

Fiche 5. Garanties

(Version 2025/2026)

1. Notions de garantie

La notion de garantie ne fait pas l'objet d'une définition unique dans les textes ou la jurisprudence. Il s'agit d'une manière générale de l'engagement permettant au créancier d'une obligation de se prémunir contre le risque de défaillance du débiteur de celle-ci. S'agissant de la garantie de l'Etat, elle a pu être définie comme consistant pour celui-ci « à *contracter une obligation qui l'engage lorsque les conditions prévues pour sa mise en jeu sont réunies* ». (CE, avis n°310486 du 24/04/1973).

Dans le silence de la loi organique n°2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) quant à sa définition, la notion de garantie doit être entendue largement ([v. notamment la circulaire budgétaire du 22 juillet 2003 recensant les dispositifs de garantie accordée par l'Etat](#)) et englober :

- les garanties d'emprunt, dans le cadre desquelles l'État s'engage, dans l'hypothèse d'une éventuelle défaillance du débiteur principal, à effectuer lui-même le règlement des intérêts ou le remboursement des échéances d'amortissements périodiques prévus au contrat ;
- les garanties liées à des missions d'intérêt général, qui correspondent notamment aux garanties octroyées par l'État à des organismes ayant une mission de service public (exemple : la garantie dont bénéficie la Caisse centrale de réassurance (CCR), conformément à l'[article L. 431-9](#) du code des assurances) ;
- les garanties de passif, qui correspondent aux garanties liées aux opérations de cession et de restructuration d'entreprises publiques ;
- les garanties de change et autres garanties spécifiques (opération monétaire, opération de défaisance) dont bénéficient certains établissements financiers chargés d'une mission d'intérêt général ou gérant pour le compte de l'Etat des interventions financières dans les pays en développement.

Seules seront envisagées ici les garanties dites explicites, c'est-à-dire celles consenties expressément par un garant au profit d'un débiteur (v. sur la question des garanties implicites qui seraient attachées à un statut, notamment celui d'établissement public, la fiche relative aux EPIC).

2. L'usage économique de la garantie

La technique de la garantie est avantageuse pour la trésorerie du garant puisqu'elle ne coûte rien au stade de son octroi. Elle ne constitue pas une dépense publique et peut, si elle est conclue à titre onéreux, générer des intérêts au bénéfice de l'Etat. Elle peut même permettre, en apparence, une économie de dette dans la mesure où la collectivité publique évite de s'endetter elle-même pour financer certaines activités. De ce point de vue, elle constitue une technique de débudgétisation.

Avant le stade de l'appel de la garantie, la charge financière de la dette est aléatoire, puisqu'il n'est pas certain que la garantie octroyée par la collectivité publique sera appelée et, quand bien même elle le serait, les sommes à déboursier dépendent de multiples facteurs. L'impact peut néanmoins s'avérer considérable sur ses finances, ce qui justifie non seulement un traitement rigoureux au plan juridique et comptable, mais aussi que des précautions soient prises.

Réciproquement, les mécanismes de garantie peuvent tendre à déresponsabiliser les débiteurs garantis, lorsqu'ils n'ont plus à subir immédiatement les conséquences d'un manquement à leurs engagements (mais le garant dispose, en principe, contre eux d'un recours subrogatoire). Il est donc essentiel que la garantie soit limitée dans son montant et que le garant se tienne informé de la situation du garanti.

L'ensemble de ces caractères a notamment contribué à faire de la garantie un instrument pour soutenir la trésorerie d'entreprises impactées par une crise économique en permettant un accès facilité au crédit, à des conditions plus favorables.

Par ailleurs, en lieu et place d'une garantie consentie sur leurs propres deniers, les collectivités publiques peuvent avoir intérêt à privilégier la simple prise en charge des frais d'une garantie bancaire. Dans ce cas, la collectivité publique acquitte les commissions liées à la souscription de la garantie, permettant ainsi au débiteur garanti de profiter d'une garantie à titre gratuit sans que la collectivité ait à subir sa défaillance éventuelle (v. not. art. [L. 1511-3](#) et [R. 1511-24](#) du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT).

3. Possibilité pour une personne publique d'octroyer une garantie

3.1. Garanties de l'État

L'article [34](#) de la LOLF a instauré un mécanisme d'autorisation préalable en loi de finances. Il dispose que : « *II.-Dans la seconde partie, la loi de finances de l'année : / (...) 5° Autorise l'octroi des garanties de l'État et fixe leur régime* ».

Puisqu'il s'agit d'une compétence « exclusive », le principe de la garantie de l'Etat doit être prévu en loi de finances initiale ou, en vertu de l'article 35 de la LOLF, en loi de finances rectificative (LFR). L'article 35 prévoit également que la loi de finance rectificative et la loi de fin de gestion peuvent modifier des garanties précédemment octroyées.

Des dispositions n'ayant qu'une incidence sur la mise en œuvre des garanties de l'État ne relèvent pas pour autant du domaine exclusif des lois de finances tel qu'il est défini par les articles 34 et 35 de la LOLF (décision n° 2014-695 DC, 24 juillet 2014, cons. 8). Il en va ainsi des dispositions qui, sans avoir pour but d'accorder la garantie de l'État, ont

néanmoins un impact sur ses paramètres financiers ou des dispositions législatives évoquant une garantie de l'Etat mais sans avoir « pour objet d'autoriser l'octroi d'une garantie par l'État et d'en fixer le régime » (Décision 2021-833 DC du 28 décembre 2021, n°22).

Aux termes de la LOLF, la loi de finances doit autoriser l'octroi des garanties mais également fixer leur régime, ce qui implique nécessairement d'en prévoir les modalités essentielles. La notion de régime de la garantie ne couvre cependant pas tous les aspects de celle-ci, mais seulement la détermination de son objet, de son débiteur garanti, de sa nature (totale ou non, conditionnelle ou non) et de son quantum ou plafond, ou à défaut, les principales dispositions destinées à limiter l'engagement financier de l'État (v. not. pour des éléments ne relevant pas de ce champ : décision [n° 2019-796 DC](#), du 27 déc. 2019).

Ces exigences ont vocation à être contrôlées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité institué par l'article 61 de la Constitution. Elles ne peuvent en revanche être utilement invoquées dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité dès lors qu'elles ne constituent pas « un droit ou une liberté que la Constitution garantit » au sens de l'article [61-1](#) de la Constitution (décision [n° 2013-344 QPC](#), 27 septembre 2013, cons. 9).

Le législateur organique a veillé à intégrer dans son dispositif les garanties passées, par un mécanisme de validation (art. [61](#) de la LOLF et article [80](#) de la loi de finances rectificative pour 2003, qui a validé 19 garanties). Quant aux garanties consenties antérieurement et qui n'auraient pas été autorisées en loi de finances en application de l'article [61](#) de la LOLF, elles n'en demeurent pas moins valables (décision [n° 2001-448 DC](#), du 25 juillet 2001, cons. 110).

Les dispositions sur la comptabilité de l'État renforcent les règles d'évaluation des engagements hors bilan, dont les garanties. Les garanties accordées par l'Etat sont ainsi comptabilisées dans les engagements hors bilan avec une évaluation chiffrée et/ou avec une description littéraire détaillée en cas de difficultés d'évaluation ou en cas d'engagements non évaluables. Ces engagements figurent en annexe du compte général de l'Etat, joint au projet de loi de règlement, ainsi que le prévoit le 7° de l'article 54 de la LOLF.

3.2. Garanties des collectivités territoriales

La loi n° 82-213 du 2 mars 1982 a permis aux communes et à leurs groupements, aux départements et aux régions d'accorder leur garantie à des emprunts contractés par des personnes de droit privé.

Les garanties susceptibles d'être accordées à des personnes privées par les collectivités territoriales sont strictement encadrées par les articles [L. 2252-1](#) et suivants du CGCT pour les communes, [L. 3231-4](#) et suivants du CGCT pour les départements et [L. 4253-1](#) et suivants du CGCT pour les régions.

Outre ces garanties dont le régime est précisé ci-après, les communes peuvent seules ou avec d'autres collectivités territoriales, entrer au capital de sociétés de garanties et participer dans ce cas par versement de subventions à la constitution de fonds de garantie (v. art. [L. 2253-7](#) du CGCT).

3.2.1. Personnes et opérations éligibles

Les dispositions précitées ne régissent que des garanties accordées aux personnes morales de droit privé. Les garanties entre personnes publiques ne relèvent donc pas de ces dispositions et ne sauraient être regardées comme proscrites par ces dernières.

Les seules garanties envisagées par le législateur sont des garanties d'emprunt ou de cautionnement susceptibles de donner lieu à un tableau d'amortissement (CE, 16 janvier 1995, *Ville de Saint-Denis*, [n° 141148](#) ; 28 avr. 2006, *Société BNP Paribas*, [n° 268456](#)), à l'exclusion de toute autre opération de crédit (ce qui exclut notamment les garanties de loyers, la garantie de pertes financières...).

Des restrictions particulières existent s'agissant des garanties aux associations et sociétés sportives (art. [L. 113-1](#) du code du sport et art. 2 de la loi [n° 2011-617](#) du 1^{er} juin 2011), ainsi qu'aux associations culturelles ([art. 2](#) de la loi du 9 décembre 1905 ; v. CE Sect., 9 oct. 1992, *Commune de Saint-Louis*, [n° 94455](#) ; v. néanmoins, art. [L. 442-17](#) du code de l'éducation et art. [L. 2252-4](#) et [L. 3231-5](#) du CGCT).

3.2.2. Règles prudentielles

Les articles [L. 2252-1](#), [L. 3231-4](#) et [L. 4253-1](#) du CGCT fixent **quatre règles prudentielles** :

- 1^{ère} règle - la limitation du montant total des engagements garantis par la collectivité qui ne peut excéder 50 % (art. [D. 1511-32](#) du CGCT) des recettes réelles de la section de fonctionnement ;
- 2^{ème} règle - la répartition des risques : le montant des annuités garanties ne doit pas excéder un certain pourcentage pour un même emprunteur, soit 10 % (art. [D. 1511-34](#) du CGCT) ;
- 3^{ème} règle - le plafonnement des différentes garanties accordées par les collectivités territoriales pour un même emprunt, ces garanties ne devant pas excéder un certain pourcentage, fixé à 50 % (art. [D. 1511-35](#) du CGCT) ;
- 4^{ème} règle - la réalisation du risque : les collectivités ne doivent pas être obligées de rembourser dans ce cas toutes les sommes dues, mais doivent pouvoir rembourser selon l'échéancier prévu initialement.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2005-1027 du 26 août 2005, les collectivités n'ont plus l'obligation de constituer des provisions pour faire face aux risques futurs. Toutefois, conformément au 29° de l'article L. 2321-2 du CGCT et au 2° de l'article R. 2321-2 du CGCT, une provision doit être constituée par le maire pour les garanties d'emprunts accordés par la commune à un organisme faisant l'objet d'une procédure collective. La provision est constituée à hauteur du montant que représenterait la mise en jeu de la garantie sur le budget de la commune en fonction

du risque financier encouru. En dehors de ce cas, le maire peut toujours librement décider de constituer des provisions dès l'apparition d'un risque avéré.

Des règles spécifiques existent dans certains secteurs, par exemple pour les opérations de construction de logement destiné aux personnels de sécurité (art. [L.312-3-1](#) du code de la construction et de l'habitation).

4. Respect des libertés économiques

4.1. Droit interne

L'octroi d'une garantie par une personne publique doit non seulement respecter les principes constitutionnels, comme le principe d'égalité ou la liberté d'entreprendre (v. p. ex, pour l'octroi d'une garantie à un seul opérateur, la décision du Conseil constitutionnel n° [2013-344 QPC](#) du 27 septembre 2013 précitée) et les principes généraux du droit, mais aussi les autres textes législatifs et réglementaires éventuellement applicables.

En particulier, les garanties à titre onéreux constituant des opérations de crédit (art. [L. 313-1](#) du code monétaire et financier), leur octroi à titre de profession habituelle relève du monopole bancaire et est en principe réservé aux seuls établissements de crédit et sociétés de financement (art. [L. 511-5](#) de ce code). Cependant, il existe de nombreuses dérogations au monopole bancaire, lequel ne s'impose pas au Trésor public notamment (art. [L. 511-6](#) et [L. 518-1](#) du même code).

4.2. Droit de l'Union relatif aux aides d'État

4.2.1. Le risque de qualification d'aide d'Etat

Aux termes de l'article [107](#) §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), « *sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

La communication [2008/C 155/02](#) du 20 juin 2008 de la Commission européenne sur l'application des articles [87](#) et [88](#) du traité CE (devenus art. [107](#) et [108](#) du TFUE) aux aides d'État sous forme de garanties définit les garanties comme généralement liées à un prêt ou à une autre obligation financière (v. également le point 4.2.3.4. relatif aux éléments particuliers à prendre en considération pour établir si les conditions des prêts et des garanties sont conformes aux conditions du marché de la communication [2016/C 262/1](#) de la Commission sur la notion d'aide d'Etat, publiée au JOUE du 19 juillet 2016).

A titre liminaire, les dispositions de l'article 107 du TFUE ne trouvent pas à s'appliquer

dans les cas où la garantie est accordée en amont de toute intervention sur un marché et/ou n'est pas susceptible de produire un quelconque effet sur les échanges entre Etats membres ou que le garanti ne peut être regardé comme une entreprise au sens du paragraphe 1 de l'article 107 du TFUE (CJCE, 12 septembre 2000, *Pavlov et autres*, affaires jointes [C-180/98 à C-184/98](#), points 74 et 75; CJCE, 16 juin 1987, *Commission c. Italie*, [118/85](#), point 7; CJCE, 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, [C-35/96](#), point 36).

Au sens de l'article [107](#) §1 du TFUE, une garantie octroyée par un organisme public représente un transfert de ressources. En effet, la garantie d'emprunt par l'État présente l'avantage de faire supporter par l'État le risque qui est associé à un emprunt. Or cette prise de risque devrait normalement être rémunérée par une prime appropriée (critère de l'investisseur privé avisé en économie de marché). Lorsque l'État renonce à tout ou partie de cette prime, il y a à la fois avantage pour l'entreprise et ponction sur les ressources publiques. Pour autant, une garantie publique n'est constitutive d'une aide d'État que lorsqu'elle fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises et/ou certaines productions, et qu'elle affecte les échanges entre États membres. Dans un tel cas, l'aide d'Etat est accordée au moment où la garantie est offerte et non au moment où elle est mobilisée. La communication reconnaît aussi le cas d'une garantie qui bénéficie au prêteur.

La communication précise que si une garantie individuelle ou un régime de garanties accordées par l'État n'apportent aucun avantage à une entreprise, ils ne constituent pas des aides d'État. Pour déterminer si une garantie ou un régime de garanties accorde un tel avantage, la jurisprudence constante de la Cour de justice affirme que la Commission européenne doit fonder son appréciation sur le principe de l'investisseur dans une économie de marché.

Selon ce principe, il convient de tenir compte des possibilités effectives d'une entreprise bénéficiaire d'obtenir des ressources financières équivalentes en ayant recours au marché des capitaux. Il n'y a pas d'aide d'État 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. La communication précise les conditions dont la réunion permet d'exclure l'existence d'une aide.

Dans l'arrêt *Larko c. Commission* du 1^{er} février 2018 [T-423/14](#), le Tribunal considère qu'en consentant des prêts, garanties et recapitalisations très favorables à une entreprise, alors en difficulté, dont il est actionnaire, l'Etat grec n'a pas agi comme un investisseur privé. Les avantages sélectifs induits à partir de ressources étatiques sont constitutifs d'aides d'État en principe incompatibles avec le marché intérieur, sauf si elles peuvent être couvertes par une des dérogations prévues par le traité aux articles 107 §2 et 3 TFUE.

Si une garantie semble constitutive d'une aide d'Etat, elle doit être notifiée à la Commission européenne qui appréciera sa compatibilité avec le marché intérieur sur

la base des règles qu'elle applique à d'autres formes d'aides dans ses encadrements et lignes directrices relatifs, par exemple, aux aides horizontales, aux aides à finalité régionale ou aux aides sectorielles.

4.2.2. La récupération de l'aide en cas de constat d'illégalité

La procédure de récupération des aides illégales est prévue par le [règlement \(UE\)°2015/1589](#) du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE.

Lorsqu'une aide étatique illégale est considérée, par la Commission européenne, comme incompatible avec le marché intérieur, sa suppression au moyen de la procédure de récupération est, selon la Cour de justice, la conséquence logique de la constatation de son illégalité (voir l'arrêt CJCE, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique c. Commission*, [C-142/87](#), pt. 66). La Commission ne peut renoncer à cette récupération qu'à titre exceptionnel (CJUE, 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl/Commission*, *Commission/Scuola Elementare Maria Montessori Srl* et *Commission/Pietro Ferracci*, 6 novembre 2018, affaires jointes [C-622/16 P](#), [C-624/16 P](#), [C-623/16 P](#), pt. 98).

L'État dispensateur a l'obligation de récupérer une aide considérée, par la Commission européenne, comme incompatible avec le marché intérieur afin de rétablir la situation économique antérieure au versement de l'aide (v. CJCE, 17 janvier 2018, *Commission c. Grèce*, [C-363/16](#)). En cas d'absence de récupération de l'aide, la Commission peut saisir la Cour de justice d'une action en manquement (art. 108 § 2, 2^{ème} alinéa TFUE). En cas de poursuite du manquement après sanction par la Cour de justice, l'Etat dispensateur peut être condamné à payer une somme forfaitaire et une astreinte dans le cadre d'une procédure de manquement sur manquement (art. 260 §2 TFUE) introduite par la Commission (CJUE, 14 nov. 2018, *Commission c. Grèce*, [C-93/17](#) pts. 148 et 160).

5. Les modalités d'octroi

5.1. L'autorité compétente pour octroyer la garantie

S'agissant des garanties de l'État, les dispositions de loi de finances peuvent consister en un octroi direct de la garantie (par ex. 177 de la loi n° 2023-1322 du 29 décembre 2023 de finances pour 2024) ou seulement autoriser l'octroi de celle-ci (par ex. article 6 de la loi n° 2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie), ce qui n'oblige alors pas l'État à l'accorder effectivement ni ne crée directement de droits pour ses bénéficiaires.

Dans ce dernier cas, l'autorité compétente pour octroyer la garantie de l'État est généralement définie par la disposition législative qui l'a autorisée.

En l'absence de précision de cette dernière, la compétence revient en principe au Premier ministre, par décret sur le rapport et au contreseing du ministre chargé du

budget.

Dans certains cas, la gestion de la garantie de l'Etat est déléguée à un organisme tiers. A titre d'exemple, Bpifrance gère pour le compte et au nom de l'Etat la distribution des prêts étudiants qui bénéficient de la garantie de l'Etat (article 118 de la loi n°2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008). L'organisme peut, dans le respect des exigences de droit de l'Union, disposer d'un droit exclusif (v. pour des précisions sur cette notion la fiche n° 18 du présent guide, point 2). Dans les autres cas, la personne publique doit recourir à un marché public ou à contrat de concession.

S'agissant des garanties des collectivités territoriales, l'autorité compétente est l'organe délibérant de la collectivité (CE, 19 octobre 1994, *Caisse de garantie du logement social*, [n° 141953](#)) qui doit définir de manière précise l'objet et le montant de l'emprunt à garantir ainsi que les conditions de mise en œuvre de la garantie ([CE, 28 oct. 2002, Cne de Moisselles n° 232060](#)).

La décision d'octroi effectif de la garantie à une personne donnée peut résulter de la seule délibération de l'organe délibérant, même si elle n'a pas été concrétisée ensuite par un acte constatant la garantie (v. par exemple, Civ. 1^{re}, 7 décembre 1999, *Westpac Banking corporation*, [n° 97-13193](#)). L'organe exécutif de la collectivité reste compétent pour prendre les mesures d'exécution utiles, comme signer les actes nécessaires à la mise en œuvre de la décision d'octroi dans le respect de celle-ci.

Les procédures par lesquelles la personne publique va instruire et sélectionner les candidats à l'obtention d'une garantie sont variées et dépendent du type de garantie. Les demandes peuvent être, dans certains cas, instruites par des comités administratifs ou ouverts à des professionnels.

5.2. L'acte octroyant la garantie

Les textes autorisant l'octroi de la garantie peuvent renvoyer à une décision unilatérale ou à une convention. En l'absence de précision, il y a une liberté de choix pour la personne publique.

Il est en pratique habituel que la personne publique adopte un acte unilatéral, puis conclue une convention avec le bénéficiaire. De façon générale, une convention comportant les précautions nécessaires se justifie d'autant plus que la garantie porte sur des montants importants ou que son objet ou ses conditions revêtent une certaine complexité. Des combinaisons entre acte unilatéral et contrat sont très fréquentes.

L'acte unilatéral d'octroi d'une garantie est présumé administratif, sauf s'il relève de la gestion du domaine privé ou de la gestion d'un service public industriel et commercial.

D'une manière générale, le contrat octroyant la garantie de la personne publique est considéré comme annexe au contrat principal (contrat d'emprunt, contrat relatif à une opération particulière).

Le contrat octroyant la garantie est ainsi administratif s'il est l'accessoire d'un contrat

de prêt à caractère administratif mais également s'il a pour objet l'exécution d'un service public ou s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun (TC, 12 janvier 1987, *Ville d'Eaubonne*, n° [02440](#); Civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, *Commune des Orres*, n° [95-15234](#); CE, Sect., 13 octobre 1972, *SA Le Crédit du Nord* n° 79499 ; CE, 29 septembre 2004 n° 261790).

A défaut, le contrat octroyant la garantie est un contrat de droit privé (voir pour un exemple de contrat accessoire à un contrat de droit privé, ne comportant pas de clause exorbitante du droit commun et ne portant pas sur l'exécution d'un service public : CE, 28 octobre 2002, *Commune de Moisselles*, n° [232060](#)).

Si le contrat de garantie n'est soumis à aucun formalisme particulier, il doit être conforme à l'article 2292 du code civil selon lequel que le cautionnement ne se présume point et doit être exprès ainsi qu'à l'article [1376](#) du code civil qui dispose que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui a souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme en toutes lettres et en chiffres.

6. Les différents types de garanties susceptibles d'être octroyées

6.1. La distinction entre cautionnement, garantie autonome et garanties spécifiques

Le cautionnement est défini à l'article [2288](#) du code civil qui dispose que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». La garantie autonome a été consacrée par le législateur en 2006 par l'article [2321](#) du même code qui dispose que : « *La garantie autonome 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. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ».

Les garanties autonomes se distinguent ainsi du cautionnement par le fait que leur étendue et leur mise en œuvre sont indépendantes de l'engagement principal. Il y a toujours un lien intellectuel entre le contrat de base et la garantie, même indépendante, mais ce lien n'a pas de traduction juridique.

Certaines garanties accordées par des personnes publiques ne relèvent pas des catégories classiques des sûretés personnelles. Il en va notamment de la garantie sur

laquelle repose le dispositif des prêts garantis par l'Etat¹, considérée comme une garantie « en perte finale ». Il revient en effet au garant, en l'espèce l'Etat via son mandataire Bpifrance, d'indemniser l'établissement prêteur d'une fraction de la perte finale supportée par l'établissement prêteur après le défaut de l'emprunteur. Cette fraction s'établit entre 70 % et 90 % de la perte finale en fonction du type d'emprunteur. Il ne s'agit donc ni d'un cautionnement, l'[article 1^{er}](#) de l'arrêté du 23 mars 2020 précisant que la garantie de l'Etat est « *irrévocable et inconditionnelle* », ni d'une garantie autonome, puisque la dette garantie est bien l'engagement souscrit au titre du prêt. . Le mécanisme institué à cette occasion ressemble économiquement à un mécanisme de réassurance.

6.2. Portée de la distinction : les conditions de l'appel en garantie

Contrairement au cas d'un cautionnement, le garant autonome ne peut invoquer les exceptions tirées du contrat principal pour refuser le paiement, et devra payer en tout état de cause. Par son caractère quasi-automatique, la garantie autonome est plus sûre qu'un cautionnement pour les créanciers du garanti, ce dernier en tirera également avantage en obtenant desdits créanciers des conditions de crédit encore plus favorables. Cette automaticité est inversement très rigoureuse pour le garant et donc pour les personnes publiques qui auront, d'une manière générale, intérêt à éviter au maximum la souscription de tels engagements autonomes, surtout dans ses formes sévères.

La pratique des sûretés a fait émerger plusieurs variantes de chaque type de garanties autonomes qui ne présentent pas toutes les mêmes exigences pour le garant (« garanties à première demande », « garanties à première demande justifiée », « garanties documentaires »...).

Les conditions de l'appel en garantie sont également précisées par les textes instituant la garantie.

6.3. Les risques de requalification et leur prévention

Si la jurisprudence tend le plus souvent à requalifier les garanties autonomes en cautionnements (voir par exemple s'agissant d'une garantie glissante, Cass.Com.13 mars 2024, [n°22-15438](#)), ce qui est plutôt favorable au garant public, il ne faut pas négliger les risques de contestations dans l'autre sens, c'est-à-dire celui d'une requalification d'un cautionnement en garantie autonome, augmentant ainsi le risque que la garantie publique soit appelée. Les créanciers, pour qui les garanties autonomes sont plus favorables que les cautionnements, peuvent en effet être tentés d'alléguer devant le juge cette autonomie lorsque le garant tente d'opposer des exceptions propres à l'exécution du contrat principal.

Pour prévenir ce risque, l'attention doit d'abord porter sur les formulations employées.

L'emploi d'expressions telles que : « *garanties à première demande* », « *engagement irrévocable du garant* » ne conduisent plus à elles seules à qualifier la garantie d'autonome mais le recours à une mention expresse de « *l'inopposabilité des exceptions* » peut incliner le juge vers une telle qualification. De même, si les références à l'engagement principal sont fréquentes dans les cautionnements, les garanties autonomes doivent se suffire à elles-mêmes et pouvoir être mises en œuvre sans référence autre que formelle à l'engagement garanti.

Mais c'est le fond du dispositif qui déterminera le plus directement la qualification de la garantie. Toute garantie dont les conditions d'appel supposent une appréciation des conditions d'exécution du contrat principal est en principe qualifiée de cautionnement.

7. L'information du garant sur la situation du garanti

7.1. L'information de droit commun

L'article 2302 du code civil prévoit que le créancier professionnel doit délivrer l'information prévue par cet article consistant au plus tard avant le 31 mars de chaque année à faire connaître à la caution le montant du principal de la dette restant due, des intérêts, et autres accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance de la garantie des intérêts et pénalités échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Cette obligation est réalisée aux frais du créancier professionnel.

« Le présent article est également applicable au cautionnement souscrit par une personne morale envers un établissement de crédit ou une société de financement en garantie d'un concours financier accordée à une entreprise. » Les personnes morales de droit public ont donc vocation à en bénéficier comme les autres.

7.2. Les contrôles propres à la garantie publique

Les personnes garanties par l'État sont soumises au contrôle de la Cour des comptes, en vertu de l'article [L.111-6](#) du code des juridictions financières, concernant les vérifications des organismes bénéficiant de concours financiers de l'État. Les organismes garantis par les collectivités territoriales sont quant à eux soumis au contrôle des chambres régionales et territoriales des comptes en vertu des articles [L. 211-8](#), [L. 252-9-2](#), [L. 262-8](#) et [L. 272-6](#) du même code. En outre, depuis le 1^{er} janvier 2023, en application de l'article [L. 131-1](#) du code précité, les dirigeants des organismes bénéficiaires sont soumis au régime de responsabilité unique des gestionnaires publics. Ils sont justiciables devant la chambre du contentieux de la Cour des comptes.

Les organismes garantis par l'État sont susceptibles d'être contrôlés par l'inspection générale des finances (art. [31](#) de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative

à des dispositions générales d'ordre financier) ou par l'inspection générale de l'administration pour les garanties des communes et départements (même texte). Les personnes garanties par l'État peuvent, par ailleurs, être soumises par décret au contrôle économique et financier de l'État, en vertu de [l'article 2](#) du décret n° 55-733 du 26 mai 1955 modifié.

8. Dénonciation ou mise en œuvre de la garantie

8.1. Dénonciation de la garantie

L'acte administratif unilatéral d'octroi de la garantie est créateur de droits et suit le régime de ces derniers, ce qui implique que son retrait ou son abrogation ne soient possibles, sauf disposition particulière, que pour illégalité dans le délai de quatre mois suivant son octroi (articles [L. 242-1](#) et suivants du code des relations entre le public et l'administration). La décision de retrait ou d'abrogation d'une garantie) doit prendre la forme d'un acte dit « *contraire* », c'est-à-dire soumis aux mêmes règles de compétence, de procédure et de fond. Ces décisions sont soumises à l'obligation de motivation prévue à l'article [L. 211-2](#) du même code et à une procédure contradictoire prévue à son article [L. 121-1](#).

En présence d'une convention, c'est le droit commun des sûretés qui s'applique : la garantie peut être résiliée à tout moment par l'État lorsqu'elle a été consentie à durée indéterminée ou lorsque, bien que consentie à durée déterminée, la convention prévoit une telle faculté.

Lorsqu'une collectivité publique retire, de manière irrégulière, la garantie d'emprunt qu'elle a accordée à une personne privée, elle est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de préjudice subi soit par l'emprunteur soit par le prêteur qui voit ainsi l'une de ses plus fortes sûretés disparaître.

8.2. Mise en œuvre de la garantie

8.2.1. Contre-garanties

La collectivité publique peut se constituer des contre-garanties, c'est-à-dire souscrire elle-même des sûretés ayant vocation à être mises en œuvre à son profit au cas où elle serait elle-même appelée en garantie. Cette précaution a un coût mais évite à la collectivité publique de subir une charge financière très importante en cas d'appel de la garantie qu'elle a consentie.

8.2.2. Crédits nécessaires à la dépense

Pour la garantie de l'État, les dépenses d'appel en garantie sont des « *crédits évaluatifs* » au sens de l'article [10](#) de la LOLF. Ces dépenses relèvent en principe du programme 114 « Appel en garantie de l'Etat ».

Pour les collectivités locales, les dépenses nécessaires à la mise en jeu de la garantie constituent une dépense obligatoire au sens de l'article [L.1612-15](#) du CGCT.

8.2.3. Subrogation

Lorsqu'elle est appelée en garantie, la collectivité publique est, d'une manière générale, subrogée dans les droits du créancier bénéficiaire de la garantie et dispose alors des mêmes voies de recours que ce dernier avait à l'égard du débiteur. Le mécanisme de la subrogation peut être prévu contractuellement ou bien, à défaut de stipulation en ce sens, directement résulter de l'application de l'article 1346 du code civil, sous réserve de l'absence d'intention libérale du débiteur. De façon générale, il est toutefois souhaitable de prévoir expressément dans les textes la subrogation de la collectivité publique dans les droits du créancier ou toute autre modalité permettant d'obtenir un remboursement des sommes payées lorsque la garantie a été appelée (voir par exemple l'article 22 de la loi n° 2004-803 relative au service public de l'électricité et du gaz ; article 120 de la loi n° 2008-1443 du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008.)

S'agissant d'une créance devenue publique, le recouvrement de cette dernière pourra même être facilité par la mise en œuvre des procédures d'exécution propres aux personnes publiques.

Une telle subrogation n'est cependant pas envisageable dans le cadre des garanties « en perte finale », comme le dispositif des prêts garantis par l'Etat. L'Etat intervient alors lorsque l'établissement prêteur et l'emprunteur ont constaté l'impossibilité pour ce dernier d'honorer sa dette. L'abandon de créances qui peut alors être négocié engendre une perte, dont une partie peut être indemnisée par l'Etat à la demande du prêteur. La dette de l'emprunteur est donc éteinte au moment où l'Etat indemnise le prêteur d'une partie de sa perte. Puisqu'au lieu de libérer l'emprunteur de sa *dette* (qui n'existe déjà plus) il indemnise le prêteur de sa perte, l'Etat ne peut, dans un tel mécanisme de garantie « en perte finale », bénéficier d'une subrogation.

