niveau cultuel, les textes et la jurisprudence restent assez souples en matière d'aides de la part des collectivités territoriales, notamment pour les garanties accordées par les collectivités territoriales qui répondent aux exigences du Code général des collectivités territoriales en matière de garanties d'emprunt ou de cautionnements.

SECTION 2 : L'essor des garanties publiques à titre accessoire

Le domaine des garanties publiques comprend des mécanismes de garantie à titre principal mais également d'autres à titre accessoire, qui se développent, notamment, au niveau des garanties personnelles témoignant dans une certaine mesure de l'influence du droit des obligations sur le droit public. Ainsi, les garanties publiques se présentent en droit de la propriété des personnes publique de manière limitée en ce sens que l'évolution tend à développer les garanties publiques dans le cadre des contrats de la commande publique sous la forme de garanties personnelles. En effet, le droit de la propriété des personnes publiques suit une évolution importante concurrencée largement par le développement des contrats de la commande publique. De ce constat, il en découle une valorisation économique pour les personnes publiques lors de la présence de contrats portant occupation du domaine des personnes publiques et une contribution limitée des biens publics lorsqu'ils sont apportés en garantie. Les garanties publiques suivent une évolution qui tend à intégrer en droit public de plus en plus des garanties personnelles. Ce constat se confirme par le développement et

[945] CE, 19 juillet 2011, *Fédération de la libre pensée et l'action sociale du Rhône et M. P.*, n°308817.

l'autonomisation de la garantie publique dans les contrats de la commande publique (§2) avec néanmoins un recours limité au crédit-bail en droit public (§1).

§1. La fragilité du crédit-bail comme mécanisme de garantie publique

Le crédit-bail est « *issu de la pratique américaine du leasing* »[947] et « *est un contrat par lequel le preneur fait acheter un bien par un crédit-bailleur et le lui loue pendant une période correspondant normalement à la durée d'amortissement du bien. A l'issue du bail, le preneur dispose d'une option : acheter le bien pour sa valeur résiduelle, le restituer ou éventuellement poursuivre la location* »[948]. Ce mécanisme permet d'éclairer la notion de garantie publique (I) dans la mesure où celui-ci n'est pas requalifié en contrat de la commande publique[949] (II).

I. L'apport du crédit-bail pour la notion de garantie publique

Le crédit bail se présente comme un mécanisme de garantie en droit public. Toutefois, le droit public a posé le principe de l'interdiction du recours au crédit-bail (A) ce qui est, cependant, nuancé par les exceptions posées par le législateur (B).

---

[946] CE, 19 juillet 2011, *op. cit.*
[947] S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, Paris, 4ème éd., 2014, p. 771.
[948] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 771.
[949] V. notamment S. NICINSKI, *op. cit*., p. 771 où l'auteur précise que pour le crédit-bail immobilier utilisé par les personnes publiques, « *son éventuelle requalification en marché public n'est pas à exclure* ».

A. Le principe d'interdiction du recours au crédit-bail dans la sphère publique

Le crédit-bail a été introduit en France par la loi n°66-455 du 2 juillet 1966 relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail et est codifié à l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier qui présente les différentes opérations de crédit-bail. Les auteurs soulignent le fait que « *le Conseil constitutionnel admet la constitutionnalité de ces dispositions, mais il ne le fait que moyennant une importante réserve d'interprétation* ». Le crédit-bail se présente donc comme un outil juridique à plusieurs facettes. En effet, le Professeur S. NICINSKI relève que « *le crédit-bail est (...) à la fois un contrat de vente, un contrat de location assorti d'une promesse unilatérale de vente, en même temps qu'une opération de crédit garantie au moyen d'une sûreté particulière, puisque le bailleur demeure propriétaire du bien jusqu'à l'issue du contrat* »[950]. De plus, elle souligne que « *le loyer payé par le preneur est nécessairement plus élevé que le loyer qui serait payé pour une location simple du bien, en ce qu'il reflète l'opération de crédit incluse dans le crédit-bail* »[951]. Toutefois, « *le coût du crédit-bail est légèrement inférieur à celui d'un simple prêt, puisque la sécurité qu'offre la propriété du bien par le crédit-bailleur évite la constitution d'une hypothèque* »[952]. Une difficulté se pose en droit public par rapport à l'utilisation du crédit bail en ce sens qu'« *en intervenant dans des cas limités pour autoriser le recours au crédit-bail, le législateur a implicitement posé le principe de l'interdiction du recours au crédit-bail en dehors de ces hypothèses* »[953]. En effet, le crédit-bail immobilier ou mobilier suit, comme le souligne le Professeur S. NICINSKI, le principe « *de l'illicéité du procédé en dehors des exceptions strictement définies par le législateur* »[954].

Sur ce point relatif à l'utilisation limitée du crédit-bail par les personnes publiques, le Tribunal administratif de Bordeaux, dans son arrêt du 22 octobre 1992, considère « *qu'en admettant (...) que la société NATIO-ENERGIE ait été agréée pour le financement d'installation ou de matériels destinés à économiser l'énergie au sens de l'article 30 de la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 et habilitée, sur le fondement de l'article 87-II de la loi du 30 décembre 1986 précitée, à financer par le mode du crédit-bail, des équipements de la nature de ceux qui ont fait l'objet de la convention de concession conclue le 1er mars 1989 entre la*

[950] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 771.
[951] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 771.
[952] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 771.
[953] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 772.
[954] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 771.

Commune de Boë et la société CITECABLE Régions, une telle opération ne pouvait légalement bénéficier de la garantie communale »[955] ce qui permet au tribunal de déduire que « *le Préfet de Lot-et-Garonne est fondé à demander l'annulation de la convention du 13 août 1990 par lesquels la commune de Boë a accordé sa garantie à la société NATIO-ENERGIE pour le remboursement des loyers du crédit-bail consenti par cette dernière à la société CITECABLE-Régions* »[956]. Dans le même sens, le Conseil d'Etat a rendu un avis le 30 mars 1989[957] où a été exclu le recours au crédit-bail pour la construction des infrastructures du TGV Est du fait que les règles de la domanialité publique s'appliquaient[958].

B. L'existence d'exceptions au principe d'interdiction du recours au crédit-bail dans la sphère publique[959]

L'article 6 de la loi n°2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit précise que le gouvernement est autorisé « *à étendre le champ d'application des articles L. 34-7-1 du Code du domaine de l'Etat et L. 1311-4-1 du Code général des collectivités territoriales (...) qui permettent à l'occupant de recourir au crédit-bail pour préfinancer les ouvrages publics (par 'ouvrages publics', le Conseil constitutionnel entend désigner les équipements publics) qu'il doit réaliser sur le domaine public* »[960]. Les Professeurs E. FATOME et L. RICHER rappelle qu' « *il n'existe pas pour les collectivités locales de disposition comparable à l'article L. 34-7, qui interdit le recours au crédit-bail pour financer la réalisation d'ouvrages publics sur le domaine public de l'Etat, mais le législateur a néanmoins jugé utile de prévoir expressément la possibilité de recourir au crédit-bail pour financer les ouvrages affectés à la justice, la police et la gendarmerie* »[961]. Toutefois, les auteurs estiment que « *l'existence d'une règle de droit commun de la*

---

[955] TA de Bordeaux, *op. cit*., n°9001925.
[956] TA de Bordeaux, *op. cit*., n°9001925.
[957] EDCE, Grands avis, n° 20, 1989, p. 237.
[958] V. S. NICINSKI, *op. cit*., p. 772 où l auteur précise bien qu' « *un contrat conclu par une collectivité publique et ayant pour objet l'édification de constructions qui seront affectées à un service public ou à l'usage direct du public a pour effet de rendre applicable les règles de la domanialité publique à la parcelle dès la signature de la convention* ».
[959] V. notamment, J.-P. CHANET, « Possibilités et perspectives de financement des équipements publics en crédit-bail », *in Le financement des équipements publics de demain*, *Economica*, 1986.
[960] E. FATOME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le 'droit commun' de la 'commande publique' et de la domanialité publique – A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA* 2003, p. 2348 et s.
[961] E. FATOME et L. RICHER, *op. cit*., p. 2348 et s.

domanialité publique interdisant le recours au crédit-bail ou à la location avec option d'achat anticipé pour préfinancer la réalisation d'ouvrages publics sur le domaine public paraît (...) tout à fait douteuse »[962]. Ainsi, le Professeur S. NICINSKI déduit des observations des Professeurs E. FATOME et L. RICHER que « *la seule difficulté est celle de l'hypothèse dans laquelle le bien objet du crédit-bail est édifié sur une parcelle appartenant au domaine public ou privé de la personne publique* »[963] ce qui explique que « *le crédit-bailleur doit être propriétaire des constructions édifiées, ce qui est parfois incompatible avec la présence d'une dépendance du domaine public soumise au principe d'inaliénabilité* »[964] et après avoir distingué « *le cas dans lequel la collectivité publique est crédit-preneur et le cas dans lequel c'est l'occupant privatif du domaine qui l'est* »[965], elle en déduit que « *dans les faits la conclusion d'une convention tripartite entre l'administration, l'occupant et le crédit-bailleur règle la question* »[966].

Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 26 juin 2003 relative à la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, élargit les exigences constitutionnelles concernant la protection du domaine public en estimant que « *le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipe pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel* »[967]. Toutefois, le Conseil constitutionnel précise que « *la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* »[968] et en conclut que « *dans ces conditions, les ordonnances prises sur le fondement de l'article 6 de la loi déférée devront réserver de semblables dérogations à des situations répondant à des motifs d'intérêt général tels que l'urgence qui s'attache, en raison de circonstances particulières ou locales, à rattraper un retard préjudiciable, ou bien la nécessite de tenir compte des caractéristiques techniques, fonctionnelles ou économiques d'un équipement ou d'un service déterminé* »[969].

---

[962] E. FATOME et L. RICHER, *op. cit*., p. 2348 et s.
[963] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 772.
[964] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 772.
[965] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 772.
[966] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 772.
[967] Cons. Const., 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n°2003-473 DC. V. également Cons. Const., 22 août 2002, *Loi de programmation et d'orientation pour la sécurité intérieure*, n°2002-460 DC.
[968] Cons. Const., *op. cit*., DC n°2003-473.
[969] Cons. Const., *op. cit*., DC n°2003-473.

En d'autres termes, « *le recours au crédit-bail doit demeurer exceptionnel, en tant que dérogation au droit commun de la domanialité publique* »[970] expliquant ainsi les exceptions législatives pour autoriser le recours au crédit-bail[971]. De plus, grâce aux autorisations ponctuelles du législateur, le crédit-bail apporte des précisions pour la notion de garantie publique en ce sens qu'il permet lorsqu'il est admis d'éviter des pertes et de réduire les coûts pour les finances publiques. Toutefois, malgré les exceptions admises par le législateur qui comprennent le plus souvent « *des clauses permettant de préserver les exigences* »[972] du service public, les contrats de crédit-bail accordés par les personnes publiques connaissent le risque d'être requalifiés en marchés publics ce qui réduit l'apport de ce mécanisme de crédit-bail à la notion de garantie publique, sauf à considérer ces marchés publics comme des applications particulières de la notion de garantie publique.

II. L'apport de la requalification du crédit-bail en contrats de la commande publique pour la notion de garantie publique

Le recours au crédit-bail en droit public court le risque d'être requalifié en marchés publics (A) ce qui ne lui retire pas son intérêt pour éclairer la notion de garantie publique, notamment lorsque le recours au crédit bail s'avère être un outil au service du droit public (B).

A. L'éventualité de la requalification du crédit-bail en marchés publics et la notion de garantie publique

Le crédit-bail est un instrument intéressant qui est utilisé de manière prudente par les personnes publiques et qui « *comporte un risque de requalification en marché public de services financiers ou en marché public de travaux, avec les conséquences qu'une telle requalification implique en matière de procédure de passation* »[973]. En effet, les contrats de

[970] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 773.
[971] Sur les exceptions législatives, v. notamment S. NICINSKI, *op. cit*., pp. 773-774 qui les énumère.
[972] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 773.
[973] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 774.

crédit-bail peuvent être requalifiés soit en marchés publics de services financiers, soit en marchés publics de travaux ou encore en marchés publics de fourniture. Cette requalification a des conséquences sur la forme et demande de suivre les règles posées en droit de l'Union européenne en matière de commande publique, c'est-à-dire de suivre les procédures de passation. Toutefois, le mécanisme de crédit-bail répond à la notion de garantie publique en ce sens qu'il permet à une personne privée ou publique d'éviter une perte. Cette requalification en marché public ne transforme pas pour autant la finalité reconnue au mécanisme initial de garantie publique à part le rendre peut-être plus contraignant au niveau de son régime. Ainsi, pour les contrats de crédit-bail immobiliers, une requalification en marché public de services financiers ou de travaux est envisageable. En effet, dans le cas où « *c'est la personne publique qualifiable de pouvoir adjudicateur qui est crédit-preneur, le crédit-bail immobilier peut être requalifié de marché de services financiers* »[974].

De plus, l'article 3-3 du Code des marchés publics prévoit que les « *accords-cadres et marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens* » sont exclus du champ d'application de ce Code. Toutefois, cet article 3-3 du Code des marchés publics précise que « *les contrats de services financiers conclus en relation avec le contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, entrent dans le champ d'application du présent code* ». En d'autres termes, l'exclusion ne comprend pas les contrats de services financiers conclus en relation avec ceux d'acquisition ou de location, en particulier les contrats de crédit-bail. Concernant une éventuelle requalification en marché public de travaux, « *au niveau communautaire, (elle) n'est pas à exclure* »[975]. En effet, comme le remarque le Professeur S. NICINSKI en se fondant sur la directive n°2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, « *la notion de marché de travaux étant beaucoup plus large qu'en droit français le crédit-bail peut être qualifié de contrat par lequel un pouvoir adjudicateur fait réaliser 'par quelque moyen que ce soit' un ouvrage répondant à ses besoins* »[976] tout en précisant qu'« *il faut toutefois que le crédit-bailleur intervienne dans la réalisation de l'ouvrage* »[977]. Pour les contrats de crédit-bail mobiliers, les textes prévoient une requalification en marchés publics de fourniture. En effet,

[974] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 774.
[975] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 774.
[976] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 775.

la directive n°2004/18 du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux établit dans son article 1er-2-c que « *les 'marchés publics de fournitures' sont des marchés publics autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits* » ce que confirme le Code des marchés publics dans son article 1er qui dispose que « *les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels* ». Ces éventuelles requalifications en marchés publics n'enlèvent pas l'intérêt du recours au crédit-bail dans la sphère publique.

B. Le maintien de l'intérêt du recours au crédit-bail dans la sphère publique et la notion de garantie publique

Malgré le risque de requalification en marchés publics et les limites posées par les textes, l'utilisation des contrats de crédit-bail « *pour le financement d'équipements publics présente (...) un intérêt certain* »[978] et les dérogations au principe d'illicéité de ce contrat « *vont aujourd'hui croissant, sous réserve des limites posées par la jurisprudence constitutionnelle, qui implique un motif d'intérêt général et des garanties appropriées pour garantir la compatibilité des prérogatives du crédit-bailleur avec le bon fonctionnement du service public et de préserver les exigences de ce dernier* »[979]. Ainsi, comme le soulignent les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX , « *les personnes publiques et les occupants privatifs du domaine public dûment autorisés peuvent donc avoir recours au crédit-bail dans diverses hypothèses, notamment dans le cadre d'une délégation de service public et/ou dans le cadre d'un bail emphytéotique, le preneur étant autorisé à financer ainsi les équipements qu'il réalise sur le domaine public* »[980]. En effet, le recours au crédit-bail autorisé par les textes permet de répondre à des exigences d'intérêt général comme par exemple l'article L. 2122-13 du Code général de la propriété des personnes publiques qui dispose que « *dans le cadre des titres d'occupation prévus par les articles L. 2122-6 à L. 2122-11, la réalisation des ouvrages, constructions et installations peut donner lieu à la conclusion de contrats de crédit-*

---

[977] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 775.
[978] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 7ème éd., 2014, p. 350.
[979] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 351.
[980] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 351.

bail. Lorsque ces contrats, concernent le financement d'ouvrages, de constructions et d'installations qui sont nécessaires à la continuité d'un service public, ils comportent des clauses permettant de préserver les exigences de ce service public » et précise dans son second alinéa que « l*a conclusion de tels contrats de crédit-bail au bénéfice d organismes dans lesquels l'Etat ou l'établissement public gestionnaire du domaine apporte un concours financier ou détient, directement ou indirectement, une participation financière permettant d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion est soumise à un agrément de l'Etat. Cet agrément peut être refusé si l'opération se traduit par un accroissement des charges ou une diminution des ressources de l'Etat. Un décret en Conseil d'Etat fixe les modalités de cet agrément* ».

D'autres textes comme la loi n° 80-51 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur a créé les SOFERGIE[981], qui selon l'article 30 de la loi du 15 juillet 1980, ont « *pour objet exclusif de financer, par voie de crédit-bail immobilier ou mobilier ou sous forme de location simple, des installations ou des matériels destinés à économiser l'énergie, à développer les sources d'énergie de remplacement des hydrocarbures ou à promouvoir les utilisations du charbon* ». De plus, la loi n°92-646 du 13 juillet 1992 relative à l'élimination des déchets ajoute dans son article 10 que « *les sociétés de financement des économies d'énergie, visées à l'article 30 de la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d'énergie et à l'utilisation de la chaleur, sont autorisées à financer, par voie de crédit-bail immobilier et mobilier ou de location, les ouvrages et équipements destinés à la récupération, au transport, au traitement, au recyclage et à la valorisation des déchets et effluents de toute nature, quel que soit l'utilisateur de ces équipements* ». Il est alors envisageable, comme le suggère le Professeur G. ECKERT[982], que la

---

[981] Sur la licéité du monopole des Sofergie, v. notamment Ph. TERNEYRE, « Crédit-bail immobilier et collectivités publiques », *Dalloz Action/Construction*, 2013, Dossier 270 où l'auteur constate que « *parce qu'elles semblent réserver aux seules Sofergie agréées par le ministre de l'Economie le bénéfice de l'octroi de contrats de crédit-bail dans les hypothèses ci-dessus envisagées (à ce jour, 21 Sofergie sont agréées, étant entendu que cet agrément n'est plus possible depuis le 31 décembre 1988), ces dispositions législatives posent la question de leur conformité avec la liberté d'entreprendre, principe à valeur constitutionnelle (encore que cette inconstitutionnalité ne puisse plus être invoquée depuis que ces dispositions sont promulguées) et la liberté d'établissement et la libre prestation de services, principes de droit communautaire. En d'autres termes, un établissement de crédit de l'Union européenne, désireux de monter une opération de crédit-bail au bénéfice de collectivités territoriales françaises conformément aux limites posées par la loi de 1986, pourrait-il se voir opposer l'exclusivité accordée par les lois aux Sofergie ?* ».

[982] V. G. ECKERT, « Le crédit-bail immobilier est un contrat administratif mais pas un marché public de travaux », notes sous CAA Paris, 22 nov. 2011, n°08PA04001, *Centre hospitalier de Saint Brieuc*, *Contrats-Marchés publ.* , 2012, comm. 39 où l'auteur estime que « *bien que l'arrêt ne le précise pas, il est probable que cette convention se fonde sur les dispositions de la loi n°80-531 du 15 juillet 1980 relative aux économies d''énergie et à l'utilisation de la chaleur* ».

convention en cause dans l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 22 novembre 2011 se fonde sur ces dispositions relatives aux SOFERGIE. Dans les faits, a été conclu, le 22 novembre 1994, un contrat de crédit-bail par un centre hospitalier « *afin de financer la construction d'un équipement de production d'électricité et de chaleur par cogénération en remplacement de deux groupes électrogènes devenus vétustes* »[983] et « *le principal intérêt de l'arrêt rendu par la cour tient dans la qualification qu'il donne du contrat de crédit-bail immobilier passé par une personne publique en vue du financement de ses travaux* »[984]. Pour la Cour administrative d'appel de Paris, le contrat de crédit-bail en cause « *doit être regardé comme un contrat de droit public* » mais que toutefois « *eu égard à son objet purement financier, la convention passée entre le centre hospitalier de Saint Brieuc et la société FIP-Auxifip ne constituait ni un marché de travaux publics ni même l'accessoire d'un marché de travaux publics* ». Sur ce second point, le Professeur G. ECKERT soulève « *qu'une telle solution est discutable au plan du droit de l'Union européenne dans la mesure où celui-ci a une conception très extensive de la notion de marché public, en général, et de l'objet des marchés publics de travaux, en particulier* »[985] et se demande « *si un tel contrat ne constitue pas un marché public de services, à l'instar de ce qui résulte de l'article 3, 3° du Code des marchés publics* »[986]. De plus, le Doyen Ph. TERNEYRE suggère que « *couplé avec un BEA, le contrat de crédit-bail immobilier conclu par une collectivité publique est alors certainement un contrat financier de droit public parce que l'accessoire d'un contrat administratif* »[987] et se demande s'il s'agit « *d'un 'marché public de services' au sens de l'article 1er du Code des marchés* »[988]. Afin de répondre à cette interrogation, il présente deux interprétations qui sont que « *si l'on se réfère au droit communautaire des marchés publics – et notamment à la directive 'marchés publics de service' du 18 juin 1992 – le crédit-bail conclu par une collectivité publique est incontestablement qualifié de marché public de 'services*

---

[983] G. ECKERT, *op. cit*., comm. 39 où l'auteur précise que « *la convention prévoyait que le crédit-bailleur payait directement les acomptes demandés par le maître d'œuvre et cela après le contrôle des factures par l'établissement hospitalier » et qu' « en l'espèce, le contentieux est né de ce que, après avoir bénéficié du versement du premier acompte, le maître d'œuvre a été mis en liquidation judiciaire, sans avoir achevé sa mission et, surtout, sans avoir reversé aux entreprises de travaux la part de l'acompte auquel elles avaient droit. Celles-ci s'étant tournées vers le centre hospitalier pour obtenir le paiement des sommes dues, le crédit-preneur a alors recherché la responsabilité contractuelle de l'établissement de crédit au motif qu'il aurait réglé ce premier acompte de manière précipitée, avant même que le contrat de crédit-bail ne soit entré en vigueur entre les parties. Ses prétentions ont été rejetées en première instance (TA Paris, 23 mai 2008, n°0214578/6-1) puis en appel* ».
[984] G. ECKERT, *op. cit*., comm. 39.
[985] G. ECKERT, *op. cit*., comm. 39.
[986] G. ECKERT, *op. cit*., comm. 39.
[987] Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, p. 43.
[988] Ph. TERNEYRE, *op. cit*., p. 43.

financiers' »[989] mais « *si l'on se réfère en revanche aux expériences de crédit bail mobilier pour l'achat de matériels informatiques, il est admis par la commission centrale des marchés qu'en raison du 'caractère purement financier' de ce contrat, le choix de l'administration puisse se faire à l'issue d'une négociation précédée d'une mise en négociation sans appel d'offres* »[990]. Le doyen Ph. TERNEYRE en déduit alors qu' « *en l'absence de toute jurisprudence ou doctrine officielle en matière de crédit-bail immobilier, il est difficile de trancher définitivement* »[991] mais que « *si le juge administratif est tenté par l'assimilation droit français-droit communautaire, alors il est probable qu'à terme ces contrats de crédit-bail immobilier soient qualifiés de marchés publics de services financiers, voire même de marchés publics de travaux* »[992]. Ainsi, les contrats de crédit-bail connaissent des difficultés à se banaliser en droit public malgré un intérêt certain pour les personnes publiques en ce sens que les contrats de crédit-bail permettent aux personnes publiques, en cas de difficulté financière du crédit-bailleur, de répondre à l'exigence de continuité du service public et donc de répondre à l'intérêt général. Toutefois, l'évolution tend à développer les garanties personnelles en droit public au détriment des garanties réelles.

§2. Le développement des garanties personnelles dans la sphère publique

Les garanties personnelles connaissent un développement important dans la sphère publique au détriment des garanties réelles ce qui se confirme par l'étude des contrats de la commande publique (I) et le principe de continuité du service public (II).

[989] Ph. TERNEYRE, *op. cit.*, p. 43.
[990] Ph. TERNEYRE, *op. cit.*, p. 43.
[991] Ph. TERNEYRE, *op. cit.*, p. 43.
[992] Ph. TERNEYRE, *op. cit.*, p. 43.

I. Les contrats de la commande publique et la notion de garantie publique

Le transfert des garanties réelles vers les garanties personnelles s'illustre notamment par l'application de la théorie de l'accessoire aux contrats de la commande publique (B) et en matière de financements de ces contrats (A).

A. Les financements des contrats de la commande publique et la notion de garantie publique

Les financements des contrats de la commande publique sont de plus en plus soumis aux contraintes du marché avec une place croissante aux prêteurs. En effet, l'évolution tend vers une « bancabilité » des contrats de la commande publique où les contrats tripartites connaissent un essor important avec tout particulièrement le recours aux contrats de partenariat où s'opère un transfert des garanties réelles vers les garanties personnelles. En d'autres termes, lors des montages des partenariats public-privé, un accord autonome distinct du contrat de partenariat prévoit la cession d'une créance de l'établissement public au profit du financeur une fois l'ouvrage réalisé. En effet, comme le souligne Monsieur G. MOLLION, « *les montages ou ensembles contractuels complexes constitués soit d'un marché public, soit d'une délégation de service public ou d'un contrat de partenariat, couplés avec un crédit-bail ou un bail emphytéotique sont désormais fréquents et caractérisent la diversification des conventions publiques* »[993] et il précise qu' « *un accord tripartite s'ajoute parfois à l'ensemble afin de concilier les droits de propriété du crédit-bailleur sur le bien et la continuité du service public* »[994]. De plus, le Professeur F. LOMBARD souligne que « *la complexification des interventions publiques, notamment contractuelles, suppose souvent la conclusion ou l'édiction, simultanée ou successive, de plusieurs actes juridiques* »[995] et précise que « *dès lors que ces actes sont déterminés par la réalisation d'une seule et même*

[993] G. MOLLION, « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats marchés publ*., n°8, 2009, étude 10.
[994] G. MOLLION, *op. cit*., étude 10.
[995] F. LOMBARD, « Une convention tripartite est un contrat administratif », note sous CE, 6 déc. 2013, n° 370074, *AJDA* 2014, 741.

opération administrative, il y a lieu de considérer qu'ils sont juridiquement arrimés les uns aux autres et qu'ils constituent ce qu'il est convenu d'appeler un 'ensemble contractuel' »[996].

Ces montages sont mis en lumière par la théorie de l'accessoire en ce sens qu' « *afin de déterminer la nature juridique d'une convention tripartite conclue comme l' 'accessoire nécessaire' de deux concessions* »[997], le Conseil d'Etat admet, dans son arrêt du 6 décembre 2013[998], que « *ces ensembles existent bel et bien en pratique* »[999]. En effet, la Haute juridiction administrative se fonde sur la notion d'ensemble contractuel afin de qualifier une convention tripartite conclue entre un syndicat mixte des transports en commun et deux sociétés titulaires chacune d'une concession de contrat administratif. Toutefois, cette compétence des juges administratifs en matière de conventions tripartites reste limitée en ce sens que la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 18 février 2015[1000], a censuré la Cour d'appel en estimant que « *la convention tripartite par laquelle la société adjudicataire d'un marché public délégue le pouvoir adjudicateur pour le paiement de la créance due à son fournisseur est, eu égard à son objet purement financier, l'accessoire du contrat de fourniture et revêt, par suite, un caractère de droit privé* » confirmant alors que « *par la constatation du lien accessoire entre la seule convention tripartite et le crédit-bail, ce montage contractuel bicéphale pénètre seul dans la sphère du droit privé* »[1001] et que « *par le rattachement au crédit-bail, la convention tripartite est 'privatisée' et se trouve soumise à un corps de règles plus adapté* »[1002]. Monsieur G. MOLLION en déduit que « *les contrats afférents au financement du projet ne risquent pas de subir les éventuelles péripéties touchant aux rapports contractuels entre la personne publique et le concessionnaire* »[1003] tout en ajoutant que « *ce type de montage facilite (...) la 'bancabilité' du projet puisque les établissements financiers bénéficient d'un rempart contre la précarité des contrats administratifs, ce qui facilite la valorisation tant recherchée du domaine public* »[1004]. En d'autres termes, ces conventions tripartites en suivant la théorie de l'accessoire évitent certainement pour les cocontractants des personnes publiques, des pertes éventuelles ce qui équivaut donc à une

[996] F. LOMBARD, *op. cit.*, 741.
[997] F. LOMBARD, *op. cit.*, 741.
[998] CE, 6 déc. 2013, n° 370074, *AJDA* 2014, 741.
[999] F. LOMBARD, *op. cit.*, 741.
[1000] Cass. 1ère civ., 18 févr. 2015, n°14-10.030, *AJDA* 2015, 376, obs. D. POUPEAU.
[1001] G. MOLLION, *op. cit*., étude 10.
[1002] G. MOLLION, *op. cit*., étude 10.
[1003] G. MOLLION, *op. cit*., étude 10.
[1004] G. MOLLION, *op. cit*., étude 10.

garantie de la part des personnes publiques à l'égard de ses cocontractants tout en mettant en avant ses biens.

B. La théorie de l'accessoire dans les contrats de la commande publique et la notion de garantie publique

La théorie de l'accessoire présente un intérêt pour les garanties accordées par les personnes publiques dans le cadre de contrats de la commande publique. Ainsi, Monsieur G. MOLLION constate que « *la force de la théorie de l'accessoire se vérifie également en présence d'une sûreté apportée par une personne publique* »[1005]. L'arrêt du Conseil d'Etat du 7 avril 2004 donne une illustration de l'application de la théorie de l'accessoire pour un contrat de prêt de droit privé lié au cautionnement d'une personne publique. En effet, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat estime « *qu'en indiquant que la garantie que le département de la Gironde avait décidé d'accorder pour cet emprunt était effective même si le préfet n'était pas intervenu à l'acte de prêt, le tribunal administratif de Bordeaux s'est prononcé sur une question qui concernait l'exécution de l'engagement de caution, lequel était l'accessoire d'un contrat de prêt de droit privé, n'avait pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne contenait aucune clause exorbitante du droit commun ; qu'une telle question ne relevait pas de la compétence de la juridiction administrative* »[1006].

Ainsi, la théorie de l'accessoire joue un rôle important en matière de garantie publique en suivant l'évolution de la société qui devient de plus en plus complexe, notamment avec le développement des conventions tripartites. De plus, la notion de garantie publique connaît un développement important lorsqu'est en jeu la continuité du service public. En effet, le principe de continuité du service public confirme que la notion de garantie publique se définit

---

[1005] G. MOLLION, *op. cit.*, étude 10.

[1006] CE, 7 avril 2004, *Département de la Gironde*, n°255331. V. également TC, 9 déc. 1996, *Préfet du Gard*, n°03051 où le tribunal se fonde également sur la théorie de l'accessoire en ce sens où le tribunal considère que « *le litige opposant la Banque Petrofigaz et la ville d'Alès est relatif à l'engagement de caution souscrit par celle-ci pour garantir le remboursement des emprunts consentis par la banque à la 'S.A.C.I.V.A.', société d'économie mixte chargée de l'aménagement d'une zone d'aménagement concerté ; que le contrat de cautionnement ainsi souscrit par la commune, qui n'est pas l'accessoire d'un contrat de prêt de caractère administratif, n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne comporte aucune clause exorbitante de droit commun ; qu'il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat de droit privé dont, sous réserve, le cas*

de manière large et contribue à l'essor des garanties personnelles de la part des personnes publiques même en matière de droit administratif des biens.

II. La continuité du service public et la notion de garantie publique

La notion de garantie publique englobe un grand nombre de mécanismes du droit public et contribue à assurer le principe de continuité du service public que ce soit par rapport à la protection des propriétés publiques (A) ou dans le cadre de conventions tripartites (B).

A. L'apport de la protection des propriétés publiques à la notion de garantie publique

Les biens publics, en principe, suivent la même logique que l'ensemble des dépendances du domaine public en ce sens qu'« *en vertu du principe de base de la domanialité publique, toutes les dépendances du domaine public sont inaliénables, il ne fait aucun doute que les équipements publics qui appartiennent au domaine public ne peuvent pas être apportés en garantie* »[1007]dans le sens où « *pour qu'un bien puisse être apporté en garantie, il faut que celui-ci puisse être saisi, puis vendu pour permettre à celui auquel il a été apporté en garantie de se payer par préférence sur le prix de vente* »[1008]. Toutefois, ce principe connaît des assouplissements que ce soit pour les biens du domaine public ainsi que pour les équipements publics n'appartenant pas au domaine public. En effet, le Professeur E. FATOME se demande « *dans quelle mesure les équipements publics doivent-ils appartenir au domaine public* » pour qu'ils puissent être apportés en garantie et « *deuxièmement, est-ce que des équipements publics qui n'appartiennent pas au domaine public peuvent de ce seul fait être apportés en garantie ou est-ce qu'au contraire, d'autres conditions doivent être*

échéant d'une question préjudicielle relative à la validité des actes administratifs ayant précédé la signature, les difficultés d'exécution ressortissent à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire ».

[1007] E. FATOME, « L'apport en garantie des équipements publics », *RIDC*, 2002, vol. 54, n°1, pp. 61-71.

[1008] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.

remplies ». Ainsi, après avoir rappelé les trois conditions pour qu'un bien appartienne au domaine public qui sont « *d'être propriété d'une personne publique, affectée à l'utilité publique et spécialement aménagés en vue de la réalisation de cette affectation* »[1009], le Professeur E. FATOME énonce que « *s'agissant d'un équipement public, la seconde et la troisième condition seront, par définition, toujours remplies* »[1010] mais qu' « *en revanche, il n'en est pas de même en ce qui concerne la première condition qui pose la question tout à fait essentielle de savoir dans quelle mesure un équipement public peut ne pas être la propriété d'une personne publique et partant, ne pas appartenir au domaine public* »[1011]. Le Professeur E. FATOME présente deux hypothèses établies par le législateur : la première « *celle qui concerne les équipements publics financés par voie du crédit-bail immobilier* »[1012] qui découle de la loi du 30 décembre 1986 qui autorise « *le financement par voie de crédit-bail immobilier conclu avec une Sofergie des 'ouvrages et équipements utilisés par des collectivités territoriales, leurs établissements publics, leurs groupements et leurs concessionnaires pour une activité dont les recettes sont soumises à TVA'* »[1013] et la seconde hypothèse « *concerne les équipements publics qui sont réalisés sur le domaine public des collectivités locales ou de l'Etat par des personnes privées (notamment par des délégataires de service public) titulaires d'un bail emphytéotique administratif (art. L. 1311-2 et s. CGCT) ou d'une autorisation constitutive de droit réel (art. L. 34-1 et s. CDE) puisqu'en vertu des dispositions qui régissent ces deux types d'autorisation, leurs titulaires sont nécessairement propriétaires des ouvrages qu'ils réalisent dans le cadre de leur occupation* »[1014]. Ainsi, la notion de garantie publique connaît une définition large et fonctionnelle ce qui se confirme, entre autres, par l'étude des baux emphytéotiques administratifs ou encore les conventions d'occupation du domaine des personnes publiques constitutives de droits réels. Concernant les baux emphytéotiques administratifs, ils sont définis à l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime. En effet, selon cet article, « *le bail emphytéotique de biens immeubles confère au preneur un droit réel susceptible d'hypothèque ; ce droit peut être cédé et saisi dans les formes prescrites pour la saisie immobilière* ». De plus, l'alinéa premier de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales précise qu' « *un bien immobilier appartenant à une collectivité territoriale peut faire l'objet d'un bail emphytéotique prévu à*

[1009] E. FATOME, *op. cit.*, pp. 61-71.
[1010] E. FATOME, *op. cit.*, pp. 61-71.
[1011] E. FATOME, *op. cit.*, pp. 61-71.
[1012] E. FATOME, *op. cit.*, pp. 61-71.
[1013] E. FATOME, *op. cit.*, pp. 61-71.
[1014] E. FATOME, *op. cit.*, pp. 61-71.

l'article L. 451-1 du Code rural et de la pêche maritime, en vue de l'accomplissement, pour le compte de la collectivité territoriale, d'une mission de service public ou en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général relevant de sa compétence ou en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public ou en vue de la réalisation d'enceintes sportives et des équipements connexes nécessaires à leur implantation ou, à l'exception des opérations réalisées en vue de l'affectation à une association cultuelle d'un édifice du culte ouvert au public, de leur restauration, de la réparation, de l'entretien-maintenance ou de la mise en valeur de ce bien ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationales ou, jusqu'au 31 décembre 2017, liée aux besoins d'un service départemental d'incendie et de secours. Ce bail emphytéotique est dénommé bail emphytéotique administratif ».

Toutefois, le Professeur E. FATOME remarque qu' « *aussi importantes que soient ces deux hypothèses, elles restent malgré tout spécifiques* »[1015] et se fondant sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 avril 1997, *Ministre du Budget c./ Société Sagifa*, il expose la vision du Conseil d'Etat qui est que « *dès lors qu'une construction est édifiée sur le domaine public en vue de répondre aux besoins du service public auquel le domaine est affecté, elle doit être inaliénable et, devant être inaliénable, elle doit appartenir au domaine public et, pour ce faire – puisqu'il s'agit d'une condition qui doit nécessairement être remplie pour qu'un bien puisse appartenir au domaine public – elle doit être la propriété d'une personne publique* »[1016]. Cette jurisprudence du Conseil d'Etat laisse perplexe pour plusieurs raisons. En effet, elle ne prend pas en compte la volonté du législateur qui admet que « *des équipements publics soient la propriété de personnes privées* »[1017]. De plus, au niveau du droit constitutionnel, dans sa décision n°96-378 du 23 juillet 1996 relative à *la loi de réglementation des télécommunications* ou encore dans sa décision du 14 avril 2005[1018], le Conseil constitutionnel considère que « *le déclassement d'un bien appartenant au domaine public ne saurait avoir*

[1015] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1016] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1017] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1018] Cons. Const., 14 avril 2005, *Loi n°2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports*, DC n°2005-513 où les requérants prétendaient que ni l'article 6, « *ni aucune autre disposition du titre Ier de la loi déférée ne prévoient les garanties nécessaires au 'respect des exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics'* » et qu' « *en particulier, (...) les biens déclassés et remis en pleine propriété à Aéroports de Paris en vertu de la loi déférée auraient dû être 'soumis à un régime particulier permettant de garantir la continuité du service public' ; qu'ils font valoir que l'autorité administrative doit être en mesure 'de reprendre sans délai la maîtrise directe de l'exploitation des aéroports de Roissy-Charles-de-Gaulle et de Paris-Orly' si l'exigent 'des motifs d'intérêt général tels que les nécessités de la défense nationale ou de la vie économique du pays'* ».

pour effet de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il reste affecté » et estime, en l'espèce, que contrairement à ce que prétendent les requérants, « *la loi déférée permet à l'Etat de s'opposer à toute forme d'aliénation d'un ouvrage ou d'un terrain nécessaire à la société Aéroports de Paris pour la bonne exécution et le développement de ses missions de service public ; que le législateur a ainsi garanti le respect, en temps normal, des exigences constitutionnelles qui s'attachent à la continuité du service public* ». La dernière raison tient en ce que « *cette solution de l'arrêt Sagifa, qui consiste à décider que tout équipement public doit appartenir au domaine public pour bénéficier de la protection qui résulte de cette appartenance, méconnaît (...) la distinction classique en matière de délégation de service public, entre deux catégories de biens : les biens de retour et les biens de reprise* »[1019] en ce sens que « *les biens de retour, sont des biens affectés au service public concédé qui sont propriété ab initio de la personne publique concédante et qui, de ce fait, appartiennent au domaine public, alors que les biens de reprise, eux, sont des biens qui appartiennent au concessionnaire pendant toute la durée de la concession et qui, de ce fait, bien qu'ils soient également affectés au service public et spécialement aménagés à cet effet n'appartiennent pas au domaine public, dès lors tout du moins que le concessionnaire, et donc le propriétaire, est une personne privée et non une personne publique* »[1020] ce qui laisse penser que le Conseil d'Etat ne prend pas en compte cette distinction et estime alors que « *tous les biens des concessions doivent appartenir au domaine public et que devant appartenir au domaine public, ils ne peuvent pas constituer des biens de reprise, mais qu'ils doivent tous constituer des biens de retour* »[1021]. Des difficultés juridiques se posent également pour l'apport en garantie d'équipements publics n'appartenant pas au domaine public, notamment en matière d'hypothèque[1022]. La notion de garantie en droit administratif des biens se présente de manière limitée en ce sens que « *même lorsqu'il est possible, l'apport en garantie d'un équipement public doit être subordonné à des conditions telles que son intérêt s'en trouve nécessairement très limité* »[1023] ce qui se confirme « *pour toute hypothèque constituée sur un équipement public* »[1024] car « *l'hypothèque est particulière et qu'elle ne garantit pas*

[1019] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1020] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1021] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1022] V. notamment E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71 où l'auteur présente successivement « *l'apport en garantie des équipements publics qui sont propriétés d'une personne publique mais qui n'appartiennent pas au domaine public* » et « *l'apport en garantie des équipements publics, propriétés d'une personne privée* ».
[1023] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1024] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.

absolument le créancier qui doit obtenir la collaboration de l'administration en cas de défaillance de l'emprunteur »[1025]. Ainsi, les biens des personnes publiques connaissent des difficultés d'appréciation et des contradictions de la part du législateur et des juridictions en matière de garantie ce que les conventions tripartites tentent de résoudre en respectant le principe de continuité du service public.

B. L'apport des conventions tripartites à la notion de garantie publique

La théorie de l'accessoire illustre en partie l'évolution du droit public qui tend à ce que les garanties personnelles se substituent aux garanties réelles. Néanmoins, cette évolution suit une autre évolution qui place les conventions tripartites au cœur des contrats de la commande publique éclairant ainsi la notion de garantie publique. En effet, Messieurs F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER constatent que « *les conventions tripartites ont, de façon générale et au minimum, pour double objet, d'une part, d'organiser le droit du crédit-bailleur sur le sol et sur les constructions et, d'autre part, de prévoir le sort des biens en cas de défaillance du délégataire ou de résiliation unilatérale par le délégant* »[1026] et précise que « *sur ce dernier point, la continuité du service public en cas de résiliation, résolution ou annulation de la convention pour quelque cause que ce soit est ainsi souvent envisagée* »[1027] ce qui implique que « *la collectivité publique a l'obligation contractuelle soit de succéder au délégataire comme preneur au contrat de crédit-bail, soit de lui substituer un nouveau délégataire (avec l'accord de l'établissement de crédit), soit de verser une indemnité d'occupation en contrepartie de l'incorporation des biens dans son patrimoine (non-exercice des deux facultés précédentes par l'administration ou refus d'agrément du crédit-bailleur dans le cas de la deuxième)* »[1028] . Sur ce dernier point, Messieurs TENAILLEAU et J.-L. TIXIER présentent deux interprétations en prenant le parti de la seconde qui est que dans ces circonstances « *le droit des aides aux entreprises n'est nullement en cause* »[1029]. Toutefois, « *pour certains, cette dernière option*

[1025] E. FATOME, *op. cit*., pp. 61-71.
[1026] F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER, « Le financement par crédit-bail des délégataires de service public – A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 21 mars 2005, Slibail Energie c/ Ville Conflans-Sainte-Honorine », *Contrats-marchés publ*., n°7, 2005, étude 14.
[1027] F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER, *op. cit.,* étude 14.
[1028] F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER, *op. cit.,* étude 14.
[1029] F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER, *op. cit.,* étude 14.

soulève une difficulté au regard du droit des aides locales : elle constituerait une garantie illicite »[1030].

[1030] F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER, *op. cit.,* étude 14.

CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 1

Dans la sphère publique, la notion de garantie répond à la même définition qu'en droit privé. En effet, la notion de garantie publique se définit comme l'ensemble des mécanismes permettant de se prémunir contre les risques d'une perte. Néanmoins, la notion de garantie se singularise dans la sphère publique autant au niveau organique qu'au niveau matériel mais également de manière plus générale par rapport à la finalité donnée à la notion de garantie publique.

La singularité organique de la notion de garantie publique se comprend par la présence de la personne publique qui se décline à différents niveaux et qui disposent de prérogatives souvent exorbitantes par rapport à celles du droit commun. Ainsi, la seule présence d'une personne publique peut être un gage de confiance suffisant pour les cocontractants qui par cette seule présence s'estime être prémunis contre les risques d'une perte. Cette singularité organique de la notion de garantie publique est développée à l'extrême par les institutions européennes ce qui dénature d'une certaine manière la notion même de garantie et pose la question des éventuelles faillites des personnes publiques et notamment de l'Etat.

Ainsi, la singularité de la garantie publique se manifeste également de manière matérielle. En effet, la définition de la notion de garantie que ce soit dans la sphère privée ou publique reste la même mais les mécanismes divergent. En effet, le droit public, même s'il tend à se banaliser, connaît des particularités liées à sa volonté de répondre à l'intérêt général mais également par sa codification qui reste encore lacunaire comme en témoigne l'absence d'un droit public des sûretés ou encore d'un Code des assurances publiques. Cette double singularité, matérielle et organique, de la garantie publique se confirme dans l'étude de l'étendue du domaine des garanties publiques.

Le domaine des garanties publiques permet de marginaliser certains mécanismes décrits par les institutions européennes comme répondant à la notion de garantie sans en assumer le régime, en l'espèce celui des aides d'Etat, et surtout de développer la principale singularité de la notion de garantie publique qui est qu'elle répond bien évidemment à une finalité économique mais également et surtout à la finalité de la politique publique. En effet, la notion de garantie publique joue un rôle au niveau des politiques publiques expliquant également la singularité du régime aux garanties publiques.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

La notion de garantie répond à une définition fonctionnelle en droit privé comme en droit public. En effet, la notion de garantie en droit public répond également à une définition fonctionnelle qui est l'ensemble des mécanismes permettant d'éviter des pertes. Toutefois, en droit public, la notion de garantie connaît certaines spécificités autant au niveau matériel que par rapport à la personne qui accorde sa garantie. Ainsi, les mécanismes entrant dans la définition de garantie ne sont pas forcément les mêmes dans la sphère privée et dans la sphère publique.

En effet, certains mécanismes du droit privé répondent à la notion de garantie ce qui n'est pas forcément le cas en droit public où ces mécanismes connaissent des limites comme pour le crédit-bail. Inversement, la notion de garantie publique connaît une double singularité, d'une part par rapport aux mécanismes qui entrent dans la notion de garantie dans la sphère publique et d'autre part, par rapport à la personne publique qui l'accorde.

Au niveau organique, la garantie publique se singularise par l'octroi par une personne publique d'un mécanisme prémunissant contre les risques d'une perte pécuniaire ou non. La présence de la personne publique revêt une importance toute particulière en ce sens qu'elle se présente pour les acteurs économiques et non économiques comme un gage de confiance en soi. En effet, lorsqu'une personne publique est présente, la confiance pour les cocontractants est renforcée même si les crises peuvent diminuer ce sentiment, il reste bien présent.

Cette confiance dans la personne publique renvoie tout particulièrement à l'Etat et ses prérogatives expliquant d'une certaine manière le contentieux relatif à certains établissements publics industriels et commerciaux au niveau du droit de l'Union européenne. En plus de l'ineffectivité présumée des voies d'exécution en droit public, ces établissements publics sont exemptés de procédures collectives ce qui laisse supposer pour les institutions européennes qu'en cas de défaillance financière, l'Etat apportera son soutien.

Toutefois, cet effet anticoncurrentiel dénoncé par l'Union européenne et la dénomination de garantie implicite et illimitée pour cet éventuel soutien que pourrait apporter l'Etat ne prend pas en compte la définition de la notion de garantie en elle-même qui est de se prémunir

contre les risques d'une perte. En effet, il n'est pas établi que les créanciers contractant avec ses établissements publics souhaitaient se prémunir contre le risque d'une perte et qu'ils ont préféré contracté avec eux qu'avec une autre entité.

Néanmoins, l'élément de confiance présent dans la notion de garantie et renforcé dans la sphère publique par la personnalité publique peut venir en soutien de la thèse des institutions européennes en ce sens que les créanciers en contractant avec ses personnes publiques cherchent à prendre le moins de risque et donc la présence de l'Etat en arrière plan les rassurent, même si dans le cas d'une insolvabilité de l'établissement public, la procédure pour que les dettes soient honorées peuvent s'avérer très longues et être en contradiction avec le respect de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Au niveau matériel, la notion de garantie publique présente donc également une singularité par rapport à la notion de garantie en droit privé comme en témoigne le domaine des garanties publiques. En effet, les garanties accordées par les personnes publiques connaissent une diversité comme en droit privé mais sont véritablement éparpillées par rapport à celles de la sphère privée du fait d'une codification du droit administratif encore minime par rapport à celui du droit privé.

Ainsi, les garanties publiques se retrouvent dispersées dans la sphère publique, notamment dans le Code général des collectivités territoriales et le Code des marchés publics pour les garanties accordées par les personnes publiques autres que l'Etat et pour l'Etat, ce sont les lois de finances qui les recensent même si celui-ci reste imparfait. Il n'existe pas en droit public de Code des assurances publiques ou encore un Code des entreprises publiques qui recenseraient l'ensemble des mécanismes entrant dans la notion de garantie publique et permettrait d'établir plus explicitement les différences entre les instruments de garantie et permettrait certainement de tendre vers une définition conceptuelle de la notion de garantie.

La notion de garantie publique, en plus de présenter une singularité aux niveaux organique et matériel par rapport aux garanties présentes dans la sphère privée, présente la particularité de ne pas seulement répondre à une finalité économique ou non économique mais également et surtout à une finalité politique.

En effet, l'intérêt général, clé de voûte du droit public, dirige l'action des personnes publiques au niveau non économique mais également économique. Ainsi, lorsqu'une personne publique

accorde sa garantie, elle intègre le respect de l'intérêt général dans l'octroi de cette garantie. En d'autres termes, accorder sa garantie représente pour la personne publique un moyen d'intervenir afin de renforcer le développement économique autant au niveau local que national. Néanmoins, ces interventions suivent un intérêt général économique mais également non économique ayant néanmoins bien souvent des conséquences économiques positives pour les personnes publiques et répondent alors finalement à une finalité politique en ce sens que les garanties accordées par les personnes publiques se fondent avant tout sur les développements des politiques publiques qui suit l'évolution de la société.

Ainsi, la notion de garantie publique est un instrument de politique publique qui regroupe l'ensemble des mécanismes accordés par une personne publique qui prémunissent contre le risque d'une perte et qui répondent aux finalités économiques et non économiques de l'intérêt général.

De plus, les Professeurs M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE estiment que « *seule (...) pourrait être considérée comme une opération de droit public la garantie fournie par une personne publique en dehors des règles normales du marché* »[1031]. Ce constat confirme l'idée que la notion de garantie publique revêt un caractère de droit public non pas seulement par les mécanismes qui entrent dans cette notion mais davantage par le régime appliqué à ces mécanismes.

La singularité de la notion de garantie publique se retrouve également dans son régime. Ainsi, répondant à une définition fonctionnelle, la notion de garantie se développe grâce à son régime. Cet apport du régime des garanties à la notion de garantie apparaît comme une réalité pour démontrer la singularité de la garantie publique, notamment par rapport au droit de la concurrence mais également à la singularité des institutions du droit public qui encadrent l'interventionnisme des personnes publiques.

[1031] M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, *op. cit*., p. 43. Ce constat reprend l'idée que « *raisonnant à partir du cas de la garantie octroyée par le Trésor public, un commentateur particulièrement compétent a noté que 'ce serait une imposture de présenter cette garantie du Trésor comme une technique bancaire, mais précisément le Trésor ne l'accorde que lorsque les vrais banquiers ne l'accordent pas' (J. Y. Haberer, Le Trésor et la politique financière, cours de l'Institut d'études politiques 1975-1976 et mise à jour, p. 252)* ».

PARTIE 2

LA SINGULARITE

DU REGIME

DES GARANTIES PUBLIQUES

Tout en répondant à la définition fonctionnelle de la notion de garantie, la notion de garantie publique se singularise par rapport à la notion de garantie présente en droit privé, notamment par la présence de la personne publique et par les finalités et règles qui régissent le droit public. Le régime des garanties publiques suit la même logique en ce sens où il s'établit de manière singulière en fonction des finalités du droit public et de la présence de la personne publique. En effet, comme le constate le Professeur G. ECKERT, « *la qualité de personne publique du garant n'est (…) pas sans incidence sur le régime de la garantie* »[1032].

Le régime des garanties publiques se comprend comme tout régime, c'est-à-dire comme « *un système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (ex. régime constitutionnel, régime foncier), soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (ex. régime de protection, régime pénitentiaire)* »[1033] et ce régime des garanties publiques se singularise matériellement et institutionnellement. En effet, la singularité des règles encadrant la garantie publique s'entend de manière matérielle mais également institutionnelle, distinction qui tient dans le fait que le

[1032] G. ECKERT, « La garantie des collectivités publiques », *in Mélanges* Ph. SIMLER, *Litec et Dalloz*, Paris, 2006, p. 325 et s.
[1033] G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, Paris, 2004.

droit matériel se présente comme le droit substantiel en s'opposant donc au droit formel et organique selon la définition donnée par le Doyen CORNU[1034] et le droit institutionnel, dérivé du terme 'institution' qui lui, se définit « *dans un sens général et large* »[1035] comme les « *éléments constituant la structure juridique de la réalité sociale* »[1036], c'est-à-dire comme « *l'ensemble des mécanismes et structures juridiques encadrant les conduites au sein d'une collectivité* »[1037] ou encore reprenant la définition du Doyen HAURIOU, le droit institutionnel correspond à « *une réalité que constitue soit un organisme existant (ex. un établissement administratif) lorsque s'y dégagent la conscience d'une mission et la volonté de la remplir en agissant comme une personne morale, soit une création lorsque le fondateur, découvrant l'idée d'une œuvre à réaliser, entreprend cette réalisation en suscitant une communauté d'adhérents ; ou encore, organisation sociale établie en relation avec l'ordre général des choses dont la permanence est assurée par un équilibre des forces ou par une séparation des pouvoirs et qui constitue par elle-même un état de droit* »[1038]. Ainsi, le droit institutionnel s'illustre « *en droit public (comme la) conception qui permet d'analyser les diverses institutions administratives en mesurant leur degré d'individualité et d'autonomie et de fournir une théorie réaliste de l'Etat en justifiant sa valeur inhérente d'état de droit et en expliquant son autolimitation par les équilibres résultant de séparations de pouvoirs internes* »[1039].

L'application de la distinction du droit matériel et du droit institutionnel au régime des garanties publiques présente l'intérêt de distinguer les règles et les institutions qui s'appliquent de manière singulière aux garanties publiques. Ainsi, au niveau matériel, la garantie publique est encadrée par le droit administratif et le droit public économique, et, au niveau institutionnel, les garanties publiques le sont par les institutions issues des finances publiques mais également par la singularité des voies d'exécution en droit public.

La singularité matérielle du régime des garanties publiques se manifeste donc par les règles présentes en droit public, droit public qui suit l'évolution de l'action publique en adaptant ses règles aux transformations de la société. Ce constat se confirme lors de périodes

---

[1034] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 569 qui précise que le droit matériel « *a trait au contenu d'un acte, à son objet* ».
[1035] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 488-489.
[1036] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 488-489.
[1037] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 488-489.
[1038] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 488-489.
[1039] G. CORNU, *op. cit.*, pp. 488-489.

où des crises surviennent[1040], notamment les crises économiques et financières comme, par exemple, celle qui a débuté en 2008 suite à la faillite de la banque Lehman Brothers. Ainsi, les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX suggèrent que « *le moment semble (...) venu de changer d'échelle pour penser l'action publique au niveau international, dans la mesure où la crise financière a illustré l'incapacité des Etats à empêcher isolément la survenance des facteurs de risques systémiques ou à les traiter sans coordonner leurs interventions* »[1041] et en déduisent que « *loin d'être un signe de déclin de l'action publique, cet épisode témoigne surtout du glissement de son centre de gravité, de l'Etat-nation vers l'Etat-garant du bien public, se manifestant au niveau approprié, selon une logique de subsidiarité* »[1042].

En effet, le Professeur M. LOMBARD constate que la crise de 2008 « *n'a pas seulement démontré l'incapacité du marché à s'autoréguler face à des initiatives débridées, elle a aussi montré les limites d'une intervention publique limitée au respect des règles de concurrence* »[1043] et précise que « *celle-ci ne suffit pas (...) pour combattre la tendance du marché à s'autodétruire par ses excès* »[1044]. Ainsi, pour le Professeur M. LOMBARD, « *la crise ne rouvre certes pas le débat sur les mérites de l'économie de marché comparée à une économie centralisée, mais elle témoigne de la nécessité d'un cadre réglementaire rénové au moins en ce qui concerne les marchés financiers* »[1045] et « *montre surtout les mérites d'une action publique forte, qui a été finalement l'unique valeur en hausse pendant la tourmente boursière, et se révèle même la seule valeur refuge vers laquelle chacun se tourne depuis lors, depuis les banques jusqu'aux constructeurs automobiles* »[1046].

Alors que le droit administratif contribue principalement à encadrer et définir les règles de formation et de mise en œuvre de la garantie publique, le droit public économique, sous l'influence notamment du droit de l'Union européenne, développe et approfondie les éléments encadrant le régime des garanties publiques en ce sens que « *le droit public économique comporte (...) l'ensemble des règles à travers lesquelles la puissance publique manifeste, directement ou indirectement, sa présence dans le domaine économique* »[1047]. Cette approche

---

[1040] V. Colloque organisé le 26 février 2010 à la Faculté de droit de Grenoble par le Groupe de recherche en droit public économique, « Le droit public économique face à la crise économique », *RFDA* 2010, p. 727 et s.
[1041] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, *LGDJ*, Issy-les-Moulineaux, 2014, 7ème éd., p. 21.
[1042] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 21.
[1043] M. LOMBARD, « La crise : une parenthèse ? Plutôt un tournant… », *RJEP* 2009, p. 1.
[1044] M. LOMBARD, *op. cit*., p. 1.
[1045] M. LOMBARD, *op. cit*., p. 1.
[1046] M. LOMBARD, *op. cit*., p. 1.
[1047] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 21.

du droit public économique des Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX « *annonce (...) un vaste champ d'investigation qui met en scène aussi bien la figure classique de l'Etat entrepreneur, en régression sous la poussée du libéralisme économique mais renouvelée, sous l'apparence de l'Etat actionnaire, par le retour d'une stratégie affichée d'investissement public partenarial, que celle de l'Etat régulateur, qui commence à connaître d'importants développements et permet de souligner que, loin d'être en déclin, le droit public économique se maintient, tout en s'ouvrant davantage à la mixité des règles issues du droit public et du droit privé* »[1048]. Ce constat confirme le développement de la singularité des garanties publiques et de leur régime en ce sens que le droit public économique « *tend à incorporer à la légalité administrative les règles et les techniques privatistes qui étaient censées assurer son éviction, en les mettant au service de la recherche pragmatique d'un optimum au contenu âprement discuté mais dont le principe n'est nullement remis en cause : l'orientation des activités économiques vers la satisfaction de l'intérêt général* »[1049].

La singularité institutionnelle du régime des garanties publiques tient quant à lui aux institutions issues du secteur public financier mais également à la souplesse des voies d'exécution du droit public. En effet, le droit des finances publiques se présente comme étant par lui-même singulier en ce sens que « *si la matière est bien hérissée d'écueils, l'image négative qui en résulte est sans doute excessive et ne résiste pas à une approche soucieuse de mettre en avant la singularité scientifique des finances publiques* »[1050] et « *parce qu'elles sont fondamentalement d'essence politique, qu'elles sont issues d'une longue histoire traversée notamment par une préoccupation fondamentale, celle de la transparence financière, et que cette dernière a toujours été systématiquement liée à la qualité du lien social, les finances publiques se présentent comme un instrument privilégié d'analyse et de création des sociétés politiquement organisées : non seulement elles permettent d'en lire les mécanismes mais elles donnent naissance aussi à des conceptions et pratiques nouvelles* »[1051]. En d'autres termes, le droit des finances publiques par l'intermédiaire d'institutions comme la Cour des comptes ou encore la Caisse des dépôts et des consignations éclaire la singularité du régime des garanties publiques ce qui est également le cas des voies d'exécution du droit administratif qui sont également par elles-mêmes singulières en ce sens qu'elles apparaissent comme peu efficaces

[1048] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 21.
[1049] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., pp. 21-22.
[1050] M. BOUVIER, M.-Ch. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, *LGDJ*, Paris, 9ème éd., 2008, p. 1.
[1051] M. BOUVIER, M.-Ch. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, *op. cit.* , p. 1.

par rapport à celles du droit privé et se présentent comme un élément de qualification des garanties implicites et illimitées, qualifiées d'aide d'Etat par le droit de l'Union européenne.

A l'image de la notion de garantie en droit public, le régime des garanties publiques apparaît de manière singulière d'une part, au niveau des règles régissant les garanties publiques (TITRE 1) et d'autre part, au niveau des institutions encadrant les garanties publiques (TITRE 2).

TITRE 1

LA SINGULARITE MATERIELLE

DU REGIME

DES GARANTIES PUBLIQUES

Le régime des garanties publiques présente une singularité matérielle qui se manifeste par des règles issues du droit administratif mais également, de manière plus large, du droit public économique. Concernant les garanties publiques et leur régime, le droit administratif joue un rôle important en ce sens qu'il permet de fixer les règles de constitution des garanties publiques et celles encadrant leurs éventuelles mises en œuvre. Cet encadrement s'illustre notamment par les lois de finances pour l'Etat et le Code général des collectivités territoriales pour les collectivités territoriales qui tout en fixant un cadre juridique pour les garanties publiques tentent de répondre à la satisfaction de l'intérêt général en limitant les risques pour les finances publiques ce qui est également le cas du droit public économique. En effet, le droit public économique, distinct, tout du moins de manière terminologique, du droit public des affaires, du droit public de la régulation économique ou encore du droit public de l'économie[1052], se présente comme une branche du droit public qui « *ne régit pas nécessairement toutes les activités ayant une incidence économique, mais seulement celles qui*

[1052] Sur cette distinction, v. notamment, J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 28 et s. où ils constatent que « *la notion de droit public économique tend parfois à être écartée au profit de celle du droit public des affaires ou encore de droit public de la régulation économique. Réalistes, car témoignant de l'orientation générale de l'évolution des règles applicables à la présence publique dans l'économie, ces appellations renvoient en réalité à des disciplines qui ne recoupent que partiellement le DPE* » et estiment que « *davantage que de concurrence,*

manifestent une présence de la puissance publique, signe que le domaine de l'économie ne saurait échapper à l'intérêt général dont l'Etat a la charge »[1053].

Ainsi, le droit public économique « *se situe ainsi au cœur d'une tension entre la tendance à une banalisation, favorable à l'application pure et simple du droit privé aux activités économiques entreprises ou influencées par la puissance publique et le maintien de règles propres au secteur public, dont certaines sont déjà anciennes, tandis que d'autres s'adaptent aux exigences contemporaines de ces activités publiques* »[1054]. De plus, les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX constatent alors que « *l'existence du droit public économique signifie aussi que l'action de la puissance publique est soumise à la règle de droit, même si elle diffère parfois de celle qui s'applique aux opérateurs privés* »[1055] et estiment que « *le droit public apparaît (...) comme une composante essentielle de la notion* »[1056] de droit public économique en ce sens qu' « *il est le signe que le droit public économique est d'abord caractérisé par la présence active de la puissance publique dans le jeu économique* »[1057]. En d'autres termes, le droit public économique fixe, entre autres, des règles pour les mécanismes ayant des conséquences économiques et où la puissance publique est présente ce qui est le cas des garanties publiques qui se voient donc bien encadrer par le droit public économique. Ce constat se confirme par le fait que « *le droit public économique n'est pas autre chose que le nom que l'on donne aux règles de droit public appliquées à la présence publique dans l'économie* »[1058] et que son existence « *correspond à un stade de l'évolution du droit public confronté, hier à l'élargissement de la sphère des activités publiques, aujourd'hui aux mutations de la présence étatique dans le secteur économique et social* »[1059]. La présence de la personne publique se révèle être un élément déterminant à la

---

on parlera donc d'enrichissement réciproque, la discussion méritant sans doute de demeurer ouverte sur cette diversité terminologique ».

[1053] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 26 où les auteurs précisaient préalablement que « *comme le droit économique, le droit public économique s'explique par le fort développement de l'activité marchande et la nécessité de l'organiser juridiquement. Mais il est moins large et plus précis* », droit économique qui « *trouve non seulement ses origines, mais développe également ses principales manifestations contemporaines, dans le droit civil, le droit du travail, le droit commercial, voire le droit pénal* ». De plus, « *le droit des affaires, qu'il soit national ou international, contribue aussi aujourd'hui très largement à la constitution du droit économique* » ce qui permet de déduire que « *le droit économique est potentiellement très étendu et témoigne de l'emprise croissante de l'économie marchande sur la sphère des activités individuelles ou collectives qui constituent l'objet des disciplines juridiques classiques* ».

[1054] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 21.

[1055] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 26.

[1056] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 26.

[1057] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 26.

[1058] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 26.

[1059] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 26.

notion de garantie publique et donc de son régime. En effet, la singularité matérielle du régime des garanties publiques qui prend en compte la spécificité de la personne publique « *emporte des conséquences importantes sur les relations d'affaires qu'elles peuvent entretenir avec les opérateurs privés, lesquelles ne sont jamais entièrement celles existant entre deux personnes privées* »[1060] ce qui n'empêche pas le droit public de respecter les règles du droit de la concurrence. Ainsi, comme le rappelle le Professeur S. NICINSKI, « *le droit de la concurrence comporte deux types d'impacts en droit administratif* »[1061] en ce sens qu' « *il est considéré comme applicable aux entreprises du secteur public et cela ne date pas de l'arrêt Million et Marais* »[1062]. En effet, « *les sociétés du secteur public et les entreprises publiques à statut de droit public relèvent des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce, qui s'appliquent à toute entité qualifiable d'entreprise* »[1063] ce qui explique qu' « *il n'a pas fallu attendre 1997 pour que les entreprises publiques entrent dans le champ d'intervention de l'Autorité de la concurrence, voire du juge judiciaire, qui, on le rappelle, reste compétent sur le fondement de l'article 1382 du Code civil pour connaître de litiges dans lesquels une pratique anticoncurrentielle est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de son auteur au sens des disposions précitées* »[1064]. Le second impact du droit de la concurrence sur le droit administratif tient au fait que « *le droit de la concurrence est également opposable aux actes administratifs, au sens où l'administration, par l'une de ses décisions, ne doit pas placer directement un opérateur en situation de méconnaître le droit de la concurrence* »[1065]. De plus, comme le remarque le Professeur A. CARTIER-BRESSON, « *c'est largement sous l'influence du droit communautaire que l'assujettissement du secteur public au droit de la concurrence s'est affirmé en droit interne, avec la réforme opérée par l'ordonnance du 1er décembre 1986 et, plus récemment, l'intégration du droit de la concurrence dans le 'bloc' de la légalité administrative* »[1066] confirmant l'idée que « *la notion de droit public de la concurrence tend (...) à progresser depuis quelques années* »[1067].

Ainsi, le droit de la concurrence, sous l'influence notamment du droit de l'Union européenne, encadre et singularise les garanties accordées par les personnes publiques

---

[1060] G. ECKERT, « La garantie des collectivités publiques », *in Mélanges* Ph. SIMLER, *Litec et Dalloz*, Paris, 2006, p. 325 et s.
[1061] S. NICINSKI, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135 et s.
[1062] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 1135 et s.
[1063] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 1135 et s.
[1064] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 1135 et s.
[1065] S. NICINSKI, *op. cit*., p. 1135 et s.
[1066] A. CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire*, Préf. D. TRUCHET, *LGDJ*, Thèse Paris, 2010, p. 355.
[1067] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 356.

(CHAPITRE 2) ce qui est également le cas des règles du droit administratif relatives aux garanties publiques (CHAPITRE 1).

<u>CHAPITRE 1 :</u> L'encadrement des garanties publiques par le droit administratif

Le droit administratif encadre le régime des garanties publiques de manière générale et la précise à la fois. En effet, il englobe une partie des règles relatives au régime des garanties publiques que ce soit les règles à respecter lors de leur constitution ou celles relatives à leur éventuelle mise en œuvre. En d'autres termes, par ces règles relatives à la formation des garanties publiques, le droit administratif vient en quelque sorte apporter son soutien aux finances publiques en établissant des règles qui protègent les personnes publiques lorsqu'elles octroient des garanties.

De plus, en tant que prolongement du droit administratif général, le droit administratif des biens encadre également le régime des garanties publiques lorsque celles-ci revêtent la forme de garanties réelles et non personnelles. En effet, l'encadrement du régime des garanties publiques par le droit administratif se singularise également par les spécificités liées à la personne publique qui accorde la garantie, c'est-à-dire soit par l'Etat soit par les collectivités territoriales, mais également selon la forme que prend la garantie publique.

Enfin, face à la singularité de la notion de garantie publique qui comprend des mécanismes connus depuis plus longtemps par le droit privé, l'encadrement des garanties publiques par le droit administratif nécessite aussi l'étude de la répartition des compétences juridictionnelles lorsque les règles relatives à l'encadrement des garanties publiques posent des difficultés d'application ou d'interprétation.

Ainsi, comme en témoigne la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 pour la garantie de l'Etat[1068], les règles encadrant les garanties publiques régissent donc l'octroi et l'appel de ces garanties accordées par les personnes publiques. Ainsi, le droit administratif permet de poser les règles en matière de constitution des garanties publiques (SECTION 1) mais également lors de leur éventuelle mise en œuvre (SECTION 2).

[1068] V. notamment M. CONAN, « De la garantie de l'Etat en lois de finances rectificatives – Plan de financement et plan de relance de l'économie », *DA* 2009, n°5, étude 10 où l'auteur rappelle que « *la LOLF effectue clairement la distinction entre 'l'octroi des garanties de l'Etat' (art. 34) et 'les appels en garanties' (art. 5) résultant de leur 'mise en jeu' (art. 10)* ».

SECTION 1 : La constitution des garanties publiques

Les règles de constitution des garanties publiques varient d'une part, en fonction de la personne publique qui accorde sa garantie, et d'autre part, en fonction du mécanisme de garantie qui est accordé par la personne publique. En effet, les garanties réelles accordées par les personnes publiques tout en laissant une place croissante aux garanties personnelles connaissent un renouveau que le droit administratif doit prendre en compte pour le régime des garanties publiques. Néanmoins, la principale distinction retenue par le droit administratif pour l'encadrement de la garantie publique tient dans la personne publique qui accorde sa garantie. En effet, le régime encadrant la formation des garanties de l'Etat connaît une singularité liée à la spécificité de la personne qu'est l'Etat (§1) et cette singularité de la formation des garanties publiques se présente également pour les garanties accordées par les collectivités territoriales mais de manière plus complexe (§2).

§ 1. La singularité de la formation des garanties de l'Etat

Comme le souligne le Professeur G. ECKERT, « *si l'octroi de la garantie des collectivités territoriales est très strictement réglementé, l'intervention de l'Etat ne fait l'objet que de rares dispositions de portée générale* »[1069]. En effet, sur le fondement de l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001, l'octroi de la garantie de l'Etat ainsi que son régime sont subordonnés à l'autorisation par une loi de finances (I) ce qui pose la question du régime et du sort des garanties accordées par l'Etat sans cette autorisation (II).

[1069] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.

I. La subordination des garanties de l'Etat à une autorisation législative

L'article 34-II-5° de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) du 1er août 2001 prévoit que la loi de finances « *autorise l'octroi des garanties de l'Etat et fixe leur régime* ». Ainsi, le législateur financier dispose d'une compétence de principe pour les garanties accordées par l'Etat (A) ce qui a bien été appliquée par les lois de finances postérieures à la publication de la LOLF (B).

A. La compétence de principe du législateur issue de la LOLF en matière d'octroi des garanties de l'Etat

La loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 « *ne se contente pas (...) de redéfinir les rapports entre Parlement et gouvernement en augmentant de manière notable les pouvoirs d'initiative et de contrôle des députés et des sénateurs, alors que l'ordonnance de 1959, dans la logique de la Constitution de 1958, avait eu au contraire pour objectif de renforcer ceux du gouvernement* »[1070]. En effet, le Conseiller à la Cour des comptes A. BARILARI et le Professeur M. BOUVIER précisent que « *tournant le dos à la classique, et parfois courtelinesque, logique de moyens qui s'attache à ne considérer que le montant des crédits alloués, il lui substitue une logique de résultats qui, marquée par une philosophie d'entreprise, prend d'abord en considération les objectifs à atteindre* »[1071]. Ainsi, l'article 34-II-5° de cette loi organique du 1er août 2001 conditionne l'octroi de la garantie de l'Etat à une autorisation par une loi de finances ce qui implique donc « *l'obligation de procéder à l'autorisation des garanties en loi de finances, prévue par l'article 34, suppose la soumission au Parlement chaque année, à cet effet, de chaque*

[1070] A. BARILARI et M. BOUVIER, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, *LGDJ*, Paris, 2ème éd., 2007, p. 10.
[1071] A. BARILARI et M. BOUVIER, *op. cit.*, p. 10.

demande de garantie nouvelle, prise individuellement »[1072]. En effet, le Professeur M. CONAN souligne que « *l'Etat prend (...) un risque très important effectivement à plus ou moins long terme : le risque de voir la garantie, octroyée dans un premier temps, être appelée dans un second temps par les créanciers de tiers défaillants, mais pour lesquels précisément l'Etat s'est porté garant* »[1073] et estime alors qu' « *au regard des conséquences financières susceptibles d'en résulter, il est tout à fait justifié que le Gouvernement soit soumis ici à autorisation préalable du Parlement devant légitimement figurer en loi de finances* »[1074] en ce sens que « *l'octroi d'une telle garantie ne saurait être réalisé sans une étroite mesure du risque encouru et la mesure d'un tel engagement pour l'avenir se doit d'être parfaitement appréciée par l'autorité législative* »[1075]. Cette règle d'autorisation législative pour la garantie de l'Etat se retrouve dans d'autres Etats européens comme en Allemagne où l'article 115 (1) de la Loi fondamentale dispose que « *la souscription d'emprunts ainsi que les engagements sous forme de cautions, de garanties ou de sûretés de toute nature, qui pourraient engendrer des dépenses pour les exercices futurs, doivent être autorisés par une loi fédérale qui en fixe ou permet d'en fixer le montant* » ou encore en Finlande où là la Constitution dans l'alinéa second de son article 82 énonce qu' « *une caution ou une garantie de l'Etat peut être accordée, après consentement du Parlement* ».

De plus, le Professeur M. CONAN souligne que « *l'article 35 de la LOLF précise pour sa part les dispositions de la loi de finances de l'année que seules des lois de finances rectificatives peuvent venir modifier : il en est ainsi des garanties de l'Etat* »[1076] et en déduit alors que « *si par conséquent, de telles garanties vont continuer de trouver leur place au sein*

[1072] Ph. DAUTRY, ss l'article 61, *in La réforme du budget de l'Etat, la loi organique relative aux lois de finances*, *LGDJ*, coll. systèmes, 2ème éd., 2004, p. 375 où l'auteur précise que « *leur liste n'est pas prévue dans le cadre d'une annexe obligatoire au projet de loi de finances, et s'inscrira donc, en pratique, directement dans un article du projet de loi de finances* » et confirme donc qu' « *il s'agit en effet clairement d'exiger, pour l'avenir, que le Parlement se prononce sur chaque nouvelle demande d'octroi de garantie de l'Etat* ».

[1073] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.

[1074] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.

[1075] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.

[1076] M. CONAN, *op. cit*., étude 10. De plus, sur l'article 35 de la LOLF, v. notamment comm. de Ph. LAMY, *in La réforme du budget de l'Etat, la loi organique relative aux lois de finances*, *LGDJ*, coll. Systèmes, 2ème éd., 2004, p. 242 où l'auteur explique que « *l'article 35 définit le contenu et la structure des lois de finances rectificatives, par référence à l'article 34 : l'objet de la loi de finances rectificative étant, par nature, de modifier la loi de finances de l'année, il est en effet logique de calquer les compétences de la seconde sur celles de la première* » et que « *cet article remplace, à compter du 1er janvier 2005, les dispositions des articles 2 (avant dernier alinéa) et 34 de l'ordonnance de 1959* ». De plus, l'auteur précise qu' « *en énumérant les dispositions de la loi de finances de l'année que seules les lois de finances rectificatives peuvent modifier, l'article 35 définit le contenu exclusif de celles-ci* » et qu' « *il s'agit donc d'un noyau de compétences communes aux deux catégories de lois, au sein duquel toute incursion d'une autre loi est proscrite. Sont visés : (...) – l'octroi de garanties nouvelles, la*

d'une loi de finances rectificative comme il en était l'usage jusqu'alors, elles ne sauraient dorénavant figurer cependant dans une loi ordinaire et encore moins dans un texte réglementaire comme cela a pu se faire antérieurement sous l'égide de l'ordonnance du 2 janvier 1959 relative aux lois de finances »[1077] tout en précisant que « *le texte organique se contentait d'évoquer dans son article 2 les garanties accordées par l'Etat parmi les dispositions qui, en engageant l'équilibre financier des futurs exercices, étaient de nature à déroger au principe d'annualité budgétaire* »[1078] et « *ne précisait aucunement si elles relevaient du domaine exclusivement réservé aux lois de finances* »[1079]. Néanmoins, le Professeur G. ECKERT relève que la règle de compétence de l'article 34 de la LOLF qui conditionne l'octroi d'une garantie de l'Etat à une autorisation législative « *n'est cependant pas sans poser de difficultés* »[1080] en ce sens que « *la compétence de principe du législateur financier n'exclut (...) pas celle du pouvoir réglementaire intervenant sur habilitation de celui-ci* »[1081]. En effet, la compétence de principe du législateur afin d'autoriser l'Etat à accorder sa garantie peut encore, dans une certaine mesure, se substituer à la compétence du pouvoir réglementaire. Cette compétence d'exception du pouvoir réglementaire pour les garanties de l'Etat a été exprimée par le Conseil d'Etat lors de son avis du 21 décembre 2000 où il a rappelé qu' « *une loi organique relative aux lois de finances pourrait prévoir que ce type de charge ne peut résulter que d'une loi de finances* » tout en précisant que « *toutefois, pour permettre d'accorder des garanties d'urgence, si un impératif de la vie économique le rend nécessaire, elle peut aussi déléguer ce pouvoir au Gouvernement dans des conditions restrictivement définies qui pourraient être une obligation de compte rendu dans la prochaine loi de finances* »[1082]. En d'autres termes, la loi organique relative aux lois de finances conditionne l'octroi des garanties de l'Etat à une autorisation législative tout en permettant en cas d'urgence de laisser le gouvernement accorder la garantie de l'Etat. Ainsi, dès 2003, les lois de finances ont appliqué cette disposition de la LOLF. Néanmoins, des exemples d'autorisation par les lois de finances de la garantie de l'Etat existent comme en matière d'enseignement. En effet, afin de tempérer le principe qui est que « *les collectivités publiques ne peuvent pas participer au financement des dépenses (d'investissement) supportées par les*

---

prise en charge de nouvelles dettes de tiers ou la modification du régime des garanties et prises en charge existantes ».

[1077] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.
[1078] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.
[1079] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.
[1080] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1081] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1082] CE, ass. Gén., Avis n°356546, 21 déc. 2000, *EDCE* 2001, n°52, p. 210.

établissements d'enseignement privés »[1083], « *la loi de finances rectificative pour 1964 a permis à l'Etat de garantir les emprunts émis par des groupements ou associations à caractère national en vue de financer la construction, l'acquisition ou l'aménagement de locaux d'enseignement privé* »[1084]. Ainsi, la LOLF vient confirmer et rendre effective cette compétence du législateur en matière d'octroi de garanties par l'Etat.

B. L'application de l'article 34-II-5° de la LOLF relatif à la compétence de principe du législateur en matière d'octroi des garanties de l'Etat

L'article 34-II-5° de la LOLF implique donc que les garanties de l'Etat soient autorisées par une loi de finances. Cette compétence de principe du législateur financier a été appliquée, par exemple, dans la loi n°2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie « *qui apportait un soutien massif, sous forme de garantie publique plafonne à 360 milliards d'euros, au refinancement et à la recapitalisation des banques françaises* »[1085]. En effet, l'article 6 de cette loi autorise le ministre chargé de l'économie d'accorder la garantie de l'Etat « *à titre onéreux aux titres de créance émis par une société de refinancement dont le siège est situé en France et qui a pour objet, par dérogation à l'article L. 511-5 du Code monétaire et financier, de consentir des prêts aux établissements de crédit agréés et contrôlés dans les conditions définies par ce Code* » et précise que « *les établissements concernés passent une convention avec l'Etat qui fixe les contreparties de la garantie, notamment en ce qui concerne le financement des particuliers, des entreprises et des collectivités territoriales. Cette convention précise également les engagements des établissements et de leurs dirigeants sur des règles éthiques conformes à l'intérêt général* ». De plus, comme le précise le Professeur M. CONAN, « *il est important de signaler (…) que deux lois de finances rectificatives sont intervenues juste après l'adoption de la loi du 27 décembre 2008 de finances pour 2009* »[1086]. En effet, la loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 autorise l'Etat a accordé sa garantie dans

---

[1083] J.-M. PONTIER, « Une histoire sans fin ? – Ecole privée, école publique, la parité de financement », *JCP Adm.* 2009, 2272.
[1084] J.-M. PONTIER, *op. cit.*, 2272 où l'auteur précise également que « *par la suite, la loi n°86-972 du 19 août 1986 a, par son article 19, étendu cette possibilité de garantie d'emprunt aux collectivités territoriales* ».
[1085] Ch. WALINE et F.-R. BENOIS, « Le Parlement et la crise financière », *RJEP* n°662, mars 2009, étude 4.
[1086] M. CONAN, *op. cit.*, étude 10.

ses articles 117 à 126. Néanmoins, l'article 124 de cette loi de finances rectificative pour 2008 a été censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°2008-574 du 29 décembre 2008 « *considérant que l'article 124 de la loi déférée autorise le ministre chargé de l'économie à accorder la garantie de l'Etat pour couvrir les frais de dépollution permettant la remise en état de certains terrains de la société SNPE, ou de ses filiales, à l'occasion de leur cession ; que le troisième alinéa de cet article dispose que : Le plafond des frais de dépollution couverts par la garantie sera arrêté à l'issue d'un audit environnemental réalisé, à la charge de la société SNPE ou de ses filiales visées au premier alinéa, par un expert indépendant, avant leur cession…* » tout en rappelant également que « *le 5°du II de l'article 34 de la loi organique du 1er août 2001 dispose que la loi de finances autorise l'octroi des garanties de l'Etat et fixe leur régime* » estime alors « *qu'en renvoyant la fixation du plafond de cette garantie à un acte administratif prenant en compte une expertise postérieure à la loi sans évaluer cette charge ou en limiter le montant, l'autorisation donnée au ministre chargé de l'économie d'accorder la garantie de l'Etat méconnaît les dispositions du 5° du II de l'article 34* »[1087]. Cette loi de finances rectificative du 30 décembre 2008 admet également à son article 118 que « *la garantie de l'Etat est accordée à la société OSEO Garantie, SA, pour l'équilibre d'un fonds de garantie géré par cette société et destiné à faciliter l'octroi de prêts aux étudiants* » et son article 119 prévoit que « *conformément aux dispositions de la loi n°2008-518 du 3 juin 2008 relative aux opérations spatiales, l'Etat est autorisé à garantir l'indemnisation des dommages causés à des tiers dans le cadre d'une opération spatiale autorisée en application de la loi mentionnée et menée depuis un territoire de l'Espace économique européen* » et précise que « *cette garantie s'exerce, sauf faute intentionnelle ou inobservation grave des prescriptions de l'autorisation, au-delà d'un plafond fixé dans cette même autorisation* », plafond « *compris entre 50 millions d'euros et 70 millions d'euros* ». Enfin, l'article 123 de cette même loi complète la garantie accordée à la société Dexia autorisée par la loi de finances rectificative pour 2008 du 16 octobre 2008.

De plus, afin de renforcer l'autorisation du législateur en matière d'octroi des garanties de l'Etat, l'article 54-7° de la loi organique relative aux lois de finances énonce que « *sont joints au projet de loi de règlement* : *le compte général de l'Etat, qui comprend la balance générale des comptes, le compte de résultat, le bilan et ses annexes parmi lesquelles la présentation du traitement comptable des opérations mentionnées au deuxième alinéa de*

[1087] Cons. Const., 29 déc. 2008, déc. n°2008-574 DC, *loi de finances rectificative pour 2008*, JO 31 déc. 2008.

l'article 8, une évaluation des engagements hors bilan de l'Etat, ainsi que la liste des contrats de partenariat et des baux emphytéotiques avec leurs montants et leurs dates d'échéances ». De cet article 54-7°, le Conseiller à la Cour des comptes A. BARILARI et le Professeur M. BOUVIER soulignent donc qu'« *une évaluation des engagements hors bilan de l'Etat doit figurer en annexe de la loi de règlement* »[1088] et précisent qu' « *il s'agit selon la liste établie par le comité des normes de trois catégories d'engagements : d'une part des engagements pris dans le cadre d'accords qui lient juridiquement l'Etat à un tiers. Figurent par exemple dans cette catégorie la dette garantie, les garanties liées à des missions d'intérêt général (il peut s'agir de mécanismes d'assurance tels que la COFACE), les contrats de cofinancement (comme les engagements pris dans le cadre des contrats de plan Etat-Régions) ; d'autre part les engagements 'découlant de la mise en jeu de la responsabilité de l'Etat faisant l'objet de litiges avérés' et ceux résultant des obligations reconnues par l'Etat, pour lesquels les conditions de comptabilisation des provisions pour risques ne sont pas vérifiées ; enfin les engagements de retraites des fonctionnaires* »[1089]. Néanmoins, les mécanismes mis en place par la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 connaissent certaines difficultés d'application pour les garanties accordées par l'Etat sans autorisation législative.

II. La particularité de l'apport des garanties de l'Etat sans autorisation législative

La loi organique relative aux lois de finances tout en posant la condition de l'autorisation législative a également prévu un régime transitoire à l'article 61 pour les mécanismes de garantie accordés préalablement à cette exigence (A) ce qui n'est pas sans conséquence pour le régime de la garantie de l'Etat (B).

[1088] A. BARILARI et M. BOUVIER, *op. cit*., p. 59.
[1089] A. BARILARI et M. BOUVIER, *op. cit*., p. 59.

A. L'application du régime transitoire aux garanties de l'Etat octroyées sans autorisation du législateur

L'article 34-II-5° de la loi organique relative aux lois de finances a permis aux lois de finances de procéder à un inventaire des garanties accordées par l'Etat. En effet, le Professeur M. CONAN remarque que « *le passage d'un texte organique à l'autre au 1er janvier 2005, date de l'entrée en vigueur de la LOLF et de l'abrogation de l'ordonnance, s'est accompagné en la matière de mesures transitoires expressément prévues par l'article 61 de la LOLF* »[1090] et précise que « *les procédures d'autorisation législative qui en ont résulté ont été l'occasion de procéder à un inventaire complet des garanties antérieurement accordées par l'Etat et cela sous le contrôle étroit du juge constitutionnel* »[1091]. En effet, l'article 61 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001 énonce que « *dans un délai de trois ans à compter de la publication de la présente loi organique, toute garantie de l'Etat qui n'a pas été expressément autorisée par une disposition de loi de finances doit faire l'objet d'une telle autorisation* ». En d'autres termes, cet article 61 de la LOLF « *détermine le régime transitoire des garanties octroyées sans autorisation du législateur financier, avant l'entrée en vigueur de l'article 34 dont le 5° du paragraphe II impose l'obligation d'intégrer, dans la deuxième partie de la loi de finances, l'autorisation de l'octroi des garanties de l'Etat, ainsi que la fixation de leur régime* »[1092]. Ainsi, Monsieur Ph. DAUTRY souligne que « *par souci de continuité et d'homogénéité, le traitement des garanties déjà accordées par l'Etat dans le passé est prévu par le dispositif transitoire de l'article 61, et organisé de façon à ce que le Parlement puisse veiller à l'application rigoureuse du principe de l'autorisation de l'octroi de la garantie de l'Etat uniquement en loi de finances* »[1093]. De plus, l'alinéa second de l'article 61 précise qu' « *une annexe récapitulant les garanties de l'Etat qui, au 31 décembre 2004, n'ont pas été expressément autorisées par une loi de finances est jointe au projet de loi de règlement du budget de l'année 2004* ».

Ainsi, l'article 80 de la loi n°2003-1312 de finances rectificative pour 2003 du 30 décembre 2003 a validé en globalité l'ensemble des garanties accordées antérieurement par

---

[1090] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.
[1091] M. CONAN, *op. cit*., étude 10.
[1092] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 375.
[1093] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 375.

voie législative ordinaire ou réglementaire[1094]. En effet, cet article 80[1095] énonce dans son I que « *sont autorisés au sens de l'article 61 de la loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances les garanties suivantes, accordées par l'Etat* » dont entre autres « *3° La garantie accordée, par arrêté du 12 octobre 2000 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, à certains prêts octroyés par la Caisse des dépôts et consignations (...) 13° La garantie accordée, par arrêté du 3 décembre 1981 du ministre de l'économie et des finances, à la Caisse nationale des autoroutes (...) 17° La garantie accordée en application de la loi n°93-20 du 7 janvier 1993 relative à l'institution d'une garantie de l'Etat pour certaines expositions temporaires d'œuvres d'art (...) 22°l La garantie de l'occupation permanente des logements réservés destinés à être loués aux fonctionnaires civils et militaires de l'Etat et aux agents de l'Etat dans le cadre des conventions conclues avant le 31 décembre 2003, avec des organismes gestionnaires de logements sociaux ou des organismes collecteurs de la participation des employeurs à l'effort de construction »* et également pour *« 26° Les engagements de garantie de l'Etat liés à l'exécution du contrat de concession pour le financement, la conception, la construction, l'entretien et l'exploitation du Grand Stade à Saint-Denis passé entre l'Etat et la société consortium Grand Stade SA (articles 3 et 39 du contrat de concession et annexes 7 et 9), figurant dans la loi n°96-1077 du 11 décembre 1996 relative au contrat de concession du Stade de France à Saint-Denis (Seine-Saint-Denis) ; 27° Les engagements de l'Etat pris dans le cadre du jugement rendu le 13 mars 1998 par le tribunal de grande instance de Paris, homologuant le plan de continuation de l'activité de la Fédération française des sports de glace (...)* ». De plus, le II de l'article 80 de cette même loi précise que « *sont garanties par l'Etat, dans le cadre des engagements pris par lui, à raison de leurs interventions au titre de l'accord global de financement de la société Alstom :*

[1094] V. notamment sur ce point Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 378 où l'auteur précise bien que « *s'agissant des garanties accordées par l'Etat avant le 31 décembre 2004, l'article 80 de la loi de finances rectificative pour 2003 du 31 décembre 2003 a procédé à la validation de l'autorisation globale, en application de l'article 61 de la loi organique de dix-huit garanties ou ensemble de garanties accordées antérieurement soit par des dispositions législatives ordinaires, soit par des textes réglementaires* » et ajoute que « *cette liste a été élaborée à la suite d'une circulaire du 22 juillet 2003, émise sous le timbre de la Direction du budget, demandant aux ministres et secrétaires d'Etat d'effectuer le recensement des garanties susceptibles d'avoir été gérées par leur département ministériel, et d'en donner une description précise, de façon à corroborer les informations détenues par le ministère des Finances* ».

[1095] Cet article 80 de la loi de finances rectificative pour 2003 se décompose essentiellement en deux parties. En effet, comme le souligne l'article 40 du rapport sur l'évolution de la situation économique et budgétaire et exposé des motifs du 3 décembre 2003, « *la première partie de l'article proposé répond à l'obligation fixée par l'article 61 de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances, qui prévoit que, dans un délai de trois ans à compter de la publication de la loi organique, 'toute garantie de l'Etat qui n'a pas été expressément autorisée par une disposition de loi de finances doit faire l'objet d'une telle autorisation'* » et « *la deuxième partie de l'article présente les garanties nécessaires à la mise en place du plan de restructuration industrielle de la société Alstom* ».

a) La Caisse française de développement industriel (CFDI), au titre des opérations de contre-garantie de cautions émises par des établissements de crédit et des entreprises d'assurance au profit de la société Alstom, et de sa participation à un prêt syndiqué subordonné souscrit le 30 septembre 2003 au bénéfice de cette même société ; b) La Caisse des dépôts et consignations pour le capital des billets de trésorerie qu'elle a souscrits au profit de la société Alstom, dans la limite de 1 200 millions d'euros jusqu'à la mise en place des financements subordonnés auxquels l'Etat s'est engagé et, ultérieurement, jusqu'au 8 février 2005, dans la limite de 400 millions d'euros, sous réserve des remboursements prévus par l'accord ». L'application de l'article 61 de la loi organique relative aux lois de finances a donc permis de réaliser un inventaire des garanties accordées par l'Etat sans autorisation législative et de leurs prévoir ainsi un régime transitoire ayant alors des conséquences autant pour l'Etat que pour les créanciers de ces garanties publiques.

B. Les conséquences de l'application de l'article 61 de la LOLF aux garanties de l'Etat

Afin que l'engagement prévu à l'article 61 de la LOLF soit respecté par le gouvernement, « *deux voies ont été successivement envisagées* »[1096]. Ainsi, « *la première, initialement choisie par l'Assemblée nationale, consiste à rendre caduques celles des garanties qui n'auraient pas été confirmées en loi de finances dans le délai imparti, de façon à contraindre le Gouvernement à demander rapidement cette confirmation au Parlement et à constituer une menace suffisamment dissuasive pour éviter tout oubli* »[1097]. Toutefois, comme le souligne Monsieur Ph. DAUTRY, « *ce choix avait pour redoutable conséquence de créer une instabilité juridique potentielle, notamment en cas d'omission involontaire par le Gouvernement* »[1098] en ce sens où « *cette instabilité aurait été fortement préjudiciable aux créanciers bénéficiaires desdites garanties, dont les perspectives de remboursement pouvaient s'avérer sensiblement modifiées par la caducité de la garantie de l'Etat* »[1099]. En effet, l'avis du Conseil d'Etat du 21 décembre 2000 estime que « *le créancier d'une personne bénéficiant d'une garantie de l'Etat, même accordée par une autorité incompétente, détient*

[1096] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 376.
[1097] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 376.
[1098] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 376.

un droit sur celui-ci »[1100] et que donc « *il ne peut être privé de ce droit que pour un motif d'intérêt général* ». Le Conseil d'Etat précise que « *l'intérêt général consistant à limiter les charges de l'Etat résultant de garanties accordées selon une procédure incorrecte n'est pas suffisant pour justifier qu'une loi organique relative aux lois de finances rende caduque, à l'issue d'un certain délai, toute garantie ne résultant pas d'une autorisation particulière inscrite dans une loi de finances* »[1101]. Ainsi, « *le Sénat a supprimé le principe de caducité après le délai de trois ans, en s'en remettant à une rédaction ultérieure présentant moins d'inconvénients* »[1102] et « *le texte définitif constitue une forme de compromis, consistant à prévoir une obligation de renouvellement en loi de finances des garanties déjà accordées, mais sans sanction en cas d'omission* »[1103]. La rédaction finale de l'article 61 de la LOLF a été confirmée par la décision constitutionnelle n°2001-448 du 25 juillet 2001 où le considérant 110 estime que « *si l'article 61 a pu, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution, prévoir l'obligation d'autoriser en loi de finances, dans un délai de trois ans, toute garantie accordée par l'Etat, afin d'assurer la clarté sur ses engagements financiers, la sanction d'un éventuel défaut d'autorisation ne saurait être la caducité des garanties concernées* » tout en précisant qu' « *une telle conséquence serait de nature à porter atteinte à l'égalité devant les charges publiques et, en cas de lésion d'une particulière gravité, au droit de propriété* » et « *qu'il ressort au demeurant des travaux parlementaires que l'article 61 a pour objet d'assurer l'information du Parlement sur les garanties accordées par l'Etat et non de frapper de caducité celles qui, accordées dans le passé, n'auraient pas été autorisées dans les délais prévus* ».

De plus, concernant l'application de l'article 61 de la loi organique relative aux lois de finances, Monsieur Ph. DAUTRY énonce « *trois problèmes (qui) peuvent être relevés* »[1104] dont deux présentant un intérêt particulier. En effet, il s'interroge successivement pour savoir

---

[1099] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 376.
[1100] Sur ce point, v. notamment G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur précise que « *ce droit ne saurait être systématiquement remis en cause du fait du non-respect des règles de compétence sous peine de permettre à l'Etat d'invoquer sa propre turpitude pour se libérer de ses engagements* ».
[1101] Sur ce point, v. notamment Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 376 où l'auteur revient sur cet avis du Conseil d'Etat en rappelant qu'il « *avait (...) souligné que la loi organique ne pouvait prévoir la caducité automatique, à l'issue d'un certain délai, de toute garantie ne résultant pas d'une autorisation particulière inscrite dans une loi de finances, car un créancier ne saurait être privé de son droit sur l'Etat, résultant d'une garantie même accordée par une autorité incompétente, au simple motif d'une procédure incorrecte* ».
[1102] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 376.
[1103] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 376.
[1104] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 377.

« *quel est le périmètre des garanties ainsi visées ?* »[1105] et « *quelle serait la conséquence d'un refus d'autorisation par le Parlement, en loi de finances pour 2003 ou 2004, d'une garantie déjà accordée par l'Etat, antérieurement, dans un autre cadre juridique ?* »[1106]. Sur la première question concernant le périmètre des garanties de l'Etat visées par l'article 61 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001, Monsieur Ph. DAUTRY suggère qu' « *il est loisible de penser, à cet égard, que l'objet du dispositif de 'remise à niveau' procédural prévu par l'article 61 ne vise essentiellement que les garanties accordées sans support législatif* »[1107] en précisant toutefois que « *la formulation générale retenue n'exclut (...) pas que soit nécessaire la confirmation de toutes les garanties accordées par l'Etat, qu'elles aient été octroyées par une voie législative ou non (...), et qu'elles portent sur des opérations financières d'emprunt, ou de garantie de passif* »[1108]. Sur la deuxième interrogation relative aux conséquences d'un refus d'autorisation par le Parlement « *sur une demande de confirmation d'octroi de garantie* »[1109], après avoir rappelé la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 2001 qui considère que ne sont pas caduques les garanties octroyées par l'Etat antérieurement à la loi organique relative aux lois de finances et non autorisés dans les délais impartis, Monsieur Ph. DAUTRY en déduit, d'une part, que « *les autorisations ne seraient donc obligatoirement demandées au Parlement que pour l'informer, celui-ci n'ayant, semble-t-il, pas loisir de revenir réellement par un vote négatif, à cette occasion, sur une garantie ancienne* »[1110], et, d'autre part, « *le retrait d'une garantie déjà accordée supposerait sans doute, en réalité, l'adoption d'un texte de loi retirant explicitement la garantie, et non le simple vote négatif sur la demande de confirmation d'autorisation en loi de finances, celui-ci ne modifiant pas le droit en vigueur régissant la garantie concernée* »[1111]. La garantie de l'Etat présente donc la singularité non pas d'être nouvelle mais que ses mécanismes soient recensés et autorisés par le législateur financier afin d'éviter des risques importants pour les finances publiques et ainsi répondre aux exigences du droit de

---

[1105] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 377.
[1106] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, pp. 377-378.
[1107] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 377.
[1108] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 377 où l'auteur ajoute qu' « *en revanche, (...) ne seraient pas concernées les garanties de ressources des régimes sociaux (à l'instar de l'obligation pour le budget de l'Etat de compenser intégralement les exonérations de cotisations sociales, en application de l'article L. 131-7 du Code de la sécurité sociale, issu de la loi, dite 'Veil', du 25 juillet 1994)* » et précise également que « *l'épineuse question de la garantie d'équilibre du FOREC prévue par le dernier alinéa de l'article L. 131-10 du Code de la sécurité sociale, introduit dans le droit en vigueur par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2000 a, en revanche, été réglée par la suppression et la rebudgétisation de ce fond par l'article 4 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2004* ».
[1109] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 378.
[1110] Ph. DAUTRY, *op. cit.*, p. 378.

la concurrence de l'Union européenne. Contrairement à l'Etat où le régime de ses garanties est loin d'être achevé, celui des garanties accordées par les collectivités territoriales témoigne d'une rigidité dans leur formation que ce soit par les règles issues par le Code général des collectivités territoriales ou la jurisprudence.

§ 2. La rigidité de la formation des garanties accordées par les collectivités territoriales

En plus de la constitution de fonds de garantie par les collectivités territoriales qui répond à des règles très strictes[1112], la formation des garanties accordées par les collectivités territoriales connaît un régime très encadré par le Code général des collectivités territoriales en ce qui concerne les principaux mécanismes de garantie accordés par les collectivités territoriales que sont les garanties d'emprunt et les cautionnements[1113]. En effet, le Code général des collectivités territoriales régit les garanties d'emprunt et les cautionnements au respect de la forme de l'engagement (I) ainsi qu'à celui des règles de prudence et de partage des risques (II).

[1111] Ph. DAUTRY, *op. cit*., p. 378.

[1112] V. notamment F. CHOUVEL, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties ou cautions accordées à des personnes morales de droit privé », *in Le financement du développement local*, *PUF*, 1995, p. 115 et s. où l'auteur rappelle que c'est « *le décret n°77-849 du 27 juillet 1977 autorisant les établissements publics régionaux à faciliter le cautionnement de prêts consentis 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* » tout en précisant que « l*es 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* ».

[1113] V. P. DEVOLVE, *Droit public de l'économie*, Dalloz, Paris, 1998, p. 288 et s. où l'auteur expose que les garanties d'emprunt et les cautionnements accordés par les collectivités territoriales « présentent (…) un danger pour les collectivités locales » en ce sens qu'« *au moment de l'octroi de la garantie ou du cautionnement, ils ne paraissent pas les obérer : puisque l'engagement de la collectivité ne joue que comme une éventualité, il est tentant de le prendre pour faciliter une opération* » et que « *si elle échoue, la dette à payer peut être lourde* » ce qui explique que « *le législateur a voulu prémunir les collectivités contre leur légèreté* ». V. également Ministère de l'Intérieur, DGCL, *L'action économique des collectivités locales*, *Documentation française*, 1992, p. 26 et s. où est présenté sommairement le régime des garanties d'emprunt accordées par les collectivités territoriales.

I. Le respect de la forme de l'engagement lors de l'octroi de garanties par les collectivités territoriales

Le Code général des collectivités territoriales régit les garanties accordées par les collectivités territoriales en exposant ses mécanismes au respect de la forme de l'engagement (A) ainsi qu'à celui des règles de prudence et de partage des risques (B).

A. La nécessité de conclure une convention de garantie par la collectivité territoriale

Comme le souligne en tout premier lieu Monsieur J.-P. WAUQUIER, « *le contrat de garantie d'emprunt est un contrat de droit privé dès lors qu'il n'est pas l'accessoire d'un contrat de prêt de caractère administratif, qu'il n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun* »[1114] pour en déduire que « *la convention d'emprunt acquiert un caractère exécutoire indépendamment de sa transmission au représentant de l'Etat au titre du contrôle de légalité, laquelle n'est pas obligatoire, et le déféré préfectoral ne peut être valablement exercé par le préfet devant le juge administratif* »[1115]. En effet, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 29 décembre 1995, *SA « Natio Energie »*, considère que « *le déféré dont le préfet du Lot-et-Garonne a saisi le tribunal administratif était dirigé contre la convention passée le 13 août 1989 entre la commune de Boë (Lot-et-Garonne) et la société 'Cité Câble Région' en tant qu'elle déclarait apporter la garantie d'emprunt de la commune pour un contrat de crédit-bail conclu entre la société anonyme 'Natio Energie' et la société 'Cité Câble Région' et relatif à la réalisation d'un réseau câblé dont la commune avait accordé la concession à cette dernière société ; que la convention attaquée n'avait pas pour objet l'organisation ou l'exploitation d'un service public mais se bornait à apporter la caution de la commune à une opération financière entre des sociétés et des établissements privés ; qu'elle ne comportait par ailleurs aucune clause exorbitante du droit commun ; qu'elle constituait ainsi un acte de droit privé qui, en vertu des*

[1114] J.-P. WAUQUIER, « La convention de garantie d'emprunt : un outil économique performant mais non sans danger », *Rev. Trésor*, n°5, 2004.

dispositions susrappelées de la loi du 2 mars 198, échappait aux règles fixées par les dispositions régissant la transmission au représentant de l'Etat et le déféré préfectoral auprès de la juridiction administrative »[1116]. L'octroi des garanties publiques par une collectivité territoriale demande donc la conclusion d'une convention par la collectivité territoriale.

Ainsi, l'engagement de la collectivité d'accorder sa garantie doit se concrétiser d'une part, par l'adoption d'une délibération autorisant l'octroi de la garantie et d'autre part, la signature de l'exécutif de la collectivité afin de valider la convention et pouvoir la mettre à exécution[1117]. De plus, Monsieur J.-P. WAUQUIER rappelle que « *le projet de contrat de prêt sera communiqué en préfecture en annexe de la délibération de base qui matérialise l'accord de la personne publique sur les conditions et l'étendue de la garantie et qui habilite l'exécutif local à signer l'acte* »[1118] et précise que « *cette délibération est une pièce essentielle du montage juridique alors que la signature du contrat n'est qu'une mesure d'exécution : elle suffit à engager la collectivité publique dès lors qu'elle renseigne les élus sur l'identité du prêteur et de l'emprunteur, sur le montant et les caractéristiques du prêt et sur l'objet de l'opération concernée* »[1119]. En effet, dans son arrêt du 27 novembre 2001 où était contestée la transmission d'une délibération à la sous-préfecture dans des termes différents que celle de la commune accordant sa garantie à une entreprise pour un emprunt, la Cour administrative d'appel de Marseille estime que ces « *discordances entre ces deux rédactions successives de la même délibération ne sont pas substantielles, dès lors d'une part que l'identité du prêteur, de l'emprunteur et le montant du prêt étaient les mêmes, et que la construction de soixante quinze logements devait se faire dans la ZAC du Rieu, et d'autre part que la signature, par le maire ou l'adjoint aux finances d'un acte de caution dont le principe a été adopté par le conseil municipal est une mesure d'exécution, en application des dispositions de l'article L. 122-19 du Code des communes alors en vigueur, d'une délibération du conseil municipal* »[1120]. De plus, Monsieur J.-P. WAUQUIER ajoute qu' « *il est important de préciser qu'au regard de la théorie des actes administratifs unilatéraux et des règles de retrait que la*

[1115] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1116] CE, 29 déc. 1995, *SA « Natio Energie »*, req. n°143861.
[1117] V. notamment G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur rappelle que « *classiquement, la passation d'une convention par une collectivité territoriale suppose l'adoption, par son conseil, d'une délibération autorisant la signature du contrat puis, agissant en exécution de celle-ci, sa signature par l'exécutif de la collectivité ou son représentant* ».
[1118] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1119] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1120] CAA Marseille, 27 novembre 2001, *M. André Mayen*, req. n°98MA00202.

délibération de base est une décision créatrice de droit »[1121] en ce sens que « *la garantie accordée existe du seul fait de la délibération* »[1122]. En effet, l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes du 2 juin 2000, *Caisse d'Epargne et de Prévoyance du Centre – Val de Loire*, précise bien que « *si nonobstant l'absence de conclusion de l'acte sous seing privé initialement prévu, la garantie accordée par la commune existe du seul fait de la délibération du conseil municipal du 16 juin 1989, et est créatrice de droits au profit de la Caisse d'Epargne, prêteur, comme de l'emprunteur, le maire de Genillé, en signant l'acte notarié du 13 septembre 1989, ne pouvait aller au-delà des mesures d'exécution définies par la délibération du 16 juin 1989 dont il tenait son habilitation à intervenir au nom de la collectivité qu'il représentait* »[1123]. Ainsi, les garanties accordées par les collectivités territoriales se doivent de respecter le régime fixé en partie par le Code général des collectivités territoriales et précisé par la jurisprudence autant en ce qui concerne les règles relatives à la forme de l'engagement de la collectivité territoriale que celles relatives à la validité de leur engagement.

B. Le respect des conditions de validité de l'engagement des collectivités territoriales en matière de garantie

Concernant l'engagement de la collectivité territoriale en matière de garantie, « *par application au droit commun, il faut que le projet de contrat soit validé par l'assemblée*

[1121] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004. V. en ce sens CAA Douai, 20 décembre 2001, *Commune de Beaucamps-le-Vieux et autres c/ Mutuelle générale des PTT*, req. n°01DA003364 où la Cour administrative d'appel considère que « *la mutuelle générale des PTT est en tout état de cause fondée à soutenir que le retrait est illégal* » après avoir démontré « *qu'il ressort des termes mêmes de la délibération du 19 mai 1989 par laquelle le conseil municipal a procédé au retrait de celles du 20 janvier et du 9 février 1989, que ce retrait n'est pas motivé par l'illégalité qui aurait entaché les délibérations créatrices de droit du 20 janvier et du 9 février 1989, mais par la seule circonstance qu'elles seraient devenues inutiles, 'la société ADEMEG-AGS s'installant dans la commune de Beaucamps-le-Vieux sans avoir recours à la SOPICEM' ; que toutefois, le contrat de prêt conclu les 21 février et 3 mars 1989 entre la mutuelle générale des PTT et la SOPICEM et auquel la société ADEMEG-AGS n'était pas partie n'ayant pas été résilié et le capital ayant été versé à la société d'économie mixte avant la délibération litigieuse, celle-ci n'avait pas perdu son objet ; que, d'ailleurs, suite à la liquidation judiciaire de la SOPICEM, la Cour d'appel de Paris a, par arrêt du 30 mars 1994, confirmé le 6 octobre 1998 par la Cour de cassation, condamné la commune de Beaucamps-le-Vieux à verser la somme de 1 023 749, 92 francs à la mutuelle générale des PTT au titre des échéances et intérêts impayés du 27 février 1990 au 27 février 1994* ».

[1122] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

[1123] CAA Nantes, 2 juin 2000, *Caisse d'Epargne et de Prévoyance du Centre – Val de Loire*, req. n°98NT00323. V. également Cass. Civ. 1ère, 6 octobre 1998, pourvoi n°94-15. 911.

délibérante et que l'exécutif local soit autorisé par elle à signer l'acte »[1124]. Néanmoins, Monsieur J.-P. WAUQUIER précise qu' « *il importe que les élus soient informés avec précision de l'ensemble des conditions de réalisation du prêt ainsi que les conditions de mise en œuvre de la garantie ; en particulier ils doivent connaître le taux de l'emprunt souscrit et les risques encourus pour statuer* »[1125]. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 15 juin 1994, *Ministre de l'Intérieur et de la Sécurité publique c/ Commune de Longueau*[1126], estime qu'en l'absence du maire, le premier adjoint pouvait intervenir au nom de la commune pour le contrat de prêt. En l'espèce, le conseil municipal s'était engagé à garantir les annuités d'un emprunt souscrit par une société intercommunale d'économie mixte et avait arrêté avec précision les conditions de réalisation du prêt et de mise en œuvre de la garantie communale. Par la même délibération, le maire a été autorisé par le conseil municipal à constituer la commune caution solidaire de la société d'économie mixte et donc d'intervenir au contrat de prêt. Le Conseil d'Etat considère alors que « *le conseil municipal n'a pas délégué au maire un des pouvoirs visés à l'article L. 122-20 du Code des communes qui ne peuvent être en vertu de l'article L. 122-21 du même Code faire l'objet d'une subdélégation, mais s'est borné à l'autoriser, en application des dispositions susrappelées de l'article L. 122-19 du Code des communes, à prendre les mesures d'exécution qu'impliquait sa délibération* »[1127] et estime donc, après avoir rappelé l'article L. 122-13 du Code des communes, qu'« *en l'absence non contestée du maire de Longueau, le premier adjoint pouvait en application des dispositions susrappelées signer le contrat de prêt autorisé par la délibération du 5 mai 1988 dès lors qu'il n'est pas allégué qu'en signant ce prêt il soit allé au-delà des mesures d'exécution définies par ladite délibération* »[1128]. En d'autres termes, comme le souligne Monsieur J.-P. WAUQUIER, « *lorsque l'exécutif appose sa signature, il agit ès-qualités et non en vertu d'un pouvoir*

[1124] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1125] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004. V. cependant *AJDA* 1995, p. 23, concl. MENDRAS où est rappelé que « *les chambres régionales des comptes considèrent qu'une convention de garantie n'engage pas la collectivité si le maire ne l'a pas signée, alors même qu'il y avait été autorisé par son conseil municipal (...), ou encore si aucune délibération probante n'habilite le signataire de la convention* » et « *le Conseil d'Etat a lui-même jugé que la signature du contrat de garantie par un adjoint au maire qui n'avait pas qualité pour engager la commune ne peut conférer aux sommes que la commune s'est engagée à garantir le caractère d'une dette exigible (CE, 6 décembre 1989, Société anonyme de crédit à l'industrie française – Calif, Leb. tables p. 520)* ».
[1126] CE, 15 juin 1994, *Ministre de l'Intérieur et de la Sécurité publique c/ Préfet de la Somme*, req. n°137650, v. également TA Amiens, 4 oct. 1993, *Commune d'Amiens c/ Préfet de la Somme*.
[1127] CE, 15 juin 1994, *op. cit.*, req. n°137690.
[1128] CE, 15 juin 1994, *op. cit.*, req. n°137690.

délégué ; il lui est donc loisible d'investir un adjoint ou un vice-président par le jeu des délégations de fonction »[1129].

Ainsi, en plus des risques de conflits d'intérêts lors de la conclusion d'une convention de garantie par une collectivité territoriale[1130], les conditions de validité de cet engagement témoignent de la singularité du régime des garanties accordées par les collectivités territoriales. En effet, l'engagement de la collectivité territoriale en matière de garantie demande aussi que « *l'exécutif, en sa qualité de représentant de la collectivité territoriale, (soit) habilité par l'assemblée délibérante à signer le contrat de prêt qui matérialisera l'engagement de garantir l'emprunteur* »[1131] ce pour quoi « *il dispose d'un pouvoir de négociation dans la limite du cadre fixé par la décision d'habilitation* »[1132] et l'arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 2000, *Société BFG Bank Luxembourg SA*, précise bien qu'un maire ne peut pas devancer l'autorisation du conseil municipal par rapport à une clause essentielle du contrat comme la durée de l'emprunt[1133]. Néanmoins, dans un attendu de

---

[1129] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004. V. également *AJDA* 1995, *op. cit*. où le commissaire du gouvernement dans ses conclusions de l'arrêt de la Cour administrative d'appel du 13 décembre 1994, *Antoine*, rappelle aussi que « *le Conseil d'Etat a précisé que s'il appartient au maire, en vertu du pouvoir d'exécution des délibérations du conseil municipal qui lui est conféré par l'article L. 122-19 du Code des communes, de signer les conventions de garanties d'emprunt autorisées par le conseil municipal, cette compétence peut être cependant exercée, ou bien par l'un des adjoints auxquels il a délégué une partie de ses fonctions en vertu de l'article L. 122-11, ou bien, en cas d'empêchement ou d'absence du maire, par l'adjoint qui le remplace dans la plénitude de ses fonctions en application de l'article L. 122-13 du Code des communes* ».

[1130] V. J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004 où il note que « *les élus veilleront à ne pas siéger dans l'assemblée délibérante lorsqu'ils exercent un mandat de président ou d'administrateur dans un organisme qui a sollicité la garantie de leur emprunt par la personne publique afin de ne pas influencer le vote* ». En effet, l'article L. 2131-11 du Code général des collectivités territoriales dispose que « *sont illégales les délibérations auxquelles ont pris part un ou plusieurs membres du conseil intéressés à l'affaire qui en fait l'objet, soit en leur nom personnel, soit comme mandataire* ». Ainsi, la délibération du conseil municipal accordant une garantie où un ou plusieurs élus sont intéressés peut être annulée sur le fondement de cet article L. 2131-11 du Code général des collectivités territoriales et « *dont la généralisation aux élus des autres assemblées locales peut être trouvée au titre du délit de prise illégale d'intérêts défini et sanctionné par l'article 432-12 du Code pénal* ».

[1131] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

[1132] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

[1133] CE, 27 octobre 2000, *Société BFG Bank Luxembourg SA*, req. n°172350 où le Conseil d'Etat considère qu' « *il ressort des pièces du dossier que, par délibération du 29 janvier 1988, le conseil municipal d'Hennebont a décidé d'accorder la garantie communale à la SCI Cap d'Hennebont pour le remboursement en principal, intérêts et accessoires de l'emprunt en écus que cette société se proposait de contracter par l'intermédiaire du Crédit industriel et commercial, d'un montant équivalant en francs français à seize millions, avec un intérêt au taux de marché et pour une durée de quinze ans ; que, par la même délibération, il a, d'une part, autorisé le maire à intervenir au nom de la commune à la souscription du contrat relatif à l'emprunt garanti et l'a, d'autre part, chargé d'établir et de signer la convention fixant, dans les relations entre la commune et l'emprunteur, les conditions d'exercice de la garantie et la mise en œuvre des sûretés offertes ; que la convention de prêt complétée par l'acte de garantie signé le 1er septembre 1988 par le maire d'Hennebont est intervenu et l'acte de garantie qu'il a signé n'étaient dès lors pas conformes, quant à la durée de l'emprunt que constituait une clause essentielle du contrat, aux termes de la délibérations susmentionnées ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le conseil municipal d'Hennebont ait donné son approbation à ces nouvelles stipulations auxquelles la commune ne peut, par suite, être réputée avoir donné son accord ; que ces stipulations sont indivisibles du contrat et de l'acte de garantie dans leur ensemble* ».

principe, la Cour de cassation a énoncé dans son arrêt du 7 décembre 1999, *Société Westpac Banking Corp. c/ Territoire de Nouvelle-Calédonie*, que « *la délibération, exécutoire de plein droit, portant cautionnement exprès donné par la collectivité territoriale suffit à fonder et à établir l'engagement de cette collectivité indépendamment de sa reprise dans un acte ultérieur* »[1134]ce qui permet d'en déduire que « *la signature du contrat de cautionnement par l'exécutif de la collectivité territoriale ne saurait constituer une condition d'existence ou de validité de l'engagement de la collectivité* »[1135]. De plus, dans son arrêt du 25 mars 1997, la Cour de cassation a précisé que « *la cour d'appel a retenu à bon droit que l'article L. 122-21 du Code des communes, qui exige la signature personnelle du maire pour les décisions prises par celui-ci en application des délibérations du conseil municipal portant délégation, ne concernait que les matières limitativement énumérées par l'article L. 122-20, parmi lesquelles ne figurent pas les garanties d'emprunt* »[1136]. Ainsi, la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 octobre 1997, *Crédit local de France*[1137], a confirmé un arrêt de cour d'appel qui estimait que « *l'annulation de la délibération par le juge administratif emporte la nullité du contrat de cautionnement sans que puisse être invoquée, au soutien de la signature par l'autorité publique, la théorie du mandat apparent* »[1138]. Le Professeur G. ECKERT rappelle alors qu' « *une telle solution est parfaitement conforme aux exigences du droit public* »[1139] en ce sens où « *aucun texte ne réserve à l'exécutif le soin de formaliser la garantie d'emprunt donnée par la collectivité territoriale* »[1140] et qu' « *il s'agit là d'un pouvoir propre et autonome de l'organe délibérant qui l'exerce par l'effet de sa seule délibération, sans que celle-ci ne requière la prise d'un acte d'exécution* »[1141]. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Paris, dans son arrêt du 13 décembre 1994, *Antoine*, considère que « *par délibération en date du 17 décembre 1986, le conseil municipal a décidé que la commune se porterait caution pour garantir le remboursement en capital et en intérêts*

[1134] Cass. civ. 1ère, 7 déc. 1999, *Société Westpac Banking Corp. c/ Territoire de Nouvelle-Calédonie*, n°pourvoi : 97-13193, *Bull. civ*. I, n°336, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *JCP E* 2000, n°10, p. 391 et n°42, p. 1654, G. ECKERT, *Contrats marchés publ*. 2000, comm. n°55.
[1135] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1136] Cass. 1ère civ., 25 mars 1997, n°pourvoi : 94-19144, Bull. civ. I , n°106, P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *JCP E* 1998, n°5, p. 170.
[1137] Cass. 1ère civ., 7 oct. 1997, *Crédit local de France*, n°pourvoi : 95-16408 où il est décidé que « *la cour d'appel, qui a relevé, d'une part, que le jugement définitif du tribunal administratif, annulant pour excès de pouvoir la délibération litigieuse, avait l'autorité absolue de la chose jugée, d'autre part, que la théorie du mandat apparent n'était pas applicable en pareil cas, a légalement justifié sa décision au regard des textes susvisés* ».
[1138] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1139] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1140] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1141] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

d'impôt de 20 000 000 F souscrit par la SEMYOL pour la réalisation des travaux des 'jardins aquatique de Yerres' ; que cet engagement, suffisamment précis quant à la somme garantie et au montant des intérêts accepté, n'était subordonné à aucune condition suspensive ou résolutoire ; que dès lors, la dépense revêtait un caractère obligatoire, sans que puissent 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 »[1142]. Toutefois, le Professeur G. ECKERT reste perplexe quant ce raisonnement est combiné « *avec la qualification de contrat de droit privé donnée au contrat de cautionnement souscrit par le biais de l'adoption d'un acte administratif unilatéral* »[1143], notamment lorsqu'est invoqué l'article 1326 du Code civil devant les juridictions lequel dispose que « *l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent (...) doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention écrite par lui-même de la somme (...) en toutes lettres et en chiffres* ». En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 5 janvier 1999, *Commune de Saleux*, a estimé qu' « *en retenant que les actes, irréguliers au regard de l'article 1326 du Code civil, constituent un commencement de preuve par écrit, et que celui-ci se trouve complété par les délibérations du conseil municipal du 12 décembre 1986 signées par le maire et dans lesquelles le montant de chacun des deux prêts a été expressément indiqué, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* »[1144]. Le Professeur G. ECKERT remarque, néanmoins, qu'« *il est (...) difficile d'admettre que la délibération du conseil de la collectivité territoriale puisse simultanément, d'une part, valoir engagement de caution et, d'autre part, compléter cet engagement* »[1145] et montre que « *ces hésitations sont encore accrues par le fait que, dans certaines espèces, le juge semble bien considérer que l'engagement de la collectivité n'est parfait qu'après la signature de celui-ci par l'autorité exécutive* »[1146]. Ainsi, la forme de l'engagement des collectivités territoriales en matière de garantie présente des incertitudes au

---

[1142] CAA Paris, 13 déc. 1994, *Antoine*, req. n°94PA00297, *AJDA* 1995, p. 63, concl. MENDRAS. V. également G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où il précise bien que le juge administratif « *considère que les vices susceptibles d'affecter la signature de la convention de cautionnement ou de garantie ne font pas obstacle à l'engagement de la collectivité qui résulte de la délibération adoptée par son conseil* ».

[1143] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

[1144] Cass. 1ère civ., 5 janv. 1999, *Commune de Saleux*, pourvoi n°97-13033.

[1145] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

[1146] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. V. notamment CE, 8 mars 2002, *Mme Geron,* req. n°234650 où le Conseil d'Etat « *a reconnu l'illégalité d'une garantie d'emprunt au motif que celle-ci avait t signée par le maire sur le fondement d'une délibération non encore transmise au contrôle de légalité et qui n'était donc pas encore devenue exécutoire, ce qui entraînait l'incompétence du signataire* » ; V. également au niveau des juridictions judiciaires, Cass. 1ère civ., 28 sept. 2004, Me X…, n°pourvoi : 01-02287 où un cautionnement accordé par une

niveau de la jurisprudence ce qui s'explique par les éventuels dangers de ces mécanismes pour les finances publiques d'où la nécessité pour les collectivités territoriales de respecter des ratios prudentiels et d'accroître le partage des risques avec le créancier.

II. Le respect des règles de prudence et de partage des risques par les collectivités territoriales lors de l'octroi de garanties publiques[1147]

Le régime des garanties accordées par les collectivités territoriales connaît un régime strict en ce sens qu'« *afin de protéger les finances locales, le législateur a fixé un cadre juridique qui permet de limiter les risques liés au cumul des garanties octroyées ou à l'importance des emprunts couverts ; le dispositif s'inscrit dans la logique de l'interventionnisme économique des collectivités territoriales* »[1148]. Ainsi, le régime des garanties octroyées par les collectivités territoriales suit des règles de prudence et de partage des risques fixées dans le Code général des collectivités territoriales (A) qui évoluent en fonction des grandes étapes de la décentralisation et de la prise en compte des risques par les finances publiques (B).

---

commune est nul en ce sens où « *le cautionnement souscrit par le maire de la commune de Sallèles-d'Aude par l'acte des 6 et 21 août 1990 n'était pas conforme à la délibération du conseil municipal qui l'avait autorisé* ».

[1147] V. notamment G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur précise bien que « *l'encadrement législatif des garanties accordées par les personnes publiques par du constat selon lequel 'le risque encouru ne doit pas dépasser certaines limites'* » et que « *cela explique que cette législation concerne essentiellement les collectivités territoriales, l'Etat se considérant comme suffisamment apte à gérer librement ses prises de risque* ».

[1148] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

A. La présentation du régime fixé par le Code général des collectivités territoriales pour les garanties d'emprunt et les cautionnements

Afin d'encadrer les garanties d'emprunts accordées par les collectivités territoriales, le législateur est venu les encadrer de manière assez stricte[1149]. En effet, le Code général des collectivités territoriales régit l'octroi des garanties des collectivités territoriales pour les communes, les départements et les régions aux articles L. 2252-1 et s., L. 3231-4 et s. et L. 4253-1 et s.[1150] où sont précisés les ratios prudentiels à respecter par les collectivités territoriales. En effet, le deuxième alinéa des articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1 précise que « *'le montant total des annuités, déjà garanties ou cautionnées à échoir au cours de l'exercice, d'emprunts contractés par toute personne de droit privé ou de droit public', majoré du montant de la première annuité entière du nouveau concours garanti, et du montant des annuités de la dette communale, ne peut excéder un pourcentage, défini par décret, des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget communal ; le montant des provisions spécifiques constituées par la commune pour couvrir les garanties et cautions accordées, affecté d'un coefficient multiplicateur fixé par décret, vient en déduction du montant total défini au présent alinéa* »[1151] et le troisième alinéa ajoute que « *le montant des annuités garanties ou cautionnées au profit d'un même débiteur, exigible au titre d'un exercice, ne doit pas dépasser un pourcentage, défini par décret, du montant total des annuités susceptibles d'être garanties ou cautionnées en application de l'alinéa précédent* »[1152]. La partie réglementaire du même Code énonce à l'article D. 1511-30 que « *le montant net des annuités de la dette mentionné des articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1*

[1149] V. à titre d'exemple, L. RAPP, « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1107 et s. où l'auteur, tout en rappelant les dispositions relatives aux garanties octroyées par les collectivités territoriales du Code général des collectivités territoriales, précisé que, pour les sociétés publiques locales, « *au-delà des augmentations de capital social, les garanties que les collectivités actionnaires d'une SPL peuvent être appelées à lui apporter, font l'objet de dispositions très limitatives* ».

[1150] V. également l'article L. 2512-11 du Code général des collectivités territoriales relatif à la commune de Paris qui dispose que « *pour développer le rayonnement international de la capitale, la commune de Paris peut conclure toute convention avec des personnes étrangères de droit public, à l'exception des Etats, ou de droit privé, donner sa garantie en matière d'emprunts, ou accorder des subventions à ces mêmes personnes dans les conditions et limites prévues par le titre Ier du livre V de la première partie, le titre V du livre II de la deuxième partie et par le chapitre Ier du titre III du livre II de la troisième partie* ».

[1151] V. l'article D. 1511-33 qui précise que « *pour l'application du deuxième alinéa des articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1, le coefficient multiplicateur appliqué aux provisions spécifiques constituées par les communes pour couvrir les garanties ou cautions est fixé à 1* ».

[1152] V. l'article D. 1511-34 qui énonce que « *pour l'application du troisième alinéa des articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1, la proportion maximale des annuités garanties ou cautionnées au profit du même débiteur, exigible au titre d'un exercice, rapportée au montant total des annuités susceptibles d'être garanties ou cautionnées est fixée à 10 %* ».

est égal à la différence entre le montant total des sommes inscrites : a) En dépenses au titre du remboursement du capital d'emprunts et du versement des intérêts ainsi que du règlement des dettes à long ou moyen terme, sans réception de fonds ; b) En recettes au titre du recouvrement des créances à long et moyen terme. Ces sommes sont celles qui figurent au budget primitif principal pour l'exercice en cours » et à l'article D. 1511-32 que « *le pourcentage limite mentionné au deuxième alinéa des articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1 et dont les éléments sont définis aux articles D. 1511-30 et D. 1511-31 est fixé à 50 %* ». Monsieur P. LIGNIERES en déduit que « *la règle du plafonnement par rapport aux recettes réelles de la section fonctionnement peut s'énoncer ainsi : 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 entière du nouveau concours garanti, et du montant des annuités de la dette de la collectivité locale, ne peut excéder 50 % des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget de la collectivité locale. Le montant des provisions spécifiques constituées par la collectivité locale pour couvrir les garanties et cautions accordées, affecté d'un coefficient multiplicateur, vient en déduction du montant total défini précédemment* »[1153] et précise que « *cette règle prend en compte dans le ratio des charges potentielles et des ressources réelles* »[1154].

De plus, l'octroi de garanties par les collectivités territoriales demande le respect de la règle du partage du risque qui se présente dans le Code général des collectivités territoriales aux articles L. 2252-1 pour les communes, L. 3231-4 pour les départements et L. 4253-1 pour les régions où le quatrième alinéa de ces articles dispose que « *la quotité garantie par une ou plusieurs collectivités territoriales sur un même emprunt ne peut excéder un pourcentage fixé par décret* » tout en précisant au cinquième alinéa que ces « *dispositions (...) ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts ou cautionnements accordés par une commune aux organismes d'intérêt général visés aux articles 200 et 238 bis du Code général des impôts* »[1155]. Ainsi, comme le précise l'article D. 1511-35, « *pour l'application du quatrième*

[1153] P. LIGNIERES, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, préf. Ch. MOULY, *LexisNexis*, Bibl. Droit Entreprise, 1994, p. 83.
[1154] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 83.
[1155] V. notamment P. LIGNIERES, *op. cit*., pp. 94-95 où l'auteur revient, entre autres, sur la circulaire du 14 octobre 1988 où sont précisés les organismes visés par cet article du Code général des impôts qui sont « *1. les organismes d'intérêt général de caractère philanthropique, éducatif, scientifique, social, familial ou culturel et, depuis la loi n°87-571 du 23 juillet 1987 sur le mécénat, les organismes d'intérêt général à caractère sportif et ceux qui concourent à la mise en œuvre du patrimoine artistique, à la défense de l'environnement naturel, à la diffusion de la culture, de la langue et des connaissances scientifiques françaises. La circulaire ajoute que les organismes concernés sont généralement constitués sous la forme d'association régie par la loi de 1901, à but*

alinéa des articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1, la quotité maximale susceptible d'être garantie par une ou plusieurs collectivités sur un même emprunt est fixée à 50 % » et « *elle pourra être portée à 80 % pour les opérations d'aménagement menées en application des articles L. 300-1 à L. 300-4 du Code de l'urbanisme* »[1156]. Ainsi, « *la règle de partage des risques s'explique par la volonté du législateur de laisser supporter par les organismes prêteurs une part du risque* »[1157]et cette « *règle du partage des risques souffre de nombreuses exceptions, dans certains cas la règle est assouplie, l'emprunt peut être garanti à hauteur de 80 % et dans d'autres cas la règle ne s'applique pas* »[1158]. En d'autres termes, de manière générale, selon le Code général des collectivités territoriales, la collectivité doit respecter trois ratios prudentiels. Le premier a pour objectif de limiter l'endettement global de la collectivité en ce sens que le montant total des annuités augmentées de la dette propre de la collectivité ne doit pas dépasser 50 % des recettes de fonctionnement de la collectivité. Le deuxième vise à éviter la concentration des risques sur une seule entreprise en ne permettant pas que le

---

non lucratif. 2. Les associations reconnues d'utilité publique et organismes assimilés. 3. Les associations dont l'objet est de verser des aides financières à la création d'entreprise et dont les conditions d'agrément du ministère chargé de l'économie et des finances sont définies par le décret n°85-865 du 9 août 1985 ». V. également, CE, 30 mai 2007, *Sieur A c/ Cne d'Aix-en-Provence*, req. n°284744, *Contr. Marchés Publ*. 2007, notes G. ECKERT, « Garantie d'emprunt et organisme d'intérêt général », comm. 223 où l'auteur expose que « *le litige portait sur le troisième de ces ratios prudentiels, c'est-à-dire sur l'interdiction de faire porter la garantie sur plus de la moitié du montant de l'emprunt, et, plus précisément, sur l'une des exceptions que comporte cette règle* » et après avoir rappelé l'alinéa 5 de l'article L. 2252-1 du Code général des collectivités territoriales, en déduit que « *ces organismes peuvent donc bénéficier d'une garantie publique couvrant l'intégralité de leurs emprunts* ».

[1156] V. notamment l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme qui définit de manière large les opérations d'aménagements en ce sens où ces actions « *ont pour objet de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* ». De plus, le second alinéa de cet article précise que « *l'aménagement, au sens du présent livre, désigne l'ensemble des actes des collectivités locales ou des établissements publics de coopération intercommunale qui visent, dans le cadre de leurs compétences, d'une part, à conduire ou à autoriser des actions ou des opérations définies dans l'alinéa précédent et, d'autre part, à assurer l'harmonisation de ces actions ou de ces opérations* ». V. également sur les garanties d'emprunt sur les opérations d'aménagement, TA Lille, 3 nov. 1995, *Préfet du Nord c./ Commune d'Hoymille*, req. n°95-1787, concl. Th. CELERIER, *BJDU*, 1996, p. 31 et s.

[1157] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 91.

[1158] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 92. Toutefois, concernant l'application de cette disposition aux sociétés publiques locales, v. L. RAPP, « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1107 et s. où l'auteur rappelle que « *certes, l'article D. 1511-35 du Code général des collectivités territoriales prévoit que les collectivités territoriales peuvent cautionner à hauteur de 80 % les emprunts souscrits par les SEML qui réalisent des opérations d'aménagement comportant la construction de logements menées en application des articles L. 300-1 à L. 300-4 du Code de l'urbanisme. Mais les articles L. 2252-2, L. 3231-5 et L. 4253-2 du Code général des collectivités territoriales précisent également que les dispositions précédentes ne s'appliquent pas pour les garanties d'emprunts accordées par une collectivité pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisées par les organismes d'habitations à loyer modéré ou les SEML et pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements bénéficiant d'une subvention de l'Etat ou réalisés avec le bénéfice de prêts aidés par l'Etat ou adossés en tout ou partie à des ressources défiscalisées* ».

montant total des annuités garanties par une collectivité au profit d'un même débiteur dépasse 10 % du montant total des annuités susceptibles d'être garanties. Enfin, le troisième ratio vise à empêcher un transfert trop important des risques du banquier vers la collectivité en ce sens que le montant de la garantie accordée par une ou plusieurs collectivités ne peut pas couvrir plus de 50 % d'un même emprunt. De plus, il apparaît que dans les communes, les garanties sont majoritairement accordées dans le domaine de l'immobilier. Au niveau du processus, le dossier de financement est envoyé à la mairie où sont précisés la part de fonds propres, les subventions et l'emprunt. Le dossier comprend également les statuts de la société et le détail de la construction. Se présentent alors deux cas de figure. Le premier s'illustre par un opérateur social qui construit des terrains et dans ce cas, les règles de prudence ne s'appliquent pas et la garantie de la commune peut être de 100 %. Une délibération en conseil municipal a donc lieu pour autoriser le maire à signer un contrat tripartite, maire qui se doit de veiller à ce que le projet ne mette pas en péril les finances de la commune et ainsi éviter la défaillance de la commune. L'adoption de la décision et de la délibération est envoyée à l'entreprise sociale qui l'envoie à sa banque et la banque se doit ensuite d'envoyer l'avis d'échéance et le tableau d'amortissement tous les ans. L'autre cas s'illustre, par exemple, par un opérateur qui souhaite construire une maison de retraite. Dans cette hypothèse, il est alors recherché s'il existe un intérêt local pour la collectivité locale et si c'est le cas, la garantie d'emprunt de la collectivité est accordée à 50 %. Pour ces garanties d'emprunt non sociales, le respect des ratios prudentiels doit être bien vérifié afin d'éviter les emprunts toxiques. Ainsi, Monsieur J.-P. WAUQUIER rappelle que les élus « *doivent connaître le taux d'emprunt souscrit et les risques encourus pour statuer en pleine connaissance de cause* »[1159]. En effet, dans son arrêt du 30 juillet 2003, *Société Banco di Napoli International SA*, le Conseil d'Etat a confirmé que le préfet pouvait déférer au tribunal administratif l'ensemble des délibérations d'une commune accordant sa garantie et soutenir qu'elles étaient illégales car le maire avait dissimulé aux conseillers municipaux « *les risques financiers encourus par la commune pourtant évalués par les avis éclairés de la Banque de France et du TPG* »[1160]. Ainsi, cet arrêt

---

[1159] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

[1160] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004. Voir CE, 30 juillet 2003, *Société Banco di Napoli International SA*, qui précise bien dans un considérant « *qu'il ressort des pièces du dossier que les trois délibérations relatives à la construction d'une maison de retraite, figurant au registre des délibérations du conseil municipal de Pernes-en-Artois, portent sur la même opération et sont, à ce titre, indissociables, les deuxièmes et troisième délibérations constituant le développement en termes juridiques de la première, qui est d'ailleurs la seule à mentionner le vote à l'unanimité intervenu ; que si les courriers des 8 juillet et 24 août 1987, adressés par le préfet au maire de la commune afin de lui faire part de l'analyse défavorable des services de la Banque de France et de la trésorerie générale, ainsi que de ses propres réserves sur le projet amendé et qui en soulignaient les risques financiers, ne figurent pas sur la liste, reprise dans les délibérations transmises le 11 septembre 1987, des documents mis à la*

rappelle bien le danger pour les finances publiques que peut représenter l'octroi de garanties par les collectivités territoriales, d'où la fixation de règles de prudence par le Code général des collectivités territoriales et la recherche d'un partage des risques lors de ces montages financiers.

B. L'appréciation du régime fixé par le Code général des collectivités territoriales selon la forme de garantie accordée par la collectivité territoriale

Le régime des garanties accordées par les collectivités territoriales connaît une évolution qui suit de plus en plus la même logique que celles des mécanismes de garantie accordés en droit privé, avec notamment la règle de partage des risques avec les créanciers, tout en se conformant néanmoins aux grandes étapes de la décentralisation confirmant ainsi la singularité de la garantie publique. Les principales garanties accordées par les collectivités territoriales se présentent soit sous forme de cautionnement soit de garantie d'emprunt. En effet, comme le remarque le Professeur G. ECKERT, « *le cautionnement accordé par une collectivité territoriale en vue de favoriser un emprunt effectué par une personne privée est régi tant par le Code civil (C. civ., art. 2011 et s.) que par le Code général des collectivités territoriales (art. L. 2252-1 à 4, L. 3231-4 et 5, L. 4253-1 et 2)* »[1161] et « *se définit comme un engagement accessoire par lequel la collectivité s'oblige à régler la dette du débiteur principal en cas de défaillance de celui-ci* »[1162] en ce sens qu' « *il doit être distingué de la garantie d'emprunt, laquelle consiste en un engagement autonome de payer à première réquisition et sans justification une certaine somme au créancier* »[1163]. Concernant les conditions de fond à respecter par les garanties accordées par les collectivités territoriales, Monsieur P. LIGNIERES souligne que « *la loi du 2 mars 1982 n'avait prévu qu'une seule*

---

disposition des conseillers municipaux en vue de leur permettre de délibérer, aucun élément de ces délibérations ne permettait au préfet de savoir que les conseillers municipaux n'en avaient pas été tenus informés ; que seul le texte complet transmis le 20 avril 1989 a permis au préfet de se rendre compte que le maire avait indiqué au conseil municipal que le projet amendé recueillait désormais son accord et que le vote favorable du conseil municipal au montage financier décrit précédemment, avait ainsi été obtenu sur le fondement d'une information sciemment erronée, déterminante pour les conseillers municipaux de cette commune de 1 518 habitants ».

[1161] G. ECKERT, « Le cautionnement des emprunts des personnes privées par les collectivités territoriales », *Contrats marchés publ.* , juill. 2002, n°7.

[1162] G. ECKERT, *op. cit*., *Contrats marchés publ.* , juill. 2002, n°7.

[1163] G. ECKERT, *op. cit*., *Contrats marchés publ.* , juill. 2002, n°7.

limite propre aux garanties d'emprunt mais devant les critiques formulées par différents organismes durant les premières années de la décentralisation et à la suite du changement de majorité de l'Assemblée nationale de 1986, le gouvernement a pris l'initiative de restreindre la liberté des collectivités locales en matière de garantie d'emprunt »[1164]. En effet, pour les communes, l'alinéa premier de l'article 6 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative *aux droits et libertés des communes, des départements et des régions* prévoit uniquement qu'« *une commune ne peut accorder à une personne de droit privé sa garantie à un emprunt ou son cautionnement que si le montant total des annuités d'emprunts déjà garantis ou cautionnés à échoir au cours de l'exercice, majoré du montant net des annuités de la dette communale, n'excède pas un pourcentage, défini par décret, des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget communal* »[1165]. En d'autres termes, « *la loi du 2 mars 1982 dans sa version originelle ne prévoyait qu'un plafond déterminé par rapport aux recettes réelles de la section fonctionnement du budget de la collectivité locale* »[1166] et son « *intervention (...) en matière de garantie pouvait se faire de façon solitaire et elle assumait souvent seule la totalité du risque* »[1167]. La loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation[1168] est venue modifier les articles relatifs aux garanties d'emprunt et cautionnements accordés par les collectivités territoriales[1169] en ce sens que deux règles de prudence ont été ajoutées qui sont d'une part que « *le montant des annuités garanties ou cautionnées au profit d'un même débiteur, exigible au titre d'un exercice, ne doit pas dépasser un pourcentage défini par*

[1164] P. LIGNIERES, *op. cit.*, pp. 75-76.

[1165] Pour les régions, v. le premier alinéa de l'article 4-1 de la loi n°72-619 du 5 juillet 1972 portant création et organisation des régions créé par la loi n°86-972 du 19 août 1986 qui dispose également qu' « *une région ne peut accorder à une personne de droit privé sa garantie à un emprunt ou son cautionnement que si le montant total des annuités d'emprunts déjà garantis ou cautionnés à échoir au cours de l'exercice, majoré du montant net des annuités de la dette régionale, n'excède pas un pourcentage, défini par décret, des recettes réelles de la section de fonctionnement du budget régional* ». Néanmoins, le second alinéa précise que « *les dispositions de l'alinéa précédent ne sont pas applicables aux garanties d'emprunt ou aux cautionnements accordés par une région pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements réalisés avec le bénéfice de prêts aidés par l'Etat* ».

[1166] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 76.

[1167] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 76.

[1168] V. P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 77 qui précise que « l*a loi du 5 janvier 1988 ne se rattache pas au même esprit que la loi du 2 mars 1982* » en ce sens où « *elle ne remet en aucun cas en cause la décentralisation mais il reste indéniable qu'elle porte atteinte à la décentralisation telle que l'avait conçue le législateur interventionniste de 1982* ». V. également, M.-C. AMIOT, « Règles applicables aux emprunts, aux garanties d'emprunts et cautionnements souscrits par les collectivités territoriales », *RDBF* (ex. RD banc. Bourse) 1988, p. 108.

[1169] Sur la loi du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation, v. notamment F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 115 et s. où l'auteur rappelle que « *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 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, 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* ».

décret, du montant total des annuités susceptibles d'être garanties ou cautionnées en application de l'alinéa précédent » et d'autre part que « *la quotité garantie par une ou plusieurs collectivités territoriales sur un même emprunt ne peut excéder un pourcentage fixé par décret* »[1170]. Néanmoins, il est précisé que « *les dispositions des alinéas précédents ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts ou aux cautionnements accordés par une commune pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements bénéficiant d'une subvention de l'Etat ou réalisés avec le bénéfice des prêts aidés par l'Etat* »[1171].

De plus, la loi du 5 janvier 1988 énonce que les collectivités territoriales peuvent « *participer au capital d'un établissement de crédit revêtant la forme de société anonyme régie par la loi n°66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et ayant pour objet exclusif de garantir les concours financiers accordés à des personnes morales de droit privé, et notamment celles qui exploitent des entreprises nouvellement créées, 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 également au capital de cet établissement de crédit* »[1172]. Ainsi, la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation « *impose à la collectivité locale d'intervenir au niveau du risque conjointement avec un organisme de crédit par l'adoption de la règle de partage des risques et l'incite à le faire par la création de fonds de garantie sous forme de*

[1170] L'alinéa suivant précise que ces dispositions « *ne sont pas applicables aux garanties d'emprunts ou cautionnements accordés par une commune aux organismes d'intérêt général visés à l'article 238 bis du Code général des impôts* ».

[1171] Pour les conditions à respecter par les cautionnements octroyés par les collectivités territoriales, v. notamment G. ECKERT, *op. cit*., *Contrats marchés publ.* , juill. 2002, n°7 où l'auteur revient bien sur l'idée que « *le cautionnement par la collectivité territoriale doit respecter des conditions de fond très strictes* » en ce sens où « *le législateur a imposé le respect de trois ratios prudentiels (art. L. 2252-1, al. 2 à 4) : - en premier lieu, le montant total des annuités garanties augmenté de la dette propre de la collectivité ne doit pas dépasser 50 % des recettes de la section de fonctionnement du budget. Il s'agit là de limiter l'endettement global de la collectivité. – en deuxième lieu, le montant total des annuités garanties par une collectivité au profit d'un même débiteur ne doit pas dépasser 10 % du montant total des annuités susceptibles d'être garanties. Cela vise à éviter la concentration des risques sur une seule entreprise. – en troisième lieu, le montant des garanties accordées par une ou plusieurs collectivités territoriales ou groupement de collectivités territoriales ne peut couvrir plus de 50 % d'un même emprunt. Il s'agit là d'empêcher un transfert trop important des risques du prêteur privé vers les collectivités publiques* ». De plus, le Professeur G. ECKERT précise bien que « *certaines opérations de cautionnement échappent cependant au respect de ces contraintes. Il s'agit principalement des interventions en faveur du secteur du logement aidé (CGCT, art. L. 2252-2)* ».

[1172] Il est précisé par le législateur que la collectivité territoriale « *peut participer par versement de subventions à la constitution de fonds de garantie auprès de l'établissement de crédit mentionné à l'alinéa précédent* » en ce sens où elle « *passe avec l'établissement de crédit une convention déterminant l'objet, le montant et le fonctionnement du fonds de garantie ainsi que les conditions de restitution des subventions versées en cas de modification ou de cessation d'activité de ce fonds* ».

sociétés anonymes dont le capital est détenu en commun avec des personnes privés »[1173]. Monsieur P. LIGNIERES en déduit alors que la loi du 5 janvier 1988 « *d'une part, impose le partage des risques avec les banques et, d'autre part, elle force les collectivités locales à utiliser les méthodes, le savoir-faire des banques* »[1174]. Ainsi, les collectivités territoriales doivent respecter des ratios prudentiels et la règle de partage des risques afin de protéger au mieux leurs finances[1175]. Néanmoins, le non respect de ces ratios prudentiels ne délie pas forcément l'engagement de la collectivité territoriale à l'égard de la banque. Les garanties d'emprunt et les cautionnements accordés par les collectivités territoriales connaissent donc un encadrement strict avec cependant quelques assouplissements sous certaines conditions en ce qui concernent leur formation. La rigidité de ces règles s'explique, notamment, afin d'éviter des risques financiers élevés pour ces collectivités en cas de mise en œuvre de ces garanties.

SECTION 2 : La mise en œuvre des garanties publiques

Les garanties publiques se singularisent également par leur régime lorsque celles-ci sont appelées ou sujettes à litige. En effet, la présence de la personne publique singularise tout particulièrement la mise en œuvre des garanties publiques en ce sens qu'elle aboutit à « *un certain nombre de solutions mêlant souci de sécurité et protection des règles régissant les personnes publiques* »[1176]. Ainsi, la mise en œuvre des garanties publiques suppose d'analyser d'une part, les règles applicables lorsqu'elles sont appelées par le créancier (§1) et d'autre part, en cas de litiges, celles qui s'appliquent en matière de compétence juridictionnelle (§2).

[1173] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 76. V. notamment pour le régime des fonds de garantie, les articles R. 1511-36 et s. du Code général des collectivités territoriales où par exemple, l'article R. 1511-36 du Code général des collectivités territoriales énonce que « *la proportion maximale du capital susceptible d'être détenue par les collectivités territoriales dans les établissements de crédit mentionnés au premier alinéa des articles L. 2253-7, L. 3231-7 et L. 4253-3 est fixé à 50 %* » ou encore l'article R. 1511-37 dispose que « *l'octroi de garanties par les établissements de crédit mentionnés à l'article R. 1511-36 est assorti d'une rémunération calculée en fonction du risque assuré* ».

[1174] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 76-77.

[1175] V. Ch. VAUTROT-SCHARWZ, « La garantie des collectivités territoriales : pour l'amour du risque », *AJDA* 2014, p. 2008 et s. où l'auteur rappelle bien que « *tentante, puisqu'elle ne coûte rien dans l'immédiat, la possibilité reconnue par la loi de décentralisation du 2 mars 1982 (art. L. 2252-1 à 4, L. 3231-4 et 5 et L. 4231-1 et 2 CGCT) aux collectivités territoriales de souscrire des garanties d'emprunt est surtout dangereuse car elle peut coûter très cher à terme* ».

§ 1. L'appel des garanties publiques

Comme le souligne le Professeur G. ECKERT, « *l'appel de la garantie publique donne lieu à une abondante jurisprudence, qui concerne principalement les collectivités territoriales* »[1177]. Ainsi, même si les garanties accordées par l'Etat lorsqu'elles sont appelées donnent lieu à moins de jurisprudence, la préoccupation de sécurité est forte lors de l'appel des garanties publiques (I) qui répond à des conditions différentes selon la personne publique qui accorde la garantie (II).

I. La préoccupation de sécurité lors de l'appel des garanties publiques

La préoccupation de sécurité est également présente lors de l'appel des garanties publiques, notamment afin de protéger le créancier (A) et permet, lors d'un litige, de vérifier que la garantie n'a pas été accordée alors qu'il y avait un conflit d'intérêts (B).

A. La protection du créancier par des conditions strictes en matière de retrait des garanties publiques

Comme le remarque le Professeur G. ECKERT concernant les garanties accordées par les collectivités publiques, « *la préoccupation de sécurité conduit à analyser la délibération accordant la garantie comme un acte administratif individuel et créateur de droit, lequel est normalement consenti pour toute la durée du prêt et ne peut être retiré que dans des conditions très strictes* ». En effet, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 28 juillet 2003, *Commune du Faye-d'Anjou*, estime que la décision du conseil municipal de se porter caution d'une association est « *créatrice de droits au profit de l'association* » en ce sens que « *d'une part, si l'article 121-12 du Code des communes prescrit que les délibérations sont prises à la majorité absolue des suffrages exprimés, l'intervention d'un vote formel n'est pas exigée à*

[1176] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.
[1177] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.

peine de nullité de la délibération dès lors que, ainsi que cela s'est produit en l'espèce, le maire a pu constater l'assentiment de la totalité ou de la majorité des conseillers présents ; que d'autre part, (...) il résulte des pièces du dossier et notamment des termes mêmes de cette délibération que l'engagement de cautionner le prêt bancaire sollicité par l'association 'Chant'la vie' en vue de la construction d'une maison d'accueil pour personnes âgées n'était subordonné à aucune condition suspensive ou résolutoire ; qu'enfin la décision contenue dans la délibération du 6 février 1989, qui comportait une appréciation du conseil municipal de la commune sur l'opportunité d'accorder ou non à l'association la caution qu'elle demandait, n'a pas un caractère purement pécuniaire »[1178].

De plus, la Cour administrative d'appel de Douai, dans un arrêt du 20 décembre 2001, *Commune de Beaucamps-le-Vieux*[1179], tout en rappelant que les délibérations où un conseil municipal accorde sa garantie constitue bien des décisions individuelles créatrices de droit, ajoute que celles–ci ne peuvent pas, « *sauf demande du bénéficiaire, être retirée que pour une cause d'illégalité* »[1180]. Ainsi, l'acte administratif individuel que constitue la décision d'une collectivité territoriale d'accorder sa garantie « *ne peut être remis en cause que pour un motif de légalité* »[1181] et l'arrêt Ternon du Conseil d'Etat du 26 octobre 2001 considère que « *l'administration ne peut retirer une décision individuelle explicite créatrice de droits, si elle illégale, que dans le délai de quatre mois suivant la prise de cette décision* »[1182].

[1178] CE, 28 juill. 1993, *Commune de Faye-d'Anjou*, *Rec. CE*, p. 658.
[1179] CAA Douai, 20 déc. 2001, *Commune de Beaucamps-le-Vieux,* n°97DA00271, n°01DA00364.
[1180] P. REBIERE, note ss. CAA Douai, 20 déc. 2001, *Commune de Beaucamps-le-Vieux,CTI* 2002, comm. n°159 où l'auteur rappelle qu' « *en l'espèce, il ressort de l'arrêt que la commune de Beaucamps-le-Vieux avait, par délibérations de janvier et février 1989, accepté de garantir, sans condition, un emprunt contracté par une société d'économie mixte auprès de la mutuelle générale des PTT, en vue du financement d'un projet d'implantation d'une entreprise privée dans la commune. Cependant, après le vote de délibération, l'entreprise en cause a décidé de s'installer sans avoir recours au financement de la société d'économie mixte* » ce qui a poussé « *la commune a (...) estimé que sa garantie d'emprunt devenait inutile et a, par une nouvelle délibération, retiré celle accordant cette garantie* ». Néanmoins, « *la Cour notant que, d'une part, le contrat de prêt entre la mutuelle et la société d'économie mixte n'avait pas été résilié et que, d'autre part, le capital avait été versé à cette dernière, la délibération accordant la garantie de la commune n'avait pas perdu son objet* » et qu' « *elle ne pouvait donc, par conséquent, pas être retirée pour un motif de pure opportunité* ».
[1181] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1182] CE, ass., 26 oct. 2001, *Ternon*, Rec. CE p. 497.

B. Le contrôle des conflits d'intérêt lors de l'appel des garanties accordées par les collectivités territoriales

Un autre élément est vérifié par les juges et concerne les conflits d'intérêts. En effet, dans les cas où la garantie est octroyée à une société d'économie mixte ou parapublique, les risques de conflits d'intérêts sont accrus et « *il importe alors que les conseillers qui représentent la collectivité au sein de ces entités ne participent pas au vote de la délibération engageant la garantie publique* »[1183]. Ainsi, le Conseil d'Etat vérifie que « *des conseillers intéressés n'ont pas pris part au vote de l'organe délibérant dont ils ont influencé le sens* » comme c'est le cas dans l'arrêt du 9 juillet 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne* où le Conseil d'Etat considère qu' « *à la date des délibérations par lesquelles le conseil municipal d'Aillant-sur-Tholon a accordé la garantie de la commune à deux emprunts souscrits par l'association gestionnaire de la maison de retraite, M. Z... était à la fois maire de la commune et directeur de l'association ; que (...) les conseillers municipaux, étaient respectivement président et membres du conseil d'administration de l'association ; que cette association, bien que dépourvue de but lucratif, poursuivait des intérêts qui ne se confondaient pas avec ceux de la généralité des habitants de la commune ; qu'ainsi les divers conseillers municipaux ayant participé aux délibérations du 2 juin et du 7 octobre 1994 doivent être regardés comme intéressés (...) à l'affaire ayant fait l'objet de ces deux délibérations, nonobstant la circonstance que les statuts de l'association prévoyaient la participation de cinq membres du conseil municipal au conseil d'administration de l'association* »[1184]. Ainsi, au niveau des collectivités territoriales, la préoccupation de sécurité se présente de manière renforcée et s'exprime notamment lors de l'appel de la garantie par les créanciers. Néanmoins, les garanties publiques connaissent une singularité dans leur appel selon la garantie octroyée et selon la personne publique l'ayant accordée.

[1183] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1184] CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Bourgogne*, req. n° 248344, JCP A 2003, n°1926, note J. MOREAU.

II. L'importance de la personne publique lors de l'appel des garanties publiques

L'appel des garanties publiques ne répond pas aux mêmes conditions selon que c'est une collectivité territoriale qui l'a accordée (A) ou l'Etat (B).

A. L'appel des garanties accordées par les collectivités territoriales

Les garanties publiques prennent différentes formes. En effet, elles peuvent être personnelles ou réelles et l'Etat connaît un contentieux important relatif aux éventuels mécanismes implicites de garantie qu'il octroie à ses entreprises publiques selon le droit de la concurrence de l'Union européenne. Ainsi, lors de l'appel des garanties publiques, les règles différent et suivent des règles issues du droit privé tout en respectant les finalités du droit public. Pour les collectivités territoriales, se distinguent principalement, au niveau des garanties personnelles, les cautionnements des garanties à première demande[1185] en ce sens que « *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* »[1186]. En effet, Monsieur J.-P. WAUQUIER rappelle que « *la garantie 'à première demande' encore dénommée 'garantie autonome' se distingue du cautionnement, même solidaire* »[1187] tout en expliquant que « *c'est assurément une formule dangereuse pour la collectivité publique car elle permet à l'établissement financier qui a accordé le prêt d'appeler sa garantie dès que l'emprunteur fait défaut, sans qu'il soit possible pour elle*

[1185] V. notamment pour la distinction cautionnement et garantie autonome, F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 115 et s.
[1186] F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 116 où l'auteur précise ainsi que « *le cautionnement, régi par les dispositions des articles 2011 et suivants du Code civil, constitue (...) 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* » alors que « *la garantie est pour sa part un engagement indépendant du contrat principal 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* ».
[1187] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

d'opposer une condition ou un délai »[1188] et précise qu' « *au contraire, le cautionnement, contrat passé entre la caution et l'emprunteur, présente un caractère accessoire en ce sens que l'engagement de la caution dépend de l'obligation principale souscrite par le débiteur quant à son existence, sa validité, son étendue et les conditions de son exécution voire de son extinction* »[1189].

Dans ces hypothèses, « *souvent le garant s'engagera pour une dette déterminée, c'est-à-dire un contrat de prêt clairement identifié (et non pas un simple volume de dettes envers un créancier déterminé) et ses accessoires (intérêts, indemnités contractuelles, frais divers et pénalités)* »[1190] et « *au contraire, suivant les termes négociés de la convention, le prêteur peut bénéficier d'un cautionnement renforcé par le mécanisme de la solidarité, lequel est exclusif du bénéfice de discussion et de division* »[1191]. Le bénéfice de discussion apparaît comme une protection pour la collectivité territoriale garante en ce sens qu'il permet d'une part, « *à la caution d'exiger du créancier qu'il mette d'abord en œuvre les moyens nécessaires pour se faire payer par le débiteur ; il opère comme une exception dilatoire* »[1192] et d'autre part, « *en cas de pluralité de cautions, à chacune d'entre elles d'être appelée au prorata de son engagement ; à défaut, les cautions tenues à la même dette sont obligées chacune à toute la dette, situation qui ne se confond pas avec la solidarité* »[1193]. En d'autres termes, au niveau des garanties accordées par les collectivités territoriales, lorsque la garantie est appelée, les règles différent selon la forme de la garantie octroyée et suivent les règles issues du droit privé dans une grande majorité de cas.

[1188] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1189] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1190] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1191] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1192] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.
[1193] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004 où l'auteur précise que « *la solidarité accroît la sécurité du créancier » et rappelle qu' « elle ne se présume point en matière civile (art. 1202 du Code civil) ; le principe est inversé en matière commerciale, de sorte que la collectivité publique devra s'informer du caractère commercial de l'acte de prêt* ». De plus, l'auteur explique que « *par suite de la disparition du bénéfice de discussion et de division, le créancier pourra poursuivre à son gré le débiteur ou la caution, et s'il y a pluralité de cautions il pourra poursuivre indifféremment l'une d'elles ou toutes ensemble* » tout en précisant bien que « l*a solidarité produit d'autres effets : une représentation mutuelle existe entre tous les coobligés solidaires* ».

B. L'appel des garanties accordées par l'Etat

L'appel des garanties de l'Etat pose davantage de difficulté d'appréciation en ce sens où pour 2013, le projet annuel de performance 'Engagements financiers de l'Etat' « *retrace assez mal les enjeux financiers liés aux appels en garantie* » et les rapporteurs du Sénat précisent que le « *rapporteur spécial entend bien que des objectifs et indicateurs de performance consacrés à ces enjeux seraient inappropriés, dans la mesure où le responsable de programme – en l'occurrence le directeur général du Trésor – ne maîtrise pas la survenue des risques faisant jouer la garantie de l'Etat* ».

Ainsi, le contentieux relatif à l'appel des garanties publiques est marqué par un manque d'informations concernant celles accordées par l'Etat et un contentieux réduit pour celles octroyées par les collectivités territoriales complexifiant encore plus l'étude de la garantie publique. En effet, comme le souligne le Professeur J. MOREAU pour les garanties accordées par les collectivités territoriales, « *le contentieux des garanties d'emprunt n'est pas très abondant, mais il est souvent complexe. D'une part, à raison de la dualité des ordres de juridiction compétents pour les traiter ; mais aussi, d'autre part, pour des raisons de fond tenant aux conditions de légalité posées par les dispositions législatives du Code général des collectivités territoriales (règles de plafonnement, par exemple) et peut-être surtout aux conséquences relatives à l'éventuelle responsabilité des collectivités territoriales en la matière* »[1194]. L'appel des garanties publiques, tout en cherchant à répondre à l'exigence de sécurité, connaît donc une singularité selon le mécanisme de garantie octroyé par la personne publique ce qui rend les conséquences de l'appel des garanties publiques également très singulières par rapport à celle du droit privé.

[1194] J. MOREAU, « Une garantie d'emprunt doit être annulée si la délibération qui la décide a eu lieu en présence de conseillers intéressés », notes ss. CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Ardenne*, *JCP A* 2003, n°1926, p. 1352.

§ 2. La répartition des compétences juridictionnelles pour les litiges relatifs aux garanties publiques

Comme le souligne Monsieur F. CHOUVEL pour les garanties d'emprunt où « *à l'image de la chauve-souris de la fable de La Fontaine, la garantie d'emprunt, (...), peut-être un contrat administratif ou un contrat de droit privé, la détermination de la nature de ce contrat et, partant, la compétence juridictionnelle s'appréciant à l'aune de critères qui, pratiquement, font du juge judiciaire le juge de la garantie par principe, et du juge administratif le juge du contrat par exception* »[1195]. En effet, lorsqu'un litige met en cause une garantie publique, les juridictions administrative et judiciaire se partage le contentieux. Ainsi, les juridictions judiciaires bénéficient d'une compétence de principe pour les litiges relatifs aux mécanismes de garantie eux-mêmes (I) alors qu'en matière de légalité des actes accordant la garantie, la compétence de principe revient aux juridictions administratives (II).

I. La répartition des compétences juridictionnelles pour les litiges relatifs aux garanties publiques

En cas de litiges relatifs aux actes accordant une garantie publique, la compétence juridictionnelle reste partagée entre les deux ordres juridictionnels, administratifs et judiciaires. Néanmoins, la compétence du juge judiciaire se présente comme exclusive pour les garanties publiques (A) laissant une place réduite à la compétence de la juridiction administrative (B).

[1195] F. CHOUVEL, « La garantie d'emprunt peut être un contrat administratif ou un contrat de droit privé », *AJDA* 1997, p. 477 et s.

A. La compétence de principe des juridictions judiciaires pour les litiges relatifs aux garanties publiques

En matière de litiges relatifs aux garanties publiques, la juridiction judiciaire connaît une compétence de principe[1196]. Ainsi, Monsieur F. CHOUVEL souligne, concernant la décision du Tribunal des conflits du 9 décembre 1996, que cette décision « *s'inscrit dans la ligne d'une jurisprudence bien établie du Tribunal, aux termes de laquelle les litiges liés à l'exécution d'un contrat de garantie ou de caution passé par une collectivité locale, dès lors qu'il n'est pas l'accessoire d'un contrat de prêt à caractère administratif, qu'il n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public ou qu'il ne comporte aucune clause exorbitante de droit commun, relèvent de la compétence du juge judiciaire* »[1197]. En effet, le Tribunal des conflits, dans un arrêt du 16 mai 1983, *Société Crédit Immobilier de la Lozère c/ Commune de Montrodat*[1198], après avoir visé la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III et le décret du 26 octobre 1849 modifié et complété parle décret du 25 juillet 1960 et rappelé que « *le litige opposant la société anonyme 'Crédit immobilier de la Lorère' à la commune de Montrodat porte sur l'engagement de caution souscrit par ladite commune pour garantir le remboursement du prêt consenti par le 'crédit immobilier de la Lozère' à l'association du foyer des jeunes travailleurs de Montrodat* », estime que « *le contrat de cautionnement ainsi souscrit par la commune, n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun ; qu'il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat*

[1196] V. notamment P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 426 et s. où l'auteur estime que « *comme pour la qualification des autres contrats des collectivités locales, il convient d'utiliser les critères classiques du contrat administratif* » en ce sens où « *cette méthode permet de déceler les contrats administratifs dans la masse des contrats passés par les collectivités locales, les critères proposés sont donc ceux qui caractérisent le contrat administratif* » et en déduit que « *ce principe se fonde sur le postulat que le contrat relève par principe du droit privé, droit commun du commun, et que l'exception est, en ce domaine, le droit public* ». Monsieur P. LIGNIERES précise que « *cette démarche trouve son origine dans la théorie des actes de gestion systématisée par Laferrière, selon laquelle 'les actes de gestion', à la différence des 'actes d'autorité' ou 'actes de puissance publique', ressortissent en principe la compétence des juridictions judiciaires* ».

[1197] F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 477 et s.

[1198] TC, 16 mai 1983, *Sté Crédit immobilier de la Lozère c/ Commune de Montrodat*, Leb. p. 650. V. dans le même sens, CE, 14 mai 1943, *Commune de Joinville-le-Pont*, Leb. p. 123 où le Conseil d'Etat considère que « *sans qu'il y ait lieu d'examiner si les travaux entrepris par la Société d'habitations à bon marché de Paris et du département de la Seine, en vue desquels ladite société a contracté, auprès de la Caisse des dépôts et consignations, un emprunt dont le service a été garanti par la commune de Joinville-le-Pont, avaient le caractère de travaux publics, le traité par lequel ladite société a contracté cet emprunt et la commune accordé sa garantie a pour objet une opération exclusivement financière se détachant de l'exécution des travaux ; que ce traité ne comporte, entre la Caisse des dépôts et consignations et la commune, aucune clause exorbitante du*

de droit privé dont les difficultés d'exécution relèvent de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire ».

Le Tribunal des conflits suit la même logique dans son arrêt du 12 janvier 1987, *Ville d'Eaubonne c/ G.O.B.T.P.*[1199], où il considère que « *le contrat de cautionnement (...) souscrit par la commune, qui n'est pas l'accessoire d'un contrat de prêt de caractère administratif, n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne comporte aucune clause exorbitante du droit commun ; qu'il s'ensuit qu'il s'agit d'un contrat de droit privé dont les difficultés d'exécution relèvent de la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire* ». De plus, dans l'arrêt du 28 octobre 2002, *Commune de Moiselles*[1200], le Conseil d'Etat rappelle également que l'acte de cautionnement signé par le maire « *qui est l'accessoire d'un contrat de prêt de droit privé, qui n'a pas pour objet l'exécution d'une mission de service public et ne contient aucune clause exorbitante du droit commun, a la nature d'un contrat de droit privé* » et en déduit donc « *le juge administratif n'est pas compétent pour se prononcer sur la nullité ou le défaut de caractère exécutoire dont serait entaché cet acte de cautionnement* ». Cette décision du 12 janvier 1987 ainsi que l'arrêt du Conseil d'Etat du 28 octobre 2002 exprime bien la volonté de la jurisprudence de privilégier la compétence des juridictions judiciaires en matière de garantie que celles-ci revêtent un caractère privé ou public. Néanmoins, la doctrine évoque l'éventualité de la compétence des juridictions administratives pour les garanties publiques ce que la jurisprudence a rarement appliqué, surtout dans la recherche de clause exorbitante du droit commun. En effet, comme le rappelle Madame S. BRONDEL, « *en principe, le juge administratif n'est compétent qu'à l'égard d'un contrat qualifié d'administratif* »[1201] mais « *il peut (...) à titre exceptionnel, être aussi compétent quand le contrat par lequel une personne publique accorde ou obtient un cautionnement ou une garantie constitue l'accessoire d'un contrat principal de droit privé et contient des clauses exorbitantes du droit commun ou a pour objet l'exécution d'une mission de service public* »[1202]. Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 29 septembre 2004, *Office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'aviculture*[1203], a reconnu des clauses

---

droit commun ; qu'il présente donc le caractère d'un contrat de droit privé et que c'est, dès lors, à bon droit que, par l'arrêté attaqué, le conseil de préfecture s'est déclaré incompétent ».

[1199] TC, 12 janv. 1987, *Ville d'Eaubonne c./G. O. B.T.P.*, Leb. p. 640.

[1200] CE, 28 oct. 2002, *Commune de Moiselles*, req. n°232060, *AJDA* 2002, p. 1494 et s. , notes S. BRONDEL, « Le cautionnement d'emprunt : un contentieux éclaté entre juges administratif et judiciaire ».

[1201] S. BRONDEL, *op. cit*., p. 1494.

[1202] S. BRONDEL, *op. cit*., p. 1494.

[1203] CE, 29 sept. 2004, Office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'aviculture (ONIVEA), req. n°261790, JCP Adm. 2004, 211, notes J. MOREAU.

exorbitantes du droit commun dans le contrat de prêt ce qui confère alors aux contrats de prêts et de cautionnement un caractère administratif ayant pour conséquence que le litige relève de la compétence du juge administratif.

B. La compétence d'exception des juridictions administratives pour les litiges relatifs aux garanties publiques

L'arrêt du 12 janvier 1987, *Ville d'Eaubonne c/ G. O. B.T.P.*, éclaire sur la recherche de l'éventuelle compétence de la juridiction administrative en matière de garanties publiques. Ainsi, après avoir rappelé que « *la décision de renvoi est ainsi rédigée : 'bien que le contrat de prêt ait été passé entre des personnes privées et que le cautionnement soit en principe un contrat accessoire de nature civile, se pose la question de savoir si ledit cautionnement ne constitue pas un contrat administratif eu égard à la nature de la convention du 15 nov. 1973, qui peut s'analyser comme une concession de travail et de service public, et à l'objet du cautionnement, qui est de garantir un emprunt affecté au financement de la construction des ouvrages concédés* »[1204], le commissaire du Gouvernement M. MASSOT, dans ses conclusions, établit donc que « *la question qui (...) est soumise est donc de savoir dans quels cas un engagement de caution peut constituer un contrat administratif. Cette question est délicate* »[1205]. De plus, dans ses conclusions, il rappelle que d' « *une façon générale, le caractère accessoire du contrat de cautionnement entraîne que l'accessoire suit le principal* »[1206] mais qu' « *en revanche, au regard de la distinction des obligations civiles et commerciales, cette théorie s'efface, le cautionnement étant par nature un acte civil* »[1207]. Néanmoins, le commissaire du gouvernement M. MASSOT remarque que « *c'est en tout cas la théorie de l'accessoire qui paraît inspirer votre jurisprudence comme celles de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat quand il s'agit de déterminer la compétence de l'un ou de l'autre ordre des juridictions* »[1208]. Ainsi, dans l'hypothèse où « *le contrat principal est un contrat purement financier, un prêt de somme d'argent, la compétence est la plupart du temps judiciaire, y compris sur les litiges qui peuvent s'élever à propos de l'engagement de caution,*

[1204] M. MASSOT, concl. TC, 12 janv. 1987, *Ville d'Eaubonne c./G. O. B.T.P.*, *D.* 1987, p. 205 et s.
[1205] M. MASSOT, *op. cit.*, *D.* 1987, p. 205 et s.
[1206] M. MASSOT, *op. cit.*, *D.* 1987, p. 205 et s.
[1207] M. MASSOT, *op. cit.*, *D.* 1987, p. 205 et s.
[1208] M. MASSOT, *op. cit.*, *D.* 1987, p. 205 et s.

car il est très rare qu'un prêt constitue par lui-même un contrat administratif »[1209] ce qui permet au commissaire du gouvernement de constater que « *le raisonnement dépasse ici la théorie de l'accessoire : pour décider que la compétence est judiciaire, votre jurisprudence, comme celle du Conseil d'Etat, relève l'absence de mission de service public ou de clauses exorbitantes du droit commun tant dans le contrat principal de prêt que dans l'engagement de caution* »[1210]. En effet, dans son arrêt du 14 mai 1943, *Commune de Joinville-le-Pont*[1211], le Conseil d'Etat établit bien que « *le traité par lequel ladite société a contracté cet emprunt et la commune accordé sa garantie a pour objet une opération exclusivement financière se détachant de l'exécution des travaux* » tout en précisant bien que « *ce traité ne comporte, entre la Caisse des dépôts et des consignations et la commune, aucune clause exorbitante du droit commun* ». En d'autres termes, comme le précise Monsieur F. CHOUVEL en se fondant sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 juin 1986, *Département de la Réunion*[1212], « *la théorie de l'accessoire ne peut qu'exceptionnellement jouer pour une convention de garantie et la seule illustration que l'on connaisse est celle de contrats de prêts qui, ayant pour objet l'exécution même du service public (aide à l'installation d'agriculteurs réunionnais à Madagascar) et présentant de ce fait un caractère administratif, imprimaient à la convention par laquelle le département apportait sa garantie pour le remboursement de ces emprunts le caractère du contrat de droit public* »[1213].

Toutefois, cette hypothèse est rare comme l'est la recherche et l'aboutissement de clauses exorbitantes du droit commun dans les contrats[1214]. En effet, « *la recherche par les*

[1209] M. MASSOT, *op. cit.*, *D.* 1987, p. 205 et s.
[1210] M. MASSOT, *op. cit.*, *D.* 1987, p. 205 et s.
[1211] CE, 14 mai 1943, *Commune de Joinville-le-Pont*, Leb. p. 123.
[1212] CE, 13 juin 1986, *Département de la Réunion*, Leb. p. 162 où la Haute juridiction administrative rappelle que « *par cinq conventions passées entre 1958 et 1962, la caisse nationale de crédit agricole a consenti au bureau pour le développement de la production agricole dans les territoires d'Outre-mer, société d'Etat créée en application de l'article 2 de la loi n°46-860 du 30 avril 1946 des prêts en vue de permettre à cette société d'aider l'installation à Madagascar d'agriculteurs originaires de la Réunion ; que les conventions ainsi conclues entre la caisse nationale et le bureau pour le développement de la production agricole avaient pour objet l'exécution même d'une mission de service public et présentent un caractère administratif ; que, par suite, la convention par laquelle le Département de la Réunion a accordé sa garantie pour le remboursement des emprunts contractés par le bureau pour le développement de la production agricole ainsi que la convention, en date du 26 décembre 1973, par laquelle la caisse nationale de crédit agricole a accepté la défaillance de la société professionnelle et agricole de la SAKAY, société d'économie mixte substituée au bureau pour le développement de la production agricole pour l'opération en cause par arrêté du 31 décembre 1964, d'échelonner sur quinze ans les remboursements incombant au département en sa qualité de caution, présentent également le caractère de contrats de droit public* » et en déduit alors que « *par suite, la juridiction administrative est compétente pour connaître du présent litige* ».
[1213] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.
[1214] V. notamment P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 433 et s. où l'auteur revient sur la formule du commissaire du gouvernement Léon BLUM lors de l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes

juridictions d'éventuelles clauses exorbitantes propres à conférer au contrat un caractère administratif s'est pour l'heure toujours conclue négativement, aucune clause de cette nature n'ayant pu être décelée dans les contrats, l'engagement des collectivités locales de créer et recouvrer les impositions nécessaires pour faire face à leurs obligations financières en cas de défaillance de l'emprunteur n'étant pas considéré comme une clause exorbitante en matière de garantie d'emprunt ni même en matière d'emprunt souscrit par une collectivité locale »[1215]. Néanmoins, Monsieur P. LIGNIERES, après avoir confronté les contrats accordant les garanties publiques aux quatre critères retenus par la jurisprudence en matière de clauses exorbitantes du droit commun, explique qu' « *à l'aune de ces quatre critères, la jurisprudence a qualifié un type de clause fréquent dans les contrats de garantie d'emprunt* »[1216], clause qui stipule que « *la collectivité locale s'engage à lever de nouveaux impôts dans le cas où la garantie serait amenée à jouer* »[1217]. En effet, la jurisprudence a retenu cette clause comme exorbitante dans plusieurs arrêts dont celui rendu par le Tribunal administratif de Versailles le 6 décembre 1985, *Société C.A.L.I.F. contre Commune de Torcy et Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France*, en ce sens où « *les stipulations par lesquelles une commune garantit un emprunt consenti à une personne privée, en s'engageant pendant toute la durée de l'emprunt à créer et à mettre en recouvrement les impositions nécessaires pour assurer le remboursement des annuités en cas de défaillance de l'emprunteur, sont exorbitantes du droit commun et confèrent à ce contrat le caractère d'un contrat administratif* »[1218]. Néanmoins, cette jurisprudence reste marginale en ce sens que « *le Tribunal des conflits a infirmé cette solution par un jugement du 12 janvier 1987* »[1219]et a été annulée par le Conseil d'Etat dans sa décision du 6 décembre 1989[1220] où le Conseil d'Etat considère bien que l'engagement de la commune d'accorder sa garantie à une association pour le paiement des sommes dues à une banque « *n'a pas pour objet l'exécution dune mission de*

---

des Vosges, qui estimait que « *quand il s'agit de contrat, il faut rechercher, (...) ce qu'est ce contrat de par sa nature même. Et, pour que le juge administratif soit compétent, (...) il faut que ce contrat par lui-même, et de par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit par sa forme et sa contexture, un contrat administratif* ». Monsieur P. LIGNIERES rappelle alors que « *la présence d'une clause exorbitante dans le contrat suffit à lui conférer un caractère de droit public à l'ensemble du contrat* » tout en précisant qu' « *il n'existe pourtant pas de définition synthétique de la notion de clause exorbitante ; la jurisprudence utilise la technique du faisceau d'indices pour déceler la présence d'une telle clause dans une convention* ».

[1215] F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 477 et s.

[1216] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 437.

[1217] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 437.

[1218] TA Versailles, 6 déc. 1985, *Société C.A.L.I.F. c./ Commune de Torcy et Chambre régionale des comptes d'Ile-de-France*.

[1219] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 437.

[1220] CE, 6 déc. 1989, *Caisse fédérale du Crédit Mutuel d'Ile-de-France c/ Commune de Torcy*, req. n°74140.

service public ; qu'il ne comporte aucune clause exorbitante de droit commun, la stipulation selon laquelle, dans ses délibérations du 5 décembre 1980 et du 25 mars 1982 et lors de la signature des deux conventions de prêt, la commune s'engageait à créer et à mettre en recouvrement, en cas de besoin, les impositions directes nécessaires pour assurer le remboursement des annuités en cas de défaillance de l'emprunteur, ne constituant pas une clause de cette nature ». Le Professeur F. LLORENS estime que le Conseil d'Etat en prenant cette décision a pris en compte un « *ensemble d'éléments : portée juridique incertaine de la stipulation considérée, inutilité de sa prévision, possibilité de l'insérer sous une forme différente dans les relations privées* »[1221]. Ainsi, même si concernant l'éventuelle existence d'une clause exorbitante du droit commun des arguments existent en leur faveur dans les contrats de la garantie publique[1222], le juge judiciaire reste compétent, en principe, pour les litiges concernant les garanties publiques. Néanmoins, en matière de légalité des actes accordant la garantie, la compétence revient, en principe, au juge administratif.

II. La répartition des compétences juridictionnelles en matière de légalité des actes accordant une garantie publique

Le juge administratif reste, toutefois, compétent lorsque le litige porte sur la légalité de l'acte accordant la garantie, son retrait et la responsabilité pouvant en découler (A), à l'exception de l'hypothèse d'une procédure collective (B) comme en témoigne l'avis Jules Viaux du Conseil d'Etat où même si la juridiction administrative reste compétente sur les actes, l'exécution de la créance et son rang relèvent de la juridiction judiciaire.

[1221] F. LLORENS, « Le contentieux des garanties d'emprunt accordées par les collectivités locales », notes sous CE, 6 déc. 1989, *Caisse fédérale du Crédit Mutuel d'Ile-de-France c/ Commune de Torcy,* req. n°74140 et CE, 6 déc. 1989, Société anonyme de crédit à l'industrie française (CALIF), req. n°75991, *LPA*, 4 juill. 1990, n°80.

[1222] V. notamment, P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 438 où l'auteur présente trois arguments qui « *se dressent contre cette jurisprudence* » du Conseil d'Etat qui considère que la clause qui stipule que les personnes publiques peuvent lever l'impôt dans l'hypothèse d'un appel en garantie ne peut pas être assimilée à une clause exorbitante du droit commun engageant la compétence des juridictions administratives.

A. La compétence des juridictions administratives et les litiges relatifs à la légalité des actes accordant une garantie publique

La juridiction administrative reste compétente en matière de légalité des actes accordant une garantie en ce sens que « *si les litiges relatifs à l'exécution d'une convention de garantie d'emprunt relèvent, par principe, de la compétence du juge judiciaire, dès lors que ces contrats n'ont pas pour objet l'exécution d'une mission de service public ou ne comportent aucune clause exorbitante du droit commun, et par exception du juge administratif, en cas inverse, mais cette hypothèse est rarissime, le contentieux concernant la légalité des actes décidant de l'octroi, ou du retrait, de garanties et la responsabilité qui peut en découler, nonobstant l'existence d'une procédure collective ressortit en revanche (...) à l'exclusive compétence du juge administratif* »[1223]. En effet, Monsieur F. CHOUVEL remarque que « *si l'extrême rareté de la présence de l'un ou l'autre des trois éléments définis par le Tribunal des conflits dans une convention de garantie ou de caution conduit à une déclaration d'incompétence du juge administratif et confère au juge judiciaire une compétence de principe pour connaître des litiges relatifs à l'exécution du contrat, le juge administratif, pour les litiges autres que contractuels, conserve une compétence particulièrement étendue et qui s'exerce avant, pendant et après la passation du contrat* »[1224] et présente successivement les hypothèses où le juge administratif est compétent avec en premier lieu « *les délibérations (...) susceptibles d'annulation lorsque l'objet de la garantie méconnaît les normes écrites relatives aux garanties d'emprunts* »[1225] comme lorsque « *certains organismes sont expressément exclus du bénéfice de cette forme d'aide* »[1226] ou que « *l'aide ne garantisse pas un emprunt* », que « *l'emprunt est sans rapport avec la garantie accordée* »[1227] et que « *les ratios limitatifs applicables aux garanties sont ou ne sont pas dépassés* »[1228]. Monsieur F. CHOUVEL expose également le cas où la garantie accordée transgresse les règles générales de la comptabilité publique ou encore « *les principes jurisprudentiellement définis en matière de liberté du commerce et de l'industrie* »[1229] ainsi

[1223] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 331 et s.
[1224] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.
[1225] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.
[1226] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.
[1227] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.
[1228] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.
[1229] F. CHOUVEL, *op. cit.*, p. 477 et s.

qu' « *en matière d'aides sociales pouvant être attribuées par les collectivités locales aux salariés engagés dans un conflit du travail* »[1230].

De plus, Monsieur F. CHOUVEL relève que le juge administratif est aussi compétent « *sur des litiges portant sur la conclusion même du contrat* »[1231]ainsi que sur les « *actes postérieurs à la conclusion du contrat, qu'il s'agisse des procédures liées à la défaillance de l'emprunteur et à l'appel de la collectivité locale, qui peuvent se traduire par un arrêté préfectoral d'inscription d'office au budget ou par un refus de la chambre régionale des comptes de considérer comme dépenses obligatoires pouvant faire l'objet d'une inscription d'office les sommes devant être versées par la collectivité* »[1232]. Ainsi, la jurisprudence *Société fermière de Campoloro* témoigne de la compétence des juridictions administratives en matière de responsabilité de l'Etat[1233]. En effet, comme le soulignent Madame C. LANDAIS et Monsieur F. LENICA, « *dans le considérant de principe de la décision Société fermière de Campoloro et autre rendue le 18 novembre 2005, la Section du contentieux du Conseil d'Etat rappelle que, par les dispositions du II de l'article 1er de la loi du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes de droit public, 'le législateur a entendu donner au représentant de l'Etat, en cas de carence d'une collectivité territoriale à assurer l'exécution d'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, et après mise en demeure à cet effet, le pouvoir de substituer aux organes de cette collectivité afin de dégager ou de créer les ressources permettant la pleine exécution de cette décision de justice'* »[1234]. Ainsi, le juge administratif conserve une

---

[1230] F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 477 et s.

[1231] F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 477 et s. V. néanmoins CE, 9 mai 2012, *Syndicat départemental des ordures ménagères de l'Aude*, req. n°355665 où le Conseil d'Etat met fin à la jurisprudence Préfet de la Côte-d'Or en estimant « *qu'il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit en décidant que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues par les parties, soit en prononçant, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt commise pour se prononcer sur les conclusions à fin de suspension de l'exécution du contrat sur le fondement de l'article L. 2131-6 du Code général des collectivités territoriales ; que s'agissant ainsi du vice tenant à la signature d'un contrat par le représentant de la personne publique avant la transmission au représentant de l'Etat chargé du contrôle de légalité de la délibération l'autorisant, ce vice n'entraîne pas nécessairement l'illégalité du contrat si les conditions de la transmission n'ont pas privé le préfet de sa capacité à exercer le contrôle de légalité et dès lors que cette délibération a été prise avant la signature du contrat* ».

[1232] F. CHOUVEL, *op. cit*., p. 477 et s.

[1233] V. également une application de la jurisprudence *Société fermière de Campoloro*, CE, 29 oct. 2010, req. n°338001, *AJDA* 2010, p. 2077 et s.

[1234] C. LANDAIS et F. LENICA, « Le pouvoir de substitution du préfet en cas d'inexécution de la chose jugée par les collectivités territoriales », *AJDA* 2006, p. 137 et s. V. également CEDH, 26 sept. 2006, *Société de gestion du port de Campoloro c/ France*, n°57516/00.

part importante du contentieux relatif aux garanties publiques. Néanmoins, dans le cadre d'une procédure collective, la compétence judiciaire reste compétente.

B. La répartition des compétences juridictionnelles en matière de légalité des actes accordant une garantie publique et l'ouverture d'une procédure collective

En matière de légalité des actes accordant une garantie publique, la compétence revient aux juridictions administratives. Néanmoins, lorsqu'une procédure collective est enclenchée, les juridictions judiciaires sont compétentes pour l'exécution et le rang de la créance. En effet, dans son avis du 20 janvier 1992, *Société Jules Viaux et fils*[1235], le Conseil d'Etat rappelle qu' « *il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire de statuer sur l'admission ou la non admission des créances déclarées* » tout en précisant néanmoins que « *la circonstance que la collectivité publique dont l'action devant le juge administratif tend à faire reconnaître et évaluer ses droits à la suite des désordres constatés dans un ouvrage construit pour elle par une entreprise admise ultérieurement à la procédure de redressement, puis de liquidation judiciaire, n'aurait pas déclaré sa créance éventuelle dans le délai fixé à l'article 66 du décret du 27 décembre 1985 et n'aurait pas demandé à être relevée de la forclusion dans les conditions prévues par l'article 53 de la loi du 25 janvier 1985 et l'article 70 du décret du 27 décembre 1985 est sans influence sur la compétence du juge administratif pour se prononcer sur ces conclusions dès lors qu'elles ne sont elles-mêmes entachées d'aucune irrecevabilité au regard des dispositions dont l'appréciation relève de la juridiction administrative, et ce, sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur l'extinction de cette créance* ». Ainsi, l'avis du 20 janvier 1992 établit bien que « *si les dispositions législatives précitées réservent à l'autorité judiciaire la détermination des modalités de règlement des créances sur les entreprises en état de redressement, puis de liquidation judiciaire, il appartient au juge administratif d'examiner si la collectivité publique a droit à réparation et de fixer le montant des indemnités qui lui sont dues à ce titre par l'entreprise défaillante ou son liquidateur, sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur le recouvrement de cette créance* ». Cet avis est cité par

[1235] CE, avis, 20 janv. 1992, *Société Jules Viaux et fils*, *D*. 1992, Leb. p. 31.

l'arrêt du Tribunal des conflits du 23 mai 2005, *SARL Segi c./ OPHLM de la Vendée*[1236], où le Tribunal des conflits expose bien que « *le juge administratif n'est pas compétent pour statuer sur l'acte par lequel une personne morale de droit public déclare une créance au représentant des créanciers d'une entreprise en redressement judiciaire, dès lors qu'il appartient de façon exclusive à l'autorité judiciaire, en vertu des articles 47 à 53 et 100 à 105 de la loi du 25 janvier 1985, codifiés aux articles L. 621-40 à L. 621-46 et L. 621-103 à L. 621-106 du Code de commerce, de statuer sur l'admission ou le rejet des créances déclarées* » tout en confirmant qu' « *en revanche le juge administratif est compétent, notamment lorsque le juge-commissaire a décidé, en application de l'article L. 621-104 du Code de commerce, que la contestation ne relevait pas de sa compétence, pour statuer sur l'existence et le montant d'une créance née d'un marché public, sous réserve de l'application de la recevabilité des conclusions dont il est saisi au regard des règles régissant le contentieux des marchés publics* ».

Ainsi, comme le souligne le Professeur G. ECKERT, « *l'influence du droit des procédures collectives est cependant limitée par la compétence du juge administratif et l'application du droit public* »[1237] en ce sens que « *plus largement, l'ouverture de la procédure collective n'interrompt pas l'instance devant le juge administratif (contrairement à C. com., art. L. 622-22) et celui-ci peut statuer sur la demande de la collectivité publique et condamner l'entreprise défaillante au paiement de sa dette, malgré l'absence de déclaration de la créance et de relevé de forclusion de la collectivité publique (contrairement à C. com., art. L. 622-26)* »[1238]. Le Professeur G. ECKERT en déduit donc que « *les créances dont la détermination relève du champ de compétence du juge administratif bénéficient donc d'un régime juridique fortement singularisé, sans que le fondement de cette singularité et des dérogations au droit commercial qui en découlent soit clairement explicité par le juge administratif* »[1239] tout en admettant qu' « *il est vrai que l'avantage que tirent les créanciers publics de cette solution particulière semble relativement formel dans la mesure où le paiement de la créance, bien que reconnue par le juge administratif, se heurtera à la compétence exclusive du juge judiciaire pour en déterminer les modalités de règlement* »[1240].

[1236] TC, 23 mai 2005, *SARL Segi c./ OPHLM de la Vendée*.
[1237] G. ECKERT, « Société en liquidation judiciaire : quelles conséquences tirer de l'absence de déclaration de la créance publique ? », notes sous CE, 24 nov. 2010, *Amauger, es qualité*, req. n°328189, *Contrats-marchés publ*., n°2, 2011, comm. 41.
[1238] G. ECKERT, *op. cit*., 2011, comm. 41.
[1239] G. ECKERT, *op. cit*., 2011, comm. 41.
[1240] G. ECKERT, *op. cit*., 2011, comm. 41.

En d'autres termes, lors de l'ouverture d'une procédure collective, lorsqu'une garantie publique est en jeu, le garant public est protégé d'une certaine manière par la répartition des compétences en matière de procédure collective, en pouvant se retourner contre le débiteur supportant la procédure collective malgré l'arrêt des poursuites individuelles et l'absence de déclaration des créances dans les délais impartis mais risque de ne pas obtenir le remboursement des sommes garanties du fait de la compétence du juge judiciaire en matière de détermination des modalités de règlement. Ainsi, la répartition des compétences en matière de garantie témoigne de la singularité du régime des garanties publiques, et plus largement de l'impact des garanties en droit public ce que cependant le droit de l'Union européenne tend à banaliser.

CHAPITRE 2 : L'encadrement des garanties publiques par le droit de la concurrence

Les garanties publiques connaissent un encadrement de plus en plus strict par le droit public économique, notamment par le développement du droit de la concurrence largement influencé par le droit de l'Union européenne[1241]. En effet, les garanties publiques sont encadrées par le droit de la concurrence[1242] en ce sens que les règles issues des textes et de la jurisprudence interne prennent de plus en plus en compte les règles du droit de la concurrence de l'Union européenne. En effet, le régime des garanties publiques se singularise du régime des garanties accordées par les personnes privées en ce sens que ce régime est strictement encadré par le droit de la concurrence et complexifié par le droit des aides de l'Union européenne.

Ainsi, pour les garanties accordées par les collectivités territoriales, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie a été posé par la loi du 2 mars 1982 et est codifié aux articles L. 2252-1 et L. 3231-1 du Code général des collectivités territoriales qui disposent dans leur premier alinéa que « *l'Etat a la responsabilité de la conduite de la politique économique et sociale ainsi que de la défense de l'emploi* » tout en précisant au second alinéa que « *néanmoins, sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe d'égalité des citoyens devant la loi ainsi que des règles de l'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le plan, la commune (ou le département) peut intervenir en matière économique et sociale dans les conditions prévues au présent chapitre et à l'article L. 2253-1* » pour les communes et aux articles L. 3231-2, L. 3231-3, L. 3231-6 et L. 3232-4 pour les départements.

Ce principe a été repris par la jurisprudence avec notamment l'arrêt du tribunal administratif de Grenoble, *Ruphy et autres c./ Commune de la Clusaz*, du 27 janvier 1988[1243] où il est bien rappelé « *qu'en vertu des dispositions de l'article 5 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982*

[1241] V. notamment G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur énonce bien que « *cet instrument traditionnel de l'interventionnisme public est cependant de plus en plus sévèrement encadré* ».
[1242] V. Ch. LEMAIRE, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *CJEG* 2004, p. 404.
[1243] TA Grenoble, 27 janv. 1988, *Ruphy et autres c./ Commune de la Clusaz*, JCP G 1989, II, n°21265, note C. DEVES.

relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, modifiée, sous réserve du respect de la liberté du commerce et de l'industrie, du principe de l'égalité des citoyens devant la loi ainsi que les règles de l'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le plan, une commune peut intervenir en matière économique » pour considérer qu'en l'espèce « *en accordant la garantie d'emprunt à la S.A.E.M. 'du Parc' afin de faciliter la réalisation de l'opération hôtelière projetée, la commune de La Clusaz a crée des conditions de concurrence favorable à l'exploitant du projet 'Vita Hôtel' au détriment des autres hôteliers exerçant dans la commune et de toute personne souhaitant ouvrir un hôtel dans cette même commune* » et que « *dès lors, la délibération du 26 mai 1987 qui porte atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie est entachée d'illégalité et elle doit être annulée* ».

Le Professeur G. ECKERT expose alors que « *les garanties accordées par les collectivités publiques s'inscrivent généralement dans le cadre des politiques d'aides aux activités économiques* »[1244] et « *visent à faciliter l'accès des entreprises au crédit en réduisant les risques pesant sur le prêteur* »[1245] ce qui a pour conséquence qu' « *aux conditions générales imposées par la jurisprudence, tel le respect de la liberté du commerce et de l'industrie ou la démonstration de l'intérêt général du projet aidé, s'est progressivement ajouté un droit exorbitant des garanties publiques* »[1246] qui témoigne une nouvelle fois de la singularité des garanties publiques qui se doivent donc de respecter le droit de la concurrence autant interne (SECTION 1) que de l'Union européenne (SECTION 2) notamment avec le contentieux concernant les garanties implicites et illimitées.

[1244] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1245] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1246] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

SECTION 1 : Le respect par les garanties publiques du droit interne de la concurrence

Le respect du droit de la concurrence concerne l'ensemble des garanties publiques. Toutefois, les garanties publiques connaissent un encadrement strict par le droit interne de la concurrence (§2) pour compenser la souplesse des grands principes du droit public comme le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie (§1).

§ 1. La souplesse de l'application des grands principes du droit public aux garanties publiques [1247]

Le droit public encadre de manière souple les garanties publiques en ce sens que « *plusieurs principes généraux encadrent en droit national l'octroi des aides publiques, indépendamment des règles particulières qui varient selon la qualité de la personne publique (Etat ou collectivité territoriale) ou la nature de l'aide* »[1248]. En effet, « *les articles 5 et 48 de la loi du 2 mars 1982 se réfèrent à la liberté du commerce et de l'industrie et à l'égalité des citoyens devant la loi* »[1249] et « *ces principes, présentés comme des limites à l'interventionnisme économique et social s'appliquent à toutes les interventions des*

[1247] V. notamment S. NICINSKY, *Droit public des affaires*, *LGDJ*, 4ème éd., 2014, pp. 222-223 où l'auteur présente le principe d'égalité et de la liberté du commerce et de l'industrie par rapport au droit des aides en ce sens où pour le principe d'égalité, « *le juge administratif est (...) amené à contrôler les conditions d'octroi d'aides au regard du principe d'égalité, ce qui le conduit à censurer la définition de conditions avantageant sans justification une catégorie d'opérateurs* » et pour le principe de liberté du commerce et de l'industrie, l'auteur énonce donc qu' « *en délivrant des aides, les collectivités publiques ne doivent pas porter atteinte au principe de la liberté du commerce et de l'industrie, entendu comme s'opposant à ce que les collectivités publiques empiètent sur les domaines réservés l'initiative privée lorsque celle-ci n'est pas défaillante* ».

[1248] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, *LGDJ*, Paris, 7ème éd., 2014, p. 310.

[1249] P. LIGNIERES, *Les cautionnements et garanties d'emprunt donnés par les collectivités locales*, Préf. J. MOULY, Litec, Paris, 1994, p. 67.

collectivités locales »[1250]. Ainsi, les garanties publiques se doivent de respecter le principe d'égalité (I) et le principe de liberté du commerce et de l'industrie (II).

I. Le principe d'égalité[1251] et les garanties publiques

Les garanties publiques entrent dans la catégorie des aides publiques se présentant alors comme une manifestation de l'interventionnisme économique des personnes publiques. Ainsi, les garanties publiques se doivent de respecter le principe d'égalité (A) mais cet encadrement par le principe d'égalité pour l'action des personnes publiques lors de l'octroi de la garantie est limité par la prééminence de l'intérêt général (B).

A. Le respect du principe d'égalité par les garanties publiques

Le principe d'égalité découle directement de l'article premier de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui dispose que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* ». Au niveau jurisprudentiel, « *c'est d'abord le principe de base de l'égalité devant la loi qui est consacré, avec la dénomination, variable, de 'principe général du droit', 'principe général' ou 'principe'* »[1252] mais « *sont également consacrés avec la dénomination de 'principe général du droit' certains des corollaires du principe général d'égalité devant la loi : - le principe de l'égalité devant les charges publiques ; - le principe de l'égalité devant l'impôt ; - le principe de l'égalité des citoyens devant la justice* »[1253]. Se présentant alors comme « *l'un des plus impérieux de notre droit* »[1254], le principe d'égalité se présente comme « *une égalité proportionnelle et non d'une*

[1250] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 67.
[1251] Sur le principe d'égalité, v. notamment J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 116 et s. où les auteurs appliquent ce principe en matière d'action économique et en déduisent que « *d'une part, l'action régulatrice de la puissance publique ne doit pas comporter de discriminations entre les opérateurs économiques, qu'ils soient privés ou publics, sous peine de contrevenir non seulement au principe d'égalité mais également à celui de la libre et égale concurrence* » et « *d'autre part, et pour les mêmes raisons, les interventions directes de la puissance publique dans la gestion du secteur économique et social ne peuvent être admises qu'à la condition de respecter le principe d'égalité* ».
[1252] R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Tome 1, *Montchrestien*, Paris, 14ème éd., 2000, p. 91.
[1253] R. CHAPUS, *op. cit.*, p. 91
[1254] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 61.

égalité uniformisante »[1255] s'appréciant alors par catégories ce qui implique que « *les collectivités locales sont à ce titre tenues de traiter également des situations semblables* »[1256] et que donc « *l'égalité est rompue lorsqu'on traite identiquement des situations différentes ou différemment des situations identiques* »[1257].

Ainsi, « *l'octroi des aides publiques doit évidemment respecter le principe d'égalité sous ses différents aspects* »[1258] et « *le plus évident en matière d'aides est d'abord l'égale concurrence entre opérateurs économiques, dont la distorsion peut être causée par une mesure d'aide constitutive d'un abus de position dominante* »[1259]. De plus, « *l'égalité devant les charges publiques est également susceptible d'être heurtée par les aides publiques, notamment fiscales, même si la notion même d'aide publique implique (...) une certaine sélectivité de l'avantage octroyé* »[1260]. L'intérêt du principe d'égalité en matière d'interventionnisme économique des personnes publiques s'illustre dans des cas où « *les stratégies de promotion de l'emploi local développés par certaines collectivités territoriales ont parfois nécessité un rappel général des implications du principe d'égalité et l'interdiction subséquente de subordonner le principe ou le montant d'une aide économique à une entreprise à l'emploi de salariés résidant sur le territoire de la commune* »[1261]. Ainsi, comme le soulignent les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, « *une discrimination injustifiée peut d'ailleurs s'accompagner de favoritisme ou de prise illégale d'intérêt* »[1262] comme en témoigne l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 mai 2000, *Commune du Cendre*[1263], où il est rappelé que pour accorder sa garantie à deux emprunts, « *le maire de la commune, président de la société bénéficiaire desdits emprunts, doit être regardé, dans les circonstances de l'affaire, comme ayant été empêché au sens de l'article L. 122-13 (...) du Code des communes de signer ces deux conventions au nom de la commune ; que, dès lors, le premier adjoint pouvait, en application du même article, le remplacer à cette fin ; que la délégation de signature dont bénéficiait le deuxième adjoint pour signer les conventions relatives aux emprunts ne faisait pas obstacle à ce que le premier adjoint procédât à la signature des conventions dont il s'agit en qualité de suppléant du maire empêché* » et que « *la*

[1255] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 61.
[1256] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 61.
[1257] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 67.
[1258] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 317.
[1259] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 317.
[1260] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 317.
[1261] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 317.
[1262] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 317.
[1263] CE, 19 mai 2000, *Commune du Cendre*, req. n°208542, *DA* 2000, comm. 160.

circonstance que le premier adjoint était administrateur de la SEMVA ne faisait pas obstacle à ce qu'il signât les conventions litigieuses au nom de la commune ; que ces fonctions d'administrateur, qu'il exerçait en tant que représentant de la commune et non à titre personnel, ne sauraient le faire regarder comme personnellement intéressé à la conclusion de ces conventions ». En d'autres termes, le principe d'égalité permet d'éclairer et d'encadrer dans une certaine mesure le régime des garanties publiques. Cependant, l'intérêt général vient bien souvent à l'encontre du respect du principe d'égalité en matière d'aides publiques[1264].

B. L'intérêt général face au respect du principe d'égalité par les garanties publiques

Concernant les garanties publiques, le principe d'égalité connaît une application restreinte par la présence de l'intérêt général. Ainsi, la décision du Conseil constitutionnel du 29 décembre 1984, *Loi de finances pour 1985*[1265], considère à son point 25 que « *le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte, par l'octroi d'avantages fiscaux, des mesures d'incitation à la création et au développement d'un secteur d'activité concourant à l'intérêt général, notamment, comme cela est prévu par l'article 79, des fondations et associations d'intérêt général à caractère cultuel* ». En effet, « *l'administration peut (...) justifier certaines dérogations au principe d'égalité en invoquant un but d'intérêt général qui oriente son action* »[1266] en ce sens que « *le principe d'égalité cède devant une finalité d'intérêt général* »[1267]. De plus, Monsieur P. LIGNIERES rappelle que « *si l'administration n'agit pas dans l'intérêt général, le recours pour excès de pouvoir permet de sanctionner le détournement de pouvoir* »[1268] et « *le fléchissement du principe d'égalité devant l'intérêt général le viderait de son utilité* »[1269]. Néanmoins, il en déduit que « *la référence à l'égalité des citoyens devant la loi ne limite presque pas l'action des collectivités locales en matière d'octroi de garanties d'emprunt car les collectivités peuvent arguer que les demandeurs n'étaient pas en situation strictement identique, ce qu'il est difficile de contester* »[1270] mais

---

[1264] V. notamment S. NICINSKY, *op. cit.*, p. 222 où l'auteur évoque le fait qu' « alors que, par principe, toute aide pourrait venir heurter l'idée même d'égalité, l'intérêt général qui peut s'attacher au développement économique par l'incitation justifie les régimes d'aides ».
[1265] Cons. Const., 29 déc. 1984, *Loi de finances pour 1985*, n°84-184 DC.
[1266] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 61.
[1267] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 61.
[1268] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 62.
[1269] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 62.
[1270] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 62.

estime que « *l'idée selon laquelle la référence à l'égalité des citoyens devant la loi serait totalement inutile et superfétatoire est critiquable dans la mesure où elle correspond au désir du législateur de rappeler ce principe aux élus locaux* »[1271] tout en précisant que « *la jurisprudence du Conseil d'Etat devrait prendre en compte cette volonté de contenir la liberté d'intervention des collectivités locales en considérant notamment que l'invocation de l'intérêt général ne suffit pas pour violer le principe d'égalité des citoyens devant la loi* »[1272].

Ainsi, il s'interroge en se demandant si « *pour interpréter un texte de loi ne serait-il pas souhaitable de s'inspirer de l'article 1157 du Code civil qui dispose que 'lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun'* ? »[1273]. De plus, il est possible de se demander dans quelles limites le principe d'égalité ne devrait pas entrer dans la notion d'intérêt général ou devrait être repensé afin de se voir requalifier en principe d'équité qui dans cette hypothèse pourrait alors se conformer davantage à l'intérêt général. Ainsi, même si le principe d'égalité est admis dans tous les domaines du droit, son application reste limitée pour les aides publiques en général et donc pour la garantie publique également ce qui semble aussi le cas pour l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie[1274] témoignant bien de la souplesse des grands principes du droit public pour éviter les effets anticoncurrentiels des garanties publiques et confirmant la singularité de leur régime en droit interne.

[1271] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 63.
[1272] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 63.
[1273] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 63.
[1274] V. P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 67 où l'auteur remarque même que « *l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie est plus délicate* » que celle du principe d'égalité.

II. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie[1275] et les garanties publiques

Le droit administratif de la décentralisation encadre le régime des garanties publiques en respectant le principe de liberté du commerce et de l'industrie (A) mais ce respect par les personnes publiques connaît des assouplissements liés notamment à la singularité de la personne publique qui accorde la garantie (B).

A. Le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie lors de l'octroi des garanties publiques

Les articles 5 et 48 de la loi n°82-213 du 2 mars 1982 repris par les articles L. 2252-1 et L. 3231-1 du Code général des collectivités territoriales se réfèrent expressément au principe de liberté du commerce et de l'industrie et au principe d'égalité des citoyens devant la loi[1276] « *pour poser des limites générales à l'interventionnisme des collectivités locales* »[1277] et « *traditionnellement, cette réserve est interprétée comme impliquant que les entreprises économiques sont en principe réservées à l'initiative privée, les collectivités ne pouvant donc prendre de risques économiques avec l'argent public ou fausser par leur intervention le libre jeu de la concurrence privée* »[1278]. Au début du XXème siècle, l'intervention des collectivités territoriales « *fut admise que strictement, tant par les pouvoirs publics que par le juge administratif* »[1279]. En effet, même si la liberté du commerce et de l'industrie date du décret d'Allarde de 1791, le juge administratif n'a admis que progressivement l'interventionnisme des personnes publiques.

[1275] Sur le principe de liberté du commerce et de l'industrie, v. notamment J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit*., p. 102 et s. où les auteurs présentent successivement la liberté d'entreprendre et la liberté de la concurrence ainsi que le principe de spécialité qui est un « *élément constitutif de la théorie des personnes morales* » mais qui n'a « *aucune consécration constitutionnelle, bien qu'il soit constamment évoqué depuis plus d'un siècle* ».

[1276] Le principe de liberté du commerce et de l'industrie est également consacré par la jurisprudence comme un principe général du droit. V. par exemple, CE, Ass., 13 mai 1983, *SA René Moline*, req. n°37030.

[1277] C. DEVES, note sous TA Grenoble, 27 janv. 1988, *Ruphy et autres c./ Commune de La Clusaz*, *JCP G* 1989, II, n°21265.

[1278] C. DEVES, *op. cit*., n°21265.

[1279] C. DEVES, *op. cit*., n°21265.

Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*[1280], estimait que « *si en vertu de l'article 1er de la loi du 3 août 1926 qui l'autorisait à apporter, tant aux services de l'Etat qu'à ceux des collectivités locales, toutes réformes nécessaires à la réalisation d'économies, le Président de la République a pu légalement réglementer, dans les conditions qui lui ont paru les plus conformes à l'intérêt des finances communales, l'organisation et le fonctionnement des régies municipales, les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926 par lesquels il a réalisé ce réformes n'ont eu ni pour objet, ni pour effet d'étendre, en matière de création de services publics communaux, les attributions conférées aux conseils municipaux par la législation antérieure* » et précisait bien que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière* ». Ainsi, le principe de liberté du commerce et de l'industrie n'est admis que progressivement par le droit public et connaît encore des incertitudes d'application pour les garanties publiques.

B. La complexité de l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie aux garanties publiques

L'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie en droit public connaît quelques réticences. Néanmoins, les juridictions administratives ont « *adopté progressivement une attitude plus conciliante, notamment dans le secteur des loisirs, de l'aménagement du territoire ou du développement touristique* »[1281] et le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*[1282], tout en rappelant que « *les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique* », estime que « *si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la*

[1280] CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Leb. p. 583.
[1281] C. DEVES, *op. cit.*, n°21265.

concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». Toutefois, comme le remarque le Professeur M. LOMBARD, « *la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers a vécu et les efforts qui pourraient être faits pour momifier son cadavre, comme s'il existait une parfaite continuité depuis 1930, ne sauraient la réanimer. Mais l'infante espérée depuis l'avis contentieux du 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n'est hélas pas la décision Ordre des avocats au barreau de Paris de 2006, tant celle-ci comporte encore de parts d'obscurité* »[1283].

Ainsi, la place et le respect du principe du commerce et de l'industrie connaît une application complexe en droit public. Concernant le régime des garanties publiques, le respect de ce principe se présente comme un outil afin d'éviter des atteintes à la concurrence ce que l'arrêt du Tribunal administratif de Grenoble, *M. Jules Ruphy et autres c./ Commune de La Clusaz*, du 27 janvier 1988[1284] confirme bien. Cependant, ce principe reste apprécier de manière souple, notamment « *lorsque sont en cause des logements sociaux* »[1285]. En effet, dans son arrêt du 23 juin 1997, *Mme Morera*[1286], le Conseil d'Etat estime que « *le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne saurait faire obstacle à ce qu'une commune prenne les initiatives nécessaires pour pourvoir aux besoins de logements de la population* » et que la garantie accordée par une commune pour un emprunt pris par une société pour les logements sociaux « *n'a pas pour objet ni pour effet d'interdire les réalisations d'initiative privée en matière de construction de logements sur son territoire* ». De cette jurisprudence, il ressort deux interprétations. Tout d'abord, la garantie accordée permettait à l'entreprise d'obtenir un emprunt afin de construire des logements sociaux qui répondent à la volonté de l'Etat d'offrir un logement à tous en permettant d'avoir des loyers modérés et donc de répondre plus largement à l'intérêt général. Cette hypothèse se confirme par les lois relatives aux logements opposables. En effet, dès la loi n°82-526 du 22 juin 1982 relative aux droits et

---

[1282] CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Leb. p. 272.
[1283] M. LOMBARD, « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n°683, repère 2.
[1284] TA Grenoble, 27 janv. 1988, M. Jules Ruphy et autres c/ Commune de La Clusaz, req. n°32865.
[1285] J.-P. WAUQUIER, *op. cit*., 2004.

obligations des locataires et des bailleurs, l'article 1er dispose que « *le droit à l'habitat est un droit fondamental* » et précise à son second alinéa que « *l'exercice de ce droit implique la liberté de choix pour toute personne de son mode d'habilitation et de sa localisation grâce au maintien et au développement d'un secteur locatif et d'un secteur d'accession à la propriété ouverts à toutes les catégories sociales* ». La loi n°90-449 du 31 mai 1990 visant la mise en œuvre du droit au logement est venue consacrer ce droit en énonçant à son article 1er que « *garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation* » mais c'est la loi n°2007-290 du 5 mars 1990 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale qui donne un fondement juridique à ce droit. Ainsi, la construction de logements sociaux entre certainement dans cette volonté des personnes publiques d'offrir un logement à tous. Cet arrêt du Conseil d'Etat du 23 juin 1997 témoigne alors de la singularité des garanties publiques tout en confirmant la souplesse pour le droit public du principe de liberté du commerce et de l'industrie. Néanmoins, au niveau du droit de la concurrence, le fait d'accorder sa garantie à une entreprise pour un emprunt afin de construire des logements sociaux peut laisser entrevoir des effets anticoncurrentiels.

§2. L'exigence d'une application stricte du droit interne de la concurrence aux garanties publiques

Lorsqu'une personne publique accorde sa garantie, le risque principal est de fausser le libre jeu de la concurrence. Ainsi, les grands principes du droit interne de la concurrence s'applique lors de l'octroi des garanties publiques (I) et les garanties publiques se présentant comme une aide publique se voient également appliquer le droit relatif aux aides (II).

[1286] CE, 23 juin 1997, *Mme Morera*, req. n°156728.

I. L'application des grands principes du droit interne de la concurrence aux garanties publiques

Les garanties publiques apparaissent comme une aide pouvant fausser le jeu de la concurrence (A) ce que le droit interne de la concurrence peut, dans une certaine mesure, sanctionner (B).

A. La perturbation du marché concurrentiel par l'octroi des garanties publiques

Les garanties d'emprunt accordées par les collectivités territoriales se présentent comme un outil intéressant pour les collectivités territoriales. En effet, « *cet instrument politique est particulièrement prisé par les élus locaux : il permet d'assurer une aide à une entreprise et laisse espérer qu'elle ne coûtera rien à la collectivité* »[1287]. Toutefois, il présente des risques, notamment au niveau du droit de la concurrence en ce sens que les contrats de garantie d'emprunt intéressent les parties au contrat mais également les tiers, c'est-à-dire « *les concurrents lors de l'octroi de la garantie et les contribuables lors de l'appel de la garantie* »[1288]. Ainsi, « *la défense des droits des concurrents peut être assurée par le droit de la décentralisation et surtout par le recours au droit de la concurrence* »[1289] car « *en octroyant une garantie d'emprunt, la collectivité locale perturbe le fonctionnement normal de trois marchés* »[1290]. De plus, comme le rappelle le Professeur S. NICINSKY en se fondant sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997, *Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais*[1291], « *le droit de la concurrence est (...) opposable aux actes administratifs, au sens où l'administration, par l'une de ses décisions, ne doit pas placer*

[1287] P. LIGNIERES, « Le droit de la concurrence peut-il limiter l'octroi de garanties d'emprunt par les collectivités locales ? », *JCP E*, 1993, II, n°285, p. 471 et s.
[1288] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1289] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1290] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1291] CE Sect., 3 nov. 1997, *Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais*, req. n°169907 où le Conseil d'Etat estime que le droit de la concurrence est bien applicable aux actes administratifs, en l'espèce il s'agissait d'actes de dévolution des services publics.

directement un opérateur en situation de méconnaître le droit de la concurrence »[1292] et « *pour encourir la censure, l'acte administratif doit être la source directe de la pratique anticoncurrentielle* »[1293].

Tout en évoquant le fait que « *les fonds de garantie, sous forme de conventions ou de structure, augmentent les risques de sanction pour atteinte à la concurrence* »[1294], Monsieur P. LIGNIERES énumère plusieurs atteintes au droit de la concurrence liées à l'octroi et l'appel des garanties accordées par les collectivités territoriales avec en premier lieu, celle qui « *intervient dans le marché sur lequel évolue l'entreprise bénéficiaire de la garantie d'emprunt* »[1295] en ce sens que « *cette entreprise obtient un prêt grâce à la garantie de la collectivité locale* »[1296] et « *l'emprunt lui donne le moyen de se doter de nouveaux investissements et lui fournit ainsi une arme supplémentaire pour affronter la concurrence* »[1297]. Il présente également l'atteinte au marché des prêts bancaires qui se place « *au niveau macro-économique, (où) l'octroi de garanties par la collectivité locale a pour effet une augmentation globale du montant des sommes prêtées par les banques* »[1298] et « *au niveau micro-économique, ces garanties peuvent soulever des problèmes de concurrence dans la mesure où ce ne sont pas toutes les banques qui bénéficient à part égale de cette augmentation du volume du crédit* »[1299] en ce sens que « *seuls les établissements de crédit qui travaillent en collaboration avec les collectivités locales – ou leurs démembrements – bénéficient de l'avantage lié à la sécurité du crédit de l'Etat* »[1300]. Enfin, Monsieur P. LIGNIERES rappelle que « *le fonctionnement naturel du marché des garanties d'emprunt est également troublé par l'octroi de garanties par les collectivités locales* »[1301].

[1292] S. NICINSKY, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135 et s.
[1293] S. NICINSKY, *op. cit*., p. 1135 et s.
[1294] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1295] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1296] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1297] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1298] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1299] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.
[1300] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s. où l'auteur précise que « *la banque qui prête à une entreprise dont le crédit est garanti par une collectivité locale prend moins de risques que sa concurrente qui ne bénéficie pas d'un tel avantage* ».
[1301] P. LIGNIERES, *op. cit*., p. 471 et s.

B. Les moyens offerts par le droit interne de la concurrence pour sanctionner les atteintes à la concurrence des garanties publiques

Les garanties publiques, notamment celles octroyées par les collectivités territoriales, connait donc un encadrement par le droit interne de la concurrence qui se manifeste par l'éventualité d'une action en concurrence déloyale (1) et celle d'une action contre l'existence d'une entente illicite lors de l'octroi d'une garantie (2).

1. Les garanties publiques et l'action en concurrence déloyale

Pour contrer la souplesse du droit de la décentralisation, le droit interne de la concurrence pour la garantie publique se découpe en deux branches qui sont respectivement les actions en concurrence déloyale et les sanctions issues du droit de la concurrence de l'ordonnance n°86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Concernant l'action en concurrence déloyale, elle « *peut être intentée par les concurrents à l'encontre du prêteur* »[1302] et « *le demandeur doit prouver que la garantie d'emprunt n'est pas conforme aux usages professionnels* »[1303] ce qui explique que « *le critère de licéité ou de l'illicéité des faits reprochés n'entre (...) pas nécessairement en jeu* »[1304] et Monsieur P. LIGNIERES en déduit que « *ce mode de raisonnement conduit au constat qu'une aide habituellement pratiquée qui aurait des effets nuisibles sur l'économie ne pourrait être considérée comme une faute au sens de l'action en concurrence déloyale* »[1305] comme par exemple pour « *les garanties d'emprunt accordées par les communes et les départements dans le secteur des HLM* »[1306] ce qui n'est pas le cas « *d'une association régie par la loi du 1er juillet 1901 bénéficiant d'avantages de la part des collectivités locales et qui se comporte comme une véritable entreprise commerciale* »[1307]. En effet, dans son arrêt du 10 juin 1991, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme l'arrêt de la cour d'appel en rappelant

[1302] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1303] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1304] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1305] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1306] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.

que « *pour déclarer recevable et fondée en son principe la demande de la société Maison de la cartographie et du tourisme, tendant à la réparation du préjudice résultant pour elle de la contravention reprochée à André X..., la cour d'appel relève que cette partie civile commercialise des articles cartographiques, notamment ceux édités par l'Institut géographique national, et qu'elle est assujettie à ce titre à l'impôt sur les sociétés et à la taxe professionnelle et ne bénéficie d'aucune subvention ; que, dès lors, le jeu de la concurrence se trouve faussé à son détriment par l'activité paracommerciale illicite exercée dans le même secteur par l'association Randonnées, pyrénéennes dirigée par le prévenu, laquelle est exemptée de ces charges fiscales et reçoit d'importantes subventions* ».

Cet arrêt applique l'article 37 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 codifié à l'article L. 442-7 du Code de commerce qui dispose qu' « *aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts* ». En effet, comme le souligne Madame E. JOLY-SIBUET, « *les pratiques paracommerciales apparaissent comme profondément attentatoires au libre jeu de la concurrence* »[1308] en ce sens où « *des organismes jouissent d'avantages fiscaux incontestables et viennent concurrencer sur un marché déterminé des personnes qui supportent quant à elles de lourdes charges, le jeu de la concurrence se trouve inévitablement faussé* »[1309].

2. Les garanties publiques et les sanctions liées à des pratiques anticoncurrentielles

L'ordonnance du 1er décembre 1986 en sanctionnant les pratiques restrictives de concurrence et les pratiques anticoncurrentielles présente un intérêt pour l'encadrement des garanties accordées par les collectivités territoriales, notamment par rapport à la prohibition des discriminations. Néanmoins, l'article 36 de l'ordonnance de 1986 ne mentionne que les producteurs, commerçants, industriels et artisans ce qui implique que les collectivités

---

[1307] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s. où l'auteur précise bien que « *la pratique de la para-commercialité – sanctionnée pénalement par l'article 37 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 – est un terrain favorable à l'application de l'action en concurrence déloyale* ».
[1308] E. JOLY-SIBUET, *JCP E* 1992, I, 187, pp. 498-499.
[1309] E. JOLY-SIBUET, *op. cit.*, pp. 498-499.

territoriales n'entrent pas dans son champ d'application. Ainsi, Monsieur P. LIGNIERES, avant d'appliquer l'article 7 de l'ordonnance relatif aux ententes illicites, s'interroge pour savoir si « *l'octroi de garantie d'emprunt par une collectivité par une collectivité locale peut-il être assimilé à une activité de production, de distribution ou de services au sens de l'article 53 ?* »[1310] et y répond en suggérant que « *l'octroi de garantie d'emprunt au sens de l'article 53 devant être appréciée largement* »[1311]. De plus, la soumission des personnes publiques au droit de la concurrence soulève quelques difficultés. En effet, l'arrêt du Tribunal des conflits du 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, énonce qu' « *il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services ; que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité ; que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché, et qu'il n'appartient en conséquence qu'aux juridictions de l'ordre intéressé de vérifier la validité de cet acte au regard des dispositions de l'article 9 de l'ordonnance susvisée* ». Dans cet arrêt, « *en décidant que l'organisation par une commune d'un service public de la distribution de l'eau et le contrat passé pour son exécution sont deux actes relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative et non du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, le Tribunal des Conflits est venu, dans l'arrêt du 6 juin 1989 (...) clore temporairement ce débat, pourtant récurrent de l'application du droit de la concurrence aux activités des personnes publiques* »[1312].

En d'autres termes, comme l'explique Monsieur P. LIGNIERES, « *la logique profonde de cette jurisprudence réside dans l'idée que la puissance publique doit être soumise au droit de la concurrence lorsque son comportement est comparable à celui d'une entreprise* »[1313] ce qui a pour conséquence de « *se demander si l'octroi de garantie d'emprunt est un acte ou une décision qui constitue l'exercice d'une prérogative de puissance publique* »[1314] or « *une réponse négative s'impose, le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat s'étant prononcés en faveur de l'application du droit privé aux contrats de garanties d'emprunt octroyées par les*

[1310] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1311] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1312] Ph. TERNEYRE, note sous TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, *JCP E* 1989, II, 15644, p. 733 et s.
[1313] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1314] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.

collectivités locales »[1315] et permet d'en déduire donc que « *le Conseil de la concurrence est donc compétent pour appliquer le droit des ententes illicites à ce type de contrat* »[1316]. De plus, Monsieur P. LIGNIERES précise bien que « *l'effet anticoncurrentiel d'une telle entente provient des discriminations qu'elle produit inévitablement entre les entreprises, toutes ne bénéficiant pas de cette aide* »[1317] ou en cherchant à privilégier une entreprise locale. L'arrêt du Tribunal administratif de Grenoble du 27 janvier 1988, *Ruphy et autres c./ Commune de La Clusaz*, où en l'espèce est accordée une garantie publique à une société d'économie mixte pour la construction d'un hôtel, donne l'occasion à Monsieur C. DEVES « *de se demander si l'intervention de telles structures 'semi publiques' ne relèvent pas du droit de la concurrence, tel que celui-ci est désormais défini par l'ordonnance du 1er décembre 1986, dont la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 30 juin 1988, S.A.E.D.E. c./ Société Lyonnaise des Eaux et Ville de Pamiers, a estimé que le champ d'application s'étendait jusqu'aux activités de production, de distribution et de service des personnes publiques* »[1318]. Ainsi, le droit interne de la concurrence permet d'encadrer dans une certaine mesure l'octroi des garanties par les collectivités territoriales. Néanmoins, « *si le respect des exigences de la concurrence en cas d'octroi de la garantie d'une collectivité publique n'est pas ignoré par le droit interne, il est placé au cœur des préoccupations par le droit communautaire des aides d'Etat* »[1319] ce qui implique préalablement le respect par les collectivités territoriales du droit interne des aides lorsqu'elles accordent leur garantie.

II. L'application du droit interne des aides aux garanties publiques

Les garanties publiques se présentent comme une aide[1320] de la part des personnes publiques. Ainsi, le régime des aides publiques s'appliquent aux garanties publiques (A) impliquant un partage des compétences entre l'Etat et les collectivités territoriales.

[1315] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1316] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1317] P. LIGNIERES, *op. cit.*, p. 471 et s.
[1318] C. DEVES, *op. cit.*, n°21265.
[1319] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.
[1320] La notion d'aide se distingue en droit interne de la notion de libéralité. En effet, la jurisprudence administrative a posé un principe de valeur législative selon lequel une personne publique ne peut pas faire de libéralité. V. notamment, CE, 6 mars 1914, *Syndicat de la boucherie de la ville de Châteauroux*. De plus, le

A. L'application du régime des aides publiques aux garanties publiques

Les garanties publiques présentent la particularité de rentrer dans la catégorie des aides publiques, l'aide publique pouvant se définir selon trois critères qui sont son origine, son bénéficiaire et la nature de la relation. En effet, les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX rappellent alors qu' « *une aide est publique au sens du droit national lorsqu'elle a une origine publique, c'est-à-dire qu'elle émane d'une personne morale de droit public supranationale ou nationale (Etat, collectivité locale, établissement public, groupement d'intérêt public, Banque de France) ou même des personnes morales de droit privé liées à une personne publique par un lien organique (associations administratives), patrimonial (sociétés publiques, société d'économie mixte) ou fonctionnel (gestion d'une activité de service public)* »[1321] ; que cette aide doit bénéficiée à une entreprise « *et être suffisamment individualisé, sans quoi il s'agit non d'une aide mais d'une mesure de politique générale* »[1322] tout en représentant bien un avantage pour l'entreprise. Le régime d'aides publiques au niveau interne distinguait jusqu'à la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales les aides directes des aides indirectes. Cette distinction est issue de la loi n°82-6 du 7 juillet 1982 approuvant le plan intérimaire 1982-1983 qui dans l'alinéa premier de son article 4 codifié à l'article L. 1511-1 du Code général des collectivités territoriales par la loi n°96-142 du 24 février 1996, dispose que « *les collectivités territoriales et leurs groupements ainsi que les régions peuvent, lorsque leur intervention a pour objet la création ou l'extension d'activité économique, accorder des aides directes ou indirectes à des entreprises* » et « *faute d'avoir été dégagé sur le plan national ou européen, le critère de distinction entre ces deux catégories d'aide l'a été par la juridiction administrative : l'aide directe se traduit par la mise à disposition de moyens financiers à l'entreprise bénéficiaire, avec une conséquence comptable (immédiate ou potentielle) dans ses comptes ; quant aux aides indirectes, elles recouvrent toutes les autres*

---

critère de distinction a été mis en évidence dans l'arrêt de section du Conseil d'Etat du 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles* où la commune avait décidé de céder aux entreprises des terrains viabilisés au franc symbolique. Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat confirme qu'il y a bien un principe qui énonce qu'une collectivité territoriale ne peut pas céder un bien qu'avec une contrepartie suffisante mais estime que cette contrepartie peut également consister dans les motifs d'intérêt général de l'opération comme l'embauche de salariés et le développement économique de la collectivité territoriale. Néanmoins, ces opérations de cession n'étaient pas conformes au droit de l'Union européenne et ne sont donc plus possibles depuis la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

[1321] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.,* p. 310.

[1322] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 310.

formes d'aide consistant soit à mettre à disposition des entreprises des biens immeubles, soit à améliorer leur environnement économique et à faciliter l'implantation ou la création d'activités »[1323]. Les garanties publiques entraient alors dans la catégorie des aides indirectes[1324] mais la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales supprime la distinction entre les aides directes et indirectes en modifiant l'article L. 1511-1 du Code général des collectivités territoriales qui dispose que « *la région coordonne sur son territoire les actions de développement économique des collectivités territoriales et de leurs groupements, sous réserve des missions incombant à l'Etat* ». De plus, la loi n°88-13 du 5 janvier 1988 d'amélioration de la décentralisation est venue limiter l'octroi des aides publiques de la part des communes en leurs interdisant d'aider les entreprises en difficulté.

Les aides publiques connaissent donc au niveau interne des développements importants influencés principalement par le droit de l'Union européenne. Ainsi, la circulaire du 26 janvier 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises énumère les formes d'aides en présentant la notion d'aide comme recouvrant « *l'ensemble des avantages directs ou indirects, que les collectivités publiques peuvent allouer à une entreprise ou un groupe d'entreprises, notamment sous la forme de subventions, d'avantages fiscaux, quelles que soient la formes, de remises de dettes, d'abandons de créances, d'octrois de garanties, de prises de participations en capital, de bonifications d'intérêt, de prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations, de prêts ou de mises à disposition de biens meubles, immeubles ou de personnel, de rabais sur le prix de vente, de locations ou de locations-ventes de terrains nus ou aménagés ou de bâtiments neufs ou rénovés* »[1325]. De plus, les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX distinguent quatre catégories d'aides publiques « *selon qu'elles ont la nature de mesures juridiques (par exemple un droit exclusif ou exorbitant conféré par la loi ou encore un prix minimum), matérielles (fourniture d'un bien immobilier ou mobilier ou prestation d'un service dans des conditions*

[1323] Rapport Cour des comptes, « Les aides des collectivités territoriales au développement », nov. 2007, p. 2.
[1324] V. Rapport Cour des comptes, *op. cit.*, p. 2 où il est précisé que les aides directes « *étaient constituées de trois catégories d'aide, définies par la loi : primes régionales à l'emploi (PRE), primes régionales à la création d'entreprises (PRCE) et prêts, avances et bonifications* », tout en précisant que « *l'octroi de l'une d'entre elles par les communes et les départements était subordonné à une décision de la région l'instituant », et « les aides indirectes, quant à elles, pouvaient être attribuées par toutes les collectivités et la forme qui pouvait leur être donnée était libre, à l'exception toutefois des aides à l'immobilier d'entreprise, des garanties d'emprunt et des prises de participation* ».
[1325] Circulaire du 26 janv. 2006 relative à l'application au plan local des règles communautaires de concurrence relatives aux aides publiques aux entreprises, *JORF* n°26 du 31 janv. 2006, p. 1602 et s.

plus favorables que celles du marché), fiscales (exonération, rabais, etc) ou financières (subventions et mesures assimilées, qui peuvent notamment être des opérations sur le capital d'une entreprise »[1326]et ainsi en déduisent que « *dans ces conditions (...) des opérations très diverses peuvent comporter ou dissimuler une aide publique »*[1327] en précisant également qu' *« il est parfois très délicat de cantonner la notion d'aide dans les limites raisonnables qu'elle ne devrait pas dépasser, sauf à entraver excessivement l'action publique* »[1328]. De plus, le régime des aides publiques locales découle principalement de la loi n°2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales « *dont les dispositions ont modifié les articles L. 1511-1 (dispositions générales), L. 2251-1, L. 3251-1 et L. 4251-1 et suivants du CGCT (dispositions respectivement propres aux communes, aux départements et aux régions), sont complétés par divers décrets d'application et éclairées par la jurisprudence* »[1329]. Le régime des aides publiques locales s'appliquent aux collectivités territoriales qui accordent leur garantie. Néanmoins, les compétences en matière d'aides publiques locales sont réparties entre les collectivités territoriales et l'Etat.

B. Le partage des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat pour les garanties publiques comprises comme une aide publique

Afin d'appliquer le régime des aides publiques à la garantie publique, les collectivités territoriales bénéficient d'une compétence d'attribution de ces aides sous forme de garanties alors que l'Etat est compétent de manière générale en matière d'aides locales. Ainsi, comme le souligne le rapport de la Cour des comptes du 28 novembre 2007, « *en supprimant, par la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes des départements et des régions, la tutelle administrative et financière qui pesait sur les collectivités territoriales, le législateur a entendu leur conférer la maîtrise de leur avenir* »[1330] ce qui a pour conséquence que « *considérée (...) par le législateur, plus que toute autre, comme une compétence inhérente à la légitimité de chaque collectivité de maîtriser le développement de son*

[1326] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 310.
[1327] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 311.
[1328] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 311.
[1329] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 311.
[1330] Rapport Cour des comptes, *op. cit*., p. 1.

territoire, l'aide en faveur des entreprises a été dès l'origine conçue comme une compétence partagée entre l'Etat et chacune des autres collectivités territoriales »[1331]. Ainsi, « *sous réserve de la responsabilité reconnue à l'Etat de conduire la politique économique et sociale ainsi que la défense de l'emploi, la loi approuvant le plan intérimaire 1982-1983, véritable charte constitutive de la répartition des compétences en matière d'aide au développement économique, a (...) clairement établi que 'les collectivités territoriales et leurs groupements ainsi que les régions peuvent, lorsque leur intervention a pour objet la création ou l'extension d'activités économiques, accorder des aides directes ou indirectes à des entreprises'* »[1332]. Cependant, c'est la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 et la loi du 13 août 2004 qui apportent véritablement leur pierre à l'édifice concernant la répartition des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat en matière de développement économique[1333]. En effet, la loi du 13 août 2004 « *rénove incontestablement le droit des interventions économiques à maints égards* »[1334], avec par exemple la modification du titre 1er du livre V du Code général des collectivités territoriales qui passe de l'intitulé « Aides aux entreprises » à « Développement économique ». De plus, « *lors du projet de loi, le ministre de l'Intérieur constatait, d'une part, que 'le développement économique concerne l'ensemble des pouvoirs publics, l'Etat qui assume la responsabilité générale de la politique économique du pays et les collectivités territoriales' et affirmait, d'autre part, que la loi vise 'à clarifier leurs rôles et à mieux organiser les interventions multiples'* »[1335]. Néanmoins, comme le remarque Monsieur L. BENOIT, « *après lecture de la loi du 13 août 2004, force est de constater que le projet initial du gouvernement n'a pas résisté aux amendements parlementaires* »[1336] et que « *si la loi procède bien à une refonte de la typologie des aides accordées par les collectivités, elle échoue dans sa volonté de redéfinir les rôles respectifs des multiples échelons territoriaux* »[1337].

Au niveau des collectivités territoriales, « *depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des collectivités locales, les régions sont spécialisées dans l'action*

[1331] Rapport Cour des comptes, *op. cit*., p. 1.
[1332] Rapport Cour des comptes, *op. cit*., p. 1.
[1333] V. notamment J. MOREAU, « Les aides locales aux entreprises et le développement économique », *JCP Adm.* 2006, étude n°1106.
[1334] L. BENOIT, « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *AJDA* 2005, p. 1878 et s.
[1335] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s. V. notamment Projet de loi relatif aux responsabilités locales, Sénat n°4, 1er octobre 2003, p. 5.
[1336] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.
[1337] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.

économique et détiennent une compétence générale en vertu des articles L. 1511-1 à 5 et R. 1511-1 à 29 du Code général des collectivités territoriales »[1338] et ce rôle de la région en matière économique « *n'est nullement remis en cause par l'acte II de la décentralisation, mais la loi du 13 août 2004 fait de cette collectivité un chef de file en trompe l'œil du développement économique* »[1339]. Néanmoins, l'article L. 1511-1 du Code général des collectivités territoriales positionne la région dans une situation inconfortable en ce sens où elle « *se trouve ainsi écartelée entre des collectivités infrarégionales, sur lesquelles elle n'a pas autorité et l'Etat qui préserve ses compétences régaliennes* »[1340]. En effet, comme le soulignent les Professeurs J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, « *la prise en compte des contraintes issues du droit de l'Union européenne justifie un droit de regard de l'Etat sur les aides nouvelles instituées par les collectivités territoriales* »[1341]. Ainsi, « *l'Etat conserve, en tout état de cause, un devoir d'alerte, voire d'intervention subsidiaire, en cas de difficultés particulières des entreprises* »[1342]. Toutefois, l'article L. 1511-2 du Code général des collectivités territoriales accorde aux régions une compétence concernant le régime des aides à la création ou au développement d'activités économiques. En effet, « *par l'attribution des aides individuelles aux entreprises ou des aides de l'article L. 1511-3 du Code général des collectivités territoriales (aides à l'immobilier d'entreprise ou prise en charge des commissions de garanties d'emprunt), la région œuvre ainsi au développement économique* »[1343]. Concernant les autres collectivités territoriales, la loi du 13 août 2004 a ajouté l'article L. 2252-5 au Code général des collectivités territoriales qui dispose que « *nonobstant le transfert, volontaire ou de plein droit, de tout ou partie de ses compétences en matière de politique du logement ou d'habitat à un établissement public de coopération intercommunale, la commune conserve la possibilité d'accorder une garantie d'emprunt ou son cautionnement pour les opérations de construction, d'acquisition ou d'amélioration de logements sociaux visées à l'article L. 2252-2 et d'apporter à ces opérations des subventions ou des aides foncières* ». Néanmoins, « *l'encadrement national des aides publiques est évidemment fortement influencé par le droit de l'Union européenne* »[1344] en ce sens où « *il se combine avec ce dernier pour régir la distribution de celles qui, par leur influence, sont susceptibles d'affecter les échanges entre les Etats membres et constitue la règle*

[1338] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.
[1339] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.
[1340] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.
[1341] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op.cit.*, p. 320.
[1342] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.
[1343] L. BENOIT, *op. cit*., p. 1878 et s.

exclusivement applicable pour les autres »[1345]. Ainsi, le régime des garanties publiques se trouve largement encadré par le droit de la concurrence, notamment celui de l'Union européenne.

SECTION 2 : Le respect par les garanties publiques du droit de la concurrence de l'Union européenne

Le droit de la concurrence de l'Union européenne encadre de manière stricte le régime des aides d'Etat dont les garanties publiques font parties. En effet, le droit des aides d'Etat de l'Union européenne énonce le principe d'interdiction des aides d'Etat tout en acceptant les exceptions et en conférant à la Commission européenne un rôle important en matière de contrôle de ces aides. Ce principe d'interdiction des aides d'Etat retient une définition large d'aides d'Etat, notamment perceptible pour les garanties publiques en ce sens que le contentieux relatif aux garanties publiques et aux entreprises publiques connaît un développement important avec les garanties implicites et illimitées, confirmant la singularité du régime des garanties publiques au niveau de l'Union européenne. Ainsi, les garanties publiques connaissent un encadrement par le droit de la concurrence de l'Union européenne en tant qu'aide d'Etat (§1) ce qui a également des conséquences au niveau des mécanismes de garantie publique issus du régime des entreprises publiques (§2).

§ 1. L'encadrement des garanties publiques par le régime des aides d'Etat de l'Union européenne

Le droit des aides d'Etat de l'Union européenne[1346] connaît un champ d'application assez vaste comprenant entre autres les garanties publiques. Ainsi, le régime issu de

[1344] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 309.
[1345] J.-Ph. COLSON et P. IDOUX, *op. cit.*, p. 309.

l'interdiction posé à l'article 107 §1 du TFUE s'applique aux aides d'Etat sous forme de garantie (I) et est éclairé par la communication de la Commission du 20 juin 2008 (II).

I. L'application de l'article 107 §1 du TFUE aux aides d'Etat sous forme de garantie

L'article 107§1 pose le principe d'interdiction des aides d'Etat. Néanmoins, pour que cet article s'applique, les quatre conditions cumulatives découlant de cet article doivent être remplies par la mesure étatique. Ainsi, les notions d'Etat (A) et d'avantage économique (B) jouent un rôle important dans l'application de l'article 107§1 du TFUE et permettent de voir dans quelle mesure il s'applique aux garanties accordées par les personnes publiques.

A. La notion d'Etat selon l'article 107§1 du TFUE

L'article 107 § 1 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne dispose que « *sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Cet article 107§1 définit la notion d'aide d'Etat et son paragraphe premier énonce quatre conditions cumulatives qui doivent donc être réunies pour qualifier une intervention publique d'aide d'Etat. Ainsi, afin que l'intervention soit qualifiée d'aide d'Etat et que s'applique l'interdiction de l'article 107§1 et les exceptions des articles suivants, il doit, tout d'abord, s'agir d'une intervention de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat, et que cette intervention accorde un avantage économique au bénéficiaire, soit susceptible d'affecter

---

[1346] V. M. BAZEX, « Les aides d'Etat, instrument de régulation économique », *in* Le droit de la concurrence à l'épreuve de la crise économique – Atelier de la consommation du 27 avril 2009, *Concurrence et consommation*, *Rev. Trim. de la DGCCRF*, avril-juin 2009, n°164, p. 19 où l'auteur exprime l'idée que « *la discipline des aides d'Etat montre comment il est possible de concilier le respect de la concurrence avec l'exigence tirée du bon fonctionnement du système bancaire et du système financier en général* ».

les échanges entre les Etats et fausse ou menace de fausser la concurrence. En d'autres termes, la mesure doit être imputable à l'Etat et doit affecter les ressources étatiques en ce sens que la notion d'Etat est interprétée de manière large en droit de l'Union européenne comprenant aussi bien l'Etat central, que l'Etat décentralisé et les collectivités territoriales ou pour les Etats fédéraux, les entités fédérés[1347]. La notion d'Etat englobe aussi les organismes indépendants qui distribuent des aides, tout en appartenant au secteur public. En effet, quand elle est versée par un organisme public ou privé, contrôlé par l'Etat, c'est une aide imputable indirectement à l'Etat[1348]. En effet, dans son arrêt du 12 décembre 1996, *Air France c/ Commission*, le TPICE a affirmé qu'une aide d'Etat est constituée à partir du moment où sont utilisés des fonds provenant de l'Etat, même si le gouvernement n'a pas donné son approbation à l'investissement litigieux. Afin de démontrer l'imputabilité de l'aide à l'Etat, il faut prouver la probabilité du contrôle de l'Etat sur l'utilisation des fonds privés en utilisant la méthode du faisceau d'indices. Dans son arrêt *Pearle* du 15 juillet 2004[1349], la Cour de justice estime qu'une campagne de publicité financée par des recettes provenant directement ou indirectement de contributions de ses membres vient de ressources privées exclusivement affectées à l'activité en cause sans avoir d'élément d'aide d'Etat. Il suffit donc que les ressources soient, directement ou indirectement, sous l'influence dominante de l'Etat pour être qualifiées de ressources d'Etat comme l'a rappelé la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt *France c./ Ladbroke Racing et Commission* du 16 mai 2000[1350].

[1347] V. par exemple, CJCE, 14 octobre 1987, *Allemagne c/ Commission*, aff. 248/84, où la Cour estime bien que « *le fait que ce programme d'aides ait été adopté par un Etat fédéré ou une collectivité territoriale, et non par le pouvoir fédéral ou central, n'empêche pas l'application de l'article 92, paragraphe 1, du traité, dès lors que les conditions de cet article sont remplies. En effet, celui-ci, en mentionnant les aides accordées par 'les Etats ou au moyen de ressources de l'Etat sous quelque forme que ce soit', vise toute aide financée au moyen de ressources publiques. Il s'ensuit que les aides accordées par des entités régionales et locales des Etats membres, quels que soient le statut et la désignation de celles-ci, sont soumises à l'examen de conformité à l'article 92 du Traité* ».

[1348] V. par exemple, TPICE, 12 déc. 1996, *Air France c./ Commission*, aff. T-358/94 où la Caisse des dépôts et des consignations a souscrit des titres pour le compte d'Air France. Dans cette affaire, le Tribunal rappelle que « *les articles 92, paragraphe 1, du traité et 61, paragraphe 1, de l'accord EEE se réfèrent à des aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat, 'sous quelque forme que ce soit' (...). En l'espèce, l'examen du Tribunal peut être limité au statut de la seule Caisse* » qui « *a été instituée par la loi sur les finances de 1816 en tant qu' 'établissement spécial' placé 'sous la surveillance et la garantie de l'autorité législative', que ses missions, comportant notamment l'administration de fonds publics et privés constitués par des dépôts obligatoires, sont réglées par des dispositions légales et réglementaires et que son directeur général est nommé par le président de la République, la nomination de ses autres dirigeants s'effectuant au sein du gouvernement* » et que donc « *ces éléments suffisent pour justifier que la Caisse soit considérée comme relevant du secteur public. Elle est certes rattachée à la seule 'autorité législative'. Cependant, le pouvoir législatif est l'un des pouvoirs constitutionnels d'un Etat, de sorte que son comportement est nécessairement imputable à celui-ci* ».

[1349] CJCE, 15 juillet 2004, *Pearl BV, Hans Prijs Optiek Franchise BV et Rinck Opticiëns BV c./ Hoofbedrijfschap Ambachten*, C-345/02.

[1350] CJCE, 16 mai 2000, *République française c./ Ladbroke Racing Ltd et Commission des Communautés européennes*, C-83/98 P.

De plus, l'aide doit provenir de ressources étatiques et la notion de ressources d'Etat est comprise au sens large. Ainsi, est considéré comme ressource d'Etat tout avantage distribué par une entreprise sur laquelle l'Etat exerce un contrôle direct ou indirect, c'est-à-dire lorsque l'Etat exerce une influence dominante sur l'entreprise. Concernant les mesures affectant les ressources d'Etat, les transferts de ressources publiques positifs peuvent être distingués des transferts de ressources négatifs. Les transferts de ressources positifs peuvent être illustrés avec l'arrêt du 16 mai 2002, *France c./ Commission*[1351] où la Commission avait requalifié la recapitalisation d'une entreprise publique, en l'espèce le Crédit Lyonnais. Le gouvernement français considérait qu'il était fait une mauvaise interprétation de l'article 87 §1 du TCE et du terme de ressource publique. Néanmoins, la Cour de justice considère que le Crédit Lyonnais étant une entreprise publique, ses fonds propres sont des ressources publiques par voie de conséquence. En effet, la Cour rappelle bien que « *la notion de ressources d'Etat, figurant à l'article 87, paragraphe 1, CE, englobe tous les moyens pécuniaires que les autorités publiques peuvent effectivement utiliser pour soutenir des entreprises, sans qu'il soit pertinent que ces moyens appartiennent ou non de manière permanente au patrimoine de l'Etat. En conséquence, même si les sommes correspondant à une mesure d'aides d'Etat sont des ressources financières d'entreprises publiques et ne sont pas de façon permanente en possession du Trésor Public, le fait qu'elles restent constamment sous contrôle public, et donc à la disposition des autorités nationales compétentes, suffit pour qu'elles soient qualifiées de ressources d'Etat* » et en déduit que « *tel est le cas, lorsque l'Etat est parfaitement en mesure, par l'exercice de son influence dominante sur les entreprises publiques, d'orienter l'utilisation de leurs ressources pour financer, le cas échéant, des avantages spécifiques en faveur d'autres entreprises* ». Pour les transferts de ressources négatifs, il s'agit des situations où l'Etat renonce à ses ressources par l'intermédiaire d'organismes relais comme par exemple des exonérations fiscales qui peuvent être accordées à certaines entreprises ou encore les cas où l'Etat renonce à récupérer des créances.

[1351] CJCE, 16 mai 2002, *République française c./ Commission des Communautés européennes*, C-482/99.

B. La notion d'avantage selon l'article 107§1 du TFUE

La détermination du bénéficiaire de l'aide n'est qu'un élément de l'existence d'une aide d'Etat au sens de l'article 107 §1 du TFUE. En effet, il est nécessaire que l'entreprise bénéficiaire d'une aide en tire un avantage en termes de position concurrentielle en favorisant ou renforçant sa position sur le marché. Il doit donc s'agir d'un avantage économique, qui ne peut découler que de la faveur d'un Etat. En d'autres termes, ce qui importe est de savoir si elle a pour effet de créer un avantage pour une entreprise, susceptible de se traduire sur sa situation concurrentielle. Ainsi, les compensations de service public qui compensent les surcoûts liés aux obligations de service public auxquelles sont soumises les entreprises chargées de mission d'intérêt général ne sont pas des aides. En effet, selon la jurisprudence *Altmark* de la Cour européenne du 23 juillet 2003[1352], les compensations de service public ne sont pas des aides sous réserve de respecter des conditions très strictes. Ainsi, une mesure étatique peut constituée une aide d'Etat si l'entreprise bénéficiaire reçoit un avantage économique qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions normales de marché[1353]. L'Etat crée donc un avantage économique au profit d'entreprise dans le seul cas où elle ne correspond pas à la rationalité économique, c'est-à-dire dans l'hypothèse où un opérateur privé n'aurait pas agi de la même manière que l'Etat créancier.

Le critère de l'opérateur rationnel en économie de marché est alors retenu et a été étendu à la plupart des mesures étatiques susceptibles de constituer des aides d'Etat en revêtant trois formes : le critère de l'investisseur privé, celui du créancier privé et celui de l'opérateur privé. Ainsi, le critère de l'investisseur privé s'applique aux prises de participations financières des Etats dans le capital des entreprises où une prise de participation est susceptible de constituer une aide d'Etat si elle est effectuée à des conditions que n'aurait pas acceptées un investisseur privé dans des conditions normales d'économie de marché. Il convient alors de vérifier si un investisseur privé de taille comparable à celle des organismes publics aurait choisi cet investissement précis en analysant d'une part la situation de

---

[1352] CJCE, 23 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg c./ Nahverkehrsgesellschaft Almarkt GmbH*, C-280/00.

[1353] V. toutefois TFUE, 21 mai 2010, *France c/Commission*, aff. jtes T-425/05, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, *Europe* 2010, 248, notes L. IDOT où « *les déclarations d'un ministre de l'Economie assurant une entreprise du soutien de l'Etat peuvent constituer un avantage en ce sens qu'elles rassurent les marchés financiers, mais ne sont pas des aides en l'absence de transfert de ressources d'Etat* ».

l'entreprise bénéficiaire et d'autre part, l'investisseur. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché s'applique également aux mécanismes de garantie. En effet, comme le souligne la communication de la Commission du 20 juin 2008 relative aux aides d'Etat sous forme de garanties[1354], « *pour déterminer si une garantie ou un régime de garanties accorde un avantage, la Cour a confirmé, dans des arrêts récents, que la Commission devait fonder son appréciation sur le principe de l'investisseur dans une économie de marché* » et qu' « *il n'y a pas aide d'Etat lorsqu'une nouvelle source de financement est offerte à des conditions qui seraient acceptables pour un investisseur privé dans les conditions normales d'une économie de marché* ». Concernant le critère du créancier privé, cette dénomination s'applique aux remises de dettes consenties par les personnes publiques ainsi qu'aux prêts. Dans cette hypothèse, le comportement de l'Etat est comparé à un créancier diligent, c'est-à-dire qui choisirait les moyens les plus adaptés et les plus efficaces pour obtenir le paiement de sa dette. Ainsi, la jurisprudence de l'Union européenne effectue une analyse économique des effets de l'action de l'Etat en ce sens que pour contrôler cette action, il est nécessaire de se demander si dans des circonstances similaires, un créancier privé aurait pu être amené à passer les mêmes accords, les mêmes remises ainsi qu'adopter la même attitude de la gestion des accords. Enfin, le critère de l'opérateur privé s'applique pour toutes les autres opérations et le comportement des personnes publiques est alors comparé au comportement d'un opérateur rationnel sur le marché. Ce critère recouvre les prestations de service et les achats de bien ou les ventes de biens par les personnes publiques aux entreprises. Les garanties accordées par les personnes publiques sont également encadrées par cet article 107§1 mais également par les articles suivants du TFUE où le deuxième paragraphe de l'article 107 énumère les aides compatibles avec le marché intérieur[1355] et le troisième paragraphe qui précise les aides qui « *peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur* »[1356]. Les garanties publiques se doivent également de respecter l'article 108 du

---

[1354] Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties, 2008/ C 155/02, point 3.1.

[1355] V. article 107§2 du TFUE qui énonce donc que « *sont compatibles avec le marché intérieur : a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division* ».

[1356] En effet, l'article 107§3 énumère ces aides qui sont : « *les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un Etat membre c) les aides*

TFUE relatif au contrôle des aides d'Etat en droit de l'Union européenne qui est partagé entre d'une part, les autorités de l'Union européenne, la Commission européenne et les juridictions et d'autre part, les juridictions nationales. Ainsi, « *toutes les aides ne sont pas prohibées, mais la Commission doit se prononcer sur leur compatibilité avec le traité* »[1357] ce qui explique donc que « *tout projet d'aide nouvelle doit (...), en vertu de l'article 88§3 du traité CE, être notifié par l'Etat à la Commission européenne et autorisé par elle avant sa mise à exécution* »[1358]. De plus, tout en respectant les règles relatives aux aides d'Etat fixées par l'Union européenne, les garanties publiques font l'objet d'une communication de la Commission européenne où est précisé le régime des aides d'Etat sous forme de garanties.

II. L'apport de la communication de la Commission européenne sur l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides sous forme de garanties

La communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties du 20 juin 2008[1359], qui remplace celle du 11 mars 2000[1360], permet d'établir le régime de la garantie publique au niveau de l'Union européenne. En effet, cette communication précise l'application du TFUE à l'égard des

---

destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun e) les autres catégories d'aides déterminée par décision du Conseil sur proposition de la Commission ».

[1357] A. CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire*, Préf. D. TRUCHET, thèse Paris, *LGDJ*, 2010, p. 356.

[1358] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 356 où l'auteur rappelle que « *les aides accordées en violation de cette règle de notification sont illégales, et peuvent dès lors faire l'objet d'une procédure de récupération devant le juge national* » et que « *les aides existantes n'ont pas être notifiées et peuvent faire l'objet d'une récupération à la demande de la Commission européenne, mais elles sont soumises au contrôle permanent de cette dernière, qui peut prescrire leur suppression à tout moment si elle les juge incompatibles avec le Traité* ».

[1359] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02 où, dans son point 1.1., la Commission précise bien que « *la présente communication actualise l'approche de la Commission à l'égard des aides d'Etat accordées sous forme de garanties et vise à fournir aux Etats membres des indications plus détaillées sur les principes sur lesquels la Commission entend fonder son interprétation des articles 87 et 88 et leur application aux garanties publiques* ». V. également sur cette communication, L. IDOT, « Aides d'Etat : la Commission adopte une nouvelle communication sur les garanties », *Europe*, 2008, comm. 244 où l'auteur explique que « *la Commission a estimé nécessaire d'actualiser la communication de 2000 qui ne correspondait plus tout à fait à sa pratique décisionnelle, telle qu'elle s'était développée notamment pour les systèmes de garantie au crédit naval en Allemagne* » et précise que « l*a communication concerne tous les secteurs à l'exception des crédits à l'exportation* ».

[1360] Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides d'Etat sous forme de garanties, JO C 71 du 11.3.2000, p. 14.

garanties publiques (A) et énonce, pour ses mécanismes, les possibles exemptions aux règles du droit de la concurrence de l'Union européenne (B).

A. Le respect des principes issus de la Communication pour les garanties de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat

La communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties du 20 juin 2008 précise l'application des principales règles du droit de la concurrence de l'Union européenne qui s'applique aux garanties publiques (1) et explique les méthodes de calcul lorsque la garantie contient un élément d'aide (2).

1. La présentation des définitions de la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties

Dans son point 1.2, la communication de la Commission du 20 juin 2008 énonce les formes de garanties qui se voient appliquer le régime issu des articles du TFUE relatifs aux aides d'Etat. Ce sont les garanties au profit d'une entreprise ou ceux liés à une opération comme un prêt ou une prise de participation, celles données par un instrument approprié ou attribuées directement à l'entreprise, les garanties ou les contre-garanties à un garant de 1er rang, celles présentant un caractère illimité ou limité dans le temps comme les garantie qui peuvent être incorporées dans des prêts ou des prises de participation si la couverture des pertes ne correspond pas à la situation réelle de l'entreprise ou est empêchée par des dispositions juridiques et les mécanismes contractuels ou informels de garantie qui peuvent alors exister sans l'expression d'une volonté formelle du garant. Après avoir rappelé la différence entre régime de garanties et garantie individuelle[1361] et que « *les sections 3 et 4 de la présente communication sont destinées à s'appliquer directement aux garanties attachées à*

[1361] V. point 1.3 de la Communication de la Commission du 20 juin 2008 où il est bien précisé qu' « *aux fins de la présente communication, on entend par : a) 'régime de garanties' : tout instrument sur la base duquel, sans qu'il soit besoin de mesures d'application supplémentaires, des garanties peuvent être accordées aux entreprises en respectant certaines conditions de durée, de montant, d'opération sous-jacente, de type ou de taille des*

une opération financière précise, telle qu'un prêt »[1362] où « *la Commission considère que, compte tenu de leur fréquence et du fait qu'elles peuvent généralement être quantifiées, c'est surtout dans ces cas-là qu'il y a lieu d'établir si les garanties constituent ou non des aides d'Etat* »[1363], la communication de la Commission du 20 juin 2008 rappelle l'article 107§1 du TFUE en estimant bien que les critères généraux de cet article « *s'appliquent également aux garanties* »[1364] et qu' « *à l'instar d'autres formes d'aides potentielles, les garanties accordées directement par l'Etat, c'est-à-dire par les autorités centrales, régionales ou locales, ou au moyen de ressources d'Etat par des organismes publics tels que des entreprises, et qui sont imputables aux autorités publiques peuvent constituer des aides d'Etat* »[1365].

De plus, la Commission précise ce qu'englobe la notion de ressources d'Etat pour les garanties publiques en ce sens que « *cette forme de garantie présente l'avantage de faire supporter par l'Etat le risque qui y est associé* »[1366] et que « *cette prise de risque devrait normalement être rémunérée par une prime appropriée* »[1367] or « *lorsque l'Etat renonce à tout ou partie de cette prime, il y a à la fois avantage pour l'entreprise et ponction sur les ressources publiques* »[1368]. Par conséquent, la Commission en déduit que « *même si, finalement, l'Etat n'est pas amené à faire des paiements au titre de la garantie accordée, il peut néanmoins y avoir aide d'Etat au sens de l'article 87, paragraphe 1, du traité* »[1369]. La communication précise également que « *l'aide est accordée au moment où la garantie est offerte, et non au moment où elle est mobilisée ou à celui où elle entraîne des paiements* »[1370]. En effet, « *c'est donc au moment où la garantie est donnée qu'il y a lieu de déterminer si elle constitue ou non une aide d'Etat et, dans l'affirmative, d'en calculer le montant* »[1371]. Ainsi, dans son point 2.2, la communication rappelle que « *le bénéficiaire de l'aide est généralement l'emprunteur* »[1372] et que « *lorsque l'emprunteur ne paie pas la prime ou paie une prime inférieure, il obtient un avantage* »[1373] ce qui a pour conséquence que « *par rapport à une*

---

entreprises (telles que les PME) ; b) 'garantie individuelle' : toute garantie accordée à une entreprise et qui n'est pas octroyée au titre d'un régime de garanties ».

[1362] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1363] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1364] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1365] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1366] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1367] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1368] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1369] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1370] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1371] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1372] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1373] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

situation où il n'est pas accordé de garantie, la garantie de l'Etat lui permet d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers »[1374]. De plus, dans ce même point 2.2, la Commission énonce les avantages pour l'emprunteur qui sont que « *le plus souvent, grâce à la garantie de l'Etat, l'emprunteur peut bénéficier de taux plus bas et/ou offrir une sûreté moins élevée* »[1375] et qu' « *il est des cas où, sans la garantie de l'Etat, il ne trouverait pas d'établissement financier disposé à lui concéder un prêt, à quelque condition que ce soit* » ayant comme conséquence que « *les garanties de l'Etat peuvent (...) faciliter la création d'activités et permettre à certaines entreprises de mobiliser des fonds afin de mener de nouvelles activités* »[1376]. La Commission énonce ensuite, au point 2.3, l'hypothèse des aides aux prêteurs sous forme de garanties en rappelant que « *les garanties différent des autres aides d'Etat, comme les subventions ou les exonérations fiscales, dans la mesure où lorsqu'il s'agit d'une garantie, l'Etat contracte aussi un lien juridique avec le prêteur* »[1377] et qu'alors « *il convient (...) d'examiner les conséquences éventuelles pour les tiers des aides d'Etat octroyées illégalement* »[1378].

2. <u>Les conséquences d'un mécanisme de garantie contenant un élément d'aide d'Etat selon la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties</u>

Comme le rappelle le point 4. 1 de la communication de la Commission du 20 juin 2008, « *lorsqu'une garantie individuelle ou un régime de garanties ne sont pas conformes au principe de l'investisseur en économie de marché, ils sont réputés contenir une aide d'Etat* »[1379]. La Commission en déduit alors que « *cet élément d'aide d'Etat doit (...) être quantifié afin de pouvoir vérifier si l'aide peut être considérée comme compatible en vertu d'une exemption spécifique* »[1380]. La communication de la Commission du 11 mars 2000 sur

[1374] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1375] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1376] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1377] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1378] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1379] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1380] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties[1381] énonçait trois méthodes de calcul pour « *l'équivalent-subvention d'une garantie de prêt pour une année donnée* »[1382] qui pouvait donc « *être calculé de la même façon que celui d'un prêt à taux privilégié, la bonification d'intérêt étant égale à la différence entre le taux du marché et le taux obtenu grâce à la garantie de l'Etat après déduction des primes éventuellement versées* »[1383] soit « *être considéré comme égal à la différence entre : a) le montant garanti non encore remboursé, multiplié par le facteur de risque (probabilité d'une défaillance) et b) la prime payée, soit (somme garantie X risque) – prime* »[1384] ou « *être calculé par toute autre méthode objectivement justifiable et généralement admise* »[1385]. La communication de la Commission du 20 juin 2008 ne reprend pas ce paragraphe mais estime que « *par principe, l'élément d'aide d'Etat sera réputé égal à la différence entre le prix de marché adéquat de la garantie octroyée individuellement ou au titre d'un régime et le prix réel payé pour cette mesure* »[1386] tout en précisant que « *les équivalents-subventions annuels qui en résultent devraient être actualisés à leur valeur présente en utilisant le taux de référence, puis d'être additionnés pour obtenir l'équivalent-subvention total* »[1387]. De plus, la communication de la Commission du 20 juin 2008, dans son point 4.1, ajoute que « *les garanties doivent être attachées à une opération financière précise, porter sur un montant maximum déterminé et être limitées dans le temps* »[1388].

Conformément aux exigences du droit de la concurrence de l'Union européenne, les autorités françaises ont notifié à la Commission les méthodes de calcul retenu par l'Etat français pour les garanties publiques qui « *a décidé de ne pas soulever d'objections à l'encontre de la mesure* »[1389]. Dans son courrier d'acceptation du 29 avril 2009, la

---

[1381] V. sur cette communication de la Commission du 11 mars 2000 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties, G. ECKERT, op. cit., p. 325 et s. où l'auteur rappelle également que « *ces communications lient la Commission dans la mesure où le juge communautaire considère que 'lorsque la Commission adopte des lignes directrices destinées à préciser, dans le respect du traité, les critères qu'elle compte appliquer dans le cadre de l'exercice de son pouvoir d'appréciation, il en résulte une autolimitation de ce pouvoir en ce qu'il lui appartient de se conformer aux règles indicatives qu'elle s'est elle-même imposées'* ».

[1382] Communication de la Commission, *op. cit*., JO C 71 du 11.3.2000, p. 14 et s.

[1383] Communication de la Commission, *op. cit*., JO C 71 du 11.3.2000, p. 14 et s.

[1384] Communication de la Commission, *op. cit*., JO C 71 du 11.3.2000, p. 14 et s.

[1385] Communication de la Commission, *op. cit*., JO C 71 du 11.3.2000, p. 14 et s.

[1386] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

[1387] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

[1388] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

[1389] Commission européenne, « Aide d'Etat N 677/b/2007 – France – Méthode de calcul de l'équivalent-subvention brut (ESB) pour les aides sous forme de garantie publique de prêts bancaires pour le financement d'investissements des entreprises », C(2009) 3053 final, 29 avril 2009.

Commission note bien que « *la méthode de calcul notifiée se base sur les dispositions de la note de bas de page n°23 au point 4.4 de la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties (...), reprises ci-dessous : 'Pour résumer, il y a lieu de calculer, pour chaque classe du risque, la différence entre a) le montant garanti non encore remboursé, multiplié par le facteur de risque de la classe de risque considérée (le 'risque' étant la probabilité d'une défaillance, après inclusion des coûts administratifs et des coûts de capital), qui représente la prime du marché, et b) toute prime versé, soit : (montant garanti X risque) – prime versée.'* »[1390] tout en rappelant que « *la méthode de calcul porte sur des garanties publiques apportées par l'Etat, les collectivités territoriales, leurs groupements, et certains établissements publics* »[1391] et qu'elle « *porte exclusivement sur des garanties publiques apportées à des prêts à l'investissement (ou, dans le cadre du règlement de minimis, à des prêts au fond de roulement) accordés par des établissements bancaires* »[1392]. De plus, la Commission précise le champ d'application de cette méthode de calcul retenu par l'Etat français en ce sens que « *les garanties publiques peuvent avoir la forme de : - garanties directes ; - co-garanties (deux garants publics garantissent le même prêt ou le même crédit-bail avec le même rang dans l'ordre des créances ou avec un rang différent dans l'ordre des créances) ; - de contre-garanties accordées par un garant public à un autre garant public de premier rang* »[1393] tout en prenant bien en compte, d'une part, que « *les autorités françaises confirment que les co-garanties et les contre-garanties concernent uniquement des garanties impliquant uniquement des garants publics et que les garants privés sont exclus de telles opérations* »[1394] et d'autre part, que « *la durée de la garantie correspond à la durée de remboursement du prêt sous-*

[1390] Commission européenne, *op. cit*., C(2009) 3053 final, 29 avril 2009, v. notamment point 2.7 qui précise la méthode de calcul retenu par les autorités françaises en ce sens que « *conformément au point 4.4 de la communication sur les garanties, la méthode de calcul permet de quantifier l'ESB de l'élément d'aide compris dans la garantie comme étant égal à la différence entre : a) le montant de la prime de garantie théoriquement applicable suivant les conditions du marché, constituée de la somme : - du montant du capital couvert par la garantie restant dû au cours de la période concernée, pondéré par la probabilité de défaut de l'emprunteur pour la période (année) en cours, rapportée au montant de la perte en cas de défaut que subirait l'établissement bancaire par rapport au montant du capital restant dû au moment du défaut éventuel de la part de l'emprunteur ; - du montant du capital qui devrait être immobilisé par le garant s'il opérait comme un opérateur privé pour couvrir le montant du prêt sous-jacent restant dû et la rémunération du capital aux conditions du marché ; - de la différence entre (i) les coûts administratifs théoriquement payables par l'emprunteur liés aux coûts d'analyse initiale du dossier et aux coûts annuels de surveillance et de gestion, et (ii) ceux effectivement payées par l'emprunteur et b) le montant de la prime de garantie effectivement payée par l'emprunteur* » et « *cette différence entre la prime théorique et la prime effectivement versée est calculée de manière annuelle pour la période couverte par la garantie et actualisée au moment de l'octroi de la garantie* ».

[1391] Commission européenne, *op. cit*., C(2009) 3053 final, 29 avril 2009.

[1392] Commission européenne, *op. cit*., C(2009) 3053 final, 29 avril 2009.

[1393] Commission européenne, *op. cit*., C(2009) 3053 final, 29 avril 2009.

[1394] Commission européenne, *op. cit*., C(2009) 3053 final, 29 avril 2009.

jacent ; les garanties non limitées dans le temps son exclues »[1395]. La Commission a donc admis comme conforme la méthode de calcul notifiée par la France n'empêchant pas pour autant que certaines mesures rentrent dans les conditions excluant l'existence d'une aide d'Etat.

B. Les dérogations aux règles de la concurrence de l'Union européenne[1396]

En plus du règlement de la Commission européenne du 7 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité[1397]ou encore lors de périodes de crise économique et financière[1398], lorsque le montant de l'équivalent-subvention « *est inférieur au seuil des aides de minimis (...), l'intervention est considérée comme n'affectant pas les échanges entre Etats membres et n'entre pas dans le champ du droit communautaire des aides et n'a pas à être préalablement*

[1395] Commission européenne, *op. cit*., C(2009) 3053 final, 29 avril 2009.

[1396] Sur les dérogations à l'article 107 du TFUE en période de crise économique et financière, v. notamment L. WAGNER, « Aides d'Etat : la Commission européenne confrontée au risque systémique », *Europe* 2009, étude 1 où l'auteur montre que « *dans la mise en œuvre de la dérogation de l'article 87 paragraphe 2 point (b) CE, la Commission a dû opérer une conciliation délicate : laisser aux Etats membres une marge de manœuvre pour qu'ils puissent adopter les mesures les plus appropriées pour le sauvetage de leurs systèmes financiers respectifs. Et s'assurer que ces interventions n'affectent pas inutilement la concurrence et ne faussent pas les échanges intracommunautaires* ». Ainsi, comme le souligne l'auteur, la Commission « *veille à ce que toutes les mesures soient appropriées, nécessaires et proportionnées pour remédier à la perturbation grave de l'économie d'un Etat* ».

[1397] Commission européenne, Règlement (UE) du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité où la Commission rappelle que « *le règlement (CE) n°994/98 du Conseil habilite la Commission à déclarer, conformément à l'article 109 du traité, que les catégories suivantes d'aides d'Etat peuvent être exemptées de l'obligation de notification à certaines conditions : les aides en faveur des petites et moyennes entreprises (PME), les aides en faveur de la recherche et du développement, les aides en faveur de la protection de l'environnement, les aides en faveur de l'emploi et de la formation, et les aides respectant la carte approuvée par la Commission pour chaque Etat membre pour l'octroi des aides à finalité régionale* ».

[1398] V. Commission européenne, communication concernant le cadre communautaire temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de la crise économique et financière actuelle, *JO* C 83 du 7 avril 2009, p. 1 où la Commission rappelle que « *le 26 novembre 2008, la Commission a adopté la communication intitulée 'Un plan européen pour la relance économique' ('le plan de relance') en vue de sortir l'Europe de la crise financière actuelle. Ce plan de relance repose sur deux grands piliers qui se renforcent mutuellement. Tout d'abord, des mesures à court terme pour stimuler la demande, préserver l'emploi et contribuer à rétablir la confiance. Ensuite, des 'investissements intelligents' pour favoriser la croissance et assurer une prospérité durable, à plus long terme* » ; Commission européenne, communication modifiant le cadre communautaire temporaire pour les aides d'Etat destinées à favoriser l'accès au financement dans le contexte de crise économique et financière actuelle, *JO* C 303 du 15 déc. 2009, p. 6. V. également Commission européenne, Aide d'Etat N 23/2009 – France – Régime temporaire relatif aux aides sous forme de garanties, C (2009) 1448 final, 27 févr. 2009 où « *la Commission a décidé de ne pas soulever d'objections à l'encontre* » des mesures prises par la France dans le cadre du régime temporaire relatif aux aides d'Etat sous forme de garanties.

notifiée à la Commission européenne »[1399]. De plus, la communication de la Commission du 20 juin 2008 sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE présente les hypothèses où les conditions que remplient les garanties publiques exclut la qualification d'aide d'Etat et donc l'application des règles et procédures du droit de la concurrence de l'Union européenne. Ainsi, la Commission revient sur la notion d'avantage de l'article 107§1 du TFUE en estimant que « *si une garantie individuelle ou un régime de garanties accordés par l'Etat n'apportent aucun avantage à une entreprise, ils ne constituent pas des aides d'Etat* »[1400] et en se fondant à nouveau sur le principe de l'investisseur en économie de marché ajoute que « *la Commission énonce, (...), un certain nombre de conditions suffisantes pour déterminer l'absence d'aide* »[1401] en distinguant les garanties individuelles des régimes de garanties. Pour les garanties individuelles, la Commission européenne donne les quatre conditions « *suffisantes pour exclure la présence d'une aide d'Etat » qui sont « a) l'emprunteur n'est pas en difficulté financière »*[1402]*, « b) la portée de la garantie peut être mesurée de façon adéquate lors de son octroi* »[1403], « *c) la garantie ne couvre pas plus de 80 % du solde restant dû du prêt ou autre obligation financière (...). Afin de faire en sorte que le prêteur supporte effectivement une partie du risque, il convient de veiller au respect des conditions suivantes : - lorsque le montant du prêt ou de l'obligation financière décroît avec le temps, par exemple lorsque le prêt commence à être remboursé, le montant garanti doit décroître en proportion, afin qu'à tout moment, la garantie ne couvre pas plus de 80 % du solde restant dû de ce prêt ou de cette autre obligation financière ; - les pertes doivent être supportées proportionnellement et de la même façon par le prêteur et le garant. (...) Il y a lieu de considérer que les garanties des premières pertes, qui prévoient que les pertes sont d'abord imputées au garant et seulement ensuite au prêteur, sont susceptibles de contenir une aide* »[1404] et « *d) la garantie donne lieu au paiement d'une prime conforme au prix du marché* »[1405]

[1399] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. Concernant le seuil des aides de minimis, v. Règlement (CE) n°1998/2006 de la Commission, du 15 décembre 2006, concernant l'application des articles 87 et 88 du traité aux aides de minimis qui a actualisé la règle de minimis en doublant le seuil qui est passé de 100 000 à 200 000 sur une période de trois années fiscales. Ainsi, les aides inférieures à 200 000 euros sont exemptées de l'obligation préalable à la Commission européenne, sauf pour le secteur du transport routier où le seuil est de 100 000 euros.

[1400] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

[1401] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

[1402] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02 qui précise qu'« *afin de décider si l'emprunteur doit être considéré comme en difficulté financière, il y a lieu d'appliquer la définition figurant dans les lignes directrices communautaires concernant les aides au sauvetage et à la restructuration » et qu' « aux fins de la présente communication, les PME constituées depuis moins de trois ans ne sont pas considérées comme en difficulté financière pendant cette période* ».

[1403] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

[1404] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02 où la Commission précise sur ce point que « *si un Etat membre souhaite accorder une garantie dépassant le seuil de 80 % et affirme qu'elle ne constitue pas*

en ce sens que « *lorsque le prix payé pour la garantie est au moins aussi élevé que la prime de garantie de référence correspondante offerte sur les marchés financiers, la garantie ne contient pas d'aide* »[1406].

Pour les régimes de garanties, la Commission européenne présente également les conditions afin d'exclure la présence d'une aide d'Etat et les trois premières conditions se recoupent avec celles retenues pour les garanties individuelles. La quatrième condition relative à la prime versée en contrepartie de la garantie est développée pour les régimes de garanties en ce sens que « *les modalités du régime sont fondées sur une évaluation réaliste du risque pour en assurer, selon toute probabilité, l'autofinancement grâce aux primes versées par les bénéficiaires* »[1407] tout en précisant, d'une part, que « *pour obtenir une évaluation correcte et progressive de l'aspect autofinancement du régime, il y a lieu de vérifier au moins une fois par an si le niveau des primes est adéquat, sur la base du taux de pertes effectif du régime pendant une période économiquement raisonnable* »[1408] et d'autre part, que « *pour être considérées comme conformes aux prix du marché, les primes doivent couvrir les risques normaux associés à l'octroi de la garantie, les coûts administratifs du régime et une rémunération annuelle d'un capital adéquat, même si ce dernier n'est pas encore ou n'est que partiellement constitué* »[1409]. Enfin, pour les régimes de garanties, la dernière condition tient à ce que « *pour assurer la transparence, le régime doit prévoir dans quelles conditions les garanties futures seront accordées, et notamment préciser quelles sont les entreprises qui peuvent bénéficier eu égard à leur notation, ainsi que, le cas échéant, au secteur et à leur taille, au montant maximum et à la durée des garanties* »[1410]. Ainsi, le droit de la concurrence de l'Union européenne fixe un régime strict pour les garanties publiques tout en prévoyant un cadre plus souple pour les mécanismes de garanties octroyés par les personnes publiques qui ne faussent pas la concurrence. Néanmoins, le droit de la concurrence de l'Union européenne singularise également le régime des garanties publiques, notamment par rapport au droit des entreprises publiques. En effet, concernant le contentieux du droit de l'Union européenne relatif aux garanties implicites et illimitées à l'égard des entreprises publiques et la

---

une aide, il doit étayer son affirmation, par exemple, par le mécanisme de l'ensemble de l'opération, et la notifier à la Commission afin qu'elle puisse apprécier valablement s'il s'agit d'une aide d'Etat ».

[1405] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1406] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1407] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1408] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1409] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1410] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

communication de la Commission du 11 mars 2000 sur l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties, le Professeur G. ECKERT remarque que « *le raisonnement de la Commission n'hésite pas à mettre à mal la notion de garantie et à se fonder sur une logique d'ordre politique* »[1411].

§ 2. L'impact du droit de la concurrence de l'Union européenne sur les garanties publiques issues du régime des entreprises publiques

Le droit de la concurrence de l'Union européenne présente la particularité d'encadrer de manière très stricte les garanties publiques ce qui se vérifie notamment par rapport à l'acception large de la notion garantie qu'il retient et qui englobe des mesures comme la présence de l'Etat dans les établissements publics industriels et commerciaux[1412] et l'absence, entre autres, de procédure d'insolvabilité dans ces établissements[1413] (I) ce qui oblige les Etats, comme la France, à transformer ces établissements en sociétés anonymes et pose la question de l'encadrement du droit de la concurrence à l'égard des participations publiques dans les entreprises (II).

[1411] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

[1412] V. plus largement sur les établissements publics, EDCE, *Les établissements publics*, *Les études du Conseil d'Etat*, 2010 ; S. BRONDEL, « Un nouveau rapport du Conseil d'Etat sur les établissements publics », *AJDA* 2010, p. 981 ; X. DOMINO, E. FATOME, Y. JEGOUZO, F. LOLOUM et O. SCHRAMECK, « Questions sur l'avenir de l'établissement public – A propos du rapport du Conseil d'Etat », *AJDA* 2010, p. 1238 et s.

[1413] Sur la garantie illimitée et implicite sur les EPIC, v. notamment Ch. BARTHELEMY, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ?, *RJEP/CJEG* 2004, p. 423 et s. V. également, I. RIBET, « EPIC : un statut en sursis ? », *Connexions*, juill.-août 2008, p. 14 et s. ; J. DABRETEAU, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'Etat au profit de ses EPIC », AJDA 2010, p. 2346 et s. où l'auteur rappelle que « *nombreux sont les EPIC nationaux ou apparentés qui ont vu leur statut contesté et pour certains ont été transformés en sociétés anonymes sous l'influence décisive de la Commission entre le statut d'EPIC et les stipulations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) – (...) – règlementant les aides d'Etat* ». V. aussi pour une approche plus approfondie, V. FOUACHE, *Etablissement public et société commerciale. Le devenir de l'EPIC*, thèse Paris, 2005 où l'auteur consacre un titre entier au droit de la concurrence comme un « *instrument de la condamnation définitive de l'établissement public industriel et commercial* ».

I. Le régime du droit de la concurrence de l'Union européenne à l'égard de l'éventuelle existence de garanties illimitées et implicites

Le droit de la concurrence de l'Union européenne établit un régime très strict par rapport à la présence de l'Etat dans les entreprises publiques[1414], comme en témoigne le développement des règles et du contentieux relatifs aux garanties illimitées et implicites (A) influencé très largement par la politique de la Commission européenne[1415] qui s'attache à ce que les autorités publiques respectent les règles du droit de l'Union européenne afin de ne pas fausser la concurrence (B).

A. L'incompatibilité des garanties implicites et illimités avec le droit de la concurrence de l'Union européenne

La communication de la Commission du 11 mars 2000 sur l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties, dans son point 2.1.3, énonçait que « *la Commission estime que constituent également une aide sous forme de garanties les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou prévoit explicitement une garantie de l'Etat ou une couverture des pertes par l'Etat* »[1416]. Pour le Professeur G. ECKERT, ce point 2.1.3 se

---

[1414] V. notamment R. NOGUELLOU, « Les entreprises publiques sous le feu du droit communautaire », DA 2007, alerte 32 où l'auteur expose l'idée qu' « *affichant une indifférence de principe à l'égard des entreprises publiques, le droit communautaire n'en conduit pas moins à les placer sous étroite surveillance, voire, pour celles d'entre elles qui revêtent la forme d'établissements publics, à remettre en question leur statut* ». V. également, Ph. COSSALTER, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP Adm.* 2009, 2221 où selon l'auteur, « *le droit communautaire de la concurrence, et particulièrement le droit des aides d'Etat, implique un travail de 'banalisation' de l'intervention publique dans l'économie* » en ce sens que « *les opérateurs publics doivent intervenir comme des opérateurs privés dans les conditions normales d'une économie de marché* » ; D. PREAT, « La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ? » ? *LPA* 26 juin 2000, n°18, p. 4.

[1415] V. notamment G. ECKERT, « Les procédures d'insolvabilité et les aides d'Etat : la politique de la Commission », *LPA* 2008, n°117, p. 13 où l'auteur remarque qu' « *à certains égards, la Commission semble considérer que lorsqu'un financement est apporté ou garanti par l'Etat à une entreprise en difficulté financière, il doit être présumé contenir des éléments d'aide d'Etat* » ce qui l'amène à étudier « *le champ d'application des procédures d'insolvabilité et, plus précisément, de l'exclusion de celles-ci des personnes morales de droit public et notamment des établissements publics industriels et* commerciaux ».

[1416] Communication de la Commission, *op. cit.*, JO C 71 du 11.3.2000, p. 14 et s.

présentait comme « *la disposition la plus controversée dans ce domaine* »[1417], en rappelant que c'est « *sur cette base (que) la Commission a engagé une procédure de contrôle à l'encontre d'EDF, avant sa transformation en société du secteur public par la loi du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, en considérant, parmi d'autres griefs, que 'l'octroi par les autorités françaises du statut d'EPIC à EDF emporte l'octroi d'une garantie couvrant tous les engagements de cette entreprise'* »[1418]. De cette vision de la Commission, le Professeur G. ECKERT émet l'idée qu' « *une telle analyse paraît juridiquement critiquable* »[1419] en ce sens que « *s'il n'est pas contestable que les établissements publics industriels et commerciaux, comme toutes les personnes publiques, échappent au droit des procédures collectives, il n'en va pas de même de la conséquence que la Commission en tire, à savoir, la garantie de l'Etat* »[1420] et en déduit alors que « *l'absence d'organisation d'une procédure collective d'apurement des dettes ne se traduit pas, en soi, par le droit de se retourner contre l'Etat, mais par le paiement des créanciers suivant le 'prix de la course'*»[1421] confirmant alors qu'« *il paraît donc difficile de déduire du seul statut des établissements publics une garantie de l'Etat au sens juridique du terme* »[1422].

De plus, le Professeur G. ECKERT rappelle que la jurisprudence de la Cour de justice inclut les sociétés d'économie mixte. En effet, dans son arrêt du 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korkhonen Oy*[1423], la Cour de justice des Communautés

---

[1417] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1418] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. Sur le contentieux relatif à EDF, v. M. BAZEX et S. BLAZY, « Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'Etat ? », DA 2005, 61, notes sous Comm. CE, déc. N°2005/145, 16 déc. 2003, JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9.
[1419] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1420] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1421] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1422] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1423] CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, point 53. V. également CJCE, 16 oct. 2003, *Commission c./ Royaume d'Espagne*, C-283/00, point 91 où la Cour de justice précise qu' « *indépendamment de la question de savoir s'il existe un mécanisme officiel de compensation des pertes éventuelles de la SIEPSA, il paraît peu probable que celle-ci doive supporter elle-même les risques économiques liés à son activité. En effet, eu égard au fait que l'accomplissement de la mission de cette société constitue un élément fondamental de la politique pénitentiaire de l'Etat espagnol, il apparaît vraisemblable qu'en sa qualité d'actionnaire unique ledit Etat prendrait toutes les mesures nécessaires afin d'éviter une éventuelle faillite de la SIEPSA* ». Sur ce dernier arrêt, v. G. ECKERT, *Contrats marchés publ.* 2003, comm. n°224 où l'auteur revient sur cette affirmation du point 91 de l'arrêt « *selon laquelle l'Etat, en sa qualité d'actionnaire unique de la société prendrait toutes les mesures nécessaires afin d'éviter une éventuelle faillite de ladite société pourrait être de nature à poser difficulté au regard d'une autre branche du droit communautaire, celle de la règlementation des aides d'Etat (Traité de la CE, art. 87 et 88)* » et rappelle que « *la Commission a engagé une procédure de contrôle à l'encontre d'EDF en considérant, parmi d'autres griefs, que 'l'octroi par les autorités françaises du statut d'EPIC à EDF emporte l'octroi d'une garantie couvrant tous les engagements de cette entreprise' (lettre d'observation, 16 nov. 2002, point n°36 : JOCE n°C 280, 16 nov. 2002)* ».

européennes estime que « *si des sociétés telles que Taitotalo présentent, sur le plan juridique, peu de différences avec les sociétés anonymes détenues par des opérateurs privés dans la mesure où elles supportent les mêmes risques économiques que ces dernières et peuvent également être déclarées en faillite, les collectivités territoriales auxquelles elles appartiennent permettront rarement qu'un tel événement se produise et procéderont, le cas échéant, à une recapitalisation desdites sociétés afin qu'elles puissent continuer à assumer les tâches pour lesquelles elles ont été créées, à savoir, essentiellement, l'amélioration des conditions générales d'exercice de l'activité économique dans la collectivité territoriale concernée* ». De cette jurisprudence de la Cour de justice, le Professeur G. ECKERT rappelle, néanmoins, « *que les liquidations judiciaires de sociétés du secteur public ne sont pas rares, surtout au plan local* »[1424] or la logique retenue par la Cour « *montre que 'cette garantie politique' ne saurait être limitée aux seuls établissements publics industriels et commerciaux* »[1425] et qu'alors « *si l'on en admet la réalité, elle vaut pour toutes les entreprises publiques quelle que soit leur forme juridique* »[1426] ayant pour conséquence que « s*on appréciation au regard du droit des aides d'Etat ne pose plus simplement le problème de la limitation du choix du mode de gestion des activités économiques publiques mais bien celui du principe même de cette intervention* »[1427]. La communication de la Commission du 20 juin 2008 sur l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties reprend ce point relatif aux « *conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité* »[1428] tout en précisant qu'il s'agit de « *garanties illimitées, par opposition aux garanties limitées dans leur montant et/ou dans le temps* »[1429]. Ainsi, les garanties implicites et illimitées connaissent en droit de l'Union européenne une singularité qui se présente également par rapport aux conséquences sur son régime en droit interne. En effet, les entreprises publiques françaises pour répondre à ces exigences du droit de la concurrence de l'Union européenne se transforment en sociétés anonymes où bien souvent l'Etat est un actionnaire majoritaire.

[1424] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1425] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1426] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1427] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur émet également l'idée qu' « *il vaudrait mieux abandonner l'idée de 'garantie' et reconnaître que si l'entreprise publique peut avoir un accès facilité au crédit, cela résulte simplement de la qualité de la signature de son actionnaire principal, comme ce peut également être le cas d'une entreprise privée* ».
[1428] V. communication de la Commission, *op. cit*., JO C 71 du 11.3.2000, p. 14 et s., point 2.1.3. qui est repris au point 1.2. de la communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.
[1429] Communication de la Commission, *op. cit*., 2008/ C 155/02.

B. L'influence de la Commission européenne sur le régime des établissements publics bénéficiant d'une éventuelle garantie implicite et illimitée de la part de l'Etat

Les garanties implicites et illimitées témoignent tout particulièrement de la singularité de l'appel de la garantie publique. En effet, le contentieux relatif aux garanties implicites et illimitées concerne les entreprises publiques françaises qui sont dispensées de procédure collective en cas d'insolvabilité[1430]. Le droit de la concurrence de l'Union européenne estime alors que ces entreprises bénéficient de la garantie implicite et illimitée de l'Etat or si tel est bien le cas, la question se pose de savoir dans quelle mesure et comment cette garantie peut être appelée par les créanciers. Comme le rappelle l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 3 avril 2014 relatif au statut de La Poste[1431], « *le statut des EPIC emporte un certain nombre de conséquences juridiques, à savoir notamment l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun ainsi que l'applicabilité de la loi n°80-539, du 16 juillet 1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public* »[1432]. Cet arrêt précise également que la Commission « *a démontré qu'un créancier de La Poste est assuré de voir sa créance remboursée dans l'hypothèse où cet établissement serait en difficulté financière et ne pourrait pas honorer ses dettes* »[1433] ce qui lui a permis d'estimer que « *même si, après l'utilisation des procédures de recouvrement spécifiques décrites aux considérants 150 à 229 de la décision litigieuse, le créancier d'un EPIC ne parvenait pas à obtenir le règlement de sa créance, il demeurait assuré qu'elle ne disparaîtrait pas* »[1434] en ce sens qu'« *afin d'assurer*

[1430] V. I. RIBET, op. cit., p. 14 et s. où l'auteur rappelle que « *l'inapplicabilité des procédures d'insolvabilité et de faillite aux personnes morales de droit public découle du principe général d'insaisissabilité des biens des personnes publiques reconnu par la jurisprudence française depuis la fin du XIXème siècle* » et cette inapplicabilité « *s'analyse, pour la Commission, comme une garantie générale de l'Etat couvrant l'ensemble des engagements de l'entreprise vis-à-vis des tiers* ».

[1431] Sur cet arrêt, v. G. ECKERT, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP Adm.* 2014, 2160 où l'auteur précise que « l*a Cour de justice de l'Union européenne a, pour la première fois, consacré la notion de garantie implicite et illimitée et admis qu'une telle garantie découlait du régime juridique des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)* » et qu' « *il en résulte que, même si le droit de l'Union européenne rappelle que les autorités publiques 'sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié' pour l'exécution de leurs activités économiques, cette liberté ne peut s'exercer que dans le respect du droit de la concurrence et, tout particulièrement, du droit des aides d'Etat, ce qui en limite singulièrement les contours* ».

[1432] CJUE, 3 avril 2014, *France c./ Commission européenne*, C-559/12P, point 6.

[1433] CJUE, 3 avril 2014, *op. cit.*, point 15.

[1434] CJUE, 3 avril 2014, *op. cit.*, point. 16.

la continuité de la mission de service public, les droits et les obligations de La Poste étaient toujours transférés à une personne morale de droit public autre que l'Etat ou, à défaut, à ce dernier »[1435].

En effet, l'examen entrepris par la Commission concernant le statut de la Poste montre que « - *les obstacles traditionnels s'opposant au règlement d'une créance d'un organisme de droit privé n'existent pas s'agissant des établissements publics – la procédure de recouvrement des dettes des établissements publics condamnés par une décision de justice fixée par la loi du 16 juillet 1980 ne conduit en aucun cas à la disparition de la dette – le régime de responsabilité de l'Etat dans la mise en œuvre de la procédure de recouvrement des dettes des établissements publics présente toutes les caractéristiques d'un mécanismes de garantie – même s'il n'obtenait pas satisfaction, le créancier peut faire produire des effets de droits à l'erreur légitime qu'il a commise lors de la formation de la créance sur le fait qu'elle serait toujours honorée* »[1436]. De plus, le Professeur G. ECKERT remarque que cette « *solution retenue par la Commission et par les juges européens n'est pas propre aux EPIC mais vaut pour l'ensemble des personnes morales de droit public dès lors que le raisonnement tenu s'y applique parfaitement* »[1437] en ce sens que « *ce sont toutes les personnes publiques – Etat, collectivités territoriales, établissements publics, voire personnes publiques à statut particulier – qui échappent au droit des procédures collectives et relèvent du régime d'exécution des décisions de justice instauré par la loi du 16 juillet 1980* »[1438]. La garantie implicite et illimitée à l'égard des établissements publics industriels et commerciaux représente donc une aide incompatible avec le droit des aides d'Etat de l'Union européenne et demande que ces établissements se transforment en sociétés anonymes[1439]. Toutefois, comme l'évoque le Professeur G. ECKERT, « *plusieurs voies peuvent être envisagées pour tenter d'établir que la garantie implicite de l'Etat ne constitue pas, au cas d'espèce, une aide* »[1440]. Ces voies s'illustrent en tentant de « *contester l'avantage que l'établissement public semble tirer de la garantie* »[1441] comme en compensant l'avantage issu de la garantie par le

---

[1435] CJUE, 3 avril 2014, *op. cit.*, point. 16.
[1436] Commission, 26 janvier 2010, concernant l'aide d'Etat C 56/07 accordée par la France à La Poste, 2010/605/UE, point. 149.
[1437] G. ECKERT, *op. cit.*, 2160.
[1438] G. ECKERT, *op. cit*., 2160.
[1439] V. notamment, S. NICINSKI, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, I, p. 38 et s. ; v. également M. KARPENSCHIF, « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP Adm.* 2009, 2197.
[1440] G. ECKERT, *op. cit.*, 2160.
[1441] G. ECKERT, *op. cit.*, 2160.

versement d'une prime de marché. Ainsi, le Tribunal sur le fonctionnement de l'Union européenne, dans son jugement du 20 septembre 2012, *République française c./ Commission européenne*[1442], concernant également le statut de La Poste, retient que « *s'agissant, en particulier, de l'existence d'un avantage, la Commission a estimé, tout d'abord, que la garantie litigieuse était un élément essentiel du soutien de l'Etat, grâce auquel La Poste bénéficiait de conditions de crédit plus favorables que celles qu'elle aurait obtenues si elle avait été jugée sur ses seuls mérites* »[1443] et confirme la décision de la Commission en ce sens qu' « *elle a précisé (...) que, compte tenu du caractère illimité de la garantie, il n'était pas possible, en l'occurrence, de calculer le montant de la prime de marché que La Poste aurait dû payer à l'Etat, ce qui rendait inapplicable le dispositif de rétrocession proposé par les autorités françaises* »[1444]. Toutefois, le Professeur G. ECKERT relève que « *la Commission a adopté une position plus nuancée dans sa décision relative à l'Institut Français du Pétrole où elle a admis, au moins à titre rétrospectif, d'apprécier la valeur de l'avantage résultant de la garantie implicite afin de pouvoir en confirmer la compatibilité au regard des dispositifs d'aides autorisées* »[1445]. En effet, la Commission, dans sa décision du 29 juin 2011 concernant l'aide d'Etat C 35/08 (ex NN 11/08) accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole »[1446] , constate « *qu'en l'espèce, malgré le caractère a priori illimité de la garantie d'Etat, il est exceptionnellement possible d'estimer a posteriori, pour les années 2006 à 2009, un majorant de l'équivalent-subvention brut des effets de cette garantie (la prime de risque non payée à l'Etat), qui est venu abonder (pour autant qu'il ait été conservé dans le chef de l'établissement public IFP), les fonds publics déjà versés par l'Etat à ce dernier pour couvrir les coûts nets de son activité de recherche publique indépendante et de*

[1442] TFUE, 20 sept. 2012, *République française c./ Commission européenne*, T-154/10.
[1443] TFUE, *op. cit*., T-154/10, point 28.
[1444] TFUE, *op. cit*., T-154/10, point 28.
[1445] G. ECKERT, *op. cit.*, 2160.
[1446] Commission européenne, déc. 2012/26/UE, 29 juin 2011, concernant l'aide d'Etat C 35/08 (ex NN 11/08) accordée par la France à l'établissement public « Institut Français du Pétrole », où la Commission, dans son point 274, énonce qu'elle « *entend réaffirmer la position de principe qu'elle a adoptée dans sa pratique décisionnelle, selon laquelle une garantie illimitée de l'Etat couvrant des activités économiques constitue, en principe, une aide d'Etat incompatible* », que « *généralement, la Commission considère que les garanties illimitées dans un secteur économique ouvert à la concurrence sont incompatibles avec le TFUE, notamment parce qu'une telle garantie fait endosser à l'Etat l'ensemble des risques attachés à une activité économique sans que l'entreprise bénéficiaire supporte le coût de cette couverture, et laisse apparaître une situation d'aléa moral qui incite l'entreprise bénéficiaire, protégée de toute menace de faillite, à augmenter sa prise de risque par rapport à la situation où elle supporterait entièrement les conséquences négatives de ses agissements* » et qu' « *en vertu du principe de proportionnalité, de telles garanties illimitées ne peuvent le plus souvent pas être justifiées par des missions économiques d'intérêt général, dans la mesure où il s'avère impossible, dans le cas d'une garantie illimitée, de vérifier que le montant de l'aide ne dépasse pas les coûts nets de fourniture du service public* ».

recherche contractuelle ou de prestation de services »[1447]. Cependant, la Commission relève en l'espèce que « *la législation française a confié à l'établissement public IFP des obligations de service public consistant en une triple mission de recherche, de formation et de documentation, qui, contrairement aux services d'intérêt général économique n'entrent pas dans le champ d'activités économiques au sens du droit de l'Union* »[1448] ce qui implique que « *la couverture par une garantie publique statutaire de ces activités non-économiques n'emporte (...) aucun octroi d'aide d'Etat » et que « l'impact de la garantie dont il jouit statutairement se concentre principalement sur ces activités non-économiques, et ne concerne les prestations accessoires de recherche contractuelle et de services qu'à titre incident* »[1449]. Les garanties implicites et illimitées connaissent donc un encadrement très strict de la part de l'Union européenne[1450] et laissent perplexes une partie de la doctrine sur la réalité de l'existence de cette notion. En effet, cette notion de garantie implicite et illimitée singularise tout particulièrement le régime des garanties publiques en intégrant une vision non plus seulement économique mais également politique ce qui pose la question de savoir si la transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes ne décalent pas le problème en ce sens que les personnes publiques jouent un rôle important dans ses entreprises par l'intermédiaire de leurs participations.

II. L'impact du droit de la concurrence de l'Union européenne à l'égard des participations publiques dans les entreprises

Les participations publiques jouent un grand rôle dans l'interventionnisme des personnes publiques, en particulier lorsque des anciens établissements publics industriels et commerciaux sont transformés en sociétés anonymes afin d'être compatibles avec le droit de

[1447] Commission européenne, *op. cit.*, déc. 2012/26/UE, 29 juin 2011, point 277.
[1448] Commission européenne, *op. cit.*, déc. 2012/26/UE, 29 juin 2011, point 275.
[1449] Commission européenne, *op. cit.*, déc. 2012/26/UE, 29 juin 2011, point 275.
[1450] Les décisions rendues par l'Union européenne posent des difficultés concernant d'autres établissements publics comme la SNCF ou encore la RATP, V. notamment Le Monde, « Le statut de la SNCF et de la RATP remis en cause par l'UE », 3 avril 2014, A. MICHEL et AFP où il est rappelé que la décision rendue par la Cour de justice le 3 avril 2014 concernant le statut de La Poste « *pourrait être lourde de conséquence pour les établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) comme la SNCF, la RATP mais aussi l'Opéra de Paris ou la Comédie française, et remettre en cause leur financement* ».

la concurrence de l'Union européenne[1451]. Néanmoins, ces participations publiques[1452] présentent dans une certaine mesure des éléments de la notion de garantie publique[1453] (A) ce qui a des conséquences sur le régime des participations publiques dans les entreprises (B).

A. La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes

Les contentieux relatifs à la garantie implicite et illimitée de l'Etat à l'égard de ces établissements publics industriels et commerciaux a pour principale conséquence de transformer ces anciens établissements en sociétés anonymes[1454] afin d'être compatible avec le droit de la concurrence de l'Union européenne[1455] mais cette transformation en société « *ne les exonère pas de toute attaque en provenance des autorités communautaires, car il ressort de plus en plus clairement que c'est l'actionnaire public qui focalise désormais toute l'attention* »[1456]. Comme le rappelle le Professeur A. CARTIER-BRESSON, « *la société anonyme a été conçue au XIXème siècle comme un moyen de drainer les capitaux nécessaires à la constitution de grandes entreprises* »[1457] et « *ses caractéristiques lui permettent d'associer les épargnants au financement des entreprises* »[1458]. De plus, l'intérêt de cette forme de société tient dans le fait que « *c'est une société à risque limité : les actionnaires ne supportent les pertes sociales qu'à concurrence de ce qu'ils apportent* »[1459] et « *c'est une société de*

[1451] Sur la privatisation des entreprises publiques, v. M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA* 2002, p. 95 et s.

[1452] Sur l'Etat actionnaire, v. Dossier « L'Etat actionnaire – Université Paris Dauphine, 3 juin 2010 », *JCP E* 2010, 1884.

[1453] V. notamment, J.-C. ANDRE, « La dette des entreprises publiques », *in* R. HERTZOG, *La dette publique en France*, *Economica*, Paris, 1990, p. 201 et s. où l'auteur rappelle que « *dans certains cas, l'Etat fait formellement bénéficier les entreprises publiques de sa garantie mais au-delà de cet engagement juridique, la présence de l'Etat actionnaire constitue tant pour le marché (les prêteurs) que pour l'entreprise elle-même une garantie morale* ».Ainsi, l'auteur exprime l'idée que « *la présence de l'Etat actionnaire, lorsqu'il est l'Etat français dont la solvabilité n'est pas mise en doute, devrait avoir pour conséquence, vis-à-vis du marché, c'est-à-dire des créanciers, une confusion quasi-totale entre la signature de l'Etat et celle de l'entreprise publique* ».

[1454] V. D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP/CJEG* 2006, n°629, p. 105 où l'auteur exprime l'idée que « *la transformation des établissements publics en sociétés, loin d'être une contrainte juridique certaine ou de privilégier un mode de gestion du service public radicalement plus performant, semble plutôt s'inscrire dans la politique de reconversion de l'Etat en simple entrepreneur, qui participe d'un processus de banalisation de la puissance publique déjà observé plusieurs fois* ».

[1455] Sur la disparition des entreprises publiques, v. notamment P. DEVOLVE, *Droit public de l'économie*, *Dalloz*, Paris, 1998, p. 747 et s.

[1456] S. NICINSKI, *op. cit.*, p. 38 et s.

[1457] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.

[1458] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.

[1459] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.

capitaux, dont le caractère ouvert est accentué par la libre négociabilité de principe des actions »[1460]. C'est la loi du 24 juillet 1867 sur les sociétés commerciales qui « *a donné un statut légal aux sociétés par actions et supprimé l'exigence d'une autorisation gouvernementale pour la constitution des sociétés anonymes* »[1461]. Ainsi, « *la société anonyme a (...) été conçue pour servir des intérêts privés, qui peuvent être distincts, mais qui restent liés par la recherche du profit, et non comme un instrument d'intervention économique pour des collectivités publiques* »[1462]. Néanmoins, comme le souligne le Professeur A. CARTIER-BRESSON, « *l'Etat manifesta assez tôt son intérêt pour cette structure* »[1463] en ce sens que « *depuis la fin de la Première Guerre mondiale, cet intérêt s'est traduit par de multiples prises de participations, par la constitution de sociétés étatiques ou d'économie mixte, par de fréquentes opérations sur le capital de ces sociétés* »[1464].

Ainsi, « *s'il recourt très largement aux techniques juridiques de la société anonyme, l'Etat les utilise rarement de la même façon qu'un actionnaire ordinaire* »[1465] en ce sens qu' « *il dispose de prérogatives exorbitantes du droit commun pour acquérir des participations, et se voit soumis à des sujétions exorbitantes lorsqu'il les cède* »[1466]. De plus, en principe, le caractère d' « *'anonyme' tient principalement au fait que le capital apporté compte (...) plus que la personne de celui qui l'apporte* »[1467] or « *la notion d'anonymat subit d'importantes atteintes* »[1468] car l'Etat se présente comme « *un actionnaire nécessaire et le principe d'égalité des actionnaires tend à disparaître avec parfois, en outre, la prolifération de filiales – tendance appelée 'nationalisation silencieuse'* »[1469]. De plus, comme le rappelle le Professeur G. ECKERT, « *la privatisation d'une entreprise publique nécessite l'intervention du législateur en raison des exigences de l'article 34 de la Constitution (ce que met en œuvre la loi n°86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités de privatisation)* »[1470]. L'Etat en

---

[1460] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.
[1461] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.
[1462] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.
[1463] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 39.
[1464] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, pp. 39-40.
[1465] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 40.
[1466] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 40.
[1467] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 40.
[1468] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 40.
[1469] A. VOINNESSON, 5ème journées juridiques franco-héllèniques (Thessalonique-Volos, 27-30 sept. 1990), *RIDC* 1991, p. 213.
[1470] G. ECKERT, « Une collectivité territoriale est-elle un actionnaire ordinaire ? », *RJEP* 2013, n°704, comm. 4, note sous CE, 4 juill. 2012, *Dpt de Saône-et-Loire*, n°356168 où l'auteur estime que « *bien que la solution adoptée ne porte que sur la compétence de la juridiction judiciaire, elle conduit à ne pas singulariser la situation de l'actionnaire public face aux procédures de droit boursier* ». Concernant la distinction entre entreprise publique et les entreprises privées, v. notamment R. BRONNER, « Les entreprises publiques et le droit des sociétés », *CJEG* 1994, p. 255 et s. où l'auteur rappelle bien que « *le droit commun des sociétés anonymes*

transformant des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes afin de répondre aux exigences du droit de la concurrence de l'Union européenne garde, toutefois, une mainmise sur ces entreprises en ce sens qu'il se présente bien souvent comme l'actionnaire majoritaire dans ces entreprises. De ce constat, le Professeur A. CARTIER-BRESSON en déduit que « *l'Etat n'acquiert pas, de façon générale, des actions pour opérer un placement* »[1471] en ce sens que « *s'il constitue des sociétés ou s'il prend des participations majoritaires ou minoritaires dans le capital de sociétés existantes, c'est le plus souvent en vue d'exercer une influence sur leur activité* »[1472], après être revenue sur la notion de participation qui en droit des sociétés « *désigne la détention d'actions en vue d'exercer une influence sur la gestion de l'entreprise qui les a émises, par opposition à la détention à des fins de placement* »[1473]. De plus, « *le terme 'participation' renvoie également au lien qui unit l'actionnaire à la société anonyme : c'est sa participation au capital social qui fait de lui un membre de la société, détenteur de prérogatives financières et politiques* »[1474] et « *ce lien avec la société distingue la participation au capital social d'autres formes de participations au financement de l'entreprise, telles que le prêt ou la garantie* »[1475]. Néanmoins, les transformations des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes avec participation de l'Etat dans ces entreprises, tout en se distinguant de la notion de garantie publique, soulèvent encore certaines difficultés par rapport au droit de la concurrence de l'Union européenne.

(...) demeure le cadre juridique général dans lequel se situe le statut des entreprises publiques » mais qu' « *il existe une différence essentielle : alors qu'en vertu du droit commun des sociétés commerciales, les entreprises privées ne peuvent être créées que par voie contractuelle entre des associés qui définissent librement leurs statuts, les entreprises publiques ne sont créées pour leur part que par un texte officiel (loi ou décret) propre à chaque entreprise, leur régime particulier étant ainsi défini par un acte d'autorité de la puissance publique* ». V. également A. DELION, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA* 2005, p. 977 et s. où l'auteur donne les principales différences entre la création de sociétés par les collectivités locales et par l'Etat. Ainsi, il rappelle que « *l'Etat n'a pas besoin d'une disposition législative pour créer des sociétés, sauf s'il entend déroger aux dispositions du Code de commerce les concernant* » et qu' « *il suffit d'un décret, car le droit de la société anonyme lui fournit un cadre légal préexistant* » alors que « *les collectivités locales ont par contre besoin de lois de l'Etat, qui seul peut les autoriser à créer des sociétés dans certains buts, et qui doit édicter toutes les règles dérogatoires au droit commun des sociétés qu'elles appliqueront* ». Ainsi, « *à ces sociétés 'dérogatoires' il fallait un nom, qui a été celui de société d'économie mixte locale* » et qui « *a été choisi en le tirant d'une terminologie étrangère, et en s'inscrivant dans une certaine idéologie de mixité des intérêts et donc des capitaux publics et privés* ».

[1471] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 44.
[1472] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 44.
[1473] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 43.
[1474] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, pp. 43-44.
[1475] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 44.

B. Les conséquences en droit de la concurrence des transformations des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes

Comme le souligne le Professeur A. CARTIER-BRESSON, « *ce n'est qu'au milieu des années 1980 que le droit de la concurrence a commencé à devenir une véritable contrainte pour l'Etat actionnaire* »[1476] en ce sens que « *les règles communautaires de concurrence ont surtout été appliquées aux entreprises privées pendant les vingt premières années d'existence du Traité de Rome, et les entreprises publiques ont longtemps échappé au droit interne des pratiques anticoncurrentielles* »[1477]. Cependant, « *la Commission a considérablement renforcé son contrôle sur les entreprises publiques ou à participation étatique, non seulement au regard de l'article 86 § 1 TCE, qui affirme leur soumission aux règles de la concurrence, mais surtout en matière d'aides d'Etat* »[1478]. L'Etat actionnaire connaît donc de plus en plus des développements importants en matière d'aides d'Etat[1479]. Ainsi, la communication de la Commission sur l'application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier expose que « *l'achèvement du marché intérieur exige une application renforcée de la politique relative aux aides d'Etat, et les entreprises publiques constituent l'un des domaines qui présentent un intérêt à cet égard* »[1480]. Par ailleurs, cette communication de la Commission du 13 novembre 1993 représente « *davantage un prolongement logique de la politique existante qu'une innovation radicale et est nécessaire pour expliquer l'application du principe à un plus grand nombre de situations et de types de ressources* »[1481] ce qui explique que « *la Cour, la Commission et le Conseil ont déjà appliqué le principe de l'investisseur en économie de marché dans un nombre limité de cas concernant des types de ressources publiques autres que des apports en capital qui font aussi l'objet de la communication, c'est-à-dire les garanties, les prêts et le rendement du capital investi* »[1482].

[1476] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 355.
[1477] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 355.
[1478] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 355.
[1479] V. par ex. et a contrario, TPIUE, 3 mars 2010, Bundesverband Deutscher Banken EV, aff. T-163/05, DA 2010, 126, notes M. BAZEX où en l'espèce, « *le Tribunal de l'Union européenne juge que la mise à la disposition d'une banque de capitaux propres détenus par une autorité publique ne constitue pas une aide d'Etat si l'apport ne confère pas à la banque un avantage qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions de marché* ».
[1480] Communication de la Commission sur l'application des articles 92 et 93 du traité CEE et de l'article 5 de la directive 80/723/CEE de la Commission aux entreprises publiques du secteur manufacturier, 13 nov. 1993, C 307/3, point 1.
[1481] Communication de la Commission, *op. cit*., 13 nov. 1993, C 307/3, point 23.
[1482] Communication de la Commission, *op. cit*., 13 nov. 1993, C 307/3, point 23.

Ainsi, la communication rappelle concernant les garanties que « *dans la décision IOR/Finalp, la Commission a estimé que, quand une société de porte-feuille d'Etat, devient l'unique propriétaire d'une entreprise en difficulté (et assume de ce fait une responsabilité illimitée selon le droit commercial italien), cela équivaut pour elle à la prise d'un risque supplémentaire par la constitution effective d'une garantie illimitée* »[1483] et précise que « *la Commission, appliquant son principe bien établi, a estimé qu'un investisseur en économie de marché se conformant aux lois du marché serait normalement peu disposé à devenir l'actionnaire unique d'une entreprise s'il devait en conséquence assumer une responsabilité illimitée, et qu'il s'assurerait que ce risque supplémentaire est plus que compensé par des gains supplémentaires* »[1484]. Cette décision de la Commission témoigne des liens existants entre les participations publiques de l'Etat dans les entreprises et la notion de garantie publique ce qui a des conséquences au niveau de leur régime, notamment en matière d'aides d'Etat. Cependant, comme le remarque le Professeur A. CARTIER-BRESSON, « *le critère de l'investisseur privé en économie de marché comporte une limite inhérente à sa fonction, qui est de débusquer l'Etat puissance publique derrière le masque de l'Etat actionnaire* »[1485]. En effet, dans son arrêt du 14 septembre 1994, *Royaume d'Espagne c./ Commission européenne*, la Cour de justice estime qu' « *il faut établir une distinction entre les obligations que l'Etat doit assumer en tant que propriétaire actionnaire d'une société et les obligations qui peuvent lui incomber en tant que puissance publique* »[1486]. Ainsi, « *lorsque l'Etat agit dans le cadre de ses fonctions régaliennes, par le biais de procédés qui relèvent typiquement de la puissance publique, il ne peut échapper à la qualification d'aide en soutenant qu'une mesure de ce type vise à rétablir ou à améliorer la rentabilité de l'entreprise* »[1487] et explique que « *la Cour de justice et la Commission ne raisonnent plus alors en termes 'd'investisseur privé agissant dans les conditions normales d'une économie de marché', mais procèdent dans ce cas à une application classique du principe de l'égalité entre entreprises, en recherchant si l'entreprise n'a pas bénéficié, de la part des pouvoirs publics, d'un traitement de faveur lui permettant de renforcer sa position concurrentielle* »[1488]. En d'autres termes, le droit de la concurrence de l'Union européenne se montre de plus en plus sévère en matière d'aides

[1483] Communication de la Commission, *op. cit*., 13 nov. 1993, C 307/3, point 24.
[1484] Communication de la Commission, *op. cit*., 13 nov. 1993, C 307/3, point 24.
[1485] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 367.
[1486] CJCE, 14 sept. 1994, *Royaume d'Espagne c. Commission européenne*, aff. C-278/92 à C-280/92, Rec. p. I-4103, point 22.
[1487] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 367.
[1488] A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 367.

d'Etat, que ce soit par rapport aux établissements publics industriels et commerciaux[1489] que par rapport aux participations de l'Etat dans les entreprises ce qui laisse entrevoir quelques difficultés pour les anciens établissements publics industriels et commerciaux transformés en sociétés anonymes où l'Etat conserve un certain contrôle sur ces entreprises.

[1489] V. notamment A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 368 et s. où l'auteur revient sur les communications de la Commission sur les aides d'Etat sous forme de garanties.

CONCLUSION DU TITRE 1 DE LA PARTIE 2

Au niveau matériel, le régime des garanties publiques connait un encadrement par le droit administratif et le droit de la concurrence. Ainsi, même si les règles relatives à la répartition des compétences juridictionnelles lorsqu'une garantie est accordée par une personne publique laissent compétentes dans certaines hypothèses les juridictions judiciaires, le droit administratif encadre les garanties publiques, notamment concernant les règles de formation et d'appel de ces garanties.

En effet, les risques financiers pour les personnes publiques lorsqu'elles accordent des garanties s'avèrent importants. Ainsi, le législateur est venu encadrer leur octroi que ce soit pour les collectivités territoriales par le partage des risques avec le créancier et le respect de ratios prudentiels ou pour l'Etat avec la nécessité de ne plus laisser dans l'ombre l'octroi de ses garanties d'où l'autorisation préalable du législateur financier lorsque l'Etat souhaite accorder sa garantie.

Cet encadrement par le droit administratif est nécessaire afin de protéger les deniers publics et ainsi éviter des mauvaises surprises en cas d'appel de ses garanties qui souvent se révèlent porter sur d'importants montants. Ainsi, les lois de finances au niveau de l'Etat répertorient les garanties qu'il accorde et même si elles font parties des engagements hors bilan, leur recensement par les lois de finances permet de mieux anticiper les risques futurs d'un éventuel appel de ses garanties.

Ce renforcement de la transparence et de la prise en compte des risques par le droit administratif singularise le régime des garanties publiques en permettant de mieux prévoir les risques d'un appel en garantie tout en banalisant d'une certaine manière les garanties publiques par rapport aux garanties accordées dans la sphère privée. Le droit administratif en cherchant à renforcer la transparence des informations avec les cocontractants d'une personne publique construit un filet protecteur pour les finances publiques suivant ainsi la recherche par le droit public d'une meilleure « gouvernance ». Néanmoins, cette recherche de protection contre les éventuelles défaillances du débiteur renvoie une nouvelle fois à la notion de confiance et confirme que si celle-ci était totale, la notion de garantie n'aurait lieu d'exister.

De plus, les garanties publiques connaissent un encadrement strict de la part du droit de la concurrence, notamment du droit de la concurrence de l'Union européenne qui cherche à assurer l'égale concurrence entre les personnes de droit privé et de droit public.

Cet encadrement par le droit de la concurrence démontre notamment que les garanties publiques suivent le même régime. En effet, les garanties publiques, même si leur finalité est de suivre les politiques publiques suivies, répondent à des critères économiques ce qui a pour conséquence qu'elles se doivent de respecter les exigences du droit des aides autant au niveau national qu'au niveau de l'Union européenne.

Ainsi, le régime des garanties publiques se singularise par l'encadrement du droit de la concurrence, notamment sous l'influence du droit des aides d'Etat de l'Union européenne, et confirme l'idée que les garanties publiques ne répondent pas seulement à une finalité économique mais également politique en ce sens que le droit de l'Union européenne suit une politique qui diverge parfois sur certains points de celles des Etats ce qui donne lieu à des contentieux où la notion de garantie publique perd de sa substance comme en témoigne le contentieux relatif à certains établissements publics industriels et commerciaux où les institutions européennes établissent l'existence d'une garantie publique sans toutefois chercher à la définir.

Le régime des garanties publiques tient sa singularité par les règles qui l'encadrent mais également par les institutions qui contrôle le respect de ses règles et s'assurent du bon respect des engagements des personnes publiques ce qui n'est pas forcément un travail aisé et demande parfois l'intervention d'institutions internationales.

TITRE 2

LA SINGULARITE INSTITUTIONNELLE DU REGIME DES GARANTIES PUBLIQUES

Les garanties publiques, en plus, de connaître une singularité par rapport aux règles qui régissent leur régime, notamment au niveau du droit des aides d'Etat, se voient encadrer par les institutions publiques. En effet, les institutions publiques, notamment financières, présentent un intérêt tout particulier pour les garanties publiques. Cela se confirme avec la Caisse des dépôts et consignations qui « *a fondé sur la Foi publique le principe de son organisation et des missions qui lui sont confiées* »[1490] et qui assure aux personnes publiques un moteur non négligeable en matière de financement. Ainsi, la Caisse des dépôts et consignations joue un rôle important en matière de garanties publiques en apportant l'élément de confiance[1491]. Les garanties publiques connaissent également un encadrement par la Banque de France, notamment en matière de garantie des dépôts avec le rôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Les institutions qui entourent les garanties publiques agissent surtout afin de les contrôler comme en témoigne le rôle joué par la Cour des comptes qui se voit, toutefois, concurrencée par les agences de notation.

[1490] J.-F. BOUDET, *La Caisse des dépôts et consignations*, préf. L. SAIDJ, *L'Harmattan*, Paris, 2006, p. 25.

[1491] Caisse des dépôts et consignations qui bénéficie elle-même de la garantie de l'Etat comme le souligne Ainsi, Monsieur P. LIGNIERES lorsqu'il rappelle que « *la garantie de l'Etat poursuit des objectifs liés à la politique financière telle la loi du 31 mars 1837 sur les caisses d'épargne qui a confié à la Caisse des dépôts et des consignations le soin de recevoir sous garantie de l'Etat les fonds des caisses d'épargnes* »[1491].

Le contrôle des garanties publiques par les institutions publiques financières mais également par les institutions privées qui se développent notablement permet de répondre aux exigences du droit des finances publiques ainsi qu'à celles du droit de l'Union européenne et ainsi renforce l'élément de confiance inhérent à la notion de garantie.

La réalisation des garanties publiques emporte des conséquences, notamment au niveau du droit de la responsabilité et des finances publiques. En effet, l'appel des garanties publiques est une phase présentant des conséquences importantes, notamment pour la personne publique et le créancier. La personne publique est en charge du paiement de la dette ce qui peut, si le débiteur est insolvable, avoir des répercussions sur l'endettement public et pousser la personne publique à être réticente à satisfaire son engagement d'où la recherche de la responsabilité de la personne publique qui est souvent partagée avec le créancier.

Ainsi, le régime des garanties publiques suppose que les garanties lorsqu'elles sont appelées par le créancier soient effectives. Le droit de l'exécution est alors au cœur de cette recherche d'effectivité des garanties publiques. Néanmoins, comme le remarque le Professeur A. PERRIN, « *le droit de l'exécution, entendu comme l'étude des autorités compétentes pour veiller à l'inscription de la norme dans la réalité et des moyens dont elles disposent pour assurer le retour à la norme lorsque celle-ci a été méconnue, est peu étudié* »[1492]. Ainsi, le régime des garanties publiques demande que soit étudié les voies d'exécution qui présente une singularité en droit public en ce sens qu'elles n'aboutissent pas forcément à l'exécution de la garantie publique. En effet, le Professeur G. ECKERT souligne le fait qu' « *en cas de mauvais vouloir de la collectivité publique, la mise en œuvre de la garantie peut poser de délicats problèmes d'exécution dans la mesure où la personnalité morale de droit public exclut l'application des voies d'exécution de droit privé, de même que toute forme de compensation pratiquée à l'encontre de la personne publique* »[1493] et ajoute qu' « *il n'en découle pas pour autant que le créancier garanti se trouve démuni face au débiteur public* »[1494] en ce sens qu'« *il peut recourir aux voies d'exécution du droit administratif, lesquelles sont cependant notablement moins efficaces que celles du droit privé* »[1495].

[1492] A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Préf. P. DEVOLVE, *Ed. Panthéon Assas*, Thèse Paris, 2009, p. 21.
[1493] G. ECKERT, « La garantie des collectivités publiques », *in Mélanges* Ph. SIMLER, *Litec et Dalloz*, Paris, 2006, p. 325 et s.
[1494] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1495] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.

Face au manque d'efficacité des voies d'exécution du droit administratif, la Cour européenne des droits de l'Homme se fonde sur l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme afin de rappeler que l'Etat est responsable de la non-exécution des décisions de justice. En d'autres termes, les personnes publiques sont tenus responsables de la non-exécution des décisions de justice et ne peuvent pas se cacher derrière une insuffisance de ressources pour ne pas honorer leurs dettes ou celles qu'elles ont garanties.

La singularité institutionnelle du régime des garanties publiques se conçoit lors du contrôle des garanties publiques (CHAPITRE 1), le plus souvent par des institutions publiques financières, mais également lors de la réalisation des garanties publiques (CHAPITRE 2) par le rôle joué par le droit des finances publiques et l'encadrement de la Cour européenne des droits de l'Homme.

<u>CHAPITRE 1 :</u> Le contrôle des garanties publiques[1496]

Les institutions financières jouent un rôle important dans le développement du régime des garanties publiques. En effet, ces institutions se présentent comme le baromètre des garanties publiques. La Caisse des dépôts et des consignations permet de réguler les garanties accordées par les personnes publiques alors que la Banque de France effectue davantage un contrôle des garanties publiques via l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Les institutions publiques financières jouent un rôle important comme le montre également l'étude de la Cour des comptes qui cherche à rendre plus transparentes les garanties accordées par les personnes publiques. Ainsi, les institutions publiques financières concilient plusieurs finalités dans leurs rapports avec les garanties publiques.

Pour la Caisse des dépôts et consignations, la confiance se présente comme son fondement et ses missions visent à répondre aux exigences de la politique publique. En d'autres termes, la Caisse des dépôts et consignations se manifeste d'une part, par l'élément de confiance qui est l'un des fondements de la notion de garantie publique et qui retiendra particulièrement l'attention et d'autre part, par l'administration et la gestion des fonds qui lui sont confiés. Concernant l'administration et la gestion des fonds, l'article L. 518-2 du Code monétaire et financier définit la Caisse des dépôts et consignations et énumère ses missions. Ainsi, l'alinéa premier de cet article dispose que « *la Caisse des dépôts et consignations et ses filiales constituent un groupe public au service de l'intérêt général et du développement économique du pays. Ce groupe remplit des missions d'intérêt général en appui des politiques conduites par l'Etat et les collectivités territoriales et peut exercer des activités concurrentielles* » mais ce sont les alinéas suivants qui détaillent les compétences propres de la Caisse des dépôts et consignations qui sont l'administration et la gestion des fonds et la participation au développement économique. En effet, l'alinéa second de l'article L. 518-2 du Code monétaire et financier énonce que « *la Caisse des dépôts et consignations est un établissement spécial*

[1496] De manière spécifique, sur le contrôle et la surveillance des finances des collectivités locales, v. notamment H.-M. CRUCIS, « L'Etat garant financier des collectivités locales », *in La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004, p. 106 et s. où l'auteur rappelle que « *depuis toujours placées sous surveillance, les finances des collectivités locales le sont encore à l'heure de l'accélération de l'autonomie financière* » pour ensuite présenter trois contrôleurs étatiques que sont : le préfet, le comptable et les chambres régionales des comptes.

chargé d'administrer les dépôts et consignations, d'assurer les services relatifs aux caisses ou aux fonds dont la gestion lui a été confiée et d'exercer les autres attributions de même nature qui lui sont légalement déléguées. Elle est chargée de la protection de l'épargne populaire, du financement du logement social et de la gestion d'organismes de retraite (...) »[1497]. Le rôle de la Caisse des dépôts et consignations en matière de développement économique est confirmé par la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui dispose que « *La Caisse des Dépôts est un investisseur de long terme et contribue, dans le respect de ses intérêts patrimoniaux, au développement des entreprises* ».

La Banque de France joue également un rôle en matière de contrôle des garanties publiques en examinant le fonds de garantie des dépôts grâce à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, autorité administrative indépendante même si elle intégrée au sein de la Banque de France.

La Cour des comptes, elle, se présente comme une véritable « tour de contrôle » en matière de garanties publiques en ce sens qu'elle effectue un contrôle des garanties accordées par les personnes publiques, notamment pour les recenser et donner des recommandations aux personnes publiques qui les octroient.

De plus, les agences de notation viennent compléter le rôle joué par la Cour des comptes en matière de garanties publiques. En effet, les agences de notation limitent dans certaines circonstances l'élément de confiance inhérent aux garanties publiques en ce sens qu'elles apprécient les personnes publiques par rapport à leur capacité à rembourser leurs dettes. Cette appréciation constitue en quelque sorte un contrôle et lorsque la note attribuée à la personne publique diminue ou n'est pas optimale, la confiance des créanciers dans les garanties accordées par la personne publique notée n'est pas totale également.

Ainsi, les institutions publiques financières s'assurent de la bonne application du régime des garanties publiques tout en y participant comme c'est le cas pour la Caisse des

---

[1497] Ces missions de la Caisse des dépôts et consignations découlent des alinéas 2 et 3 de la l'article 143 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ainsi que l'alinéa 2 de l'article 110 de la loi du 28 avril 1816 sur les finances qui disposait que « *les dépôts, les consignations, les services relatifs à la Légion d'honneur, à la Compagnie des canaux, aux fonds de retraite, et les autres attributions (l'amortissement excepté) confiées à la caisse actuellement existante, seront administrés par un établissement spécial sous le nom de Caisse des dépôts et consignations* » et l'article 1er de l'ordonnance du 3 juillet 1816 relative aux attributions de la Caisse des dépôts et consignations codifié à l'article L. 518-17 du Code monétaire et financier qui précise bien que « *la Caisse des dépôts et consignations est chargée de recevoir les*

dépôts et des consignations (SECTION 1) et veillent au respect des règles applicables aux garanties publiques tout en régulant d'une certaine manière les garanties publiques (SECTION 2).

SECTION 1 : L'application du régime des garanties publiques et les institutions publiques financières

Le régime des garanties publiques est appliqué par deux principales institutions publiques financières que sont la Caisse des dépôts et des consignations et la Banque de France. La Caisse des dépôts et consignations tient dans un de ses fondements la notion de garantie publique et en est en quelque sorte la gardienne. La Banque de France, quant à elle, joue un rôle dans la supervision des garanties publiques, notamment pour le fonds de garantie des dépôts et de résolution sous le contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution. Ainsi, à deux niveaux différents, la Caisse des dépôts et consignations (§1) et la Banque de France (§2) jouent un rôle important en matière de garanties publiques.

§ 1. L'impact du fondement de la foi publique de la Caisse des dépôts et consignations à l'égard du régime des garanties publiques

La Caisse des dépôts et consignations s'est construite sur le fondement de la foi publique et s'est vue conférer des missions d'administration et de gestion des fonds ainsi que des missions en faveur du développement économique. En d'autres termes, la Caisse des dépôts et consignations en prenant son fondement dans la foi publique joue un rôle important en matière de garanties publiques. En effet, le fondement dans la foi publique de la Caisse des dépôts et consignations présente deux principales conséquences qui sont de tendre vers la

---

consignations de toute nature, en numéraire ou en valeurs mobilières, prévues par une disposition législative ou réglementaire ou ordonnées soit par une décision de justice soit par une décision administrative ».

transparence (I) et la probité (II) éclairant ainsi la singularité du régime des garanties publiques.

I. Le principe de transparence de la Caisse des dépôts et consignations et les garanties publiques

Le principe de transparence[1498] s'est progressivement développé dans les institutions publiques mais une des premières à l'avoir mis en place et développé est certainement la Caisse des dépôts et consignations (A), principe qui s'est également étendu au régime des garanties publiques (B).

A. Le développement du principe de la transparence par la Caisse des dépôts et consignations

La Caisse des dépôts et des consignations a été créée par la première loi de finances du 28 avril 1816. Cet établissement spécial est apparu afin de rétablir la confiance des citoyens dans le crédit de l'Etat. Ainsi, la Caisse des dépôts est chargée d'assurer la mission de dépositaire de confiance de fonds privés. L'apparition de cet établissement renvoie à l'étymologie de la notion de garantie en ce sens que la Caisse des dépôts et des consignations se réfère expressément à la Fides publica, la foi publique ou confiance publique, qui assurait une protection à toutes les activités économiques et politiques du peuple romain.

La fides publica ou foi publique se présente donc comme le fil directeur de la Caisse des dépôts et consignations et englobe comme valeur la transparence[1499]. En effet, l'article 114 de

[1498] Sur le principe de transparence en matière de garanties publiques, v. notamment H.-M. CRUCIS, « L'Etat garant financier des collectivités locales », *in La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004, p. 106 et s. où l'auteur explique que « *libellées par le terme moderne de 'transparence', les interventions de l'Etat sont nombreuses qui étendent l'information financière dans le but d'améliorer la sécurité de la gestion locale, tout autant que favoriser la démocratie locale* ».

[1499] V. notamment J.-F. BOUDET, *La Caisse des dépôts et consignations – Histoire, statut, fonction*, préf. L. SAIDJ, *L'Harmattan*, Paris, 2005, p. 35 et s.

la loi du 28 avril 1816 sur les finances, codifié à l'article L. 518-10 du Code monétaire et financier, dispose que « *le rapport de la commission de surveillance sur la direction morale et sur la situation matérielle de l'établissement au cours de l'année expirée est adressé au Parlement avant la fin de la session ordinaire* » et précise dans son second alinéa que « *ce rapport comprend notamment, pour l'année considérée, les procès verbaux des séances de la commission, auxquels sont annexés les avis, les motions ou résolutions qu'elle a votés, ainsi que le tableau des ressources et des emplois prévisionnels de la section générale et des sections d'épargne qui est présenté à la commission au cours du premier trimestre* ». En d'autres termes, la Caisse des dépôts et consignations adresse tous les ans un rapport de sa Commission de surveillance au Parlement et publie tous les trois mois ses comptes. Cette transparence de la Caisse des dépôts et consignations s'est progressivement étendue à la Cour des comptes avec la loi du 21 avril 1832 où l'article 15 énonçait que le rapport de la Cour des comptes devait être distribué aux Chambres. Les entreprises publiques se doivent également de tenir informer le Parlement de leurs activités conformément à l'article 164 IV de l'ordonnance n°58-1374 du 30 décembre 1958 prise en application des articles 34 et 92 de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour la Banque de France, l'article L. 143-1 du Code monétaire et financier énonce à son premier alinéa que « *le gouverneur de la Banque de France adresse au Président de la République et au Parlement, au moins une fois par an, un rapport sur les opérations de la Banque de France, la politique monétaire qu'elle met en œuvre dans le cadre du Système européen de banques centrales et les perspectives de celle-ci* » et ajoute à son troisième alinéa que « *les comptes de la Banque de France, ainsi que le rapport des commissaires aux comptes, sont transmis aux commissions des finances de l'Assemblée nationale et du Sénat* ». Cette obligation de transparence pour la Banque de France date seulement de 1993 lorsqu'elle devient indépendante.

B. L'application du principe de transparence au régime des garanties publiques

La transparence se présente également pour les garanties publiques. En effet, le recensement des engagements hors bilan de la France, malgré quelques insuffisances relevées par la Cour des comptes, démontre que la France est un Etat où la transparence comptable et

financière en la matière est l'une des plus avancée[1500]. Cette obligation de transparence pour les engagements hors bilan s'est imposée progressivement. Ainsi, au niveau budgétaire, l'octroi des garanties d'emprunt était régi par la loi n°46-2914 du 23 décembre 1946 qui posait l'obligation que la garantie de l'Etat pouvait être accordée pour les opérations de crédit à court, moyen ou long terme que sur le fondement d'une loi. Cet encadrement s'est assoupli notamment par la possibilité offerte au pouvoir réglementaire d'octroyer des garanties en recourant à des régimes-cadres. Au niveau comptable, l'administration n'était pas dans l'obligation de tenir une comptabilité des engagements hors bilan de l'Etat en ce sens que le décret du 29 décembre 1962 portant règlement général de la comptabilité publique estimait que ces engagements hors bilan ne rentrait pas dans la catégorie d' « *opération financière et comptable* ». Les engagements hors bilan de l'Etat même s'ils ne faisaient pas l'objet d'une comptabilité de la part de l'Etat risquaient d'engager l'équilibre financier d'où l'existence de mécanismes en prévision de ses déséquilibres. Néanmoins, ces outils de l'administration présentaient des limites avec la confusion par l'administration des engagements hors bilan et des garanties en ce sens que les engagements hors bilan qui ne correspondaient pas à des garanties n'étaient pas pris en compte dans le suivi, l'absence presque totale de distinction entre les garanties directes, les garanties à première demande et les garanties indirectes ce qui avait pour conséquence de ne pas prendre en compte les différents degrés de survenance des risques financiers pour l'Etat et la politique de l'administration de suivre uniquement les garanties où le risque d'appel étaient le plus élevé ce qui n'était pas forcément le plus stratégique en ce sens que les garanties non comptabilisées à risque moins élevé si elles étaient appelées pouvaient représenter dans le budget de l'Etat des conséquences plus lourdes que celles qui étaient comptabilisées.

Face à ces limites sur la transparence des engagements hors bilan et donc des garanties et après les affaires du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs, l'article 83 de la loi de finances n°94-1162 pour 1995 du 29 décembre 1994 disposait qu' « *en annexe au projet de loi de finances initiale, le Gouvernement dépose un rapport décrivant, en en rappelant le fondement juridique, chacune des opérations de crédit à court, moyen ou long terme ou des opérations financières bénéficiant de la garantie de l'Etat* » et précisait que « *ce rapport retrace, pour les deux derniers exercices connus et l'exercice en cours, les dépenses engagées*

[1500] V. Cour des comptes, *Le recensement et la comptabilisation des engagements hors bilan de l'Etat*, Communication à la Commission des finances du Sénat – Article 58-2° de la loi organique du 1er août 2001 relative aux lois de finances, 30 mai 2013, p. 20 et s.

au titre de chacune de ces garanties ». Néanmoins, cette disposition est critiquée par la Cour des comptes du fait qu'elle ne se concentre que sur les nouvelles garanties et ne revient pas sur l'ensemble des garanties déjà accordées par l'Etat. C'est l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances du 1er août 2001[1501] qui va concrétiser l'obligation de transparence pour les garanties publiques en conditionnant toute nouvelle garantie à une autorisation expresse du législateur financier ce qui permet de consolider la connaissance par le Parlement des engagements hors bilan ainsi que la place des ministères financiers dans l'attribution des garanties et leur suivi. Ainsi, la loi organique relative aux lois de finances dispose à son article 27 que « *l'Etat tient une comptabilité des recettes et des dépenses budgétaires et une comptabilité générale de l'ensemble de ses opérations* » tout en précisant bien dans son troisième alinéa que « *les comptes de l'Etat doivent être réguliers, sincères et donner une image fidèle de son patrimoine et de sa situation financière* ». La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008[1502] a introduit ces obligations en introduisant à l'article 47-2 que « *les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères* » et qu' « *ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière* ». De plus, conformément au 5° de l'article 58 de la loi organique relative aux lois de finances, c'est à la Cour des comptes que revient la mission d'attester « *la régularité, la sincérité et la fidélité des comptes de l'Etat* ».

Pour la Caisse des dépôts et consignations, la loi de 1816 prévoit également que la Commission de surveillance exerce un contrôle « *permanent, fidèle et prudent* ». La Caisse des dépôts et consignations se présente certainement comme la pierre angulaire de l'obligation de transparence. Néanmoins, une culture du secret[1503] s'est également développée en ce sens que la Caisse des dépôts et consignations ne rend pas public certaines informations qui risquent de diminuer la confiance comme c'est le cas des rapports de service de l'audit interne qui sont uniquement communiquées aux autorités habilitées à les connaître. Cette politique n'est pas admise dans toutes les institutions. En effet, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 23 décembre 1988, *Banque de France c./ Huberschwiller*[1504], considère que pour se

---

[1501] Loi organique n°2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, modifiée par la loi organique n°2005-779 du 12 juill. 2005, puis par les lois organiques n°2009-403 du 15 avril 2009 et n°2012-1403 du 17 déc. 2012.

[1502] Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Vème République.

[1503] Sur la conciliation entre la transparence et le secret, v. notamment J.-M. BELORGEY, « L'Etat entre transparence et secret », *Pouvoirs*, n°97, 2001, p. 25 et s.

[1504] CE, 23 déc. 1988, *Banque de France c./ Huberschwiller*, req. n°95310.

prononcer sur la communication ou non des rapports de la Banque de France à ses adminsitrés et ainsi pouvoir vérifier la légalité du refus de la Banque de France de communiquer ses rapports aux administrés, ces rapports devaient être transmis à la juridiction sauf dans l'hypothèse où ces documents sont protégés par un secret garanti par la loi. La foi publique, fondement de la Caisse des dépôts et consignations, amène la transparence, qui se concilie d'une certaine manière avec une politique du secret, et « *doit être, selon les mots de François BLOCH-LAINE, un 'agent de confiance'* »[1505]. La confiance, fondement de la Caisse des dépôts et consignations et élément inhérent aux garanties publiques, conduit à la transparence mais également à la régularité.

II. Le principe de probité de la Caisse des dépôts et consignations et les garanties publiques

L'autre source de la foi publique de la Caisse des dépôts et consignations tient certainement dans le principe de probité qui s'applique de manière indirecte au régime des garanties publiques lorsqu'est recherchée la responsabilité des comptables publics (A) et des ordonnateurs publics[1506] (B).

A. L'application du principe de probité aux comptables publics

De manière classique, la probité peut se définir comme « *la vertu qui consiste à observer scrupuleusement les règles de la morale sociale, les devoirs imposés par l'honnêteté et la justice* »[1507]. Cette vertu renvoie à la foi publique telle que comprise par les philosophes des Lumières comme BOUCHER D'ARGIS qui la définit en ce sens qu' « *elle est la créance que la loi accorde à certaines personnes pour ce qui est de leur ministère : tels sont les juges,*

[1505] J.-F. BOUDET, *op. cit.*, p. 35 et s.
[1506] Sur la distinction entre comptable public et ordonnateur public, v. notamment J. PRADA, « Faut-il opposer contrôle privé / contrôle public ? », *RFFP* 1993, n°43, p. 81 et s. où l'auteur met en avant que c'est la mise en œuvre du principe de séparation du comptable et de l'ordonnateur public qui permet de confirmer l'originalité du contrôle public par rapport au contrôle privé.

greffiers, notaires, huissiers et sergents ; ces officiers ont chacun la Foi publique en ce qui les concerne, c'est-à-dire que l'on ajoute Foi, tant en jugement que hors, aux actes qui sont émanés d'eux en leur qualité, et à tout ce qui est rapporté comme étant de leur fait ou s'étant passé sous leurs yeux ». Dans son arrêt du 15 octobre 1969[1508], le Conseil d'Etat a confirmé que les officiers publics lorsqu'ils accomplissent leur mission ne doivent pas faire prévaloir leur intérêt personnel au détriment de celui de la personne publique qu'il représente. Le Code des juridictions financières instaure la Cour de discipline budgétaire et financière aux articles L. 311-1 et suivants confirmant la nécessité d'assurer la probité des agents publics. En effet, cette Cour est compétente pour prendre des sanctions pécuniaires contre les agents publics ayant commis des fautes de gestion. Ainsi, le principe de probité se présente comme une source de la foi publique.

Ainsi, le principe de probité se manifeste aussi pour les garanties publiques au niveau de la responsabilité des acteurs présents lors de l'octroi des garanties publiques, notamment l'ordonnateur et le comptable publics. En effet, « *sanctionnant les obligations attachées aux différentes fonctions du comptable public, la responsabilité personnelle et pécuniaire oblige celui-ci à 'gérer avec probité et fidélité' les deniers publics et 'à se conformer exactement aux lois et règlements qui ont pour objet d'assurer l'inviolabilité des deniers publics et leur application régulière aux dépenses'* »[1509]. Ainsi, la responsabilité du comptable public témoigne de son indépendance par rapport à l'ordonnateur[1510]. Contrairement à l'ordonnateur, le comptable public ne répond pas aux règles de la responsabilité de droit privé ni de celles du statut général des fonctionnaires et reste indépendant par rapport à la responsabilité civile ou pénale des juridictions judiciaires ou encore par rapport à la responsabilité administrative des juridictions administratives ou de la Cour de discipline budgétaire et financière. En effet, inversement à la responsabilité des ordonnateurs, celle des comptables publics ne prend pas son origine d'une création du législateur mais d'une « *tradition progressive* »[1511]. Néanmoins, la responsabilité du comptable public existe et est effective en ce sens que l'article 60- VI, VII et VIII de la loi de finances n°63-156 pour 1963 du 23 février 1963 et les articles de 1 à 4 du

---

[1507] A. REY, J. REY-DEBOVE et P. ROBERT, *Le Petit Robert de la langue française*, éd. 2015, Paris, p. 2029.
[1508] CE, 15 oct. 1969, *Préfet de police c./ Sieur Schweitzer*, Rec. p. 433.
[1509] F. AKHOUNE, *Le statut du comptable en droit public financier*, préf. M. BOUVIER, *LGDJ*, Paris, 2008, p. 332.
[1510] Sur la distinction entre le comptable public et l'ordonnateur public, v. notamment G. DEVAUX, *La comptabilité publique : Tome 1er Les Principes*, *PUF*, Paris, 1957, p. 48 où l'auteur explique que « *l'ordonnateur prépare l'exécution des recettes et des dépenses jusqu'au moment où il donne l'ordre de recevoir ou de payer. Le comptable intervient à partir du moment où cet ordre a été donné. (...) Il serait naturel de prévoir que l'ordonnateur a mission de passer des contrats et que le comptable a mission de les exécuter* ».
[1511] G. DEVAUX, *op. cit.*, p. 81.

décret du 29 décembre 1964 relatif à la constatation et à l'apurement des débets des comptables publics et assimilés prévoient que lorsque la responsabilité pécuniaire du comptable public est mise en jeu, le comptable public a l'obligation de verser immédiatement les sommes dues. Cette responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics a été rappelée dans l'article 17 du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique[1512] qui énonce que « *les comptables publics sont personnellement et pécuniairement responsables des actes et contrôles qui leur incombent en application des dispositions des articles 18, 19 et 20, dans les conditions fixées par l'article 60 de la loi du 23 février 1963* ». Comme le remarquait G. DEVAUX, « *le principe est simple : toutes les fois qu'un comptable effectue une opération irrégulière, soit qu'elle lui ait été ordonnée par une autre personne, soit qu'il l'exécute de sa propre initiative, il doit rembourser le montant de la somme que la collectivité a perdue du fait de cette irrégularité. Pour la collectivité, tout doit se passer comme si l'opération n'avait pas eu lieu* »[1513].

B. L'application du principe de probité aux ordonnateurs publics

Pour les ordonnateurs publics[1514], le législateur joue un rôle important, notamment lors de la rédaction de la loi n°95-1251 du 28 novembre 1995 relative à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs. En effet, l'article 21 de cette loi du 28 novembre 1995 créé l'article L. 313-7-1 du Code des juridictions financières qui dispose que « *toute personne visée à l'article L. 312-1 chargée de responsabilité au sein de l'un des organismes mentionnés aux articles L. 133-1 et L. 133-2 qui, dans l'exercice de ses fonctions, aura causé un préjudice grave à cet organisme, par des agissements manifestement incompatibles avec les intérêts de celui-ci, par des carences graves dans les contrôles qui lui incombaient ou par des omissions ou négligences répétées dans son rôle de direction sera passible de l'amende prévue à l'article L. 313-1* ». Cet article

---

[1512] Décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, JORF n°0262 du 10 nov. 2012, p. 17713.
[1513] G. DEVAUX, *op. cit.*, p. 81.
[1514] Sur la responsabilité des ordonnateurs, v. notamment Ch. DESCHEEMAEKER, « La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales », *RFFP* 1993, n°43, p. 49 et s. où l'auteur rappelle que « *la responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales est d'abord perçue comme une responsabilité politique : l'élu local se sait et se sent responsable devant ses électeurs* ».

confirme la jurisprudence de la Cour de discipline budgétaire et financière qui avait elle-même était confirmée par le Conseil d'Etat comme en témoigne l'arrêt du 9 décembre 1977, *De Grailly*[1515] où les juges de la Haute juridiction administrative considéraient que la Cour de discipline budgétaire et financière « *a pu légalement décider qu'en ignorant ainsi certains des aspects fondamentaux de la situation financière de la société et en n'assurant pas assez complètement la direction générale de celle-ci, le Sieur De X avait méconnu ses attributions, telles que celles-ci résultaient notamment de l'article 113 de la loi du 24 juillet 1966* ». La référence aux dispositions relatives aux sociétés commerciales ne permet toutefois pas de banaliser le régime des garanties publiques en ce sens que la Cour de discipline budgétaire et financières connaît un succès modéré[1516]malgré la réforme de juin 2005.

Sur l'évolution de la Cour de discipline budgétaire et financière, le Premier président de la Cour des comptes remarquait en mars 2006 que « *grâce à la réforme de juin dernier, la CDBF se trouve aujourd'hui en mesure de traiter dans de bonnes conditions les affaires portées devant elle. Mais notre ambition doit aller au-delà. En effet, le contexte général de la gestion publique évolue, et c'est heureux puisqu'il s'agit d'y introduire davantage de souplesse en vue d'une meilleure performance globale des services publics au service des citoyens, mais aussi d'y accroître la transparence en matière financière et de mesure de la performance. Or la CDBF peut et doit jouer un rôle important dans les évolutions en cours* »[1517]. Ainsi, le principe de probité éclaire le régime des garanties publiques en ce sens que la responsabilité des comptables et ordonnateurs publics peut être recherchée lorsqu'ils ont fait une faute de gestion ou encore lorsque leur contrôle a fait défaut lors de l'octroi d'une garantie publique. La foi publique tient donc également dans la régularité des décisions prises par les personnes publiques lorsqu'elles accordent des garanties d'où l'intérêt de cette source de la confiance publique de la Caisse des dépôts et consignations qu'est la probité pour confirmer la singularité institutionnelle du régime des garanties publiques qui se manifeste également lors du contrôle du fonds de garantie des dépôts par l'autorité de contrôle prudentiel qui dépend de la Banque de France.

[1515] CE, 9 déc. 1977, *De Grailly*, Rec. p. 493.
[1516] V. en ce sens S. THEBAULT, *L'ordonnateur en droit public financier*, préf. M. BOUVIER, *LGDJ*, Paris, 2007, pp. 295-296 où l'auteur relève qu'« *il semble juste d'affirmer que ce n'est pas le manque d'intérêt de la Cour qui doit être mis en cause, mais que son faible dynamisme relève plus d'un défaut d'efficacité et traduit surtout l'inadaptation de cette juridiction face aux attentes que l'on pourrait placer en elle* ».
[1517] *Discours du président de la Cour de discipline budgétaire et financière*, Réception CDBF, 10 mars 2006.

§ 2. L'impact du développement de la réglementation financière à l'égard des garanties publiques

La réglementation financière connaît une distinction parfois difficile avec la régulation. Ainsi, le rôle du Parlement en matière financière connaît des transformations afin de prendre en compte l'évolution de la société (I) ayant pour conséquence une importance renforcée de la régulation financière qui est confirmée par les objectifs dévolus à l'Autorité des marchés financiers et à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (II).

I. La mutation du rôle du Parlement en matière de réglementation financière

Le Parlement se présente comme un acteur central pour la réglementation du secteur financier privé comme public. Néanmoins, son rôle évolue, notamment depuis la crise du début du XXIème siècle, en cherchant à ce que la prise de risque soit mieux prise en compte par les acteurs économiques (A), celle-ci étant inévitable, et également trouver un équilibre entre une nouvelles régulation et la conservation d'une protection des épargnants (B).

A. La recherche d'une meilleure prise en compte du risque par le Parlement

La réglementation financière connaît un développement important, notamment au niveau économique et plus spécifiquement financier, qui s'est renforcé depuis la crise qui a débuté en 2007. Les garanties publiques entrent dans le champ d'application de la réglementation financière qui se complexifie par la multiplication des mécanismes financiers de réglementation et par la difficile distinction entre les mécanismes de régulation et de réglementation. Ainsi, de nombreuses règles ont été créées afin de prendre en compte les évolutions de la société, notamment celles adoptées par le Comité de Bâle. En effet, le début

du XXIème siècle est marqué par un développement de la réglementation financière et un essor de nouvelles règles afin de faire face à l'instabilité et l'insécurité qui ont progressivement émergée dans le secteur financier et qui représentent certainement un des facteurs de la crise économique et financière que connaît ce début de siècle. Ainsi, le comité de Bâle a adopté le 26 juin 2004 un nouveau dispositif d'adéquation des fonds propres remplaçant alors le ratio de solvabilité, nommé « ratio Cooke », qui avait été introduit en 1988. Cet accord de Bâle II est entré en vigueur le 31 décembre 2006 et a été transposé en droit de l'Union européenne par deux directives du 14 juin 2006 : la directive 2006/48 du Parlement et du Conseil concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice[1518] et la directive 2006/49 du Parlement et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit[1519]. Cet accord de Bâle II permet de couvrir plus étroitement les risques bancaires. Suite à la crise économique et financière, le Comité de Bâle a alors adopté « Bâle III » qui vient complèter les modifications de « Bâle II » de juillet 2009 relatives au risque de marché en introduisant entre autres une nouvelle mesure de risque IRC. La réforme de « Bâle III » crée, ainsi, deux ratios de liquidités afin d'améliorier la gestion du risque de liquidité qui sont le ratio de liquité à un mois « Liquidity coverage ratio » et le ratio de liquidité à un an « Net stable funding ratio ». Se fondant sur cette réforme de Bâle III, l'Union européenne a adopté « *des règlementations plus contraignantes afin d'encadrer les pratiques des banques et de renforcer leur solidité face aux crises* »[1520].

Ce renouveau en matière de réglementation financière concerne les personnes morales de droit privé qui exercent des activités bancaires et financières et non les personnes publiques qui accordent des garanties par exemple. Cependant, ces nouvelles règles liées en partie à la réalité d'une crise financière et économique aiguë sont prises par les législateurs qui tentent de réguler les activités financières afin d'éviter une intervention de l'Etat qui représenterait un coût sur l'ensemble des contribuables même si dans le cas de garanties accordées par un Etat, celui-ci est bien souvent rémunéré en contrepartie. Ce constat explique l'analyse qui rappelle que « *dans tous les pays industrialisés, en particulier ceux où l'on*

[1518] Directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice, *JOUE* L 177/1, 30.6.2006.
[1519] Directive 2006/49/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, *JOUE* L 177/201, 30.6.2006.
[1520] Sénat, « Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière », Rapport n°7 (2014-2015) de Monsieur R. YUNG, fait au nome de la commission des finances, déposé le 9 oct. 2014.

croyait avoir trouvé l'heureux compromis d'une réglementation proportionnée, facteur de croissance économique et susceptible de prévenir les abus, les autorités publiques ont ainsi soudainement pris conscience des excès de la financiarisation et des limites des pouvoirs des régulateurs »[1521] et en déduit alors qu' « *on a ainsi 'découvert' l'importance des volumes traités sur les marchés de gré à gré, la sophistication des produits structurés, la méconnaissance des risques réels par les professionnels eux-mêmes, l'intensité de l'interdépendance entre des segments de marché que l'on croyait cantonnés* »[1522]. Ainsi, la réglementation tente de trouver un nouvel équilibre afin d'assurer une meilleure régulation financière tout en continuant de protéger au mieux l'ensemble des épargnants.

B. La recherche d'un équilibre entre régulation financière et protection des épargnants par le Parlement

Le Parlement contribue largement à établir un encadrement aux activités bancaires et financières et tentent de faire face aux dérives éventuelles des mécanismes financiers. En effet, la crise du début du XXIème siècle a laissé percevoir que la prise de risque par les personnes pouvait ne pas forcément avoir des conséquences négatives. Les personnes publiques connaissent une meilleure appréhension du risque ce qui explique que certains Etats comme la France aient été mis en avant dans leurs interventions, dont les garanties font parties intégrantes. Confirmant l'expression que « *les cordonniers sont toujours les plus mal chaussés* », cette meilleure prise de risque de la part des personnes publiques s'explique certainement parce qu'elles n'agissent pas directement pour elles-mêmes mais au nom d'une personne publique qui agit pour l'intérêt général et non un intérêt social. La peur du risque au niveau des autres personnes tient dans la notion même du risque qui est imprégnée d'une connotation négative même si le risque peut s'il est bien pris rapporter des gains importants à celui qui l'a pris. Cette peur a laissé se développer des mécanismes peu viables qui lorsqu'ils ont faillis ont crée des désordres économiques et financiers désastreux au niveau micro-économique mais également macro-économique. Ces mécanismes peu viables sont « *les dérivés du crédit (credit default swaps – CDS, collateral debt obligations – CDO ...) (qui)*

[1521] Ch. WALINE et F.-R. BENOIS, « Le Parlement et la crise financière », *RJEP* n°662, mars 2009, étude 4.

initialement présentés par leurs promoteurs comme des outils de mutualisation et donc d'atténuation du risque de crédit, ils ont en réalité contribué à le propager tel un virus, jusqu'aux produits destinés aux épargnants profanes »[1523] d'où la nécessité pour les législateurs de trouver un équilibre permettant une meilleure régulation tout en protégeant les épargnants.

Ainsi, la crise du début du XXIème siècle a accéléré cette recherche d'équilibre ce qui a poussé l'Union européenne « *à développer un cadre pour organiser la gestion des crises bancaires de manière à éviter que le contribuable ne soit mis à contribution : c'est la 'résolution' ordonnée d'une banque* »[1524] ce qu'elle a réalisé par la directive 2014/59/UE établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement[1525]. Cette directive de l'Union européenne du 15 mai 2014 explique dans son point 2 que « *pour éviter une défaillance ayant des conséquences sur l'ensemble de l'économie, une telle crise nécessite des mesures visant à assurer l'accès au financement, dans des conditions équivalentes, pour tous les établissements de crédit qui sont par ailleurs solvables* » et que « *ces mesures incluent un soutien apporté par les banques centrales et des garantie fournies par les Etats membres pour les titres émis par des établissements de crédit solvables* ». L'objectif de ces nouvelles mesures de la directive du 15 mai 2014 est double. D'une part, comme le texte le précise dans son point 5, il doit être institué « *un régime qui fournisse aux autorités un ensemble crédible d'instruments leur permettant d'intervenir suffisamment tôt et suffisamment rapidement dans un établissement peu solide ou défaillant, de manière à assurer la continuité de ses fonctions financières et économiques critiques, tout en limitant le plus possible l'impact de sa défaillance sur l'économie et le système financier* » ce qui signifie que le risque doit être mieux évalué par l'ensemble des acteurs économiques afin d'éviter des défaillances aux conséquences pouvant être désastreuses pour l'ensemble de l'économie. D'autre part, le second objectif des nouveaux instruments et nouvelles règles mis en place suite au déclenchement de la crise du début du XXIème siècle se manifeste au niveau du risque où celui-ci ne doit plus être

---

[1522] Ch. WALINE et F.-R. BENOIS, *op. cit*., étude 4.
[1523] Ch. WALINE et F.-R. BENOIS, *op. cit*., étude 4.
[1524] Sénat, *op. cit*., Rapport n°7 (2014-2015) de Monsieur R. YUNG, fait au nome de la commission des finances, déposé le 9 oct. 2014.
[1525] Directive 2014/59/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 établissant un cadre pour le redressement et la résolution des établissements de crédit et des entreprises d'investissement et modifiant la directive 82/891/CEE du Conseil ainsi que les directives du Parlement européen et du Conseil 2001/24/CE, 2002/25/CE, 2005/56/CE, 2007/36/CE, 2011/35/UE, 2012/30/UE et 2013/36/UE et les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n°1093/2010 et (UE) n°648/2012, L 173/190, 12.6.2014.

dissimulé derrière des mécanismes financiers mais être admis et véritablement pris par l'ensemble des acteurs économiques et pas seulement par les personnes publiques afin d'améliorer la gestion du risque tout en évitant des risques systémiques touchant même les petits épargnants. Ainsi, au niveau de l'Union européenne, a été mis en place une Union bancaire, renforcée le 21 octobre 2015 par la Commission européenne[1526] dans l'optique d'associer stabilité avec équité et responsabilité démocratique au sein de cette Union. L'Union économique et monétaire européenne instaure un système financier stable afin de résister aux fluctuations économiques. Ainsi, afin de permettre la mise en œuvre de règles prudentielles plus strictes à l'égard des banques, d'une meilleure protection des déposants et une amélioration des règles pour gérer les banques défaillantes, l'Union européenne a établi pour les banques un Mécanisme de surveillance unique[1527] et un Mécanisme de résolution unique[1528]. En France, deux autorités contribuent à une meilleure prise en compte du risque et à une régulation des activités bancaires et financières : l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

II. Les conséquences de la mutation du rôle du Parlement en matière de réglementation financière

Le rôle du législateur, autant européen qu'interne, se modifie avec les évolutions de la société, notamment lorsque celle-ci traverse une crise économique et financière. Les

---

[1526] V. Commission européenne, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Central Bank, On steps towards Completing Economic and Monetary Union*, 21.10.2015, COM (2015) 600 final.

[1527] V. Règlement (UE) n°1024/2013 du Conseil du 15 octobre 2013 confiant à la Banque centrale européenne des mlssions spécifiques ayant trait aux politiques en matière de surveilllance prudentielle des établissements de crédit ; Règlement (UE) n°1022/2013 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 modifiant le règlement (UE) n°1093/2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire eurpéenne) en ce qui concerne des missions spécifiques confiées à la Banque centrale européenne en application du règlement (UE) n°1024/2013 ; V. également sur ce Mécanisme de surveillance unique, Cour des comptes européenne, « La surveillance bancaire européenne prend forme – L'ABE évolue dans un contexte mouvant », Rapport spécial, 2014, n°05.

[1528] V. Règlement (UE) n°806/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2014 établissant des règles et une procédure uniformes pour la résoution des établissements de crédit et de certaines entreprises d'investissement dans le cadre d'un mécanisme de résolution unique et d'un Fonds de résolution bancaire unique, et modifiant le règlement (UE) n°1093/2010.

conséquences de cette transformation des missions affectées au législateur s'illustrent, en France, au niveau de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (A) ainsi qu'au niveau de l'Autorité des marchés financiers (B).

A. Le contrôle par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution du respect des obligations envers les acteurs économiques

La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a autorisé le gouvernement à établir un rapprochement entre les autorités d'agrément et de contrôle des secteurs de la banque et de l'assurance en les redéfinissant afin d'assurer une stabilité financière. Ainsi, l'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance crée l'Autorité de contrôle prudentiel[1529] et son article premier énonce le nouvel article L.612-1-I du Code monétaire et financier qui dispose que « *l'Autorité de contrôle prudentiel, autorité administrative indépendante, veille à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle* ». Le décret n°2010-217 du 3 mars 2010 pris pour l'application de l'ordonnance n°2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance apporte des précisions sur l'organisation, l'exercice du contrôle ainsi que les procédures de l'Autorité de contrôle prudentiel qui devient l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution avec la loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires où est également confié à cette autorité l'élaboration et l'application des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires. Ainsi, comme le souligne le

[1529] Sur l'autorité de contrôle prudentiel, v. Cour des comptes, « Les modalités de mise en place de l'autorité de contrôle prudentiel », *Communication à la Commission des finances, de l'économie générae et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale*, oct. 2011, p. 16 où la Cour des comptes, après avoir présenté sur les objectifs de l'ACP qui sont « *veiller à la préservation de la stabilité du système financier ; protéger les clients et contrôler les pratiques commerciales ; renforcer l'influence de la France sur la scène internationale et européenne* », rappelle qu' « *adossée à la Banque de France, et regroupant près de 1000 agents, l'ACP est dotée d'un statut d'autorité administrative indépendante. Elle est financée par une contribution prélevée sur les organismes assujettis à son contrôle* ».

Professeur H. SYNVET, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution « *contrôle les moyens mis en place par les professionnels pour se conformer à leurs obligations* »[1530].

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution se présente comme une solution face à la crise qui a débuté en 2007. En effet, la Cour des comptes relève que « *la mise en place, en mars 2010, de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP), en raison de la crise financière et bancaire survenue à partir de 2007/2008, visant à constituer une réponse à l'un des constats partagés au plan international sur la nécessité d'améliorer la régulation du secteur financier en l'orientant davantage vers le contrôle des risques dont s'est nourrie la crise* »[1531]. La régulation des risques et le contrôle par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution du respect des obligations posées à l'égard des acteurs économiques ne convainquent pas la Cour des comptes lors de son rapport de 2011 sur l'Autorité de contrôle prudentiel. En d'autres termes, cette autorité administrative indépendante vient consolider la volonté de l'Etat français d'assurer une stabilité financière et prévenir, si ce n'est les éviter, les éventuelles crises économiques et financières. Cette autorité, surtout si elle met en œuvre les recommandations de la Cour des comptes dans son rapport de 2011, présente l'intérêt qu'elle permet de contrôler le bon respect de la réglementation en matière financière et donc d'améliorer la gestion du risque ce qui tend à rassurer les acteurs économiques autres que les personnes publiques que prendre des risques n'est pas nécessairement dangereux. Cette dernière mission connaît la collaboration de l'Autorité des marchés financiers afin d'assurer une meilleure protection des investisseurs.

B. La supervision par l'Autorité des marchés financiers des relations entre les acteurs économiques

L'Autorité des marchés financiers a été créée la loi n°2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière qui a modifié l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier qui dispose que « *l'Autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information*

[1530] H. SYNVET, « L'Autorité de contrôle prudentiel sous le regard de la Cour des comptes », *D.* 2012, p.544 et s.

des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers. Elle apporte son concours à la régulation de ces marchés aux échelons européen et international ». L'Autorité des marchés financiers tout en collaborant depuis 2010[1532] avec l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution s'en distingue par rapport à ses missions. En effet, l'Autorité des marchés financiers « *s'intéresse davantage à la relation avec l'épargnant* »[1533]. Ainsi, dans son rapport annuel pour l'année 2014, l'Autorité des marchés financiers rappelle que « *son action repose sur une stratégie forte : redonner confiance aux investisseurs en participant à la construction d'un système financier mondial plus solide et mieux surveillé, rapprocher les pratiques et les règles pour accroître la protection des investisseurs et assurer une saine concurrence entre les professionnels* »[1534] tout en recommandant « *un dialogue actif entre superviseurs bancaires et de marchés pour calibrer des règles cohérentes, réactives et équilibrées* »[1535].

Ainsi, l'Autorité des marchés financiers en contrôlant, accompagnant et sanctionnant les acteurs économiques sur le marché financier se présente comme une entité importante pour l'Etat français afin d'assurer également une bonne gestion du risque et ainsi permettre aux acteurs économiques de prendre les risques adéquats et les précautions nécessaires. Le législateur a souhaité faire de l'Autorité des marchés financiers une autorité permettant de réguler le marché financier avec comme principal objectif de redonner confiance aux acteurs économiques. En d'autres termes, tout en tentant de garantir au nom de l'Etat français un marché financier sain et stable, l'Autorité des marchés financiers ne régule pas directement les garanties publiques mais permet aux acteurs économiques d'avoir ou de retrouver confiance dans le marché afin de prendre des risques mesurés et permettant ainsi une meilleure régulation du marché sans que seules les personnes publiques prennent des risques, notamment lorsqu'elles accordent des garanties. En d'autres termes, cette régulation du marché financier présente certainement des conséquences indirectes sur le développement des garanties publiques qui connaissent une surveillance, ou du moins une influence, de la part d'institutions comme la Cour des comptes ou encore les agences de notation.

[1531] Cour des comptes, *op. cit*., oct. 2011, p. 7.
[1532] Sur cette collaboration entre ces deux autorités, v. loi n°2010-1249 du 22 oct. 2010 de régulation bancaire et financière, *JO* 23 oct. 2010, p. 1898 ; N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, « Une tentative de réponse française à la crise financière : commentaire de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 », *RTD Com.* 2011, p. 138 et s.
[1533] H. SYNVET, *op. cit*. , p.544 et s.
[1534] AMF, Rapport annuel au président de la République et au Parlement pour 2014, p. 10.
[1535] AMF, op. cit., p. 10.

SECTION 2 : La surveillance de l'application du régime des garanties publiques et les institutions financières

Le contrôle des finances publiques et donc du régime des garanties publiques peut se résumer dans l'affirmation qu'il n'y a « *pas de bonne gestion sans un système de contrôle efficace* »[1536]. La Cour des comptes[1537] se présente alors comme l'institution publique financière qui grâce à son indépendance permet d'assurer ce contrôle autant sur l'Etat que les entreprises publiques ou encore les organismes de sécurité sociale. Néanmoins, la Cour des comptes n'est pas la seule à assurer ce contrôle comme le démontre le développement des agences de notation, qui tout en ne se présentant pas au même niveau que la Cour des comptes qui est également une juridiction spécialisée de l'ordre administratif, apporte sa pierre à l'édifice d'une part, en matière de contrôle des personnes publiques pouvant accorder des garanties et d'autre part, en matière de confiance dans les personnes publiques. En d'autres termes, le contrôle du régime des garanties publiques se matérialise par la Cour des comptes (§1) mais également, de manière plus contrastée, par celui effectué par les agences de notation (§2).

§ 1. La Cour des comptes et le régime des garanties publiques

Le régime des garanties publiques entretient avec les finances publiques des liens étroits impliquant que le contrôle de la Cour des comptes sur les dépenses publiques (I) ainsi que sur la gestion des fonds publics (II) permettent d'assurer une meilleure effectivité de l'application des règles relatives aux garanties publiques.

[1536] Ch. DESCHEEMAEKER, *La Cour des comptes*, *Les études de la documentation française*, Paris, 2005, p. 7 où l'auteur précise que « *le droit reconnu au Parlement de consentir l'impôt et de voter le budget de l'Etat n'aurait qu'une portée limitée s'il n'existait un organe de contrôle externe* ».

[1537] Pour une vue d'ensemble de la Cour des comptes et les chambres régionales des comptes, v. notamment J. MAGNET, L. VALLERNAUD et T. VUGT, La Cour des comptes – Les institutions associées et les chambres régionales des comptes, Berger-Levrault, Paris, 2007, p.7 où les auteurs présentent la Cour des comptes comme « *une institution établie pour examiner les comptes et la gestion de l'Etat et des autres organismes publics, afin de vérifier l'exécution des opérations financières de ces organismes et de sanctionner ou faire sanctionner la responsabilité des agents qui en étaient chargés* ».

I. L'apport du contrôle de la régularité des dépenses publiques par la Cour des comptes

La Cour des comptes[1538] effectue un contrôle des comptes publics qui est éclairé par la séparation du comptable public et de l'ordonnateur public d'où l'intérêt de présenter cette séparation (A) afin d'établir le rôle joué par la Cour de discipline budgétaire et financière[1539] en matière de réalisation des garanties publiques (B).

A. La présentation de la séparation du comptable public et de l'ordonnateur public

La séparation du comptable public et de l'ordonnateur public[1540] fait partie des principes du droit administratif et a pour conséquence que l'ordonnateur ne peut pas prétendre à la fonction de comptable et que le comptable reste indépendant de l'ordonnateur sur lequel il n'a pas autorité. Ce principe de séparation du comptable public et de l'ordonnateur public connaît une limite en ce sens que contrairement aux collectivités territoriales comme les communes où c'est au maire que revient la fonction d'ordonnateur, au niveau de l'Etat[1541], le Président de la République n'a pas cette qualité. En effet, l'affectation des crédits inscrits dans les lois de finances le sont à la présidence de la République et non au Président de la République lui-même. C'est le ministre des Finances qui est chargé d'accomplir l'engagement et l'ordonnancement des crédits déposés sur un compte ouvert au nom du président de la République et il en résulte que ces crédits ne rentrent pas dans le champ de la comptabilité

[1538] V. également pour les collectivités territoriales, le rôle joué par les chambres régionales des comptes, notamment H.-M. CRUCIS, « L'Etat garant financier des collectivités locales », *in La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004, p. 106 et s. où l'auteur rappelle que « *l'examen de la gestion effectué par les chambres régionales des comptes est désormais défini par la loi : 'l'examen de la gestion prote sur la régularité des actes de gestion, sur l'économie des moyens mis en œuvre et sur l'évaluation des résulatats atteints par rapport aux objectifs fixés par l'assemblée délibérante ou par l'organe délibérant. L'opportunité de ces objectifs ne peut faire l'objet d'observations' (C. jur. Fin., art. L. 211-8, dernier alinéa, issu de la loi n°2001-1248 du 21 déc. 2001 relative aux chambres régionales des comptes et à la Cour des comptes, art. 36)* ».

[1539] V. notamment sur ce sujet, N. GROPER, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, *Dalloz Référence*, Paris, 2009.

[1540] Sur le principe de séparation de l'ordonnateur public et le comptable public, v. notamment Ch. DESCHEEMAEKER, *La Cour des comptes*, *Les études de la Documentation française*, Paris, 2005, p. 46 et s.

publique en ce sens qu'ils échappent aux règles de maniement des fonds par un comptable public.

En revanche, pour les collectivités territoriales et les établissements publics, la fonction d'ordonnateur est attribuée de manière automatique aux exécutifs locaux que ce soient les élus des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ou ceux de leurs établissements publics. Ainsi, pour les communes, le Code général des collectivités territoriales à l'article L. 2342-1 dispose que « *le maire peut seul émettre des mandats* » signifiant donc que le maire détient une compétence exclusive en matière d'ordonnancement des dépenses et rappelle le principe de séparation de l'ordonnateur et du comptable en ce sens que l'article L. 2342-3 qui énonce que « *le maire déclaré comptable de fait par un jugement du juge des comptes statuant définitivement est suspendu de sa qualité d'ordonnateur* ». Pour le département et la région, le Code général des collectivités territoriales présente la qualité d'ordonnateur des présidents du conseil général et du conseil régional de manière beaucoup plus explicite en ce sens que les articles L. 3221-2 et L. 4231-2 disposent qu'ils sont chacun « *l'ordonnateur des dépenses* » du département ou de la région et que c'est à eux que revient la prescription des recettes départementales ou régionales. Les comptables publics, quant à eux, ont pour fonction d'honorer une dépense publique, de réaliser des contrôles ainsi que de s'assurer que les recettes publiques soient bien recouvertes. C'est notamment sur ce dernier point relatif aux contrôles et diligences règlementaires que sa responsabilité personnelle et pécuniaire peut être engagée par le juge financier, en l'espèce la Cour des comptes ou les chambres régionales des comptes lorsque celles-ci effectuent un contrôle a posteriori des comptes.

B. La portée du principe de séparation de l'ordonnateur public et du comptable public pour la réalisation des garanties publiques

La responsabilité des comptables publics est engagée lorsque celui-ci a payé irrégulièrement une dépense ou lorsqu'une recette n'a pas été recouvrée. Cependant, concernant les garanties accordées par les personnes publiques, lorsque que celles-ci sont

---

[1541] Sur l'absence de qualité d'ordonnateur du Président de la République, v. notamment S. THEBAULT,

appelées mais que la personne publique n'honore pas celle-ci, la responsabilité du comptable ne peut pas être engagée. Ce sont alors les ordonnateurs publics qui peuvent voir leur responsabilité engagée. Toutefois, leur responsabilité peut être engagée non pas au moment où la garantie est appelée mais lorsqu'une décision de justice demandant l'exécution de cette obligation n'a pas été exécutée par la personne publique. En effet, la loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public fixe des règles afin que les créanciers des personnes publiques obtiennent satisfaction. De plus, au niveau de la Cour de discipline budgétaire et financière, l'article L. 313-7 du Code des juridictions financières énonce que « *toute personne mentionnée à l'article L. 312-1* », dont l'ordonnateur fait partie depuis la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques grâce à l'article 78 codifié à l'article L. 312-2 du Code des juridictions financières, « *dont les agissements auront entraîné la condamnation d'une personne morale de droit public ou d'un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public à une astreinte en raison de l'inexécution totale ou partielle ou de l'exécution tardive d'une décision de justice sera passible d'une amende dont le minimum ne pourra être inférieur à 300 euros et dont le montant maximum pourra atteindre le montant du traitement ou salaire brut annuel qui lui était alloué à la date où la décision de justice aurait dû recevoir exécution* ».

Cette procédure prend donc toute son effectivité à partir de 1993 et confirme les propos du conseiller maître Ch. DESCHEEMAEKER qui considérait qu' « *il serait conforme aux exigences d'un Etat de droit que les maires, présidents de conseils généraux ou régionaux et présidents de syndicats de communes puissent être sanctionnés par la Cour de discipline budgétaire et financière au même titre qu'un président d'université, un directeur d'hôpital ou un directeur d'administration centrale* »[1542]. La séparation du comptable public et de l'ordonnateur public prend toute son importance au niveau du contrôle que peut réaliser la Cour des comptes via la Cour de discipline budgétaire et financière lorsqu'une décision de justice n'a pas été respectée par une personne publique comme cela peut être le cas lors de l'appel d'une garantie. Cette séparation du comptable public et de l'ordonnateur public

---

L'ordonnateur en droit public financier, LGDJ, Paris, 2007, p. 133 et s.

[1542] Ch. DESCHEEMAEKER, « Les procédures d'exécution des décisions de justice : la menace du déféré en Cour de discipline budgétaire et financière », *Le courrier juridique des finances*, 2ème partie, n°25, juin 1992.

montre également la singularité de l'Etat par rapport aux autres personnes publiques et confirme la nécessité pour la Cour des comptes de contrôler la gestion des fonds publics.

II. Le développement du contrôle de la Cour des comptes en matière de gestion des fonds publics

Le contrôle assuré par la Cour des comptes se matérialise notamment par la publication des rapports qu'elle établit (A) ainsi que par sa fonction juridictionnelle lorsqu'elle contrôle les comptes publics et leurs gestions, fonction qui contribue à développer une autre approche des garanties publiques (B).

A. La présentation des rapports publics de la Cour des comptes

Les documents de la Cour des comptes[1543] sont en principe non publics. Toutefois, quelques documents revêtent un caractère public comme les arrêts de la Cour, les observations sur le compte d'emploi des fonds recueillis par des organismes faisant appel à la générosité publique et surtout, ceux qui sont les plus médiatisés et qui retiendront davantage l'attention, les rapports publics. Ces rapports publics de la Cour des comptes se présentent sous la forme du rapport annuel au Président de la République, des rapports thématiques issus du rapport annuel au Président de la République, du rapport annuel sur l'exécution des loirs de finances de l'exercice précédent qui peut donner lieu à d'autres rapports et enfin du rapport annuel sur la Sécurité sociale.

Le rapport public annuel au Président de la République est le plus ancien et sa publication au journal officiel date du décret loi du 2 mai 1938. Néanmoins, ce n'est qu'en 1991 qu'il fut admis que ce rapport annuel pouvait comprendre également des d'autres documents sans que soit modifiée l'article 11 de la loi n°67-483 du 22 juin 1983 relative à la Cour des comptes qui dispose que dans son premier alinéa que « *la Cour des comptes adresse*

au Président de la République et présente au Parlement un rapport annuel, dans lequel elle expose ses observations et dégage les enseignements qui peuvent en être tirés ». Ce rapport public publié en juin suit une procédure longue et se décompose en deux parties : la première porte sur l'Etat, ses établissements publics, les associations qu'ils subventionnent et où il est également question des entreprises publiques ; la seconde traite des collectivités territoriales et entités locales. Les rapports publics thématiques suivent la même procédure mais traitent de sujet plus précis. Ces rapports de la Cour des comptes adoptent un style souvent critique, où les compliments se font rares. Toutefois, comme le remarque le Conseiller-maître à la Cour des comptes Ch. DESCHEEMAEKER, « *l'orientation des rapports publics vers des évaluations de politiques publiques conduit désormais la Cour à formuler des constats qui sont loin d'être exclusivement critiques* »[1544].

B. La portée des rapports publics de la Cour des comptes en matière de garanties publiques

Ces rapports de la Cour des comptes contribuent au développement des rapports entre la Cour des comptes et le Parlement qui ne se limitent plus à l'exécution du budget par l'Etat mais se sont étendus à l'ensemble des finances publiques. En d'autres termes, la Cour des comptes agit comme un éclaireur pour le Parlement en ce sens qu'elle est en mesure de l'aider lors des projets de réformes relatifs à l'amélioration de la gestion publique. Ainsi, se posent la question de l'impact réel des rapports de la Cour des comptes sur les politiques publiques. En effet, les réformes et sanctions prises à la suite des critiques et recommandations de la Cour des comptes connaissent quelques difficultés d'application.

Toutefois, le Parlement peut demander des enquêtes à la Cour des comptes sur le fondement de l'article 58-2° de la loi organique relative aux lois de finances qui dispose que « *la mission d'assistance au Parlement confiée à la Cour des comptes par le dernier alinéa de l'article 47 de la Constitution comporte notamment : (...) 2° La réalisation de toute enquête demandée par les commissions de l'Assemblée nationale et du Sénat chargées des finances sur la gestion des services ou organismes qu'elle contrôle. Les conclusions de ces enquêtes sont*

[1543] Sur les rapports publics de la Cour des comptes, v. notamment Ch. DESCHEEMAEKER, *La Cour des comptes*, *Les études de la documentation française*, Paris, 2005, p. 125 et s.
[1544] Ch. DESCHEEMAEKER, *op. cit.*, Paris, 2005, p.132.

obligatoirement communiquées dans un délai de huit mois après la formulation de la demande à la commission dont elle émane, qui statue sur leur publication » ce qui peut améliorer l'application des recommandations de la Cour des comptes. C'est sur le fondement de cet article 58-2° de la loi organique relative aux lois de finances que la Cour des comptes a rendu une communication à la Commission des finances relative au « Recensement et (à) la comptabilisation des engagements hors-bilan de l'Etat » le 30 mai 2013 qui a été publié par le Sénat. Cette communication revêt un caractère important pour les garanties publiques qui font parties des ces engagements hors bilan de l'Etat. Ainsi, comme le souligne la Cour des comptes dans cette communication de 2013, « *la qualité de leur recensement et de leur comptabilisation constitue un enjeu majeur pour les administrations publiques responsables de l'élaboration des comptes de l'Etat mais aussi pour la Cour des comptes, qui en assure la certification, et pour le Parlement, qui autorise et contrôle l'emploi des fonds publics* »[1545]. Ce recensement et cette comptabilisation de ces engagements hors bilan de l'Etat applique la loi organique relative aux lois de finances ainsi que la loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 qui a confirmé la nécessité de respecter les notions de régularité, de sincérité et d'image fidèle des comptes publics.

Ainsi, cette communication se penche notamment sur la notion de garantie implicite en rappelant que « *la norme n°13 du recueil des normes comptables de l'Etat (RNCE) n'exclut pas, par principe, que l'Etat porte, du fait de ses missions, des engagements de nature implicite »*[1546] mais que leur recensement est difficile du fait de leur imprévisibilité d'où le fait que la Cour des comptes ne prend en compte que les engagements suffisamment explicites même si cette décision de la Cour des comptes n'est pas en totale adéquation avec la jurisprudence des institutions européennes en matière d'aides d'Etat. Dans cette même communication, la Cour des comptes étudie la garantie de l'Etat au niveau de l'épargne en ce sens qu'elle joue un rôle important. Ainsi, la Cour des comptes rappelle que « *selon la direction des fonds d'épargne de la Caisse des dépôts et consignations, la garantie de l'Etat*

[1545] Cour des comptes, « Le recensement et la comptabilisation des engagements hors bilan de l'Etat, *Communication à la Commission des finances du Sénat*, 30 mai 2013, p. 7.

[1546] Cour des comptes, *op. cit*., 30 mai 2013, p. 100 où la Cour des comptes précise également que « *l'exposé des motifs de la norme souligne d'ailleurs que : 'l'Etat est de plus en plus sollicité pour couvrir des risques d'ordre économique (plan de restructuration), d'ordre climatique (canicule, tempête), alimentaire (encéphalopathie spongiforme bovine), sanitaire (sang contaminé), etc., et dont il est difficile d'établir la liste et la probabilité. Tout événement d'une ampleur exceptionnelle tend ainsi à être considéré comme assorti d'un engagement implicite de l'Etat alors même que sa responsabilité n'a pas à être démontrée'* ».

est une condition sine qua non du bon fonctionnement de l'épargne réglementée »[1547] ce qui n'est pas sans confirmer le lien persistant entre la notion de confiance et la notion de garantie publique, notamment lorsque la personne publique qui accorde sa garantie est l'Etat.

En plus de la possibilité offerte au Parlement de demander à la Cour des comptes un contrôle ou des documents relatifs à des contrôles antérieurs, les rapports publics thématiques de la Cour[1548] qui se développent depuis 1991 apportent des éléments importants dans son travail de réforme de l'action publique. Ces rapports publics thématiques également appelés « fascicules séparés » se présentent donc comme des annexes aux rapports publics annuels mais présentés à une date différente et sur des sujets plus précis. Ainsi, ces rapports publics thématiques permettent d'apporter des éléments en matière de garanties publiques comme en témoigne le premier rapport de la Cour des comptes relatifs à une entreprise publique d'octobre 1995 sur « Le Groupe CREDIT LYONNAIS exercices 1987 à 1993 ». De manière plus large, la Cour des comptes a rendu un rapport en juillet 2012 sur « L'Etat et le financement de l'économie » où elle s'intéresse notamment aux garanties implicites visées par les institutions européennes et estime que ces garanties n'ont pas de fondement juridique en ce sens que le rapport rappelle explicitement que la garantie implicite de l'Etat sur certaines de ces entreprises publiques « *n'a de traduction ni juridique, ni comptable, mais est intégrée à la fois dans la notation des banques et dans celle des Etats. Elle se cumule aux mécanismes juridiques de garantie des dépôts des épargnants* »[1549]. La notation s'avère jouer un rôle important en matière de garanties publiques en ce sens qu'elle se présente comme un « effet de levier » pour redonner ou non confiance aux acteurs économiques.

§ 2. Les agences de notation et le régime des garanties publiques

Les agences de notation connaissent un développement important dans la sphère privée mais également publique. En effet, les évaluations rendues par les agences de notation

---

[1547] Cour des comptes, *op. cit*., 30 mai 2013, p. 108 où il est également précisé que cette garantie de l'Etat « *est (…) avec l'exonération fiscale des produits, la principale incitation des épargnants à déposer leurs fonds sur les livrets d'épargne réglementée* » et qu' « *elle permet en outre d'opérer la transformation financière au sein du fonds d'épargne dans des conditions satisfaisantes, vis-à-vis notamment des réseaux distributeurs* ».

[1548] Sur les rapports publics thématiques de la Cour des comptes, v. notamment G. CAPDEBOSCQ et M.-Ch. DOKHELAR, « Les rapports publics thématiques de la Cour des comptes », *RFFP* 2007, n°99, p. 25 et s.

touchent aussi les personnes publiques. Ainsi, les notes rendues par ces agences renforcent le principe de transparence (II) et ont des conséquences sur l'élément de confiance inhérent à la notion de garantie publique (I) en ce sens que selon que la note diminue ou augmente, la confiance dans la personne publique s'en trouve amoindrie ou renforcée.

I. Les agences de notation et l'élément de confiance des garanties publiques

La notion de confiance est inhérente aux garanties publiques en ce sens que le créancier qui bénéficie de la garantie d'une personne publique l'accepte en se fondant sur la solvabilité durable de la personne publique. Ainsi, l'évaluation par les agences de notation connaît un développement, notamment à l'égard des personnes publiques (A) mais ces notations connaissent des limites par rapport à la prise en compte du risque réelle existant (B) comme l'a montré la crise économique et financière qui a débuté en 2007.

A. Le développement des évaluations des agences de notation et les garanties publiques

Les agences de notation[1550] datent du début du XXème siècle mais connaissent un développement important que depuis les années 1970 en s'étendant à d'autres Etats que les Etats-Unis à partir des années 1990. La notation vise principalement les investisseurs. Ainsi, Monsieur P. LORIDANT définit la notation comme « *la procédure par laquelle des experts privés spécialisés délivrent, à la demande d'un émetteur désireux d'emprunter directement sur un marché financier, une opinion, exprimée sous forme d'une note synthétique, sur la qualité du risque qu'il présente* »[1551]. La notation des personnes publiques se développe

---

[1549] Cour des comptes, rapp. public thématique, *L'Etat et le financement de l'économie*, 12 juill. 2012, p. 92.
[1550] Sur les agences de notation, v. notamment N. GAILLARD, *Les agences de notation*, Repère, 2010.
[1551] P. LORIDANT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le développement de la notation des collectivités locales*, Sénat, n°449, 24 juin 1992. De plus, sur les agences de notation, v. G. TERRIEN, « Les évolutions de la notation financière des collectivités territoriales », *JCP Adm.* 2007, n°9, 2049, p. 26 et s. où l'auteur rappelle que « *les agences de notation financière sont des entreprises indépendantes rémunérées par le demandeur de notation. La*

également mais se pose la difficulté de savoir dans quelle mesure ces agences de notation basée sur un système anglo-saxon peuvent véritablement analyser les risques pesant sur les collectivités territoriales. Ainsi, il est possible de se demander « *si certaines des premières notations n'avaient pas surestimé l'engagement de l'Etat en matière de garantie des dettes des collectivités locales* »[1552]. Se fondant sur le communiqué de presse du 16 octobre 1990 de l'agence Moody's relatif au département des Alpes maritimes et de la Région Provence-Alpes Côte d'Azur, ce rapport réalisé par Monsieur P. LORIDANT rappelle qu' « *il y ait indiqué que bien que le vote et l'exécution des budgets locaux soient de 'la prérogative des conseils locaux', l'Etat dispose de plusieurs 'mécanismes juridiques' qui 'minimisent les pratiques budgétaires risquées'. Il est ajouté que les budgets locaux sont soumis à des 'règles de comptabilité strictes que l'Etat fait respecter'* »[1553]. Néanmoins, l'inscription d'office d'une dépense obligatoire par le Préfet ne permet pas d'assurer de manière absolue le paiement à l'échéance par le débiteur[1554] en ce sens que « *le règlement de la dette apparaît en définitive garanti par la capacité contributive des habitants de la collectivité locale et éventuellement par la valeur de liquidation des éléments cessibles du patrimoine de la collectivité locale* »[1555].

Ainsi, sans remettre en cause les premières notes décernées aux collectivités territoriales, ces remarques ont pour objectif de rappeler que les notations se doivent d'être rigoureuses dans leur travail de détermination en matière de remboursement de ces personnes publiques en étudiant l'ensemble des éléments et en ne surestimant pas les dispositifs législatifs en matière de contrôle financier. Ainsi, l'évaluation du département de l'Essonne illustre bien ce constat. En effet, le rapport de notation d'Euronotation concernant le département de l'Essonne remarque que le contrôle à l'égard de l'ordonnateur reste relatif et se présente comme peu effectif en ce sens que « *selon Euronotation, le système a pu s'avérer 'inopérant' en raison de 'l'absence de volonté politique' de la part des représentants de l'Etat de faire appliquer les textes, du manque de transparence des états financiers et des*

---

collectivité demandeuse doit donc payer une commission pour l'exécution de la mission ainsi qu'une commission annuelle pour l'entretien de la notation et son suivi ».

[1552] P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, pp. 43-44.

[1553] P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, p.44.

[1554] V. notamment P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, p.45 où concernant le département de l'Essonne, le rapport rappelle qu' « *actuellement Moody's se borne à souligner que la procédure d'inscription d'office 'bien qu'elle garantisse les créanciers contre tout risque de défaillance, ne leur assure pas un paiement dans les délais'* ».

engagements réels et du flou juridique de certains textes relatifs, notamment, aux garanties d'emprunt »[1556]. Les agences de notation réalisent une évaluation qui n'est pas totalement soustraite à des inexactitudes et laissent donc une part importante au risque pour les potentiels investisseurs de ces personnes publiques.

B. La notion de risque dans les agences de notation et les garanties publiques

La notion de risque se présente comme un élément important lors de la notation d'une personne publique par une agence en ce sens que « *la notation prend la forme d'une évaluation par une agence spécialisée de la qualité de risque d'une collectivité territoriale, exprimée sous la forme d'une note synthétique* »[1557]. Toutefois, le facteur risque reste difficile à appréhender de manière rigoureuse pour les agences de notation, notamment concernant les personnes publiques. En effet, il est complexe de déterminer quels seront les risques encourus par une personne publique dans une période de 15 ans ou plus.. Ainsi, Monsieur P. LORIDANT soulève trois remarques relatives aux notations réalisées sur les personnes publiques qui portent sur une volonté de consolider les comptes, d'une prise en compte des garanties d'emprunt et enfin d'un contrôle efficace de la sincérité des comptes. La question de la consolidation des comptes renvoie à celle de son périmètre ce qui est annexe aux difficultés liées aux garanties d'emprunt. Au niveau de l'Etat, le recensement des garanties et la nécessité qu'une loi de finances les autorise a clarifié les risques pris par l'Etat sur le long terme ce qui n'est pas forcément le cas pour les collectivités territoriales comme l'a démontré les contentieux relatifs aux emprunts toxiques que certaines d'entre elles ont contracté. Ainsi, dès les années 1990, la Cour des comptes[1558] et le Sénat visait les risques liés aux évaluations données par les agences de notation qui ne prenaient pas en compte les risques liés aux garanties d'emprunt accordées par certaines collectivités territoriales, notamment celles « *sous*

[1555] P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, p.44 où il est également précisé que « *le respect du calendrier des échéances d'un emprunt de la collectivité locale peut donc être mis en question en particulier si cette collectivité se trouve lancée dans une procédure de renégociation de la dette auprès du système bancaire* ».
[1556] P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, p.44.
[1557] G. TERRIEN, « Les évolutions de la notation financière des collectivités territoriales », JCP Adm. 2007, n°9, 2049, p. 27 où l'auteur précise que « *chaque agence de notation financière possède son propre système de notation* » et que « *les trois agences pratiquent deux types de notation : une notation à long terme, qui s'applique à l'endettement dont la maturité initiale est supérieure à un an, et une notation de court terme (maturité inférieure à un an)* ».
[1558] Cour des comptes, « La gestion de la dette et de la trésorerie des collectivités territoriales », Rapport public particulier, nov. 1991.

forme de découvert et d'avances, à des sociétés d'économie mixte titulaires d'un mandat pour la réalisation de travaux »[1559]. Le manque de clarté de ses engagements hors bilan des personnes publiques, en particulier des collectivités territoriales, témoigne de la difficulté pour les agences de notation de les évaluer de manière véritablement viable surtout lorsque des événements comme les crises financières et économiques viennent déséquilibrer les comptes publics.

Ainsi, afin de prendre en compte ces risques, les agences de notation ont fixé un critère généralement suivi qui est que la note de la collectivité territoriale reste plafonnée par celle donnée à son Etat. En effet, sauf exceptions comme le Pays Basque et la Navarre en Espagne, pour Standard & Poor's, qui ont une meilleure note que l'Espagne impliquant alors « *que les collectivités en question (soient) très résistantes aux cycles économiques, disposent d'une situation financière exceptionnelle, que l'Etat (ait) très peu de pouvoir d'ingérence dans leur capacité à capter la richesse fiscale locale et à gérer leurs compétences et qu'elles (aient) un bon accès à la liquidité et ce, de manière indépendante* »[1560]. Ainsi, en France, pour Standard & Poor's, aucune collectivité ne remplit ces conditions ce qui a donc pour conséquence que la note attribuée aux collectivités territoriales par cette agence sont plafonnées par celles de l'Etat. De plus, le rapport de Monsieur P. LORIDANT soulève le problème lié aux éventuels détournements de la note à des fins politiques. En effet, même si ce détournement reste difficilement appréciable, il n'est pas inexistant en ce sens que « *les agences admettent elles-mêmes, comme le remarque M. Gérard Combes, régional de la Caisse des dépôts et consignations en Ile-de-France, que la note comporte une part d'appréciation sur l'exécutif et la qualité des hommes qui le compose* »[1561]. Cette éventualité d'un risque du détournement apparaît logique en ce sens que l'attribution d'une note sur une personne publique donne une appréciation sur la bonne ou mauvaise gestion financière de celle-ci or cette gestion est assurée directement non pas par des personnes morales mais par des personnes physiques qui agissent, en principe, au nom de la personne morale. La notation des personnes publiques jouent donc un rôle important par rapport à la confiance accordée par les créanciers de celles-ci ayant pour conséquence que la note attribuée aux personnes publiques risque de diminuer ou renforcer la confiance en la personne publique qui accepte d'accorder sa garantie. Ainsi, le

---

[1559] P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, p.47.
[1560] V. MONTMAUR, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », *Dalloz actualité*, 17 janv. 2012.
[1561] P. LORIDANT, *op. cit.*, Sénat, n°449, 24 juin 1992, p.49.

principe de transparence vient tenter d'atténuer les risques liés aux agences de notation à l'égard de la confiance dans les personnes publiques qui accordent leur garantie.

II. Les agences de notation et le principe de transparence en matière de garanties publiques

Les agences de notation assurent une « *crypto fonction d'intérêt général* »[1562] . Ainsi, sous l'influence de l'Union européenne, les agences de notation connaissent un encadrement renforcé afin d'assurer au mieux leur mission, notamment à l'égard des personnes publiques (A) où l'influence des notes qui leur sont attribuées reste nuancée (B).

A. L'évolution de la réglementation des agences de notation et les garanties publiques

Les agences de notation connaissent un encadrement par le droit de l'Union européenne[1563]. En effet, le règlement n°1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 sur les agences de notation de crédit[1564] régit l'activité des agences de notation de crédit afin d'assurer la protection des investisseurs et des marchés financiers européens contre le risque de mauvaises pratiques de leur part. En d'autres termes, la réglementation européenne cherche à garantir l'indépendance et l'intégrité du processus de notation afin d'obtenir une meilleure qualité des notations. Ce règlement du 16 septembre 2009 rappelle dans son premier point que « *les agences de notation de crédit jouent un rôle important sur les marchés mondiaux des valeurs mobilières et sur les marchés bancaires, parce que leurs notations de crédit sont utilisées par les investisseurs, les emprunteurs, les émetteurs et les administrations publiques comme élément les aidant à prendre leurs décisions d'investissement et de financement en toute connaissance de cause* » et ajoute que « *les notations de crédit ont une incidence non négligeable sur le fonctionnement des marchés*

[1562] J-B. AUBY, « A propos des agences de notation », *DA* n°10, 2011, repère 9.
[1563] V. notamment, AMF, *Rapport sur les agences de notation*, 19 août 2011.
[1564] Règlement (CE) n°1060/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 sept. 2009 sur les agences de notation de crédit, JO L 302 du 17.11.2009.

et sur la confiance des investisseurs et des consommateurs » ce qui implique dont que « l*es activités de notation de crédit soient effectuées dans le respect des principes d'intégrité, de transparence, de responsabilité et de bonne gouvernance afin que les notations de crédit en résultant utilisées dans la Communauté soient indépendantes, objectives et de bonne qualité* ».

De plus, ce règlement du 16 septembre, notamment dans ses points 22, 26 et 27, précise que pour assurer l'indépendance de ces agences de notation, celles-ci doivent veiller à empêcher tout risque de conflit d'intérêt et les signaler le cas échéant. Au niveau du principe de transparence, ce règlement établit également la publication annuellement d'un rapport de transparence. Afin de répondre à ces exigences relatives aux agences de notation, ce règlement du 16 septembre 2009 instaure un dispositif d'enregistrement des agences de notation de l'Union européenne et les agences de notation avaient l'obligation de déposer leur demande d'enregistrement avant le 7 septembre 2010 tout ayant adopté à cette date les mesures afin d'être en conformité avec ce règlement. Cet enregistrement était initialement de la compétence des autorités nationales mais a été transféré par le règlement n°513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement n°1060/2009 sur les agences de notation de crédit[1565] à l'Autorité européenne des marchés financiers. Pour la procédure d'enregistrement des filiales françaises, l'Autorité des marchés financiers fait parti des collèges de régulateurs constitués pour les grandes agences de notation que sont Standard & Poor's, Moody's et Fitch Ratings. La Commission européenne contribue également à cet encadrement des agences de notation. En effet, elle a entrepris de consulter les nouvelles initiatives législatives prises afin de contrôler l'activité des agences ainsi que l'utilisation des notations. Ces encadrements poursuivis par l'Union européenne en 2014 et 2015 répondent à une nécessité liée à l'impact et aux conséquences qu'ont eues les notations lors de la crise financière et économique qui a débuté en 2008 sur la confiance dans l'économie et en particulier à l'égard des personnes publiques, notamment des Etats. Les notations contribuent donc à la confiance des créanciers dans les personnes publiques ce qui peut diminuer l'attrait des garanties publiques en période de crise financière et économique ce qui peut aller dans le sens d'une banalisation du droit public.

[1565] Règlement (UE) n°513/2011 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2011 modifiant le règlement n°1060/2009 sur les agences de notation de crédit, JO L 145 du 31.5.2011.

B. L'impact des notations des personnes publiques et les garanties publiques

Les notes émises par les agences sur les personnes publiques connaissent un développement modéré en France. En effet, peu de collectivités territoriales font appel à leurs services même si « *l'environnement financier des collectivités territoriales, comme celui de tous les opérateurs économiques, est en voie de profonde mutation* »[1566], notamment avec l'intégration dans le paysage juridique des recommandations successives de Bâle dont celles de 2006 ont pour principales conséquences que « *les banques seront plus attentives à l'évaluation de leurs risques ou à leur notation ; (et) les conditions de crédit offertes par les banques pourront être beaucoup plus différenciées* »[1567]. De manière générale, avant la crise financière et économique de 2008, les collectivités territoriales qui étaient notées connaissaient un risque de défaillance faible et les variations de note à la hausse comme à la baisse étaient limitées. De plus, les collectivités territoriales peuvent prendre la décision de ne pas publier la note. Pour l'Etat français, la note attribuée avant 2008 et jusqu'en 2011 par les trois principales agences de notation était la note la plus élevée. Néanmoins, la crise financière et économique a eu des conséquences négatives sur la notation de l'Etat français. En effet, à partir de décembre 2011, les trois agences de notation commençaient à avoir une opinion un peu moins favorable à l'égard de la France en ce sens que Standard & Poor's conservait la note AAA mais sous surveillance avec implication négative, Moody's gardait la note Aaa mais également sous surveillance et Fitch ratings avait une perspective négative tout en accordant encore la note de AAA. Standard & Poor's a finalement diminué la note de la France en janvier 2012 suivi par Moody's en février 2012. En revanche, Fitch ratings ne l'a baissé qu'en juillet 2013. En septembre 2015, Moody's a une nouvelle fois diminué la note de la France. Ces diminutions dans les notes de l'Etat français peuvent être mal perçues par les acteurs économiques qui perdent une partie de la confiance qu'ils avaient en l'Etat même si les médias semblent penser qu' « *en réalité, les agences de notation, c'est plus un business qu'un véritable thermomètre conjoncture* »[1568] en ce sens que « *la France continue de*

[1566] G. TERRIEN, « Les évolutions de la notation financière des collectivités territoriales », *JCP Adm*. 2007, n°9, 2049, p. 30.

[1567] G. TERRIEN, *op. cit*., *JCP Adm.* 2007, n°9, 2049, p. 30 où l'auteur conclut qu' « *en définitive, les bouleversements liés à la réforme Bâle II, en accentuant la différence de traitement des collectivités territoriales par les établissements de crédit, devraient poser avec une nouvelle acuité la question du recours au financement obligataire et aux agences de notation* ».

[1568] France Info, « Les agences de notation sont-elles légitimes ? », 21 septembre 2015.

racheter sa dette à des taux d'intérêts très bas, nuls ou en dessous (taux négatifs), signe de la confiance des investisseurs dans la 'signature' France »[1569].

Toutefois, suite à l'annonce erronée de Standard & Poor's en novembre 2011[1570], les spécialistes du marché ont rappelé que même si cette dégradation de la note de la France « *inquiète principalement les entreprises (craignant) un renchérissement de leurs conditions de financement* »[1571], il n'est pas négligeable de constater qu' « *elle ne conduirait pas les investisseurs à se délester de leurs titres publics, faute d'alternative réellement attractive* ». Ainsi, cette erreur dans l'annonce de Standard & Poor's en novembre 2011 s'est régularisé sans grande surprise en janvier 2012 où l'agence de notation a effectivement diminué la note attribuée à la France. Néanmoins, cette dégradation, tout en perturbant encore plus le marché, n'a pas forcément eu un impact aussi négatif qu'il n'y paraît du fait notamment que ce sont en partie ces mêmes agences de notation qui ont enclenchée la crise économique et financière de 2008 en n'ayant pas pris en compte les éléments pouvant prévoir la crise des subprimes qui a touché les Etats-Unis avec le fait également que le volume des liquidités explique le maintien de taux d'intérêts très bas. De plus, cette baisse de la note de la France ne modifie pas l'absence ou quasi absence de partenaires aussi attractifs que l'Etat français pour les acteurs économiques ce qui se confirme par le contentieux relatif aux prétendues garanties implicites et illimitées de l'Etat français à l'égard de certaines de ces entreprises publiques où la dégradation de la note de la France et donc l'augmentation du risque de défaut de sa part n'ont pas eu de conséquences sur les décisions prises par les institutions de l'Union européenne d'estimer que ces entreprises percevaient des aides d'Etat incompatibles avec le droit de l'Union européenne. En d'autres termes, cette banalisation du droit public par le développement des agences de notation reste à nuancer. En effet, même si les agences de notation connaissent un encadrement renforcé par le droit de l'Union européenne depuis les années 2000, les notes des personnes publiques n'ont pas les mêmes conséquences que sur les personnes morales de droit privé. Cette singularité des garanties publiques et de leur régime se

---

[1569] France Info, *op. cit*., 21 septembre 2015 ce qui laisse l'auteur conclure que « *les agences de notation peuvent dire merci à la crise. A l'instar de la Cour des comptes, les agences de notation sont en quelque sorte la mouche de coche. On émet des avis, on publie des rapports mais pour quel résultat final ? C'est toute la question* ».

[1570] Sur cette annonce erronée de Standard & Poor's, v. Le Monde, « Standard and Poor's annonce par erreur la dégradation de la note de la France », 10 nov. 2011 où il est précisé que « *l'agence de notation financière Standard and Poor's (S&P) a en effet reconnu avoir diffusé par erreur à certains de ses abonnés un 'message' annonçant que la note de la France avait été abaissée, au risque d'attiser la nervosité extrême des marchés face à la contagion de la crise de la dette en Europe* ».

[1571] G. BENOIT, A. LEFEBVRE, S. SEBAG et A. SPY, « Et si la France perdait son A ? », *Option finance* n°1149, 21 nov. 2011, p. 17.

présente également lorsqu'il s'agit de les mettre en œuvre, c'est-à-dire lorsque le garant public est appelé.

CHAPITRE 2 : La réalisation des garanties publiques

Lorsque les garanties publiques sont appelées par le créancier, le garant public se doit de répondre à son engagement. Toutefois, il n'est pas rare que la personne publique soit réticente ce qui cause un contentieux important. En d'autres termes, lors de la réalisation des garanties publiques, un conflit d'intérêt entre la protection des deniers publics et la protection des droits individuels apparaît bien souvent.

La réalisation des garanties publiques peut avoir des conséquences importantes sur les finances publiques expliquant que les personnes publiques cherchent à protéger au mieux les deniers publics au détriment parfois du créancier qui ne voit pas sa dette honorée. Ce constat se révèle encore plus vrai par rapport aux voies d'exécution du droit public qui ne s'avèrent pas aussi efficaces que celles du droit privé. En effet, l'appel des garanties publiques a des conséquences parfois importantes sur les finances des personnes publiques et donc sur l'endettement public entraînant bien souvent une mauvaise volonté de leur part de répondre à leur engagement de garantie. Face à cette mauvaise volonté des personnes publiques, leur responsabilité est engagée mais parfois cela ne suffit pas et les voies d'exécution du droit public ne permettent pas de donner satisfaction au créancier.

Néanmoins, les institutions européennes, notamment la Cour européenne des droits de l'Homme, viennent rappeler aux Etats qu'une conciliation est nécessaire entre la protection des deniers publics et celle des droits individuels et que la première ne doit pas se faire au détriment de la seconde, se fondant notamment sur le fait que les personnes publiques ne peuvent pas, comme les personnes privées, argumenter de leur insolvabilité. En effet, se fondant principalement sur l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et le Protocole 1er, la Cour européenne rappelle entre autres qu'en cas de défaillance d'une personne publique, l'Etat se doit de répondre de ses dettes.

Ainsi, lors de la réalisation des garanties publiques, les personnes publiques cherchent bien souvent à protéger les deniers publics et l'insuffisante efficacité des voies d'exécution en droit public contribue d'une certaine manière à cette protection (SECTION 1) ce qui se voit néanmoins nuancer par l'exigence de protection des droits individuels développée au niveau européen (SECTION 1).

SECTION 1 : La protection des deniers publics lors de la réalisation des garanties publiques

La réalisation des garanties publiques engendre des conséquences financières, parfois importantes et non prévues par les personnes publiques qui ont accordé leur garantie. Toutefois, le créancier qui fait appel à la garantie souhaite que celle-ci soit effective sans avoir besoin de recourir à de longues démarches. En d'autres termes, les garanties publiques lorsqu'elles sont appelées se doivent d'être effectives pour le créancier (§1) ce qui n'est pas toujours le cas et conduit alors au recours aux voies d'exécution du droit public (§2) lesquelles se montrent souvent insuffisantes.

§ 1. La recherche de l'effectivité du régime des garanties publiques

La réalisation des garanties publiques a pour principale conséquence que la personne publique garante réponde de son engagement et rende la garantie publique effective. Néanmoins, les finances publiques contribuent à complexifier l'effectivité des garanties publiques lorsqu'elles se réalisent (I) nécessitant alors de s'interroger sur la responsabilité des personnes publiques qui se sont engagées mais qui se montrent réticentes à honorer leur dette (II).

I. L'impact du droit des finances publiques sur la réalisation des garanties publiques

L'implication des finances publiques lors de la réalisation des garanties publiques se comprend notamment au niveau de l'endettement public lors de l'appel de ces garanties (A) et au niveau du caractère obligatoire des dépenses publiques (B).

A. L'incidence des garanties publiques sur l'endettement public

Le Professeur M. BAZEX souligne que « *l'obligation au paiement de la collectivité est la conséquence du mécanisme général de la garantie* »[1572] et précise, d'une part, qu' « *en ce qui concerne les modalités mêmes du paiement, la pratique des personnes publiques ne distingue pas clairement entre les différentes formes de garantie : cautionnement et garantie à première demande* »[1573], et, d'autre part, pour l'Etat, « *la solution est beaucoup plus incertaine* »[1574] en ce sens que « *les décisions particulières d'octroi de la garantie disposent simplement que 'la garantie de l'Etat est accordée' sans autre précision, ou de façon exceptionnelle que 'le service de l'emprunt en intérêts, amortissements, frais et accessoires est garanti par l'Etat', de telle sorte qu'il n'est pas possible de savoir dans quelles conditions pourrait jouer le mécanisme (sauf à consulter les conventions avec chaque bénéficiaire* »[1575]. Même si pour les collectivités territoriales, « *la situation paraît inverse* »[1576] en ce sens qu'elles ont tendance à prendre des risques très élevés ayant pour conséquence une réticence de leur part à honorer leur engagement. Ainsi, en cas de non respect de l'engagement pris par les collectivités territoriales en matière de garantie, leur responsabilité peut être recherchée. En effet, pour Monsieur F. CHOUVEL, « *octroi libéral, inconsidéré ou illégal de garanties, inexistence d'analyse préalable des risques financiers, utilisation irréfléchie de satellites cautionnés, absence de constitution de sûretés… telles sont les principales constantes que révèle l'analyse des décisions des juridictions administratives, judiciaires et financières concernant les garanties d'emprunt octroyées par les collectivités locales* »[1577].

Lorsque la personne publique a « *effectué un paiement* »[1578] du fait de l'appel de sa garantie, « *elle ne l'a fait toutefois qu'à la place du débiteur défaillant* »[1579]. En effet, comme le souligne le Professeur M. BAZEX, « *elle dispose (...) du droit de se retourner contre lui pour obtenir un remboursement* »[1580] sur le fondement, entre autres, de l'article 2305 du Code civil relatif à l'effet du cautionnement entre le débiteur et la caution qui dispose dans son

---

[1572] M. BAZEX, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor* 1989, p. 321 et s.
[1573] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1574] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1575] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1576] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1577] F. CHOUVEL, note ss. CAA Nantes, 8 nov. 1995, *Commune de Faye-d'Anjou*, *AJDA* 1996, p. 331 et s.
[1578] M. BAZEX, *op. cit*. , p. 321 et s.
[1579] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1580] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

premier alinéa que « *la caution qui a payé a son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur* »[1581]. Ainsi, « *pour assurer le recouvrement de sa créance, la personne publique pourra donc mettre en œuvre les sûretés qu'elle a constituées lors de l'octroi de la garantie (privilèges, hypothèques, nantissements) » et « elle sera abrogée dans tous les droits du créancier* »[1582]. De plus, la personne publique détient *« tous les moyens de recouvrement prévus par les règles générales de la comptabilité publique* »[1583] et alors « *si de cette manière, l'emprunteur rembourse sa dette, l'opération sera alors soldée, confirmant bien par là qu'elle ne s'est traduite pour la personne publique que par une charge financière de caractère temporaire* »[1584]. Toutefois, cela n'est pas toujours le cas. En effet, le Professeur M. BAZEX remarque que « *les rapports de la Cour des comptes sont là pour montrer que la défaillance du débiteur étant totale, la personne publique a dû prendre à sa charge le service des annuités d'emprunt pour les années restant à couvrir* »[1585] et que « *cette mise en jeu de la garantie de façon définitive transforme alors une nouvelle fois la charge, qui devient une dette de la personne publique elle-même, à prendre en compte comme telle dans son budget et sa comptabilité* »[1586]. Ainsi, il en déduit que « *génératrice pour la personne publique d'une charge éventuelle au moment où elle l'accorde, la garantie d'emprunt entraîne une charge temporaire à l'occasion de sa mise en jeu, et éventuellement se transforme en une dette propre de la collectivité en cas de défaillance définitive du débiteur* »[1587] ce qui a pour conséquence que « *le mécanisme de garantie a (...) une incidence variable sur l'endettement public* »[1588].

[1581] V. Assemblée nationale, réponse n°72-960 du 12 août 1985, *JO*, Documents parlementaires, Débats de l'Assemblée nationale du 14 octobre 1985 où il est bien précisé que « *le département qui paye tout ou partie de la dette à la place de la collectivité emprunteuse dispose d'un recours contre cette collectivité, pour être complètement indemnisé de toutes les conséquences dommageables que le paiement de la dette a entraînées pour lui* ».

[1582] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

[1583] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

[1584] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

[1585] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

[1586] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s. L'auteur précise donc que « *lorsque le remboursement n'est plus possible, le jeu de la garantie aboutit à la prise en charge de la dépense par la collectivité garante* ».

[1587] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

[1588] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.

B. L'incidence du caractère obligatoire des dépenses publiques sur le régime des garanties publiques

Le Professeur M. BAZEX rappelle que « *la garantie se traduit (...) par un engagement comportant des effets juridiques, comptables et même financiers* »[1589] et précise alors que « *le compte de la dette publique utilise, pour qualifier cette situation, l'expression de 'engagement garanti', qui rend compte de cette forme spécifique d'engagement retraçant une charge n'ayant qu'un caractère éventuel ou aléatoire pour la personne publique* »[1590] dans le sens où cet « *'état' transitoire* »[1591] de l'engagement garanti suppose que « *si le débiteur de l'emprunt assure normalement la charge d'amortissement et de remboursement de sa dette, une simple écriture d'ordre dans les comptes de la personne publique constatera la réduction de son engagement, puis son extinction* »[1592]. Toutefois, dans l'hypothèse où « *le risque de défaillance se réalise, le 'sinistre' oblige la collectivité publique à opérer un décaissement de fonds* »[1593] ce qui pour le Professeur M. BAZEX revient à « *une novation de l'engagement garanti* »[1594]. Ainsi, pour les collectivités territoriales, le Code général des collectivités territoriales dispose à son article L. 1612-15[1595] que « *ne sont obligatoires pour les collectivités territoriales que les dépenses nécessaires à l'acquittement des dettes exigibles et les dépenses pour lesquelles la loi l'a expressément décidé* ». Le deuxième alinéa précise que « *la chambre régionale des comptes saisie, soit par le représentant de l'Etat dans le département, soit par le comptable public concerné, soit par toute personne y ayant un intérêt, constate qu'une dépense obligatoire n'a pas été inscrite au budget ou l'a été pour une*

[1589] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1590] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1591] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1592] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1593] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1594] M. BAZEX, *op. cit*., p. 321 et s.
[1595] Sur cet article L. 1612-15 du Code général des collectivités territoriales, v. P. MOUZET, « Du nouveau sur le régime des dépenses obligatoires locales », *AJDA* 2007, p. 1289 et s. où l'auteur explique que « *l'article L. 1612-15 du Code général des collectivités territoriales est le cas d'ouverture du contrôle budgétaire le plus fréquemment mis en œuvre, parce que la chambre régionale des comptes (CRC) peut être saisie non seulement par le préfet mais encore par le comptable public et, surtout, par 'toute personne y ayant un intérêt', ce qu'est évidemment le créancier* » et précise que « *lorsque la chambre constate un défaut d'inscription au budget (ou l'inscription pour un montant insuffisant) d'une dépense obligatoire, elle doit mettre la collectivité en demeure d'y remédier puis, éventuellement, proposer au représentant de l'Etat d'y procéder d'office en lui suggérant les moyens d'y parvenir* ». V. également P. BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle », *RFDA* 2000, 108 où l'auteur revient expressément aux quatres compétences attribuées au préfet sur le fondement des articles L. 1612-1 et s. du CGCT.

somme insuffisante. Elle opère cette constatation dans le délai d'un mois à partir de sa saisine et adresse une mise en demeure à la collectivité territoriale concernée » et le troisième alinéa énonce que « *si, dans un délai d'un mois, cette mise en demeure n'est pas suivie d'effet, la chambre régionale des comptes demande au représentant de l'Etat d'inscrire cette dépense au budget et propose, s'il y a lieu, la création de ressources ou la diminution des dépenses facultatives destinées à couvrir la dépense obligatoire. Le représentant de l'Etat dans le département règle et rend exécutoire le budget rectifié en conséquence* ». En effet, « *s'agissant des collectivités territoriales, le législateur a instauré une procédure d'inscription d'office et de mandatement d'office des dépenses obligatoires au budget* »[1596] aux articles L. 1612-15 à L. 1612-17 du Code général des collectivités territoriales.

Néanmoins, comme le souligne le Professeur G. ECKERT, « *cette procédure n'est cependant pas applicable en cas de créances nées d'une décision juridictionnelle* »[1597] en ce sens que « *l'action du créancier est, dans cette hypothèse, régie par la loi du 16 juillet 1980, laquelle dispose que 'lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné (l'Etat ou une collectivité territoriale) au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être mandatée ou ordonnancée dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice' » et cette loi « ajoute, à propos de l'Etat, qu' 'à défaut d'ordonnancement dans les délais mentionnés aux alinéas ci-dessus, le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement'* »[1598]. De plus, pour les dettes des collectivités territoriales, la loi du 16 juillet 1980 « *fait intervenir le préfet et dispose qu'à défaut de mandatement ou d'ordonnancement dans ce délai, le représentant de l'Etat dans le département ou l'autorité de tutelle procède au mandatement d'office* »[1599] et « *cette procédure, applicable aux jugements rendus par les juridictions, tant administratives que judiciaires, requiert cependant que la décision juridictionnelle soit passée en force de chose jugée et qu'elle procède, par elle-même, au chiffrage de la créance* »[1600]. Néanmoins, le Professeur G. ECKERT remarque qu' « *en pratique, les difficultés d'exécution ne sont pas rares, surtout à l'encontre de l'Etat, lequel attend parfois pour régler sa dette que toutes les*

[1596] G. ECKERT, « La garantie des collectivités publiques », *in Mélanges SIMLER*, LexisNexis et Dalloz, 2006, p. 325 et s.
[1597] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.
[1598] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.
[1599] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.
[1600] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.

voies de recours aient été épuisées »[1601]. Ainsi, la réalisation des garanties publiques apparaît complexe d'où l'importance du rôle joué par la responsabilité des acteurs côtoyant les garanties publiques.

II. L'impact du droit de la responsabilité sur la réalisation des garanties publiques

Lors de la réalisation des garanties publiques, un contentieux peut rapidement naître en matière de responsabilité qui peut être partagée entre le créancier (A) et la personne publique (B).

A. L'incidence de la réalisation des garanties publiques sur la responsabilité du créancier

Lorsqu'une collectivité est reconnue avoir commis une faute, sa responsabilité peut alors être engagée mais être partagée avec le créancier[1602]. Ainsi, dans son arrêt du 19 novembre 2013, *Société Credemlux*, « *le Conseil d'Etat condamne en effet la commune à la réparation de la moitié du préjudice en retenant la faute de la victime comme exonérant la commune de sa responsabilité : en acceptant d'octroyer un tel prêt, le prêteur avait commis une 'grave imprudence' que la société Credemlux, en rachetant la société qui avait racheté la créance résultant du prêt, avait choisi d'assumer* »[1603]. Néanmoins, le Professeur Ch. VAUTROT-SCHARWZ souligne qu' « *on comprend évidemment le raisonnement, mais non son résultat aboutissant uniquement à une exonération de moitié là où la jurisprudence dictait une exonération des deux tiers sinon totale* »[1604]. Ainsi, le Conseil d'Etat suit habituellement

---

[1601] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1602] Ch. VAUTROT-SCHARWZ, « La garantie des collectivités territoriales : pour l'amour du risque », AJDA 2014, p. 2008 et s. où l'auteur revient sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 19 novembre 2013, *Société Credemlux*, en expliquant que le Conseil d'Etat « *en reconnaissant que la commune avait commis une faute ayant causé un préjudice à la société Credemlux, il a accepté d'engager la responsabilité de la commune, mais avec partage de responsabilité avec le créancier* ».
[1603] Ch. VAUTROT-SCHARWZ, *op. cit*., p. 2008 et s.
[1604] Ch. VAUTROT-SCHARWZ, *op. cit*., p. 2008 et s.

cette logique comme le montre l'arrêt du 28 avril 1978, *Société générale*, où il considère que « *l'attestation précitée du 27 janvier 1972 était signée par le directeur des services techniques de Villeneuve-le-Roi alors que l'article 9 du marché, dont la Société générale détenait une copie, stipulait, par application de l'article 192 du Code des marchés susreproduit que seul le maire de ladite commune était compétent pour délivrer au titulaire du marché de tels renseignements ; qu'au surplus le montant de la créance de la société coopérative des bois de l'Est figurant sur cette attestation était supérieur à celui des droits constatés après déduction de la retenue de garantie, et atteignait 60 % du prix prévu au marché, alors que ladite attestation était délivrée le lendemain de l'approbation par le préfet dudit marché, approbation dont la date fixait, aux termes de l'article 4 de ce marché, le point de départ du délai d'exécution de deux mois de la prestation. Qu'en consentant dès le reçu de cette attestation à la société coopérative des bois de l'Est, une avance égale au montant de la créance indiquée sur l'attestation, alors que l'ensemble des anomalies relevées ci-dessus auraient dû inciter à plus de circonspection, la société générale a commis une imprudence grave ; qu'il sera fait une juste appréciation des responsabilités respectives encourues par la ville de Villeneuve-le-Roi d'une part, la Société générale d'autre part, en limitant au tiers la part de responsabilité incombant à la ville dans les conséquences dommageables pour la Société générale des agissements de son préposé* »[1605].

B. L'incidence de la réalisation des garanties publiques sur la responsabilité des personnes publiques

De plus, dans l'hypothèse d'un retrait illégal, le Professeur G. ECKERT rappelle que peut aussi être engagée « *la responsabilité de la collectivité publique* »[1606]. En effet, dans son arrêt du 8 novembre 1995, *Commune de Faye-d'Anjou*, la Cour administrative d'appel de Nantes a rappelé que « *le Conseil d'Etat a jugé illégale la délibération du conseil municipal de Faye d'X... du 3 juillet 1989* » et a alors estimé que « *cette illégalité constitue une faute de nature à engager la responsabilité de la commune envers l'association Chant'Lavie à raison*

[1605] CE, 28 avril 1978, *Société générale*, req. n°03091, Leb. 194. V. Ch. VAUTROT-SCHARWZ, *op. cit.*, p. 2008 et s. pour d'autres exemples d'exonération de responsabilité des collectivités territoriales.
[1606] G. ECKERT, *op. cit.*, p. 325 et s.

du préjudice en résultant »[1607]. En d'autres termes, « *la Cour considère que l'illégalité qui entache le retrait de la garantie d'emprunt est constitutive d'une faute de nature à engager la responsabilité de la commune qu'aucune faute ou négligence de l'association n'est en mesure d'atténuer* »[1608]. De plus, le Professeur G. ECKERT souligne le fait qu' « *il pourrait en être de même dans le cas d'un retrait légal dès lors que celui-ci serait fondé sur une illégalité de l'acte retiré imputable à la collectivité publique, sous réserve d'un éventuel partage de responsabilité avec le bénéficiaire de la garantie s'il était établi qu'il ne pouvait ignorer cette illégalité* »[1609]. La légalité de la délibération prend tout son intérêt lors de l'appel de la garantie. En effet, « *le Conseil d'Etat peut être amené à vérifier que cette délibération correspond bien aux dispositions substantielles du contrat de prêt qui est cautionné* »[1610].Ainsi, le Conseil d'Etat, dans son arrêt du 27 octobre 2000, *Société BFG Luxembourg*, a estimé que la délibération ne correspondait pas aux dispositions substantielles du contrat de prêt qui était cautionné[1611]. En effet, le Conseil d'Etat rappelle que « *la durée de l'emprunt (...) constituait une clause essentielle du contrat* » or celle-ci était de quinze ans dans la délibération du conseil municipal et est passée à une durée de huit ans, prolongeable au maximum de sept ans dans « *la convention de prêt complétée par l'acte de garantie signé le 1er septembre 1988 par le maire d'Hennebont* » ce qui explique que « *le contrat auquel le maire d'Hennebont est intervenu et l'acte de garantie qu'il a signé n'étaient dès lors pas conformes* » et qu' « *il ne ressort pas des pièces du dossier que le conseil municipal d'Hennebont ait donné son approbation à ces nouvelles stipulations auxquelles la commune ne peut, par suite, être réputée avoir donné son accord ; que ces stipulations sont indivisibles du contrat et de l'acte de garantie dans leur ensemble* »[1612]. De cette solution, le Professeur G. ECKERT remarque que la haute juridiction administrative «*fait application d'une jurisprudence traditionnelle au terme de laquelle un marché public ne saurait comporter de stipulations substantiellement différentes de celles prévues dans la délibération autorisant sa*

[1607] CAA Nantes, 8 nov. 1995, *Commune de Faye-d'Anjou*, req. n°95NT00286.
[1608] F. CHOUVEL, note ss. CAA Nantes, 8 nov. 1995, *Commune de Faye-d'Anjou*, *AJDA* 1996, p. 331 et s.
[1609] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1610] G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s.
[1611] CE, sect., 27 oct. 2000, *Société BFG Luxembourg*, req. n°172350.
[1612] Sur cet arrêt CE, sect., 27 oct. 2000, *op. cit.,* v. G. ECKERT, *op. cit*., p. 325 et s. où l'auteur précise bien que les clauses substantielles du contrat de prêt qui est cautionné ne correspondent pas à la délibération du conseil municipal en ce sens où « *la délibération d'un conseil municipal qui autorise la commune à garantir un prêt que l'entreprise aidée doit contracter par l'intermédiaire d'une banque française et pour une durée de quinze ans* » or « *la garantie a finalement porté sur un prêt directement contracté auprès d'une société suisse et pour une durée de huit années, prolongeable au maximum sept ans sauf opposition de l'une des parties* ».

conclusion »[1613] et que donc « *l'extension de cette solution au cas de la garantie d'emprunt ne nous paraît pas incompatible avec la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle la collectivité publique qui a souscrit un contrat de cautionnement ne peut invoquer, pour échapper à son engagement, l'absence de conclusion d'une convention de cautionnement par l'autorité exécutive dès lors qu'elle est engagée par la seule délibération de son Conseil municipal* »[1614] en ce sens où « *une telle solution ne saurait prévaloir que si la délibération correspond aux conditions de prêt effectivement consenti* »[1615] or « *si tel n'est pas le cas, comme en l'espèce, la collectivité territoriale ne saurait être contractuellement engagée ni par la délibération de son Conseil, laquelle porte sur un objet différent du prêt accordé, ni par l'acte signé par l'autorité exécutive laquelle n'a pas compétence pour engager, par sa seule signature, la collectivité publique* »[1616].

Dans le même sens, la juridiction administrative vérifie également que « *l'organe délibérant a été correctement informé de la portée des engagements conclus* »[1617]. Ainsi, dans son arrêt du 28 octobre 2002, *Commune de Moisselles*, le Conseil d'Etat précise que la délibération d'un conseil municipal accordant sa garantie « *par laquelle le conseil municipal a exercé une compétence qui lui est propre et a autorisé le maire à prendre les mesures d'exécution qu'elle impliquait, devait définir avec précision l'objet et le montant du ou des emprunts à garantir, ainsi que les conditions de mise en œuvre de la garantie communale* »[1618]. Or, en l'espèce, « *cette exigence n'était pas satisfaite (...) dès lors que la délibération soumise au contrôle du juge comportait une habilitation très générale autorisant le cautionnement des sommes empruntées par une société 'qui lui permettre de réaliser les opérations rentrant dans son objet social et pouvant éventuellement atteindre un total de 35 millions de francs'* »[1619].

Ainsi, les collectivités territoriales, et de manière plus large les personnes publiques, peuvent être réticentes à respecter leur engagement en matière de garantie. Néanmoins, au niveau international, la Cour européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés

---

[1613] G. ECKERT, « Validité d'une convention de garantie d'emprunt », notes ss. CE, sect., 27 oct. 2000, *Société BFG Luxembourg*, req. n°172350, *Contrats marchés publ*., comm. n°21.
[1614] G. ECKERT, *op. cit*. comm. n°21. En effet, v. notamment Cass. 1ère civ., 7 déc. 1999, *Société Westpac Banking Corp*., n°pourvoi : 97-13193.
[1615] G. ECKERT, *op. cit*. comm. n°21.
[1616] G. ECKERT, *op. cit*., comm. n°21.
[1617] G. ECKERT, « La garantie des collectivités publiques », *in Mélanges SIMLER*, LexisNexis et Dalloz, 2006, p. 325 et s.
[1618] CE, 28 oct. 2002, *Commune de Moisselles*, req. n°232060.
[1619] G. ECKERT, "Conditions d'octroi de la garantie d'une commune », notes ss. CE, 28 oct. 2002, *Commune de Moisselles*, req. n°232060, *Contrats marchés publ*. 2002, comm. 258.

fondamentales apporte des solutions aux créanciers en reconnaissant la responsabilité de l'Etat en cas de non respect des engagements des autres personnes publiques et lorsque les voies d'exécution du droit interne n'ont pas été respectées ou se sont montrées insuffisantes.

§2. Le recours aux voies d'exécution lors de la réalisation des garanties publiques

Lorsqu'une personne publique ne répond pas à son engagement de garantie, le créancier peut recourir aux voies d'exécution du droit public afin d'obtenir le paiement de sa dette. Toutefois, les voies d'exécution en droit public se révèlent bien souvent insuffisantes (I) malgré le développement de l'injonction en droit public (II).

I. La recherche d'effectivité des voies d'exécution en droit public et la réalisation des garanties publiques

Les voies d'exécution en droit public se présentent le plus souvent lors d'une décision de justice. Toutefois, les décisions de justice sanctionnant les personnes publiques qui n'ont pas exécuté leur engagement de garantie ne connaissent pas une effectivité sans faille ce qui amène à s'intéresser aux procédures permettant de rendre effectives ces décisions de justice (A) ce qui n'est pas forcément simple face au principe d'insaisissabilité des biens publics (B).

A. L'existence de procédures en cas d'inexécution des décisions de justice par les personnes publiques

Les personnes publiques se montrent parfois réticentes à honorer leur dette ce qui les conduit le plus souvent devant le juge mais cela ne suffit pas forcément à les convaincre de rendre effectif leur engagement. Ainsi, les rapports du Conseil d'Etat ont révélé que les décisions de justice restent bien souvent « lettre morte » et le Conseiller-maître à la Cour des comptes relève également « *la désinvolture de certains ordonnateurs locaux* »[1620]. Le principe étant pourtant, comme le souligne Monsieur S. THEBAULT, que « *les opérations financières de l'Etat et des personnes publiques sont soumises à des règles particulières regroupées, s'agissant de leur exécution, sous le régime d'un droit plus ou moins dérogatoire au droit commun : le droit de la comptabilité publique* »[1621] et « *l'une de ses règles fondamentales est le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables publics qui tend, avant tout, à différencier ces deux acteurs* »[1622] en ce sens qu' « *il a pour objet de confier à chacun des compétences propres et complémentaires, comme garantie de la régularité des opérations financières et, in fine, de la protection des deniers publics* »[1623].

Néanmoins, des négligences de ces acteurs publics existent, notamment de la part de l'ordonnateur public, ce qui peut amener à des décisions de justice non exécutée laissant alors une créance non honorée par la personne publique. Ainsi, en cas d'inexécution d'une décision de justice, la loi n°80-539 du 16 juillet 1980 relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public modifiée par la loi n°2000-321 du 12 avril 2000 a créé des procédures afin de remédier aux décisions de justice non exécutées. Ainsi, le premier alinéa du I de l'article premier de cette loi rappelle avant toute chose que « *lorsqu'une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée a condamné l'Etat au paiement d'une somme d'argent dont le montant est fixé par la décision elle-même, cette somme doit être ordonnancée dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision de justice* ». De plus, le second alinéa précise que

---

[1620] Ch. DESCHEEMAEKER, « La responsabilité des ordonnateurs des collectivités locales », *RFFP* 1993, n°43, p. 57.
[1621] S. THEBAULT *L'ordonnateur en droit public financier*, préf. M. BOUVIER, *LGDJ*, Paris, 2007, p. 4.
[1622] S. THEBAULT, *op. cit.*, p. 4.
[1623] S. THEBAULT, *op. cit.*, p. 4.

« *si la dépense est imputable sur des crédits limitatifs qui se révèlent insuffisants, l'ordonnancement est fait dans la limite des crédits disponibles. Les ressources nécessaires pour les compléter sont dégagées dans les conditions prévues par l'ordonnance n°59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances. Dans ce cas, l'ordonnancement complémentaire doit être fait dans un délai de quatre mois à compter de la notification* ». Dans le cas où l'ordonnancement n'a pas eu lieu dans les délais, cet article premier ajoute que « *le comptable assignataire de la dépense doit, à la demande du créancier et sur présentation de la décision de justice, procéder au paiement* ». Ces dispositions ont été confirmées par la circulaire du Premier ministre du 13 octobre 1988 qui énonce que « *le respect des décisions de justice est une exigence fondamentale de la démocratie. (...) Tout défaut d'exécution, tout retard mis à l'exécution, toute exécution incomplète ou incorrecte, par une collectivité publique, d'une décision de la justice administrative sont des offenses à l'Etat de droit* »[1624]. Ainsi, afin d'assurer l'exécution des décisions de justice, un des mécanismes dont dispose le juge est l'astreinte qui se présente donc « *comme un outil juridique destiné à garantir et à accélérer l'exécution des décisions juridictionnelles. Elle permet de surmonter les refus obstinés d'exécuter la chose jugée* »[1625]. De plus, la procédure de l'astreinte présente la particularité de revêtir le caractère d'un principe général du droit. En effet, dans l'arrêt du 10 mai 1974, *Sieurs Barre et Honnet*, les juges du Conseil d'Etat établissent que « *la faculté reconnue aux juges de prononcer une astreinte, en vue de l'exécution tant de leurs décisions que des mesures d'instruction qui en sont le préalable, a le caractère d'un principe général* »[1626]. De plus, depuis la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, une astreinte peut être soit, de manière traditionnelle, demandée et prononcée afin de garantir l'exécution d'une décision juridictionnelle antérieure, soit, selon l'hypothèse ajoutée par la loi du 8 février 1995, être prononcée par le juge avec une injonction de faire. En d'autres termes, l'astreinte peut être prononcée de manière préventive ou curative. Toutefois, en pratique, ces outils juridiques s'appliquent parfois difficilement pouvant donner lieu à la liquidation de l'astreinte sans que la décision juridictionnelle soit pour autant exécutée ce qui n'empêche pas le législateur et la jurisprudence de rechercher des solutions permettant de concilier une protection des créanciers des personnes publiques et une protection des deniers publics.

[1624] Circulaire du Premier ministre, 13 oct. 1988, *Respect des décisions du juge administratif, texte adressé aux ministres et aux secrétaires d'Etat*, *JO* du 15 oct. 1988 et *BO Jeunesse et Sports* n°2 du 1er févr. 1989.
[1625] M. DREIFUSS et A. BOMPARD, « Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction : la liquidation de l'astreinte », *AJDA* 1998, p. 3 et s.

B. La recherche de conciliation entre protection des créanciers et protection des deniers publics en matière d'exécution des engagements des personnes publiques

En plus de la solution protectrice du créancier qui peut saisir directement le comptable public en présentant la décision de justice afin que celui-ci procède au paiement de sa créance, le II de l'article premier de la loi du 16 juillet 1980 établit qu'en cas de défaut d'ordonnancement ou de mandatement dans un délai de deux mois à partir de la notification de la décision de justice, les créanciers des personnes publiques ont la possibilité de se retourner vers le représentant de l'Etat ou l'autorité de tutelle afin qu'ils procèdent au mandatement d'office. Enfin, une autre solution s'offre aux créanciers des personnes publiques, dans le cas où leur créance constatée par le juge n'aboutissait toujours pas, qui est la saisie de la Cour de discipline budgétaire et financière qui peut condamner l'ordonnateur de la personne publique à une sanction. Or comme le souligne le Conseiller – maître à la Cour des comptes Ch. DESCHEEMAEKER, la Cour de discipline budgétaire et financière « *et son Parquet moins encore n'ont pas pour rôle de trancher les litiges (...). La procédure n'a de sens que si elle est ramenée à ce que la loi de 1980 a prévu : faire payer par une administration une somme déterminée sans aucune ambiguïté* »[1627]. Surpassant la protection du créancier, la loi du 16 juillet 1980 a créé l'article L. 313-7 du Code des juridictions financières qui condamne des comportements ayant nécessité pour le juge de prononcer une astreinte[1628]. Ainsi, des amendes peuvent être prises à l'encontre des ordonnateurs des personnes publiques ce qui a pour conséquence non pas seulement de protéger le créancier mais également de rétablir une bonne gestion des personnes publiques concernée ainsi que la confiance des administrés.

De plus, les voies d'exécution en droit public apportent des éléments de réflexion concernant les contentieux relatifs aux garantis implicites et illimitées visées par les institutions de l'Union européenne comme étant incompatibles avec le droit des aides d'Etat.

[1626] CE Ass., 10 mai 1974, *Sieurs Barre et Honnet*, req. n°85132 85149, Leb. p. 276.
[1627] Ch. DESCHEEMAEKER, « Les procédures d'exécution des décisions de justice : la menace de déféré en Cour de discipline budgétaire et financière », *Le courrier juridique des finances*, (2ème partie), n°25, juin1992, p. 1.
[1628] V. notamment S. THEBAULT, *op. cit*., p. 307 où l'auteur revient sur les deux attitudes gestionnaires sanctionnées par cet article L. 313-7 du CJF qui sont « *d'une part la passivité d'une autorité ordonnatrice qui ne donne pas suite à l'injonction de l'ordre judiciaire* » et « *d'autre part plus lourdement encore que les*

En effet, les dispositions de la loi du 16 juillet 1980 ne permettent pas aux créanciers des personnes publiques de se tourner directement vers l'Etat ce qui peut laisser penser que ce serait l'Etat de sa propre initiative qui viendrait apporter son soutien à l'entreprise publique défaillante mais dans ce cas rien ne dit que l'Etat ne répondrait pas aux exigences du droit interne, c'est-à-dire conformément à l'article 34 de loi organique relative aux lois de financs de 2001, ainsi qu'aux exigences du droit de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat. Ainsi, la Cour des comptes rappelle bien concernant la décision rendue par le TFUE le 20 septembre 2012 relatif au statut de La Poste que « *le Tribunal n'a, en particulier, pas considéré que le mécanisme d'autorisation explicite prévu par l'article 34 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) écartait, par construction, l'existence de garanties implicites, pas plus qu'il n'a estimé que les dispositions de la loi du 16 juillet 1980 excluait la possibilité pour un créancier de se tourner directement vers l'Etat* »[1629]. Toutefois, la loi du 16 juillet 1980 permet de se retourner vers le représentant de l'Etat, le Préfet, ou l'autorité de tutelle afin qu'il procéde au mandatement d'office ce qui n'est pas une action directe des comptes de l'Etat vers les comptes du créancier mais met en jeu l'Etat, par l'intermédiaire de son représentant, qui se doit d'agir pour que la personne publique honore sa dette[1630]. En effet, l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 novembre 2005 rappelle bien que « *dans l'hypothèse où, eu égard à la situation de la collectivité, notamment à l'insuffisance de ses actifs, ou en raison d'impératifs d'intérêt général, le préfet a pu légalement refuser de prendre certaines mesures en vue d'assurer la pleine exécution de la décision de justice, le préjudice qui en résulte pour le créancier de la collectivité territoriale est susceptible d'engager la responsabilité de la puissance publique s'il revêt un caractère anormal et spécial* »[1631]. L'Etat se présente donc comme un « filet protecteur » pour les autres personnes publiques lorsque celles-ci ne répondent pas à leurs engagements[1632]. De plus, au niveau européen, lorsqu'un créancier a

---

irrégularités dont nous avons fait état, elle punit les autorités publiques ou leurs mandataires privés qui, par leurs décisions ou agissements, auraient entraîné la condamnation de leur organisme ».

[1629] Cour des comptes, « Le recensement et la comptabilisation des engagements hors bilan de l'Etat », *Communication à la Commission des finances du Sénat*, 30 mai 2013, p. 101.

[1630] V. notamment P. CASSIA, « La contrainte au paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle par une collectivité territoriale », *AJDA* 2007, p. 1218.

[1631] CE, 18 nov. 2005, *Société fermière de Campoloro*, n°271898. Sur cet arrêt, v. notamment P. CASSIA, « La contrainte au paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle par une collectivité territoriale », AJDA 2007, p. 1218 et s. où l'auteur revient que « *les pouvoirs conférés au préfet par la loi du 16 juillet 1980 à l'égard des collectivités territoriales défaillantes* ».

[1632] V. en ce sens Ch. HUGON, « L'Etat responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545 et s. où l'auteur rappelle qu' « *en l'absence d'exécution volontaire, l'Etat peut intervenir en mettant en œuvre des mesures de contrainte contre le débiteur pour obtenir un paiement rapide* » et que « *dans le cas où ces mesures se révèlent insuffisantes, il doit, pour éviter d'engager sa responsabilité internationale, apurer lui-même la dette, soit à fonds perdus par une subvention exceptionnelle, soit à titre d'avance* ». Toutefois, « *dans la première et*

épuisé toutes les voies de recours internes pour obtenir le paiement de sa créance, il peut saisir la Cour européenne des droits de l'Homme qui a admis que l'Etat était responsable de l'inexécution des décisions de justice relatives au paiement d'une créance par une personne publique. Le recours à l'injonction se présente alors comme une éventuelle solution afin de responsabiliser les personnes publiques dans des cas similaires et même tenter d'éviter de trop longues procédures pour le créancier de la personne publique.

II. Le développement du recours à l'injonction en droit public et la réalisation des garanties publiques

Le recours à l'injonction ne se présente pas uniquement lors de la phase contentieuse. En effet, l'injonction connaît un champ d'application large en ce sens qu'elle est un outil pour le juge mais également pour l'administration. Ainsi, l'injonction contribue à l'effectivité de la règle de droit dans la sphère publique (A) participant à rendre concret l'engagement des personnes publiques en matière de garantie lorsque celle-ci est appelée (B).

A. La contribution de l'injonction à l'effectivité de la règle de droit

L'injonction ne connaît pas véritablement de définition et renvoie le plus souvent au pouvoir d'injonction du juge lorsque l'injonction est assimilée à une sanction. Pour le Conseil d'Etat, l'injonction ne se différencie pas véritablement de la mise en demeure[1633]. De plus, même si le Conseil d'Etat estime que les injonctions sont « *plus contraignantes que les avis*

---

dans la troisième hypothèse se pose la question des moyens de contrainte dont l'Etat peut disposer vis-à-vis d'un débiteur public ».

[1633] Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, *EDCE*, n°52, 2001, p. 309 où cette confusion se présente en ce sens que le Conseil d'Etat précise que les injonctions « *peuvent aussi constituer des décisions faisant grief, comme c'est le cas avec les injonctions du Conseil de la concurrence ou les mises en demeures formulées par la CNIL ou le CSA* » et estime que « *ce mécanisme de mise en demeure et de l'injonction revêt une grande efficacité ; marque de son intérêt et de sa souplesse au regard de la sanction proprement dite* ».

ou les recommandations »[1634], elles le sont « *moins que les décisions juridictionnelles* »[1635]. Néanmoins, malgré les confusions existantes par rapport à l'injonction, quelques études permettent de montrer qu'elle n'est pas seulement un acte de commandement mais qu'elle répond à une finalité particulière qui est « *celle de la jonction du droit et du fait* »[1636]. L'injonction connaît des développements dans les autres droits comme en Common law où est distingué la 'restrictive injunction' qui un ordre de ne pas faire et la 'Mandatory injunction' qui est un ordre de faire un acte positif et se présente également en droit de l'Union européenne où la Commission européenne peut utiliser l'injonction afin d'obtenir le remboursement d'une aide d'Etat versée illégalement.

Au sens large, l'injonction se présente comme ayant « *une signification plus technique que dans le langage courant* »[1637] et « *ce commandement se caractérise par la poursuite d'une finalité* »[1638] qui est que l'injonction « *vise à exécuter une norme préexistante* »[1639] or cette norme préexistante ne se matérialise pas forcément dans une décision de justice incitant alors « *à rechercher l'injonction en dehors des pouvoirs du juge* »[1640]. L'étude de l'injonction soulève un probléme récurrent en droit privé comme en droit public qui est la confusion entre l'exécution d'une norme et son exécution forcée. En effet, cette confusion est présente en droit public et s'illustre par le principe d'exclusion des voies d'exécution du droit commun contre les personnes publiques qui se base sur le principe d'insaisissabilité des biens publics. Toutefois, après avoir précisé que « *l'immunité d'exécution sur laquelle repose notre système pourrait, vu de l'extérieur, laisser croire que, en privant les créanciers de la possibilité de saisir les biens des débiteurs publics, notre droit retire la seule arme réellement efficace* »[1641], le Professeur Ch. HUGON souligne qu' « *en réalité, leur protection est simplement réalisée autrement. Elle est assurée en amont pas les règles de la comptabilité publique qui ont vocation à faire en sorte que des dépenses liées à l'exécution normale d'un engagement contractuel ne puissent pas être engagées sans que soit au préalable vérifiée l'existence de*

[1634] Conseil d'Etat, *op.cit.*, *EDCE*, n°52, 2001, p. 309.
[1635] Conseil d'Etat, *op.cit.*, *EDCE*, n°52, 2001, p. 309.
[1636] A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, préf. P. DEVOLVE, thèse Paris, *Ed. Panthéon Assas*, 2009, p. 18.
[1637] A. PERRIN, *op. cit.*, p. 21.
[1638] A. PERRIN, *op. cit.*, p. 21.
[1639] A. PERRIN, *op. cit.*, p. 21.
[1640] A. PERRIN, *op. cit.*, p. 21 où l'auteur précise alors que « l*a définition de l'injonction s'intégre ainsi dans une problématique plus large, celle de l'exécution de la norme* ».
[1641] Ch. HUGON, « L'Etat responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545 et s.

crédits suffisants pour y faire face »[1642] ce qui explique que l'immunité d'exécution « *en aval, (...) signifie simplement que les voies d'exécution sont remplacées par des techniques spécifiques d'exécution destinées à parvenir à un équilibre bien pensé entre la protection du service public et la protection des intérêts des créanciers* »[1643]. Ainsi, le principe d'insaisissabilité des biens publics se présente comme un principe contournable par les règles de la comptabilité publique et confirme la nécessité de développer l'injonction en droit public afin que la réalisation des garanties publiques se fasse sans forcément donner lieu à de longues procédures pouvant aller jusque devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

B. Le développement du pouvoir d'injonction en faveur de la réalisation des garanties publiques

Même si l'injonction reste un mécanisme juridique ambigu et flou dans les textes et pour la doctrine, celle-ci se développe comme en témoigne l'élargissement par le législateur et la jurisprudence du pouvoir d'injonction du juge et de l'administration. Ainsi, la loi n°2000-597 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives accorde au juge administratif un pouvoir d'injonction en dehors de l'exécution d'une décision de justice. En effet, l'article 6 de cette loi, codifié à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative dispose que « *saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale* ». Au niveau de la jurisprudence, indépendamment de la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative, le juge administratif reconnaît le pouvoir d'injonction afin de garantir l'exécution de décisions administratives. Le développement du pouvoir d'injonction de l'administration se développe notamment au niveau des autorités administratives indépendantes.

[1642] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1643] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.

L'exemple environnemental permet de confirmer ce développement. En effet, la directive 2004/ 35/ CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux[1644] prévoit à l'article 5 (4) que « *l'autorité compétente oblige l'exploitant à prendre les mesures préventives* » lorsque, comme le précise le 1 de cet article, « *un dommage environnemental n'est pas survenu, mais qu'il existe une menace imminente qu'un tel dommage survienne* » et l'article 6 (2) b ajoute que « *l'autorité compétente peut, à tout moment prendre, contraindre l'exploitant à prendre ou donner des instructions à l'exploitant concernant toutes les mesures pratiques afin de combattre, d'éliminer ou de gérer immédiatement les contaminants concernés et tout autre facteur de dommage, en vue de limiter ou de prévenir de nouveaux dommages environnementaux et des incidences négatives sur la santé humaine ou la détérioration des services* ». Ainsi, comme le souligne le Professeur A. PERRIN, « *ce développement de l'injonction témoigne d'un souci croissant d'effectivité du droit* »[1645] en précisant que « *l'injonction vis (...) à la fois l'exécution d'une règle de droit préétablie et son effectivité* »[1646]. En d'autres termes, le développement de l'injonction démontre une volonté d'éliminer les éventuelles réticences dans la réalisation des engagements pris par les personnes publiques ce qui s'illustre notamment dans le contentieux relatif aux garanties publiques où leurs réalisations ne sont pas forcément prévisibles pour les personnes publiques, qui vont alors chercher davantage à protéger les deniers publics au détriment des droits individuels.

[1644] Directive 2004/ 35 / CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JO n° L 143 du 30/04/2004, pp. 0056- 0075.

[1645] A. PERRIN, *op. cit.*, p. 31.

[1646] A. PERRIN, *op. cit.*, p. 33 où l'auteur explique que l'injonction « *n'a pas simplement pour objet de contraindre à l'exécution d'une règle de droit déterminée mais aussi de développer ses potentialités en l'adaptant aux circonstances de droit et de fait* ».

SECTION 2 : La protection des droits individuels lors de la réalisation des garanties publiques

Les garanties publiques lors de leur réalisation, c'est-à-dire lorsqu'elles sont appelées par le créancier, connaissent soit une réalisation parfaite dans l'hypothèse où la personne publique répond à son engagement de manière spontanée et sans réticence, soit une réalisation complexe dansl'hypothèse où la personne publique apparaît comme ne souhaitant pas honorer son engagement ce qui peut donc avoir comme conséquence de longues démarches pour le créancier de la personne publique. Dans ce dernier cas, les difficultés du créancier à obtenir sa créance peuvent le mener devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Ainsi, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales peut s'appliquer en matière de garanties publiques (§1) ce qui présente des conséquences au niveau du droit interne français (§2).

§1. L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et le régime des garanties publiques

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales lorsqu'elles des créances non honorées par les personnes publiques ont données lieu à des décisions de justice inexécutées avec notamment l'application de l'article 6§1 de la Convention relatif au procès équitable (I) ainsi que l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention concernant la protection de la propriété (II).

I. L'article 6§1 de la CEDH et la réalisation des garanties publiques

La Cour européenne des droits de l'Homme peut être saisie par un créancier qui n'a pas vu sa créance honorée par une personne publique, comme cela peut être le cas en cas d'appel de la garantie octroyée par cette personne publique, après qu'il ait épuisé toutes les voies de recours internes. Ainsi, le créancier peut fonder son argumentation sur l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales par rapport à l'inexécution des décisions de justice (B) lorsque les procédures en droit interne n'ont pas donné satisfaction ce qui contrevient aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention (A).

A. La nécessité d'un éventuel recours devant la CEDH en matière d'inexécution des décisions de justice

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales participe à l'exécution des décisions de justice au niveau interne des Etat en ce sens que leur inexécution contrevient à l'article 6 § 1 de la Convention relatif au droit à un procès équitable qui stipule que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal (...) qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)* ». En France, le Code de justice administrative présente aux articles L. 911-4 à 5 et L. 911-9 à 10 des mécanismes permettant de contraindre les personnes publiques n'ayant pas exécuté les décisions de justice relatives au paiement d'une créance.

En principe, les mécanismes fixés à ces articles témoignent d'une grande rigueur pour que des décisions de justice ne restent pas inexécutées comme le prouve l'article L. 911-4 qui dispose qu' « *en cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander au tribunal administratif ou à la cour administrative d'appel qui a rendu la décision d'en assurer l'exécution. Toutefois, en cas d'inexécution d'un jugement frappé d'appel, la demande d'exécution est adressée à la juridiction d'appel. Si le jugement ou*

l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte. Le tribunal administratif ou la cour administrative d'appel peut renvoyer la demande d'exécution au Conseil d'Etat » ou encore l'article L. 911-5 qui précise qu' « *en cas d'inexécution d'une décision rendue par une juridiction administrative, le Conseil d'Etat peut, même d'office, prononcer une astreinte contre les personnes morales de droit public ou les organismes de droit privé chargés de la gestion d'un service public pour assurer l'exécution de cette décision* ». Malgré le prononcé d'astreintes à l'égard de la personne publique concernée, ces mécanismes codifiés dans le Code de justice administrative peuvent s'avérer insuffisants laissant alors toujours l'engagement de la personne publique envers le créancier inexécuté. Néanmoins, une fois que le créancier a épuisé toutes les voies de recours internes, il peut donc se retourner vers la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement notamment de l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales relatif au procès équitable.

B. L'application de l'article 6 § 1 de la CEDH à l'égard de l'inexécution des décisions de justice

Ainsi, dans ses arrêts, la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que « *le droit à un tribunal garanti par l'article 6 serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopérante au détriment d'une partie* »[1647] et que donc « *l'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considéré comme faisant partie intégrante du 'procès' au sens de l'article 6* »[1648]. De ce constat, la Cour européenne des droits de l'Homme en déduit que « *c'est au premier chef aux autorités de l'Etat qu'il incombe de garantir l'exécution d'une décision de justice rendue contre celui-ci, et ce dès la date à laquelle cette décision devient obligatoire et exécutoire* »[1649]. De plus, de manière constante, la Cour européenne estime « *qu'une autorité de l'Etat ne saurait prétexter du manque de ressources*

[1647] CEDH, *Bourdov c./ Russie*, 15 janv. 2009, req. n°33509/04, § 65.
[1648] CEDH, *op. cit.*, req. n°33509/04, § 65.
[1649] CEDH, *op. cit.*, req. n°33509/04, § 69.

pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice »[1650] ce qui lui permet dans l'affaire de la Société fermière Campoloro du 26 septembre 2006 d'affirmer que « *les arguments tirés par le Gouvernement de l'autonomie des collectivités locales sont inopérants par rapport à la responsabilité internationale de l'Etat au regard de la Convention, énoncée aux articles 1 et 19 de celle-ci* »[1651].

En d'autres termes, au niveau du droit européen, l'inexécution de décisions de justice d'une personne publique à l'égard de son créancier ne répond pas aux exigences de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et par conséquent engage la responsabilité de l'Etat qui se doit d'assurer leur bonne exécution sans pouvoir prétexter un manque de ressources. De plus, l'autre élément pris en compte par la Cour européenne des droits de l'Homme tient dans la longueur de la procédure pour le créancier afin d'obtenir le paiement de sa créance. En effet, l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme précise bien que « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue (...) dans un délai raisonnable* ». La notion de délai raisonnable pose quelques difficultés d'appréciation en ce sens qu'il est apprécié le plus souvent de manière discrétionnaire par les juges[1652]. Toutefois, pour la Cour européenne des droits de l'Homme, il se révèle être un élément important de l'application de l'article 6§1 de la Convention. Ainsi, dans l'arrêt du 26 septembre 2006, la Cour européenne des droits de l'Homme considère qu' « *eu égard au très long délai (plus de quatorze ans) qui s'est écoulé depuis lesdits jugements sans que ceux-ci aient été exécutés, la Cour ne peut que conclure à la violation de l'article 6§1 de la Convention, cette inexécution ayant privé cette disposition de tout effet utile* »[1653]. De plus, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales comprend également une disposition relative au droit de propriété à l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention qui peut être transgressée du fait des conséquences de l'inexécution des décisions de justice pour les créanciers.

[1650] CEDH, 26 sept. 2006, *Société de Gestion du Port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c./ France*, req. n°57516/00, §62.
[1651] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §62.
[1652] V. par ex. au niveau des juridictions administratives françaises, CE, sect., 17 juill. 2009, *Ville de Brest*, req. n°295653, notes ss S. DEYGAS, « Les principes généraux de la procédure française exigent le respect du délai raisonnable », *Procédures* 2009, n°10, comm. 340. Cet arrêt précise bien que « *lorsque la durée globale du jugement n'a pas dépassé le délai raisonnable, la responsabilité de l'Etat est néanmoins susceptible d'être engagée si la durée de l'une des instances a, par elle-même, revêtu une durée excessive* ».
[1653] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §62.

II. L'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH et la réalisation des garanties publiques

L'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH concerne la protection de la propriété et l'invocation de cet article en matière d'inexécution des décisions de justice où une créance est en jeu laisse perplexe les personnes publiques représentées par l'Etat (A) ce qui n'empêche pas la Cour européenne des droits de l'Homme d'estimer que cet article revêt un caractère important pour l'exécution des décisions de justice où une créance n'a pas été honorée par une personne publique, notamment par rapport à l'appréciation de la notion de bien par le droit européen (B).

A. La complexité de l'admission par les personnes publiques de l'application de l'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH

L'article 1er du Protocole n°1 de la Convention européenne de sauvegarde des drois de l'Homme et des libertés fondamentales stipule dans son premier alinéa que « *toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens* » et que « *nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ». Le second alinéa précise que « *les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes* ». Cet article 1er du Protocole n°1 de la Convention peut être invoqué par des requérants lésés par l'inexécution de décisions de justice. En effet, dans son arrêt du 26 septembre 2006, *Société de Gestion du Port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c./ France*, les requérants prétendent que l'Etat français a violé l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention en ce sens que « *l'impossibilité dans laquelle elles se trouvent de recouvrer les créances en faisant exécuter les chefs de condamnation judiciairement prononcés à l'encontrre de la commune constitue une ingérence dans leur droit au respect de leurs biens, et une charge spéciale et exorbitante qui a rompu le juste équilibre entre la sauvegarde du*

droit de propriété et les exigences de l'intérêt général de la communauté »[1654]. En d'autres termes, dans cette affaire de la Société fermière Campoloro, les créanciers font valoir qu'en l'espèce, l'inexécution des décisions de justice ainsi que la longueur de la procédure pour obtenir le paiement de leurs créances emporte des conséquences importantes sur leur droit de propriété que l'impératif d'intérêt général ne permet pas de compenser.

Dans cet arrêt du 26 septembre 2006, face à cette prétention de la part des requérantes d'une éventuelle violation de l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention, les autorités françaises prétendent, que même si une créance constitue effectivement un bien au sens de la Cour européenne des droits de l'Homme, « *la privation ne présente pas un caractère définitif et que l'alinéa 2 de l'article 1er dudit article ne peut s'appliquer* »[1655] et que donc « *seul l'alinéa 1er dudit article est susceptible de fonder les prétentions des sociétés requérantes* »[1656]. De plus, les autorités françaises prétendent que la collectivité était dans l'impossibilité de dégager les ressources nécessaires pour faire face à la créance née des décisions de justice ce que les requérantes refusent d'admettre en ce sens que « *l'équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de la sauvegarde des droits individuels n'a pas été respecté, faute pour les mesures mises en œuvre d'avoir garanti, au moins dans le cadre d'un étalement des règlements, l'apurement de la dette* ». Cet équilibre s'avère difficile à apprécier. Néanmoins, les requérantes rappellent que l'échelonnement des décisions de justice constitue pour elles une violation de leur bien et de leur droit de propriété dans le sens où « *la mise en œuvre et l'incidence (de cet échelonnement) s'avèrent arbitraires ou imprévisibles dès lors que le justiciable 'demeure (alors) dans l'incertitude quant au moment où il (lui) sera possible de récupérer' sa créance* »[1657]et argumentent le fait que la durée prolongée de ce recouvrement de leur créance constitue bien « une charge spéciale et excessive ». La Cour européenne des droits de l'Homme confirme la position des requérantes en revenant notamment sur la notion de bien.

[1654] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §68.
[1655] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §70.
[1656] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §70.
[1657] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §72.

B. L'implication de l'application de l'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH aux créances inexécutées par les personnes publiques

La Cour européenne des droits de l'Homme connaît une jurisprudence constante concernant le fait qu'une créance peut constituer un bien au sens de la Convention et en particulier de l'article 1er du Protocole n°1 de celle-ci. Ainsi, dans son arrêt du 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce* , afin d'établir que « *les requérants disposaient d'un 'bien' aux fins de l'article 1 du Protocole n°1, la Cour doit rechercher si le jugement n°13910/79 du tribunal de grande instance d'Athènes et la sentence arbitrale avaient fait naître dans le chef de ceux-ci une créance suffisamment établie pour être exigible* »[1658]. Cette analyse est confirmée par l'arrêt du 7 mai 2002, *Bourdov c./ Russie*, où en l'espèce, après avoir rappelé l'arrêt du 9 décembre 1994, la Cour européenne des droits de l'Homme considère que « *le requérant est titulaire en vertu des décisions rendues par le tribunal municipal de Chakhty les 3 mars 1997, 21 mai 1999 et 9 mars 2000 de créances exigibles et non d'un simple droit général à recevoir une assistance de l'Etat* »[1659].

De cette jurisprudence constante, la Cour européenne des droits de l'Homme a confirmé, dans son arrêt du 26 septembre 2006, *Société de gestion du port de Campoloro et société fermière de Campoloro c./ France*, que « *l'inexécution des jugements rendus en leur faveur (les requérantes) a ruiné leurs espérances légitimes de recouvrer leurs créances, sinon immédiatement, du moins dans un délai raisonnable* »[1660] ce qui a pour conséquence que « *l'impossibilité dans laquelle se sont trouvées les intéressées d'obtenir l'exécution de ces jugements constitue une ingérence dans le droit de propriété de celles-ci, qui relève de la première phrase du premier alinéa de l'article 1 du Protocole n°1* »[1661] tout en précisant que « *le Gouvernement n'a fourni aucune justification pour cette ingérence* » et « *que le manque*

[1658] CEDH, 09 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c./ Grèce*, Req. n°13427/87, § 59 où la Cour précise au point suivant que pour le jugement du tribunal de grande instance, la créance n'est pas encore exigible en ce sens que même si celui-ci « *semble avoir admis le principe d'une dette de l'Etat envers les intéressés – comme le relève aussi la Commission -, il ordonna néanmoins une audition de témoins (...) avant de se prononcer sur l'existence et l'ampleur du préjudice allégué* » et que donc « *pareille décision se bornait à procurer aux requérants l'espoir d'obtenir la reconnaissance de la créance réclamée, celle-ci ne serait exigible qu'à la suite d'un contrôle éventuel par deux juridictions supérieures* ».

[1659] CEDH, 7 mai 2002, *Bourdov c./ Russie*, req. n°59498/00, § 40.

[1660] CEDH, 26 sept. 2006, *Société de Gestion du Port de Campoloro et Société fermière de Campoloro c./ France*, req. n°57516/00, §75.

[1661] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §75.

de ressources ne saurait légitimer une telle omission »[1662]. En d'autres termes, la notion de bien dans le sens de la Cour européenne des droits de l'Homme revêt une acception large ce qui a pour conséquence que lorsque l'Etat n'agit pas dans l'optique de garantir la bonne exécution des décisions de justice, il ne respecte pas le droit de propriété établi à l'article 1er du Protocole n°1 de la Convention ce qui revient à une ingérence dans le droit de propriété des personnes. En effet, sur l'existence d'une ingérence dans le droit de propriété, la Cour européenne des droits de l'Homme estime donc qu'il ne s'agit pas uniquement d'un transfert de propriété à l'égard de l'Etat mais se manifeste également par l'inexécution de décisions de justice qui cause un préjudice financier au créancier qui n'obtient pas le paiement de sa créance malgré la décision de justice en sa faveur qui a autorité de chose jugée et que contrairement aux personnes privées, l'Etat ne peut pas se prévaloir d'un manque de ressources. Ainsi, lors de l'appel de garanties accordées par les personnes publiques, lorsque les personnes publiques n'honorent pas leur engagement et qu'une décision de justice confirme que la personne publique est redevable de son engagement, l'Etat se doit, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme d'agir afin d'assurer une bonne exécution de cet engagement de la part de la personne publique et de dégager les ressources nécessaires si besoin.

§2. La portée de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et le régime des garanties publiques

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et la jurisprudence de la Cour européenne qui en découle permettent lorsque l'Etat ne répond pas à ses engagements ou n'assure pas la bonne exécution de ses personnes publiques d'engager la responsabilité internationale de l'Etat (I). Néanmoins, au niveaudu droit interne administratif, l'application du droit international pose quelques difficultés (II) ce qui peut alors laisser des créanciers de garanties accordées par les personnes publiques dans des situations difficiles, notamment lorsqu'ils sont eux-mêmes débiteurs.

[1662] CEDH, *op. cit*., req. n°57516/00, §75.

I. L'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat lors de la non réalisation des garanties publiques par les personnes publiques

Lorsqu'une personne publique ne répond pas à ses engagements et qu'en plus une décision de justice vient confirmer qu'elle doit y répondre, l'Etat doit tout mettre en œuvre pour assurer la bonne exécution des engagements de ses personnes publiques au risque de voir sa responsabilité engagée autant au niveau interne (A) qu'au niveau international (B).

A. L'éventualité de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses personnes publiques

Le non respect par les personnes publiques de leur engagement peut engager la responsabilité de l'Etat comme effectivement le cas en droit interne français. Ainsi, la Haute juridiction administrative a confirmé l'arrêt du 18 novembre 2005, *Société fermière Campoloro*, qui posait le principe que la responsabilité de l'Etat est engagée en cas de faute lourde ou sans faute lorsque le préjudice a un caractère grave et spécial. En effet, dans son arrêt du 29 octobre 2010, *Ministère de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c./ Sté Sofunag Environnement*[1663] où le Conseil d'Etat établit qu' « *en l'espèce, en s'abstenant de faire usage des prérogatives qui lui étaient ainsi conférées par ces dispositions pour se substituer aux organes de l'Association syndicale des producteurs agricoles de la Guadeloupe afin de créer les ressources permettant la pleine exécution de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Bordeaux du 24 mai 2004, au motif notamment qu'il ne disposait pas de la liste des propriétaires membres de l'association alors qu'il l'avait lui-même établie lors de sa création et qu'il lui incombait de la tenir à jour, le préfet de Guadeloupe a commis une faute lourde dans l'exercice de son pouvoir de tutelle sur cette association* » et « *que cette faute étant de nature à engager la responsabilité de l'Etat, l'obligation de payer dont la société Sofunag-Environnement se prévaut à l'encontre de ce dernier doit être regardée*

[1663] CE, 29 oct. 2010, *Ministère de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Sté Sofunag Environnement*, req. n°338001, M.-Cl. DE MONTECLER, « Application de la jurisprudence Campoloro à une association syndicale autorisée », *Dalloz actualité*, 09 nov. 2010.

comme non sérieusement contestable ». L'établissement d'une faute lourde de la part d'une personne publique engage donc la responsabilité de l'Etat d'assurer la bonne exécution des engagements de ses personnes publiques. En plus de cette responsabilité de l'Etat au niveau interne, sa responsabilité internationale peut être engagée lorsque les créanciers des personnes publiques vont devant la Cour européenne des droits de l'Homme.

B. La confirmation par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'éventuel engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses personnes publiques

La responsabilité de l'Etat du fait de ses personnes publiques engage la responsabilité de l'Etat autant au niveau du droit interne que du droit européen. En effet, la jurisprudence Campoloro en est la manifestation en ce sens qu'à la question : « *L'Etat est-il responsable des dettes des autres personnes publiques, et notamment celles des collectivités territoriales ?* »[1664], la Cour européenne des droits de l'Homme a répondu « *par l'affirmative dans une décision du 26 septembre 2006, Sté de gestion du port de Campoloro et Sté fermière de Campoloro c/ France* »[1665]. En effet, le Professeur Ch. HUGON rappelle que « *si la protection accordée aux créanciers par la Cour européenne bute, en pratique, très souvent sur l'insolvabilité des débiteurs personnes privées, elle franchit, en revanche, allégrement l'obstacle lorsque le débiteur est une personne publique* »[1666] en ce sens que la Cour européenne estime qu' « *une autorité de l'Etat ne peut pas (...) prétexter du manque de fonds ou d'autres ressources (par exemple en matière de logement) pour ne pas honorer une dette fondée sur une décision de justice* »[1667] ce qui signifie donc que « *ni des difficultés financières, ni même l'insolvabilité d'une personne publique ne peuvent être de nature à justifier une atteinte au droit du créancier d'obtenir le paiement qui lui est dû* »[1668].

De plus, le Professeur Ch. HUGON souligne que « *pour la Cour européenne, l'Etat est responsable non seulement du paiement de ses dettes sur le fondement de la Convention, mais*

[1664] Ch. HUGON, « L'Etat responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545 et s.
[1665] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1666] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1667] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1668] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.

aussi de celles des autres personnes publiques »[1669] et cette notion de personne publique « *est entendue très largement par la Cour de Strasbourg* »[1670] qui « *l'étend, par exemple, aux entreprises d'Etat, y compris à celles constituées sous la forme d'une personne morale de droit privé, dès lors qu'elles ne disposent pas d'une indépendance institutionnelle et économique* »[1671]. Ainsi, l'Etat peut voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article 1er du Protocole 1er pour les dettes non exécutées d'autres personnes publiques. En plus du fait que cette mauvaise volonté des personnes publiques à honorer ses dettes contrevient également au caractère obligatoire des dépenses publiques, il est possible aux créanciers lésés par l'inexécution des décisions de justice d'établir que l'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un recours effectif n'est pas respecté[1672].

II. La réalisation des garanties publiques par l'application du droit international

L'application du droit international, notamment l'application de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, implique un transfert des défaillances financières des personnes publiques autres que l'Etat à l'Etat (A) ce qui n'est pas forcément une solution idoine pour assurer une bonne gestion des finances publiques ce qui n'est pas dans l'optique de responsabiliser les personnes publiques qui devraient à tenter de trouver des solutions en amont afin d'éviter des procédures souvent longues pour elles et les créanciers (B).

[1669] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1670] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1671] Ch. HUGON, *op. cit*., p. 545 et s.
[1672] L'article 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales stipule que « *toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles* ».

A. L'implication de l'éventuel transfert des défaillances financières des personnes publiques à l'Etat

Au niveau du droit interne français comme au niveau du droit européen, lors de la défaillance financière des personnes publiques et de l'inexécution des décisions de justice confirmant la créance due par ces personnes publiques, la responsabilité de l'Etat peut être engagée. En effet, au niveau du droit interne français, l'arrêt du Conseil d'Etat du 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro*, ouvre de manière assez large les possibilités de responsabilité de l'Etat en cas de défaillance financière des personnes publiques et de non exécution des décisions de justice les condamnant à bien exécuter l'engagement qu'elles ont pris envers une personne. Au niveau international, notamment de la Cour européenne des droits de l'Homme, la suite de l'affaire Campoloro confirme que la responsabilité de l'Etat est engagée lorsque ses personnes publiques, notion qui connaît une appréciation large de la part de la jurisprudence de la Cour, n'ont pas respecté leur engagement. Cette responsabilité de l'Etat pourrait être envisagée en amont avant que de longues procédures s'engagent ce qui en plus de ne pas donner une bonne image de la personne publique concernée, cause un préjudice au créancier concerné.

Toutefois, un transfert des dettes des personnes publiques autres que l'Etat à l'Etat ne peut-être qu'une interprétation prétorienne qui estimerait alors que l'intervention du préfet revient à une intervention du préfet avec les deniers de l'Etat ce qui n'est pas la lettre des textes. En effet, le législateur envisage une intervention du préfet afin de trouver dans les finances de la collectivité des ressources afin de pouvoir honorer sa dette. Ainsi, comme le soulèvent Madame Cl. LANDAIS et F. LENICA, « *un tel transfert à l'Etat de la charge de ces dettes (sous réserve que les conditions de spécialité et de gravité du préjudice soient remplies), érigeant l'Etat en assureur en dernier ressort, nous semblerait être une invitation malheureuse à la mauvaise gestion ou, en tout cas, à l'imprudence, tant d'ailleurs à l'intention des collectivités locales que des sociétés contractant avec ces collectivités* »[1673]. De plus, ce transfert des condamnations pécunaires de toutes les personnes publiques défaillantes à l'Etat se présente comme une interprétation large de ce que les principes du droit interne et les textes internationaux laissent percevoir. En effet, « *si (...) la décision de la Cour européenne des droits de l'Homme, Hornsby c./ Grèce, du 19 mars 1997 consacre un droit à*

l'exécution des décisions de justice, particulièrement impératif quand cette exécution relève de personnes publiques, ni cette décision ni celles qui l'ont suivie ne nous semblent avoir imposé un mécanisme de substitution systématique de l'Etat aux collectivités publiques défaillantes »[1674]. Ainsi, cette vision que peut laisser entrevoir les contentieux relatifs aux défaillances financières des personnes publiques autres que l'Etat avec l'inexécution des décisions de justice par celles-ci envers les créanciers représenterait une interprétation certainement trop large du texte des lois et des engagements internationaux. Ce constat renvoie également au contentieux relatif aux éventuelles garanties implicites et illimitées de l'Etat à l'égard de certaines de ces entreprises publiques visées par le droit de l'Union européenne or aucun texte prévoit explicitement que l'Etat est l'ultime garant de toutes les personnes publiques. En d'autres termes, cette interprétation large de la notion de garantie publique confirme une confusion entre les notions de responsabilité publique, de garantie publique et de confiance publique d'où la nécessité au niveau du droit interne français de trouver des solutions avec les mécanismes existants comme la recours par le préfet lorsqu'il doit agir pour rétablir la bonne gestion d'une collectivité territoriale à l'emprunt, surtout face au constat qu'il est « *rare qu'un créancier d'une collectivité territoriale se retrouve finalement titulaire d'une décision de justice jamais exécutée* »[1675].

B. Le recours à l'emprunt comme solution aux défaillances financières des personnes publiques

L'inexécution d'une décision de justice par une personne publique s'avère être une réalité mais une réalité qui ne connaît pas un développement important. Néanmoins dans le cas où une décision de justice reste inexécutée et que le représentant de l'Etat, le préfet, doit agir afin de résoudre les difficultés financières de la collectivité territoriale défaillante, il dispose de moyens importants pour y parvenir. En effet, « *même lorsque les ressources actuelles de la collectivité sont insuffisantes, qu'aucun actif ne peut être vendu, que des marges de manœuvre fiscales sont épuisées, il reste la solution de l'emprunt contracté par le*

[1673] Cl. LANDAIS et F. LENICA, « Le pouvoir de substitution du préfet en cas d'inexécution de la chose jugée par les collectivités territoriales », *AJDA* 2006, p. 140.
[1674] Cl. LANDAIS et F. LENICA, *op. cit*., p. 140.
[1675] Cl. LANDAIS et F. LENICA, *op. cit*., p. 140.

préfet pour le compte de la commune »[1676]. Ainsi, en plus des compétences dévolues au préfet sur le fondement des articles L. 1612-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, celui-ci peut également recourir à l'emprunt afin résorber les dettes de la collectivité.

Cette solution est expliquée par le Professeur P. BON que parfois « *la seule solution consiste (…) à ce que, pour en sortir, le préfet et la chambre régionale des comptes arrivent à convaincre la commune de contracter un emprunt de longue durée lui permettant de s'acquitter de sa dette* »[1677] tout en précisant que « *certes, le poids de cet emprunt reposera sur des générations de contribuables communaux mais il n'est pas illogique que ce soient ces derniers et non l'Etat qui supportent principalement les conséquences des décisions inconsidérées de leurs élus, sauf à voir dans l'Etat, ce qui est difficilement admissible, l'assureur obligé de l'incompétence radicale des uns et des risques exagérés pris par les autres* »[1678]. Cependant, cette position prise par le Professeur P. BON renvoie à la notion d'Etat qui selon ses propos se présente comme une entité publique à part entière, indépendante des contribuables, or il est plus difficile de serrer la main de l'Etat que celles des représentants de l'Etat élus ou nommés par les élus. En d'autres termes, le recours à l'emprunt peut se présenter comme une solution afin de rétablir une bonne gestion de la collectivité territoriale avec néanmoins le risque présent si la collectivité territoriale est mal conseillée de contracter un emprunt qui peut s'avérer à terme toxique.

[1676] Cl. LANDAIS et F. LENICA, *op. cit*., p. 140.
[1677] P. BON, « La responsabilité des actes de tutelle », note ss Conseil d'Etat, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro* et Conseil d'Etat, 21 juin 2000, *Ministre de l'Equipement, des Transports et du Logement c./ Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, *RFDA* 2000, p. 1096 et s.
[1678] P. BON, *op. cit*., p. 1096 et s.

CONCLUSION DU TITRE 2 DE LA PARTIE 2

Le régime des garanties publiques, au niveau institutionnel, connaît bien une singularité par rapport au contrôle qui s'exerce sur les engagements hors-bilan de l'Etat et des personnes publiques où sont inclues les garanties publiques, et également par rapport aux mécanismes présents en droit interne français et en droit européen qui cherchent à assurer la bonne réalisation des garanties accordées par les personnes publiques lorsque celles-ci sont appelées.

Le contrôle des garanties publiques se développe mais n'est pas encore abouti. En effet, les contrôles effectués tentent de répertorier l'ensemble des garanties accordées par les personnes publiques mais celui-ci reste incomplet ce qui est certainement dû à une transparence insuffisante des relations entre les acteurs économiques, publics et privés. Les règles posées par le législateur évoluent dans le sens d'un renforcement de la transparence dans la limite de l'équilibre entre une meilleure gestion des comptes publics et une stabilité du marché financier.

La singularité institutionnelle du régime des garanties publiques témoigne une nouvelle fois de l'importance de la confiance dans les relations entre les différents acteurs de la vie économique. En effet, la foi publique, ou confiance publique, se présente comme le fil conducteur du développement des garanties publiques autant au niveau de sa notion que de son régime. La confiance publique se présente donc comme un élément essentiel du développement économique.

Ainsi, mise en exergue notamment par la création et le développement de la Caisse des dépôts et des consignations, la confiance publique ne se limite pas à la sphère publique mais influence la sphère privée. En d'autres termes, la confiance publique permet de relancer l'économie au niveau macro-économique lorsqu'une crise économique et financière apparaît ce qui joue un effet domino positif sur la micro économie qui reprend alors progressivement confiance dans l'économie.

Toutefois, l'interventionnisme économique des personnes publiques, notamment par le biais des garanties publiques, n'est pas une fin en soi. Ainsi, la crise qui a débuté en 2007 a apporté un renouveau en matière de législation financière en cherchant à renforcer la transparence et en tentant de trouver des solutions afin que les investisseurs cernent mieux les risques et retrouvent confiance dans le marché sans forcément que celle-ci soit subordonnée à la présence des personnes publiques.

Ce renouveau législatif tend dans le sens d'éviter de nouvelles crises systémiques ou tout du moins de mieux les prévenir afin de ne plus se retrouver dans des situations exceptionnelles d'urgence où les garanties publiques apparaissent comme étant la solution ultime. En d'autres termes, même si pour les personnes publiques, notamment l'Etat, accorder sa garantie connaît une contrepartie financière, une rémunération de la part du bénéficiaire de la garantie, ce type d'intervention ne reste pas forcément la solution idéale en ce sens qu'il laisse supposer que les personnes publiques sont les garants ultimes de tous les acteurs économiques en cas de défaillance économique et financière. De ce constat, la volonté du législateur est donc bien de réguler le marché de manière à rétablir une confiance entre tous les acteurs économiques tout en contrôlant les prises de risques excessives notamment celles qui pourraient avoir de graves conséquences sur la stabilité économique.

Cette mutation de l'esprit du législateur, notamment financier, à l'égard de la régulation du marché s'explique également par rapport à la réalisation des garanties publiques. En effet, les garanties publiques lorsqu'elles sont appelées connaissent le plus souvent de la part des personnes publiques le respect de leur engagement. Cependant, il n'est pas rare également que cet appel de la garantie cause une difficulté pour la personne publique qui, parfoirs, va davantage chercher à se décharger de son engagement plutôt que d'y répondre. Ce désengagement de la part des personnes publiques peut aboutir à de longues procédures où les décisions de justice ne modifient pas la position de la personne publique qui ne les exécute pas.

Ainsi, même si les voies de recours de droit commun ne s'appliquent pas et que la sphère publique connaît une certaine immunité d'exécution, ces facteurs sont largement nuancés d'une part par les moyens de contrainte qui peuvent être mis en place sur le fondement du droit administratif et d'autre part par rapport au respect par la France de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Néanmoins, ces procédures, autant au niveau interne qu'au niveau européen, aboutissent bien souvent à engager la responsabilité de l'Etat. Or le respect de l'engagement de garantie par la personne publique et responsabilité de l'Etat en cas de manquement de la part de la personne publique rendent confus le rôle de l'Etat qui, au niveau des textes, n'est pas désigné comme le garant ultime des autres personnes publiques. Cette dernière hypothèse renvoie alors à un questionnement plus large relatif à l'application d'un droit des procédures collectives sur les personnes publiques défaillantes.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

Le régime des garanties publiques présente la particularité de ne pas répondre aux mêmes règles que les garanties accordées uniquement dans la sphère privée, autant au niveau matériel qu'institutionnel, d'où la singularité du régime des garanties publiques. En effet, le régime des garanties publiques apparaît comme prenant en compte des critères économiques mais s'imprégnant également de facteurs politiques comme le prouve les différences d'appréciation des garanties publiques au niveau de l'Union européenne et au niveau du droit interne français, notamment concernant les prétendues garanties implicites et illimitées de l'Etat à l'égard de certaines de ces entreprises publiques. Ces divergences renvoient à la notion même de garantie qui connaît des rapprochements avec les notions de responsabilité ou encore d'assurance.

Les garanties publiques connaissent un développement de leur régime plus récent que celui qui s'applique pour les garanties accordées dans la sphère privée. Cette tendance est liée notamment à la prise en compte progressive du risque réel qui pèse sur les personnes publiques lorsqu'elles accordent leur garantie. Ainsi, au niveau matériel, les garanties accordées par les collectivités territoriales présentent un encadrement qui tente de concilier les impératifs d'intérêt général et une meilleure prise en compte des risques liés à l'interventionnisme économique des personnes publiques. En effet, l'essor des garanties accordées par les personnes publiques tend à une recherche de banalisation du droit public par rapport au droit privé en ce sens que les personnes publiques se présentent comme de véritables acteurs économiques lorsqu'elles accordent leur garantie. Néanmoins, même si les garanties accordées par les personnes publiques s'alignent sur celles présentes en droit privé au niveau de leur forme, celles-ci ne connaissent pas le même encadrement.

Le droit administratif régit les garanties accordées par les personnes publiques en gardant à l'esprit une finalité d'intérêt général économique. Ainsi, les garanties publiques jouent un rôle fondamental en permettant aux personnes publiques d'intervenir au niveau économique et donc de soutenir le développement économique autant au niveau territorial, que national ou

encore international. Toutefois, les règles soumises aux garanties publiques prennent de plus en plus en compte le risque qui peut exister lorsque les personnes publiques accordent leur garantie d'où la recherche renforcée de la part des personnes publiques d'un partage des risques et d'une rémunération de la garantie.

De plus, même si elles restent bien singulières dans leur régime en faisant partie des engagements hors bilan où l'obscurité n'est plus totale mais reste encore assez présente, la banalisation des garanties publiques est recherchée par le droit de l'Union européenne. En effet, les garanties accordées par les personnes publiques se doivent de respecter les règles édictées par le droit de la concurrence de l'Union européenne, en matière d'aides d'Etat. Ce sont ces règles en particulier qui poussent l'Etat à rendre plus transparents les engagements de garantie des personnes publiques.

Cette banalisation par le droit de l'Union européenne en matière d'aides d'Etat reste à nuancer du fait de l'appréciation large de la notion de garantie publique qui est retenue par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. En effet, il semble peu probable qu'une appréciation aussi large serait retenue au niveau des garanties accordées dans la sphère privée ou à transposer une partie de l'analyse des institutions européennes ce qui reviendrait à admettre également qu'il existe de fait une garantie implicite de la part d'une société mère sur ces filiales. Néanmoins, dans le cas d'une société mère à l'égard de ses filiales, certains arguments comme l'insaisissabilité des biens de la filiale ou encore la non application du droit des procédures collectives sur celle-ci ne pourraient pas s'appliquer.

En d'autres termes, au niveau matériel, le régime des garanties publiques répond à des règles de plus en plus précises tendant à une meilleure prise en charge du risque ce qui passe par une plus grande transparence ainsi que par une recherche de rentabilité pour les personnes publiques qui accordent leur garantie. Ainsi, au niveau matériel, le régime des garanties publiques se présentent comme une illustration de l'intérêt général économique qui se développe dans la sphère publique.

La présence de la personne publique dans l'octroi d'une garantie contribue à singulariser le régime des garanties publiques au niveau institutionnel. En effet, les garanties publiques connaissent un contrôle particulier dans la sphère publique et l'appel des garanties publiques engendrent parfois des conséquences importantes pour l'économie de la personne

publique qui a accordé sa garantie et qui n'avait pas forcément escompté devoir répondre à son engagement.

De plus, le contrôle des garanties publiques et de leur régime renvoient tout particulièrement à la notion de confiance. En effet, le contrôle des garanties publiques par la Cour des comptes ou encore indirectement par les agences de notation équivaut à donner un indice de confiance au marché et à ses acteurs. Néanmoins, cet indice ne connaît pas forcément une unanimité de la part de ces institutions et ne joue pas un effet des plus importants lorsque celui-ci varie prouvant une nouvelle fois que la présence de la personne publique en elle-même est suffisante pour assurer l'élément de confiance de la part des acteurs économiques qui souhaitent contracter avec elle laissant réelle la probable garantie ultime des personnes publiques même si celle-ci n'est pas fondée juridiquement, elle semble bien présente dans l'esprit des acteurs économiques et laisse supposer une confusion, ou tout du moins un rapprochement, avec la notion de confiance publique qui revêt davantage un caractère politique qu'économique.

Enfin, la singularité du régime des garanties publiques se retrouve également lors de la réalisation des garanties publiques, notamment lorsqu'une personne publique n'a pas honoré son engagement quand la garantie a été appelée et ignorant les décisions de justice lui imposant de l'honorer. En effet, ces hypothèses restent assez rares mais ne sont pas inexistantes d'où l'importance du rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme qui permet une meilleure conciliation de la protection des droits individuels avec la protection des deniers publics. En d'autres termes, même s'il est exact que l'appel d'une garantie accordée par une personne publique peut engendrer des conséquences importantes imprévues dans son budget, elle ne peut pas se prévaloir être dispensée d'honorer son engagement du fait de sa personnalité. Au contraire, la Cour européenne des droits de l'Homme estime que davantage qu'une personne privée une personne publique se doit d'y répondre et ne peut donc pas prétendre à un manque de ressources, prétention qui serait plus facilement acceptée par une personne privée réellement insolvable.

Les garanties publiques et leur régime ne répondent pas au mouvement de banalisation du droit public par rapport au droit privé. Au contraire, la singularité du régime des garanties publiques s'impose et les transformations de la société auxquelles le (ou les) législateur fait face le pousse à intégrer l'importante part de risque qui existe dans les relations économiques et que bien souvent les personnes privées dissimulent ou se retiennent de prendre du fait d'une

transparence souvent partielle, tendance que les personnes publiques ne suivent pas dans la plupart des cas, comme le prouve les périodes de crise où ce sont les premières à tenter de redonner confiance au marché, notamment par l'intermédiaire de garanties.

CONCLUSION GENERALE

Les garanties accordées par les personnes publiques en témoignant d'une singularité autant par rapport à la notion de garantie privée que par rapport à son régime confirme l'idée que « *l'action des personnes publiques ne saurait être complètement assimilée à celle des personnes privées* »[1679].

Les garanties accordées par les personnes publiques en se présentant comme des mécanismes attrayants pour les personnes publiques leurs permettent intervenir économiquement tout en s'assurant de protéger au mieux les deniers publics. Ainsi, en apportant l'élément de confiance, les mécanismes de garantie présents dans la sphère publique connaissent une évolution qui suit de près l'évolution de la société en jouant un rôle moteur lors de grands projets ou encore en période de crise.

[1679] S. BERNARD, *La recherche de rentabilité des activités publiques en droit administratif*, Préf. J.-P. BIAYS, *LGDJ*, Paris, 2001, p. 337 où l'auteur précise que « *la recherche de rentabilité des activités publiques est légitime tant qu'elle ne remplace pas l'intérêt général* ».

La notion de garantie est présente en droit privé et en droit public. En d'autres termes, les personnes privées et les personnes publiques peuvent accorder leur garantie. Néanmoins, le recours aux mécanismes de garantie par les personnes publiques connait un développement moins poussé par rapport aux garanties accordées par les personnes publiques ayant pour conséquence que la notion de garantie se conçoit avant tout en droit privé, même si les textes et la jurisprudence restent encore très confus concernant cette notion.

L'étude de la notion de garantie en droit privé appelle deux constats : d'une part, la notion de garantie ne répond pas à une définition précise mais reste au stade d'une notion fonctionnelle et d'autre part, de manière plus générale, ce travail de définition de la garantie par le détour du droit privé, où ce sont les rapprochements avec les notions voisines comme les sûretés, l'assurance, les obligations et la responsabilité qui permettent d'apporter des éléments de définition de la notion de garantie, renvoie indirectement au conflit doctrinal relatif à la séparation du droit privé et du droit public. Ce dernier constat a pour conséquence d'admettre que la notion de garantie est une mais connaît des finalités différentes selon qu'elle est accordée par une personne privée ou une personne publique.

Définie comme l'ensemble des mécanismes permettant de se prémunir contre le risque d'éventuelles pertes, la notion de garantie confirme l'importance des liens qu'elle entretient avec les notions de risque et de confiance. Ces liens se renforcent encore plus lorsque ce sont des personnes publiques qui accordent leur garantie. En effet, la notion de garantie publique répond à deux critères : l'un est organique et l'autre est matériel.

Au niveau organique, la présence de la personne publique, comprise comme englobant l'Etat, les collectivités territoriales, les groupements d'intérêt public, les établissements publics ainsi que les personnes morales de droit privé sous le contrôle d'une personne publique, joue un rôle important pour la définition de la notion de garantie publique en ce sens que sa seule présence peut engendrer l'apparition de la notion de garantie rendant encore plus complexe le travail de définition. Le contentieux relatif à l'éventuelle garantie implicite et illimitée de l'Etat à l'égard de certaines de ces entreprises publiques comme Electricité de France ou La Poste, avant leur transformation en sociétés du secteur public, témoigne de cette confusion entre la présence d'une personne publique, la notion de garantie publique et la notion de responsabilité. En effet, dans ces contentieux, l'Etat est présenté par le droit de la concurrence de l'Union européenne comme l'ultime garant de ces entreprises publiques ce qu'aucun texte ne prévoit. Néanmoins, la présence des personnes publiques apportent l'élément de confiance

dont certaines personnes privées ne peuvent pas se prévaloir d'avoir. En effet, un des principaux avantages pour le cocontractant d'une personne publique, demandeur de sa garantie, est certainement une moindre méfiance des établissements de crédits, et, même en admettant qu'une personne publique peut être défaillante financièrement ou voir sa notation diminuer, l'impact sur la confiance portée dans la personne publique reste faible.

Ce constat s'explique en partie par rapport à la singularité matérielle de la notion de garantie publique. En effet, la notion de garantie publique fait partie des mécanismes à la disposition des personnes publiques qui lui permettent de répondre aux finalités d'intérêt général qui lui sont assignées ainsi qu'à sa volonté de promouvoir le développement économique autant en période de croissance que de crise. En d'autres termes, le développement des garanties accordées par les personnes publiques confirme l'évolution du droit public qui cherche à répondre à un intérêt général de plus en plus économique, mouvement qui conduit à la banalisation du droit public par rapport au droit privé. Toutefois, malgré l'influence du droit de la concurrence de l'Union européenne, cette banalisation reste limitée en raison de la singularité matérielle et surtout institutionnelle du régime des garanties accordées par les personnes publiques.

La notion de garantie publique répond donc à une définition qui prend en compte la spécificité de la personne publique qui l'accorde ainsi que les finalités pour lesquelles la garantie est accordée, éléments qui tendent à confirmer la singularité de la notion de garantie publique par rapport aux garanties présentes en droit privé. Néanmoins, le droit des aides d'Etat de l'Union européenne tente de rendre ces interventions publiques plus en adéquation avec le droit de la concurrence en cherchant à éviter que ces mécanismes offrent un avantage anticoncurrentiel.

Ainsi, en plus des règles de droit interne relatives aux conditions de formation de la garantie qui prennent de plus en plus en compte les exigences de transparence ainsi que les conséquences de la prise de risque des personnes publiques pour les finances publiques, le droit de la concurrence de l'Union européenne vient rappeler aux personnes publiques qui octroient des garanties qu'elles accordent une aide d'Etat qui pour être compatible avec le droit de l'Union européenne se doit de répondre à certaines règles comme la rémunération de l'octroi de la garantie. Cette exigence de rémunération de la garantie accordée par une personne publique contribue à la recherche de rentabilité du droit public et donc plus largement à la banalisation du droit public par rapport au droit privé.

Les limites posées par le droit administratif mais surtout par le droit de l'Union européenne permettent d'encadrer l'octroi de garanties par les personnes publiques en cherchant à éviter une prise de risque trop importante pour les personnes publiques ainsi que l'apparition d'effets anticoncurrentiels. Néanmoins, même si au niveau matériel, le régime des garanties publiques connaît une singularité réduite, notamment par rapport aux conséquences du droit de l'Union européenne sur le régime des garanties publiques, au niveau institutionnel, le régime des garanties publiques reste bien singulier par rapport au droit privé. En effet, les garanties publiques connaissent des particularités par rapport au contrôle qui s'exerce sur elles-mêmes ou sur les personnes publiques qui les accordent comme en témoigne notamment l'impact des rapports de la Cour des comptes ou encore le développement du recours aux agences de notations.

De plus, au niveau de la réalisation des garanties publiques, les règles du droit public en matière de voies d'exécution restent encore assez souples laissant parfois les créanciers des personnes publiques sans réponse et sans exécution de l'engagement des personnes publiques à leur égard. Cette réticence des personnes publiques est contraire à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme qui estime qu'une personne publique, contrairement à une personne privée, ne peut pas prétendre avoir les ressources insuffisantes pour honorer ses engagements ce qui peut poser problème dans le cas où une personne publique s'avère véritablement dans l'incapacité financière et économique de faire face à ses engagements. Ainsi, le régime des garanties publiques en renforçant l'impact de la présence de la personne publique qui accorde la garantie confirme la singularité de la notion même de garantie des personnes publiques.

L'étude des garanties des personnes publiques conduit finalement à deux constats. Le premier vise la notion même de garantie où il est incontestable que la notion, même si elle ne répond pas encore à des critères précis, existe bien et connaît des applications dans la sphère privée et dans la sphère publique. Le recours aux procédés de garantie par les personnes publiques témoigne de ce que la notion de garantie acquiert une singularité liée à la personne publique qui l'accorde et aux exigences d'intérêt général du droit public.

L'existence et le développement de la notion de garantie dans la sphère privée comme dans la sphère publique, notamment en période de crise pour les garanties accordées par les personnes publiques, montre que la notion de garantie apporte une sécurité aux cocontractants en leur apportant l'élément de confiance. Toutefois, en se plaçant dans l'hypothèse d'une économie

de concurrence pure et parfaite, le manque ou l'absence de confiance entre les agents économiques n'existe pas, notamment grâce à une transparence des informations ayant pour conséquence de ne pas ressentir la nécessité d'avoir recours à une garantie. Ainsi, la notion de garantie peut se révéler superflue en ce sens que les mécanismes de garantie révèlent un manque de confiance de la part des acteurs de la société ce qui dans une économie ou pleinement concurrentielle ne devrait pas exister.

Le second constat découle de la singularité du régime des garanties publiques, notamment par rapport à la difficulté ou la réticence de certaines personnes publiques à honorer leur engagement ayant parfois pour conséquence de longues procédures afin que les créanciers des personnes publiques soient satisfaits. Ces procédures peuvent aboutir à engager la responsabilité de l'Etat qui devient alors garant de la bonne exécution des engagements pris par les autres personnes publiques.

Cette éventuelle responsabilité de l'Etat renvoie à l'épineuse question de la possible faillite de l'Etat. En effet, « *force est de constater que les Etats – comme les entreprises ou les individus – peuvent en réalité faire faillite* »[1680] en ce sens que « *cette notion de 'faillite' ne renvoie qu'à la situation financière particulière d'un emprunteur. Il n'existe donc pas d'impossibilité de principe à transposer aux Etats les principes généraux du droit interne en matière d'insolvabilité* »[1681]. Ainsi, l'Etat lorsqu'il est visé comme l'ultime garant des autres personnes publiques connaît, en plus de ce qu'aucun texte ne l'envisage expressément, une limite liée au fait qu'il peut lui aussi faire faillite. Constat qui renvoie une nouvelle fois à la frontière entre le droit privé et le droit public et cette éventualité que l'Etat peut faire faillite se présente comme une nouvelle illustration du dépassement du mouvement de banalisation du droit public par rapport au droit privé en ce sens qu' « *actuellement, il n'existe pas de procédures collectives à destination des Etats, ni en droit interne, ni en droit international* »[1682] même si « *la notion de faillite d'Etat (peut être) conceptualisée en ayant recours à des principes établis en droit interne de l'insolvabilité* »[1683].

De plus, ce dernier constat implique une remarque liée à la finalité reconnue aux garanties accordées par les personnes publiques. En effet, les garanties octroyées par les

---

[1680] M. WAIBEL, « La faillite souveraine en droit – Un Etat peut-il faire faillite ? », *in Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, ss.la dir. M. AUDIT, *LGDJ*, Paris, 2011, p. 42.
[1681] M. WAIBEL, *op. cit*., p. 42-43.
[1682] M. WAIBEL, *op. cit*., p. 42.
[1683] M. WAIBEL, *op. cit*., p. 42.

personnes publiques revêtent généralement une finalité qui correspond aux exigences d'un intérêt général qui prend de plus en plus en compte les problématiques économiques. Néanmoins, la finalité économique de la garantie des personnes publiques est de plus en plus substituée par des finalités d'ordre politique.

En effet, la question relative à la possibilité pour un Etat de faire faillite et le lien très étroit qui existe entre les notions de garantie, sécurité et confiance impliquent de se demander si une personne publique accorde sa garantie pour répondre uniquement à des finalités économiques d'intérêt général ou si des critères d'ordre politique influencent aussi la personne publique lorsqu'elle accorde sa garantie.

Ainsi, l'étude des garanties accordées par les personnes publiques implique une remise en cause de la notion même de garantie qui si elle existe bien, vient répondre à un manque ou une absence de confiance tout en faisant parfois indirectement prendre des risques excessifs aux personnes qui les accordent. Ce constat laisse supposer que les garanties lorsqu'elles sont accordées par les personnes publiques revêtent, au final, davantage une finalité politique qu'économique en ce sens que les garanties accordées par les personnes publiques se présentent finalement comme des décisions prises par les personnes publiques afin de répondre à l'évolution de la société.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITES, OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES

J.-P. ADAM, *Le rôle de la Commission des travaux de 1839 dans la réalisation des chemins de fer*, *PUR*, 1971.

A. BARILARI et M. BOUVIER, *La LOLF et la nouvelle gouvernance financière de l'Etat*, *LGDJ*, Paris, 2ème éd., 2007.

B. BEIGNIER, *Droit des assurances*, *Montchrestien*, Paris, 2011, p. 228.

A. BENABENT, *Droit civil : les obligations*, LGDJ, Montchrestien, Paris, 11ème éd., 2007.

J. BIGOT, J-L. BELLANDO, M. HAGOPIAN, J. MOREAU et G. PARLEANI, *Traité du droit des assurances – Entreprises et organismes d'assurances*, Tome 1, *LGDJ*, Paris, 2ème éd., 1996.

M. BOUVIER, M.-Ch. ESCLASSAN et J.-P. LASSALE, *Finances publiques*, *LGDJ*, Paris, 9ème éd., 2008.

M. CABRILLAC, Ch.MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, *Litec*, Paris, 8ème éd., 2007.

C. CANS, I. DINIZ, J-M. PONTIER et T. TOURET, *Traité de droit des risques naturels*, Ed. Le Moniteur, Paris, 2014.

H. CAPITANT, *De la cause des obligations : (contrats, engagements unilatéraux, legs), Dalloz*, Paris, 1923.

R. CHAPUS, *Droit administratif général – Tome 1*, Montchrestien, Paris, 15ème éd., 2001.

J-Ph. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, *LGDJ*, Issy-les-Moulineaux, 7ème éd., 2004.

G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *PUF*, Paris, 2009.

D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007.

Ch. DESCHEEMAEKER, *La Cour des comptes*, *Les études de la documentation française*, Paris, 2005.

G. DEVAUX, *La comptabilité publique : Tome 1er Les Principes*, *PUF*, Paris, 1957.

P. DEVOLVE, *Droit public économique*, Dalloz, Paris, 1998, p. 780 et s.

O. DUGRIP et L. SAÏDI, *Les établissements publics nationaux*, *LGDJ*, Paris, 1992.

G.ECKERT, *Droit public des affaires, LGDJ*, Focus Droit, Paris, 2ème éd., 2013.

N. GAILLARD, *Les agences de notation*, Repère, 2010.

J. GAUDEMET, *Droit privé romain*, Montchrestien, Paris, 2000.

P-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1929, 8ème éd.

N. GROPER, *Responsabilité des gestionnaires publics devant le juge financier*, *Dalloz Référence*, Paris, 2009.

E. LAFERRIERE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 2ème éd., tome 1er , 1896.

Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, *Dalloz*, Paris, 13ème éd.

F. MACORIG-VENIER, *Droit civil : les sûretés*, *L'Hermès*, Lyon, 1ère éd., 1999.

J. MAGNET, L. VALLERNAUD et T. VUGT, *La Cour des comptes – Les institutions associées et les chambres régionales des comptes*, Berger-Levrault, Paris, 2007.

Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés – la publicité foncière*, *Défrénois*, Paris, 4ème éd., 2009.

G. MARTY, P. RAYNAUD et Ph. JESTAZ, *Droit civil – les sûretés – la publicité foncière*, *Sirey*, Paris, 1987.

L. MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale. Son application en droit français*, *LGDJ*, Paris, 1924, 2ème éd., rééd. *LGDJ* « Reprint », 1998, t. 1.

A-M. MORGAN DE RIVERY – GUILLAUD, *Le droit nord-américain des sûretés mobilières – UCC Article 9 et Saskatchewan PPSA*, LGDJ, Paris, 1990.

S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, Montchrestien, Paris, 4ème éd., 2014, p. 771.

V. NICOLAS, *Droit des contrats d'assurance*, *Economica*, 2012, p. 3.

M. J. NOINVILLE, *La COFACE, la garantie des risques à l'exportation*, Dunod, 1993.

J. RIVERO et J. WALINE, *Droit administratif*, *Dalloz*, Paris, 2002.

Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie (accidents de transport et de travail)*, *Bruylant*, Bruxelles, 1884.

J-B SEUBE, *Droit des sûretés*, *Dalloz*, Paris, 2004.

Ph. SIMLER et Ph.DELEBECQUE, *Droit civil – Les sûretés – La publicité foncière*, Dalloz, Paris, 5ème éd., 2009.

Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3ème éd., 2000, n°857.

T. TAZDAIT, *L'analyse économique de la confiance*, LMD, Ed. De Boeck Université, 1ère éd., 2008.

F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil – les obligations*, Dalloz, Paris, 9ème éd., 2005.

Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, *PUF*, Paris, 2ème éd., 1998.

J. WALINE, *Droit administratif*, Précis Dalloz, Paris, 23ème éd., 2010, p. 457.

M. WALINE, *Précis de droit administratif*, Ed. Montchrestien, Paris, 1969, I, p. 540.

II. OUVRAGES COLLECTIFS

J.-C. ANDRE, « La dette des entreprises publiques », *in* R. HERTZOG, *La dette publique en France*, *Economica*, Paris, 1990.

G. BIGOT, « Personnalité publique et puissance publique », *in La puissance publique,* colloques AFDA, *LexisNexis*, Paris, 2012.

J. BUISSON, *in La sécurité financière et l'Etat*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004.
D. DE BECHILLON, « L'Etat est-il une personne publique comme les autres ? », *in La personnalité publique*, colloque AFDA, Litec, Paris, 2007.

M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *in Les études dédiées à A. WEILL*, Dalloz, Paris, 1983.

J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », *in Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, Paris, 1998.

J.-P. CHANET, « Possibilités et perspectives de financement des équipements publics en crédit-bail », *in Le financement des équipements publics de demain*, *Economica*, 1986.

Y. CHAPUT, « Les clauses de garantie (sûretés négatives) », *in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels*, Colloque de l'Institut de Droit des Affaires d'Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

N. CHIFFLOT, « Les prérogatives de puissance publique – une proposition de définition », *in La puissance publique*, colloques AFDA, *LexisNexis*, 2012, p. 174.

F. CHOUVEL, « La responsabilité des collectivités locales du fait des garanties ou cautions accordées à des personnes morales de droit privé », *in Le financement du développement local*, *PUF*, 1995.

M. CONAN, « Les emprunts garantis par l'Etat », *in La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Condé-sur-Noireau, 2004.

H-M. CRUCIS, « L'Etat garant des collectivités locales », *in La sécurité financière et l'Etat*, *L'Harmattan*, Paris, 2004.

Ph. DAUTRY, ss l'article 61, *in La réforme du budget de l'Etat, la loi organique relative aux lois de finances*, *LGDJ*, coll. systèmes, 2ème éd., 2004.

Y. GAUDEMET, « La responsabilité de l'administration du fait de ses activités de contrôle », *in Mélanges* J. WALINE.

J. IMBERT, « De la sociologie au droit : la 'fides romaine' », *in Mélanges* H. LEVY-BRUHL, Sirey, 1959.

JULLIOT DE LA MORANDIERE, « Le rôle du juge d'après le projet de réforme du Code civil français », *in Aequitas une Bona Fides*, Basel, 1955.

Ph. LAMY, ss l'article 34, *in La réforme du budget de l'Etat, la loi organique relative aux lois de finances*, *LGDJ*, coll. systèmes, 2ème éd., 2004.

X. LATOUR, « L'exigence de sécurité financière en droit communautaire », in *La sécurité financière et l'Etat – Bilan et perspectives*, *L'Harmattan*, Paris, 2004.

J. MACQUERON, « La fidéjussion dans les tablettes de Pompéi », *in Mélanges offerts à J. DAUVILLIER*, Centre d'histoire juridique méridionale, Toulouse, 1979.

L. RICHER, « Les personnes publiques innommées », *in La personnalité publique*, colloque AFDA, Litec, Paris, 2007.

Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », *in Etudes offertes* à J. GHESTIN, *Le contrat au début du XXIème s*., *LGDJ*, Paris, 2001.

J. WALINE, « A propos de la tutelle sur les collectivités territoriale », *in Mélanges en l'honneur de* J-F. LACHAUME, *Le droit administratif : permanences et convergences*, *Dalloz*, Paris, 2007.

M. WAIBEL, « La faillite souveraine en droit – Un Etat peut-il faire faillite ? », *in Insolvabilité des Etats et dettes souveraines*, ss.la dir. M. AUDIT, *LGDJ*, Paris, 2011.

III.THESES

F. AKHOUNE, *Le statut du comptable en droit public financier*, préf. M. BOUVIER, *LGDJ*, Paris, 2008.

H. BARBIER, *La liberté de prendre des risques*, *PUAM*, thèse Aix-en-Provence, 2010.

N. BARGUE, *Essai sur la notion de garantie*, thèse Paris I, 2008.

S. BERNARD, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, thèse Grenoble, LGDJ, Paris, 2001.

J.-F. BOUDET, *La Caisse des dépôts et consignations*, Préf. L. SAIDJ, *L'Harmattan*, Paris, 2006.

J-D. BREDIN, *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*, *LGDJ*, Bibl. de droit privé, Paris, 1957.

A. CARTIER-BRESSON, *L'Etat actionnaire*, Préf. D. TRUCHET, *LGDJ*, Thèse Paris, 2010.

Ph. CASSON, *Les fonds de garantie – accidents de la circulation et de la chasse, infractions pénales, actes de terrorisme et contamination par le VIH*, *LGDJ*, Paris, 1999.

P. COËFFARD, *Garantie des vices cachés et « responsabilité civile de droit commun »*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005.

L. CONSTANS, « Le dualisme de la notion de personne morale administrative en droit français », préf. J-M. AUBY, Dalloz, Paris, 1966.

Th. CORTES, *La personnalité morale comme technique de droit public*, thèse Paris, 2012, p. 23.

P. CROCQ, *Propriété et garantie*, LGDJ, Paris, 1995, préf. M. GOBERT.

Ch.-A. DUBREUIL, L'Etat et les risques des entreprises, Thèse Paris, 2005.

M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, *CIDC*, Bruxelles, 1966.

V. FOUACHE, *Etablissement public et société commerciale. Le devenir de l'EPIC*, thèse Paris, 2005.

W.-E GONCALVES, *La garantie personnelle d'emprunt des Etats au sein de la société économique internationale (exemples de quelques pays : France – Côte d'Ivoire – Bénin)*, thèse, Paris, 2000.

B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse Nancy, 1963.

G. LAUBEL, *Assurances garanties par l'Etat – Caisses nationales d'assurances en cas de décès et en cas d'accident*, thèse Paris, 1907.

N. LEBLOND, *Assurances et sûretés*, thèse Paris II, 2007.

D. LEDOUBLE, *L'entreprise et le contrat*, préf. Cl. CHAMBAUD, *Bibliothèque du droit de l'entreprise*, Paris, 1980.

D. LEGEAIS, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, Coll. Droit des Affaires et de l'Entreprise, n°532.

P. LIGNIERES, *Les garanties d'emprunt données par les collectivités locales*, Litec, Paris, 1994, p. 386 et s.

M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne et mauvaise foi en droit administratif français*, thèse Strasbourg, 1978.

F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Préf. J.-A. MAZERES, *LGDJ*, Paris, 1997.

A. MBARGA, *L'indemnisation publique des victimes d'infractions – l'indemnisation par le Fonds de garantie*, *L'Harmattan*, Paris, 2000.

E. NETTER, *Les garanties indemnitaires*, thèse Strasbourg, 2009, p. 24.

A. PERRIN, *L'injonction en droit public français*, Préf. P. DEVOLVE, *Ed. Panthéon Assas*, Thèse Paris, 2009.

Ch. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe – Contribution à l'étude d'une mutation de la couverture des risques*, Dalloz, Paris, 2001.

M. SOUSSE, *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 1994.

B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, L. RODSTEIN, 1947.

B. SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux : contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité de droit commun*, préf. J. PATARIN, *LGDJ*, 1969.

S. THEBAULT, *L'ordonnateur en droit public financier*, préf. M. BOUVIER, *LGDJ*, Paris, 2007.

F. TRAIN, *Le principe de protection de la confiance légitime en droit administratif : genèse d'un nouveau principe général du droit*, thèse, Bordeaux, 2008.

B. TRESCHER, *Les activités économiques des entreprises sur le domaine public*, thèse Strasbourg, 1999.

J-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, préf. M. VASSEUR, *Sirey*, Paris, 1964.

S. ZIANI, *Service public et obligations de service public*, thèse, Strasbourg, 2013.

E. ZOLLER, *La bonne foi et le droit international public*, Préf. S. BASTID, *Ed. A. Pedone*, Paris, 1977.

IV. RAPPORTS

AMF, Rapport annuel au président de la République et au Parlement pour 2014.

AMF, Rapport au Parlement, *Conséquences de la création d'une agence de financement des collectivités locales*, février 2012.

AMF, *Rapport sur les agences de notation*, 19 août 2011.

P. CATALA, avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport à Monsieur Pascal CLEMENT, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, 22 sept. 2005.

CE, *Rapport d'étude sur les établissements publics*, 15 oct. 2009.

Conseil économique et social, *L'endettement public*, présenté par A. PRATE, Imprimerie des Journaux officiels, France, 1996.

Cour des comptes, *Le recensement de la comptabilisation des engagements hors bilan de l'Etat*, Communication à la Commission des finances du Sénat, 2013.

Cour des comptes, *Dexia : un sinistre coûteux, des risques persistants*, Rapport public thématique, juill. 2013.

Cour des comptes, *L'Etat et le financement de l'économie*, Rapport public thématique, 12 juill. 2012.

Cour des comptes, *Les modalités de mise en place de l'autorité de contrôle prudentiel,* Communication à la Commission des finances, de l'économie générae et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale, oct. 2011.

Cour des comptes, *Les aides des collectivités territoriales au développement*, Rapport, nov. 2007.

Cour des comptes, *La gestion de la dette et de la trésorerie des collectivités territoriales*, Rapport public particulier, nov. 1991.

EDCE, *Les établissements publics*, 2010.

EDCE, « Rapport public 2005 : jurisprudence et avis de 2004. Responsabilité et socialisation du risque », *Documentation française*, Paris, 2005.

Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, *La documentation française*, 2000.

P. LORIDANT, *Rapport d'information fait au nom de la commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le développement de la notation des collectivités locales*, Sénat, n°449, 24 juin 1992.

Ph. MARINI, *Rapport fait au nom de la Commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de finances rectificative pour le financement de l'économie*, oct. 2008.

Ph. MARINI, *Rapport d'information fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur l'application de la loi du 1er août 2003 de sécurité financière*, 27 juill. 2004, n°431.

Sénat, Rapport n°7 (2014-2015) de Monsieur R. YUNG, fait au nome de la commission des finances, *Projet de loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière*, déposé le 9 oct. 2014.

Sénat, Rapport d'information n°673 (2010-2011) de Mme Annie JARRAUD-VERGNOLLE, MM. André LARDEUX et Paul BLANC fait au nom de la Commission des affaires sociales, *Influence du droit communautaire des aides d'Etat sur le financement des services sociaux par les collectivités territoriales*, déposé le 28 juin 2011.

Sénat, Rapport n°51 (1995-1996) de M. Alain LAMBERT, fait au nom de la commission des finances, , *Projet de loi relatif à l'action de l'Etat dans les plans de redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs*, déposé le 26 octobre 1995

J. D. WOLFENSOHN, *Rapport sur le développement dans le monde 1997 : L'Etat dans un monde en mutation*, Banque mondiale, p. III.

V. ARTICLES DE DOCTRINE

A. ALEMANNO, « Principe de précaution et contrôle de légalité par les juridictions communautaires », *D.* 2007, n°22, p. 1527 et s.

H. ARBOUSSET, « L'apparente simplicité du financement des fonds d'indemnisation », *RRJ* 2008, p. 1535 et s.

H. ARBOUSSET, « Amiante : la responsabilité de l'Etat est, enfin, reconnue par le Conseil d'Etat », *D*. 2004, p. 973 et s.

J-B. AUBY, « A propos des agences de notation », *DA* n°10, 2011, repère 9.

M.-C. AMIOT, « Règles applicables aux emprunts, aux garanties d'emprunts et cautionnements souscrits par les collectivités territoriales », *RDBF* (ex. RD banc. Bourse) 1988, p. 108.

L. BAHOUGNE, « Le principe selon lequel 'l'Etat est son propre assureur' », *RFDA* 2014, p. 1167 et s.

D. BAILLEUL, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP/CJEG* 2006, n°629, p. 105 et s.

Ch. BARTHELEMY, « La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ?, *RJEP/CJEG* 2004, p. 423 et s.

M. BAZEX, « Les aides d'Etat, instrument de régulation économique », *in* Le droit de la concurrence à l'épreuve de la crise économique – Atelier de la consommation du 27 avril 2009, *Concurrence et consommation*, *Rev. Trim. de la DGCCRF*, avril-juin 2009, n°164, p. 19.

M. BAZEX, « Les garanties d'emprunt accordées par les (et aux) personnes publiques », *Rev. Trésor* 1989, p. 321 et s.

M. BAZEX et M. RAYNAUD-CONTAMINE, « Le régime des garanties d'emprunt octroyées conventionnellement par les collectivités publiques », *Marché public*, avril-mai 1984, n°201, p. 40.

G. BENOIT, A. LEFEBVRE, S. SEBAG et A. SPY, « Et si la France perdait son A ? », *Option finance* n°1149, 21 nov. 2011, p. 17.

L. BENOIT, « Décentralisation et développement économique : la nouvelle répartition des compétences », *AJDA* 2005, p. 1878 et s.

P. BON, « La responsabilité du fait des actes de tutelle », *RFDA* 2000, 108.

S. BRACQ, « Droit communautaire matériel et qualification juridique : le financement des obligations de service public au cœur de la tourmente », *RTD Eur.,* 2004, p. 33 et s.

S. BRONDEL, « Un nouveau rapport du Conseil d'Etat sur les établissements publics », *AJDA* 2010, p. 981.

F. CHOUVEL, « La garantie d'emprunt peut être un contrat administratif ou un contrat de droit privé », *AJDA* 1997, p. 477 et s.

G. CAPDEBOSCQ et M.-Ch. DOKHELAR, « Les rapports publics thématiques de la Cour des comptes », *RFFP* 2007, n°99, p. 25 et s.

P. CASSIA, « La contrainte au paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une décision juridictionnelle par une collectivité territoriale », *AJDA* 2007, p. 1218 et s.

F. CHOUVEL, « Régime des aides financières accordées par des collectivités territoriales aux associations sportives », *AJDA* 1996, p. 951.

M. CONAN, « De la garantie de l'Etat en lois de finances rectificatives – plan de financement et plan de relance de l'économie », *DA*, n°5, 2009, pp. 17-24.

Ph. COSSALTER, « Les EPIC face au droit de la concurrence », *JCP Adm.* 2009, 2221.

J. DABRETEAU, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'Etat au profit de ses EPIC », *AJDA 2010*, p. 2346 et s.

B. DELAUNAY, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de la propriété dans les Etats membres », *RJEP* 2009, étude 11.

A. DELION, « La crise financière et le retour des Etats », *RFAP* 2008, n°128, p. 799 et s.

A. DELION, « Les sociétés d'économie mixte : seulement locales ou également nationales ? », *RFDA* 2005, p. 977.

A. DELION, « Les garanties d'Etat et leur évolution », *RJEP*/*CJEG* oct. 2004, n°613, p. 417 et s.

A. DELION, « Les garanties d'emprunt des collectivités locales et de l'Etat », *LPA*, juin 1998, n°72.

A. DELION et M. DURUPTY, « L'intervention dans Dexia et la création de sociétés financières » *in* « Chronique du secteur public économique », *RFAP* 2008, n°128, p. 844 et s.

Ch. DESCHEEMAEKER, « La responsabilité personnelle des ordonnateurs des collectivités locales », *RFFP* 1993, n°43, p. 49 et s.

Ch. DESCHEEMAEKER, « Les procédures d'exécution des décisions de justice : la menace du déféré en Cour de discipline budgétaire et financière », *Le courrier juridique des finances*, 2ème partie, n°25, juin 1992.

P J.-H. DINER et J.-L. PIERRE, « Réflexions sur le régime d'imposition des opérations de marché », *JCP E* 1988, II, 15194, p. 378 et s.

X. DOMINO,E. FATOME, Y. JEGOUZO, F. LOLOUM et O. SCHRAMECK, « Questions sur l'avenir de l'établissement public – A propos du rapport du Conseil d'Etat », *AJDA* 2010, p. 1238 et s.

F. DONNAT et D. CASAS, « Lorsque l'administration ne peut plus, sans faute, rester inactive », *AJDA* 2004, p. 974 et s

M. DREIFUSS et A. BOMPARD, « Du pouvoir comminatoire au pouvoir de sanction : la liquidation de l'astreinte », *AJDA* 1998, p. 3 et s.

G. ECKERT, « Quelle place pour la libre concurrence ? », *RJEP* n°718, avril 2014, comm. 18.

G. ECKERT, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », *JCP Adm*., n°21, 2014, 2160.

G. ECKERT, « Droit administratif et finances publiques : l'Etat et le financement de l'économie », chron. De droit public financier, *RFDA* 2013, p. 1106.

G. ECKERT, « Les pouvoirs publics face aux difficultés du groupe Dexia et aux besoins de financement des collectivités territoriales », *LPA*, sept. 2012, p. 1 et s.

G. ECKERT, « Le crédit-bail immobilier est un contrat administratif mais pas un marché public de travaux », *Contrats-Marchés publ.* , 2012, comm. 39.

G. ECKERT, « Les procédures d'insolvabilité et les aides d'Etat : la politique de la Commission », *LPA*, 11 juin 2008, n°117, p. 13 et s.

G. ECKERT, « Le cautionnement des emprunts des personnes privées par les collectivités territoriales », *CMP*, n°7, juill. 2002, 7.

G. EVEILLARD, « Existe-t-il encore une responsabilité administrative pour faute lourde en matière de police administrative ? », *RFDA* 2006, p. 733 et s.

F. EWALD, « Politiques de l'assurance obligatoire », *Risques*, n°12, 1992, oct.-déc., p. 77.

E. FATOME, « L'apport en garantie des équipements publics », *RIDC*, 1-2002, p. 61 et s.

M-H. FRAYSSINET, « Réflexions sur la question de la faute dans la responsabilité de l'Etat puissance publique », *RRJ* 2003, p. 363 et s.

R. GARNIER, « Les fonds publics de socialisation des risques », *JCP G* 2003, I, p. 1133.

E. GEFFRAY, « Loi de 1905 et aides des collectivités publiques aux cultes », *RFDA* 2011, p. 967 et s.

J. GHESTIN, « La notion de contrat », *D.*, 1990, chron., p. 146 et s.

A. GOURIO, F. BERTOUT et A. POTIEZ, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie des prêts », *RD banc. et bourse*, 1994, *Cahier Gestion du Patrimoine*, suppl. nov.-déc. 1994, p. 4 et s.

Ch. GUETTIER, « Du droit de la responsabilité administrative dans ses rapports avec la notion de risque », *AJDA* 2005, p. 1499 et s.

J. HARDY, « La création d'un fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante – Article 53 de la loi de financement de la sécurité sociales pour 2001 », *JCP E* 2001, I, p. 605 et s.

M. HAURIOU, « Les actions en indemnité contre l'Etat pour préjudices causés dans l'administration publique », *RDP*, 1896.

R. HERTZOG, « La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », *AJDA* 2004, p. 2003 et s.

M-A. HERMITTE, « Relire l'ordre juridique à la lumière du principe de précaution », *D.* 2007, n°22, p. 1521.

Ch. HUGON, « L'Etat responsable des dettes des collectivités territoriales », *D.* 2007, p. 545 et s.

A. JACQUEMET-GAUCHE, « La responsabilité pour risque en droit administratif français et allemand », *DA* n°10, oct. 2011, étude 19.

S. JEBBOUR, « La promesse de porte-fort est-elle une garantie de l'article L. 225-35, alinéa 4 du Code de commerce ? », *Rev. Sociétés*, févr. 2012, p. 5 et s.

G. JEZE, « La garantie des emprunts publics d'Etat », *RCADI*, 1925, II, p. 151.

M. KARPENSCHIF, « Les EPIC dans tous leurs états », *JCP Adm.* 2009, 2197.

M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA* 2002, p. 95 et s.

C. LANDAIS et F. LENICA, « Le pouvoir de substitution du préfet en cas d'inexécution de la chose jugée par les collectivités territoriales », *AJDA* 2006, p. 137 et s.

O. LANDEL, « L'Agence France Locale : un outil conçu par et pour les collectivités territoriales », *AJ Collectivités territoriales*, 2014, p. 46 et s.

Ch. LANOË, « La construction d'un crédit public et l'apparition de la notion de garantie de l'Etat », *Rev. Trésor*, 1993, p. 283 et s .

J.- C. LAPOUBLE, « Les chambres régionales des comptes et la gestion des clubs sportifs », *AJDA* 2002, p. 1262 et s

N. LEBLOND, « Une sûreté méconnue : l'assurance-crédit », *RLDC* 2010, n°3880.

N. LEBLOND, « Anticipation et mutualisation du risque : l'assurance-crédit », *Gaz. Pal.*, 30 déc. 2010, n°364, p. 24 et s.

Ch. LEMAIRE, « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *CJEG* 2004, p. 404.

L. LEVOYER, « Le plan de relance et les nouvelles conditions de financement des PPP », *JCP E* 2009, 1688.

P. LIGNIERES, « Le droit de la concurrence peut-il limiter l'octroi de garanties d'emprunt par les collectivités locales ? », *JCP E* 1993, II, 285, p. 471 et s.

F. LOMBARD, « Une convention tripartite est un contrat administratif », note sous CE, 6 déc. 2013, n° 370074, *AJDA* 2014, 741.

M. LOMBARD, « 80 ans après l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers : pavane pour une infante défunte », *RJEP* 2011, n°683, repère 2.

M. LOMBARD, « La crise : une parenthèse ? Plutôt un tournant… », *RJEP* 2009, p. 1.

Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », *D.* 1972, I, chron., p. 43 et s.

Ch. MAUGÜE et G. BACHELIER, « Genèse et présentation du Code général de la propriété des personnes publiques », *AJDA* 2006, 1073.

L. MAYAUX, « Réflexions sur le principe de précaution et le droit des assurances », *RGDA* 2003, n°2, p. 269 et s.

J. MESTRE, « La déchéance du terme pour diminution des sûretés », *RTD Civ.* 1995, p. 110.

G. MOLLION, « La théorie de l'accessoire dans les contrats publics », *Contrats marchés publ*., n°8, 2009, étude 10.

V. MONTMAUR, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », *Dalloz actualité*, 17 janv. 2012.

J. MOREAU, « Les aides locales aux entreprises et le développement économique », *JCP Adm.* 2006, étude n°1106.

J. MOURY, « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.* 2012, p. 1020 et s.

J. MOURY, « Une nouvelle fonction du droit : éviter le risque avéré, envisager le risque suspecté », *LPA* 2 mai 2002, n°87-88, p. 3 et s.

M. MOUILLART, « Hypothèque ou caution (de la garantie à la réassurance) », *Rev. Banque*, oct. 498, n°498, p. 906.

X. MOURIESSE, « Garanties et cautionnement d'emprunts : quelles perspectives d'utilisation pour les collectivités locales ? », *Rev. Lamy Coll. Terr.* 2007, étude n°27.

J-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.* 1988, p. 481 et s.
P. MOUZET, « Du nouveau sur le régime des dépenses obligatoires locales », *AJDA* 2007, p. 1289 et s.

J.-Cl. NEMERY, « Les collectivités territoriales et la garantie d'emprunt », *JCP E* 1998, suppl. n°1, p. 10.

S. NICINSKI, « Le fonds stratégique d'investissement », *RFDA* 2012, p. 449 et s.

S. NICINSKI, « Les sociétés publiques locales et le droit de la concurrence », *RFDA* 2012, p. 1135 et s.

S. NICINSKY, "Le plan de reliance de l'économie", *RFDA* 2009, 273.

S. NICINSKI, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008, I, p. 38 et s.

V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA*, 1998, p. 637 et s.

R. NOGUELLOU, « Les engagements hors bilan de l'Etat », *DA* n°8, août 2013, alerte 62.

R. NOGUELLOU, « La condamnation du statut d'EPIC », *DA* n°11, nov. 2012, alerte 54.

R. NOGUELLOU, « La crise et l'exécution financière des marchés publics et des partenariats public-privé », *RDI* 2009, p. 278 et s.

R. NOGUELLOU, « Les entreprises publiques sous le feu du droit communautaire », *DA* 2007, alerte 32.

PERCEROU, « *La nature juridique de l'assurance-crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ? », RGAT* 1970*,* p. 350 et s.

J. PETIT, « L'affaire du Mediator : la responsabilité de l'Etat », note sous TA Paris, 3 juill. 2014, n°1312345, *RFDA* 2014, p. 1193 et s.

J.-M. PONTIER, « Une histoire sans fin ? – Ecole privée, école publique, la parité de financement », *JCP Adm.* 2009, 2272.

J.-M. PONTIER, « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA* 2007.

J.-M. PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA* 2003, p. 1752 et s.

J. PRADA, « Faut-il opposer contrôle privé / contrôle public ? », *RFFP* 1993, n°43, p. 81 et s.

E. PRADA-BORDENAVE, « Les carences de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'amiante », *RFDA* 2004, p. 612 et s.

D. PREAT, « La garantie de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ? » ? *LPA* 26 juin 2000, n°18, p. 4.

Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 2 – les voies de la réforme : la promotion du droit de la sûreté », *D.* 1999, chron. p. 323et s.

L. RAPP, « Le financement des sociétés publiques locales », *RFDA* 2012, p. 1107 et s.

I. RIBET, « EPIC : un statut en sursis ? », *Connexions*, juill.-août 2008, p. 14 et s.

N. RONTCHEVSKY et M. STORCK, « Une tentative de réponse française à la crise financière : commentaire de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 », *RTD Com.* 2011, p. 138 et s.

F. ROUVIERE, « L'obligation comme garantie », *RTD Civ.* 2011, 1.

R. SAVATIER, « Règles générales de la responsabilité civile », *Rev. crit*., 1924, n°29.

S. SAUL, « L'Etat et l'assurance des risques à l'exportation : la COFACE (1946-1966) », *Histoire, économie et société*, 2002, n°21-3, pp. 357-375.

A. SEE, « Le surprenant 'service public de la communication extérieure des patients' », *DA*, n°5, 2014, comm. 32.

Ph. SIMLER, « Recours du garant de la livraison à prix et délai convenus contre le constructeur défaillant. Résistance à la jurisprudence de la Cour de cassation », *Constr. Et urban*., déc. 2008, étude n°15, p. 7.

Ph. SIMLER, « La réforme du droit des sûretés – Un livre IV nouveau du Code civil », *JCP G* 2006, n°13, 29 mars 2006, I 124.

E. SOUTEYRAND, « La responsabilité de l'administration », *AJDA* n°spécial, juil.-août 1999, pp. 92-93.

H. SYNVET, « L'Autorité de contrôle prudentiel sous le regard de la Cour des comptes », *D.* 2012, p.544 et s.

J. STOUFFLET, « La reconnaissance par l'ordonnance du 23 mars 2006 de deux types de garanties issues de la pratique : la garantie autonome et la lettre d'intention », *Rev. Sociétés*, n°3, 2006, p. 473 et s.

Ph. TERNEYRE, « Crédit-bail immobilier et collectivités publiques », *Dalloz Action/Construction*, 2013, Dossier 270.

Ph. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA* 1994, p. 43 et s.

G. TERRIEN, « Les évolutions de la notation financière des collectivités territoriales », *JCP Adm.* 2007, n°9, 2049, p. 26 et s.».

J.-F. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 135 et s.

O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », *D.* 1989, II, p. 237 et s.

G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *RFDA* 2009, p. 643 et s.

Ch. VAUTROT-SCHWARZ, « La garantie des collectivités territoriales : pour l'amour du risque », AJDA 2014, p. 2008 et s.

G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851.

G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.

F. VINCENT, « Droit public et assurance », *RGAT* 1991, p. 241 et s.

A. VOINNESSON, 5ème journées juridiques franco-héllèniques (Thessalonique-Volos, 27-30 sept. 1990), *RIDC* 1991, p. 213.

L. WAGNER, « Aides d'Etat : la Commission européenne confrontée au risque systémique », *Europe* 2009, étude 1.

Ch. WALINE et F.-R. BENOIS, « Le Parlement et la crise financière », *RJEP* n°662, mars 2009, étude 4.

J.-P. WAUQUIER, « La convention de garantie d'emprunt : un outil économique performant mais non sans danger », *Rev. Trésor*, 2004, p. 270 et s.

VI. ARTICLES DE JOURNAUX

Les Echos, « L'année où l'Etat descendit du ciel », *Les Echos*, 31déc. 2010 et 1er janv. 2011, J-M VITTORI.

France Info, « Les agences de notation sont-elles légitimes ? », 21 septembre 2015.

Le Monde, « Standard and Poor's annonce par erreur la dégradation de la note de la France », 10 nov. 2011.

Le Monde, « Le statut de la SNCF et de la RATP remis en cause par l'UE », 3 avril 2014, A. MICHEL et AFP.

VII. CONCLUSIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

M. BAZEX, note ss. CJUE, 3 avril 2014, aff. C-559/12, *République française c/ Commission*, *DA*, n°7, 2014, « Le régime des aides d'Etat octroyées sous forme de garantie aux opérateurs publics », comm. 42.

M. BAZEX, note ss. Cons. Const., 27 sept. 2013, n°2013-344 QPC, *Sté SCOR SE*, *DA* n°2, févr. 2014, « Le régime de la réassurance des risques résultant des catastrophes naturelles », comm. 15.

M. BAZEX et S. BLAZY, note ss. Comm. CE, déc. N°2005/145, 16 déc. 2003, JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9, *DA* 2005, « Un statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'Etat ? »., 61.

C. BIGET, note ss. CE avis, 7 avril 2010, *M. Idrissi et autres*, req. n°333407, *AJDA* 2010, p. 758.

P. BON, « La responsabilité des actes de tutelle », note ss Conseil d'Etat, 10 novembre 1999, *Société de gestion du port de Campoloro* et Conseil d'Etat, 21 juin 2000, *Ministre de l'Equipement, des Transports et du Logement c./ Commune de Roquebrune-Cap-Martin*, *RFDA* 2000, p. 1096 et s.

E. BROCARD, note ss. Cass. Com. 9 juill. 2002, *Lordex c/ Société La Rhénane*,. *Rev. Sociétés* 2003, n°1, pp. 124-129.

S. BRONDEL, note ss. CE, 28 oct. 2002, *Commune de Moiselles*, req. n°232060, *AJDA* 2002, « Le cautionnement d'emprunt : un contentieux éclaté entre juges administratif et judiciaire », p. 1494 et s.

Th. CELERIER, concl. TA Lille, 3 nov. 1995, *Préfet du Nord c./ Commune d'Hoymille*, req. n°95-1787, *BJDU*, 1996, p. 31 et s.

N. CHARMEIL et Ph. BILLET, notes ss. CE, ass., 26 oct. 2011, *Cne Saint-Denis, Cne Pennes-Mirabeau et SFR*, n° 326492, 329904, 341767 et 341768, *JCP Adm.* 2012, n°1, p. 37 et s.

F.CHOUVEL, note ss. CE, 16 janv. 1995, *Ville de Saint Denis*, *AJDA* 1995, p. 657.

DAVID, concl. TC 8 février 1873, *Blanco*, p. 61..

Ph. DELEBECQUE, note ss. CA Paris, 11 mai 1993, *Société Ford France et a. c/ Société Immobail BTP*, Rev. Sociétés 1993, pp. 589-595.

Ph. DELEBECQUE, note ss. Cass. Com, 17 nov. 1992, n° 90-19.073, *Rev. sociétés*, 1993, n°3, pp. 585-589.

X. DELPECH., note ss. Cass. Com., 23 janv. 2007, n° de pourvoi : 05-13189, *D.* 2007, p. 442.

C. DEVES, note ss TA Grenoble, 27 janv. 1988, *Ruphy et autres c./ Commune de La Clusaz*, *JCP G* 1989, II, n°21265.

S. DEYGAS, note ss. CE, sect., 17 juill. 2009, *Ville de Brest*, req. n°295653,, *Procédures* 2009, « Les principes généraux de la procédure française exigent le respect du délai raisonnable », n°10, comm. 340.

G. ECKERT, notes ss CE, 19 novembre 2013, *Sté Credemlux International*, n°352615, *RJEP*, n°720, juin 2014, « Conséquences d'un cautionnement irrégulièrement accordé », comm. 24.

G. ECKERT, comm. 4, note ss CE, 4 juill. 2012, *Dpt de Saône-et-Loire*, n°356168, *RJEP* 2013, « Une collectivité territoriale est-elle un actionnaire ordinaire ? », n°704,

G. ECKERT, note ss CE, 24 nov. 2010, *Amauger, es qualité*, req. n°328189, *Contrats marchés publ*., n°2, 2011, « Société en liquidation judiciaire : quelles conséquences tirer de l'absence de déclaration de la créance publique ? », comm. 41.

G. ECKERT, note ss. CE, 30 mai 2007, *Sieur A c/ Cne d'Aix-en-Provence*, req. n°284744, *Contrats marchés Publ*. 2007, « Garantie d'emprunt et organisme d'intérêt général », comm. 223.

G. ECKERT, note ss. CE, 28 oct. 2002, *Commune de Moisselles*, req. n°232060, *Contrats marchés publ*. 2002, « Conditions d'octroi de la garantie d'une commune », comm. 258.

G. ECKERT. Note ss.CE, Sect., 27 oct. 2000, *BFG Bank Luxembourg SA*, *Contrats marchés publ.* 2001, comm. n°21.

G. ECKERT, note ss. CE, sect., 27 oct. 2000, *Société BFG Luxembourg*, req. n°172350, *Contrats marchés publ*., 2001, « Validité d'une convention de garantie d'emprunt », comm. n°21.

G. ECKERT, note ss. Cass. 1ère Civ., 7 déc. 1999, *WestpacBankingCorp c/ Territoire de la Nouvelle Calédonie*, *Bull. civ* I, n°336, *Contrats-marchés publ*. 2001, comm. n°21.

E. FATOME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le 'droit commun' de la 'commande publique' et de la domanialité publique – A propos de la décision du Conseil constitutionnel n°2003-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA* 2003, p. 2348 et s.

V. GRELLIERE, note ss. Cass. Com, 18 mars 1997, n°15-081, *JCP E* 1997, n°97, pp. 155-157.

N. JÄÄSKINEN, concl. de l'avocat général, *République française c./ Commission européenne*, aff. C-559/12 P, présentées le 21 novembre 2013.

D. LABETOULLE, « La responsabilité des AAI dotées de la personnalité morale : coup d'arrêt à l'idée de 'garantie de l'Etat' – A propos de l'avis du Conseil d'Etat du 8 septembre 2005 », *RJEP/CJEG*, oct. 2006, n°635, p. 363.

F. LLORENS, notes ss. CE, 6 déc. 1989, *Caisse fédérale du Crédit Mutuel d'Ile-de-France c/ Commune de Torcy,* req. n°74140 et CE, 6 déc. 1989, *Société anonyme de crédit à l'industrie française (CALIF),* req. n°75991, *LPA*, 4 juill. 1990, « Le contentieux des garanties d'emprunt accordées par les collectivités locales », n°80, p.23.

M. MASSOT, concl. TC, 12 janv. 1987, *Ville d'Eaubonne c./G. O. B.T.P.*, *D.* 1987, p. 205 et s.

A. MENDRAS, concl., CAA Paris, 13 déc. 1994, *Antoine*, *AJDA* 1995, p. 63.

M.-Cl. DE MONTECLER, note ss. CE, 29 oct. 2010, *Ministère de l'alimentation, de l'agriculture et de la pêche c. Sté Sofunag Environnement*, req. n°338001, *Dalloz actualité*, 09 nov. 2010, « Application de la jurisprudence Campoloro à une association syndicale autorisée ».

J. MOREAU, note ss. CE, 29 sept. 2004, *Office national interprofessionnel des viandes, de l'élevage et de l'aviculture (ONIVEA)*, req. n°261790, *JCP Adm.* 2004, 211.

J. MOREAU, note ss. CE, 9 juill. 2003, *Caisse régionale de crédit agricole mutuel de Champagne-Ardenne*, *JCP Adm* 2003, « Une garantie d'emprunt doit être annulée si la délibération qui la décide a eu lieu en présence de conseillers intéressés », n°1926, p. 1352.

H. PAULIAT, note ss. CE, 31 mai 2013, n°346876, 346945, *JCP Adm.* n°14, 2014, « Responsabilité de l'Office national des forêts : compétence judiciaire en l'absence de prérogatives de puissance publique », 2109.

P. REBIERE, note ss. CAA Douai, 20 déc. 2001, *Commune de Beaucamps-le-Vieux,CTI* 2002, comm. n°159.

M-C. ROUAULT, note ss. CE, 14 juin 2000, pourvoi n°199585, *JCP G* 2000, IV, 2704.

Ph. SIMLER, note ss. Cass. Civ. 3ème, 1er mars 2006, n°04-16297, *JCP G* 2006, I, 195, n°10.

Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, note ss. Cass. Com, 19 déc. 2006, n°05-18.836, , *JCP G* 2007, I, p. 28.

J. STOUFFLET, note ss. Cass. Com., 19 avril 2005, n°02-17.600., *JCP E* 2005, n°24, p. 1009, D. 2005, p. 1285.

H. SYNVET., note ss. Cass. Com., 21 déc. 1987, n° de pourvoi : 85-13173, *Rev. Soc*., 1988, p. 398.

F. TENAILLEAU et J.-L. TIXIER, « Le financement par crédit-bail des délégataires de service public – A propos de l'arrêt du Tribunal des conflits du 21 mars 2005, Slibail Energie c/ Ville Conflans-Sainte-Honorine », *Contrats-marchés publ*., n°7, 2005, étude 14.

Ph. TERNEYRE, note ss TC, 6 juin 1989, *Ville de Pamiers*, *JCP E* 1989, II, 15644, p. 733 et s.

G. VEDEL, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les Tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.

Ph. YOLKA, « Les entreprises publiques et l'assurance de garantie des salaires : solution de continuité ou continuité des solutions ? – En marge de l'arrêt SA France Telecom c/ AGS (Cour de cassation, chambre sociale, 7 septembre 2004) », *RDP*, 2005, n°4, p. 981 et s.

INDEX ALPHABETIQUE

A

Agences de notation 200, 432, 457

Aides publiques 372, 385

Assurance 26, 54, 75, 90, 102, 123, 148, 239, 258

Assurance-crédit 154, 258

Assurance-cautionnement 158

Assurance de garantie des salaires 163

Astreintes 183, 229, 363, 410, 453, 480, 490

Autorité de contrôle prudentiel et de résolution 442, 447

Autorité des marchés financiers 442

B

Banque de France 259, 344, 431, 435

Biens publics 39, 197, 276, 479, 486

Bonne foi 72, 81, 95, 170, 193

C

Caisse des dépôts et consignations 128, 258, 328, 427, 431, 438

Cautionnement 132, 134, 141, 145, 154, 205, 219, 226, 244, 252, 266, 289, 332, 338, 352, 390, 471, 478

Collectivités territoriales 29, 31, 46, 181, 184, 194, 199, 205, 219, 228, 234, 238, 245, 249, 265, 313, 320, 332, 341, 352, 373, 380, 409, 421, 431, 451, 460

Comptable public 439, 451

Confiance 25, 94, 118, 147, 152, 193, 250, 297, 421, 427, 441, 449, 457, 503, 516

COFACE 156, 251, 258

Cour des comptes 37, 80, 217, 244, 255, 308, 321, 388, 427, 431, 436, 446, 455, 483

Cour de discipline budgétaire et financière 439, 441, 451, 453, 482

Créance 30, 76, 84, 128, 131, 135, 156, 165, 198, 255, 263, 271, 287, 324, 342, 361, 364, 387, 394, 402, 410, 438, 472, 474, 480, 482, 484, 488, 491

Crédit-bail 146, 205, 277, 299, 333, 402

Crise 30, 37, 46, 76, 107, 115, 148, 155, 200, 207, 217, 222, 244, 249, 251, 254, 261, 299, 307, 403, 442, 458, 461, 463, 503, 510, 515

D

Décentralisation 134, 185, 245, 340, 345, 376, 380, 387

Deniers publics 38, 46, 197, 209, 280, 421, 439, 469, 470, 480, 482, 487

Dépenses publiques 257, 450, 470, 473

Développement économique 26, 31, 37, 203, 206, 208, 210, 244, 249, 252, 271, 301, 387, 389, 431, 503, 507, 517

Dommages 69, 85, 100, 102, 106, 133, 148, 150, 213, 231, 235, 241, 325, 487
Droits individuels 469, 487, 493, 509

E

Entreprises publiques 34, 39, 47, 104, 136, 142, 164, 176, 188, 190, 197, 219, 221, 258, 261, 263, 265, 300, 315, 352, 391, 394, 405, 409, 417, 435, 450, 455, 457, 465, 500, 507, 516
Environnement 98, 239, 241, 325, 487
Etablissements publics 34, 181, 184, 186, 189, 201, 221, 228, 230, 266, 299, 402, 406, 408, 414, 416, 419, 422, 516
Etablissements de crédit 106, 108, 156, 166, 206, 208, 252, 255, 258, 324, 329, 347, 381, 443, 445, 517
Etat actionnaire 308, 417

F

Faillite 90, 164, 189, 229, 264, 307, 407, 409, 519
Fonds de garantie 35, 106, 216, 222, 236, 325, 332, 347, 432, 441

G

Garantie à première demande 140, 145, 471
Garantie d'emprunt 29, 31, 80, 135, 182, 184, 362, 370, 380, 390, 472, 477
Garantie implicite et illimitée 34, 184, 189, 190, 265, 299, 410, 516
Garanties personnelles 29, 30, 166, 182, 204, 249, 276, 286, 290, 294, 320
Garanties réelles 30, 203, 286, 294, 319

H

Hypothèque 93, 127, 133, 146, 278, 291, 293

I

Injonction 479, 481, 484
Intérêt général 25, 26, 33, 40, 189, 203, 205, 209, 231, 249, 252, 280, 283, 292, 297, 301, 308, 313, 324, 326, 330, 342, 370, 372, 374, 413, 431, 444, 462, 492, 493, 507, 508, 517, 518, 520
Interventionnisme 26, 37, 70, 182, 222, 244, 245, 255, 261, 301, 340, 371, 372, 376, 413, 504, 507
Insaisissabilité 39, 188, 202, 220, 410, 479, 485, 508

L

Lettre d'intention 81, 126, 141, 146, 147
LOLF 207, 321, 327, 329
Loi de finances 37, 38, 47, 158, 186, 200, 207, 208, 209, 252, 256, 320, 330, 374, 434, 436, 439, 460

O

Obligations 28, 54, 57, 58, 64, 71, 77, 81, 85, 89, 96, 108, 130, 135, 138, 139,

141, 144, 162, 193, 194, 217, 234, 243, 262, 276, 326, 358, 360, 379, 411, 413, 418, 437, 444, 447, 489, 516

Obligations de service public 187, 189, 395

Ordonnateur public 438, 451

Oséo 253, 258

P

Principe d'égalité 131, 199, 212, 369, 372, 415

Principe de liberté du commerce et de l'industrie 210, 371, 375

Principe de précaution 98

Procédures collectives 39, 128, 164, 220, 250, 261, 299, 365, 411, 505, 508, 519

Procès équitable 488

Promesse de porte-fort 84, 94, 147

Puissance publique 33, 175, 179, 182, 187, 196, 209, 215, 222, 226, 229, 240, 253, 307, 314, 377, 384, 418, 483

R

Religion 193, 270

Rentabilité 203, 206, 207, 418, 508, 517

S

Sanction 64, 66, 71, 77, 194, 330, 374, 380, 439, 449, 453, 455, 479, 482, 484

Sécurité sociale 76, 163, 237, 239, 450, 454

Service public 33, 74, 165, 187, 197, 204, 256, 259, 283, 286, 287, 289, 333, 356, 357, 359, 361, 377, 384, 395, 408, 413, 453, 486, 490

Socialisation des risques 213, 239

Solidarité 145, 149, 151, 164, 186, 212, 230, 232, 237, 239, 353, 379

Sport 270, 272

T

Théorie de l'accessoire 84, 140, 287, 294, 358

Transparence 38, 104, 274, 308, 405, 421, 434, 441, 453, 458, 459, 462, 503, 504, 508, 510, 517, 519

U

Union bancaire 107, 446

V

Vérité 60, 63, 71, 94, 95

TABLE DES MATIERES

Liste des principales abréviations……15
Sommaire……...19
Introduction……...23

PARTIE 1 : La singularité de la notion de garantie publique……43
TITRE 1 : La construction de la notion de garantie……..51
Chapitre 1 : L'affirmation d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie……..57
Section 1 : L'échec de la conceptualisation de la notion de garantie……...58
§1. La théorie générale des obligations et la notion de garantie……...58
I. Le droit des contrats et la notion de garantie……...59
A. L'erreur sur la substance et la notion de garantie……..59
1. La recherche de fondement de la notion de garantie dans la notion d'erreur sur la substance……...59
2. La confusion de la jurisprudence relative à la distinction entre les notions de garantie et d'erreur sur la substance……...62
B. La cause et la notion de garantie……..64
II. La responsabilité et la notion de garantie……..68
A. L'incertitude de la notion de garantie comme fondement de la responsabilité……69
1. La présentation des liens entre la responsabilité et la notion de garantie...69
2. La recherche de fondement de la responsabilité……71
B. La responsabilité, une conséquence de l'engagement de la garantie……..75

§2. La notion d'obligation et la notion de garantie……77
I. La tentative d'assimilation de la garantie à une obligation……..78
A. La présentation de l'obligation de garantie……78
B. La manifestation de l'obligation de garantie……80
II. L'échec de la tentative d'assimilation de la garantie à une obligation..82
A. Les lacunes de la théorie de l'obligation de garantie……83
B. La limite du champ d'application de la théorie de l'obligation de garantie……..84

Section 2 : La pertinence d'une définition fonctionnelle de la notion de garantie……..87
§1. L'approche matérielle de la notion de garantie……87
I. L'absence de définition de la notion de garantie……..88
A. Le silence des textes et de la jurisprudence sur la notion de garantie…….88
1. L'absence de définition de la notion de garantie dans les textes et la jurisprudence……...88
2. Les tentatives de définition de la notion de garantie par le droit de l'Union européenne……..89
B. L'acception large retenue par la doctrine de la notion de garantie……92
1. La présentation des définitions de la notion données par la doctrine…….92
2. Les limites des définitions données par la doctrine……93
II. La présence de l'élément de confiance dans la notion de garantie……95
A. La notion de vérité et la notion de garantie……95
B. La notion de bonne foi et la notion de garantie……96

§2. La finalité comme élément déterminant de la notion de garantie……98
I. Le renforcement de la sécurité et la notion de garantie……98
A. La recherche de sécurité au travers du principe de précaution…99
1. Le principe de précaution et son intégration dans la Constitution……..99
2. Le principe de précaution et la notion de risque……...101
B. La notion de garantie au travers du principe de précaution et de sécurité financière……102
1. La prudence, élément commun à la sécurité financière et au principe de précaution……..102
2. La sécurité financière et le principe de précaution, éléments à la notion de garantie……..105
II. La gestion des risques et la notion de garantie……108
A. L'élément de gestion des risques dans la notion de garantie….109
1. La notion de garantie et la notion de risque……..109
2. La notion de garantie et le transfert du risque……...112
B. La manifestation de la notion de garantie dans la gestion des risques……..113
1. La garantie comme élément contractuel de gestion des risques……...113
2. La garantie comme engagement verbal de gestion des risques…….117
a. La notion de garantie et le serment……..117
b. La notion de garantie et les engagements verbaux au niveau du droit de l'Union européenne……119

Chapitre 2 : La confirmation d'une définition fonctionnelle de la garantie par rapport aux notions de sûretés et d'assurance…...123
Section 1 : Les sûretés, un sous-ensemble de la garantie…….123

§1. L'indépendance de la garantie par rapport à la notion de sûreté……124
I. La confusion entre les notions de sûreté et de garantie……...124
A. L'absence de définition par le législateur du terme de sûreté…...124
B. L'extension par les textes de la notion de garantie par rapport aux sûretés……...127
II. L'insuffisance des précisions issues de la jurisprudence dans le travail de définition des notions de sûreté et de garantie……129
A. L'apport de la jurisprudence judiciaire dans la distinction des notions de sûreté et de garantie……..130
1. L'acception large de la notion de sûreté dans la jurisprudence judiciaire……130
2. La recherche par la jurisprudence judiciaire de la finalité des mécanismes juridiques dans le travail de distinction entre les notions de sûreté et de garantie……..132
B. Les notions de sûreté et de garantie et la jurisprudence relative aux garanties et aux sûretés accordées par les personnes publiques……134

§2. L'intégration des sûretés dans la notion de garantie……..136
I. L'apport de la doctrine dans la confrontation entre les notions de sûreté et de garantie……136
A. Le rejet de la synonymie des notions de sûreté et de garantie…137
1. Une sûreté est une garantie……...137
2. Toute garantie n'est pas une sûreté……...138
B. L'acceptation de la distinction des notions de sûreté et de garantie……139
1. L'ambivalence de la distinction issue de l'appréciation du caractère annexe de la sûreté……139
2. L'appréciation et le dépassement de la distinction entre les obligations de résultat et de moyen à la lumière de la lettre d'intention……...141
II. Le choix de la conception intermédiaire……142
A. La présentation de la conception intermédiaire……142
1. De la conception stricte à la conception intermédiaire……143
2. L'apport de la distinction entre l'objet et l'effet de la conception intermédiaire……144
B. L'intérêt du choix de la conception intermédiaire……145
1. La confirmation par la conception intermédiaire de l'intégration des sûretés dans la notion de garantie……..145
2. Les limites du choix de la conception intermédiaire……146

Section 2 : L'assurance, un élément de la garantie……..147
§1. Le renforcement de la protection contre les risques par l'assurance...148
I. La prévalence de la liberté de s'assurer sur la liberté de prendre des risques……149

A. L'assurance comme instrument de protection contre les risques.....149
B. L'assurance comme instrument de gestion des risques……150
II. Le rapprochement des notions de garantie et d'assurance par rapport à la notion de risque……..151
A. La gestion des risques, élément de la notion de garantie……..152
B. La présence de la confiance, élément commun aux notions d'assurance et de garantie……153
§2. L'attribution d'un effet de garantie à l'assurance……154
I. Le rapprochement de l'assurance et de la notion de sûreté……154
A. L'assurance-crédit et le cautionnement……..154
1. La protection du créancier contre l'insolvabilité de son débiteur dans l'assurance-crédit et le cautionnement……..155
2. La prise en charge d'un risque dans l'assurance-crédit et le cautionnement……...157
B. L'assurance cautionnement et le cautionnement……...158
1. La présentation de l'assurance-cautionnement…….158
2. La jurisprudence judiciaire relative à la distinction entre l'assurance-cautionnement et le cautionnement……...158
II. L'association de l'assurance et de la notion de garantie……162
A. L'effet de garantie des assurances obligatoires……..162
1. La Sécurité sociale entre assurance et garantie…….163
2. L'assurance de garantie des salaires, une assurance à effet de garantie...164
B. L'effet de garantie accordé à l'assurance sur la vie……166

Conclusion du titre 1……...169

TITRE 2 : L'introduction de la notion de garantie en droit administratif……173
Chapitre 1 : La définition de la garantie publique……...179
Section 1 : La double singularité de la notion de garantie publique……180
§1. La singularité organique de la garantie publique……..180
I. La personne publique comme condition à la notion de garantie publique……181
A. La publicisation de la garantie par la personnalité publique…181
1. L'Etat et la notion de garantie……...182
2. Les collectivités territoriales et la notion de garantie……184
B. La normalisation de la garantie par la personnalité publique…..187
1. Les prérogatives de puissance publique et la notion de garantie……...187
2. Les obligations de service public et la notion de garantie……189
II. La personne publique comme garantie……191

A. L'implication de la personnalité publique dans la notion de garantie……..192
1. La confiance dans la personnalité juridique et la notion de garantie……192
2. L'élément de sécurité de la personnalité publique et la notion de garantie……..194
B. La manifestation de la notion de garantie par la personnalité publique……197
1. La présence de la notion de garantie dans les personnes publiques autres que l'Etat……...197
2. L'omniprésence de la notion de garantie dans l'Etat……199

§2. La singularité matérielle de la garantie publique……...203
I. La finalité de la garantie publique……...203
A. La finalité économique de la garantie publique……203
1. Le développement économique et la notion de garantie publique……204
2. La recherche de rentabilité et la notion de garantie publique……...207
B. L'absence de finalité non-économique de la garantie publique…209
1. L'intérêt général et la notion de garantie publique……...209
2. La socialisation des risques et la notion de garantie publique……..213
II. L'universalité de la garantie publique……..216
A. L'intemporalité de la garantie publique……216
B. La souplesse de la garantie publique……..…219

Section 2 : La délimitation de la notion de garantie publique……222
§1. La singularité de l'apport du droit de la responsabilité de la puissance publique à la notion de garantie……..223
I. La notion de faute en droit de la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique……..223
A. L'établissement de la faute en droit de la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique……224
B. La faute lourde en droit de la responsabilité de la puissance publique et la notion de garantie publique……227
II. La responsabilité sans faute de la puissance publique et la notion de garantie publique……230
A. La responsabilité pour risque et la notion de garantie publique…230
B. La prévention des risques et la notion de garantie publique……233

§2. La singularité de l'admission des fonds de garantie dans la notion de garantie publique……236
I. Les fonds de garantie comme élément de la notion de garantie publique……237

A. La responsabilisation des fonds de garantie et la notion de garantie publique…….237
B. La prévention des risques et les fonds de garantie par rapport aux notions de solidarité et de garantie publique……..239
1. L'intérêt des fonds de socialisation des risques et la notion de garantie publique…….239
2. L'exemple environnemental en faveur des fonds de socialisation des risques……...241
II. Les fonds de garantie comme instrument de garantie publique……..242
A. La matérialisation de la garantie publique par les fonds de garantie……242
B. La systématisation de la garantie publique par les fonds de garantie……244

Chapitre 2 : Le domaine des garanties publiques……249
Section 1 : La pluralité des garanties publiques à titre principal……...250
§1. L'influence des garanties accordées par l'Etat……250
I. La singularité des garanties accordées par l'Etat au profit des entreprises……..250
A. La diversité des garanties de l'Etat accordées aux entreprises….251
1. Les garanties de l'Etat accordées aux entreprises et les périodes de croissance économique……..251
2. Les garanties de l'Etat accordées aux entreprises et les périodes de crise économique……...255
B. La particularité de la garantie de l'Etat accordée à la Coface….258
II. L'originalité des garanties de l'Etat accordées lors de procédures collectives……261
A. L'importance du rôle des garanties de l'Etat dans le cadre de procédures collectives de grandes entreprises françaises…….261
B. Les caractères implicite et illimité de la garantie de l'Etat à l'égard d'entreprises publiques……..263

§2. L'autonomie des garanties accordées par les collectivités territoriales…….265
I. Les garanties accordées dans le cadre du Code général des collectivités territoriales.....266
A. La décentralisation au profit des garanties accordées par les collectivités territoriales…….266
B. Le développement de la distinction entre garanties d'emprunt et cautionnements accordés par les collectivités territoriales……268
II. Le champ d'application des garanties accordées par les collectivités territoriales……270

A. Les entreprises et les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales……..270
B. Les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales en matière de sport et de culte……272
1. Les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales en matière de sport……272
2. Les garanties d'emprunt ou les cautionnements accordés par les collectivités territoriales en matière cultuelle……...275

Section 2 : L'essor des garanties publiques à titre accessoire….276
§1. La fragilité du crédit-bail comme mécanisme de garantie publique…277
I. L'apport du crédit-bail pour la notion de garantie publique……..277
A. Le principe d'interdiction du recours au crédit-bail dans la sphère publique……..278
B. L'existence d'exceptions au principe d'interdiction du recours au crédit-bail dans la sphère publique…….279
II. L'apport de la requalification du crédit-bail en contrats de la commande publique pour la notion de garantie publique……281
A. L'éventualité de la requalification du crédit-bail en marchés publics et la notion de garantie publique……281
B. Le maintien de l'intérêt du recours au crédit-bail dans la sphère publique et la notion de garantie publique……283

§2. Le développement des garanties personnelles dans la sphère publique……..286
I. Les contrats de la commande publique et la notion de garantie publique……287
A. Les financements des contrats de la commande publique et la notion de garantie publique……287
B. La théorie de l'accessoire dans les contrats de la commande publique et la notion de garantie publique……289
II. La continuité du service public et la notion de garantie publique……290
A. L'apport de la protection des propriétés publiques à la notion de garantie publique……290
B. L'apport des conventions tripartites à la notion de garantie publique……..294

Conclusion du titre 2……...297
Conclusion de la première partie……...299

PARTIE 2 : La singularité du régime des garanties publiques……..303
TITRE 1 : La singularité matérielle du régime des garanties publiques……..311
Chapitre 1 : L'encadrement des garanties publiques par le droit administratif……319
Section 1 : La constitution des garanties publiques…….320
§1. La singularité de la formation des garanties de l'Etat……..320
I. La subordination des garanties de l'Etat à une autorisation législative……321
A. La compétence de principe du législateur issue de la LOLF en matière d'octroi des garanties de l'Etat……321
B. L'application de l'article 34-II-5° de la LOLF relatif à la compétence de principe du législateur en matière d'octroi des garanties de l'Etat……..324
II. La particularité de l'apport des garanties de l'Etat sans autorisation législative…….326
A. L'application du régime transitoire aux garanties de l'Etat octroyées sans autorisation du législateur…….327
B. Les conséquences de l'application de l'article 61 de la LOLF aux garanties de l'Etat……..329

§2. La rigidité de la formation des garanties accordées par les collectivités territoriales…….332
I. Le respect de la forme de l'engagement lors de l'octroi de garanties par les collectivités territoriales…….333
A. La nécessité de conclure une convention de garantie par la collectivité territoriale…….333
B. Le respect des conditions de validité de l'engagement des collectivités territoriales en matière de garantie……335
II. Le respect des règles de prudence et de partage des risques par les collectivités territoriales lors de l'octroi de garanties publiques….340
A. La présentation du régime fixé par le Code général des collectivités territoriales pour les garanties d'emprunt et les cautionnements…….341
B. L'appréciation du régime fixé par le Code général des collectivités territoriales selon la forme de garantie accordée par la collectivité territoriale……345

Section 2 : La mise en œuvre des garanties publiques…….348
§1. L'appel des garanties publiques……349

I. La préoccupation de sécurité lors de l'appel des garanties publiques….349
A. La protection du créancier par des conditions strictes en matière de retrait des garanties publiques……349
B. Le contrôle des conflits d'intérêt lors de l'appel des garanties accordées par les collectivités territoriales……351
II. L'importance de la personne publique lors de l'appel des garanties publiques……..352
A. L'appel des garanties accordées par les collectivités territoriales……..352
B. L'appel des garanties accordées par l'Etat……354

§2. La répartition des compétences juridictionnelles pour les litiges relatifs aux garanties publiques……355
I. La répartition des compétences juridictionnelles pour les litiges relatifs aux garanties publiques……..355
A. La compétence de principe des juridictions judiciaires pour les litiges relatifs aux garanties publiques……..356
B. La compétence d'exception des juridictions administratives pour les litiges relatifs aux garanties publiques……..358
II. La répartition des compétences juridictionnelles en matière de légalité des actes accordant une garantie publique……361
A. La compétence des juridictions administratives et les litiges relatifs à la légalité des actes accordant une garantie publique…….362
B. La répartition des compétences juridictionnelles en matière de légalité des actes accordant une garantie publique et l'ouverture d'une procédure collective……..364

Chapitre 2 : L'encadrement des garanties publiques par le droit de la concurrence…….369
Section 1 : Le respect par les garanties publiques du droit interne de la concurrence…….371
§1. La souplesse de l'application des grands principes du droit public aux garanties publiques……371
I. Le principe d'égalité et les garanties publiques……372
A. Le respect du principe d'égalité par les garanties publiques…..372
B. L'intérêt général face au respect du principe d'égalité par les garanties publiques……374
II. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie et les garanties publiques……..376
A. Le respect du principe de liberté du commerce et de l'industrie lors de l'octroi des garanties publiques……376

B. La complexité de l'application du principe de liberté du commerce et de l'industrie aux garanties publiques……377

§2. L'exigence d'une application stricte du droit interne de la concurrence aux garanties publiques…….379

I. L'application des grands principes du droit interne de la concurrence aux garanties publiques……..380

A. La perturbation du marché concurrentiel par l'octroi des garanties publiques…….380

B. Les moyens offerts par le droit interne de la concurrence pour sanctionner les atteintes à la concurrence des garanties publiques…….382

1. Les garanties publiques et l'action en concurrence déloyale……382
2. Les garanties publiques et les sanctions liées à des pratiques anticoncurrentielles……...383

II. L'application du droit interne des aides aux garanties publiques……385

A. L'application du régime des aides publiques aux garanties publiques……386

B. Le partage des compétences entre les collectivités territoriales et l'Etat pour les garanties publiques comprises comme une aide publique……..388

Section 2 : Le respect par les garanties publiques du droit de la concurrence de l'Union européenne……..391

§1. L'encadrement des garanties publiques par le régime des aides d'Etat de l'Union européenne…….391

I. L'application de l'article 107§1 du TFUE aux aides d'Etat sous forme de garantie……392

A. La notion d'Etat selon l'article 107§1 du TFUE …….392

B. La notion d'avantage selon l'article 107§1 du TFUE……395

II. L'apport de la communication de la Commission européenne sur l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides sous forme de garanties……397

A. Le respect des principes issus de la Communication pour les garanties de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat……..398

1. La présentation des définitions de la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties……398
2. Les conséquences d'un mécanisme de garantie contenant un élément d'aide d'Etat selon la communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du Traité sur les aides d'Etat sous forme de garanties…400

B. Les dérogations aux règles de la concurrence de l'Union européenne……403

§2. L'impact du droit de la concurrence de l'Union européenne sur les garanties publiques issues du régime des entreprises publiques……406

I. Le régime du droit de la concurrence de l'Union européenne à l'égard de l'éventuelle existence de garanties illimitées et implicites……..407

A. L'incompatibilité des garanties implicites et illimitées avec le droit de la concurrence de l'Union européenne……..407

B. L'influence de la Commission européenne sur le régime des établissements publics bénéficiant d'une éventuelle garantie implicite et illimitée de la part de l'Etat…….410

II. L'impact du droit de la concurrence de l'Union européenne à l'égard des participations publiques dans les entreprises……413

A. La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes…….414

B. Les conséquences en droit de la concurrence des transformations des établissements publics industriels et commerciaux…….417

Conclusion du titre 1……...421

TITRE 2 : La singularité institutionnelle du régime des garanties publiques……..425

Chapitre 1 : Le contrôle des garanties publiques…….431

Section 1 : L'application du régime des garanties publiques et les institutions publiques financières……..433

§1. L'impact du fondement de la foi publique de la Caisse des dépôts et consignations à l'égard du régime des garanties publiques…….433

I. Le principe de transparence de la Caisse des dépôts et consignations et les garanties publiques……434

A. Le développement du principe de transparence par la Caisse des dépôts et consignations……434

B. L'application du principe de transparence au régime des garanties publiques…….435

II. Le principe de probité de la Caisse des dépôts et consignations et les garanties publiques……438

A. L'application du principe de probité aux comptables publics…438

B. L'application du principe de probité aux ordonnateurs publics…440

§2. L'impact du développement de la règlementation financière à l'égard des garanties publiques……..442

I. La mutation du rôle du Parlement en matière de réglementation financière……442

A. La recherche d'une meilleure prise en compte du risque par le Parlement……442

B. La recherche d'un équilibre entre régulation financière et protection des épargnants par le Parlement……444
II. Les conséquences de la mutation du rôle du Parlement en matière de réglementation financière……446
A. Le contrôle par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution du respect des obligations envers les acteurs économiques……447
B. La supervision par l'Autorité des marchés financiers des relations entre les acteurs économiques……448

Section 2 : La surveillance de l'application du régime des garanties publiques et les institutions financières……450
§1. La Cour des comptes et le régime des garanties publiques……450
I. L'apport du contrôle de la régularité des dépenses publiques par la Cour des comptes……451
A. La présentation de la séparation du comptable public et de l'ordonnateur public……451
B. La portée du principe de séparation de l'ordonnateur public et du comptable public pour la réalisation des garanties publiques…452
II. Le développement du contrôle de la Cour des comptes en matière de gestion des fonds publics……454
A. La présentation des rapports publics de la Cour des comptes…454
B. La portée des rapports publics de la Cour des comptes en matière de garanties publiques……..455
§2. Les agences de notation et le régime des garanties publiques…….457
I. Les agences de notation et l'élément de confiance des garanties publiques……..458
A. Le développement des évaluations des agences de notation et les garanties publiques……458
B. La notion de risque dans les agences de notation et les garanties publiques……460
II. Les agences de notation et le principe de transparence en matière de garanties publiques……462
A. L'évolution de la règlementation des agences de notation et les garanties publiques……462
B. L'impact des notations des personnes publiques et les garanties publiques……464

Chapitre 2 : La réalisation des garanties publiques……469
Section 1 : La protection des deniers publics lors de la réalisation des garanties publiques……...470
§1. La recherche de l'effectivité du régime des garanties publiques……470

I. L'impact du droit des finances publiques sur la réalisation des garanties publiques……470
A. L'incidence des garanties publiques sur l'endettement public….471
B. L'incidence du caractère obligatoire des dépenses publiques sur le régime des garanties publiques……473
II. L'impact du droit de la responsabilité sur la réalisation des garanties publiques……..475
A. L'incidence de la réalisation des garanties publiques sur la responsabilité du créancier……..475
B. L'incidence de la réalisation des garanties publiques sur la responsabilité des personnes publiques……476

§2. Le recours aux voies d'exécution lors de la réalisation des garanties publiques…….479
I. La recherche d'effectivité des voies d'exécution en droit public et la réalisation des garanties publiques…….479
A. L'existence de procédures en cas d'inexécution des décisions de justice par les personnes publiques……480
B. La recherche de conciliation entre protection des créanciers et protection des deniers publics en matière d'exécution des engagements des personnes publiques……482
II. Le développement du recours à l'injonction en droit public et la réalisation des garanties publiques…….484
A. La contribution de l'injonction à l'effectivité de la règle de droit……484
B. Le développement du pouvoir d'injonction en faveur de la réalisation des garanties publiques……486

Section 2 : La protection des droits individuels lors de la réalisation des garanties publiques……488
§1. L'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et le régime des garanties publiques……..488
I. L'article 6§1 de la CEDH et la réalisation des garanties publiques….488
A. La nécessité d'un éventuel recours devant la CEDH en matière d'inexécution des décisions de justice……488
B. L'application de l'article 6§1 de la CEDH à l'égard de l'inexécution des décisions de justice……490
II. L'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH et la réalisation des garanties publiques……..492
A. La complexité de l'admission par les personnes publiques de l'application de l'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH……492

B. L'implication de l'application de l'article 1er du Protocole n°1 de la CEDH aux créances inexécutées par les personnes publiques….494

§2. La portée de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme et le régime des garanties publiques……495

I. L'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat lors de la non réalisation des garanties publiques par les personnes publiques…..496

A. L'éventualité de l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses personnes publiques……..496

B. La confirmation par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'éventuel engagement de la responsabilité internationale de l'Etat du fait de ses personnes publiques…….497

II. La réalisation des garanties publiques par l'application du droit international……..498

A. L'implication de l'éventuel transfert des défaillances financières des personnes publiques à l'Etat……499

B. Le recours à l'emprunt comme solution aux défaillances financières des personnes publiques…….500

Conclusion du titre 2……...503

Conclusion de la seconde partie…….507

Conclusion générale……513

Bibliographie……523

Index alphabétique……..543

Table des matières……...547

Marie GERVAIS

Les garanties accordées par les personnes publiques

École Doctorale
ED 101 Droit Science politique Histoire

Résumé

Les garanties accordées par les personnes publiques se présentent comme des mécanismes attrayants pour les personnes publiques qui souhaitent intervenir économiquement tout en s'assurant de protéger au mieux les deniers publics. En apportant l'élément de confiance, les mécanismes de garantie présents dans la sphère publique connaissent une évolution qui suit de près l'évolution de la société en jouant un rôle moteur lors de grands projets ou encore lors de période de crise. L'introduction et le développement de l'octroi de garanties par les personnes publiques nécessitent un travail de définition de la notion de garantie publique qui connaît un régime de plus en plus encadré au niveau matériel mais également institutionnel.

Mots clés : Garantie publique – Personne publique - Définition – Régime - Droit public – Droit de la concurrence - Finances publiques – Assurance – Sûretés – Responsabilité – Risque – Confiance.

Abstract

Guarantees granted by public law persons appear as attractive mechanisms for the public law persons who wish to intervene economically while ensuring to protect at best public funds. By bringing the element of trust, the present mechanisms of guarantee in the public sphere know an evolution which follows closely the evolution of society by playing a leading role during major projects or still during period of crisis. The introduction and development of the granting of guarantees by the public law persons require a work of definition of the notion of public guarantee which knows a regime more and more framed at the material but also institutional level.

Key words : Public guarantee – Public law person – Definition – System – Public law – Competition law – Public finances – Insurance – Securities – Responsibility – Risk – Trust.