

1. Notion 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.

La garantie peut avoir des objets très divers (garantie d’emprunt, garantie monétaire et garantie de change, garantie des fonds d’épargne, garantie de bonne fin de certaines opérations, garantie de passif, garantie liée à des opérations de défaisance) et poursuivre des objectifs variés (permettre le lancement d’une opération qui sans cela serait trop risquée ou non assurée d’équilibre financier, obtenir de meilleures conditions financières pour leurs bénéficiaires...).

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

Le premier attrait de la garantie tient à son caractère indolore. La garantie ne coûte rien pour le garant au stade de son octroi et elle ne constitue pas une dépense publique. 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 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 tendent à déresponsabiliser les débiteurs garantis, qui n’ont plus à subir immédiatement (mais le garant dispose contre eux d’un recours subrogatoire) les conséquences d’un manquement à leurs engagements. 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 contribué à faire de la garantie un instrument pour soutenir la trésorerie d'entreprises impactées par une crise économique. Par exemple, en raison de la crise économique engendrée par l'épidémie de la covid-19, il a été institué le dispositif des prêts garantis par l'État (« PGE »). Jusqu'au 31 décembre 2021, toute entreprise peut demander un prêt à un établissement de crédit ou une société de financement qui sera garanti par l'État à hauteur de 70% ou 90% en fonction de la taille de l'entreprise (v. [article 6 de la loi n° 2020-289 du 23 mars 2020 de finances rectificative pour 2020](#)).

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 loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) a instauré un mécanisme d'autorisation préalable en loi de finances pour les garanties futures. 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* ».

Il s'agit d'une compétence « *exclusive* ». Seules les lois de finances initiales et, en vertu de l'article [35](#) de la LOLF, les lois de finances rectificatives peuvent prévoir de telles garanties. Ce monopole partagé des LFI et LFR a une large portée quant aux garanties concernées, puisqu'il couvre non seulement les garanties d'emprunt mais aussi les garanties de passif, les garanties d'opérations particulières (stabilisation de taux d'intérêt ou en faveur d'activités liées au commerce extérieur...). 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).

La LOLF distinguant l'octroi des garanties et la fixation de leur régime, la loi de finances doit nécessairement 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). 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).

Un suivi des garanties octroyées est assuré dans les conditions prévues par la LOLF, qui prévoit notamment une annexe récapitulatif pour chaque dispositif de garantie de l'État, le régime de cette garantie, y compris son éventuelle rémunération, une analyse du risque faisant apparaître l'exposition brute de l'État et son exposition nette tenant compte des possibilités de récupération. Les dispositions sur la comptabilité de l'État renforcent par ailleurs les règles d'évaluation des engagements hors bilan, dont les garanties (art. [54](#) de la LOLF).

3.2. Garanties des collectivités locales

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 (qui, depuis la loi n° [2015-991](#) du 7 août 2015, ne peuvent en accorder que dans le champ social et en matière de logement) 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 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](#)), 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.

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 États 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.

Il convient enfin de noter que dans le but de permettre aux Etats membres de venir en aide aux entreprises touchées par la pandémie de covid-19, la Commission européenne a publié un « [Encadrement temporaire des mesures d'aide d'État](#) » dès le 20 mars 2020. Ce document, modifié à de multiples reprises, vise à assouplir le cadre juridique relatif aux aides d'Etat. Il comporte notamment des dispositions relatives aux garanties publiques, dont les conditions d'octroi sont facilitées (voir la fiche relative aux « Aides d'Etat dans le contexte de la pandémie de Covid-19 » du [Vade-mecum des aides d'Etat](#), élaboré par le ministère de l'économie, des finances et de la relance).

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 n°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'État 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. La procédure d'octroi

5.1.1. L'octroi par la personne publique elle-même

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.

L'autorité compétente au sein des collectivités locales 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 le contenu de la garantie. 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.

5.1.2. L'octroi par une personne désignée à cet effet

Lorsqu'elles sont conduites par un tiers, les activités en cause sont le plus souvent menées par un seul organisme. Dans certains cas, l'organisme dispose d'un véritable « droit exclusif » qui prend la forme d'un acte unilatéral de puissance publique l'investissant d'une mission, qui doit respecter les exigences du droit de l'Union. Dans les autres cas, la personne publique doit tenir compte des candidatures qui pourraient provenir des divers opérateurs intéressés en recourant à un marché public ou à un contrat de concession (délégation de service public).

5.2. L'acte octroyant la garantie

5.2.1. Formalisation de l'acte

L'article [1376](#) du code civil 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. L'article [2292](#) du même code indique, par ailleurs, que le cautionnement ne se présume point et doit être exprès. Pour autant, il n'est imposé aucun formalisme particulier.

S'agissant des garanties des collectivités locales, 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 (Civ. 1^e, 7 décembre 1999, *Westpac Banking corporation*, [n° 97-13193](#)).

S'agissant des garanties de l'État, les dispositions de loi de finances peuvent consister en un octroi direct de la garantie ou seulement autoriser l'octroi de celle-ci, ce qui n'oblige pas alors l'État à l'accorder effectivement ni ne crée directement de droits pour ses bénéficiaires.

5.2.2. Acte unilatéral ou contractuel

Le caractère unilatéral ou contractuel de l'acte octroyant la garantie peut être prédéterminé par les textes ou non. Dans ce dernier cas, il y a une liberté de choix pour la personne publique.

Lorsqu'il existe, le choix entre garantie unilatérale et garantie conventionnelle relève d'une appréciation au cas par cas. De façon générale, une convention comportant les précautions nécessaires se justifie d'autant plus que la garantie porte sur des montants importants et/ou que son objet ou ses conditions revêt(ent) une certaine complexité. Des combinaisons entre acte unilatéral et contrat sont très fréquentes.

5.2.3. Acte administratif ou de droit privé

Pour les garanties unilatérales des personnes publiques, l'acte est présumé administratif, sauf s'il relève de la gestion du domaine privé ou de la gestion d'un service public industriel et commercial.

Le contrat portant la garantie de la personne publique est d'une manière générale considéré comme annexe au contrat principal (contrat d'emprunt, contrat relatif à une opération particulière) et la jurisprudence applique ainsi la « théorie de l'accessoire ». Le contrat de garantie a donc, en principe, le même caractère que le contrat principal (Civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, *Commune des Orres*, [n° 95-15234](#)).

L'application de la théorie de l'accessoire connaît néanmoins des limites. Un contrat de garantie peut être administratif par lui-même 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](#); CE, 28 octobre 2002, *Commune de Moisselles*, [n° 232060](#)).

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'Etat, 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 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.

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. S'agissant du dispositif des prêts garantis par l'Etat proposé aux entreprises pour faire face à la pandémie de covid-19, ces conditions sont ainsi fixées principalement par un [arrêté du 23 mars 2020](#) et les « *conditions générales* » annexées à l'acte d'adhésion liant Bpifrance aux établissements prêteurs.

6.3. Les risques de requalification et leur prévention

Si la jurisprudence tend le plus souvent à requalifier les garanties autonomes en cautionnements, 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

Les prérogatives de la caution en matière d'information sur la situation du garanti résultent de l'article [L. 313-22](#) du code monétaire et financier. Elles s'imposent aux « *établissements de crédit ou [aux] sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale* ».

Les personnes morales de droit public ont donc vocation à en bénéficier comme les autres.

La banque devra donc 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 et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente, au risque d'être déchu des intérêts dus depuis la précédente information. La réalisation de cette obligation légale ne peut en aucun cas être facturée à la personne qui bénéficie de l'information.

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. Les dirigeants des organismes bénéficiaires sont également justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière sur le fondement du c) l'article [L. 312-1](#) du même code.

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 d'octroi de la garantie est créateur de droits et suit le régime de ces derniers, ce qui implique que son retrait ne soit possible, 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 suppression d'une garantie pour l'avenir (abrogation) est quant à elle possible par un acte dit « *contraire* », c'est-à-dire soumis aux mêmes règles de compétence, de procédure et de fond. Dans tous les cas, 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. 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. 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'État. L'État 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'État à la demande du prêteur. La dette de l'emprunteur est donc éteinte au moment où l'État 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'État ne peut, dans un tel mécanisme de garantie « en perte finale », bénéficier d'une subrogation.