



HAL
open science

Les emprunts des collectivités territoriales et la libre administration

Antoine Simon

► **To cite this version:**

Antoine Simon. Les emprunts des collectivités territoriales et la libre administration. Droit. 2015. dumas-01223681

HAL Id: dumas-01223681

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01223681>

Submitted on 3 Nov 2015

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

Les emprunts des collectivités territoriales et la libre administration



Master 2 administration et droit de l'action publique
Parcours Administration publique et territoire

Mémoire soutenu par :
Antoine SIMON

Sous la direction de :
Nicolas KADA, Professeur de droit public

Juin 2015

Les emprunts des collectivités territoriales et la libre administration

Sommaire

TABLE DES ABREVIATIONS : 4

INTRODUCTION 5

LA LONGUE EMERGENCE DE LA LIBRE ADMINISTRATION :	6
DE LA MEFIANCE A LA CONFIANCE : LES CONTROLES DE L'ÉTAT SUR LA DECISION LOCALE D'EMPRUNT	8
L'EMPRUNT LOCAL AUJOURD'HUI	14
LES ENJEUX DE L'EMPRUNT LOCAL	16
LIBERTE D'EMPRUNTER : STOP OU ENCORE ?	16
EMPRUNT LOCAL ET INTEGRATION DES FINANCES PUBLIQUES GLOBALES :	17
DECENTRALISATION, VALORISATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES ET EMPRUNT :	18

PARTIE I : LE RECOURS A L'EMPRUNT COMME CONSEQUENCE DE LA LIBRE ADMINISTRATION 21

SECTION I : LA LIBERTE D'EMPRUNTER JURIDIQUEMENT FONDEE SUR LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES	21
A) LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE LA LIBERTE D'EMPRUNTER	22
B) LES RESTRICTIONS LIMITEES A LA LIBERTE D'EMPRUNTER	36
SECTION II : UNE LIBERTE D'EMPRUNTER AMPLIFIEE PAR LES CONSEQUENCES DE LA LIBRE ADMINISTRATION	47
A) L'EXTENSION DE LA LIBERTE D'EMPRUNTER GRACE A LA PRESERVATION D'UNE SPHERE D'AUTONOMIE DE GESTION...	47
B) LA FACILITATION DU RECOURS A L'EMPRUNT GRACE A L'ASSIMILATION DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE A UNE PERSONNE PRIVEE	54

PARTIE II : L'EMPRUNT COMME MOYEN DE LA LIBRE ADMINISTRATION 65

SECTION I : L'UTILISATION INCONTOURNABLE DE L'EMPRUNT DANS LA POLITIQUE D'INVESTISSEMENT	65
A) LE FINANCEMENT CROISSANT DE L'INVESTISSEMENT PAR L'EMPRUNT	66
B) L'INSCRIPTION DU RECOURS A L'EMPRUNT DANS UNE STRATEGIE DE DEVELOPPEMENT	76
SECTION II : L'ASSOUPLISSEMENT DES CONTRAINTES FINANCIERES GRACE AU RECOURS A L'EMPRUNT	85
A) LE DEVELOPPEMENT DU RECOURS A L'EMPRUNT ALTERNATIF	86
B) L'IMPERATIF MODERNISTE D'UNE GESTION ACTIVE DE LA DETTE	95

PARTIE III : L'EMPRUNT COMME DANGER POUR LA LIBRE ADMINISTRATION 102

SECTION I : LE CONTROLE PROBLEMATIQUE DU RECOURS A L'EMPRUNT102

A)LE CONTROLE INTERNE CONTRECARRE DU RECOURS A L'EMPRUNT AU SEIN DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE..... 103

B)LE CONTROLE EXTERNE LIMITE DU RECOURS A L'EMPRUNT PAR LA COLLECTIVITE TERRITORIALE 110

Page | 3

SECTION II : LES EMPRUNTS TOXIQUES REVELATEURS DES DERIVES DE L'USAGE DE LA LIBERTE D'EMPRUNTER119

A)DES COLLECTIVITES TERRITORIALES EMPORTEES PAR L'ENGRENAGE DE L'EMPRUNT 120

B)LA CONTESTATION COMPLEXE DE L'EMPRUNT PAR LES COLLECTIVITES TERRITORIALES 132

CONCLUSION 141

L'EMPRUNT ENTRE LOCAL ET NATIONAL :141

RECHERCHE DE SECURISATION DES EMPRUNTS :142

AVENIR DU RECOURS A L'EMPRUNT :143

L'ETUDE DE LA LIBRE ADMINISTRATION A TRAVERS L'EMPRUNT LOCAL :144

Table des abréviations :

CAA	Cour Administrative d'Appel
Ccass	Cour de cassation
CDC	Caisse des Dépôts et Consignations
CE	Conseil d'Etat
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CG3P	Code Général de la Propriété des Personnes Publiques
CJA	Code de Justice Administrative
CMP	Code des Marchés Publics
CMF	Code monétaire et financier
EPCI	Etablissement Public de Coopération Intercommunale
GAJA	Grands Arrêts de la Jurisprudence administrative
Ibid.	Ibidem
JO	Journal Officiel (de la République Française)
JOCE	Journal Officiel de la Communauté Européenne
JOUE	Journal Officiel de l'Union Européenne
PIB	Produit Intérieur Brut
OFL	Observatoire des finances locales
Op. cit	Opere citate
RGPP	Révision Générale des Politiques Publiques
TA	Tribunal Administratif

Introduction

Depuis la crise économique de 2008, et plus particulièrement depuis la crise des dettes publiques, la question des emprunts réalisés par les collectivités territoriales est redevenue un sujet sensible, tant en matière politique qu'économique. La crainte qu'une collectivité fasse faillite a commencé à émerger. C'est devenue une possibilité pour certaines d'entre elles dont la situation financière s'est avérée être dégradée par le fardeau d'une dette trop importante ou le fait d'avoir contracté des emprunts toxiques. L'analyse de l'endettement local est devenue une préoccupation au niveau national¹. Désormais, la dette est envisagée uniquement en terme de risque qui y sont attachés. Le spectre de la cessation de paiement par la collectivité s'est matérialisé avec des exemples étrangers extrêmes, comme celui de la ville de Detroit aux Etats-Unis qui a dû se déclarer en faillite en 2013 face à une dette colossale et une situation financière de plus en plus critique². Dans ce contexte d'une crise combinée, la crainte d'un dérapage de l'endettement des collectivités territoriales françaises s'est invitée dans le débat politique, tout comme les promesses des politiques de mener une stratégie de désendettement. Les taux d'endettement des collectivités sont depuis vus comme le marqueur clé de la qualité de la gestion financière des élus.

Pourtant, la question des dangers de la dette locale masque celui de ses bénéfiques, notamment politique. L'emprunt nécessite de la part de la collectivité une reconnaissance juridique, la personnalité morale, qui lui permet d'agir par elle-même, ainsi qu'une certaine indépendance vis-à-vis de l'Etat. Sans cette autonomie minimale, la collectivité qui s'endette ne serait qu'une personne-écran pour l'Etat. Ainsi, elle s'endetterait à la place de ce dernier sans pour autant bénéficier du produit de l'emprunt. De cette manière, l'histoire de l'emprunt préfigure celle de la décentralisation comme le font remarquer MM Balmond et Paillet : « *Car il est difficile de ne pas voir que la latitude dont disposent communes, département puis régions pour emprunter est une pierre de touche de la décentralisation et*

¹ I. Inschaupé, "Les finances locales, l'autre bombe". *L'opinion*, 5 octobre 2014; M-C. Tabet, "Collectivités locales: la bombe à retardement", *Journal du Dimanche* 5 octobre 2014

² M. Davey et M. Williams Walsh, "Billions in debt, Detroit tumbles into Insolvency". *New York Times*, 18 juillet 2013.

que donc la reconstitution du mouvement qui a amené le pouvoir local en la matière à ce qu'il est aujourd'hui permet de percevoir, sur le versant financier, ce qu'ont été les fluctuations dans le temps de l'autonomie locale »¹. Malgré ce lien entre emprunt et décentralisation et, *in fine*, l'autonomie des collectivités territoriales, l'emprunt a longtemps été délaissé par la doctrine publiciste du XIX^{ème} et du début XX^{ème} siècles². Les collectivités territoriales sont alors renvoyées à leur raison d'être, la proximité avec la population ce qui les rendrait étrangères aux affaires financières. Cette approche « localiste » de leur action est confortée par les lois de décentralisation de la III^{ème} République (loi du 10 août 1871 relative aux conseils généraux et la loi municipale du 5 avril 1884) qui délimitent l'action des communes et départements aux affaires locales. L'emprunt des collectivités territoriales est ignoré parce qu'il est perçu comme n'ayant pas la même finalité que l'emprunt de l'Etat, mais aussi pas la même dignité. Selon le Doyen Hauriou, « *la dette publique de l'Etat (...) est au premier chef une opération de gestion destinée à assurer l'exécution des services publics* » tandis que « *les dettes départementales et communales ne donnant pas lieu à inscription sur un Grand livre et étant considérées (...) comme contractées pour la vie civile* »³. Dès lors, « *la dette locale n'est pas au même titre que la dette de l'Etat, une dette publique* »⁴.

La longue émergence de la libre administration :

L'évolution du recours à l'emprunt est donc liée à celle de l'autonomie accordée par l'Etat aux collectivités. Cette autonomie a toujours été une question sensible depuis la Révolution et s'est longtemps confondu avec le thème de la décentralisation. Après 1789, l'administration locale est renforcée avec la mise en place des communes et la création des départements. La question de l'autonomie de ces entités a longtemps été occultée par la « culture jacobine » de la France. Cette culture a produit un système étatique centralisé laissant peu de place à une autonomie des collectivités territoriales d'alors. Toutefois, dès

¹ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local » in Histoire du droit des finances publiques, coord. H. Isaia et J. Spindler, vol III, Economica, 1988, Paris, p. 387.

² La question de l'emprunt local est inexistante dans l'ouvrage de Jèze « La technique du crédit public » (G. Jèze, *Cours de science des finances et de législation financière française*, tome II, Giard, 6^e édition, 1934, pp. 532-533 ; ou encore l'ouvrage de Laufurberger *Dettes publiques et richesse privée* (vol 2, 1942).

³ S. Jeannard, « L'identification de la nature juridique des emprunts publics », RFFP, septembre 2013, p. 54

⁴ F. Cuenne, *Le vote et le contentieux des impôts locaux*, Thèse, Dijon 1910, p. 92.

1815, la question de la décentralisation formulée en termes d'entités locales plus ou moins autonomes vis-à-vis du pouvoir central commence à émerger sur la scène politique¹. Menée principalement par les opposants à la Révolution, la décentralisation est vue comme le remède à la centralisation jacobine et à la disparition des corps intermédiaires, supprimés par la loi Le Chapelier (du 14 août 1791). Avec l'avènement d'un individualisme menaçant pour la société, les ultras notamment considèrent que les communes seront à même de réparer le lien social². Sous la III^{ème} République, le programme de Nancy, élaboré sous le IInd Empire et qui portait notamment sur les libertés locales³, a imprimé sa marque dans l'idéologie du nouveau régime républicain. Très rapidement, la décentralisation est envisagée comme un moyen pour subordonner l'administration aux citoyens et de résoudre le problème d'une centralisation devenue étouffante. Malgré la mise en place d'une tutelle administrative par la voie du préfet, le représentant de l'Etat, les lois de 1871 et de 1884 renforcent l'autonomie locale qui est parvenue à s'accroître progressivement tout au long du XIX^{ème} siècle.

Au XX^{ème} siècle, avec la IV^{ème} République, l'autonomie des collectivités territoriales prend un nom, celui de la libre administration. Intégré dans la Constitution de 1946 à son article 87, cette autonomie se voit dotée d'un rang juridique non des moindres. La Constitution du 4 octobre 1958 reprendra la protection constitutionnelle de l'autonomie locale à son article 72, et la placera comme en 1946 sous la protection du législateur.

Sous la V^{ème} République, la décentralisation est désormais un fait acquis. A partir des années 1980, le processus s'accélère sous la forme d'Actes de décentralisation, un ensemble de normes (lois et décrets) adoptés de façon quasi-simultanée. La libre administration va s'accroître avec l'Acte I de la décentralisation de 1982. La loi du 2 mars 1982⁴ a permis d'émanciper les collectivités territoriales de la tutelle administrative exercée par l'Etat et

¹ P. Rosanvallon, Le modèle politique français, Seuil, coll. Points, Paris, 2004, 446 p.

² Joseph de Maistre considérait ainsi que « *la commune est dans le système politique ce que le franc est dans le système monétaire, l'unité première et génératrice* ». Discours du 30 décembre 1816, A.P., 2^e série, t. 17, p. 770-771.

³ « *Nous voulons que les citoyens soient quelque chose et que les fonctionnaires cessent d'être tous, étant admis le principe que les citoyens sont faits pour les fonctionnaires et non les fonctionnaires pour les citoyens* », *Un projet de décentralisation*, Nancy, 1865 in P. Rosanvallon, l'Etat en France, de 1789 à nos jours, Seuil, coll. Points, Paris, 1990, 370 p.

⁴ Loi n°82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions. L'Acte I sera complété de plusieurs lois, notamment une loi n°84-53 du 26 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique territoriale.

notamment par la voie de son représentant, le préfet. De son côté, le Conseil constitutionnel a élaboré dès 1975¹ une conception de la libre administration différente de celle contenue dans le texte constitutionnel. Désormais, le juge constitutionnel n'hésite plus à retourner la libre administration contre le législateur afin de contrôler ses lois. L'Acte II de la décentralisation² adopté au début du XXI^{ème} siècle s'est principalement intéressé à la libre administration sous l'aspect financier. En inscrivant à l'article 72-2 de la Constitution, les collectivités territoriales voient désormais leur autonomie de gestion financière être érigée au rang des normes à valeur constitutionnelles. Le récent Acte III³ de la décentralisation annoncé sous la présidence Hollande ne s'intéresse pas directement à la libre administration mais a eu des conséquences sur elle de façon indirecte. Ainsi, il faut noter la suppression de la clause générale de compétence des régions et départements ou encore la spécialisation accrue des compétences des collectivités.

La libre administration des collectivités territoriales s'est renforcée au fil des années et a vu son contenu être explicité par l'action du juge constitutionnel. Il est possible de voir en la libre administration un pouvoir d'autodétermination accordé par l'Etat aux collectivités territoriales dans les limites que la loi fixe. Les limites législatives à la libre administration constituent le garde-fou qui assure à l'Etat son indivisibilité prévue au premier article de la Constitution.

De la méfiance à la confiance : les contrôles de l'Etat sur la décision locale d'emprunt

Comme il a été dit précédemment, l'autonomie dans la décision d'emprunter est sujette à caution. Pendant longtemps, la position de l'Etat a été ambivalente en la matière. D'un côté, il redoute de devoir rembourser les emprunts des collectivités ne pouvant assumer le fardeau de la dette et le contrôle strict est alors vu comme la solution. De l'autre,

¹ Cons. cont., 19 novembre 1975, déc. n°75-84 L, rec. Cons Cont. 1975 p. 35.

² Cet acte est composé de plusieurs textes : loi constitutionnelle 2003-276 du 28 mars 2003 et de la loi organique n°2004-758 du 13 août 2004 prise application de l'article 72-2 de la Constitution relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales ; loi organique n° 2003-704 du 1 août 2003 relative à l'expérimentation par les collectivités territoriales ; loi organique n° 2003-705 du 1er août 2003 relative au référendum local ; loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales.

³ Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles (MAPTAM); loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

l'Etat voit une occasion de pouvoir réaliser des investissements dont il aurait l'utilité mais sans pour autant en assumer la charge financière. Cette tension explique le lien entre la libre administration et la décision locale d'emprunter. Plus l'Etat souhaitera s'assurer de la solvabilité de ses collectivités, et plus il exercera un contrôle préalable poussé, réduisant d'autant l'autonomie locale.

L'ambivalence de l'Etat à l'égard des emprunts locaux est loin d'être récente. Ainsi, dès l'Ancien Régime, le Roi a autorisé les villes à emprunter afin de pouvoir construire des enceintes fortifiées¹. Le Roi profite des emprunts des villes dans la mesure où la protection du territoire est une prérogative royale supposant qu'il réalise lui-même les infrastructures nécessaires. A la Révolution, l'Etat est obligé d'intervenir en 1793 pour redresser la situation financière des communes qui est fortement dégradée. Celles-ci ont alors un passif important que l'Etat nationalise par une loi du 24 août 1793². Bien que l'Etat n'interdira pas, et ne le fera jamais, la faculté des collectivités à pouvoir emprunter, cet épisode créé une défiance envers ces dernières. L'Etat révolutionnaire a rapidement perçu l'intérêt de l'emprunt local et, comme l'Ancien Régime, il développe une « *tutelle extrêmement intéressée* »³ en la matière. L'Etat s'assurera de la sauvegarde de ses intérêts par un contrôle préalable de la décision d'emprunter.

Malgré la succession des régimes politiques tout au long du XIX^{ème}, le contrôle ne cessera de s'alléger, accordant de plus en plus d'autonomie aux collectivités territoriales en la matière. Dès les premiers jours de la Révolution, le régime révolutionnaire a réglé la question de l'emprunt local. Par voie de décrets, l'Etat a mis en place un système d'autorisation législative pour les communes (décret du 5 et 10 août 1791) et pour les départements (décrets des 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790). Ce contrôle sera même intégré à la Constitution du 5 fructidor An III à l'article 311 et à la Constitution de l'An VIII. Cette approche a du sens pour les départements dans la mesure où ils n'ont pas encore la personnalité civile (qui leur sera attribuée par la loi du 10 mai 1838) leur permettant d'agir par eux-mêmes et ne peuvent contracter de façon autonome. En revanche, pour les

¹ E. Moysan, « Bilan et enjeux de trente ans de décentralisation en matière d'emprunts locaux », RFFP, septembre 2012, n°119, p. 25.

² L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 385.

³ *Ibid*, p. 384.

communes, le passage obligé devant le Parlement s'avère très rapidement inadapté en raison d'une longue habitude d'emprunter due à leur longévité. En 1818, le contrôle préalable avec une autorisation législative est aménagé par le biais d'une distinction entre les communes selon la proportion de l'emprunt par rapport à leur revenu¹. Par la suite, le contrôle législatif connaît un tournant à la fin du IInd Empire. La procédure d'autorisation législative est alors critiquée pour son inefficacité avec un examen partiel et le fait que l'autorisation est un acte administratif à valeur législative. Par la loi du 24 juillet 1867 pour les communes, et une loi du 18 juillet 1866 pour les départements, l'autorisation législative devient la procédure d'exception et n'est utilisée que dans le cas des emprunts les plus importants en termes de montants². Le contrôle préalable de l'Etat ne disparaît pas pour autant puisqu'il substitue par les lois de 1866 et 1867 l'autorisation législative par une procédure d'autorisation réglementaire réalisé à titre principal par les autorités exécutives du Gouvernement : le Président de la République et le Premier Ministre. Ces derniers autorisent l'emprunt par voie de décret pris en Conseil d'Etat. Ce contrôle est considéré alors comme tout aussi efficace que celui du Parlement, si ce n'est plus³. A l'image du contrôle législatif, la procédure d'autorisation réglementaire s'allège avec la loi du 7 avril 1902 qui supprime l'intervention du Président de la République. Désormais, l'autorisation prend deux formes possibles, soit un décret pris en Conseil d'Etat, soit un arrêté ministériel, le critère discriminant étant cette fois les caractéristiques de l'emprunt. A nouveau, le contrôle de l'Etat continue de se simplifier, et une loi du 22 décembre 1940 augmente les cas d'autorisations ministérielles au détriment des décrets pris en Conseil d'Etat.

Parallèlement au contrôle mis en place au niveau national le préfet se voit accorder des compétences de plus en plus nombreuses dès 1852 en matière de contrôle d'emprunt du département, dont il sera l'exécutif jusqu'en 1982, et des communes se trouvant dans le même département⁴.

¹ Loi du 15 mai 1818.

² Le contrôle législatif sera définitivement abandonné par en 1898 pour les départements et en 1902 pour les communes.

³ « Le contrôle du Conseil d'Etat, plus rapide que celui du Parlement, est au moins aussi sérieux et présente un nombre au moins égal de garanties », M. Lambron, *Le crédit des communes*, Thèse, Paris, 1908 in L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 381.

⁴ Une loi de 1867 établit le premier régime général d'autorisation local géré par le préfet de département (L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 393).

Un pas décisif vers la libéralisation est fait en janvier 1959 avec un allègement considérable du contrôle de l'Etat qui préfigure la libéralisation de l'Acte I de la décentralisation.

L'évolution du contrôle préalable sur la décision des collectivités territoriales s'explique, entre autre, par une évolution dans la conception de l'Etat. En nationalisant les dettes des communes en 1793, l'Etat et la doctrine publiciste considèrent les décideurs locaux comme étant incompetents pour gérer de façon responsable l'emprunt et la dette qui en découle. Si cet état d'esprit justifie le contrôle contraignant mis en place à la Révolution, celui-ci s'avère être rapidement dépassé par les faits, devenant inadapté face au comportement d'emprunt des communes et des régions. Concurrément à l'allègement du contrôle tout au long du XIX^{ème} siècle, les collectivités territoriales contribuent à l'édification des biens publics et des grands réseaux (électricité, gaz, chemin de fer et routes). L'emprunt permet le financement de cette charge et « le crédit aux collectivités locales devient plus que jamais le crédit à l'équipement du territoire »¹. Le XIX^{ème} et le XX^{ème} siècle sont marqués par des « vagues d'investissement local »² en raison de « l'apparition successive de besoins collectifs nouveaux »³ dont le financement nécessite pour les collectivités à recourir à l'emprunt. Pourtant, malgré les profits que l'Etat retire de l'emprunt local, obligeant parfois même les collectivités à emprunter⁴, celui-ci conserve une méfiance à leur égard. La doctrine dénonce ces élus locaux qui ont « *une tendance malheureuse à engager l'avenir afin de réaliser des avantages présents* »⁵. Encore en 1867, à l'occasion de la loi qui allège l'autorisation législative, son rapporteur critique la gestion financière des collectivités territoriales. « *Ephémères comme elles le sont, plus préoccupées du présent que d'un avenir qui n'est pas fait pour elles, la plupart des autorités locales ont pour défaut principal une trop grande tendance à la prodigalité* »⁶. Les conditions matérielles du recours à l'emprunt évoluent avec le temps et pourtant le constat reste immuable : « *la tutelle en*

¹ Thèse, Recherches statistiques sur l'économie des finances locales, Rennes, 1966, p. 119

² *Loc.cit.*

³ *Loc. cit.*

⁴ Comme pour la construction d'écoles par les collectivités territoriales par la loi du 20 mars 1883.

⁵ L. Béquet, V. Commune un Répertoire du Droit administratif (Répertoire Béquet), Tome VI, 1887, p.280.

⁶ Discours du président du Sénat, M. Bonjean pendant les débats sur la loi du 24 juillet 1867, in Histoire du droit des finances publiques, l'emprunt local.

matière d'emprunt est un bienfait »¹. Derrière cette méfiance qui traverse les siècles et qui se justifie en critiquant l'incompétence des élus locaux, il y a toujours une crainte de voir les finances de l'Etat être directement affectées par une gestion par trop légère des collectivités territoriales.

Face à une position de méfiance à l'égard des collectivités territoriales, l'Etat restera pragmatique puisqu'il les impliquera de façon importante aux financements de nouveaux biens collectifs de plus en plus nombreux. Ces vagues d'investissements publics remettent en cause la conception d'un Etat limité devant être le moins endetté possible. En effet, dans la conception libérale, l'Etat, et plus généralement toute personne publique, ne peut s'endetter que pour des raisons exceptionnelles, au premier rang desquelles la guerre². Progressivement, les agents économiques vont admettre la nécessité de l'investissement public ainsi que de l'emprunt qui permet de le financer. La théorie économique de Keynes donne à l'emprunt public une toute nouvelle ampleur, surtout après la 2^{nde} Guerre Mondiale en devenant le référentiel pour élaborer les politiques économiques. Keynes reprend la Fable des abeilles de Mandeville pour justifier la nécessité pour les personnes publiques de s'endetter. Il reprend la conclusion de Mandeville à la suite de sa fable : « *Tout l'art de rendre une nation heureuse et florissante consiste à donner à chacun la possibilité d'être employé. Pour y parvenir, le premier souci d'un Gouvernement doit être de favoriser tous les genres de manufactures, d'arts et de métiers, que l'homme peut inventer (...). Car c'est par cette politique et non par une futile réglementation de la prodigalité et de l'économie qu'on peut accroître la grandeur et le bonheur des nations*³ », et Keynes de conclure : « *il n'est pas surprenant que des sentiments aussi pervers (l'épargne ndlr) aient été flétris par deux siècles de moralistes et d'économistes, qui se sentaient beaucoup plus vertueux en possession de leur austère doctrine d'après laquelle, hors la pratique de l'épargne la plus stricte par les individus et par l'Etat, il n'existe pas de salut* »⁴. Après la 2^{nde} Guerre mondiale, les conditions sont réunies pour donner à l'emprunt des collectivités territoriales la place qu'il a aujourd'hui. D'une part, il y a un Etat pragmatique qui sait qu'il ne peut pas assumer financièrement la

¹ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 388.

² A. Smith, La richesse des nations, 1776, rééd. Garnier-Flammarion, Paris, 1991.

³ B. Mandeville, « La fable des abeilles » in J. M. Keynes, « Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie », 1936, rééd., Payot & Rivages, 2005, Paris.

⁴ *Loc. cit.*

reconstruction seul. D'autre part, sur le plan idéologique, l'emprunt des personnes publiques est devenu légitime, dès lors qu'il sert à assurer un plein emploi, condition *sine qua non* à la croissance économique.

Emprunt et collectivité territoriale :

Sur le plan strictement juridique, l'emprunt n'existe pas en tant que tel. L'opération d'emprunt est, pour les collectivités territoriales, un crédit dont les caractéristiques de l'opération sont définies à l'article L 313-1 du CMF. A ce titre, « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat* ».

Il est question ici des collectivités territoriales. Il s'agit plus précisément de la commune, du département et de la région dont l'existence est prévue par l'article 72 de la Constitution. Sur le plan strictement juridique, la collectivité territoriale est une personne morale de droit public qui exerce ses compétences dans un cadre territorial délimité. Elle est administrée par une instance élue, elle est soumise à un contrôle financier et budgétaire et elle a une vocation générale. Il est possible de voir un processus dynamique, les collectivités territoriales étant un « *groupement humain géographiquement localisé sur une portion déterminée du territoire national, auxquels l'Etat a conféré la personnalité juridique et le pouvoir de s'administrer par des autorités élues*¹ ». Fréquemment, le terme de collectivité locale est utilisé comme synonyme de collectivité territoriale. Nous reprendrons ici la distinction faite par le Conseil constitutionnel qui voit dans les collectivités locales les collectivités territoriales et leurs groupements dont les EPCI².

¹ S. Guinchard (dir), T. Debard (dir), « Lexique des termes juridiques », Dalloz, 18^{ème} édition, 858 p., Paris, 2011.

² Cons. cont., 12 mai 1964, déc. n°69-24 L, Rec. Cons. cont. 1964 p. 37.

L'emprunt local aujourd'hui

La situation actuelle démontre que l'Etat est revenu sur sa conception de l'emprunt local. Les collectivités territoriales réalisent 70,1% de l'investissement public. Le montant de la dette locale est important. En effet, il s'élève pour les collectivités territoriales à 6,4% du PIB de la France, soit 137 milliards d'euros en 2013¹. Le secteur public local, c'est-à-dire les collectivités locales, a une dette de 188, 2 milliards en 2014². Le taux d'endettement des collectivités territoriales (le ratio dette par rapport aux recettes de fonctionnement) est relativement haut. En 2013, celui-ci était de 81,2% pour les communes et EPCI (appelé secteur communal), 49,7% pour les départements et 88,0% pour les régions, la moyenne globale étant de 71,4%. A titre de comparaison, la dette de l'Etat s'élève à 1610, 2 milliards d'euros et celle de la sécurité sociale de 216,8 milliards d'euros en 2014³. Depuis les années 1980, soit l'Acte I de la décentralisation, la dette locale connaît, de façon générale une hausse. Sur la période 1982-1997, les collectivités territoriales ont recouru à l'emprunt pour compléter le financement de leurs investissements à hauteur de 20% en moyenne par an. Ainsi, en 1997, la dette locale était de 92,35 milliards d'euros⁴. A partir de 1997, les collectivités territoriales ont connu une période de désendettement, la seule depuis 1982. La dette locale a baissé de 7 milliards d'euros passant à 86,96 milliards d'euros⁵. Depuis 2004, le niveau d'endettement a augmenté à nouveau avec, en 2004, un recours à l'emprunt pour financer 6% des dépenses d'investissement des collectivités territoriales. En revanche, la moyenne des collectivités cache des niveaux d'endettement variables selon les catégories : les communes n'ont recouru à l'emprunt que pour 1% de leurs dépenses d'investissement, tandis que les régions ont financé 17% de leurs investissements par ce biais⁶. 11 ans plus tard, la situation des collectivités territoriales s'est aggravée et l'endettement a augmenté. D'un montant de 118,3 milliards d'euros en 2009, la dette est passée à 137 milliards⁷ d'euros

¹ Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2014 », 21 octobre 2014

² INSEE, « *Dette des administrations publiques (S13) au sens de Maastricht (*) et sa répartition par sous-secteur* ». Consulté le 24 mai 2015: http://www.insee.fr/fr/themes/comptes-nationaux/tableau.asp?sous_theme=3.1&xml=t_3101

³ *Loc. cit.*

⁴ *Loc. cit.*

⁵ D. Hoorens, « L'investissement des collectivités locales et son financement », *Revue d'économie financière*, 2006/5 n°86.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ OFL, *Les finances des collectivités locales (2010-2014)*.

en 2013. La dette locale augmente entre 3 et 5% par an depuis 2009, soit entre 3 et 6 milliards d'euros supplémentaires chaque année¹. Sur la même période, les dépenses d'équipement, c'est-à-dire les dépenses d'investissement moins les remboursements des emprunts, a oscillé entre 37 et 42 milliards d'euros par an. Cette situation de fort endettement explique l'importance de l'emprunt pour les collectivités territoriales. Tout en étant une ressource complémentaire pour pouvoir financer leurs investissements, l'emprunt est une charge importante pour les finances publiques locales. Le taux d'autofinancement de l'investissement des collectivités est relativement haut, puisqu'il se situe en 2013 à 86% en moyenne. Toutefois, les contraintes posées par l'Etat, le remboursement de l'emprunt par des recettes définitives, fait qu'une part importante des moyens de financement de l'investissement servent à financer le remboursement de l'emprunt, baissant le taux d'autofinancement des dépenses d'équipement.

Toutefois, le haut niveau d'endettement des collectivités territoriales s'explique également par leur importance dans l'investissement public global. La place désormais incontournable des collectivités dans l'investissement est apparue au cours de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Dès 1960, l'investissement local représente 53,7% de l'investissement total et en 1980 cette part est à 65,9%². Le niveau actuel, 70%, a été atteint en 1990 selon l'INSEE et s'est maintenu depuis³.

Malgré la situation financière qui se dégrade de façon continue depuis la crise pour les collectivités territoriales, le peu de réaction de la part de l'Etat atteste de sa nouvelle position. En matière d'emprunts locaux, les interventions de l'Etat au niveau normatif ont été peu nombreuses, même au plus fort de la crise des dettes publiques. Cette « absence » de la part d'un Etat fréquemment présenté comme un producteur insatiable de normes pour une question aussi sensible est relativement étonnant et illustre la confiance qu'il accorde aux collectivités. En dépit des déboires de plusieurs collectivités, l'Etat ne semble pas près de vouloir restreindre ce qui est devenu une liberté d'emprunter. Celle-ci restera intacte, préservant d'autant la libre administration des collectivités territoriales.

¹ OFL, Les finances des collectivités locales (2010-2014).

² R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? », BJCL, 2013 n°11/13, p. 735.

³ Loc. cit.

Les enjeux de l'emprunt local

Bien que la santé financière des collectivités territoriales reste relativement forte, la situation demeure tendue. Malgré un montant de l'endettement qui est le plus bas de toutes les administrations publiques la dette locale augmente inexorablement. Par ailleurs, les collectivités territoriales voient le nombre de compétences transférées augmenter, ce qui grève encore plus leurs ressources et leur permet donc un autofinancement moindre. La crise économique de 2008 a révélé plusieurs problèmes liés à l'usage du recours à l'emprunt. La contrainte de l'Union Européenne s'affermi depuis la crise des dettes publiques et s'est matérialisée avec le Traité de Stabilité, de Coordination et de Gouvernance du 2 mars 2012. Désormais, l'articulation entre la libre administration et le recours à l'emprunt est traversé par plusieurs dynamiques.

Liberté d'emprunter : stop ou encore ?

Avec la révélation de l'existence d'emprunts toxiques dans le passif des collectivités territoriales, la liberté qui leur a été laissée dans le recours à l'emprunt a démontré ses limites. Instruments financiers complexes, les emprunts structurés (qui sont la base des emprunts toxiques) ont mis plusieurs collectivités territoriales en France et Europe en difficulté en raison de leur nature bien souvent spéculative. Empêtrées dans une situation financière se dégradant rapidement, plusieurs collectivités territoriales ont demandé l'aide de l'Etat pour qu'il « éponge » leur dette et renforce ses contrôles sur leurs emprunts. Mais une telle intervention risquerait d'être une atteinte disproportionnée à la libre administration en raison de l'aspect épisodique du problème. De manière générale, un accroissement du contrôle de l'Etat sur les emprunts conclus par les collectivités pose un problème de compatibilité avec la libre administration. Or, c'est ici que repose le fond du problème. Dans le cas d'un accroissement du contrôle de l'Etat, les opposant à une telle intervention considèrent que le motif d'intérêt général à même de justifier l'atteinte serait insuffisant, les partisans argumentant l'exact opposé. Ainsi, d'une part, la libre administration est depuis 1975 autant une règle de répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir réglementaire qu'une liberté opposable par les collectivités à l'Etat afin de conserver leur

sphère d'autodétermination. D'autre part, pour des raisons macro-économique, l'Etat ne peut laisser la liberté d'emprunter en une licence par laquelle les collectivités useraient de l'emprunt comme bon leur semble au risque de faire céder tout l'édifice en raison du risque systémique que la dette locale représente. De même, malgré la libre administration, l'endettement n'est plus politiquement neutre pour l'Etat. Avec la pression financière qui pèse sur lui, l'Etat n'a aucun intérêt à ce que la dette locale dérape et augmente fortement.

L'Etat ne peut supprimer purement et simplement le recours à l'emprunt, cela serait contraire à la libre administration et les collectivités territoriales ne trouveraient pas ailleurs les financements dont elles ont besoin pour investir. Ainsi, l'avenir de la liberté d'emprunter se dessine entre deux contraintes. Impossible à interdire, elle reste une menace pour l'Etat qui reste en matière de décentralisation, juge et partie.

Emprunt local et intégration des finances publiques globales :

Avec l'idée d'une monnaie unique, l'UE a inscrit dans son droit primaire une priorité économique pour la réalisation de l'Union Economique et Monétaire avec les cinq critères de convergence. Deux critères intéressent directement l'emprunt : avoir une dette publique inférieure à 60% du PIB et un déficit inférieur à 3% du PIB. La comptabilité de ces ratios repose sur l'ensemble des administrations publiques (Etat, sécurité sociale et collectivités territoriales). La contrainte de ces critères n'a pas été immédiate. Il a fallu attendre la crise des dettes souveraines en 2011 pour que le consensus l'emporte : la zone euro impose que les Etats membre soient peu endettés. Cette crise a renforcé le mouvement militant pour la résorption des déséquilibres dans les budgets publics et est même devenu un argument de la campagne présidentielle de 2012¹. Toutefois, le retour à l'équilibre est complexe et l'Etat a associé les collectivités territoriales dans le désendettement public avec la loi organique transposant le TSCG² en droit interne. Cette dernière prévoit entre autre que les comptes des administrations publiques soient à l'équilibre (dans la limite d'un déficit structurel de 0,5% du PIB). Cette loi organique matérialise l'intégration financière publique au sein d'une gouvernance financière menée par l'Etat. Cependant, cette gouvernance n'a

¹ Le redressement des comptes publics est la priorité n°9 du candidat Hollande et la 2nd priorité du candidat Sarkozy pour la campagne présidentielle de 2012.

² Loi organique n°2012-1403 du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques.

créé aucune contrainte juridique notamment sur la liberté d'emprunter. Malgré ce cadre financier global, l'Etat persiste à demander aux collectivités de continuer à investir afin de soutenir l'investissement public dans un contexte de réduction des ressources des collectivités territoriales. *« Au final, la crise économique et financière rappelle aux collectivités locales que leurs ressources financières font partie d'un système financier global »*¹.

Le contexte financier des collectivités territoriales est tiraillé entre les lignes de forces contradictoires que connaissent les finances publiques. Dans ce cadre, la place de l'emprunt est délicate à trouver et nécessite des collectivités qu'elles en usent avec parcimonie. Cette contrainte pour les collectivités suppose de leur part qu'elles maîtrisent leurs emprunts et affermissent leur position vis-à-vis de leurs créanciers.

Décentralisation, valorisation des collectivités territoriales et emprunt :

Dès le départ, la décentralisation est inscrite dans un contexte de démocratisation locale. Un tel mouvement permet de « rendre la parole » aux citoyens et de rapprocher les centres de décision des lieux d'exécution. Le processus de démocratisation locale nécessite que les instances représentatives connaissent un fonctionnement démocratique sans quoi la collectivité ne serait qu'un « village Potemkine » dans laquelle les besoins et les souhaits des citoyens ne seraient pas pris en compte. L'autonomie permet donc à la collectivité territoriale de pouvoir adapter l'action publique par rapport aux attentes des citoyens. Bien évidemment, l'action publique locale nécessite des moyens, sans quoi il n'y a pas de réelle liberté. Or, l'autonomie des collectivités territoriales dans le cadre de la démocratie locale a pour but de satisfaire les besoins de biens collectifs des individus sur son territoire. Cela nécessite une gestion financière permettant à la fois de pouvoir financer les équipements nécessaires tout en ayant des taux d'impositions les plus bas possibles. Ainsi, le recours à l'emprunt s'inscrit dans le cadre de la valorisation des collectivités territoriales pour les citoyens. Mais, en créant une autonomie de gestion, une concurrence entre les collectivités émerge. Cette concurrence consiste à rendre la collectivité attractive sans quoi elle se videra de ses habitants qui sont aussi ses contribuables. La gestion de la situation financière des

¹ F. Navarre, M-P. Rousseau, « Les finances locales sous tension », Métropolitiques, 8 octobre 2012. Site consulté le 15 décembre 2014 : <http://www.metropolitiques.eu/Les-finances-locales-sous-tension.html>

collectivités territoriales est donc traversée par une nouvelle contrainte. L'emprunt est nécessaire dans ce contexte, mais, s'il entraîne des avantages sur le court terme permettant une baisse ou un maintien de la fiscalité locale à un niveau raisonnable, le service de la dette peut vite constituer un fardeau pour la collectivité et ses contribuables, diminuant d'autant son attractivité.

Le lien entre le recours à l'emprunt et la libre administration est encore ici ambivalent. Il permet à la fois des avantages (augmenter l'attractivité de la collectivité et l'offre de biens publics) et entraîne des inconvénients. La gestion locale repose donc partiellement sur l'emprunt.

Par conséquent, le recours à l'emprunt par la collectivité territoriale contraint ses finances à subir les coups du sort quelle devra affronter pour pouvoir rembourser sa dette. Ainsi, il est possible de se demander dans quelle mesure les collectivités territoriales parviennent-elles à articuler le recours à l'emprunt avec la libre administration pour pouvoir se ménager une sphère d'autonomie dans laquelle elles peuvent s'administrer librement tout en subissant le moins de contrainte possible.

Le recours à l'emprunt et la libre administration sont étroitement liés. La croissance de l'un a permis à l'autre de s'étendre et réciproquement. Les taux d'endettement depuis 1982 démontrent une hausse globale de l'emprunt. L'emprunt est l'expression de la libre administration puisque la collectivité territoriale décide du recours ou non, à l'emprunt grâce à son autonomie de gestion, selon un projet d'investissement qui lui bénéficiera. Il la matérialise en concourant à la réalisation d'un bien public permettant à la collectivité de se développer. L'emprunt doit être vu comme un bras financier de la libre administration, sa mauvaise utilisation constitue également un danger pour l'autonomie de la collectivité. La réalité des liens entre l'emprunt et la libre administration est relativement complexe. Il est possible de deviner plusieurs aspects dans ces liens : le recours à l'emprunt comme conséquence de la libre administration (**partie I**) en ce que la collectivité qui choisit d'user de l'emprunt bénéficie d'une liberté permise par la libre administration. L'emprunt a une finalité d'investissement qui est intimement liée aux décisions de développement de la collectivité que celle-ci décide de façon autonome. Il y a par conséquent une relation faisant de

l'emprunt un moyen de la libre administration (**partie II**). Sa mauvaise gestion est un danger qui risque d'accroître davantage la charge qu'il représente par nature sur les finances de la collectivité. Aussi bien l'emprunt facilite la libre administration, autant la dette qu'il vient accroître est un danger constant pour la libre administration. La dette est un problème potentiel pour l'autonomie local, il faut alors envisager le recours à l'emprunt comme un danger pour la libre administration (**partie III**).

Partie I : Le recours à l'emprunt comme conséquence de la libre administration

L'Acte I de la décentralisation a constitué un tournant majeur pour le recours à l'emprunt en accordant une autonomie importante aux collectivités. Il en a résulté une véritable liberté d'emprunter, d'autant que « *cette liberté est, à juste titre, présentée comme la conséquence de la libre administration* »¹. Et pour cause, le caractère libéral de cette faculté d'emprunter est assuré de façon directe et indirecte par la libre administration. L'emprunt constitue un choix de gestion dont l'opportunité relève de la collectivité grâce à l'autonomie dont elle use à grâce à la libre administration. Si la décision d'emprunter est une expression de la libre administration, le régime juridique initial, défini par la loi du 2 mars 1982, a vu sa portée être sensiblement étendue par l'allègement global de la tutelle réalisé au nom d'une nécessaire autonomie des collectivités dans une organisation décentralisée. Ainsi, la liberté d'emprunter bénéficie des externalités de la libre administration, au premier rang desquelles la liberté contractuelle. Il en découle pour la liberté d'emprunter un double fondement ancré dans la libre administration. Sur le plan formel, la liberté d'emprunter est juridiquement fondée sur la libre administration des collectivités territoriales (section I), tout en étant accrue par les conséquences de la libre administration qui lui ont permis d'être amplifiée (section II).

Section I : La liberté d'emprunter juridiquement fondée sur la libre administration des collectivités territoriales

Malgré l'importance de la loi du 2 mars 1982, celle-ci n'a pas constitué une rupture dans la faculté d'emprunter. La seconde moitié du XX^{ème} siècle a été marquée par un allègement rapide et étendu des limitations et une extension de l'autonomie des collectivités en la matière. Comme il a été évoqué précédemment, l'histoire de l'emprunt depuis la

¹ M. Conan, « L'autonomie financière des collectivités territoriales : trente ans après la loi de décentralisation du 2 mars 1982, état des lieux », AJDA, 2012, p. 760.

Révolution constitue un mouvement permanent cherchant à déterminer l'équilibre entre l'intérêt de l'Etat et la nécessité pour lui de laisser les collectivités territoriales accéder à l'emprunt. L'arbitrage dégagé au début des années 1980 a émergé dès 1959. Dans ce cas, la reconnaissance progressive de la liberté d'emprunter (A) a résulté d'un consensus presque inconscient entre les pouvoirs publics, expliquant que les restrictions à cette liberté soient devenus limités (B).

A) La reconnaissance progressive de la liberté d'emprunter

Le terme de liberté d'emprunter est absent dans les textes juridiques, notamment le CGCT. Pourtant, malgré cette omission, le cadre juridique du recours à l'emprunt permet une autonomie telle pour la collectivité territoriale que l'assimilation de cette faculté à une liberté qui serait suggérée par le droit positif est possible (1). La nature singulière de l'emprunt fait que, malgré son aspect financier, celle-ci a une place à part dans le cadre financier local (2)

1) Une liberté d'emprunter suggérée par le droit positif

Rendue implicite par le droit, la liberté d'emprunter conserve néanmoins une certaine « évidence » désormais. L'exercice de cette liberté qui ne dit pas son nom a été encouragé par l'Etat et par un accès au capital de plus en plus simple pour les collectivités. La fin des années 1950 a marqué l'apparition de signes annonciateurs d'une libéralisation du recours à l'emprunt (a) qui sera définitivement ancré grâce à la suppression de la tutelle administrative (b).

a) Les signes annonciateurs d'une libéralisation du recours à l'emprunt

Dans l'histoire récente de l'emprunt local, la tendance à l'allègement du contrôle n'a jamais été démentie. En revanche, ce mouvement a connu une subite accélération à la fin des années 1950. L'arrivée de la V^{ème} République a marqué un tournant dans le recours à

l'emprunt avec une série d'ordonnances et de décrets adoptés le 5 janvier 1959¹. Le contrôle du recours à l'emprunt change de logique à partir de cette date. L'administration de l'Etat ne contrôle que les emprunts sur lesquels elle n'a pas une maîtrise suffisante soit en raison du montant soit en raison du prêteur². Désormais, toutes les communes de 9 000 habitants ou plus et les départements dont le budget n'est pas soumis à l'approbation par les autorités de l'Etat et qui contractent des emprunts auprès d'établissements publics ou semi-publics³ ne voient pas leurs décisions d'emprunter être soumises au contrôle. Dans l'hypothèse où le montant de l'emprunt serait supérieur à 30 000 centimes ou que les intérêts accèderaient 10% des recettes ordinaires, un contrôle préalable reste nécessaire quelque soit la taille de la collectivité. Cette libéralisation reste bien évidemment limitée pour les départements dans la mesure où le préfet assure la fonction exécutive⁴. Ce contrôle permet une marge de manœuvre inédite pour les collectivités territoriales en créant un espace dans lequel l'Etat n'exerce plus aucun contrôle sur la décision locale d'emprunter. Le cumul de conditions semble être rapidement discriminant, mais il s'avère qu'une part non négligeable des emprunts les remplis. La mainmise du secteur public de prêt mis en place par l'Etat y contribue fortement⁵.

Rapidement, le système mis en place en janvier 1959 fait l'objet de critiques. La Commission d'Etude des Finances Locales préconise une libéralisation du recours à l'emprunt dès lors que la collectivité a une situation financière saine et que le prêt est contracté avec un établissement du secteur public⁶. La proposition de la Commission est impossible alors en ce qu'elle est trop en avance sur son temps. La libéralisation d'un type particulier de délibération est incompatible avec la tutelle administrative qui s'exerce de façon générale. Cette libéralisation est d'autant plus inconcevable à l'époque que l'emprunt local a longtemps fait l'objet d'une critique par la doctrine et d'une suspicion par l'Etat.

¹ Notamment l'ordonnance, n°59-42, du 5 janvier 1959 relative à la décentralisation et à la simplification de l'administration communale qui introduit un article 47 7° intéressant les délibérations de la commune relatives à l'emprunt.

² L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 398.

³ Ces établissements de prêts publics (comme la CDC) ou semi-publics (comme la CAECL ou la CNCA) constituent ce que nous désignerons par la suite les établissements de prêt du secteur public.

⁴ Ce qui ne changera qu'avec la loi du 2 mars 1982.

⁵ A. Guengant, « Libéralisation du crédit et mutation du comportement d'endettement des collectivités locales », Politiques et Management public, vol. 6, 1988 n°6-2, p. 47. Voir notamment le graphique à la page 51.

⁶ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 399.

Après l'avancée de 1959, la décennie des années 1970 annonce la libéralisation imminente du recours à l'emprunt. D'une part, le Conseil constitutionnel s'est émancipé du rôle restreint que lui avait confié la Constitution de 1958 en contrôlant les lois par rapport aux droits fondamentaux¹. Le juge constitutionnel identifie en 1975 dans la libre administration un concept double. Conformément à l'article 34 de la Constitution qui donne une compétence relative aux collectivités au législateur², le juge constitutionnel censure l'irruption du pouvoir réglementaire dans le domaine ainsi que la compétence négative du législateur³. Mais, en plus de cette utilisation comme règle de répartition des compétences, le Conseil constitutionnel épaisse le contrôle en usant de la libre administration pour contrôler la loi et s'assurer que celle-ci ne méconnaît pas « *les garanties fondamentales à la libre administration*⁴ ». Désormais, le Conseil constitutionnel exige de la loi qu'elle respecte et mette en œuvre ces garanties fondamentales nécessaire à la libre administration. Comme le font remarquer MM Favoreu et Roux, « *au-delà de la liberté "d'être", c'est de la liberté "d'agir" des collectivités qui se trouve garanties par le juge constitutionnel* »⁵. Bien que la libre administration doive coexister avec la tutelle administrative, elle protège un champ de gestion dépourvu de toute intrusion et annonce la croissance de cette sphère inviolable. A l'occasion d'un déferrement par les parlementaires portant sur une loi relative au territoire de la Nouvelle-Calédonie⁶, le Conseil constitutionnel réussit un tour de force : en ne citant qu'une fois le principe, il fait de la libre administration un principe à valeur constitutionnel au même titre que la séparation des pouvoirs⁷. En l'espace de 4 ans, l'effet passif de la libre administration énoncée à l'article 34 de la Constitution s'est transformé en norme active de

¹ Cons. cont., 16 juillet 1971, n°71-44 DC, rec. Cons. cont. 1971 p. 29.

² L'article 34 de la Constitution dispose que « *la loi détermine les principes fondamentaux de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources* ».

³ C'est-à-dire dans l'hypothèse où le législateur délèguerait trop de compétences au pouvoir réglementaire.

⁴ Cons. cont 19 novembre 1975 précité.

⁵ L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », Cahiers du Conseil Constitutionnel, mai 2002 n°12.

⁶ Loi n°79-407 Loi modifiant les modes d'élection de l'Assemblée territoriale et du Conseil de gouvernement du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances et définissant les règles générales de l'aide technique et financière contractuelle de l'État.

⁷ Cons. Cont, 23 mai 1979, n°79-104 DC, rec. Cons. cont. 1979 p. 27, portant sur la loi précité. Le Conseil constitutionnel déclare que, « *dès lors, il n'a méconnu ni le principe de la séparation des pouvoirs, ni les dispositions constitutionnelles qui le mettent en œuvre ou qui consacrent la libre administration des collectivités territoriales.* »

l'article 72 de la Constitution.

Tandis que le juge constitutionnel fait émerger un droit constitutionnel local, le législateur a adopté 2 lois assouplissant davantage le contrôle de l'emprunt local. La loi du 31 décembre 1970¹ intéressant l'emprunt communal et l'article 17 de la loi du 9 juillet 1970² pour les départements font du contrôle des autorités étatiques une exception. Désormais, l'autorisation préalable à l'emprunt local n'a lieu que dans trois hypothèses : soit cette décision est intégrée dans le cadre plus large de l'approbation du budget de la collectivité, soit l'emprunt est conclu avec un prêteur hors du secteur public de prêt, ou alors l'emprunt est conclu auprès d'une personne privée qui ne respecte pas les conditions fixées par un décret en Conseil d'Etat (et qui s'intéresse aux frais financiers et aux taux d'intérêts). Ces lois contribuent à rendre le contrôle de plus en plus exceptionnel. Les hypothèses de contrôle ne distinguent plus les collectivités selon leur taille mais portent directement sur l'opération d'emprunt.

Cette autonomie accordée aux collectivités territoriales en 1959 puis dans les années 1970 est en réalité partielle, l'avancée reste apparente. L'Etat délaisse le contrôle de l'emprunteur pour favoriser le contrôle financier sur les établissements de prêt³. Ce contrôle est permis par la proximité organique entre l'Etat et les établissements du secteur public. Quant aux prêteurs hors de ce secteur public, le contrôle prend la forme de la réglementation avec, entre autre, des plafonds de taux. Par ailleurs, depuis 1956, les établissements de prêts, CDC en tête, ont progressivement aligné leur politique de prêt sur les subventions d'équipements accordées par l'Etat. Ce lien prêt-subvention permet à l'Etat de guider directement l'emprunt des collectivités territoriales en choisissant de subventionner tel ou tel équipement tout en sachant que les établissements de prêts du secteur public prêteront à la collectivité. Ce sera la CDC qui, à la fin des années 1970, rompt avec la pratique du lien prêt-subvention en introduisant les prêts globalisés⁴. Ces derniers consistent en un capital accordé par le prêteur à la collectivité. Celle-ci pourra en user

¹ Loi n°70-1291 du 31 décembre 1970 relative à la gestion locale et à la liberté municipale.

² Loi n°70-601 du 9 juillet 1970 relative aux conditions de réalisation des emprunts

³ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 398.

⁴ J-C Moraud, « Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation » Gestion et finances publiques, novembre 2009, n°11, p. 860.

librement pour des dépenses d'investissement. Il s'agit là d'une rupture dans la conception dominante dans laquelle l'emprunt était systématiquement lié à une opération d'investissement.

En l'espace d'une quinzaine d'années, l'autonomie de la décision locale d'emprunter émerge. L'apparition de la libre administration comme norme constitutionnelle permet à l'emprunt local de s'y rattacher et d'avoir un socle juridique, peut-être même mystique en raison de la valeur du principe. Quant à l'assouplissement du contrôle, il porte sur les trois points qui sont les composantes de la liberté d'emprunter. D'une part, la destination de l'emprunt, bien que toujours limité au financement d'un investissement, devient plus flou avec l'introduction de prêts globalisés. D'autre part, les choix des prêteurs possibles s'élargit. Bien que le secteur public du prêt reste majoritairement présent, les prêts accordés par des personnes privées font l'objet d'un contrôle de moins en moins poussé. Enfin, les caractéristiques de l'emprunt font l'objet d'une libéralisation limitée. Sur le plan juridique, l'Etat conserve un contrôle en imposant aux prêteurs, publics comme privés, des conditions portant notamment sur le taux d'intérêt. De plus, sur les plans économiques et financiers, la forte présence de l'Etat dans le secteur public de prêt lui permet d'imposer des conditions favorables pour les collectivités territoriales, compliquant d'autant pour les prêteurs privés d'émerger et devenir une concurrence sérieuse.

b) La libéralisation définitive du recours à l'emprunt grâce à la suppression de la tutelle administrative

La loi du 2 mars 1982 constitue la rupture symbolique dans le recours à l'emprunt pour les collectivités territoriales. L'Acte I a accru l'autonomie locale de façon extrêmement sensible en supprimant la tutelle administrative. Dorénavant, l'Etat ne pourra plus censurer une décision locale pour des motifs d'opportunité. Dans ce cadre, la « *décision d'emprunt locale envisagée comme un acte administratif a naturellement bénéficié de l'allègement général de la tutelle, évolution qui va s'accélérer avec la loi du 2 mars 1982 portant suppression du contrôle administratif sur les décisions locales* »¹. En effet, avant 1982, la

¹ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 399.

liberté reste circonscrite à des situations où l'Etat est assuré de la protection de ses intérêts par un moyen ou par un autre. A partir de 1982, la libéralisation du recours à l'emprunt est globale.

Avec la suppression de la tutelle administrative, le régime d'autorisation préalable disparaît. Le contrôle de l'Etat demeure au travers d'un contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales¹ exercé par le représentant de l'Etat². Ce contrôle a trois caractéristiques : il est réalisé *a posteriori*, il est juridictionnel (seul le juge administratif peut annuler l'acte d'une collectivité territoriale) et il est légal (les moyens d'une annulation doivent être fondés sur la loi). Ce contrôle est une contrepartie à l'autonomie accordée aux collectivités qui exercent leur libre administration « *dans les conditions prévues par la loi* », c'est ce qu'a rappelé le Conseil constitutionnel dès 1982³. Le contrôle de la décision d'emprunter est devenu ainsi moins approfondi. La destination de l'emprunt fait ainsi l'objet d'un contrôle plus lâche, la seule limite c'est son affectation à une dépense d'investissement pour la collectivité. De même, le choix du cocontractant ne fait plus l'objet d'un contrôle et n'est plus le critère déclenchant une autorisation préalable. En revanche, les contraintes pesant sur les caractéristiques de l'emprunt demeurent mais de façon limitée et surtout dans une visée protectrice de l'intérêt financier des collectivités territoriales. Dans ce domaine, les prêts des collectivités territoriales sont limités par le taux d'usure instauré par la loi du 29 décembre 1966⁴.

Les départements connaissent une libéralisation encore plus forte que les communes puisque désormais l'exécutif de la collectivité n'est plus assuré par le préfet mais par un président élu par le Conseil général. La région voit également sa liberté s'étendre en la matière en passant du statut d'établissement public à celui de collectivité territoriale⁵.

La loi du 2 mars 1982 permet de faire apparaître la liberté d'emprunter. La fin de la

¹ Pour les communes, la liste des actes obligatoirement contrôlés figure à l'article L 2122-22 CGCT, pour les départements (art L 3131-2 CGCT) et pour les régions (article L 4141-2 CGCT).

² Article L 2131-1 CGCT pour les communes, article L 3131-2 CGCT pour les départements, article L 4141-1 CGCT pour les régions.

³ Cons. cont, 25 février 1982, n°82-137 DC, rec. Cons. cont 1982 p. 38.

⁴ Les collectivités ne peuvent voir leur taux d'intérêt dépasser à la fois le taux effectif moyen bonifié d'un quart des prêts de même nature consentis au cours du dernier semestre dernier ou alors le double du taux moyen de rendement effectif des obligations de 2nd catégorie émises au cours du semestre précédent (L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 400).

⁵ Article 73 de la loi du 2 mars 1982.

tutelle et la liberté accordée aux collectivités territoriales leur permet d'exercer pleinement leur libre administration. En effet, à cette date, les conditions institutionnelles nécessaires à un véritable exercice de la libre administration sont remplies et permettent une gestion libre pour la collectivité. La libre administration, par son étendue, permet de protéger les composantes de la liberté d'emprunter. Il est possible de voir avant 1982 un recours à l'emprunt qui va en se simplifiant grâce à un Etat qui sait faire de plus en plus confiance aux collectivités territoriales. Avec la suppression de la tutelle administrative, le recours à l'emprunt se transforme en liberté d'emprunter. Cette dernière n'a jamais été reconnue comme telle par le législateur qui confère aux collectivités une faculté d'emprunter¹. Toutefois, il faut voir dans cette faculté une liberté financière et politique qui apparaît en 1982 et qui ira en s'accroissant au fil des années suivant l'Acte I de la décentralisation.

Il s'agit bien d'une liberté dans le sens où il s'agit d'une capacité d'autodétermination pour la collectivité en la matière, mais aussi au sens de l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ». La nuisance pour les tiers de cette liberté d'emprunter, c'est principalement l'Etat qui la subit et justifie le cadre législatif que celui-ci a mis en place pour limiter l'emprunt local. La liberté d'emprunter est devenue une liberté de gestion financière intégrée au champ de la libre administration. Au titre de la libre administration, la collectivité peut choisir d'investir librement selon les modalités qu'elle souhaite. Grâce à la liberté de dépenser, elle choisit les ressources dans le financement de l'investissement. La liberté contractuelle lui permet de choisir relativement librement son cocontractant² et de négocier les caractéristiques de l'emprunt, à savoir principalement le montant du capital, le taux d'intérêt et la durée du contrat.

2) La nature singulière de l'emprunt au sein du cadre financier local

Bien que l'autonomie financière soit reconnue à l'article 72-2 de la Constitution, il est complexe d'envisager la liberté d'emprunter comme faisant partie intégrante de celle-ci.

¹ « Les communes peuvent recourir à l'emprunt sous réserve des dispositions des articles L 1611-3 et L 1611-3-1 », article L 2337-3 CGCT.

² Puisque l'emprunt reste une opération de crédit, la collectivité territoriale est obligée de se fournir chez un établissement de crédit agréé par l'Autorité des Marchés Financiers selon l'article L 511-1 du CMF.

L'emprunt ne participe que de façon limitée à l'autonomie financière à proprement parler puisque une fois utilisé, d'actif il intègre le passif de la collectivité. Il faut envisager l'emprunt comme étant dissocié de l'autonomie financière (a). Dès lors, la singularité de l'emprunt explique qu'il connaisse un régime juridique spécifique. Toutefois, les fondements textuels de la liberté d'emprunter sont dispersés entre plusieurs sources (b) ce qui contribue à leur faiblesse.

a) Le recours à l'emprunt dissocié de l'autonomie financière

Suite à la loi du 2 mars 1982 plusieurs lois relatives à la décentralisation ont été prises dans les années suivantes. Le début des années 2000 voit l'adoption d'un nouvel acte de décentralisation. Parmi ses multiples apports, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003¹ qui introduit plusieurs articles dans la Constitution à la suite de l'article 72, dont l'article 72-2 qui reconnaît dans son premier alinéa que « *les collectivités territoriales bénéficient des ressources dont elles peuvent disposer librement dans les conditions fixées par la loi* ». La reconnaissance dans la Constitution de l'autonomie financière des collectivités territoriales est novatrice dans la mesure où cette reconnaissance constitutionnelle est rare par rapport à des Constitutions étrangères². Comme le fait remarquer M. Hertzog, « *ce n'est pas un texte de rupture qui annonce une nouvelle ère pour les finances locales, mais plutôt un ensemble de règles pour consolider des acquis en les gravant dans la charte suprême* »³. Dans une interprétation littérale de l'autonomie financière, l'emprunt y est intégré puisque les collectivités en bénéficient librement dans les conditions fixées par la loi. Toutefois, la révision constitutionnelle de 2003 a été complétée par une loi organique en 2004⁴ qui définit le champ des ressources en distinguant les ressources propres des ressources totales. L'article 3 de cette loi a défini les ressources propres comme étant le produit des impositions de toute nature, c'est-à-dire celles dont le taux est fixé par la collectivité ou les impositions partagées, les redevances pour services rendus, les produits du domaine, les participations d'urbanisme, les produits financiers ainsi que les dons et les legs. La présence des produits

¹ Loi constitutionnelle n°2003-276 du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République.

² R. Hertzog, « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », AJDA, 2003, p. 548.

³ Loc. cit.

⁴ 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.

financiers dans cette liste exhaustive est trompeuse. La définition à l'article 3 ne fait pas référence, via les produits financiers, aux emprunts. Cette liste des ressources propres définit de façon négative le reste des ressources totales de la collectivité : les produits issus de transferts, comme les dotations, les subventions (de l'Etat, d'une autre collectivité, de l'UE) et le FCTVA¹. L'absence de l'emprunt dans cette liste des ressources totales s'explique par une simple raison : l'article 4 de la loi organique l'exclut².

L'exclusion de l'emprunt des ressources de la collectivité territoriale est triplement justifiée. Les ressources propres et totales présentes dans la loi organique sont uniquement des ressources sur lesquelles les personnes publiques disposent d'un certain contrôle (que ce soit de façon indirecte avec l'Etat qui limite les taux des impositions locales ou de façon directe avec les redevances ou les produits du domaine). Les ressources visées par la loi organique sont marquées par un caractère de prévisibilité et surtout par le fait qu'il s'agisse de ressources définitives. Sur ce dernier point, il apparaît que plus que judicieux d'avoir exclu l'emprunt des ressources des collectivités territoriales puisque d'une part, cette manne financière fait l'objet d'une gestion conjointe exercée par la collectivité et par le prêteur. De plus, la qualification de ressource pour l'emprunt est complexe. Il s'agit d'une ressource temporaire qui a vocation à être remboursée suite à sa consommation. Enfin, son exclusion du champ des ressources repose sur l'article 72-2 de la Constitution. Ce dernier précise que *« les ressources propres constituent une part déterminante de l'ensemble de leur ressource »*. L'intérêt de l'autonomie financière repose sur ces termes. Grâce à l'autonomie financière, les ressources propres ne pourront jamais descendre en-dessous de leur niveau de 2003 dans la part des ressources totales (ce qui est évalué chaque année en comparant le ratio d'autonomie de l'année en question par rapport à l'année 2003). Pour cette raison, l'emprunt a été exclu par crainte de voir son usage déformer les ratios d'autonomie. Comme le souligne M. Hertzog, *« les emprunts sont expressément exclus des ressources propres aussi bien que des ressources totales, pour éviter les effets déformants que produit la mobilisation de ce type très particulier de ressource qui connaît des variations cycliques importantes, en partie*

¹ Fond de Compensation de la TVA. Il est accordé par l'Etat aux collectivités pour rembourser une partie de la TVA qu'elles ont payé dans le cadre de leurs financements.

² *« Pour chaque catégorie de collectivités, la part des ressources propres est calculée en rapportant le montant de ces dernières à celui de la totalité de leurs ressources, à l'exclusion des emprunts, des ressources correspondant au financement de compétences transférées à titre expérimental ou mises en œuvre par délégation et des transferts financiers entre collectivités d'une même catégorie »*.

liées aux cycles électoraux qui déterminent les politiques d'investissement »¹. Le calcul des ratios d'autonomie est un enjeu financier sensible, tant pour les collectivités que pour l'Etat qui doit s'assurer que le ratio d'autonomie ne descend pas en dessous du seuil de l'année 2003.

En raison de cette exclusion des ressources des collectivités, la place de l'emprunt au sein de l'autonomie financière est moins évidente qu'il n'y paraît. Le lien entre la libre administration et l'autonomie financière est évident. Mais depuis 2002, les deux notions ont une valeur constitutionnelle et un fondement textuel différent. Le concept de l'autonomie financière inscrit à l'article 72-2 de la Constitution a cherché à protéger autant l'origine des ressources (alinéa 3) que leur usage (premier alinéa). Or, la liberté de dépenser est nécessaire pour l'existence de la liberté d'emprunter. Par ailleurs, la décision d'emprunter est un choix essentiellement financier et est donc naturellement intéressé par l'autonomie financière. Mais la liberté d'emprunter n'a pas qu'une nature financière. La collectivité doit user de prérogatives ouvertes par la libre administration, comme la liberté contractuelle. Par conséquent, suite à l'acte II, la liberté d'emprunter s'est retrouvée « atomisée » et partagée entre l'autonomie financière et la libre administration en ce que ses composantes ont été rattaché sur ces deux fondements juridiques qui, bien que proches, sont dissociés. Cette différenciation apparaît dans les propos de M. Moraud. A l'occasion d'une analyse des interventions de l'Etat suite à la crise financière, il détaille la logique qui a guidé sa main. Il en ressort que, par rapport à la liberté d'emprunter des collectivités territoriales, « *il n'est pas envisager de légiférer, ni de réglementer dans un champ qui relève de la libre administration* »². En faisant référence à la libre administration comme principe limitant l'action de l'Etat, l'auteur dénote ce découplément et le rattachement conceptuel de la liberté d'emprunter à la libre administration plutôt qu'à l'autonomie financière. Ce rattachement se comprend par rapport à la raison même d'être de l'emprunt local : un moyen de financement de l'investissement. Par conséquent, l'aspect politique et institutionnel de l'emprunt l'a emporté sur sa nature financière.

¹ R. Hertzog, « La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », AJDA, 2004, p. 2007.

² J-C Moraud, « Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation » Gestion et finances publiques, novembre 2009, n°11, p. 862-863.

Il est possible de critiquer ce rattachement en considérant l'autonomie financière en élargissant le cadre et en adoptant une vision plus large du concept. Selon M. Conan, l'autonomie financière serait interprétée différemment par l'Etat et par les collectivités territoriales. « *L'historique de cette autonomie financière sur les trente dernières années repose pour autant sur un malentendu persistant entre les collectivités, d'une part, et l'Etat central, d'autre part, né d'une incompréhension fondamentale* »¹. L'autonomie financière telle qu'elle est prévue par la Constitution consiste à disposer librement de ses ressources tout en cherchant à éviter les dérives financières du processus décentralisateur avec le transfert de compétences non-compensées. Les élus locaux ont fait émerger la question de l'autonomie financière en s'intéressant essentiellement à l'aspect fiscal². Pour sa part, l'Etat a répondu à la demande de l'autonomie financière en envisageant l'envisageant de façon globale et pas seulement fiscale. Cette position justifie alors le refus par le juge constitutionnelle de reconnaître aux collectivités territoriales une autonomie fiscale qui découlerait de l'article 72-2 de la Constitution³. Le Conseil constitutionnel a repris la position de l'Etat en concevant l'autonomie financière comme une autonomie de gestion financière. Comme le conclut M. Conan, « le principe d'autonomie financière se veut ainsi juridiquement circonscrit à une sphère beaucoup plus en adéquation avec le principe de libre administration des collectivités territoriales dont il procède »⁴. Dès lors, la place de la liberté d'emprunter dans l'autonomie financière est difficile à appréhender parce qu'elle est ambivalente. L'interprétation littérale des textes l'exclue, tandis que la considération par rapport à l'essence du principe pousse à rattacher la liberté d'emprunter au sein de l'autonomie financière.

¹ M. Conan, « L'autonomie financière des collectivités territoriales : trente ans après la loi de décentralisation du 2 mars 1982, état des lieux », AJDA, 2012, p. 759.

² « Le fait de voir le débat circonscrit à la seule autonomie fiscale des collectivités renvoie pourtant à une image dépassée et rappelle un manque de vision d'ensemble dans la structuration des relations entre l'Etat et les collectivités ». J-L Bœuf, L'autonomie financière des collectivités locales existe-t-elle ?, Gestion et Finances publiques, novembre 2009, p. 839 cité par M. Conan.

³ Cons. cont, 29 décembre 2009, n°2009-599, portant sur la loi de finance pour 2009 dans laquelle le juge constitutionnelle déclare « *qu'il ne résulte ni de l'article 72-2 de la Constitution, ni d'aucune autre disposition constitutionnelle, que les collectivités territoriales bénéficient d'une autonomie fiscale* ».

⁴ M. Conan, op.cit, p. 760.

b) La dispersion problématique des fondements textuels de la liberté d'emprunter

Le recours à l'emprunt fait l'objet d'un encadrement juridique limité. Malgré une littérature abondante sur la question des emprunts locaux, les textes normatifs s'intéressant à l'emprunt sont peu nombreux. La faiblesse de l'encadrement normatif est aggravée par le fait que les textes les plus précis sont des circulaires. Toutefois, en raison du peu de règles, il est tout à fait possible d'envisager ces circulaires comme étant impérative au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt Mme Duvignières¹ et seraient textes à valeur contraignante. L'article L 2337-3 du CGCT permet aux communes de pouvoir emprunter. Les articles L 3335-1 (département) et L 4333-1 (régions) du CGCT effectuent un renvoi à l'article L 2337-3 du CGCT². Ce dernier constitue donc l'article de référence en matière de recours à l'emprunt local. Les collectivités territoriales peuvent recourir à l'emprunt mais doivent respecter les conditions prévues par l'article L 1611-3-1 du CGCT. Cet article a été créé par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires³ et constitue actuellement la seule limite véritablement contraignante pour les collectivités territoriales dans la conclusion des contrats d'emprunts. Cet article prévoit trois limites. Le contrat peut être conclu en euro ou en devises étrangères mais dans ce cas il devra faire l'objet d'un contrat d'échange de devises en euro afin de protéger la collectivité contre le risque du change. Le taux d'intérêt prévu par le contrat peut être fixe ou variable mais dans les limites fixées par un décret pris en Conseil d'Etat. Enfin, les clauses fixant le taux d'intérêt doivent respecter soit un critère de simplicité soit être prévisible par rapport aux charges financières de la collectivité. Par ailleurs, l'Etat contraint les collectivités territoriales en imposant à ce qu'il ne serve qu'à financer des opérations d'investissement (article L 2331-8 du CGCT). L'opération d'emprunt est également intéressée par son intégration dans le cadre budgétaire global de la collectivité. Ainsi, la collectivité territoriale doit assurer le remboursement de l'emprunt par des ressources propres tout en s'assurant que le budget est équilibré (article L 1612-4 du CGCT). De plus, ce

¹ Commentaires sous CE, sec., 18 décembre 2002, Mme Duvignères, n°110 p. 841 in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », Dalloz, coll. Grands Arrêts, 18^{ème} édition, 2011.

² L'article L 4333-1 du CGCT énonce sobrement que « le chapitre VII du titre III du livre III de la deuxième partie est applicable à la région ».

³ Loi n°2013-672 du 26 juillet 2013 relative à la séparation et à la régulation des activités bancaires.

remboursement constitue une dépense obligatoire et doit être inscrit impérativement par la collectivité sur son budget annuel (article L 1612-15 à L 1612-17 du CGCT).

Parallèlement à cet encadrement textuel de l'emprunt par les collectivités territoriales, ces dernières connaissent des contraintes textuelles indirectes, soit en raison de leur nature, soit en raison des spécificités du contrat d'emprunt. Les contraintes comptables prévues par les instructions budgétaires et comptables¹ créent un cadre contraignant, à leur mesure, l'emprunt local. Le contrat d'emprunt est aussi intéressé par des dispositions du Code civil comme l'article 1907², le Code monétaire et financier³ ou le code de la consommation. Grâce à cet encadrement indirect de la liberté d'emprunter, les carences initiales du CGCT semblent être palliées. Toutefois, un problème demeure, celui de la généralité de ces textes qui intéressent soit les personnes à raison de leur qualité, soit le contrat d'emprunt en tant que tel. Ces textes interagissent entre eux sans nécessairement prendre en compte les spécificités de l'opération. La faiblesse du cadre textuel a contribué à ce que les collectivités territoriales transforment la faculté d'emprunter en liberté.

Le recours aux circulaires a été manifestement préféré depuis 1982 plutôt que de passer par la voie législative ou réglementaire. Bien que « *ces circulaires ne constituent donc que des gardes fous* »⁴ il ne s'agit en pratique que des seuls gardes fous adaptés à l'emprunt local. Les textes législatifs ne s'intéressent à l'emprunt local que dans les grandes lignes, tandis que le pouvoir réglementaire intervient peu en raison de son incompétence. L'Etat a donc pris plusieurs circulaires pour interdire les emprunts spéculatifs (circulaire du 15 novembre 1992⁵), détailler la délégation de la compétence de la gestion de l'emprunt de l'assemblée délibérante à l'exécutif de la collectivité (circulaire du 4 avril 2003⁶) ou encore autoriser les crédits de trésorerie, c'est-à-dire des emprunts de court-terme qui ne sont pas

¹ M14 pour les communes, M52 pour les départements et M71 pour les régions.

² Pour information : « *L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. Le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit* ».

³ Avec l'article L 313-1 qui définit le taux usuraire par exemple.

⁴ J-C Moraud, « Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation » Gestion et finances publiques, novembre 2009, n°11, p. 861.

⁵ Circulaire n° 1992 n° NOR/INT/B/ 92/00260/C du 15 novembre 1992 relative aux contrats de couverture de taux d'intérêts offerts aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux.

⁶ Circulaire n° NOR/LBL/B/03/10032/C, du 4 avril 2003, relative aux régimes des délégations de compétences en matière d'emprunt, de trésorerie et d'instruments budgétaires.

affectés à des dépenses d'investissement (circulaire conjointe intérieur-finances du 22 février 1989¹). Le nombre de circulaire pris par l'Etat en la matière tranche avec le cadre législatif, surtout avec la précision des sujets des circulaires. Cette préférence pour la régulation à travers les circulaires a nettement transparu en 1992. Les années 1990 voient alors une crise d'endettement de plusieurs collectivités territoriales, notamment les communes d'Angoulême² et de Briançon³. L'Etat intervient sur le plan normatif avec la circulaire du 15 septembre 1992⁴ qui pose trois principes pour encadrer l'emprunt local. Elle interdit les emprunts qui ne sont pas adossés à des actifs (et par conséquent assimilés à de la spéculation), l'interdiction de placement déguisé (qui contreviennent au principe d'unité du Trésor public) et recommande la concurrence et la transparence entre les banques.

La crise économique de 2008 a permis de découvrir parmi les emprunts des collectivités territoriales des contrats spéculatifs en raison de taux d'intérêts calculés selon l'évolution d'index fortement risqués. Malgré la présence forte d'emprunts spéculatifs (estimés à environ 10% de la dette locale⁵), l'Etat a à nouveau choisit la voie du droit mou en faisant adopter une charte de bonne conduite signée par les principaux établissements prêteurs et les représentants d'associations d'élus locaux et une circulaire en date du 25 juin 2010⁶ qui reprend en partie le contenu de la charte. Il faut attendre la loi de séparation et de régulation des activités bancaires de 2013 pour que l'Etat adopte des mesures législatives intéressant directement l'emprunt. Initialement, cette loi, qui relève d'une initiative gouvernementale, a vu le titre VII porter sur le financement des collectivités territoriales être introduit par un parlementaire, M. Christian Eckert qui est aussi le rapporteur général de la

¹ Circulaire n° NOR/INT/B/89/00071/C du 22 février relative aux concours financiers à court terme offerts aux collectivités locales et à leurs établissements publics.

² I. de G., « Villes en quasi-faillite, les leçons d'une "affaire" », Les Echos, 4 juillet 1991. Consulté le 19 mai 2015 : http://www.lesechos.fr/04/07/1991/LesEchos/15922-130-ECH_villes-en-quasi-faillite--les-lecons-d-une--affaire--.html

³ A. Guiral, « Briançon, ville surendettée, vote pour baisser ses impôts. Le maire propose un referendum et promet une gestion rigoureuse », Libération, 30 janvier 1999. Consulté le 19 mai 2015 : http://www.liberation.fr/politiques/1999/01/30/briancon-ville-surendetee-vote-pour-baisser-ses-impots-le-maire-propose-un-referendum-et-promet-une_262526

⁴ Circulaire n°NOR/INT/B/92/00260C/C du 15 septembre 1992 relative aux contrôles de légalité et budgétaire exercés sur les budgets des collectivités territoriales.

⁵ M. Collet, G. Eckert, « Chronique de droit public financier », RFDA, 2012, p. 1219.

⁶ Circulaire n° NOR/IOCB10150577C du 25 juin 2010 relative aux produits financiers offerts aux collectivités locales et à leurs établissements publics.

commission des finances de l'Assemblée nationale¹. Cette introduction par voie d'amendement révèle bien que les élus locaux sont demandeurs d'un surcroît de contrainte que l'Etat ne désire leur en accorder.

Le désintérêt législatif est néanmoins justifié par la contrainte de l'UE et notamment du droit de la concurrence qui a une application étendue². En effet, la directive concernant les marchés d'instruments financiers du 21 avril 2004³ a renforcé la concurrence sur les marchés financiers. Dans ce cadre, une trop grande contrainte sur les emprunts des collectivités territoriales serait susceptible de porter atteinte au droit de la concurrence dans la mesure où les contraintes seraient aussi protectrices des intérêts des collectivités. L'UE a une vision extensive de l'activité économique. Ainsi, le juge de l'Union Européenne considère qu'une activité économique est toute activité susceptible d'être réalisé par une entreprise privée et qui offre des services sur un marché donné en échange d'une rémunération⁴. Cela laisse penser que l'opération d'emprunt constitue une activité économique en ce que la collectivité territoriale se comporte sur un marché concurrentiel comme un acteur privé.

B) Les restrictions limitées à la liberté d'emprunter

Tout en accordant une faculté d'emprunt transformée en liberté d'emprunter, l'Etat a accompagné cette faculté de plusieurs contraintes afin de limiter les problèmes liés à l'endettement. Ces restrictions restent limitées notamment par l'encadrement de l'usage de l'emprunt (1). Par ailleurs, il émerge une limitation incertaine de la liberté d'emprunter dans le cadre de la gouvernance financière publique globale (2).

¹ S. Dordevic, « L'encadrement des conditions d'emprunts », RLCT, septembre 2013, n°93, p. 17-19.

² Commentaires sous CE, ass, 3 novembre 1997, Soc Millions et Marais, n°99 p. 716 in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », Dalloz, coll. Grands arrêts, 18^{ème} édition, 2011.

³ Directive sur les marchés d'instruments financiers (directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil) du 21 avril 2004 publiée le 31 avril au JOUE et qui a modifié les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CEE du Conseil

⁴ CJCE, 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser c/Macrotron GmbH, n° C-41/90.

1) Les limitations de la liberté d'emprunter par l'encadrement de son usage

Les collectivités territoriales usant de l'emprunt doivent respecter des contraintes dans son utilisation comme actif et dans sa gestion comme passif. L'Etat a imposé qu'il soit affecté obligatoirement à une dépense d'investissement (a) tout en limitant les moyens de remboursement de l'emprunt (b).

Page | 37

a) L'affectation obligatoire de l'emprunt à une dépense d'équipement

L'obligation d'affecter l'emprunt local à une dépense d'investissement est aussi ancienne que le recours à l'emprunt lui-même. En l'inscrivant comme obligation légale¹, l'Etat s'assure que cette pratique demeure et que la collectivité n'use pas de l'emprunt pour son fonctionnement normal. Toutefois, cette obligation est floue. La notion d'investissement n'est pas définie ni dans le CGCT ni dans aucun autre texte législatif relatif aux collectivités territoriales. La définition de l'investissement se trouve en revanche dans les instructions budgétaires et comptables et malgré cet effort, elle reste encore floue². Ces définitions aux apparences exhaustives n'ont pas réussi à faire disparaître un problème important. En effet, il est relativement aisé de faire basculer une dépense de fonctionnement en dépense d'investissement puisque la frontière est mal délimitée³. Cette manœuvre permet ainsi de contourner le principe d'affectation obligatoire. Par exemple, dans le cadre d'une modernisation d'un service de la collectivité, il serait bien malaisé de qualifier le renouvellement du parc informatique de dépense d'investissement ou de fonctionnement. La distinction au niveau juridique entre la dépense de fonctionnement et la dépense

¹ A l'article L 2331-8 du CGCT.

² L'instruction budgétaire et comptable M52 applicable aux départements considère que « les opérations de la section d'investissement correspondent à des modifications de la valeur ou de la structure des biens immobilisés ou immeubles et des créances et des dettes à long ou moyen terme. Sont également inscrites à la section d'investissement certaines dépenses dont le volume constituerait une charge trop importante pour être imputée à la section de fonctionnement (frais d'aliénation, frais d'émission des emprunts, frais d'études et de recherche) ».

³ R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? », BJCL, 2013 n°11/13, p. 735-740.

d'investissement tient essentiellement à l'ampleur de l'opération financée par la dépense. Ainsi, il arrive qu'une collectivité laisse dépérir un équipement pour que les travaux de réaménagement soient classés dans la dépense d'investissement¹.

L'autre problème posé par le minimalisme de l'obligation d'affectation à l'investissement est que l'emprunt peut voir son capital être réparti entre plusieurs investissements. Cette imprécision a d'ailleurs permis à la CDC d'introduire les premiers prêts globalisés², c'est-à-dire un capital que le prêteur transfère à la collectivité qui l'intègre dans sa trésorerie et qui l'affectera à l'investissement qu'il souhaitera. Ces prêts globalisés ne sont pas nécessairement problématiques³, du moment que la collectivité respecte le cadre budgétaire. En revanche, ils deviennent un obstacle au contrôle par l'assemblée délibérante de l'utilisation de l'emprunt en cas de dilution du capital entre plusieurs dépenses d'investissement.

Le problème général de l'investissement public local, c'est sa forte aura politique, « *la grande fierté des élus locaux et de leurs collaborateurs* »⁴. L'argument de la part de l'investissement local dans l'investissement public total est fréquemment rappelé par les collectivités territoriales et justifie ensuite bon nombre de demandes (souvent liées au maintien des capacités financières)⁵. Les dépenses de la section d'investissement peuvent être de cette manière « gonflées » grâce à la mauvaise définition de l'investissement pour donner une image d'élus locaux investissant beaucoup. Le manque de précisions sur la notion d'investissement favorise un dévoiement du recours à l'emprunt et induit potentiellement un endettement important de la collectivité. Si cette hypothèse est poussée à son paroxysme, la relation entre d'une part la libre administration qui permet le recours à l'emprunt, et d'autre part la liberté d'emprunter, est inversée. C'est l'emprunt qui permet l'administration de la collectivité.

L'existence des crédits de trésorerie, les emprunts à court terme, sont également un

¹ *Ibid.* p. 737.

² L. Balmont, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 449.

³ En effet, avec l'ingénierie financière les collectivités territoriales ont compris qu'elles avaient tout intérêt à contracter des emprunts taillés *ad hoc* pour une opération précise afin d'ajuster sa charge financière sur la durée d'amortissement du matériel (P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 867).

⁴ R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? », BJCL, 2013 n°11/13, p. 735.

⁵ Interview DGS « mais c'est une solution qui risquerait d'aggraver encore la crise économique car, rappelons-le, les collectivités représentent 75% de l'investissement public local ».

contournement de l'obligation d'affecter l'investissement à l'emprunt. Ces emprunts infra-annuels sont utilisés depuis la fin des années 1980 comme en atteste la circulaire conjointe intérieur-finance du 22 février 1989 qui autorise les collectivités à recourir aux crédits de trésorerie. En réalité, comme le rappelle cette circulaire, la distinction entre l'emprunt classique et le crédit de trésorerie, c'est que ce dernier ne peut financer l'investissement et ne constitue pas une ressource budgétaire contrairement à l'emprunt classique.

Il ne faut cependant pas considérer cette utilisation obligatoire à des fins d'investissement comme politiquement neutre. Cette contrainte repose sur la théorie keynésienne de l'emprunt public. Cette dernière l'inscrit dans un cadre théorique bien précis et le justifie en retour. Si la collectivité s'endette, c'est uniquement pour concourir à la richesse de tous.

b) La limitation des moyens de remboursement de l'emprunt

La méfiance de l'Etat vis-à-vis de l'emprunt des collectivités territoriales s'explique en raison du lien organique qui les rattache à lui. En conséquence, afin qu'il ne soit considéré comme le garant en dernier ressort des collectivités défaillantes, il a mis en place deux mécanismes pour s'assurer de la soutenabilité de la dette locale. Ce faisant, ces deux mécanismes permettent également de préserver la libre administration en limitant les risques de surendettement et plus largement les dérives du recours à l'emprunt.

Ces deux mécanismes sont de nature budgétaire et sont liés. Le premier est l'obligation pour le budget d'être adopté en équilibre réel¹, c'est-à-dire que les sections fonctionnement et investissement doivent être en équilibre et doit être exécuté en équilibre² (ce qui n'empêche pas les transferts entre recettes de section et recettes d'investissement). La règle d'or, celle interdisant que les collectivités recourent à l'emprunt pour rembourser un emprunt est fréquemment présentée comme découlant de cette obligation d'équilibre budgétaire³. Par conséquent, la collectivité doit assurer le remboursement de l'emprunt par

¹ Article L 1612-4 du CGCT.

² Pour être plus précis il peut être exécuté avec un léger déficit (5% pour les communes de moins de 20 000 habitants, 10% pour les communes de moins de 20 000 habitants) prévu par l'article L 1612-14 du CGCT.

³ Par exemple le site vie publique le présente comme tel : « autrement dit, **il n'est pas possible à une collectivité de couvrir la charge d'une dette préexistante par un nouvel emprunt** » (c'est l'auteur qui souligne).

des ressources définitives. A ce titre, le remboursement du capital doit être remboursé par une ressource d'investissement, le remboursement des intérêts par des ressources de fonctionnement. Ce mécanisme limite sensiblement une utilisation inconsidérée de l'emprunt.

Le second mécanisme est une assurance pour l'Etat du paiement des annuités de remboursement par la collectivité. Les articles L 2321-2 et L 1612-15 pour les communes, L 3321-1 pour les départements et L 4321-1 du CGCT pour les régions prévoient que les dettes exigibles sont des dépenses obligatoires pour celles-ci. Cette obligation légale impose aux collectivités d'inscrire le remboursement de l'emprunt dans leur budget et reprend les obligations prévues par le contrat. Si cette obligation n'est pas respectée, le préfet ou le tiers intéressé peut exiger l'inscription d'office¹. La dépense obligatoire constitue le complément du principe d'équilibre puisque si les dépenses obligatoires ne sont pas inscrites, alors le budget ne peut être à l'équilibre. De même, la dépense obligatoire étant inscrite, le budget doit également prévoir des ressources suffisantes pour exécuter le paiement.

Le principe d'équilibre budgétaire est apparu assez rapidement dans l'histoire des collectivités territoriales. L'article 8 de l'arrêté du 4 thermidor an X (soit le 23 juillet 1802) prévoit déjà le principe d'équilibre. Ce dernier se retrouve à l'article 149 de la loi du 5 avril 1884 sur les communes. Ce principe se justifiait, selon E. Allix, « à raison de l'incompétence fréquente de leurs municipalités »². L'application de ce principe a traversé le temps et s'applique désormais à toutes les collectivités territoriales et fait l'objet de fréquentes révisions, la dernière datant de 1996³.

Il convient de remarquer que la limite aux dépenses obligatoires que le juge constitutionnel a fixé au législateur est la libre administration⁴. Il y a la une redondance des mécanismes puisque si la libre administration limite les dépenses obligatoires, ces dernières

Consulté le 19 mai 2015 : <http://www.vie-publique.fr/decouverte-institutions/finances-publiques/approfondissements/qu-appelle-t-on-equilibre-reel-budgets-locaux.html>

¹ Il faut que la dette soit exigible pour que le tiers puisse obtenir gain de cause s'il demande à ce que la dépense obligatoire soit inscrite dans le budget (Conseil d'Etat, 11 mars 1987, Commune de Marciac, rec. Lebon, p. 214).

² E. Allix, Traité élémentaire de science des finances et législation financière française, 6^{ème} édition, Rousseau Paris, 1931, p. 1007-1008 cité par E. Olivia, Equilibre budgétaire et Constitution, l'équilibre...

³ Loi n°96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier (DDOEF).

⁴ A titre d'exemple des limites que pose le juge constitutionnel au législateur en la matière : Cons. cont, 18 juillet 2001 Loi relative à la prise en charge de la perte d'autonomie des personnes âgées et à l'allocation personnalisée d'autonomie, n°2001-447 DC, rec. Cons. cont. P. 89.

garantissent la pérennité de la première. Mais il y a une ambivalence également, puisque la dépense obligatoire, de par son nature de contrainte obligatoire, constitue une garantie supplémentaire pour les banques qui prêteront davantage à la collectivité en sous-estimant les risques de l'endettement de la collectivité.

2) La limitation incertaine de la liberté d'emprunter dans le cadre de la gouvernance financière publique globale

L'intégration des finances de toutes les personnes publiques au niveau national a pour conséquence que l'Etat ne peut plus se désintéresser de la dette locale. Pour faire face à cette intégration, il a élaboré progressivement un système de gouvernance afin de gérer les finances publiques de façon globale. Il apparaît dans ce contexte une limitation de la liberté d'emprunter fondée sur l'unicité de l'Etat (a) tandis que l'usage du recours à l'emprunt est limité par son intégration dans un cadre financier public national (b).

a) La limitation de la liberté d'emprunter fondée sur l'unicité de l'Etat

Parmi les qualités de la République française énoncées au premier article de la Constitution, il figure l'indivisibilité de celle-ci. Ce principe a pour conséquence juridique que le législateur ne peut transférer de façon autonome, c'est-à-dire sans fondement constitutionnel, un pouvoir qui relèverait de la compétence législative ou du gouvernement. La libre administration des collectivités territoriales ne peut donc pas porter atteinte à l'indivisibilité de l'Etat. Il s'agit ici d'une limite à laquelle le juge constitutionnel apporte une attention toute particulière¹. Il s'assure que la loi respecte le seuil d'autonomie locale en-deçà duquel la libre administration serait violée mais prend également le soin de s'assurer que l'autonomie ainsi accordée ne méconnaîtrait l'unité de l'Etat. Cette ligne jurisprudentielle s'est retrouvée en matière des conditions d'exercice mises en place par les

1 Cons. cont., 23 mai 1979, n°79-104 DC précitée ; Cons. cont., 9 mai 1991, n°91-290 DC.

collectivités des droits et libertés des individus¹. Comme le fait remarquer le Doyen Douence, l'unité de l'Etat arrive avant le caractère décentralisé dans l'article 1^{er} de la Constitution². La libre administration et l'organisation décentralisée soient deux principes différents. La libre administration est une liberté d'agir, l'organisation décentralisée est un principe d'organisation des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Toujours est-il, malgré ces différences, les deux principes restent intimement liés. Ainsi, le fait que l'organisation décentralisée se trouve après le principe d'unité de l'Etat signifie que la hiérarchie vaut également pour la libre administration.

Cette indivisibilité de l'Etat entraîne des conséquences sur le plan financier pour les collectivités territoriales. Si l'Etat conserve la primauté juridique sur les collectivités, il répond également de leurs actions. La santé financière des collectivités territoriales est un devenu un double enjeu pour l'Etat. La première est liée à l'UE qui a mis en place une contrainte supranationale pour que les Etats membres, et toutes leurs administrations, notamment ceux de la zone Euro, ne se trouvent pas dans des situations surendettées. Le second enjeu, c'est que l'Etat français est vu comme l'assureur, le garant des collectivités territoriales. Cette conception repose entre autre sur l'histoire avec la tradition centralisatrice et colbertiste de l'Etat. Cette conception de l'Etat garant existe encore, et a été à nouveau justifié pendant la crise de 2008 quand il a mis à disposition des collectivités territoriales 5 milliards d'euros pour qu'elles continuent d'accéder à l'emprunt³. Mais étant donné les risques liés à une telle conception, l'Etat cherche à s'en démarquer. Ainsi, à titre d'exemple, au cours de la procédure d'adoption de la loi de séparation et de régulation des activités bancaires qui a autorisé à l'article L 1612-3-2 du CGCT aux collectivités territoriales de fonder une agence de financement gérées par elles, l'Etat a tenu à se démarquer en permanence en affirmant qu'il serait complètement indépendant de cette structure. C'est d'ailleurs ce qui apparaît dans le texte de l'article : « *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* ». Ainsi, l'Etat cherche à délimiter sa propre intervention en matière d'emprunt local en

¹ Cons. cont., 18 janvier 1985, déc. n°84-185, rec. Cons. cont. 1985 p. 36.

² J-C. Douence, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », in J-C. Douence, J. Benoît, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Chap. 1.

³ J-C. Moraud, « L'endettement du secteur local : intermédiation ou désintermédiation ? », AJCT, 2012, p. 64.

s'interdisant d'intervenir a posteriori afin d'éviter de confirmer l'idée selon laquelle il est le garant des collectivités territoriales¹. Les mécanismes budgétaires préventifs permettent d'éviter d'engager les ressources financières de l'Etat. D'ailleurs, comme le fait remarquer M. Olivia, le principe d'équilibre permet à l'Etat de s'assurer, outre l'orthodoxie financière, qu'elles n'investissent pas des champs se trouvant hors de leurs compétences d'attribution² et donc de respecter l'organisation décentralisée de la République (qui repose sur le respect des conditions posées par la loi au titre de l'unité de l'Etat). Outre ces mécanismes individuels, l'Etat dispose également d'un moyen de contrôle global direct sur la situation financière des collectivités territoriales. Le principe d'unité de caisse impose aux collectivités territoriales de devoir déposer tous leurs fonds disponibles³. De cette manière, l'Etat dispose d'une sorte de « droit de regard » sur les finances locales en temps réel. Ces mécanismes constituent bel et bien des instruments à portée macro-économique.

La responsabilité financière que l'Etat endosse, bien malgré lui, explique les réactions de celui-ci suite à la crise des dettes locales. Tant qu'il n'y a pas de menace pour les comptes de l'Etat, il laisse les collectivités territoriales user de leur liberté d'emprunter sans leur imposer de contrainte, ou alors le moins possible. Mais dès que les collectivités exigent de l'Etat qu'il intervienne financièrement pour « refinancer » celles d'entre elles qui sont en difficulté, alors l'Etat réalise une intervention timide privilégiant les moyens préventifs plutôt que curatifs, comme en témoigne la loi de séparation et de régulation des activités bancaires de 2013.

Toutefois, la juridicité de cette contrainte pesant sur les collectivités territoriales constitue une faiblesse dans son respect par les collectivités territoriales. L'importance économique des collectivités territoriales laisse planer un doute sur la contrainte véritable en cas de surendettement de leur part. L'obligation d'adopter des budgets en équilibre « *devrait normaliser les comportements d'emprunt* »⁴. Mais, il est possible que « *cette*

¹ Bien qu'il soit intervenu pour résorber les emprunts toxiques voir M. Guillou, « Une politique nationale pour résoudre le problème des emprunts toxiques ? », AJCT, 2014, p. 280.

² E. Olivia, « Equilibre budgétaire et Constitution. L'équilibre des budgets locaux », RFFP, février 2012 n°117, p. 31.

³ Décret impérial du 27 février 1811, repris fréquemment dans les textes normatifs intéressant les collectivités territoriales. Le principe figure actuellement dans la LOLF à l'article 26.

⁴ G. Dufrénot *et al.*, « Les comportements d'emprunt des régions françaises : quel degré d'hétérogénéité ? »,

intuition pourrait être mise en question si certaines régions françaises adoptaient un comportement d'emprunt différent s'inscrivant dans le cadre de ce que la littérature identifie sous le nom de contrainte budgétaire molle »¹. L'histoire des relations entre l'Etat et les collectivités territoriales démontre qu'il fait respecter la contrainte avec les communes² et les départements. En revanche, pour les régions, leur poids économique et politique fait planer un certain doute sur le degré de la contrainte de l'Etat. Dans l'hypothèse d'une « faillite » de la région Rhône-Alpes Auvergne, étant donné la part de PIB des activités dans son territoire³, il est possible que l'Etat préfère refinancer la région plutôt que de la laisser affronter ses créanciers. La réalité de la contrainte de l'Etat reste donc par certains aspects incertaine.

b) L'usage du recours à l'emprunt limité par son intégration dans un cadre financier public national

Malgré la reconnaissance de la libre administration, les collectivités territoriales sont loin d'être déchargées de toute tutelle de la part de l'Etat. Déjà sous les IV^{ème} et V^{ème} Républiques, l'action économique et le comportement financier des communes, départements puis régions, ont fait l'objet d'une attention particulière dans les Plans successifs⁴. Bien que les Plans n'étaient pas dotés d'une force juridique contraignante, ils sont le révélateur de la volonté de l'Etat de canaliser l'investissement des collectivités territoriales. L'acte I de la décentralisation voit une définition claire des rôles de chacun : l'Etat gère la conduite de la politique économique et sociale et supervise l'aménagement du territoire, les collectivités territoriales réalisent les infrastructures économiques en rapport avec leur intérêt local⁵. Par ailleurs, l'action économique de l'Etat et des collectivités territoriales est différenciée par rapport au temps. Ainsi, l'Etat a la charge de l'action

Revue économique, 2011/5 Vol. 62, p. 921.

¹ *Loc. cit.*

² Comme la commune d'Angoulême qui a connu en 1989 une quasi-faillite (E. Levêque, « Une ville française peut-elle faire faillite comme Detroit ? », *L'expansion*, 19 juillet 2013. Site : http://lexpansion.lexpress.fr/actualite-economique/une-ville-francaise-peut-elle-faire-faillite-comme-detroit_1386464.html. Consulté le 14 mai 2015).

³ Le PIB régional s'élève en 2015 à 163 milliards. A elle seule, la partie Rhône-Aloes de la région est la 2^{ème} région française par son PIB.

⁴ L. Balmond, M. Paillet, *op.cit.*, p. 416.

⁵ J-P Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, coll. Manuel, 6^{ème} édition, Paris, 2012, p. 806-807.

conjoncturelle tandis que les collectivités territoriales sont investies de l'action structurelle.

L'Etat a intégré à plusieurs reprises les collectivités territoriales dans les plans de relance économique. Ainsi, les plans de relance de 1975 et de 1982 ont été financés aux trois quart par les collectivités territoriales¹. La prédominance des collectivités dans l'action publique économique s'explique par deux raisons : la première est que les marges de manœuvres de l'Etat sont de plus en plus resserrées avec des recettes qui stagnent et la charge des dépenses de fonctionnement qui augmente, la seconde raison est la bonne santé financière des collectivités territoriales qui assurent, bon an mal an, environ 70% de l'investissement public total. En conséquence, l'Etat a fait à nouveau reposer en partie les plans de relance de 2010 et de 2012 sur les collectivités territoriales². L'Etat a encouragé l'investissement local en accélérant les transferts de FCTVA par la réduction du délai de 2 ans à 1 an, « à la condition de réaliser des dépenses réelles d'équipement supérieure à la moyenne de celles constatées dans leurs comptes administratifs sur quatre années³ » ou encore l'augmentation du DETR⁴. Mais parallèlement à la demande l'Etat aux collectivités territoriales pour qu'elles continuent d'investir, il leur demande également de participer à l'effort de redressement des comptes publics en jugulant leur endettement. Or, avec l'effet ciseaux que les finances des collectivités territoriales connaissent depuis 2004⁵, endettement est actuellement vu comme une source de financement aussi fiable qu'une autre. Les collectivités territoriales voient leur situation financière évoluer entre un plafond et un seuil⁶.

Cette intégration des collectivités dans un cadre financier public global avec la modulation de leur comportement d'emprunt selon une stratégie macro-économique est apparue au grand jour dans l'ordre normatif avec la loi organique du 17 décembre 2012 intégrant en droit interne le TSCG. Le Conseil constitutionnel a validé cette loi organique, considérant que la contrainte financière qu'elle faisait peser ne portait pas atteinte à la libre

¹ L. Balmond, M. Paillet, *op.cit*, p. 435.

² F. Navarre, M-P. Rousseau, « Les finances locales sous tension », *Métropolitiques*, 8 octobre 2012.

³ E. Douat, « Chambres régionales des comptes et territoires : quelles évolutions ? » *RFFP*, février 2015, n°129, p. 98.

⁴ Loc. Cit.

⁵ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 919.

⁶ « C'est ainsi que les collectivités territoriales sont progressivement conduites à respecter une certaine norme de dépenses » in M. Bouvier, « La réforme de la taxe professionnelle et les transformations de l'autonomie financière locale », *RFDA*, 2011, p. 267.

administration¹. Il faut remarquer qu'il s'agit d'une loi de programmation et que par conséquent sa valeur contraignante reste limitée. Mais elle prévoit de faire porter un effort important pour les collectivités territoriales puisqu'elle introduit le principe d'équilibre sur l'ensemble des budgets des administrations publiques. Or, l'attitude de l'Etat ne surprend guère puisqu'il agit en tant que juge et partie. Ainsi, sur la période 2015-2017, il prévoit un effort de réduction des dépenses de l'ordre de 11,5 milliards dont 11 milliards pour les collectivités². Comme le fait remarquer M. Carcassonne, qu'il est facile pour l'Etat « *d'être généreux avec l'argent des autres* »³. De la même manière, l'engagement financier de l'Etat au sein de plusieurs banques, notamment l'ancienne Dexia, l'a vu fermer le contentieux des emprunts toxiques par le biais d'une loi de validation⁴, ce que le Conseil constitutionnel a validé considérant que l'intérêt général justifiait l'adoption de cette loi⁵.

Les finances publiques agissent de plus en plus dans un cadre financier national voire international. Toutefois, l'échelle de cette intégration combinée à la multiplicité des collectivités territoriales permet d'alléger la contrainte pesant sur elles. Bien que la tutelle administrative ait disparu, le lien entre l'Etat et les collectivités territoriales fait que le principe d'unité de l'Etat a également un volet financier. Cet aspect du principe ne prévaut sur la libre administration dès qu'il est question d'enjeu macro-économique et dont les collectivités ne sont pas nécessairement responsables. Dans ce contexte, l'exercice de la liberté d'emprunter se voit dicter par deux impératifs. D'un côté elle doit être utilisée pour que la collectivité puisse continuer à investir, de l'autre, l'emprunt doit être usé avec parcimonie pour éviter un endettement superflu à même de compromettre l'effort de désendettement.

¹ F. Navarre, M-P. Rousseau, *op.cit.*

² O. Landeln « Quelle proximité, quelle coopération interterritoriale, quels financements ? », RFFP, février 2015, n°129, p. 153.

³ G. Carcassonne, « La Constitution introduite et commentée par Guy Carcassonne », Le Seuil, coll. Points, 9^{ème} édition, 2009, commentaire sous article 72-2, p. 358.

⁴ Cons. cont, 24 juillet 2014, n°2014-695, Loi relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public.

⁵ A. Roblot-Troizier, « Quand le Conseil constitutionnel protège les intérêts de l'Etat » in A. Roblot-Troizier, G. Trusseau, « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », RFDA, 2014, p. 1218.

Section II : Une liberté d'emprunter amplifiée par les conséquences de la libre administration

La liberté d'emprunter a un fondement juridique reposant sur la libre administration. Page | 47
De ce fait elle bénéficie des protections de cette dernière. L'Acte I de la décentralisation a permis de mettre en place une véritable libre administration avec le contrôle de légalité qui respecte la sphère de gestion des collectivités. La substitution de la tutelle administrative par le contrôle de légalité a permis d'étendre la liberté d'emprunter en préservant une sphère d'autonomie de gestion (A). Cette même autonomie a facilité le recours à l'emprunt grâce à l'assimilation de la collectivité à une personne privée (B).

A) L'extension de la liberté d'emprunter grâce à la préservation d'une sphère d'autonomie de gestion

Afin de s'assurer que les collectivités territoriales respectent les limites qu'il a établies, l'Etat a instauré des contrôles préalables sur le recours à l'emprunt. Ces contrôles sont toutefois limités par la libre administration et se révèlent être inadaptés par rapport à l'emprunt lui-même. Le processus des modalités du recours à l'emprunt fait l'objet d'un contrôle déséquilibré (1) en fonction de l'origine de l'emprunt. Le contrôle reste également limité au fond (2).

1) Le contrôle déséquilibré du recours à l'emprunt

Selon la source de l'emprunt, qu'il s'agisse d'un prêt bancaire ou de fonds levés sur les marchés financiers, l'Etat contrôle la procédure. Or, il s'avère que le contrôle est déséquilibré en ce qu'il est limité concernant l'emprunt bancaire (a) alors qu'il est plus approfondi pour l'emprunt désintermédié (b). Ce déséquilibre est accentué par le fait qu'il est inadapté à la réalité de l'emprunt : 97% de l'emprunt local est accordé par les banques, seulement 3% (soit

2,3 milliards en 2012) de celui-ci est fourni par les marchés financiers¹.

a) Le contrôle limité de l'emprunt bancaire

En matière bancaire, le contrôle de légalité s'apparente au contrôle de légalité sur les actes des collectivités. Ce contrôle est une exigence constitutionnelle pour assurer « la nécessaire unité du pouvoir normatif² ». Ce contrôle permet de s'assurer uniquement du respect de la loi par les collectivités et non des motifs d'opportunité de la décision. 30 ans après sa mise en place, le contrôle de légalité souffre de nombreuses carences. L'Etat a progressivement affaibli les modalités du contrôle. Ainsi, la Révision Générale des Politiques Publiques (RGPP) de 2007 a entraîné une baisse de 30% des agents affectés au contrôle³. Les circulaires successives du 17 octobre 2006, 23 juillet 2009 et 25 janvier 2012 ont élaboré puis renforcé une stratégie du contrôle de légalité avec la définition de plusieurs thèmes prioritaires. Toujours est-il, ces circulaires semblent surtout chercher à masquer les lacunes du contrôle qui vont en s'accroissant⁴. Un rapport parlementaire de 2012 rédigé par M. Ménard a dénoncé une baisse sensible du nombre d'actes transférés par les collectivités aux représentants de l'Etat (7,3 millions en 2007, 5,5 millions depuis 2009, soit une baisse de 20% du nombre d'actes) restreignant d'autant l'ampleur du contrôle de légalité.

Dans ce contexte d'un affaiblissement du contrôle de légalité, le contrôle du recours à l'emprunt bancaire est tout aussi limité. L'article L 2131-2 4° du CGCT⁵ intègre dans le contrôle de légalité les conventions relatives aux emprunts. Toutefois, les articles L 2131-4, L 3131-5 et L 4141-5 du CGCT prévoient que sont exclus du contrôle les actes de droit privé des collectivités. Or, les contrats d'emprunts des collectivités sont en pratique exclusivement des contrats de droit privé et par conséquent échappent au contrôle de légalité. Il en a résulté une opposition entre les textes. La circulaire du 25 juin 2010 a tiré les conséquences de cet état de fait et a exclu du contrôle de légalité les contrats d'emprunts « *dans la mesure où le*

¹ Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2014 », 21 octobre 2014.

² Cons. cont., 27 février 1982 précitée.

³ J-M Bricault, « L'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité », RFAP, 2010, n°136, p. 943.

⁴ B. Poujade, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui ? », BJCL, 2013, n°11/13, p. 720-723.

⁵ Article L 2122-22 du CGCT pour le conseil municipal, article 3214-44 du CGCT pour le conseil départemental, et article 4333-1 du CGCT.

contrat d'emprunt est presque exclusivement un contrat de droit privé (...) il n'a pas à être transmis au préfet »¹. Comme le souligne cette circulaire, l'emprunt n'est pas contrôlé directement, mais fait l'objet d'un contrôle de légalité indirect à travers la délibération de l'assemblée délibérante autorisant l'exécutif à signer le contrat d'emprunt et qui « *doit faire apparaître les principales caractéristiques de l'emprunt* »². Cette solution est déjà retenue depuis 1995 suite à un arrêt du Conseil d'Etat³. En effet, la compétence de l'emprunt relève de l'assemblée délibérante (article L 2121-29 du CGCT). Dans la majeure partie des cas, cette attribution fait l'objet d'une délégation de compétence à l'exécutif. Mais, il reviendra systématiquement à l'assemblée d'autoriser l'exécutif à pouvoir signer le contrat d'emprunt. C'est cette délibération qui est transférée au préfet et grâce à laquelle il peut contrôler indirectement les modalités de l'emprunt bancaire. Ce contrôle indirect apparaît comme suffisant pour la circulaire, toutefois la complexité croissante des contrats d'emprunts ainsi que le manque fréquents d'informations de l'exécutif vers l'assemblée délibérante⁴ fait douter de la pertinence de ce contrôle portant uniquement sur les caractéristiques principales de l'emprunt bancaire. L'aspect lacunaire du contrôle de l'emprunt augmente d'autant la liberté d'emprunter au détriment des interdits légaux.

Le contrôle porté sur l'emprunt fait l'objet d'un contrôle en amont. En effet, la délibération déléguant la compétence de l'emprunt à l'exécutif est transmise au représentant de l'Etat. En la matière une circulaire du 15 septembre 1992 modifiée le 4 avril 2003 a détaillé l'ampleur de la délégation possible à l'exécutif. La légalité de la délibération autorisant le recours à l'emprunt est également contrôlée par rapport à la délibération déléguant la compétence.

b)Le contrôle approfondi de l'emprunt désintermédié

Les collectivités territoriales ne sont pas obligées de contracter un emprunt avec une banque. Elles peuvent recourir à l'emprunt obligataire. Celui-ci renvoie à toutes les

¹ Cour des comptes, « La gestion de la dette publique locale », 4 juillet 2011, p. 36

² *Loc. cit.*

³ CE, 29 décembre 1995, n°14381, SA Natio Energie, JurisData n° 1995-049027, Rec. CE 1995, tables, p. 672, 687 et 719. Confirmé par CE, 12 février 2003, n°234917, Ministre des finances, JurisData n°2003-065035.

⁴ Cour des comptes, « La gestion de la dette publique locale », p.51.

obligations qui consistent en des titres d'emprunt à long terme pouvant être échangés sur les marchés financiers. A la différence de l'emprunt bancaire (l'emprunt intermédié), l'emprunt désintermédié est réalisé directement sur les marchés financiers. La collectivité bénéficie alors d'une plus grande autonomie en recourant à cette modalité puisqu'elle se passe d'un intermédiaire (la banque qui se finance elle-même sur les marchés financiers). Elle doit toutefois se conformer à plusieurs règles comme l'interdiction de remboursement anticipé¹.

En usant de l'emprunt désintermédié, la collectivité territoriale a 2 choix de marchés auxquels elle peut s'adresser : le marché domestique² (national) et le marché international. L'accès au second est plus contrôlé pour les collectivités. Ainsi, l'article L 1611-3 du CGCT créé un régime d'autorisation préalable accordé par le Ministre des Finances ainsi qu'un visa accordé par l'Autorité des Marchés Financiers. Il semblerait que la seconde ait pris le pas sur la première puisque le seul visa de l'AMF suffirait³. En revanche, si la collectivité recourt à une agence de notation reconnue, le visa n'est pas nécessaire et la collectivité doit alors transmettre un dossier présentant l'opération à la Banque de France⁴. De plus, dans l'hypothèse d'un emprunt désintermédié, qu'il soit sur le marché domestique ou international, la délibération déléguant la compétence ainsi que celle autorisant l'émission d'obligations sont soumises au contrôle de légalité. Cette opération est d'autant plus contrôlée que dans les faits la complexité d'une émission obligataire impose à la collectivité de recourir aux services d'une banque. Elle conclut alors un marché public de service⁵ qui fait l'objet d'un contrôle de légalité puisqu'il est un contrat de la commande publique (article L 2131-4 du CGCT). Si la délibération est légale, l'opération d'émission est mise en place.

Les exigences des prêteurs font que la collectivité doit recourir à la notation réalisée par une agence. « *La note attribuée par une agence de notation exprime une opinion sur la capacité et la volonté d'un émetteur (une entreprise, un Etat, une collectivité territoriale) à*

¹ Il s'agit d'une règle communément admise par tous les émetteurs d'obligations sur les marchés en raison de l'atomicité des acteurs qui empêche une renégociation globale

² Peu fréquenté par les collectivités, il peut toutefois permettre de financer les emprunts comme en témoigne l'exemple de la région Pays de la Loire (J-C. Moraud, « L'endettement du secteur local : intermédiation ou désintermédiation ? », p. 64).

³ L. Levoyer, « Emprunts locaux », in J-B Auby, *JurisClasseur administratif*, Fasc. 127-50, LexisNexis, 30 avril 2013, n°40 p.14.

⁴ *Ibid*, p.12.

⁵ TC, 14 février 2000, Commune de Baie-Mahault et Société Rhoddlams, n°3138, rec. Lebon 747.

rembourser ses dettes financières, ceci en temps et en heure »¹.

En plus des contrôles préalables, d'autres contrôles sont réalisés tout au long des opérations de marché de la collectivité par les diverses institutions de surveillance, AMF en tête². Par conséquent, les collectivités recourant à l'emprunt désintermédié font l'objet d'un contrôle bien plus approfondi que dans le cadre de l'emprunt bancaire. Or, cette dualité du contrôle est paradoxale. En 2012, l'emprunt désintermédié représentait 3% de l'emprunt total des CT, seulement 27 collectivités territoriales et quelques EPCI y ont eu recours³. Bien que l'emprunt désintermédié fasse l'objet de sommes importantes à chaque émission (environ une centaine de millions d'euros), il est difficile de comprendre la raison d'un tel déséquilibre.

2)Un contrôle limité au fond

Les contrôles mis en place par l'Etat rencontrent des limites quant à leur efficacité. La situation du contrôle de légalité est préoccupante. Dans la mesure où il est déjà limité juridiquement, le contrôle de légalité est devenu désarmé (a). Parallèlement au contrôle de légalité, l'Etat a instauré un contrôle financier adapté (b) qui, sans méconnaître la libre administration concourt relativement efficacement au respect des limites posées par l'Etat.

a)Le contrôle de légalité désarmé

Comme cela a été relevé précédemment, le champ matériel du contrôle des emprunts est limité. Le contrôle de légalité a montré ses limites par rapport à ses normes de référence. Les dispositions légales en matière de recours à l'emprunt pour les collectivités territoriales sont peu nombreuses. Toutefois, grâce à la présentation des emprunts à l'assemblée délibérante selon la classification établie par la Charte Gissler de bonne conduite de 2009, l'identification des risques induits par l'emprunt est plus claire. Cette présentation

¹ V. Montmaur, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », AJCT, 2012, p. 68.

² De plus, le visa délivré par l'AMF devient caduc au bout d'un an sans émission d'obligations par la collectivité. L. Levoyer, *op.cit*, p. 12.

³ « La démocratisation de l'emprunt obligataire », La Gazette des Communes, 20 novembre 2012

permet au préfet d'ajuster son contrôle selon les risques présentés par la collectivité. Avec l'introduction de l'article L 1611-3-1 du CGCT, le contrôle du taux d'intérêt est facilité puisqu'il doit désormais respecter un critère de simplicité ou de prévisibilité.

Les avancées des dernières années ne permettent pas de pallier aux faiblesses structurelles du contrôle. En effet, la présentation de l'emprunt uniquement selon les caractéristiques principales reste critiquable, et si le contenu des caractéristiques est connu, en revanche le niveau (précis) laisse une marge de manœuvre à l'exécutif. En revanche, grâce à la notion d'intérêt public local, le contrôle de légalité peut s'intéresser à l'ensemble du contrat, ce qui était jusque-là impossible. La circulaire du 15 novembre 1992 impose que le contrat d'emprunt et le contrat de couverture (un contrat qui constitue une assurance contre les risques de l'emprunt) doivent concourir à l'intérêt général, interdisant de cette manière les contrats spéculatifs. Mais cette démonstration est difficile puisque l'emprunt reste adossé à une dépense d'investissement et suppose un contrôle exhaustif des modalités de l'emprunt. En réalité, le rapport Ménard souligne que les collectivités territoriales d'une certaine taille disposent d'un service juridique leur permettant de « *passer au travers de mailles du filet* » ce qui fait que le contrôle est plus intense sur les illégalités mineures des petites collectivités¹.

Au vu des nombreuses carences du contrôle de légalité, il est possible d'envisager un recours de plein contentieux en avançant la faute de l'Etat. Bien qu'il faille une faute lourde en la matière², la responsabilité de l'Etat est engagée dès lors que l'illégalité de l'acte transmis était manifeste au regard des pièces transmises et a eu des conséquences financières graves pour la collectivité. L'hypothèse d'un recours devant le juge administratif pour rechercher la responsabilité de l'Etat pour défaillance du contrôle de légalité est possible. En revanche, la notion de faute lourde étant protectrice des intérêts de l'Etat³, il fait peu de doutes que le juge administratif l'admettra.

¹ B. Poujade, « Filtrer le moustique et laisser paître le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui ? », p. 721.

² CE, 21 juin 2000, Ministre de l'Equipement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, req. n°202058, rec. Lebon p. 236.

³ Surtout « révélatrice de la situation dans laquelle se trouve le contrôle de légalité ». J-M Bricault, « L'impact de la RGPP sur le contrôle de légalité », p.944.

b) Un contrôle financier adapté

En 1982, l'Etat a profondément réaménagé le contrôle financier exercé sur les collectivités territoriales¹. Les contrôles financiers contiennent un contrôle budgétaire qui est réalisé par le préfet dans le cadre du contrôle de légalité, puisque les collectivités doivent lui transmettre leur budget primitif et supplémentaire. Celui-ci peut ensuite les transmettre aux juridictions financières, les Chambres régionales des comptes. Ces instances ont vocation à contrôler uniquement la régularité et non la légalité. Etant donné sa nature, ce contrôle s'intéresse à l'emprunt au travers du cadre budgétaire global de la collectivité et notamment le principe d'équilibre avec la règle d'or et l'inscription des dépenses obligatoires. Le contrôle budgétaire a vocation à s'assurer de la soutenabilité de la dette locale au sein du cadre financier de la collectivité.

Page | 53

Le contrôle budgétaire est complété par deux autres types de contrôles. Ainsi, les juridictions financières réalisent des contrôles de gestion. Il s'agit de contrôle non-juridictionnel portant sur une opération précise ou sur l'ensemble de la gestion de la collectivité. Ainsi, au cours d'un contrôle de gestion, l'emprunt peut faire l'objet d'un contrôle bien que cela n'ait aucun impact légal. Toutefois, il risque d'y avoir des conséquences politiques puisque le contrôle de gestion donne lieu à un rapport rédigé par la juridiction financière (avec les réponses de l'exécutif aux conclusions) et qui fait ensuite l'objet d'un débat au sein de l'assemblée délibérante. Enfin, le contrôle budgétaire est complété par un contrôle comptable réalisé par les juridictions financières et par les comptables supérieurs sous le contrôle des premières².

Vis-à-vis de l'emprunt, le contrôle financier a des limites volontaires. Il ne s'intéresse pas à l'emprunt en tant que tel. En réalité, les contrôles financiers, et plus globalement les contrôles de l'Etat, ont été conçus pour respecter la libre administration des collectivités territoriales. Ainsi, *« l'accélération récente qu'a connue l'histoire des techniques de l'emprunt local est ainsi symétrique de celles des relations générales entre l'Etat et les collectivités*

¹ R. Hertzog, « Les contrôles financiers », AJDA, 1992, p. 60.

² Les comptables supérieurs contrôlent les comptes « des communes dont la population est inférieure à 5.000 habitants ou dont le montant des recettes ordinaires figurant au dernier compte administratif est inférieur à 3 millions d'euros » dans le cadre l'apurement administratif. Consulté le 20 mai 2015 : <http://www.senat.fr/rap/a13-162-6/a13-162-63.html#fn15>

locales »¹. Avantageée par sa situation dans le droit positif, la liberté d'emprunter s'est étendue grâce à la réalité de ces contrôles.

B) La facilitation du recours à l'emprunt grâce à l'assimilation de la collectivité territoriale à une personne privée

Au sein de la sphère d'autonomie locale, la liberté d'action des collectivités a été suffisante pour que, progressivement, dans l'exercice de sa liberté d'emprunter, elle soit de plus en plus considérée comme une personne privée avec les avantages que cela implique. Cette assimilation a permis d'étendre d'autant le champ de la liberté d'emprunter. D'une part, l'extension de la liberté d'emprunter a pu se faire grâce à la nature juridique du contrat d'emprunt (1). D'autre part, en pouvant contracter dans les mêmes conditions ou presque que les personnes privées, une conception privative de la liberté d'emprunter a émergé (2).

1) L'extension de la liberté d'emprunter par la nature juridique du contrat d'emprunt

L'identification de la nature juridique a permis d'étendre la liberté d'emprunter. En effet, l'identification s'est faite en deux temps : quand le voile sur l'incertitude de la nature exacte du contrat d'emprunt (a) a été levé, il a été opéré une qualification conciliante du contrat d'emprunt comme relevant du droit privé (b).

a) L'incertitude de la nature exacte du contrat d'emprunt

Au cours du XIX^{ème} siècle, l'identification de la nature juridique de l'emprunt était problématique, autant pour l'Etat que pour les communes et départements. Il faut attendre pratiquement le XX^{ème} siècle pour que la nature contractuelle de l'emprunt public soit

¹ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », n°114 p. 464.

définitivement admise¹. Malgré la qualification de la nature contractuelle de l'emprunt, la construction de la théorie du contrat administratif à la même période perturbe le régime juridique applicable. La question de l'intégration du contrat d'emprunt des personnes publiques aux contrats administratifs devient problématique dans la mesure où la personne publique y bénéficie de plusieurs prérogatives qui déséquilibrent le contrat à son profit. Cette application est d'autant plus problématique dans la situation de l'emprunt. En effet, le prêteur, qui est le créancier, exécute son obligation dès les débuts du contrat et devient dépendant de la bonne foi contractuelle de son emprunteur puisqu'il n'a plus aucun moyen de rétorsion comme l'exception d'inexécution. Cette question a longtemps été occultée par la tutelle administrative par laquelle l'Etat limitait fortement les contrats conclus avec des personnes privées.

Avec l'élaboration progressive du droit public moderne à la fin du XIX^{ème} siècle, plusieurs auteurs voient dans les contrats d'emprunts des collectivités des contrats de droit privé². Cette conception va s'affermir avec le temps et l'exclusion des critères du contrat administratif. En effet, les critères jurisprudentiels d'identification du contrat administratif n'étaient pas remplis par le contrat d'emprunt. Ainsi, l'identification d'une clause exorbitante de droit commun³ a été écartée en raison de son absence initiale des contrats d'emprunts. Progressivement, les possibilités d'identification d'une clause exorbitante dans les contrats d'emprunt disparaissent en raison de la banalisation de ceux-ci. La renonciation des personnes publiques à leurs prérogatives devient de plus en plus systématique avec la préférence pour la prescription trentenaire de droit commun au lieu de la prescription ou encore de l'absence de caractère obligatoire du contrat d'emprunt⁴. Quant au critère de la proximité entre le contrat et un service public, celui-ci a été très rarement reconnu en matière d'emprunt. Le lien entre les deux doit être fort, alors que l'emprunt ne consiste qu'à un prêt de capital pour le financement d'un équipement public, ce qui ne fait pas participer

¹ Ccass, req, 16 juillet 1894, Epoux Abadie, D., 1894, p. 497, voir S. Jeannard, « L'identification de la nature juridique des emprunts publics », p. 53.

² S. Jeannard, *op.cit.*, p. 52-53.

³ Commentaire sous CE, 31 juillet 1912, Société des Granits Porphyroïdes des Vosges, n°25 p. 145 in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *GAJA*, Dalloz, 18^{ème} édition, 2011. L'arrêt TC, 13 octobre 2014, SA Axa France Iard, n° 3963 a défini la clause exorbitante comme étant une clause répondant à un motif d'intérêt général et qui confère à la personne publique des avantages exorbitants ou impose au cocontractant des sujétions importantes. De plus, la clause exorbitante doit avoir une influence sur les relations entre les deux parties (Ccass, civ 1, 18 février 1992, Cie d'assurance La Mondiale, n°90-10. 826).

⁴ S. Jeannard, *op. cit.*, p. 55.

le prêteur au service public selon le juge administratif¹. De plus, dans la période récente, le juge administratif a développé une approche restrictive du critère de service public. Ainsi, le contrat doit être « *l'exécution directe et immédiate d'une mission de service public* »². Il s'avère que l'admission définitive du contrat d'emprunt par la jurisprudence comme étant un contrat de droit privé a été relativement récente³. En pratique, la qualification du contrat d'emprunt comme contrat administratif n'a lieu que s'il est le support d'un autre contrat administratif (comme un contrat de travaux publics).

Désormais, l'identification du contrat d'emprunt comme étant un contrat de droit administratif paraît bien impossible. Comme le fait remarquer M. Levoyer « *la banalisation du recours au crédit par les collectivités territoriales a eu comme conséquence d'éliminer des contrats d'emprunts les clauses inhabituelles* »⁴. L'exclusion de tout caractère administratif du contrat d'emprunt est fermement établie et les collectivités territoriales ont participé à ce phénomène d'exclusion.

b) La qualification conciliante du contrat d'emprunt comme relevant du droit privé

La nature de droit privé des contrats d'emprunts ne fait désormais plus l'ombre d'un doute. Cette qualification étend proportionnellement le champ de la liberté d'emprunter puisque la collectivité se voit appliquer le droit commun des contrats qui est extrêmement souple et permet une grande imagination contractuelle. Par conséquent, la collectivité territoriale bénéficie d'une liberté contractuelle⁵ forte puisqu'elle se voit appliquer le principe d'autonomie de la volonté. Avec ce principe, la collectivité peut choisir librement son cocontractant (la limite où celui-ci est bien un établissement de crédit agréé par l'AMF pouvant exercer une activité de prêteur). De même, les négociations contractuelles ne sont pas soumises au formalisme du Code des marchés publics, à savoir une procédure de

¹ CAA Lyon, 2 mars 1994, Commune d'Allos, rec. Lebon p. 832.

² Conseil d'Etat, sec., 2000, Commune de Morestel, req. n°192790.

³ TC, 1987, Ville Eaubonne c/ GOBTP, Ccass, civ 1, ville Eaubonne, Bull n°36, admis par le juge administratif avec CAA Lyon, 2 mars 1994, Commune d'Allos précité.

⁴ L. Levoyer, « Emprunts locaux », n°53 p. 18.

⁵ Cette liberté lui a été reconnue par le juge constitutionnel à l'occasion de la décision Cons. cont, 13 janvier 1993, n°92-316 relative à la loi portant mesures urgentes à caractères économique et financier (MURCEF).

publicité et de mise en concurrence¹. Le droit commun des contrats repose sur l'égalité des parties, les caractéristiques du contrat sont donc élaborées, en théorie, par les échanges mutuels des parties. Vis-à-vis des tiers, le contrat est invisible puisqu'il ne fait pas l'objet d'une transmission à la préfecture (voir supra) et ne fait pas l'objet d'une publicité obligatoire à l'égard des habitants de la collectivité. Toutefois, sauf clause contraire, rien n'empêche la collectivité de publier le contrat ou de le transmettre au préfet.

L'exclusion du contrat d'emprunt du CMP (au 5° de l'article 3) est principalement justifiée en ce que cela nuirait au consensualisme procédural. Cette conception est partagée par les hautes instances de l'Etat qui considère que « *le respect des délais fixés par les procédures de marchés publics prive les collectivités publiques d'une grande partie de la réactivité nécessaire aux opérateurs d'emprunts* »². La question de l'intégration des contrats d'emprunt dans le CMP est épineuse et les experts émettent des critiques quant à cet état de droit³. Initialement, le droit de l'UE prévoyait leur intégration dans le droit des marchés publics par une directive du 18 juin 1992⁴, ce qui a été transposé par un décret de février 1998⁵. Puis un décret du 19 juillet 1999⁶ a exclu les contrats d'emprunt et de couverture du CMP. Suite à l'adoption d'une nouvelle version du CMP en 2001, la Commission Européenne a, dans un avis, critiqué ce choix. C'est d'ailleurs la solution qu'a retenue le Conseil d'Etat en annulant cette exclusion dans un arrêt de 2005 ATPMP⁷. Par une interprétation, pour le moins créative, de la hiérarchie des normes, le ministre de l'Economie et des Finances a alors pris un décret le 27 mai 2005⁸ « *qui tire les conséquences de l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 février 2005, en permettant à nouveau d'exclure les contrats d'emprunt du champ*

¹ L'absence de procédure CMP fait que le contrat d'emprunt est un contrat de droit privé (CAA Lyon, 2 mars 1994, Commune d'Allos précité).

² Ministre de l'Economie et des Finances dans rép min éco JO Sénat 4 août 2005, p. 2086 cité dans P. Girard, « Le financement des collectivités locales », n°51.33 p. 878.

³ Pour illustration E. Portal, « Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », RFFP, septembre 2013, n°123, p. 73.

⁴ Directive n°92/50/CEE, 18 juin 1992, JOCE 24 juillet, p. 1-24.

⁵ Décret n°98-111, 27 février 1998 modifiant le Code des Marchés Publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité des marchés de service.

⁶ Décret n°99-634, 19 juillet 1999 modifiant le code des marchés publics.

⁷ CE, 23 février 2005, Association pour la transparence et la moralité des marchés publics (ATPMP), req. n°264712.

⁸ Décret n°2005-601, 27 mai 2005 modifiant le décret n°2004-15 du 7 janvier 2004 portant Code des Marchés publics.

d'application du Code des Marchés Publics »¹. Mais, l'UE est intervenue avant l'arrêt du Conseil d'Etat par une directive du 31 mars 2004² qui prévoit à son article 16 l'exclusion non pas des contrats d'emprunt en tant que tels, mais des contrats « *concernant des services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations d'approvisionnement en argent ou en capital des pouvoirs adjudicateurs, et des services fournis par les banques centrales* ». Ainsi l'annulation de l'exclusion du Conseil d'Etat ne pouvait être que temporaire puisque la directive de 2004 n'avait pas été transposée en droit interne et que le motif utilisé par le Conseil d'Etat reposait sur la directive de 1992. Malgré l'incertitude des opérations concernées par cette exclusion, la pratique a considéré que les « *opérations d'approvisionnement en argent ou en capital* » concernent les contrats d'emprunt. Cette interprétation a d'ailleurs été reprise par le Gouvernement dans une réponse à un parlementaire³. La position juridique française, désormais conforme au droit de l'UE, a été récemment confortée par une nouvelle directive de 2014 portant sur les marchés publics⁴ qui exclut expressément les contrats d'emprunt. Il s'avère que, initialement, la directive devait inclure les contrats d'emprunts dans le CMP⁵. Mais le refus consistant de la France, considérant que « *les exclusions actuelles proviennent d'un consensus politique qu'il ne paraît ni nécessaire ni opportun de mettre en cause* » puisqu'elles sont « *suffisamment claires et précises, elles sont comprises de l'ensemble des acheteurs publics* »⁶.

2) Une conception privative de la liberté d'emprunter

Au-delà de la nature juridique du contrat d'emprunt, la liberté d'emprunter a profité d'un phénomène concevant la gestion des personnes publiques comme pouvant s'apparenter à celle des personnes privées et notamment le modèle de l'entreprise. Cette assimilation a été possible grâce à l'accès significatif (par son importance) des collectivités

¹ Rép. min. Eco., JO Sénat 4 août 2005, p. 2086.

² Directive 2004/18/CE, 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services

³ Rép. Min n°18875, JO Sénat Q 1^{er} décembre 2005.

⁴ Réf directive, commentaire BJCP n°92 p. 155

⁵ M. Collet, G. Eckert, « Chronique de droit public financier », p. 1219.

⁶ Contribution de la France au Livre vert d'avril 2011 cité dans G. Eckert, « Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », AJDA, 2011, p. 1716.

territoriales à un marché de capitaux unique (a) dans lequel elles sont mélangées au sein des personnes privées et se sont progressivement vues proposées des produits financiers similaires. De là a émergé le postulat implicite d'une gestion financière de la collectivité territoriale qui serait comparable à celle d'une personne privée (b).

a) L'accès significatif des collectivités territoriales à un marché de capitaux unique

Peu de temps après la loi du 2 mars 1982, l'Etat a engagé une réforme du secteur financier pour créer un marché de capitaux unique durant les années 1980. En 1984, l'Etat a adopté une loi bancaire qui a mis en place une législation commune à tous les organismes financiers, dorénavant appelés établissements de crédit, et contrôlés par les mêmes instances de surveillance. Une directive de l'Union Européenne du 24 juin 1988 a également libéralisé les mouvements de capitaux¹. Bien que ces réformes n'intéressent pas au premier plan les collectivités territoriales, elles ont eu de fortes conséquences sur leurs comportements d'emprunt. Les collectivités ont pu accéder à une épargne privée bien plus vaste que ce dont elles pouvaient disposer jusque-là, et notamment aux acteurs privés du financement. Avec la création d'une catégorie unique de prêteurs, une concurrence a pu se mettre en place dont les collectivités ont pu récolter les bénéfices. Cette évolution a accéléré l'introduction de produits financiers du secteur privé dans les prêts proposés aux collectivités territoriales (et plus largement aux collectivités locales). Toutefois, cette réforme du secteur financier n'a fait qu'accélérer ce mouvement. En effet, dès la fin des années 1970, la CDC a proposé des prêts globalisés aux collectivités territoriales, rompant ainsi le lien qui existait entre le prêt et la subvention². Ce mouvement débute en 1976 quand une loi d'expérimentation permet à certaines communes de plus de 10 000 habitants de conclure des contrats pour des prêts globalisés avec la CDC³. Le succès sera tel que l'autorisation sera généralisée en 1979 à toutes les communes de plus de 10 000 habitants. Le succès de ces prêts a été tel qu'en quelques années la moitié de l'encours de la dette locale est constitué

¹ Directive 88/361/CEE, 24 juin 1988 pour la mise en œuvre de l'article 67 du traité.

² L. Balmond, M. Paillet, « Emprunts locaux », n°40 p. 406.

³ M. Bouvier, M-C. Esclassan, J-P. Lassale, Finances publiques, LGDJ, coll. Manuel, 13^{ème} édition, n°875.

de ces prêts globalisés¹ (en 1981). L'arrêt de la proposition de prêts bonifiés aux collectivités territoriales par les prêteurs du secteur public en 1986² achève la privatisation³ des emprunts des collectivités territoriales.

Avec la création d'un marché unique et la fusion des règles applicables aux organismes financiers, l'Etat doit abandonner le contrôle sur les prêteurs. Ainsi, plusieurs prêteurs du secteur public sont transformés en personne privée. La transformation la plus marquante étant celle de la CAECL qui est transformée en 1987 en société anonyme puis deviendra en 1997 la société Dexia par une alliance avec le Crédit communal de Belgique. Dexia, avant sa chute en 2011, aura marqué le marché des prêts locaux en étant parmi les prêteurs les plus importants.

La fin de la tutelle permet aux collectivités de choisir librement leur prêteur, bien que les prêts bonifiés retiennent encore pendant quelques années avant leur suppression les collectivités envers les prêteurs du secteur public. La réforme des années 1980 a mis en place les conditions matérielles pour que les collectivités bénéficient pleinement de la liberté d'emprunter. Avec l'émergence de nouveaux prêteurs, de nouveaux produits ont été proposés aux collectivités. Une loi de 1985⁴ a permis aux collectivités de pouvoir conclure des contrats de couverture dans le cadre de leur liberté de contracter. Le contrat de couverture n'est pas un contrat de prêt mais l'intéresse directement. Le contrat de couverture est de façon basique un contrat d'assurance. Dans un avis du 10 juillet 1987⁵, le Conseil national de la comptabilité a défini la couverture comme étant une opération réduisant le risque de variation de l'élément couvert. Il s'agit d'un contrat de flux financiers entre un acheteur (la collectivité en l'espèce) et un vendeur (l'assureur) et n'intègre aucun capital⁶. Par ce contrat, la collectivité va se protéger contre un risque lié à son emprunt et notamment le risque de variation en cas de taux d'intérêt variable. Le contrat de couverture peut couvrir des risques extrêmement divers, la liberté contractuelle permet une multitude de couverture, comme le *swap* de taux d'intérêt qui consiste à échanger un taux d'intérêt

¹ J. M Uhaldeborde, Chr. An. Coll. Loc., 1983, 1983, p. 466

² J-C. Moraud, « Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation », p.860.

³ Dans le sens de l'alignement des prêteurs du secteur public sur ceux du secteur privé.

⁴ Loi n°85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier.

⁵ Conseil national de la comptabilité, avis, 10 juillet 1987 cité dans M. Klopfer, « Produits structurés : des dérivés initiales aux impacts macroéconomiques », RLCT, octobre 2012 n°83, p. 51.

⁶ Mais le contrat de couverture s'intéresse au montant de l'emprunt en le désignant comme *notionnel* (pour plus de détails voir : Cour des comptes, « La gestion de la dette locale, p. 38).

contre un autre. Par ailleurs, en-dehors des contrats de couverture, les collectivités territoriales ont pu pleinement recourir aux crédits de trésorerie, des emprunts de court terme utilisés pour des besoins de trésorerie. La pratique des collectivités a, dans ces deux champs, rapidement interpellé l'Etat qui est intervenu par voie de circulaire¹.

Cette privatisation du secteur de l'emprunt a rendu le contrôle encore plus complexe pour les instances de surveillance des collectivités territoriales. Comme le souligne la Cour des Comptes, la complexification croissante des emprunts et l'introduction systématique de nouveaux produits sur le marché a rapidement rendu les circulaires obsolètes par les pratiques des acteurs².

La privatisation des emprunts locaux n'a pas entraîné une rupture dans les relations entre les collectivités et les prêteurs, elles se sont remarquablement bien adaptées aux nouvelles contraintes du marché financier comme en témoigne les chiffres concernant leur santé financière.

Avec une offre foisonnante de produits financiers divers, les collectivités territoriales ont pu expérimenter des formules contractuelles nouvelles. C'est pour cette raison que dès 1992, l'Etat rappelle aux collectivités territoriales qu'elles doivent toujours suivre un but d'intérêt général dans leur contrat d'emprunt. Ainsi, malgré ce rappel, la crise de 2008 a révélé la présence de contrats d'emprunt spéculatif, avec des taux d'intérêts reposant sur des variations d'index totalement étrangers aux collectivités.

La vivacité du marché des emprunts locaux démontre l'attractivité des collectivités pour les banques. Cette attractivité a longtemps été favorisée par les règles internationales en matière financière, les conventions Bâle I (1988), II (2007) et III (2010). Ces textes juridiques prévoient un corpus de règles et contraintes et notamment les ratios prudentiels. Ces derniers consistent en une limitation pour les banques dans leurs capacités de prêts aux personnes. Ainsi, selon le risque que présente le client, la banque devra, en vertu de ces ratios, conserver un certain montant de fonds en réserve pour éviter un effet systémique en cas de défaillance de l'emprunteur. La convention de Bâle I a mis en place le ratio Cooke qui prévoyait une approche du risque selon la qualité du client (personne publique, privée,

¹ Circulaire conjointe Intérieur-Finances du 22 février 1989 pour les crédits de trésorerie et circulaire du 15 novembre 1992 pour les contrats de couverture

² Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 35.

ménage, entreprise). Dans le cadre d'un prêt à une entreprise, la banque devait conserver un montant de fonds en réserve équivalent à celui du prêt (ratio de 100%). En revanche, pour un prêt à une personne publique, le ratio était de 20%. Cette différence se justifiait en raison d'une nature des risques bien minimales pour les personnes publiques et permettait de dégager de l'épargne pour les autres acteurs. De ce fait, les collectivités sont devenues d'autant plus attractives pour les banques. Cette attractivité a perduré. Ainsi, la convention de Bâle II de 2007 a substitué le ratio MacDonough au ratio Cooke en introduisant une approche individualisée du risque. Désormais, le ratio est défini selon le risque induit par l'emprunteur. Cette nouvelle approche a globalement amélioré le ratio prudentiel des collectivités territoriales. La convention de Bâle III a abandonné les ratios prudentiels pour mettre en place deux ratios. Le premier est un ratio de levier qui impose, à partir de 2018, d'avoir des fonds propres équivalent à 3% du ratio capitaux propre par rapport au total des actifs. Le second ratio est un ratio de liquidité (un à court terme et un à un an) pour toutes les banques. Ces ratios imposent tous aux banques d'augmenter leurs fonds propres, expliquant, entre autre, les problèmes d'accès au crédit des collectivités¹. Si cette hypothèse s'avère juste, alors les problèmes d'accès au crédit devraient disparaître, au moins en partie d'ici à 2018.

b)Le postulat implicite d'une gestion financière de la collectivité territoriale comparable à celle d'une personne privée

En matière d'emprunt, la libre administration et son volet financier, l'autonomie de gestion financière, est renforcée par le postulat d'une ressemblance entre la gestion d'une collectivité territoriale et celle d'une personne privée. Plusieurs facteurs concourent à ce postulat : l'alignement des offres d'emprunt des collectivités sur celles proposées aux particuliers, la gestion financière autonome des collectivités territoriale qui se doit d'être responsable, et enfin le principe d'équilibre budgétaire qui induit une approche des finances de la collectivité similaire à celle d'une personne privée qui ne peut se permettre d'être déficitaire. A cela s'ajoute la liberté contractuelle reconnue aux collectivités territoriales sur

¹ P. Le Gand, « Crise financière et ressources des collectivités territoriales », RFAP, 2012/4, p. 943-953.

le fondement de la libre administration¹. Cette liberté contractuelle empêche une restriction trop importante de la liberté d'emprunter, notamment ses composantes sur le choix du prêteur et sur les caractéristiques de l'emprunt. Mais peut être que le plus grand apport de la liberté contractuelle c'est de garantir aux collectivités territoriales une faculté d'emprunt similaire à celle d'une personne privée. Il ne s'agirait alors plus d'une compétence pour les collectivités accordée par le législateur, mais d'une capacité au sens du Code civil. C'est-à-dire que, comme les personnes privées, la collectivité territoriale dispose d'une « *aptitude à acquérir et à exercer un droit* »² (un emprunt en l'occurrence). Ce rapprochement est possible par l'étendue de l'autonomie reconnue en droit et l'autonomie accordée dans les faits par les contrôles. L'autonomie d'emprunt des collectivités territoriales explique les obstacles que rencontre l'Etat pour intervenir en la matière ainsi que la difficulté qu'il éprouve pour définir sa position par rapport à l'emprunt. Ainsi, la question du modèle entrepreneurial n'a pas tardé à émerger après 1982 au regard de la similitude des situations entre la collectivité territoriale et l'entreprise³.

Par ailleurs, cette assimilation est justifiée au regard de la nature des liens entre le prêteur et l'emprunteur. Sur le plan juridique, le recours à l'emprunt n'exige pas de la collectivité qu'elle use de prérogative exorbitante, ce qui serait d'ailleurs sûrement contraire à l'article 17 de la DDHC qui protège le droit de propriété des personnes. Sur le plan économique, l'importance de l'emprunt pour le financement des investissements comme ressource d'ajustement donne à cette assimilation un aspect rassurant pour les personnes privées et permet une égalité dans les relations entre la collectivité et l'établissement de crédit.

Toutefois, cette assimilation porte uniquement sur la gestion financière. En effet, la particularité des collectivités territoriales par rapport aux personnes privées est la finalité de l'action des premières. Si les personnes privées peuvent avoir une multitude d'objectifs, objets sociaux pour les personnes morales, la collectivité territoriale est nécessairement au service de l'intérêt public local, c'est ce qui justifie son existence et guide son action. La crise

¹ Cons. cont., 13 janvier 1993, Loi MURCEF précitée.

² S. Guinchard (dir), T. Debard (dir), « Lexique des termes juridiques Dalloz », *Capacité* p.117.

³ V. F. Proux, « Gérer une collectivité comme une entreprise aurait peu de sens », *La Gazette des Communes*, 12 octobre 2012. Site : <http://www.lagazettedescommunes.com/133857/gerer-une-collectivite-locale-comme-une-entreprise-aurait-peu-de-sens/>. Consulté le 22 mai 2015.

des emprunts toxiques a démontré que cette assimilation a parfois dérivé jusqu'à en nier la spécificité des collectivités territoriales. Cet état d'assimilation n'est pas qu'un bienfait pour les collectivités territoriales. En étant « logées à la même enseigne » que les personnes privées, les collectivités sont soumises aux mêmes risques. Par exemple, la systématisation du secteur bancaire a entraîné en 2008 une dégradation des finances locales avec la hausse rapide des taux d'intérêt pour des raisons totalement externes aux collectivités territoriales¹. Malgré le fait que cette hausse des taux d'intérêt soit indépendante vis-à-vis des collectivités territoriales, cela questionne l'intérêt de la libéralisation de l'emprunt et de sa complexité qui va en s'accroissant. L'ère de la tutelle administrative et des prêts avantageux, bien que peu propice à la liberté d'emprunter, a néanmoins permis aux collectivités de pouvoir conclure des contrats d'emprunts avec des prêteurs conscients de la finalité de leur action. Le verrouillage complet par l'Etat de ce système de financement mettait relativement la collectivité à l'abri des crises économiques. La forte présence de l'Etat dans les établissements de prêts du secteur public atténuait la logique de rentabilité liée à l'emprunt pour le prêteur. Comme le font souligner MM. Balmond et Paillet, « *le paradoxe n'est qu'apparent : en se débarrassant de leur censeur, communes, départements et aujourd'hui régions ont aussi perdu un protecteur* »².

Le pessimisme de la présentation nostalgique qui vient de suivre ne doit pas faire oublier que malgré les dérives et les problèmes que rencontrent les collectivités territoriales en usant de leur liberté d'emprunter, ceux-ci restent marginaux. Ces dernières ont participé et maîtrisé ce processus d'assimilation dans le cadre plus global d'une autonomie de gestion bien menée, démontrant aux autres acteurs qu'elles peuvent être traitées de façon responsables et peuvent relativement bien gérer les problèmes entraînés par cette assimilation. La preuve en est l'attractivité du secteur local pour les banques qui pendant plusieurs années se sont livrées une concurrence féroce avec des marges relativement faibles.

¹ E. Moysan, « Bilan et enjeux de trente ans de décentralisation en matière d'emprunts locaux », RFFP, septembre 2012, n°119, p. 25.

² L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », n°114 p. 464.

Partie II : L'emprunt comme moyen de la libre administration

Le recours à l'emprunt permet à la collectivité territoriale d'étendre matériellement son autonomie par le financement d'opérations d'investissement. Le montant important exigé par les investissements a fait de l'emprunt une ressource complémentaire mais aussi nécessaire. Ce faisant, le choix d'emprunter résulte d'un arbitrage délicat puisqu'il se transforme en passif pour la collectivité territoriale. L'emprunt est donc utilisé dans des investissements dictés selon plusieurs raisons plus ou moins soucieuses de la soutenabilité de la dette pour la collectivité et son avenir. Toutefois, la liberté d'emprunter permet une souplesse dans l'usage de l'emprunt, et même une fois dans le passif, celui-ci peut être géré de façon à alléger sa charge financière. Dès lors, l'emprunt est utilisé de façon incontournable dans la politiques d'investissement (section I) et permet également d'assouplir les contraintes financières (section II).

Section I: L'utilisation incontournable de l'emprunt dans la politique d'investissement

La finalité du recours à l'emprunt local constitue sa raison d'être. Son utilisation pour pouvoir investir est devenue nécessaire à cause des finances locales qui sont dans l'incapacité d'assurer par elles-mêmes le financement des équipements de la collectivité. L'importance de l'investissement fait que l'emprunt local s'inscrit dans des contextes locaux différents où l'investissement est dicté par une logique particulière élaborée par la collectivité. Il faut donc étudier le lien entre l'emprunt et l'investissement de façon globale et individuelle ainsi que les logiques que les collectivités territoriales suivent pour pouvoir élaborer leur stratégie d'investissement. La période récente démontre un financement croissant de l'investissement par l'emprunt (A). L'investissement est étroitement lié au développement de la collectivité territoriale. L'importance de l'emprunt dans l'investissement fait que celui-ci s'inscrit dans une stratégie de développement (B) de la collectivité territoriale en son sein mais également vis-à-vis des autres collectivités.

A) *le financement croissant de l'investissement par l'emprunt*

La progression de l'emprunt dans la part des ressources utilisées pour financer l'investissement local semble croître inexorablement. Les collectivités territoriales ont constaté les premières l'augmentation de leur endettement et ont cherché à réagir pour juguler cette hausse. Cette situation de financement croissant de l'investissement par l'emprunt (1) se constate également avec le financement périphérique de l'investissement par l'emprunt parallèle (2).

1) L'importance quantitative du financement de l'investissement par l'emprunt

L'évolution de la part de l'emprunt dans l'investissement local n'est pas une augmentation constante. Il s'avère que le recours à l'emprunt répond à des évolutions cycliques (a). Toutefois, la situation actuelle montre depuis une dizaine d'années l'accroissement de l'emprunt dans le financement de l'investissement (b).

a) L'évolution cyclique du recours à l'emprunt

Malgré le fait que le choix de recourir à l'emprunt dépend d'une multitude de facteurs, il faut constater que le recours à l'emprunt dépend au moins en partie de facteurs cycliques, dans le sens que ces facteurs se répètent de façon plus ou moins fréquente. Il y a principalement deux types de cycles qui interviennent en matière d'emprunt local.

Le premier type de cycle est de nature politique. Il se décompose lui-même en deux « sous » cycles. Il existe d'une part un cycle électoral. Il a été démontré à de nombreuses reprises¹ que le recours à l'emprunt a une place dans le cadre de la stratégie électorale². La cyclicité selon les élections locales a été à nouveau démontrée avec les élections

¹ Par exemple : V. Dussart, « Les difficultés de financement des investissements des collectivités territoriales » ; R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? » ; M-E. Binet, J-S. Pentecôte, « Structure de l'impôt et cycle électoral au plan municipal », *Economie et prévision*, 2006, n°174, vol. 174, p. 113.

² G. Dufrénot *et al.*, « Les comportements d'emprunt des régions françaises : quel degré d'hétérogénéité ? ».

municipales¹ en raison du fort dynamisme des communes en matière d'investissement en fin de mandat². Le second facteur déclencheur d'un cycle politique est le processus décentralisateur avec notamment les transferts de compétences. Suite à l'Acte I de la décentralisation, il y a eu une augmentation de l'endettement des collectivités territoriales qui ont recouru à l'emprunt pour financer environ 20% de leurs investissements chaque année³ jusqu'en 1997. L'Acte II de la décentralisation relance le processus d'endettement des collectivités territoriales, en raison d'un transfert de compétences correspondant à environ 10 milliards d'euros de charge. Les transferts de compétences ont donc un effet d'entraînement en matière de comportement d'emprunt des collectivités. Et pour cause, en transférant une compétence, l'Etat transfère une charge. Dans ce contexte, plus que jamais, *« les missions des collectivités territoriales ont une face juridique, qu'on nomme compétence, et une face financière qui s'appelle dépense »*⁴. Malgré le principe de compensation inscrit à l'article 72-2 de la Constitution qui impose à l'Etat de transférer avec la compétence les moyens que lui-même y allouait au moment du transfert, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a délimité l'étendue de la compensation. Dès lors, la charge des compétences ne cesse de s'accroître, et les collectivités doivent puiser dans leurs ressources pour pouvoir rénover, améliorer et bâtir de nouvelles infrastructures dans ses compétences. Cette situation existait avant 1982. Dès le XIX^{ème} siècle, l'Etat a demandé aux collectivités de réaliser des investissements pour satisfaire les besoins collectifs émergents. Durant la seconde moitié du XX^{ème} siècle, les collectivités ont participé à l'effort de reconstruction avec un recours à l'emprunt par vagues jusqu'en 1977. A partir de la fin des années 1970, une courte période s'enclenche durant laquelle l'emprunt va stagner pour des raisons démographiques et un changement de logiques des collectivités qui vont préférer la gestion de leurs équipements plutôt que d'en construire de nouveaux⁵.

Hormis les cycles politiques, un cycle économique vient influencer sur les comportements d'emprunt des collectivités. Ce cycle repose sur le niveau des taux d'intérêt

¹ R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? »

² *Loc. cit.*

³ D. Hoorens, « L'investissement des collectivités locales et son financement », p.4.

⁴ R. Hertzog, « La réforme des collectivités territoriales : une ambition financière », RFAP, 2012/1 n°141, p. 134

⁵ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », n°49 p. 412.

et notamment quand ceux-ci sont bas, puisque le loyer de l'argent devient moins cher. Ce cycle a été rappelé avec le *credit crunch*¹ lié à la crise économique. Le resserrement de l'épargne a mécaniquement entraîné une hausse des taux d'intérêt et donc un recours à l'emprunt moindre par les collectivités. Ainsi, la phase d'endettement débutée pendant les années 1980 a été, en plus de l'octroi aux collectivités d'une liberté d'emprunter, favorisée par le niveau des taux d'intérêt. Toutefois, le recours à la cyclicité des taux d'intérêt pour expliquer le recours à l'emprunt reste relatif, puisque à la fin des années 1990 jusqu'en 2004, les collectivités territoriales ont connu une période de désendettement alors même que les taux étaient bas.

Parallèlement aux taux d'intérêt, il y a un second facteur d'attractivité, celui de la concurrence entre les banques qui voit une réduction de leurs marges et des frais financiers de l'emprunt. A titre d'exemple, la concurrence durant les années 2000 a été intense entre les banques à tel point que leurs marges étaient proches de 0 en 2006². Il en ressort que les variations du recours à l'emprunt répondent partiellement à la loi de l'offre et de la demande.

b) L'accroissement de l'emprunt dans le financement de l'investissement

Le contexte financier et budgétaire est peu propice aux collectivités territoriales actuellement. La plupart des ressources totales, au sens de la loi organique de 2004, connaissent un mouvement général de diminution. Les impositions locales connaissent une hausse constante, ainsi entre 2012 et 2013 elles ont augmenté de 4,6% alors que les recettes issues aux autres impôts et taxes ont diminué de 4,7%. Ainsi, en 2013, les recettes de la fiscalité directe et indirecte représentaient un montant total de 115,7 milliards d'euros sur les 191,8 milliards des recettes de fonctionnement totales (soit 60%)³. Autre ressource importante en volume, les dotations de l'Etat sont gelées depuis 2010, ce qui fait qu'elles diminuent par l'effet de l'inflation. Elles représentaient tout de même 52 milliards d'euros en

¹ Il s'agit d'un phénomène de raréfaction du crédit disponible des établissements financiers.

² E. Portal, « Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », RFFP, septembre 2013, n°123, p. 73.

³ OFL, « Les finances des collectivités locales en 2014 », p 20.

2013¹. Ce gel est d'autant plus problématique que les dotations ont une part de plus en plus importante dans les ressources locales. Ce mouvement de contrainte sur les recettes fait dire à Vincent Dussart que, « à terme les difficultés de financement pourraient, cependant, venir essentiellement de la réduction des recettes versées par l'Etat² ». Par ailleurs, le mouvement de spécialisation des compétences a pour conséquence de réduire les hypothèses de financement croisé des investissements locaux³.

Parallèlement aux difficultés de financement, les collectivités sont confrontées à un effet ciseaux qui consiste en une augmentation des charges de fonctionnement par rapport à des ressources qui ne croissent pas aussi rapidement. En 2013, les dépenses de fonctionnement s'élevaient à 162,6 milliards d'euros et ont augmenté de 2,9% entre 2012 et 2013⁴. Les départements sont particulièrement touchés en raison d'un contexte économique dégradé qui voit leurs dépenses d'intervention augmenter fortement et rapidement en raison de leurs compétences en matière d'aides sociales⁵. Ainsi, les dépenses d'intervention des départements sont les plus élevées de toutes les catégories de collectivités territoriales (38,3 milliards en 2013⁶) et représentent plus de la moitié des dépenses d'intervention des collectivités territoriales⁷. Cet effet ciseaux a pour conséquence une diminution des excédents de fonctionnement qui forment pour près du tiers des recettes d'investissement en 2013⁸. Le cumul de ces facteurs entraîne une baisse de l'autofinancement de l'investissement des collectivités territoriales. Ce dernier reste pourtant extrêmement haut puisqu'il culmine à 86% en 2013⁹ bien qu'il ait baissé de 7 points de pourcentage depuis 2012 et 12 points depuis 2011. Ce niveau d'autofinancement n'est pas spécifique à la France. Il est constaté de façon globale dans les pays de l'UE « que les dépenses d'investissement ont été financées en quasi-totalité par l'autofinancement dégagé par la section de

¹ *Ibid* p. 19. Les dotations représentent 27% des recettes de fonctionnement totales.

² V. Dussart, « Les difficultés de financement des investissements des collectivités territoriales », p. 53.

³ F. Navarre, M-P. Rousseau, *op. cit.*, p. 4.

⁴ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 ».

⁵ R.Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? ».

⁶ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 », p. 16.

⁷ Sur les 38 milliards versés par les départements, 16 milliards concernent les trois prestations principales (RSA, APA, PCH). Les dépenses liées au RSA s'élèvent à 8,9 milliards en 2013 et ont connu entre 2012 et 2013 une hausse de 8,6% (source OFL, « situation financière des collectivités locales en 2014 », p. 16).

⁸ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 », p. 35.

⁹ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 », p. 34.

*fonctionnement et les recettes propres de la section d'investissement*¹ ». Ce taux d'autofinancement s'est récemment dégradé à la suite de la crise. Il est passé de 94% à 74% en 2010, le dernier quart étant financé par le produit de l'emprunt². Malgré la hausse des charges des collectivités, elles réussissent à augmenter leurs dépenses d'équipement (il s'agit des dépenses d'investissement auxquelles sont soustrait le remboursement du capital et des intérêts de l'emprunt). Entre 2012 et 2013, celles-ci ont augmenté de 5,4%³, ce qui représente 58 milliards d'euros. Le recours à l'emprunt en 2013 était de 16,8 milliards d'euros, soit 1,1 milliard de moins qu'en 2012⁴. Toutefois, cette baisse du recours à l'emprunt n'est qu'artificielle puisque le flux net de dette (soit les emprunts contractés dans l'année moins le remboursement des emprunts) était de 4 milliards et n'a constitué que la moitié des besoins de financement des investissements des collectivités. Les 4 autres milliards ont été pris dans la trésorerie des collectivités territoriales en raison d'un nombre importants d'emprunts contractés en 2012 en prévision d'une difficulté d'accès au crédit⁵. Comme le fait remarquer l'Observatoire des finances locales, « *ces prélèvements sur trésorerie concernent tous les niveaux de collectivités en 2013 et atteignent une ampleur jusque-là inégalée*⁶ ». La situation actuelle du financement de l'équipement local laisse envisager une augmentation de la part de l'emprunt, ce qui est d'autant plus problématique avec l'accès au crédit qui se complexifie avec les nouvelles règles introduites par Bâle III.

Il ne faut pas sous-estimer le montant minimum des emprunts réalisés chaque année puisque les contrats conclus par les collectivités territoriales portent sur de longues durées⁷ ce qui favorise l'accumulation du passif pour une liquidation qui se fait moins rapidement. Ainsi, l'augmentation de l'endettement local est sensible. Il a augmenté de 3,2% en 2013 et de 4,1% en 2012⁸. Entre 2004 et 2014, la dette locale a augmenté de 40%¹. Cette progression

¹ E. Portal, « Quelle autonomie de gestion de la dette locale à long terme ? Eléments d'analyse comparée en Europe », RFFP, février 2013 n°121, p. 23.

² *Loc. cit.*

³ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 ».

⁴ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 » ; OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2013 ». En 2012 les collectivités ont contracté pour 17,9 milliards d'euros d'emprunt.

⁵ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 »

⁶ *Ibid*, p. 34.

⁷ M. Klopfer, « Négocier, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », RLCT, 2012 n°83, p. 53.

⁸ OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 » ; OFL, « La situation financière des

de l'endettement est très importante, ce qui est illustré par le ratio dette/recettes de fonctionnement qui était de 71,4% en 2013 (81,2% pour les communes, 88% pour les régions et 50% pour les départements).

2)Le financement périphérique de l'investissement local par l'emprunt parallèle

Afin d'enrayer la hausse de l'emprunt, les collectivités territoriales ont développé des méthodes permettant d'investir sans s'endetter. Il existe un véritable phénomène de l'investissement local financé par un emprunt parallèle réalisé par des personnes externes à la collectivité mais sur lesquelles elle dispose d'un certain pouvoir. Toutefois, ce financement périphérique n'est pas sans poser problème et il en résulte une externalisation incontrôlée de l'emprunt (a). Tout en étant liée à ces emprunts, mais sans pouvoir les contrôler, la collectivité rencontre un véritable problème gestionnaire posé par l'emprunt parallèle (b).

a)L'externalisation incontrôlée de l'emprunt

La faculté pour les collectivités territoriales de garantir des emprunts est relativement ancienne². La garantie d'emprunt constitue une externalisation dans la mesure où c'est « *un engagement par lequel l'Etat ou une autre personne publique accorde sa caution à un organisme dont il veut faciliter les opérations d'emprunt, en garantissant aux prêteurs le service des intérêts et le remboursement du capital en cas de défaillance de leur débiteur*³ ». Avant 1982, pour qu'une commune ou un département garantisse un emprunt il fallait la présence de trois conditions : que la garantie soit permise par un texte, que l'emprunt concerne un concessionnaire de la collectivité et enfin que par cet emprunt, le bénéficiaire de la garantie poursuive un but d'intérêt public local indiscutable. Avec l'Acte I de la décentralisation, les articles 6-1 et 49-1 de la loi du 2 mars 1982 abrogent ce régime et permettent une politique de garantie librement gérée par les collectivités territoriales à des

collectivités locales en 2013 ».

¹ J-C. Moraud, « L'endettement du secteur local : intermédiation ou désintermédiation ? ».

² B. Triquenaux, « Le cadre juridique des garanties et cautionnements d'emprunts accordés par les collectivités territoriales », Petites affiches, 17 novembre 1995, n°138, p. 13.

³ S. Guinchard (dir), T. Debard (dir), « Lexique des termes juridiques Dalloz », *Garantie d'emprunt* p.395.

personnes physiques ou morales de droit privé à condition qu'elles réalisent des objectifs prévus par la loi. Cette liberté de garantie n'est pas totale en 1982 puisque les collectivités territoriales doivent respecter plusieurs limites. D'une part, elles ne peuvent méconnaître la liberté de commerce et de l'industrie¹ ni la loi de séparation de l'Eglise et de l'Etat et la législation concernant l'enseignement privé. De plus, les collectivités territoriales doivent respecter la politique d'aménagement du territoire mise en place par l'Etat.

Ce régime a été partiellement amendé par la loi Galland de 1988. Celle-ci interdit dorénavant aux collectivités de garantir les emprunts d'entreprises en difficulté² en raison des contraintes mises en place par l'ordonnance de 1986 s'intéressant au droit de la concurrence. Cette loi a posé trois limites globales cumulatives pour les garanties d'emprunt des personnes privées³. Il s'agit de trois ratios. Le premier est un ratio de plafonnement pour la collectivité qui lui interdit que la somme des annuités des emprunts garantis soit supérieure à 50% de ses recettes de fonctionnement. La seconde limite est un ratio de plafonnement pour le bénéficiaire qui empêche que le montant de ses annuités garanties dépasse pour un même débiteur 10% du montant total susceptible d'être garanti. La troisième limite est un ratio de division du risque imposant que l'emprunt ne puisse être garanti à plus de 50% par la ou les collectivités qui se sont portées garantes. En revanche, ces limites ne s'appliquent pas pour la garantie d'emprunt pour d'autres personnes publiques et pour les organismes menant des opérations dans le domaine du logement social.

La garantie d'emprunt pour les collectivités est indolore puisque, à moins que le bénéficiaire fasse défaut, elle ne grève aucune ressource. Jusqu'en 2005, une provision était nécessaire pour chaque garantie d'emprunt⁴, mais cette obligation a été abrogée par un décret⁵ laissant aux collectivités « *le pouvoir de droit commun de provisionner "dès l'apparition d'un risque avéré" (article R 2321-2 du CGCT)* »⁶. Pour cette raison, la reconnaissance d'une garantie d'emprunt par la collectivité est encouragée et devient de plus en plus opportune, rendant la garantie d'emprunt de plus en plus incontrôlable, ce qui

¹ Par exemple TA Grenoble, 27 janvier 1988, Ruphy, JCP 1989. II. 21265, note Devès.

² Qui constituent alors 24% des garanties d'emprunt depuis 1980 (v. B. Triquenaux, « Le cadre juridique des garanties et cautionnements d'emprunts accordés par les collectivités territoriales », p. 13).

³ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », n°51.37, p. 880.

⁴ Article R 2252-3 du CGCT

⁵ Décret 2005-1661 du 27 décembre 2005.

⁶ P. Girard, *op. cit.*, n°51.37, p. 880.

fait l'objet de critiques par la Cour des comptes¹.

La publicité autour de ces engagements hors bilan est globalement bonne selon la Cour des Comptes². Mais l'application partielle des ratios fait que certaines collectivités accordent des garanties bien au-delà de leurs moyens. Par exemple, le département du Maine-et-Loire avait accordé des garanties équivalentes à 133% de l'encours de sa dette et 89% de ses recettes réelles de fonctionnement en 2009³. De plus, comme le fait remarquer la Cour des comptes, la plupart des garanties d'emprunt bénéficient à des sociétés de HLM qui ne se voient pas appliquer les ratios prudentiels et permettant ainsi un dérapage des garanties d'emprunt. La commune de Bourg-en-Bresse a garanti pour 130,9 millions d'euros d'emprunt. Sur ce montant, 130,8 millions d'euros portait sur des emprunts de société HLM, et seulement 0,1 million concernait des emprunts d'autres organismes⁴.

Parallèlement aux garanties d'emprunt, la libre administration des collectivités leur permet de choisir le mode de gestion des services publics. Parmi les nombreux choix, plusieurs consistent à accorder la gestion à une entité plus ou moins indépendante dotée de l'autonomie financière et sortent ainsi du bilan de la collectivité. Cette externalisation peut prendre plusieurs formes sur le plan juridique comme la création d'un établissement public local ou d'une société, ou un partenariat avec une personne tierce dans le cadre d'un contrat relevant de la commande publique (marché public ou délégation de service public principalement). Dans ces deux hypothèses, l'opération nécessite fréquemment de devoir investir pour bâtir l'infrastructure nécessaire au service public ce qui impliquera nécessairement la collectivité dans la mesure où elle reste la commanditaire.

Dans le cas de la personnalisation, le recours possible à une société publique locale (SPL) est illustratif. La loi du 28 mai 2010⁵ a permis aux collectivités et à leurs groupements de pouvoir créer une SPL pour gérer un service public. Comme toute personne morale de droit privé, la SPL a un objet social qui est d'autant plus délimité qu'elles ne peuvent intervenir que dans le champ de compétence de la personne publique à son origine⁶. Ces

¹ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 60.

² *Loc. cit.*

³ *Loc. cit.*

⁴ *Loc. cit.*

⁵ LOI n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

⁶ Article 1 de la loi du 28 mai 2010.

sociétés témoignent d'un mouvement plus vaste consistant à introduire dans la gestion publique des instruments privés tout « *en conservant les particularité du secteur public* »¹. Cette externalisation sous la forme d'une personne morale permet une souplesse de gestion des services publics et ou de réalisation des opérations d'aménagement en introduisant une logique de rentabilité. Toutefois la collectivité, puisqu'elle possède l'intégralité du capital est obligée d'intervenir pour refinancer la SPL en cas de défaillance dans les emprunts.

L'externalisation partenarialisée se déroule essentiellement dans le cadre des contrats de la commande publique de longue durée² et reposent fréquemment sur des emprunts. Dans le cadre des partenariats publics-privés ou les baux emphytéotiques administratifs (intégrés à la commande publique en étant le support d'une délégation de service public) voient fréquemment les collectivités intégrées dans le schéma d'emprunt de la personne privée partenaire par une convention tripartite dans laquelle la collectivité s'engage à se substituer à son partenaire en cas de défaillance. Même sans cette convention, la collectivité est obligée d'intervenir en raison du principe de continuité du service public qui assure une garantie de quasi-insaisissabilité sur le bien privé construit par le partenaire ou le délégataire³.

Qu'il s'agisse de garantie d'emprunt ou d'externalisation, la collectivité développe par ces moyens un investissement dans lequel elle voit son intérêt tout en guidant l'investissement privé. Cet emprunt parallèle peut aussi s'appeler l'investissement indirect. « *Les garanties accordées, en général, soutiennent une politique économique ou sociale qui n'aurait pas vu le jour en l'absence de cette garantie. La collectivité en attend des retombées en terme d'images, de développement mais aussi d'augmentation des bases fiscales* »⁴. Comme le fait remarquer M. Hertzog, si ces dettes sont hors bilan, les sommes ainsi investies

¹ E. Moysan, « La société publique locale, un nouvel instrument de gestion financière », RFFP, février 2013, n°121, p. 105.

² P. Girard, « Présentation des différents montages relevant de l'appellation PPP », p. 950.

³ Par ailleurs, l'importance des sommes en jeu fait que la collectivité est fréquemment obligée de participer au financement de l'opération et doit elle-même contracter un emprunt (P. Girard, « Aspects financiers des montages de PPP », p. 969).

⁴ Note AMF sur les garanties d'emprunts des collectivités territoriales. Site : http://www.amf.asso.fr/document/fichier.asp?FTP=AMF_12307_FICHE_N%B01_LES_GARANTIES_D_EMPRUNT.pdf&ID_DOC=12307&DOT_N_ID=7. Consulté le 8 mai 2015.

le sont également, ce qui crée un phénomène de sous-évaluation de l'investissement¹.

b) Le problème gestionnaire posé par l'emprunt parallèle

Avec la constitution d'un passif extérieur au budget de la collectivité mais rattachée à elle par des liens juridiques et institutionnels, des instruments préventifs ont été mis en place pour limiter les risques que ces engagements hors bilan représentent pour la libre administration. Pour les garanties d'emprunt, la loi prévoit deux mécanismes garantissant l'information de la collectivité. L'article L 2131 7° et l'article L 4313-2 4° et 5° du CGCT imposent une communication à l'assemblée délibérante annexée au budget primitif et au compte administratif détaillant les garanties d'emprunt accordée et expliquant les données permettant de calculer les ratios prudentiels. L'entité bénéficiaire de la garantie doit également fournir ses comptes certifiés² qui sont ensuite transmis au représentant de l'Etat et au comptable public. Le contrôle des engagements hors bilan se fait essentiellement en interne. L'aspect même hors bilan freine les contrôles financiers de l'Etat.

Les contrats de garantie sont souvent des contrats de droit privé³ ce qui a pour conséquence que la collectivité ne bénéficie pas de prérogative pour sortir du contrat. L'autonomie de la collectivité en la matière est limitée au choix de garantir ou non. Elle peut toutefois limiter sa part de risque grâce à un pouvoir de discussion prévu à l'article 2021 du Code civil⁴. Le caractère de l'obligation pour la collectivité est généralement une caution solidaire et conjointe⁵ ce qui a pour effet que la collectivité n'a pas le bénéfice de la discussion. De plus, les juges judiciaires ont une vision stricte de l'engagement, imposant à la collectivité de respecter sa garantie même en cas de faute pénale du bénéficiaire de la garantie⁶.

Malgré les mécanismes de limitation et de prévention, beaucoup de commentateurs

¹ R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? », p. 737-738.

² Article L 2313-1-1 et L 4312-3 du CGCT.

³ TC, 12 janvier 1987, Ville Eaubonne c/ GOBTP, n°02440 et CE 6 décembre 1989, Caisse fédérale du Crédit mutuel d'Ile de France c/ Commune de Torcy, n°74140.

⁴ Rappelé par une rép. min. n° 28 468 du 19 octobre 2000 posée par M. A. Rouvière (P. Girard, « Le financement des collectivités locales », N°51.37, p. 880).

⁵ Note AMF sur les garanties d'emprunts, *op. cit.*

⁶ Ccass, civ 1, 1^{er} décembre 1993, Commune de Carcassonne, n°91-20910. En l'espèce l'entité bénéficiaire de la garantie avait réalisé un détournement de fond de l'emprunt constaté par les juridictions pénales.

ont constaté les difficultés pour les collectivités à identifier précisément le périmètre de leur passif en raison de ces engagements hors bilan. Pour les maires des petites et moyennes communes, la tâche est particulièrement complexe. En effet, elle nécessite de leur part une connaissance fine du patrimoine rattaché à la collectivité ainsi que les organismes dépendant¹ pour déterminer précisément la consistance des risques encourus par leur commune². La présence de satellites budgétaires se trouvant dans l'orbite plus ou moins proche de la collectivité parallèlement aux garanties d'emprunt nécessite pour ses gestionnaires de déterminer la proximité financière que ces satellites entretiennent avec elle. Ainsi, la présence de sociétés privées parmi ces satellites complexifie l'analyse en raison de leur souplesse de gestion et de leur régime juridique. En conséquence, l'information tend à se renforcer³. Malgré cela, l'étude des emprunts externalisés nuit au principe d'équilibre.

Les problèmes entraînés par les emprunts parallèles sont réels, ainsi, le département du Bas-Rhin a dû payer 131 000 euros suite à la défaillance d'une entité qu'il avait garantie⁴. Comme le fait remarquer la Cour des comptes dès 1992, « *en fait, il n'est pas de crise financière constatée où les satellites de la collectivité n'aient joué un rôle, souvent majeur, dans ses difficultés, contribuant au surplus à dissimuler aux yeux de tous la gravité de la situation* »⁵.

B) L'inscription du recours à l'emprunt dans une stratégie de développement

L'investissement par la collectivité contribue à développer son territoire en créant une nouvelle infrastructure, un nouveau bien collectif. Dans ce cadre, le recours à l'emprunt prend une place particulière. En effet, le développement de la collectivité est dicté par deux impératifs. Face à une multitude d'autres collectivités, l'attractivité n'est pas un donné mais un construit qui se bâtit dans un contexte de concurrence entre les territoires. Les collectivités territoriales intègrent alors l'usage de l'emprunt dans un contexte de

¹ Notamment le CCAS qui est fréquemment déficitaire, ou encore les syndicats (SIVU/SIVOM) et l'EPCI.

² P. Valletoux, « Le maire, un financier pas comme les autres », *Pouvoirs*, 2014/1, n°148, p. 31-42.

³ Un arrêté du 16 décembre 2010 impose aux communes et EPCI d'intégrer l'investissement des partenariats publics-privés dans leurs dettes.

⁴ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 60.

⁵ R. Hertzog, « Les contrôles financiers », précité.

compétitivité entre elles (1). Outre cet impératif externe, l'emprunt est aussi utilisé dans un contexte de développement interne qui fait l'objet d'une coloration politique. Le financement de l'investissement relève d'un arbitrage politique dans lequel le recours à l'emprunt n'est pas neutre (2).

1) L'usage de l'emprunt dans un contexte de compétitivité entre les collectivités territoriales

La concurrence entre les territoires est un élément dynamique dont l'appréhension est complexe pour élaborer une stratégie de développement. Cette concurrence entre les collectivités est d'autant plus complexe qu'elles partagent des avantages comparatifs structurels (a). Il revient alors à la collectivité d'user de son autonomie pour dessiner une politique d'investissement qui lui permette d'augmenter son capital d'attractivité notamment par une gestion de la fiscalité locale par le recours à l'emprunt (b).

a) Des avantages comparatifs structurels partagés par toutes les collectivités territoriales

En économie, la théorie des avantages comparatifs élaboré par Ricardo repose sur l'idée que chaque pays doit se spécialiser dans un domaine de production précis afin de réduire les coûts de production et être compétitif vis-à-vis des autres pays. A leur manière, les collectivités territoriales bénéficient d'avantages comparatifs pour l'accès à l'emprunt qui constituent pour les prêteurs des garanties solides de remboursement. Ces garanties sont de deux ordres. D'une part, les collectivités bénéficient d'avantages comparatifs institutionnels et juridiques¹. Ainsi, les collectivités territoriales sont dotées d'une pérennité qui fait que même en cas de défaut de paiement, ce défaut ne sera que temporaire². Le fait que le remboursement des annuités de l'emprunt soit une dépense obligatoire assurée par des ressources définitives avec la possibilité de recourir au levier fiscal ajoute un gage de

¹ P. Girard, « L'analyse du risque "collectivité locale" », n°54 et suivant p. 916.

² « Des dettes d'un débiteur pérenne ne présentent pas de risque pour leurs créanciers » J-C Wathelet, « Budget, comptabilité et contrôle externe des collectivités territoriales – Essai prospectif », L'Harmattan, 2000, p. 78 cité dans P. Girard, « Analyse du risque "collectivité locale" », n°55.71 p. 940.

stabilité. Les situations de surendettement sont limitées grâce au principe d'équilibre et à l'obligation d'affecter l'emprunt à l'investissement. Dans l'hypothèse d'un défaut de paiement, l'Etat se substitue à la collectivité pour créer les ressources nécessaires¹. De même, l'information de la situation financière des collectivités est facilitée par la modernisation du cadre comptable local², le contrôle budgétaire des CRC et les réseaux d'alerte de la DGFIP³. Avec ces avantages structurels, les collectivités bénéficient d'une santé financière globalement bonne, ce qui confère un avantage comparatif d'ordre économique.

Tout comme elles partagent des avantages, les collectivités partagent le poids de plusieurs risques. Elles restent dépendantes de la situation économique générale qui influe sur leurs ressources totales et donc leur marge d'autonomie financière et de la situation économique locale à l'image d'une situation d'un chômage important au niveau local.

Grâce à ces avantages structurels, les collectivités territoriales pourront toujours investir en recourant à l'emprunt dont la liberté d'emprunter reste protégée vis-à-vis des prêteurs par ces garanties. Le contexte de concurrence entre les collectivités se superpose à la liberté d'emprunter et vient dicter partiellement son exercice. Avec cette concurrence, l'investissement local s'inscrit clairement dans une conception développementaliste comparée. Cette concurrence apparaît avec la mobilité des capitaux et des personnes. Cette concurrence est d'autant plus rude que les profils et les limites des collectivités territoriales sont quasi-similaires. C'est pour cette raison que l'investissement local va être conçu par la collectivité selon une stratégie reposant sur les avantages conjoncturels de la collectivité et l'autonomie de gestion, notamment avec l'élaboration de stratégies de différenciation des éléments d'attractivité entre les collectivités⁴. De cette façon, l'emprunt concourt à la réalisation de la libre administration tout en étant conditionné par elle.

¹ Conseil d'Etat, 18 novembre 2005, Société fermière campoloro, n°271898.

² Loi du 22 juin 1994 et ordonnance du 26 août 2005, P. Girard, « Analyse du risque "collectivité locale" », n°55.71 p. 940.

³ *Loc. cit.*

⁴ J-F. Thisse, T. Van Ypersele, « Métropoles et concurrence territoriale », Economie et statistique, 1999, n°326-327, p. 19-30.

b) La gestion de la fiscalité locale par le recours à l'emprunt

Dans le cadre de la concurrence entre les territoires, l'usage de l'emprunt permet de réguler les taux d'imposition. Avec l'emprunt comme variable d'ajustement, sa place tendra à augmenter ou réduire selon la politique fiscale menée par la collectivité. La conception de l'emprunt comme ressource complémentaire dans « *l'équation globale de l'équilibre budgétaire*¹ » devient alors justifiée. Comme il a été vu précédemment, la part d'autofinancement reste haute malgré la dégradation de ces dernières années. Au sein de cet autofinancement, la part des transferts de ressources de fonctionnement varie entre 40 et 60%, la moyenne étant à 50%². Or, parmi les ressources de fonctionnement, la part des recettes fiscale est importante (60%). Dans le contexte de concurrence entre les collectivités territoriales, l'impôt a une place centrale. L'objectif est alors de conserver les taux d'impositions les plus bas possibles par rapport à ses voisins afin de rester le plus attractif. L'emprunt devient alors nécessaire puisqu'une situation d'un financement assuré à 100% par les ressources de la collectivité devient ici contre-productif. Il revient à la collectivité de définir une politique d'investissement financée selon un équilibre périlleux entre l'emprunt et les ressources propres (et par voie de conséquences les ressources fiscales). Cette politique d'investissement doit permettre le maintien de taux d'imposition relativement bas sans atteindre une situation où la part de l'emprunt dans l'investissement serait tellement importante que cela reviendrait pour la collectivité à brader sa libre administration. En économie, la définition des taux d'imposition dans ce contexte concurrentiel relève d'une situation appelée l'équilibre de Nash. Il s'agit d'une conception de l'équilibre issue de la théorie des jeux. Selon cette théorie, la collectivité ne peut pas augmenter ses taux d'impositions sans perdre des ressources puisqu'elle perd en attractivité. Ainsi, dans le cadre de l'équilibre de Nash, l'emprunt local s'inscrit dans cette concurrence pour permettre aux collectivités de conserver des taux d'imposition concurrentiels³.

Dans le cadre de la concurrence entre territoires, l'investissement permet d'attirer de nouvelles entreprises et ménages (au sens économique). Dans la mesure où il s'agit d'un jeu

¹ P. Valletoux, « Le maire, un financier pas comme les autres », p. 36.

² OFL, « La situation financière des collectivités locales en 2014 », p. 35.

³ W P. Favardin, « La compétition entre collectivités locales », Revue économique, 1996, vol. 47, n°47, n°2, p. 367.

à somme nulle, cette captation de bases fiscales suppose qu'ils quittent une collectivité pour s'implanter dans une autre, ce que gagne l'un est perdu par un autre. La politique d'investissement va chercher à construire et faire prospérer un capital d'attractivité de la collectivité reposant sur la combinaison des ressources, dont l'emprunt. En revanche, la politique d'investissement ne doit pas se contenter d'une simple optimisation de la fiscalité mais doit également porter sur la construction de biens collectifs comme des infrastructures publiques. Comme le fait remarquer Favardin, « *dans une vision dynamique du processus, attirer une firme aujourd'hui, c'est surtout attirer plus facilement de nouvelles firmes demain : plus une commune dispose d'un parc de firmes important, plus sa base fiscale est large, et donc plus ses dépenses publiques d'infrastructures ou ses incitations fiscales sont attractives pour de nouvelles firmes cherchant à se localiser*¹ ».

Il y a alors un double aspect de la gestion de la dette locale dans cet ordre d'idée notamment dans sa réalisation avec la fiscalité locale. Le lien entre les deux est d'autant plus sensible que l'emprunt est relativement indolore alors que les impôts sont soumis à un fort effet d'affichage politique.

Des économistes ont recommandé aux collectivités de privilégier une stratégie d'investissement qui les différencie par rapport à leur concurrentes (ce qui permet de réduire les coûts de l'investissement et in fine la charge de la dette)². Une telle stratégie permet aux collectivités de construire des avantages comparatifs différents et d'échapper au moins partiellement à la concurrence fiscale. Mais, au contraire, il est observé un effet de mimétisme de l'investissement local³ qui tend à le rendre sous-productif puisqu'il entraîne de fortes dépenses avec une rentabilité qui n'est pas garantie⁴.

Cette situation de concurrence fiscale aboutit à une situation appelée en science économique « *le dilemme du prisonnier* »⁵. En cherchant à avoir les taux les plus bas, il en

¹ *Ibid.*, p. 380.

² J-F. Thisse, T. Van Ypersele, « Métropoles et concurrence territoriale », précité.

³ *Loc. cit.*

⁴ Comme les aéroports de Dôle et de Dijon dont l'utilité a été remise en cause par la cour des comptes dans le rapport annuel 2015 (Cour des comptes, « Un exemple d'investissement public mal planifiés : les aéroports de Dôle et Dijon », Rapport annuel 2015).

⁵ T. Madiès, « La concurrence fiscale entre collectivités territoriales : concurrence fiscale et externalités horizontales et verticales, une grille de lecture des comportements stratégiques entre collectivités territoriales », Regards croisés sur l'économie, 2007/1 n01, p. 220.

résulte une situation de sous-investissement puisque son financement n'est pas optimisé alors que les collectivités territoriales auront tout intérêt à augmenter leurs taux d'imposition pour avoir une offre plus large de biens collectifs. La situation est aggravée par les impositions partagées qui constituent une part importante des recettes de fonctionnement des collectivités territoriales¹.

L'Etat est conscient des problèmes macro-économiques engendrés par cette concurrence fiscale avec un sous-investissement des biens publics local². Pour ce faire, il encadre les taux des impositions locales par la loi³. Mais il ne s'agit que d'une solution à la marge, puisque l'émiettement communal favorise cette concurrence⁴. L'intégration au sein des EPCI parvient à freiner partiellement ce problème puisqu'il dispose de la possibilité de pouvoir fixer des taux unifiés pour certaines impositions, tout en créant un nouveau niveau de concurrence territoriale.

Il émerge ici clairement la réalité du lien entre l'emprunt et l'impôt dans la concurrence entre les collectivités territoriales. Le but étant d'attirer le plus de bases fiscales tout en gardant les taux les plus bas et une offre de biens collectifs attractifs. Ainsi, « *la richesse fait naître la richesse* »⁵, l'emprunt contribue à cette attraction. Dès lors, pour une collectivité, s'endetter aujourd'hui c'est s'enrichir demain.

2) L'emprunt comme moyen de financement politique de l'investissement

Grâce à l'autonomie de gestion et notamment la liberté de dépenser, la collectivité territoriale détermine librement les ressources affectées à l'investissement. Par cette liberté de choix, un arbitrage, nécessairement politique en raison de la démocratie locale, est réalisé. Ainsi, l'emprunt n'est pas nécessairement synonyme de mauvaise gestion mais concourt à la répartition des charges en adéquation avec l'égalité de l'impôt (a). En revanche, il existe toute une réalité d'un usage de l'emprunt manipulé à des fins politiques (b) ce qui

¹ *Loc. cit.*

² J-F. Thisse, T. Van Ypersele, « Métropoles et concurrence territoriale », p. 27.

³ Article 72-2 de la Constitution, il s'agit ici des conditions posées par la loi.

⁴ J-F. Thisse, T. Van Ypersele, *op. cit.*, p. 28.

⁵ V. Dussart, « Les difficultés de financement des investissements des collectivités territoriales », p. 48.

n'est pas nécessairement compatible avec la libre administration de la collectivité territoriale.

a) Une répartition des charges en adéquation avec l'égalité devant l'impôt

La nature singulière de l'emprunt rend sa compatibilité avec la démocratie locale relativement complexe. Dans plusieurs conceptions, l'emprunt est vu comme un « *impôt différé*¹ ». Effectivement, la première année, l'emprunt est une ressource qui se transforme en charge par la suite devant être financé par des ressources définitives. Sur le plan comptable et budgétaire, l'assimilation de l'emprunt à un impôt est techniquement fautive puisqu'il s'agirait alors de dépenses de fonctionnement différées. Toutefois, le rapprochement entre les deux notions reste pertinent. L'impôt est pourvu d'une forte nature démocratique, du moment qu'il fait l'objet d'une délibération par les représentants du peuple. En d'autres termes, l'impôt est démocratique du moment que le principe de son consentement par les représentants des électeurs a été respecté. L'autonomie fiscale des collectivités territoriales lui permet de moduler les taux d'impositions à travers les délibérations de l'assemblée délibérante et constitue même une fonction politique extrêmement forte et ancienne². Sa reconnaissance à l'article 72-2 de la Constitution lui donne en réalité simplement un fondement juridique. De même, la liberté de dépenser permet de réaliser les souhaits de besoins collectifs des électeurs de la collectivité grâce aux ressources dont elle dispose. La conséquence du principe de consentement à l'impôt est l'égalité devant l'impôt qui permet de faire répartir les charges publiques de façon équitable entre les contribuables. Dans ce cadre, l'emprunt concourt à l'égalité devant l'impôt dans une conception temporelle dynamique du principe. En effet, le financement d'investissement important ayant une longue durée de vie, comme les réseaux, par le recours à l'emprunt permet de faire participer les générations futures qui useront également du bien collectif.

Dans cet ordre d'idée, le recours à l'emprunt correspond à une autre façon de voir l'égalité devant l'impôt. Mais, cette conception de l'égalité devant l'impôt contrevient alors

¹ V. Dussart, *op. cit.*, p. 47.

² R. Hertzog, « L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », p. 551.

partiellement au principe de consentement à l'impôt puisque les générations futures ne disposent pas d'une représentation à l'assemblée délibérante. L'emprunt permet alors de réaliser une démocratisation de l'investissement selon les générations sans que cela ne fasse l'objet d'un contrôle puisque l'égalité devant l'impôt a une vision figée dans le temps. L'incompatibilité démocratique de long terme de l'emprunt devient donc problématique pour le principe de consentement à l'impôt puisque celui-ci est présumé pour les générations futures sans aucune possibilité de le contester. En poussant la logique à son extrême, la génération suivante usera à son tour de l'emprunt pour pouvoir investir parce que ses ressources sont grevées par les emprunts conclus auparavant.

La compatibilité de l'emprunt avec la démocratie locale est donc ambivalente. Les avantages pratiques de l'emprunt font que celui-ci demeurera, quand bien même une quelconque incompatibilité profonde avec la démocratie serait démontrée. Mais la participation forcée des générations futures, quelque soient les raisons, revient également à engager la libre administration de ces générations pour permettre la réalisation des investissements d'aujourd'hui.

b) La manipulation politique critiquable de l'emprunt

L'emprunt n'est pas usé uniquement à des fins de politiques de développement dans un contexte de concurrence entre les collectivités territoriales. Le recours à l'emprunt à des fins politiques reste marqué. L'étude des taux d'imposition et du recours à l'emprunt permet d'identifier des cycles financiers réglés par les élections locales¹. Le recours à l'emprunt est plus marqué en fin de mandat pour pallier la baisse des impositions locales. Dès son ouvrage, « De la démocratie en Amérique », Tocqueville a démontré que le système démocratique favorise à la fois la baisse de dépense et la baisse des impôts. Selon lui, si les impôts baissent dans une démocratie c'est que parce que « *le gouvernement de la démocratie est le seul où celui qui vote l'impôt puisse échapper à l'obligation de le payer*² » dans la mesure où celui qui vote est aussi celui qui décide. Et alors que les impôts connaissent une baisse, Tocqueville dresse le constat selon lequel « *quand, au contraire la puissance publique est entre les mains*

¹ V. Dussart, *op. cit.*, p. 47.

² A. De Tocqueville, « De la démocratie en Amérique », 1835, tome 1, rééd. Garnier-Flammarion, Paris, 1981, p.299.

du peuple, le souverain cherche partout le mieux parce qu'il se sent mal. L'esprit d'amélioration s'étend alors à mille objets divers, il descend à des détails infinis, et surtout il s'applique à des espèces d'amélioration qu'on ne saurait obtenir qu'en payant¹ ». Ainsi, l'impôt, l'emprunt et plus globalement toutes les sources de recette sont usés dans une stratégie électorale pour « persuader » les électeurs. Comme le fait remarquer M. Leroy, « les élites utilisent les dépenses corporatistes et les privilèges fiscaux pour se maintenir au pouvoir. Dans Le traité de sociologie générale, Pareto soutient que la circulation des élites ne change pas ce clientélisme, la démocratie maniant la ruse idéologique (« dérivations ») pour justifier la taxation »².

La manipulation politique de l'emprunt n'est pas nécessairement un problème en revanche. Dans la mesure où les élus représentent leurs électeurs, le choix de l'emprunt comme moyen de financement n'a guère d'importance, leur décision reste par nature politique et s'inscrit dans la sphère d'autonomie garantie aux collectivités par la libre administration. En revanche, la manipulation des flous et autres silences dans les textes juridiques, comme l'affectation de l'emprunt aux investissements en raison de l'effet d'affichage politique³, est critiquable. De même, bien que cela soit difficilement plus décelable et relève de la catégorie de la libre administration et du choix discrétionnaire, la préférence pour le personnel politique d'investir dans de nouvelles infrastructures plutôt que de rénover ou d'améliorer les biens collectifs⁴ existant est tout aussi critiquable. Le recours à l'emprunt pour maîtriser la fiscalité dans le cadre de la stratégie électorale concourt au mimétisme fiscal constaté dans la concurrence entre les collectivités. En comparant les élections locales à un marché, les électeurs comparent la politique fiscale mise en place par leur collectivité par rapport aux collectivités périphériques⁵. Ce phénomène limite les fortes disparités entre les niveaux d'impositions.

L'emprunt, par sa manipulation, permet de faire émerger une potentielle dissemblance entre la libre administration et la démocratie. La libre administration permet à la collectivité de disposer d'une sphère d'autodétermination avec pas ou peu de contrôle. La

¹ *Loc. cit.*

² M. Leroy, « Crise des financements, crise des systèmes fiscaux : une analyse de sociologie financière », RFAP, 2012/4, n°144, p. 1033-1034.

³ R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? », précité.

⁴ *Ibid.*, p. 373.

⁵ T. Madiès, « La concurrence fiscale entre collectivités... », p. 221.

démocratie permet à ce que les décisions soient adoptées suite à un choix fait par les électeurs, de façon directe ou indirecte. La démocratie nécessite donc que la collectivité soit dotée de compétences effectives. En ouvrant un champ dans lequel la démocratie locale agit librement, la libre administration en devient le complément naturel. Mais l'usage de l'emprunt par le personnel politique grâce à la libre administration, fait que la démocratie peut devenir un obstacle pour l'autonomie locale. L'emprunt local utilisé dans le cadre d'une stratégie électoraliste permet alors le présent au prix du futur. Dans le cadre des collectivités territoriales, la libre administration doit donc être distinguée en deux temps : un temps proche où la libre administration et la démocratie locale concordent parfaitement et où l'un correspond pleinement avec l'autre, et un temps plus long où les deux sont distincts. Dans ce dernier cas, la volonté générale, qui est l'élément politique ne concorde pas avec la libre administration qui est l'élément juridique. Ainsi, dans la mesure où l'article 72 de la Constitution identifie dans son troisième alinéa à la fois la collectivité et l'assemblée délibérante comme titulaire de la libre administration. Si les communes, départements et régions s'administrent librement, c'est par la voie de leurs assemblées délibérantes. Toutefois, la libre administration ne serait pas attribuée à la collectivité en tant que telle mais au groupement qui se trouve derrière elle, ce qui est particulièrement vrai pour les communes¹.

Section II : L'assouplissement des contraintes financières grâce au recours à l'emprunt

Face à l'augmentation de l'emprunt, les collectivités ont cherché à réduire les coûts de celui-ci et, plus globalement, elles ont mis en place des pratiques permettant de réduire la charge financière de la dette. De cette manière, les collectivités territoriales ont trouvé des sources de prêt différentes des banques. De plus, elles ont renouvelé à la fin des années 1980 l'usage de l'emprunt en s'en servant comme moyen de fonctionnement régulier, les collectivités territoriales ont développé le recours à un emprunt alternatif (A) différent dans sa source ou son usage que l'emprunt classique contracté auprès d'une banque. Par ailleurs,

¹ L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », Cahiers du Conseil Constitutionnel, mai 2002 n°12.

les collectivités ont fait émerger une gestion de la dette et notamment des emprunts classiques qui en fait une charge vivante pouvant être modulée selon ses besoins. Cette pratique s'est étendue progressivement à tel point que la gestion active de la dette est devenue un impératif moderniste (B).

A) Le développement du recours à l'emprunt alternatif

En raison des problèmes liés aux emprunts bancaires, les collectivités territoriales commencent à chercher des sources de prêts sécurisées. Elles se tournent de plus en plus vers un financement assuré directement sur les marchés financiers qui leur permet une indépendance par rapport à leurs prêteurs qu'elles n'ont pas vis-à-vis d'une banque. Cette évolution est semée d'obstacles, ce qui fait que l'accès des collectivités à l'emprunt obligataire reste complexe (1). Malgré cette recherche d'un emprunt à meilleur prix et plus protecteur de leur autonomie, les collectivités, à partir d'une certaine taille, ont intégré l'emprunt comme pouvant non seulement les aider à investir mais aussi à assurer leur fonctionnement quotidien. Bien que cela soit sujet à critique, le contournement des règles budgétaires par le recours aux emprunts à court terme (2) est devenu progressivement incontournable.

1) L'accès complexe des collectivités territoriales à l'emprunt obligataire

L'accès des collectivités aux marchés financiers est loin d'être une nouveauté et se pratiquait déjà en 1946¹. Mais il a toujours été préféré à l'emprunt intermédié. Cette préférence n'est pas la seule raison de cette part si faible de l'emprunt obligataire dans l'emprunt local. Le coût et la complexité font que l'accès aux marchés financiers a longtemps été réservé de facto aux collectivités importantes (a). Avec la crise, l'attractivité des marchés financiers s'est accrue et désormais les collectivités élaborent des stratégies pour pouvoir contourner ces difficultés en mutualisant leurs demandes de capitaux afin de

¹ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », n°39 p. 400.

résoudre le problème de l'accessibilité sélective des marchés financiers (b).

a) L'accès aux marchés financiers réservé de facto aux collectivités importantes

97% de l'emprunt local est accordé par les banques. Seulement 3% est issu du financement désintermédié où la collectivité va chercher directement sur les marchés financiers le capital¹. En se passant d'intermédiaires, la collectivité bénéficie de conditions d'emprunts plus favorables et d'un surcroît d'autonomie en raison de l'atomicité de ses prêteurs.

La proportion faible de financement désintermédié malgré ses avantages s'explique au regard de la lourdeur de la procédure et surtout de son coût. Avec la libéralisation de l'emprunt, les collectivités ont pu envisager d'aller se financer directement auprès des épargnants. En 2009, les émissions obligataires des collectivités territoriales ne se sont élevées à une centaine de millions d'euros². Toutefois, le recours à l'emprunt désintermédié tend à augmenter, en 2011 les emprunts issus des marchés financiers représentaient 8% du montant total des emprunts conclus cette année³. Les collectivités territoriales peuvent se tourner vers le marché domestique, ou encore innover avec méthodes inédites comme le recours au *crowdfunding*⁴.

A la fin 2007, 30 collectivités territoriales et EPCI se trouvaient en position d'émettre sur les marchés financiers. Ils disposaient tous de notes AAA ou AA, soient les deux meilleurs qui soient⁵. En 2012, le nombre d'acteurs publics locaux était descendu à une quinzaine d'émetteurs avec des notes dégradées⁶. Toutefois, le nombre d'acteurs a commencé à croître puisque en 2012, environ 40 procédures pour pouvoir émettre sur les marchés ont été

¹ Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2014 ».

² E. Portal, « Quelle autonomie de gestion de la dette locale à long terme ? Eléments d'analyse comparée en Europe », p. 23.

³ « La démocratisation de l'emprunt obligataire », La Gazette des Communes, 20 novembre 2012.

⁴ Il s'agit d'un financement participatif généralement via des plates-formes numériques. C'est ainsi ce qui s'est passé avec une commune de Yèbles en Seine-et-Marne pour la reconstruction de l'école (C. Demunck, « Money, Money, Money », AJCT, 2014, p. 569).

⁵ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », n°51.54 p. 884.

⁶ La baisse de la notation est principalement due à une pratique répandue consistant à ne pas noter une collectivité territoriale au-dessus de celle de son Etat (V. Montmaur, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », p. 71).

débutées par des collectivités¹. Malgré cela, la procédure reste largement discriminante. Ainsi, bien qu'elle ne soit pas obligatoire, la notation est largement répandue dans la pratique². Or, elle reste chère, son coût étant de 20 à 25 000 euros par an avec parfois un faible pourcentage de l'émission qui lui est reversé³. La complexité de l'information et de la procédure nécessite pour la collectivité de s'adjoindre l'aide d'un conseiller spécialisé en matière bancaire et financière⁴. De même, la collectivité doit mener une opération de communication aux frais généralement élevés, et le faible nombre d'émissions obligataires empêche une véritable visibilité des collectivités les obligeant à devoir réaliser pratiquement à chaque fois l'opération de communication⁵. L'accès aux marchés nécessite en lui-même une dépense (un ticket) de l'ordre de 20 à 25 millions d'euros par émetteur⁶. Une fois l'émission réalisée, la gestion nécessite la conclusion de plusieurs contrats le temps de la durée de vie des obligations⁷ et nécessite pour la collectivité de maintenir une implication constante. La collectivité est confrontée à un obstacle de taille, celui de l'éclatement de ses prêteurs, ce qui lui empêche de renégocier sa dette, hormis peut-être avec les plus gros prêteurs⁸. Ainsi, la collectivité doit rembourser son emprunt à l'échéance du contrat. Par conséquent, le remboursement se fait donc en une fois et exige et suppose un mouvement de trésorerie important⁹. Par ailleurs, la rareté des émissions obligataires constitue un frein pour les investisseurs puisque cela limite leurs chances de pouvoir revendre leurs obligations.

La discrimination de l'emprunt obligataire se justifie au regard du coût de l'opération et de sa complexité qui se poursuit après l'émission. Le recours aux marchés financiers suppose pour les collectivités que l'émission soit d'un montant suffisant pour la rentabiliser au regard des coûts de l'opération. De ce fait, l'emprunt désintermédié ne convient qu'aux projets d'investissement d'une taille conséquente.

¹ « La démocratisation de l'emprunt obligataire », La Gazette des Communes, 20 novembre 2012.

² V. Montmaur, *op. cit.*, p. 68.

³ « La démocratisation de l'emprunt obligataire », La Gazette des Communes, 20 novembre 2012.

⁴ *Loc. cit.*

⁵ *Loc. cit.*

⁶ E. Portal, *op. cit.*, p. 28.

⁷ Notamment un contrat de crédit de trésorerie en début d'émissions dalloz action.

⁸ La collectivité ne peut donc rembourser les titres de créances de façon anticipée.

⁹ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », n°51.50 et s., p. 882.

b) La mutualisation des demandes de capitaux comme solution à l'accessibilité sélective des marchés financiers

Les collectivités territoriales françaises se démarquent de leurs collègues européennes. Ainsi, les émissions obligataires des collectivités françaises représentent moins de 1% du montant total émis par les entités fédérales, régionales et collectivités territoriales européennes¹. Le coût actuel des emprunts et le poids de la dette font que les collectivités cherchent à limiter le plus possible les dépenses liées aux emprunts en se tournant vers les marchés financiers en dépit des difficultés. Les taux d'intérêts sont plus bas sur les marchés financiers que les taux bancaires (1 à 2 points de moins). Par ailleurs, les marchés financiers permettent aux collectivités de pouvoir accéder à tous les produits financiers dont elles ont besoin puisqu'elles peuvent émettre depuis 2001. En effet, la loi sur les nouvelles régulations économiques a permis aux collectivités d'émettre sur les marchés des TCN², des titres de créance négociables. Il s'agit d'un instrument financier faisant l'objet de tractations sur le marché et qui formalise un droit de créance pour son porteur. Via les TCN, la collectivité peut émettre des bons à moyen terme négociables, il s'agit d'emprunts budgétaires ayant une durée minimale d'un an et un jour, et des billets de trésorerie, dont la durée de vie se situe entre un an et un jour.

La solution des obstacles aux marchés financiers consiste en une mutualisation des besoins de financement des collectivités. Ainsi, une émission mutualisée a été réalisée en octobre 2012 au sein de l'association des communautés urbaines de France³. Une quarantaine de collectivités de toutes catégories ont émis ensemble des titres de créance. Le problème qui a été rencontré c'est que la responsabilité des emprunteurs était individualisée et par conséquent les prêteurs se sont concentrées sur les collectivités ayant les notes les plus faibles pour baser leur analyse ce qui a eu pour conséquence d'augmenter les taux d'intérêt. Néanmoins, cette émission a permis aux collectivités de lever 610 millions d'euros à des conditions certes supérieures au marché bancaire⁴. Il s'agit d'une démonstration de

¹ Le montant total des émissions obligataires des collectivités locales européennes en 2009 était d'une centaine de milliards de dollars (E. Portal, *op. cit.*, p. 27).

² Loi NRE n°2001-420 du 15 mai 2001 qui est venu modifier l'article L 213-3 du CMF.

³ Le 19 octobre 2012 pour être précis (« La démocratisation de l'emprunt obligataire », La Gazette des Communes, 20 novembre 2012).

⁴ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p.84.

l'efficacité d'un véhicule de financement public local se fournissant sur les marchés financiers.

Un tel véhicule de financement a été mis en place en octobre 2014 avec la création de l'Agence France Locale qui a été autorisée par la loi de séparation et de régulation des activités bancaires¹. Cette agence est une structure publique divisée en deux : d'une part AFL-société territoriale en charge du pilotage stratégique dont le capital est exclusivement détenu par des collectivités territoriales et EPCI et qui siègent au conseil d'administration et d'autre part AFL-société opérationnelle qui agit sur les marchés². L'agence repose sur un système de responsabilité solidaire même si les collectivités ne seront tenues qu'à hauteur de leur dette. Les collectivités territoriales doivent payer un ticket d'entrée proportionnel à leur besoin de financement. L'AFL permettra aux collectivités territoriales d'avoir une source de financement à l'image des banques avec des conditions plus avantageuses.

Le financement par une agence se fournissant auprès des marchés financiers existe dans de nombreux pays européens. La Scandinavie (Finlande, Danemark, Norvège et Suède) a un secteur local disposant dans chaque Etat d'une agence comme l'AFL³. Ce schéma est extrêmement compétitif puisque ce véhicule de financement consiste en une structure légère générant peu de coûts avec des marges faibles en raison de l'absence d'actionnaires⁴. De plus, cette structure n'a aucun lien avec l'Etat.

L'AFL est une proposition portée depuis 2008⁵. La Cour des comptes en 2011 se prononçait en faveur d'une telle structure. Mais l'adoption a traîné en longueur en raison de longues négociations entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il a tenu à n'avoir aucun lien avec l'agence de financement, ce qu'il précise à l'article L 1611-3-2 du CGCT, « *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* ».

¹ Article L 1611-3-2 du CGCT.

² S. Dordevic, « L'encadrement des conditions d'emprunts », RLCT, septembre 2013, n°93, p. 18.

³ E. Portal, *op. cit.*, p.28.

⁴ *Loc.cit.*

⁵ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 87.

2) Le contournement des règles budgétaires par le recours aux emprunts à court terme

La gestion de la collectivité au quotidien est complexe, d'autant plus que les rentrées des recettes ne correspondent pas au calendrier des dépenses. Comme l'Etat, elles ont introduit l'emprunt à court terme afin de lisser l'image sinusoïdale de leur compte. Désormais, l'usage de l'emprunt de court terme est affiché dans une optique d'optimisation de la trésorerie (a), ce qui concourt à une banalisation de l'emprunt à court terme comme ressource ordinaire (b).

Page | 91

a) L'usage affiché des emprunts de court terme dans l'optique d'une optimisation de la trésorerie

Dès la fin de la tutelle, les modalités d'emprunt proposées aux collectivités territoriales se sont fortement diversifiées. Dès 1982, la CDC a commencé à proposer des produits, les avances de trésorerie et les ouvertures de crédit, pour financer des besoins de trésorerie avec des prêts de court terme¹. L'Etat s'est trouvé dans l'incapacité d'interdire les emprunts de court terme. Bien qu'un instrument similaire existe puisque depuis bien longtemps le Trésor public peut verser des avances aux collectivités territoriales², celui-ci s'est avéré inadapté. En effet, ces avances du Trésor public sont marquées par une lourdeur de la procédure puisqu'il faut l'autorisation préalable du ministre en charge du Budget. Ce passage par les hautes autorités de l'Etat s'est avéré être en inadéquation avec une gestion de trésorerie en flux-tendu. Au surplus, face aux besoins de trésorerie de toutes les collectivités, il est douteux que l'Etat puisse satisfaire à toutes leurs demandes d'avances, d'autant plus qu'il rencontre le même problème lui-même. C'est pourquoi les collectivités territoriales se sont tournées vers les banques qui leur ont proposé des solutions de trésorerie dans des délais extrêmement rapides.

Ces emprunts de court terme, appelés crédits de trésorerie, ont pour raison d'être la résolution de problèmes de trésorerie. A l'image de l'Etat, les collectivités d'une certaine

¹ L. Balmond, M. Paillet, "L'emprunt local", p. 461.

² Article L 1618-2 du CGCT.

ampleur sont confrontées à des échéances de paiement divers fréquentes sans nécessairement avoir les ressources dans leur trésorerie pour pouvoir honorer leurs engagements. La conséquence en est que les collectivités se trouvent dans une situation de déficit temporaire quasi-constant. Le recours aux crédits de trésorerie permet de fluidifier la gestion de la trésorerie locale en lissant les rentrées de fond avec leurs sorties du compte.

La différence entre les crédits de trésorerie avec les emprunts classiques, c'est-à-dire de nature budgétaire, c'est que les premiers ne constituent pas une ressource budgétaire¹. Elles constituent une ressource financière par nature temporaire avec une durée de vie extrêmement courte (moins d'un an correspondant au cadre budgétaire).

Cette gestion du trésor en flux-tendu est rendu compliquée avec le principe de l'unité de caisse pour toutes les personnes publiques. En vertu de ce principe, les personnes publiques doivent déposer tous leurs fonds disponibles au Trésor public. Cette obligation a été créée dans un premier temps par un décret impérial du 25 février 1811 puis a été repris à de nombreuses reprises. Actuellement, il figure à l'article 26 de la LOLF. La contrainte principale résultant de cette obligation c'est que les fonds ainsi déposés ne génèrent aucun profit. Pour l'emprunt cela veut dire qu'en étant non-utilisé, il génère des dépenses non amorties par l'investissement qu'il pourrait financer. Les collectivités se sont adaptées à cette contrainte en faisant émerger ces dernières années le concept d'une gestion de trésorerie optimisée appelée la « trésorerie-zéro ». La trésorerie-zéro consiste pour la collectivité à avoir le moins de fonds sur son compte au Trésor public. Comme le souligne la Cour des comptes, l'intérêt de la trésorerie-zéro c'est « *aussi de bonne gestion financière d'utiliser ses ressources excédentaires pour se désendetter et ainsi limiter, autant que possible, les dépôts non rémunérés* »². La trésorerie-zéro repose principalement sur l'utilisation de crédits de trésorerie. Cette gestion repose sur deux éléments financiers : soit la collectivité émet des billets de trésorerie sur les marchés financiers, soit elle recourt aux banques en contractant un crédit de trésorerie. Les banques proposent généralement deux types de crédits de trésorerie. Il s'agit soit d'avances de trésorerie qui servent à financer un besoin ponctuel et certain de trésorerie, ce qui nécessite de connaître à l'avance le besoin de trésorerie. L'autre catégorie de crédits de trésorerie sont les lignes de trésorerie. Leur utilisation est plus souple

¹ Circulaire conjointe Intérieur-Finances du 22 février 1989.

² Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p.27.

puisqu'ils sont conçus pour faire face à des dépenses incertaines. Conformément à la trésorerie-zéro, il ne s'agit pas d'un montant de crédit figé sur le compte de la collectivité, mais de la mise à sa disposition par la banque d'un droit de tirage pour une somme donnée auprès du prêteur. Le droit de tirage permet des transferts rapides de fonds entre la banque et la collectivité. La créance de la collectivité s'éteint une fois que tous les crédits ont été consommés. En somme, il s'agit d'un « *concours financier à court terme ayant pour finalité d'optimiser la gestion de trésorerie* »¹.

La trésorerie-zéro reste un objectif et les faits démontrent une réalité bien loin de cette optimisation. Par exemple, il restait sur les caisses du Trésor public entre 15 et 20 milliards par mois en 2013 selon la DGFIP uniquement pour les comptes des communes². De plus, en raison du principe d'ordonnateur et du comptable, la trésorerie-zéro nécessite une étroite collaboration entre la collectivité et son comptable. Loin d'être impossible, cela suppose de la part de la collectivité une connaissance parfaite de ses besoins de trésorerie et de leurs échéances. La trésorerie-zéro n'est donc pas ouverte à toutes les collectivités, notamment pour les petites communes où les tâches financières sont gérées par le maire³.

b) La banalisation de l'emprunt à court terme comme ressource ordinaire

Pendant longtemps, l'Etat a interdit les crédits de trésorerie, craignant que par leur utilisation, les collectivités territoriales feraient émerger petit à petit une dette locale flottante. De plus l'utilisation systématique a fait craindre à l'Etat que « *l'emprunt à court terme risque d'être utilisé comme moyen de financement ordinaire d'un déficit budgétaire chronique* »⁴.

Avec la libéralisation du recours à l'emprunt, les collectivités et leurs prêteurs ont pu élaborer des formules d'emprunt contournant les contraintes initiales posées par l'Etat. Ce dernier a admis la généralisation de cette pratique avec la circulaire conjointe intérieur-finances du 22 février 1989. Après la réaffirmation du principe d'unité de caisse avec la LOLF,

¹ L. Levoyer, « Emprunts locaux », n°41 p. 14.

² P. Valletoux, « Le maire un financier pas comme les autres », p. 37.

³ *Loc. cit.*

⁴ L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », n°34 p 401.

l'Etat a confirmé que le recours aux crédits de trésorerie était conforme avec l'obligation d'unité de caisse¹. L'Etat est conscient que les crédits de trésorerie sont désormais nécessaires étant donné l'augmentation des dépenses des collectivités territoriales.

Il en découle une banalisation de la ressource des emprunts de court terme. Etant employé pour satisfaire des besoins de finance parfois quotidiens et de natures variées, les crédits de trésorerie permettent de mettre de « l'huile dans les rouages ». Ce faisant, ils participent pleinement au financement normal de la collectivité et malgré la faiblesse du cadre normatif, ces ressources sont devenues incontournables, il s'agit bien de la preuve qu'en la matière « la nécessité a fait loi ».

L'Etat a cherché à s'adapter aux difficultés que posent les crédits de trésorerie. Dès sa circulaire de 1989, il a adapté le contrôle de légalité en le faisant porter sur trois points : la délibération délégrant la compétence à l'exécutif, que la délibération détaille le type de crédit en question dans la délégation et enfin que le contrat de prêt corresponde aux critères de la délibération et vise « *à faciliter l'exécution du budget en palliant une insuffisance temporaire de liquidité ou en réduisant les frais financiers qui seraient liés à une mobilisation précoce des emprunts*² ». Le problème du crédit de trésorerie est sa rapidité. Celui-ci empêche un contrôle préalable par l'assemblée délibérante qui signe en quelque sorte un « blanc-seing » et ne pourra s'assurer de son respect qu'au moment du vote du compte administratif.

Grâce à la liberté d'emprunter, la collectivité a pu moduler les caractéristiques du contrat d'emprunt. Il en a émergé des emprunts de plus en plus complexes mêlant parfois crédits de trésorerie et emprunt budgétaire, les lignes de trésorerie optimisées qui sont apparues dans années 1990³. La distinction entre les deux types d'emprunt commence à devenir floue, d'autant plus que l'emprunt classique est depuis longtemps globalisé et n'est pas affecté à une opération particulière d'investissement, ce qui facilite la confusion.

¹ Circulaire du 22 septembre 2004

² L. Levoyer, « Emprunts locaux », n°31 p. 12.

³ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 74.

B) L'impératif moderniste d'une gestion active de la dette

La liberté contractuelle permise par la liberté d'emprunter permet aux collectivités territoriales de négocier les modalités de remboursement de leur dette avec la banque créancière. La gestion active de la dette est devenue une possibilité permettant de ménager à la collectivité débitrice une marge de libre administration. Mais si l'allègement du poids de la dette par la renégociation du contrat d'emprunt (1) est l'objectif, la réalité démontre une manipulation limitée de la dette locale (2).

Page | 95

1) L'allègement du poids de la dette permis par la renégociation du contrat d'emprunt

La gestion active de la dette par la collectivité lui permet d'éviter de « subir » la loi du prêteur en lui ouvrant la possibilité de s'adapter continuellement à sa situation financière (a). Toutefois, la théorie de la gestion active de la dette impose à la collectivité territoriale de ne pas intégrer uniquement sa situation financière mais le contexte économique global comme le montre la possibilité de renégociation limitée par la conjoncture économique (b).

a) La possibilité d'une adaptation continue de la dette à la situation financière de la collectivité territoriale

La gestion de la dette locale a connu une rupture dans les années 1980. Avec la tutelle de l'Etat sur les collectivités et sur les prêteurs, la gestion de la dette était extrêmement rigoureuse¹. L'emprunt était calculé sur la durée de vie de l'investissement avec des taux fixes permettant une prévisibilité budgétaire². Progressivement, à partir de la moitié des années 1980, des opérations de gestion active de la dette sont apparues et prennent une ampleur importante à la fin des années 1980 et dans les années 1990³. La gestion active consiste simplement en la renégociation des caractéristiques de l'emprunt

¹ P. Valletoux, « Le maire un financier pas comme les autres », précité.

² D. Hoorens, « L'investissement des collectivités locales et son financement », précité.

³ E. Portal, « Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », précité.

prévues par le contrat afin que la collectivité minimise son exposition aux risques ou la charge financière de l'emprunt. La gestion active de la dette métamorphose l'emprunt puisque sa charge peut être allégée ou optimisée. « *La dette est finalement "une matière budgétaire vivante" sur laquelle il est possible d'agir en permanence afin de lui faire conserver son caractère de levier de l'investissement* »¹. La gestion active de la dette permet à la collectivité de s'aménager et dégager des marges pour sa politique d'investissement et nécessite d'être intégrée dans le cadre plus large d'une stratégie financière globale.

Dans le cadre de la renégociation de la dette, plusieurs facultés s'ouvrent aux collectivités. Elles peuvent choisir de rembourser leur dette de façon anticipée², ce qui impliquera le paiement d'une soulte, c'est-à-dire une indemnisation. Les collectivités peuvent également lisser les échéances de remboursement pour éviter un cumul de remboursements ce qui serait financièrement contraignant sur une période donnée. Grâce à la renégociation, la collectivité peut également intervenir sur le contrat même par un compactage d'emprunt. Cette opération nécessite une autorisation par l'assemblée délibérante et consiste en un regroupement dans un contrat de plusieurs emprunts. La collectivité peut recourir à un contrat de *swap* qui échange les taux d'intérêt sans modifier le reste des caractéristiques de l'emprunt.

La gestion active permet d'atteindre trois objectifs³. Le premier est financier, en ce qu'il cherche à parvenir à financer tout en limitant le coût réel de la dette en modulant la dette selon l'amortissement⁴ de celle-ci ou au recours à des investissements innovants grâce à l'ingénierie financière. Le deuxième objectif est budgétaire, pour accélérer le désendettement, améliorer la solvabilité et *in fine* dégager des marges de manœuvres budgétaires). Le dernier objectif est comptable, afin de simplifier la gestion quotidienne de la dette. La gestion active suppose une élasticité de la dette permise par la liberté d'emprunter et la nature juridique du contrat d'emprunt.

La multitude d'outils permettent à la collectivité d'adapter sa dette selon sa politique financière et des opportunités économiques (en profitant de la baisse des taux d'intérêt). Le

¹ P. Girard, « Gestion dynamique des financements des collectivités locales », p. 902.

² Hypothèse encadrée par la circulaire n° NOR/INT/B/92/00212/C du 6 août 1992 relative au remboursement anticipé des emprunts des collectivités locales et de leurs établissements publics qui rappelle que la collectivité ne peut rembourser par une décision unilatérale.

³ P. Girard, « Gestion dynamique des financements des collectivités locales », p. 903.

⁴ L'amortissement de l'emprunt consiste en la part du capital de l'emprunt qui est remboursé chaque année.

concept même de la gestion active reposerait également sur la recherche pour les collectivités de réduire leurs coûts financiers résultant de l'emprunt¹. Grâce à la gestion active, la liberté d'emprunter se poursuit tout au long de la vie de l'emprunt grâce aux facultés ouvertes par la liberté contractuelle. De cette façon, la libre administration est ménagée par la renégociation des emprunts.

b) Les possibilités de renégociation limitées par la conjoncture économique

Avec la crise économique, les banques ont fortement restreint les possibilités de renégociation de la dette. Par conséquent, la gestion active s'est limitée depuis au remboursement anticipé en devant payer un surplus des indemnités plus ou moins importantes.

Ce frein des banques à la renégociation des contrats s'explique en raison de leur volonté de sécuriser leurs investissements. Les obligations de renforcement des fonds propres avec les nouveaux ratios de Bâle III contribuent fortement à ralentir le phénomène². Par ailleurs, le renforcement des contraintes juridiques a limité les possibilités innovations financières auxquelles les collectivités peuvent recourir afin de réaménager leurs dettes.

Les banques ne sont pas les seules à éviter la renégociation de leur dette. La crise a révélé la « manipulation » des collectivités territoriales par les banques et a porté un coup à la confiance dans les relations³. Les emprunts toxiques constituent un exemple illustratif de la dégradation des relations. Les banques ont rendu la renégociation compliquée parce que d'une part, elles n'ont plus la maîtrise de la créance. En effet, dans le cas des emprunts les plus exposés au risque, nombre de banques ont revendu une partie de l'emprunt (les options) à une banque tierce⁴. En plus de cette perte de contrôle, la banque tierce exige de la part de la banque des appels de marge pour couvrir la dégradation de sa position liée à sa

¹ D. Hoorens, « L'investissement des collectivités locales et son financement », p. 8 : « *la vague actuelle est la recherche de l'optimisation des frais financiers tout en encadrant le niveau de risque* ».

² P. Le Gand, « Crise financière et ressources des collectivités territoriales », précité.

³ M. Lhérieau, « Questions à Mathieu LHERITEAU DGS de la ville d'Asnières-sur-Seine », RLCT, octobre 2012 n°83, p. 56.

⁴ M. Klopfer, « Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », p. 54.

créance¹.

La crise économique démontre les limites conjoncturelles à la gestion active de la dette. La renégociation des contrats d'emprunt pour s'aménager une marge de manœuvre de libre administration n'est finalement possible qu'en temps de croissance et de prospérité économique. De même, la gestion active nécessite surtout d'être menée de façon conjointe avec le créancier de la collectivité. Il ne peut pas y avoir d'un côté une collectivité qui réaménage sans cesse et de l'autre une banque compréhensive. Sur le plan financier, la gestion active de la dette a indubitablement des bénéfices, dès lors que les éléments bénéfiques sont rassemblés. En revanche, que ce soit en temps de croissance ou de crise économique, la gestion active ne dégage pas de « surplus » de libre administration puisque les collectivités voient une part de leur autonomie être soumise au consentement d'un tiers.

2) La manipulation limitée de la dette de la collectivité territoriale

La gestion active de la dette consiste essentiellement à renégocier le contrat d'emprunt. Ainsi, la manipulation de la dette est subordonnée au consentement du prêteur. Il en résulte une adaptation limitée de la dette (a). L'idée d'une gestion active, bien qu'utile financièrement, reste contestable en son principe (b) par rapport à des garanties gestionnaires et démocratiques ce qui est préjudiciable à l'autonomie de la collectivité.

a) Une adaptation limitée de la dette

Comme la dette périphérique, la gestion active de la dette nécessite pour la collectivité une connaissance précise de son panier de dette. Non seulement la collectivité doit analyser le montant et le créancier, mais également la durée d'amortissement, le taux d'intérêt (moyen et spécifique) ainsi que les interactions qu'entretient la dette avec l'extérieur comme la modulation des taux d'intérêt variables en fonction de leurs index de référence. Il y a donc deux niveaux d'analyse de la dette, une qui est globale et transversale

¹ *Loc. cit.*

et une seconde qui est individualisée pour chaque dette¹.

Par application de l'article 1134 du Code civil, le contrat d'emprunt est doté d'une force obligatoire empêchant à une partie de modifier unilatéralement le contrat. La renégociation nécessite l'accord des parties pour pouvoir être réaménagée. Or en raison de leur but lucratif, les banques réaménagent également selon leurs intérêts. Il semblerait que la renégociation des emprunts était devenue extrêmement attractive pour les banques avant la crise en raison de la rentabilité des renégociations. Par exemple Dexia a annoncé dans son rapport annuel de 2007 que le marché de l'emprunt représentait 24% de sa production bancaire concernant les collectivités. En revanche, l'activité de réaménagement représentait 71% de cette même production bancaire². Cette importance du marché de la renégociation fait dire à M. Klopfer que, « *ainsi le marché de la dette locale était devenu majoritairement un marché secondaire où l'on remplaçait par avenant un contrat par un autre, plutôt qu'un marché primaire destiné par nature à financer des investissements publics* »³.

La gestion active de la dette se fait par conséquent aux bénéfices des deux parties, malgré la vision tronquée qu'ont longtemps eue les élus qui pensaient « gagner » la renégociation⁴. L'assouplissement des caractéristiques de l'emprunt était possible puisque la banque renégociait des centaines de contrats chaque année et pouvait avoir une vision plus globale et définir ainsi une ligne directrice dans le réaménagement de ses créances.

La réadaptation de l'emprunt est limitée également par le fait que le champ du réaménagement reste limité. Comme le relève la Cour des comptes, la renégociation porte principalement sur la durée du contrat, essentiellement un allongement des durées de vie, parfois un remboursement anticipé⁵. En conséquence, la gestion active de l'emprunt parvient essentiellement à déconnecter celui-ci de la durée de vie de l'investissement auquel il est lié et qui permet normalement son remboursement par les recettes de fonctionnement qu'il génère. Cet aspect limité de la gestion active est en réalité très peu surprenant, la durée de vie de l'emprunt constitue la seule marge de manœuvre dans laquelle la collectivité et la banque peuvent s'entendre puisqu'il s'agit au final pour la collectivité de reporter dans le

¹ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 918.

² M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 49.

³ *Loc. cit.*

⁴ *Loc. cit.*

⁵ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p.70.

temps des paiements qu'elle devra nécessairement réaliser.

Etant donné l'attrait financier pour les banques, celles-ci ont rapidement élaboré des clauses contractuelles verrouillant le contrat¹. En matière de renégociation, la concurrence redevient inexistante.

Le concept de gestion active de la dette connaît une application problématique puisque celui-ci a pendant trop longtemps envisagé la gestion de la dette selon un point de vue unilatéral. Pourtant la principale source de difficulté est précisément issue de la nature de l'emprunt, il s'agit d'une charge pour la collectivité qui est la propriété d'un créancier qui dispose en conséquence d'un droit à la gestion conjointe de sa créance.

b)Le principe contestable de la renégociation du contrat d'emprunt

Malgré le fait que la gestion active soit permise par la liberté d'emprunter, le principe n'est pas exempt de critiques. La gestion active entraîne une multiplicité des engagements juridiques ce qui rend la gestion juridique plus complexe. En modifiant les conditions initiales de l'emprunt, la collectivité rend la prévisibilité de celui-ci aléatoire.

La gestion active de la dette permet de contourner la règle d'or interdisant le remboursement de l'emprunt par un autre emprunt. Avec la possibilité, même faible, de pouvoir réaliser une novation de créancier (la banque créancier vend l'obligation qu'elle détient à une autre banque qui devient la créancière de la collectivité), il s'agit là d'un remboursement de l'emprunt par l'emprunt. Bien que la collectivité continue à être endettée, elle démontre la capacité de la gestion active à contourner le cadre législatif et réglementaire extrêmement lâche de l'emprunt local.

La gestion active contribue à l'opacité de la dette locale. En effet, la gestion active repose nécessairement sur une gestion pluriannuelle en raison de sa durée de vie alors que la gestion budgétaire et comptable a une vision annuelle. La prévisibilité dans la gestion de la dette est conditionnée par l'aléa de la renégociation.

¹ M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 48.

Comme le fait remarquer la Cour des comptes, les contrats renégociés omettent souvent le coût de la renégociation, ce dont l'assemblée délibérante n'a souvent pas conscience, parfois même l'exécutif qui mène la renégociation. Le prix du réaménagement est alors intégré à la dette réaménagée alors même que le montant de l'opération est parfois important. Par exemple, le département de l'Ain a renégocié un emprunt dans des conditions fortement désavantageuses sur le long terme pour bénéficier d'une période de 3 ans avec un taux à 0%. L'opération a coûté 2,4 millions d'euros pour un capital de 18,8 millions¹. L'établissement prêteur a alors présenté cette opération comme « *la performance financière obtenue par la gestion active de la dette sur produit structuré, en contrepartie de l'acceptation par le Conseil général d'un risque géré dynamiquement* »². La renégociation constitue donc bien souvent, plus qu'un aménagement pensé dans le cadre d'une stratégie, un bénéfice de court terme financé par des conditions plus dégradées par rapport à avant la renégociation sur la période après la période bonifiée.

Le recours à la gestion active dans des hypothèses où la collectivité cherche à alléger le poids du remboursement de façon artificielle à des taux défiant toute concurrence démontre une gestion empreinte de court termisme. Il s'avère que l'encadrement, déjà minimal, de la liberté d'emprunter est encore plus mis à mal par les procédés de réaménagement. En leur proposant des aménagements contractuels de plus en plus risqués, les banques ont retourné à leur profit les avantages structurels des collectivités qui leur garantissaient un remboursement de leur capital, tandis que les collectivités ont profité de la brèche en cédant « *aux sirènes de la finance miracle* »³.

¹ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 70.

² *Loc. cit.*

³ P. Valletoux, *op. cit.*, p. 37.

Partie III : L'emprunt comme danger pour la libre administration

L'emprunt a une nature singulière nécessitant d'être usé avec précaution. La libéralisation du recours à l'emprunt a permis une souplesse dans son usage. Cette souplesse n'est pas qu'un bienfait pour les collectivités territoriales puisqu'elle permet un usage inconsidéré de l'emprunt. Le contrôle du recours à l'emprunt et de sa gestion est complexe et souffre de plusieurs lacunes. La crise de la dette locale avec les emprunts toxiques a démontré que malgré les mécanismes mis en place, la liberté d'emprunter a été détournée à un point que ces emprunts sont désormais un problème majeur pour la libre administration des collectivités concernées. Le contrôle du recours à l'emprunt peut devenir problématique (section I), ce qu'ont révélé les emprunts toxiques, illustration des dérives de l'usage de la liberté d'emprunter (section II).

Section I : Le contrôle problématique du recours à l'emprunt

L'exercice de la libre administration au sein de la collectivité territoriale nécessite que le recours à l'emprunt fasse l'objet, a minima, d'une décision au moins majoritaire. De son côté, le prêteur doit pouvoir confier son capital en connaissant l'état financier de son emprunteur et à ce titre pouvoir exercer un contrôle efficace sur les capacités de la collectivité. Or, le contrôle sur l'emprunt est limité pour toutes les parties concernées, que ce soit au sein de la collectivité territoriale, par les citoyens, par l'Etat ou par la banque. L'ensemble des mesures est handicapé par un cumul d'asymétries dans chacun des contrôles. Au sein de la collectivité, le contrôle de l'assemblée délibérante sur le recours à l'emprunt est limité (A). Hors des institutions de la collectivité, l'Etat, le citoyen résidant et le prêteur exercent tous un contrôle, dans les limites de leurs prérogatives, bien souvent inefficace (B).

A)Le contrôle interne difficile de l'emprunt local

L'équilibre des pouvoirs au sein de la collectivité territoriale est devenu inadapté en matière d'emprunt local. L'exécutif a une importance politique telle qu'il se trouve en position de force. L'assemblée délibérante voit alors son contrôle être borné et ne peut s'exercer normalement. L'état de quasi-omnipotence de l'exécutif dans la gestion de l'emprunt (1) a contribué à normaliser, l'impuissance de l'assemblée délibérante (2).

1)Un état de quasi-omnipotence de l'exécutif dans la gestion de l'emprunt

Au sein de la collectivité, l'exécutif a, entre autre, un rôle de gestion du fonctionnement de celle-ci, ainsi que la charge du « pilotage politique ». L'exécutif est donc omniprésent en raison de l'essence de sa fonction (a). Ainsi, l'emprunt, malgré le fait qu'il s'agisse d'une compétence relevant par principe de l'assemblée délibérante, fait bien souvent l'objet d'une délégation à l'exécutif, ce qui augmente naturellement le pouvoir de ce dernier (b).

a)L'omniprésence de l'exécutif en raison de la nature de sa fonction

Dans les collectivités territoriales, l'exécutif a un rôle financier important. C'est à lui qu'il revient de préparer et exécuter le budget voté par l'assemblée délibérante¹. En étant le gestionnaire des différents services de la collectivité, il connaît leurs besoins financiers. Sa fonction d'exécution des délibérations de l'assemblée délibérante fait qu'il est l'interface entre l'instance politique (l'assemblée délibérante) et les instances techniques (des agents publics). Il est donc incontournable dans la gestion financière de la collectivité. En matière de dépense, l'exécutif a une place plus que centrale puisqu'il est l'ordonnateur de sa

¹ Article L 4231-2 CGCT pour le président du conseil régional, article L 3221-1 du CGCT pour le président du conseil départemental et article L 2122-21 du CGCT pour le maire

collectivité¹, c'est-à-dire que les paiements ne sont exécutés que s'il en donne l'ordre. Bien évidemment, l'exécutif ne mène pas seul la collectivité. Le maire, le président du conseil départemental et le président du conseil régional sont assistés d'adjoints auxquels ils peuvent déléguer certaines de leurs compétences, sauf qu'il ne peut déléguer les compétences qu'il a lui-même reçu de l'assemblée délibérante puisque l'emprunt est une compétence dévolue par la loi à l'assemblée délibérante².

Les exigences de la procédure contractuelle nécessitent qu'une personne ou une structure dédiée soit chargée du suivi et la poursuite des négociations contractuelles. Dans les petites collectivités et notamment les petites communes, la négociation de ce rôle échouera à l'exécutif³. Dans les autres collectivités, la négociation sera menée par un service sous la direction de l'exécutif.

De même, l'exécutif dispose d'une importance politique non négligeable. Fréquemment, celui-ci est la tête de liste et les autres élus de la majorité ont bénéficié de son capital politique pour se faire élire. Comme le fait remarquer le sénateur M. Houel, « *En France, celui qui mène la campagne électorale est celui qui brigue le poste de maire. Élu, il possède une véritable légitimité et assume la responsabilité de l'exécutif. Il n'y a donc aucune ambiguïté*⁴ ». En raison de cette importance politique, l'exécutif personnifie souvent la collectivité. Cette situation est renforcée par le cumul des mandats avec le maire-député ou sénateur par exemple qui lui confère une portée nationale et donc davantage de prestige. Par conséquent, son avis demeure essentiel pour toute décision importante. C'est pour cette raison qu'il participe à l'arbitrage entre le recours à l'emprunt et le recours aux ressources propres pour financer l'investissement. L'importance politique de l'investissement fait que l'exécutif a tout intérêt à réaliser le plus d'investissement possibles⁵. De façon symbolique, c'est l'exécutif qui inaugure ou pose la première pierre d'une nouvelle infrastructure. En conséquence, la politique d'investissement est menée par l'exécutif.

¹ Article L 3221-1 du CGCT pour le président du Conseil Départemental, article L 4231-2 CGCT pour les régions.

² Article L 2122-22 du CGCT pour le conseil municipal, article 3214-44 du CGCT pour le conseil départemental, et article 4333-1 du CGCT

³ P. Valletoux, « Le maire, un financier pas comme les autres », précité.

⁴ J. Puech, « Une démocratie locale émancipée. Des élus disponibles, légitimes et respectés », Observatoire de la décentralisation, 7 novembre 2007.

⁵ R. Hertzog, « L'investissement local est-il surévalué ? », précité.

La nature des fonctions de l'exécutif emporte pour conséquence que celui-ci pilote la collectivité malgré l'importance juridique de l'assemblée délibérante qui est pourtant la seule institution locale reconnue par la Constitution¹. Ainsi, l'omniprésence générale de l'exécutif se constate également en matière d'emprunt local. Il est tout à fait possible d'imaginer que même sans une délégation de la compétence d'emprunt, l'exécutif reste incontournable dans la décision d'emprunter.

b) L'augmentation du pouvoir de l'exécutif par une délégation de compétence souvent très large

Parallèlement au poids institutionnel de l'exécutif, l'assemblée délibérante renforce l'omniprésence de celui-ci en lui déléguant sa compétence en matière d'emprunt. Naturellement, cette délégation lui donne une souplesse de gestion de la dette et d'opportunités contractuelles dans les limites posées par la délégation. Bien souvent, la délégation est trop imprécise, ce qui induit un surplus d'autonomie pour l'exécutif au détriment de l'assemblée délibérante². Cette imprécision des délégations est amplifiée par le fait que le secteur bancaire propose des produits complexes face auxquels les modèles de délibération sont inadaptés, ou alors à l'inverse l'Etat permet d'accroître l'étendue de la délégation de compétence³. Ainsi, l'aide de l'Etat est relativement pauvre en la matière puisque seulement deux circulaires s'intéressent précisément à la délégation de la compétence d'emprunt : une circulaire du 15 septembre 1992 qui a été actualisée en 2003, et une circulaire du 22 février 1981. Ainsi, à moins d'avoir des services en interne pouvant aider à l'élaboration de la délégation de compétence, dans la délimitation du champ délégué apparaît. En revanche, le contrôle de légalité permet de constater un filet de sécurité puisque la délibération de la compétence est obligatoirement transmise en préfecture⁴. Les

¹ F. Sauvageot, « Pouvoir exécutif et pouvoir délibérant dans les collectivités territoriales françaises », Annuaire des collectivités locales, 2001, volume 21, n°21, p. 25.

² Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 51.

³ Comme la loi n°2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité qui permet de déléguer les opérations financières utiles à la gestion des emprunts, ce qui renvoie aux contrats de couverture et donnant à l'exécutif local une compétence globale en matière d'emprunt.

⁴ Article L 2131-2 du CGCT pour les communes, article L 3132-1 du CGCT pour les départements et article L

différentes circulaires détaillent les points sur lesquels le contrôle doit porter. Par ailleurs, une délégation de compétence imprécise n'est pas nécessairement synonyme de chaos financier local puisque avant toute signature d'un contrat d'emprunt ou de couverture, l'exécutif doit avoir eu au préalable l'autorisation de signer de la part de l'assemblée délibérante¹. Cette autorisation est également transmise en préfecture qui peut ainsi confronter la conformité de l'emprunt avec le champ délégué à l'exécutif.

L'essence de la fonction exécutive cumulée à la délégation de compétence fait que l'on passe d'une situation d'omniprésence à une situation de quasi omnipotence. Il y a une certitude que l'assemblée délibérante approuvera le contrat d'emprunt dans la mesure où l'exécutif est un poids politique local non-négligeable et qu'il a la faculté de choisir le prêteur et de mener les négociations contractuelles, en somme élaborer le contrat d'emprunt. En effet, il est difficile d'imaginer que l'assemblée délibérante refuserait de donner l'autorisation à l'exécutif étant donné que les règles de scrutin local permettent l'émergence d'une majorité politique stable, ce qui est favorable à la discipline de vote.

2) L'impuissance « normalisée » de l'assemblée délibérante

Face à la « surpuissance » de l'exécutif, l'assemblée délibérante voit son contrôle sur la gestion de l'emprunt et de de la dette devenir compliqué. Son impuissance repose sur une asymétrie institutionnelle par rapport à l'exécutif (a) ainsi que d'une approche budgétaire inadaptée à l'emprunt (b).

a) Un contrôle empêché par l'asymétrie institutionnelle

En raison de la situation de prédominance, le contrôle est plus complexe pour l'assemblée délibérante qui, en cas de délégation de compétence, perd l'initiative et se limite elle-même à une situation passive. La difficulté du contrôle est renforcée dans certains cas par un exécutif qui communique partiellement l'information. La Cour des comptes a

4142-1 du CGCT pour les régions.

¹ L. Levoyer, « Emprunts locaux », n°19 et s. p. 9.

remarqué que, par exemple, le maire de la commune de Rezé n'avait pas donné assez d'informations sur des produits financiers risqués¹. De même, la commune de Forbach a vu son maire dépasser les limites de sa délégation de compétence mais il n'avait rendu compte de son exercice de celle-ci². Une autre commune, celle de Saint Maure de Touraine a vu son conseil municipal voter une délibération d'autorisation de signature d'un contrat sans disposer d'informations sur les caractéristiques essentielles de l'emprunt³.

Le recours aux crédits de trésorerie est tout aussi problématique. Leurs usages s'inscrivent dans un contexte de rapidité, ce qui fait que l'assemblée n'a connaissance des opérations qu'au moment du vote du compte administratif⁴. La dépendance de l'assemblée délibérante à l'exécutif devient d'autant plus forte dans la situation des crédits de trésorerie que l'exécutif, en gérant ces ressources de court terme, permet le fonctionnement quotidien de la collectivité.

L'asymétrie institutionnelle est problématique. Si elle permet plus de souplesse de gestion et reste quelque part le choix de la facilité dans la mesure où l'assemblée délibérante voit son contrôle être limité, la compatibilité avec la libre administration est en revanche incertaine. En ayant la compétence de l'emprunt, l'exécutif lie la collectivité et affecte le champ de la libre administration alors qu'il n'est censé être que l'émanation de l'assemblée délibérante qui est la titulaire de la libre administration selon la Constitution. Dans les collectivités territoriales d'une certaine ampleur, le lien exécutif/assemblée devient plus ténu puisque le premier a une charge plus importante en terme de gestion des services⁵. L'emprunt est alors géré par un service spécifique à qui l'exécutif laisse l'exercice de sa compétence déléguée. Face à l'assemblée, au moment du vote de l'autorisation de signer le contrat d'emprunt, l'exécutif représente alors davantage ses services plutôt qu'une personne élue par l'assemblée. Dans certains cas, l'asymétrie est tellement forte entre l'exécutif et l'assemblée que cette dernière vote l'autorisation de signer les contrats d'emprunt une fois par an⁶. De plus, les pouvoirs de l'assemblée sont extrêmement limités puisque s'il s'avère

¹ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 51.

² *Loc. cit.*

³ *Loc. cit.*

⁴ L. Levoyer, « Emprunts locaux », n°29 p. 10.

⁵ F. Sauvageot, *op. cit.*

⁶ G. Eckert, « Les leçons des emprunts toxiques », p. 1714.

que la délibération autorisant la signature du contrat d'emprunt était illégale, l'assemblée ne peut résilier le contrat unilatéralement, elle doit saisir le juge du contrat, soit les juridictions civiles, pour faire constater la nullité de celui-ci¹. Le modèle institutionnel retenu pour les collectivités territoriales empêche également, en cas de violation grave de la compétence par l'exécutif, que l'assemblée mette en cause la responsabilité de celui-ci puisqu'il n'est pas responsable devant elle².

La Charte Gissler de 2009 signée suite au déclenchement de la crise des emprunts toxiques a cherché à résorber cette asymétrie en obligeant une meilleure information au sein de la collectivité (voir infra). Ce point a d'ailleurs été repris par la circulaire du 25 juin 2010 et l'a explicité pour renforcer son « applicabilité » dans les collectivités territoriales.

b) Le contrôle limité par l'approche budgétaire

L'approche budgétaire imposée par la loi est doublement problématique pour le contrôle de l'emprunt par l'assemblée délibérante. En effet, elle pose un problème d'un point de vue temporel. L'analyse du principe d'équilibre sur un an n'est pas nécessairement pertinente, surtout que la fin d'année est marquée par un nombre important de conclusions d'emprunts d'équilibre (des emprunts de court terme destinés à rendre le budget en équilibre)³. M. Oliva voit même dans le principe d'équilibre « un défaut majeur » en raison de l'annualité du principe d'équilibre. Il considère que « *l'équilibre réel est apparu assez inadapté à la gestion locale et au cadre rénové de l'autonomie financière* »⁴. La référence quasi-exclusive à des indicateurs annuels empêche l'assemblée délibérante d'avoir une vision à long terme du pilotage financier du passif de la collectivité. La question de l'approche pluriannuelle des budgets devient de plus en plus prégnante et est recommandée depuis la crise par un certain nombre de commentateurs⁵. De plus, en raison de l'importance de l'exécutif en matière d'emprunt et de sa compétence en matière d'élaboration du budget, il a naturellement une place importante dans cette gestion pluriannuelle. Or, il est à déplorer

¹ CE, 29 décembre 1997, Commune de Hautmont, req. n°139317: en l'espèce il s'agissait d'une délibération d'autorisation inexistante.

² F. Sauvageot, *op. cit.*

³ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 905.

⁴ E. Oliva, « Equilibre budgétaire et Constitution. L'équilibre des budgets locaux », p. 38.

⁵ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 75.

que « la définition claire d'une stratégie d'endettement par l'exécutif et sa formalisation dans un document de référence demeurent relativement rares »¹.

Le second problème posé par le cadre budgétaire est l'information financière et budgétaire qui est parfois insuffisante. Il a été relevé des cas d'un manque de détails sur la dette locale et sa consistance². Par ailleurs, la participation des élus locaux à l'élaboration du budget primitif avec le débat d'orientation budgétaire, qui est obligatoire, voit son intérêt limité. Hormis quelques contraintes³, le contenu est relativement libre. Cette trop grande liberté a dû être restreinte par une jurisprudence qui a précisé le contenu obligatoire du débat d'orientation⁴. La présentation du passif de la dette a connu une avancée importante avec la Charte Gissler. Celle-ci a introduit une présentation des emprunts selon leurs risques avec une classification. La circulaire du 25 juin 2010 a repris cette approche en l'intégrant aux présentations budgétaires et pour toute autorisation de signature d'emprunt. Il s'agit d'une véritable amélioration comme le souligne la Cour des comptes, puisque « jusqu'en 2010, ces maquettes budgétaires étaient notoirement inadaptées pour retracer de manière compréhensible et adéquate, dans les annexes sur l'état de la dette, les risques réellement pris par une collectivité »⁵. Autre problème posé par l'approche budgétaire, c'est sa séparation avec les documents comptables. Cette déconnexion ajoute un surplus de complexité à la gestion de la dette⁶.

Le cadre textuel relatif à la présentation et à l'information tend à s'améliorer, même s'il reste inadapté à la gestion de l'emprunt. Toutefois, de nombreuses collectivités ont mis en place des instruments d'informations supplémentaires et complémentaires des

¹ *Ibid*, p. 50.

² G. Miller, F. Advielle, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et la fiabilité des comptes », AJDA, 2011, p. 1776.

³ De façon générale, les élus de l'assemblée doivent disposer pour le début d'orientation des informations suffisamment complètes et détaillées. Selon le type de collectivité, les informations devront être fournies dans un rapport (article L 3121-19 et L 4132-18 du CGCT) ou d'une note de synthèse (article L 2121-12 du CGCT). Source : Gazette des communes, consultée le 22 mai 2015. Site : <http://www.lagazettedescommunes.com/81180/quel-doit-etre-le-contenu-et-la-precision-du-debat-d%E2%80%99orientation-budgetaire/>

⁴ L. Levoyer, « Les instruments budgétaires à différencier selon les collectivités territoriales ? », RFFP, février 2015, n°129, p. 73.

⁵ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 52.

⁶ F. Advielle, P. Van Herzele, « Vers une assurance renforcée sur la régularité et la sincérité des collectivités territoriales », AJDA, 2014, p. 557

documents obligatoires en profitant d'un cadre normatif peu contraignant qui s'est révélé être propice à l'initiative locale¹. Plusieurs d'entre elles intègrent ces documents aux projets de budget votés par l'assemblée délibérante. Il faut donc constater une prise de conscience de plusieurs collectivités des problèmes posés par le cadre budgétaire et de l'importance du contrôle porté par l'assemblée, pour des raisons gestionnaires, mais aussi démocratiques.

B)Le contrôle externe limité du recours à l'emprunt par la collectivité territoriale

Le contrôle de l'emprunt local est exercé à titre politique par la collectivité territoriale qui dispose de tous les éléments d'information. Toutefois, la décision de recourir à l'emprunt n'intéresse pas qu'elle. D'autres personnes ou institutions ont intérêt à ce que la décision fasse l'objet d'un contrôle. Ainsi, l'Etat et le tiers citoyen ou contribuable habitant dans la collectivité peuvent contester, en principe le contrat d'emprunt. Mais cette intervention publique est atrophiee dans la pratique face au contrat d'emprunt (1). Dernier intéressé, le prêteur contrôle la décision d'emprunter de la collectivité à travers son consentement au contrat d'emprunt (2).

1) L'intervention publique atrophiee face au contrat d'emprunt

Le contrôle public, c'est-à-dire par des personnes saisies par le droit public (citoyen, contribuable et Etat), de la décision d'emprunter est bien faible en raison d'obstacles divers et notamment en raison du fait qu'elles ne sont pas directement impliquées dans le contrat. S'il existe d'autres façons de contrôler le recours à l'emprunt, comme les voies de la démocratie locale directe, il est envisagé ici le cas du déclenchement juridictionnel du contrat d'emprunt. Ainsi, pour l'Etat, concerné par les emprunts en raison de la contrainte européenne, il voit ses facultés d'intervention face au contrat d'emprunt être extrêmement limitée et tendre vers une infirmité (a). Le citoyen ou le contribuable de la collectivité peut contester globalement tous les actes de celle-ci. En revanche, en la matière, la contestation

¹ L. Levoyer, « Les instruments budgétaires à différencier selon les collectivités territoriales ? », précité.

du contrat d'emprunt par ces tiers est inconcevable en raison des difficultés (b).

a) L'infirmité de l'Etat face au contrat d'emprunt

Comme il a été vu précédemment, le contrôle de légalité de l'emprunt est affaibli par des raisons structurelles et notamment par la contradiction du champ du contrôle en matière d'actes de droit privé. Le contrôle de légalité permet à l'Etat un contrôle direct sur la délibération. En revanche, l'Etat ne peut réaliser qu'un contrôle indirect sur le contrat d'emprunt qui est encore plus complexe que l'emprunt sur la délibération d'emprunter. Ainsi, en ce qui concerne la faculté pour l'Etat de remettre en cause directement le contrat d'emprunt, l'Etat se trouve être complètement désarmé. Le contrôle de légalité ne suspend pas la délibération de la collectivité en raison du privilège du préalable dont bénéficient toutes les personnes publiques selon lequel leurs actes administratifs sont présumés légaux et exécutoires dès leur transmission au préfet. De cette manière, même illégale, la délibération autorisant la signature permet à ce que l'exécutif signe le contrat et que celui-ci déploie ses effets. Avec les contrats de droit privé, le principe de la force obligatoire¹ fait que la modification des clauses contractuelles requiert l'accord des parties. Si le contrat d'emprunt ne peut, en principe, survivre à une illégalité en son sein², l'annulation de la déclaration de nullité du contrat ou de la clause litigieuse ne peut être obtenue par n'importe quel tiers au contrat. En effet, le droit commun du contrat distingue dans la violation d'une mesure d'ordre public deux types de nullités. D'une part la nullité relative qui en découle et qui porte atteinte à une prérogative de protection d'une des parties au contrat. D'autre part la nullité absolue en raison de l'atteinte à une disposition relative à l'ordre public de direction et dont l'importance dépasse les parties au contrat. Ainsi, même en détectant une illégalité dans le contrat d'emprunt, le préfet n'est pas certain de pouvoir intervenir devant le juge judiciaire pour réclamer la nullité en raison d'un manque d'intérêt à agir.

Toutefois, en obtenant l'annulation de la délibération autorisant la signature du contrat, les effets devraient, en principe, entraîner la nullité du contrat. En effet, l'annulation

¹ Article 1134 du Code civil : « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ».

² Par l'article 6 du Code civil qui dispose que l' « on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

d'un acte administratif entraîne un « retour en arrière » juridique. Dès lors, l'exécutif a signé le contrat d'emprunt sans en avoir l'autorisation, créant un défaut rétroactif de la capacité¹ de l'emprunteur et entraîne la nullité du contrat pour défaut d'un de ses éléments constitutif. En cas d'annulation de la délibération, le juge administratif peut demander à la collectivité de saisir le juge du contrat², voir l'enjoindre de le faire sous astreinte³. Le problème qui se pose alors, c'est la différence de référentiel entre les deux juges. Le juge de la délibération, soit un juge administratif, a contrôlé cette dernière par rapport à la loi. Le juge du contrat portera son examen sur les éléments constitutifs du contrat et plus globalement sur le droit privé. En exerçant le contrôle de légalité, le représentant de l'Etat n'a pas pu matériellement⁴ identifier des motifs de nullité, hormis ceux se rapportant à la légalité comme les clauses contrevenant à l'ordre public ou encore la licéité de la cause subjective du contrat.

L'action en nullité du contrat n'est pas ouverte systématiquement aux tiers au contrat. Il y a uniquement dans l'hypothèse d'une nullité absolue que la qualité de tiers absolu soit reconnue à une personne extérieure au contrat⁵. La notion de tiers absolu repose sur une conception patrimoniale de l'intérêt à agir⁶, ce qui peut être reconnu au préfet en raison de l'intérêt financier global de l'Etat. Mais cette hypothèse reste plus qu'incertaine puisque le nombre de déférés préfectoraux reste extrêmement faible, ce qui laisse préjuger d'une action portée par les services de la préfecture devant un Tribunal de Grande Instance ou alors que l'emprunt revêt une importance cruciale. Il se pose également un problème avec le manque de compétence en matière civile du personnel affecté au contrôle de légalité puisque le problème se pose déjà en matière administrative⁷.

Le contrôle de l'Etat sur les contrats d'emprunts est extrêmement distant et il n'a pas grandement agi dans le sens de l'accroissement du contrôle direct. Malgré la « stratégification » du contrôle de légalité, les différentes circulaires n'ont pas intégré les contrats d'emprunts parmi les priorités du contrôle définies à nouveau par la circulaire du 25

¹ Au sens de l'article 1108 du Code civil, c'est-à-dire une des conditions cumulatives à la formation du contrat.

² CE, 1^{er} janvier 1993, req. n°54660, Société le Yacht-Club international de Bormes les Mimosas.

³ CE, 7 octobre 1994, req. n°142244, Epoux Lopez

⁴ Puisque le contrôle de légalité ne permet pas au préfet d'avoir accès au contrat d'emprunt.

⁵ S. Porchy-Simon, « Droit civil, les obligations », Dalloz, coll. Hypercours, 7^{ème} édition, Paris, 2012.

⁶ Ccass, com, 1^{er} mars 1983, Bull. civ. IV, n°3

⁷ G. Branquart, « Contrôle de légalité : un réel renouveau ? Analyse de la réforme menée par les pouvoirs publics depuis 2004 », AJDA, 2011, p. 198.

janvier 2012 portant sur le contrôle de légalité¹. Le contrôle indirect du contrat est relativement complexe et contribue à cette situation de sous-contrôle. Le contrôle de la contribution à l'intérêt général du contrat d'emprunt et de couverture reste lacunaire puisque le contrôle indirect empêche l'Etat de connaître de l'intégralité du contrat. De plus, le contrat d'emprunt est lié à une opération d'investissement qui elle, en principe, relève de l'intérêt local.

Dans le cadre du patrimoine de contractualisation entre l'Etat et les collectivités pour diriger l'investissement local, l'emprunt a une part importante puisqu'il concourt à son financement². On imagine alors mal l'Etat s'opposer à un emprunt contracté pour financer une infrastructure qu'il souhaite voir être réalisée.

En revanche, dans l'hypothèse où le contrat d'emprunt serait un contrat administratif, la situation de l'Etat passe d'un extrême à un autre. Le préfet peut déférer le contrat administratif³ devant le juge de la légalité et demander la suspension de celui-ci, le juge devant statuer en urgence sur le point de la suspension sur les mêmes exigences de l'article L 521-1 du CJA. Par ailleurs, le contentieux relèvera du droit public dans lequel l'Etat dispose d'un certain nombre de prérogatives.

b) L'inconcevable recours au juge par des tiers au contrat d'emprunt

En dépit de l'intervention de l'Etat exigée par le Conseil constitutionnel, il reste presque impuissant face aux contrats d'emprunt. La conception d'un « recours citoyen » contre les actes de collectivités territoriales pour pallier à ses carences nie les difficultés que le particulier rencontre. Ainsi, selon cette conception, « *il est possible de voir entre le déféré préfectoral et le recours pour excès de pouvoir (REP) d'un habitant d'une collectivité une nature complémentaire* ». En revanche, considérer « *que le contrôle de légalité a un effet préventif, dissuasif sur les collectivités, la menace d'un recours effectué par un citoyen*

¹ La circulaire enjoint les préfets à intensifier le contrôle selon des thèmes des actes des collectivités et qui s'intéressent à une priorité nationale ou locale. Quant aux actes ne relevant ni de l'une ni de l'autre, elle dispose que « pour les actes n'entrant pas dans les priorités du contrôle, il conviendra donc de mettre en œuvre un contrôle organisé selon les ressources dont disposent les services préfectoraux ».

² L. Janicot, « La tutelle de l'Etat sur les collectivités territoriales, 30 ans après l'Acte I », AJDA, 2012, p. 753.

³ CE, sec., 26 juillet 1991, req. n° 117717, Commune de Sainte Marie.

possède un effet comparable. Ce n'est pas l'auteur de la saisine qui est dissuasif [...] mais bien la "menace" de l'éventuelle saisine juridictionnelle, quel que soit son auteur¹ ». A notre sens, cette assimilation est une erreur. Si le droit dissocie ces deux éléments, c'est bien en raison du fait que chacun a une nature particulière bien que très proche. Nous retiendrons ici comme principale différence la facilité du représentant de l'Etat en matière d'intérêt à agir qui est toujours présumé.

La participation du citoyen au balayage de légalité est possible depuis l'arrêt du Conseil d'Etat de 1901 Casanova². Suite à cet arrêt, l'ouverture du REP aux particuliers s'est sensiblement agrandie en admettant le recours des contribuables locaux à un acte de la collectivité, une commune en l'espèce, qui a des conséquences financières sur le patrimoine de celle-ci³. Par la voie du REP, le contribuable de la collectivité peut contester, en raison de sa qualité, la délibération autorisant la signature du contrat d'emprunt devant le juge de la légalité. En revanche, il rencontre les mêmes limites que l'Etat en matière de contestation directe du contrat d'emprunt, dans la mesure où celui-ci est privé. Dans l'hypothèse où le contrat d'emprunt serait un contrat administratif, le contribuable peut le contester par la voie du recours Tropic⁴ qui lui a été ouvert récemment⁵.

Tout comme l'Etat, la contestation directe du contrat d'emprunt est presque impossible. Le premier problème qui se pose est l'absence de publicité obligatoire du contrat. Le particulier peut toujours forcer la main de la collectivité en lui imposant de lui laisser accéder au contrat grâce à un référé mesure-utile⁶ dans la mesure où sa publication ne ferait pas obstacle à l'exécution d'un acte administratif et à condition de démontrer un caractère d'urgence. Bien que cette solution soit juridiquement possible, c'est critiquable sur le plan démocratique. En effet, l'article L 2141-1 du CGCT prévoit que *« le droit des habitants de la commune à être informés des affaires de celle-ci et à être consultés sur les décisions qui les concernent, indissociable de la libre administration des collectivités territoriales, est un principe essentiel de la démocratie locale. Il s'exerce sans préjudice des dispositions en*

¹ N. Ferreira in P. Chrétien (dir.), N Ferreira (dir.), L. Janicot (dir.), « L'Etat dans ses relations avec les collectivités territoriales colloque organisé par le LEJEP », Lextenso, p. 129.

² CE, 29 mars 1901, req. n°94580 Casanova.

³ Le REP s'ouvre aux contribuables du département avec l'arrêt CE, 27 janvier 1911, Richemond.

⁴ CE, ass., 16 juillet 2007, req. n°291545, Société Tropic Travaux Signalisation.

⁵ CE, ass., 4 avril 2014, req. n°358994, Département du Tarn-et-Garonne.

⁶ Article L 521-3 du CJA

vigueur relatives notamment à la publicité des actes des autorités territoriales ainsi qu'à la liberté d'accès aux documents administratifs ». Cette opacité du contrat d'emprunt est donc contraire à la libre administration et par extension à la démocratie locale. En effet, la durée des emprunts dépasse généralement la durée d'un mandat électif. Or, dans un système représentatif, l'élu ne représente les électeurs que pendant la durée de ce mandat. Mais avec l'emprunt sa décision a des conséquences sur la collectivité bien après son passage, alors que les électeurs, eux, demeurent et le « subissent ». Il en découle ici une opposition entre la libre administration et la liberté d'emprunter qui empêche une transparence incompatible avec une conception partagée de l'exercice de l'autonomie de la collectivité. Toutefois, cette reconnaissance d'un lien entre libre administration et droit d'accès à l'information ouvre des voies contentieuses. La reconnaissance en 2002 de la libre administration comme liberté fondamentale¹ dans le cadre du référé liberté² ouvre une possibilité, certes limitée en raison du champ de compétence du juge administratif, de contester le contrat d'emprunt sur le fondement de sa violation de la liberté d'emprunter. Mais, étant donné la sévérité de la jurisprudence, notamment en matière d'urgence du référé liberté, il semble impossible qu'une telle voie d'action soit reconnue.

Dans l'hypothèse où le contribuable voudrait contester le contrat d'emprunt, il rencontre les mêmes difficultés que l'Etat en matière d'action en nullité devant le juge civil. Le particulier devra se voir reconnaître la qualité de tiers absolu et démontrer une nullité absolue. Par la voie de la jurisprudence Martin³, le contribuable peut également contester de façon indirecte le contrat via les actes détachables de celui-ci et demander au juge de la légalité d'astreindre la collectivité de saisir le juge du contrat pour qu'il constate l'effet de l'illégalité avec le contrat.

2) Le contrôle délimité opéré par les prêteurs

Dans le cadre de l'élaboration du contrat d'emprunt, le prêteur analyse la situation financière de la collectivité territoriale. Toutefois, son analyse est parfois contrecarrée par sa

¹ CE, sec., 18 janvier 2001, req. n°229247, Commune de Venelles.

² Article L 521-2 du CJA.

³ Commentaire sous, CE, 4 août 1905, Martin n°15 p. 87, in M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, GAJA, Dalloz, 18^{ème} édition, 2011.

vision fragmentaire de la situation de la collectivité (b). L'asymétrie en matière d'information est parfois résolue par l'introduction de mesures de mise en concurrence et de publicité ; mais cette insuffisance d'information est partiellement corrigée (b) en raison de l'aspect non-obligatoire du CP aboutissant à des procédures souvent imparfaites.

a) La vision fragmentaire du prêteur

Les prêteurs des collectivités territoriales ont bien souvent une vision limitée de la situation de leur cocontractant résultant d'un manque d'information volontaire ou non. Les contrats de droit privé n'imposent par principe aucun formalisme contractuel en raison du principe de consensualisme. La nature particulière du contrat de prêt fait que celui-ci connaît un formalisme spécifique. Mais ce formalisme est limité dans la mesure où les obligations pèsent uniquement sur le prêteur. Il s'avère que les seules limites aux informations dispensées par la collectivité au prêteur sont celles des vices du consentement prévu à l'article 1109 du Code civil. Pourtant, le problème de l'insuffisance d'informations des collectivités envers les banques est réel puisqu'il s'agit d'une exigence de leur part qui a été formulée aux engagements n°5 et 6 de la Charte de bonne conduite¹. Le déséquilibre des contraintes d'informations entre le prêteur et l'emprunteur est flagrant. A ce titre, la Cour de cassation a reconnu une obligation de mise en garde pour le prêteur² qui doit s'assurer des capacités³ de remboursement de la collectivité³. La Cour de cassation vient renforcer des obligations déjà prévue par le Code de la consommation ou le CMF qui impose à son article L 533-12⁴ une information claire et non-trompeuse de la part du prêteur.

Avec le manque de contrainte sur les informations venant de la collectivité, la banque peut pallier à la potentielle insuffisance de l'information en se rapportant aux documents

¹ « Cinquième engagement: les collectivités locales s'engagent à développer la transparence des décisions concernant leur politique d'emprunts et de gestion de dette ». « Sixième engagement : les collectivités locales s'engagent à développer l'information financière sur les produits structures qu'elles ont souscrits en fournissant les encours, les indices sous-jacents et la structure des produits ». Site : http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/091207banques_collectivites-1.pdf. Consulté le 18 mai 2015.

² Ccass, mixte, 29 juin 2007 06-11.673, arrêts n°256 et 257.

³ Ccass, civ 1, 25 avril 2007, n°06-12.379 et 06-11.804

⁴ « Toutes les informations, y compris les communications à caractère promotionnel, adressées par un prestataire de services d'investissement à des clients, notamment des clients potentiels, présentent un contenu exact, clair et non trompeur. Les communications à caractère promotionnel sont clairement identifiables en tant que telles ».

budgétaires publiés par la collectivité dans le cadre de l'adoption du budget. Mais dans cette hypothèse, l'établissement de crédit est alors soumis aux mêmes limites que celles que rencontre l'assemblée délibérante dans le contrôle de l'emprunt. A son tour, la vision annuelle du budget et le principe d'équilibre empêchent à la banque de déterminer avec précision la situation de la collectivité.

L'aspect partiel de l'information à la disposition du prêteur est problématique pour le prêteur qui contribue involontairement, à la situation de surendettement de la collectivité. Les travers de l'exécutif à « cacher » la dette à l'assemblée délibérante a également été constatée envers les banques. Le renforcement des échanges d'informations prévu par la Charte Gissler permet ainsi une dette plus saine de la collectivité puisque un accord de l'assemblée délibérante en connaissance de cause bénéficie également à la banque en lui montrant que la collectivité a réfléchi aux risques liés à l'emprunt et les assume¹.

Cette carence d'information est partiellement contrebalancée par un phénomène de concentration des dettes de la collectivité chez un nombre réduit de banques², ce qui se constate par le nombre réduit de prêteurs présents sur le marché de l'emprunt local³. Par ailleurs, la notation constitue également un référentiel relativement indépendant utilisée également en dehors des marchés financiers par les prêteurs pour individualiser le risque lié à l'emprunteur⁴. Comme le fait remarquer la Cour des comptes, « *elles (les collectivités territoriales) ont parfois pu utiliser leur notation pour valoriser leur situation financière et obtenir des baisses de marge*⁵ ». La question de la qualité des informations fournies par l'emprunteur est essentielle pour les banques puisque d'une part, cela leur permet de déterminer le risque client et d'affecter en conséquence les fonds nécessaires dans le cadre des ratios imposés par Bâle II et Bâle III et d'autre part cela permet à la banque de démontrer en cas de contentieux qu'elle avait respecté ses obligations d'information précontractuelle.

¹ M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 50.

² Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 62.

³ L. Levoyer, « Les emprunts locaux », n°37 p. 12.

⁴ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 916.

⁵ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 56.

b) Une insuffisance partiellement corrigée par l'introduction de procédures de conclusions issues du code des marchés publics

Malgré l'exclusion dans le CMP des contrats d'emprunts et des contrats de couverture, il y a un phénomène non-négligeable de transposition des procédures de la commande publique aux contrats d'emprunt. Les collectivités ont conscience que la mise en concurrence permet un meilleur choix dans un contexte d'abondance des offres de produit financier souvent difficiles à décrypter. Il semblerait que cette pratique soit surtout utilisée pour la conclusion d'emprunt¹, celle-ci se faisant généralement avec un seul interlocuteur².

Le problème est que malgré ces recours à la concurrence, les prêteurs ne s'y plient pas ou les respectent mal³. Il est ainsi arrivé que les prêteurs proposent systématiquement des produits similaires à toutes les collectivités qui émettaient un appel à concurrence, ou alors ne respectaient pas le cahier des charges. Ces pratiques empêchent à l'effort de mise en concurrence d'aboutir puisque la collectivité ne peut alors plus comparer utilement les offres bancaires.

Parallèlement aux réponses malhonnêtes des banques, la Cour des comptes a souligné le cas de plusieurs mauvaises mises en concurrence et fréquemment une absence de toute mise en concurrence⁴. Bien souvent aussi la collectivité se fie à son créancier habituel ce qui empêche une diversification des créanciers, pourtant fortement recommandée par la gestion active de la dette⁵.

Beaucoup de commentateurs critiquent cette absence d'obligation de mise en concurrence⁶. Comme le relève M. Eckert, les raisons avancées pour justifier cette situation serait l'impératif de rapidité⁷. Or, comme le relève la Cour des comptes, la libre administration n'empêche pas une restriction de la liberté d'emprunter, il y a un équilibre possible entre le retour à un régime de tutelle et la situation actuelle⁸.

¹ M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 48.

² *Loc. cit.*

³ L. Levoyer, « Emprunts locaux », n°53 p. 18.

⁴ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 84.

⁵ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 916 et s..

⁶ E. Moysan, « Bilan et enjeux de trente ans de décentralisation en matière d'emprunts locaux », RFFP, septembre 2012, n°119, p. 27.

⁷ G. Eckert, « Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », p. 1712.

⁸ Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 86.

La Charte Gissler a dévoilé des pratiques des prêteurs restreignant sensiblement les informations contractuelles. Elles ont parfois recouru à des formules contractuelles sur plusieurs pages pour calculer le taux d'intérêt, l'indication de la vente des options explicitées uniquement par la présence de « si » dans la formule de calcul¹, ou encore des contrats écrits en anglais².

Cette situation de concurrence non-obligatoire n'empêche pas l'obligation de recourir à une mise en concurrence minimale dans la mesure où cette absence d'obligation n'en constitue pas une garantie pour la liberté d'emprunter ou la libre administration. Les banques autant que les collectivités ont profité de cet état de fait et ont contribué à rendre la gestion de la dette encore plus complexe. L'exercice de la liberté d'emprunter s'est retrouvée poussée dans ses derniers retranchements et a atteint les frontières de sa compatibilité avec la libre administration. La liberté d'emprunter est utilisée pour « acheter » de l'autonomie, mais qualifier celle-ci de libre administration, étant donné les contraintes liées à ce surcroît d'autonomie, paraît déraisonnable.

Section II : Les emprunts toxiques révélateurs des dérives de l'usage de la liberté d'emprunter

La crise des emprunts toxiques en 2008 a révélé que la santé financière n'était pas aussi forte que ce que les chiffres attestaient. Ils ont réussi à jeter un doute sur l'ensemble du passif des collectivités. Sept ans plus tard, le problème demeure. En dépit des problèmes posés par ces emprunts, leur « histoire » est extrêmement instructive pour comprendre la relation entre l'emprunt local et la libre administration quand le premier est dévié de son but et empêche toute autonomie pour la collectivité. A cause des facultés de la libre administration, les collectivités territoriales ont été emportées dans l'engrenage de l'emprunt (A). Une fois la toxicité de ces emprunts apparue au grand jour, les collectivités ont voulu protéger leur autonomie en cherchant à se soustraire de ces contrats source de problèmes. Cette tentative a démontré la complexité de la contestation de l'emprunt par les collectivités territoriales (B).

¹ M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 51.

² Cour des comptes, « La gestion de la dette locale », p. 70.

A) Des collectivités territoriales emportées par l'engrenage de l'emprunt

La crise des emprunts toxiques a été d'autant plus problématique à résoudre que les solutions étaient difficiles à mettre en place et ne faisaient pas nécessairement consensus. Il s'est avéré que les collectivités territoriales concernées étaient dans l'incapacité de trouver et mettre en place une solution par elles-mêmes (1). Ce faisant, elles se sont tournées vers la figure tutélaire de l'Etat (2) en dernier recours.

1) La réaction partagée des collectivités territoriales suite à la révélation des problèmes liés aux emprunts toxiques

Les emprunts structurés, qui deviendront potentiellement des emprunts toxiques, ont fait l'objet d'une diffusion importante au sein des collectivités territoriales (a). Quand les collectivités ont réalisé les dangers que ces emprunts représentaient pour elles, elles ont recouru aux instruments jusque-là classiques pour faire face aux difficultés. Ces moyens se sont révélés être inadaptés démontrant la complexité de la résorption des emprunts toxiques (b).

a) La diffusion des emprunts toxiques parmi les collectivités territoriales

Les emprunts toxiques ont permis ces dernières années de révéler les dérives du système d'endettement bancaire qu'ont mis en place les collectivités. Tous les emprunts toxiques sont initialement des emprunts structurés. Il s'agit d'un contrat double face. D'un côté, c'est un contrat d'emprunt classique avec un transfert de capital, la détermination des modalités de remboursement avec la définition du taux d'intérêt. De l'autre, le « structuré » est un ensemble d'options (qui sont des produits structurés) dont sont composés les contrats de couverture. A l'origine, l'emprunt structuré est un produit financier avantageux pour la collectivité grâce aux options. L'option se définit comme étant « *l'engagement d'une partie*

d'acheter une assurance contre une prime¹». En concluant un emprunt structuré, la collectivité contractait un emprunt tout en s'assurant contre les risques.

Les emprunts structurés sont apparus dans les années 1990 alors dans l'optique de joindre l'opération d'emprunt à un accessoire de plus en plus indispensable². L'introduction des emprunts structurés correspond à un contexte de désendettement des collectivités avec un marché financier connaissant des taux bas. La concurrence entre les banques est alors violente et les emprunts structurés procurent l'avantage pour elles de conserver des marges sur le long terme tout en masquant leur rémunération³.

Dans les années 2000, le système des emprunts structurés s'intensifie et la logique s'inverse. Initialement, grâce aux options liées à l'emprunt, la collectivité était assurée contre le risque par la banque. Les nouveaux emprunts structurés ont progressivement renversé les rôles. Afin d'augmenter leurs marges bancaires tout en étant extrêmement attractifs pour les collectivités territoriales, les emprunts structurés se sont construits sur un fonctionnement en deux phases. La première, d'une durée relativement courte, consistait en une période de taux d'intérêt bonifié (atteignant parfois 0%). Ces périodes bonifiées sont permises par la revente par la collectivité des options incluses dans le contrat. C'est après cette vente que la collectivité devient l'assureur de la banque en étant complètement exposée aux risques⁴. Apparaissent ainsi au début des années 2000 des emprunts structurés à barrière désactivante. Ce concept est à l'exact opposé du contrat de couverture protégeant du risque de variation des taux d'intérêts. Elle fait passer un taux fixe à un taux variable indexé quand le cours de l'index augmente. A partir de 2004-2006, des emprunts structurés sont introduits sur le marché avec des index de plus en plus exotiques⁵, comme des indexations sur la parité du cours Yen/Dollars américain⁶. En parallèle, les périodes de bonification sont de plus en plus intéressantes selon que la collectivité vend des options contraires aux évolutions du marché. La Cour des comptes relève que ce qui deviendra les emprunts toxiques les plus risqués comprennent des coefficients multiplicateurs dans les méthodes de calcul du taux d'intérêt

¹ E. Portal, « Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », p. 73

² P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 891.

³ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale ».

⁴ E. Portal, *op. cit.*, p. 74.

⁵ M. Guillou, « Une politique nationale pour résoudre le problème des emprunts toxiques ? », AJCT, 2014, p. 280.

⁶ G. Eckert, « Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », précité.

voire des effets cumulatifs appelé d'incrémentation (« *le taux payé par la collectivité ne peut qu'augmenter*¹ ») dans le cadre de produits « snowball » conçus pour créer des effets d'entraînement à la hausse.

La diffusion des emprunts structurés, sans compter l'aspect fortement attractif, a été facilité par les banques qui ont eu recours à du démarchage agressif² et des périodes de taux bonifié taillé sur mesure pour la durée du mandat³. La renégociation des contrats d'emprunt a favorisé la propagation des emprunts structurés puisqu'ils correspondaient aux attentes de l'emprunteur souhaitant un gain immédiat. La proposition d'emprunts structurés s'est étendue à toutes les collectivités et notamment les communes de plus de 3 000 habitants, ce qui n'a pas empêché par la suite que des communes de 600 habitants aient aussi des emprunts structurés dans leur passif (avec un taux indexé sur la parité entre le dollar et le yen avec effet de levier)⁴.

La diffusion des emprunts structurés a été favorisée par la confusion entre le rôle de prêteur et de conseiller des banques et par des élus insuffisamment vigilants ou incompetents. Dans plusieurs situations, les collectivités ayant des emprunts toxiques avaient démarché les services d'un conseiller financier. Leurs prestations ont été inégales, certains déconseillaient le recours aux emprunts structurés et dans quelques cas « *leurs avertissements n'ont pas été entendu et n'ont pas été diffusé à l'assemblée délibérante* », dans d'autres cas les conseillers recommandaient de recourir aux emprunts structurés⁵.

La dérive des emprunts structurés a été permise grâce à une interprétation non pas illégale mais minimale du cadre juridique enserrant et protégeant la collectivité⁶. La création de produits financiers à deux phases est illustrative puisqu'ils respectent le principe d'équilibre annuel mais sont déséquilibrés sur le long terme. Les emprunts structurés ont constitué le point d'orgue de la dérive de la liberté d'emprunter, alors qu'ils étaient présentés avant la crise comme une « *solution innovante, adaptée aux collectivités territoriales et au contexte financier, les produits structurés peuvent permettre de minimiser les frais financiers*

¹ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 44.

² M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 49.

³ M. Lhérieu, « Questions à Mathieu LHERITEAU DGS de la ville d'Asnières-sur-Seine », précité.

⁴ M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 49.

⁵ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 61.

⁶ J-C Moraud, « Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation », p. 862.

en tirant profit des opportunités de marché¹ ».

La diffusion des emprunts structurés a été particulièrement importantes au sein des personnes publiques locales comme les hôpitaux, les collectivités territoriales ou les SDIS². Le lien fait entre emprunts toxiques et collectivités territoriales s'explique notamment au regard du fait que les collectivités territoriales ont été les plus touchées par ces emprunts. En effet, rien que pour les communes, il semblerait qu'il y ait eu 3 800 communes de moins de 10 000 habitants qui y aient eu recours³. La comptabilisation sur ces emprunts est extrêmement complexe étant donné leur nature cachée.

Bien que problématiques, ces emprunts ont néanmoins eu un aspect positif. Quand la crise s'est déclenchée en 2008, la majeure partie des emprunts structurés étaient encore dans leur phase de bonification. Ce point positif est resté limité puisque dès 2011, les trois quarts des emprunts structurés étaient dans leur seconde phase « structurée »⁴.

b) La résorption complexe des emprunts structurés

La crise économique de 2008 a été le déclencheur de la toxicité de ces emprunts structurés en raison de la dégradation brutale des index de référence pour le calcul du taux d'intérêt. La ville de Saint Etienne et le département de Seine-Saint-Denis, les cas emblématiques des emprunts toxiques, ont vu leur situation être fortement dégradée. La ville de Saint-Etienne a vu une augmentation de son taux d'intérêt moyen augmenter de 24% et le poids de sa dette croître de 3,7 millions d'euros en un an⁵. Le département de Seine-Saint-Denis a vu un surcoût dans la charge de sa dette entre 23 et 28 millions d'euros. Dans d'autres situations problématiques, l'augmentation du taux d'intérêt a pu atteindre 50%⁶. La crise des emprunts toxiques a rapidement été médiatisée et présentée comme un problème global alors qu'il ne concernait qu'une quinzaine de villes et trois départements⁷.

¹ P. Girard, « Le financement des collectivités locales », p. 917-918.

² Service Départemental d'Incendie et de Secours.

³ M. Collet, G. Eckert, « Chronique de droit public financier », RFDA, 2012, p. 1219

⁴ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 83.

⁵ G. Eckert, « Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », p. 1712.

⁶ *Loc. cit.*

⁷ J-C Moraud, « Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation », précité.

Le problème de la résorption des emprunts toxiques réside en partie dans leur identification qui est délicate. Les instances nationales émettent chacune des estimations du montant des emprunts toxiques qui varient entre 8 et 10% de la dette publique locale¹, et pour cause. L'identification de l'emprunt structuré comme emprunt toxique n'est parfois possible qu'une fois les index dégradés et le taux d'intérêt en hausse. C'est pour cette raison que tous les emprunts toxiques ne se sont pas révélés en 2008. L'exemple de la baisse du Franc suisse, utilisé dans de nombreux prêts structurés abonde dans ce sens. Relativement protégé jusqu'en 2010 en raison de la stabilité économique de la Suisse, toutes les collectivités ayant un prêt indexé sur le Franc suisse voient leur situation fortement se dégrader et la situation tend à s'empirer actuellement². Même en cas d'amélioration des index, ces emprunts ont été fréquemment contractés pour une longue durée, de 15 à 30 ans dans les années 2000³. Dès lors, le risque s'établit sur la durée est varié en raison de la masse d'indices variés et bien souvent complètement étrangers aux collectivités territoriales. De cette manière l'autonomie financière est tributaire de l'économie mondiale.

Face aux problèmes d'aujourd'hui et aux risques de demain, les collectivités ont usé des solutions de hier. La renégociation des contrats d'emprunt qui a permis aux collectivités de dégager des marges de manœuvre dans les années 2000 n'a pas fonctionné pour résoudre le problème des emprunts toxiques. Les prêteurs étaient conscients des risques du contrat dans la mesure où ils l'avaient élaboré. Elles ont alors cherché à éviter les renégociations engendrant des pertes financières⁴. Face à des créanciers protecteurs de leurs intérêts, les collectivités ont parfois cherché à résoudre définitivement le problème en négociant un remboursement anticipé du contrat. Il s'est avéré que le remboursement anticipé engendrait des indemnités importantes, parfois plus que le montant de l'emprunt⁵, ce qui fait que peu de collectivités ont pu résoudre le problème. Mais étant donné que dans un certain nombre de cas les contrats étaient illégaux, plusieurs collectivités ont recouru à la

¹ Pour la cour des comptes le montant serait entre 30 et 35 milliards avec 10 à 12 milliards aux risques potentiellement élevés. M. Conan, G. Eckert, *op. cit.*, p. 1220.

² J. Lasserre Capdeville, « Emprunts toxiques : renforcement des mesures de soutien aux collectivités territoriales à la suite de la hausse du franc suisse », AJCT, 2015, p. 113. Cette baisse du franc suisse a déjà entraîné un surplus de 3 milliards de dette.

³ M. Klopfer, « Négociier, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », RLCT, 2012 n°83, p. 53

⁴ M. Klopfer, « Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », p. 51.

⁵ Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 68.

stratégie Nimzowitch¹ en forçant la main du banquier en le menaçant d'une action en justice². Même si le juge rejette l'action, la contestation du contrat entraîne des conséquences en matière de qualité de dépense obligatoire du remboursement.

La résorption est d'autant plus complexe dans le contexte général de désendettement financier public avec l'accroissement des charges de fonctionnement. En effet, le désendettement nécessite que la personne publique baisse ses capacités d'autofinancement ou puise dans sa trésorerie. Les collectivités territoriales avec les emprunts toxiques semblent être condamnées à boire le calice jusqu'à la lie à l'image de Socrate.

L'Etat a cherché à aider les collectivités en mettant en place un fond de soutien de 1,5 milliards d'euros sur 15 ans par la loi de finance pour 2014 porté en 2015 à 3 milliards d'euros³. Ce fond sert uniquement d'aide financière partielle pour les collectivités souhaitant réaliser un remboursement anticipé. En retour, l'Etat a posé comme condition que la collectivité réalise une transaction dans laquelle elle renonce à son action en justice. Ce dernier aspect révèle toute l'ambiguïté de l'aide financière de l'Etat. La présence de l'Etat actionnaire dans bon nombre d'établissement de prêt et son engagement avec l'ancienne société Dexia⁴ expliquent cette stratégie privilégiant le consensualisme plutôt que la confrontation devant les tribunaux. L'intervention de l'Etat rend la résorption plus complexe dès lors qu'il continue d'entretenir des liens avec les établissements de prêt, cherchant alors à favoriser le maintien ces relations contractuelles bien qu'illicites dans plusieurs cas⁵.

La question des emprunts toxiques devient de plus en plus politique. Dès 2012, le nombre d'impayés des annuités de remboursement a augmenté et dépasse désormais les seuls emprunts toxiques⁶. La polémique enfle de plus en plus puisque des communes requièrent l'intervention de l'Etat en adoptant des budgets en déséquilibre⁷. Face à cette solution les collectivités concernées semblent bien incapables de résoudre le problème par elles-mêmes.

¹ Il s'agit de l'idée selon laquelle « *la menace est plus forte que l'exécution* ».

² M. Klopfer, « Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », p. 54.

³ J. Lasserre Capdeville, « Emprunts toxiques : renforcement des mesures de soutien aux collectivités territoriales à la suite de la hausse du franc suisse », AJCT, 2015, p. 113.

⁴ M. Guillou, « Emprunts souscrits par les collectivités et TEG », AJCT, 2014, p. 68.

⁵ E. Portal, « Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », p. 77.

⁶ M. Klopfer, « Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », p. 55.

⁷ M. Golla, « Des villes se rebiffent contre les emprunts toxiques », « *Le Figaro* », 25 mars 2015.

2) L'intervention forcée de l'Etat

Avec l'incapacité de voir émerger une solution locale aux emprunts toxiques, l'Etat est allé une fois de plus sur la brèche parce qu'il a vu son intervention devenir de plus en plus nécessaire afin de rééquilibrer la situation. Son immixtion s'est justifiée en raison d'une conception de l'existence d'une garantie politique des collectivités par l'Etat (a) qui lui impose d'agir. Toutefois, l'Etat a souhaité limiter son intervention en renvoyant les collectivités à leurs responsabilités, faisant apparaître une possible opposabilité de la libre administration aux collectivités territoriales (b) expliquant en partie le constat d'une résolution ambiguë par la voie de l'Etat (c).

a) La conception d'une garantie politique des collectivités territoriales par l'Etat

L'Etat a mis en place plusieurs mécanismes financiers pour s'assurer que les collectivités territoriales ne feraient pas défaut. Mais ces mécanismes sont aussi censés garantir à l'Etat une certaine indépendance financière des collectivités vis-à-vis de celles-ci. Dans la mesure où la libre administration des collectivités territoriales ne peut pas porter atteinte à l'unité de l'Etat¹, les collectivités font alors partie de celui-ci. Le fait que l'organisation décentralisée passe par l'Etat, puisque c'est lui qui l'organise, démontre l'existence d'un lien politique et institutionnel entre eux. Si les collectivités n'existent que parce que l'Etat leur laisse l'autonomie qu'il veut bien leur accorder, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de libre administration étant plus que favorable à l'Etat². Le contrôle de légalité et la contractualisation forcée comme les contrats de plan entre l'Etat et les régions renforcent ce lien organique entre l'Etat et les collectivités territoriales. Il répond de leurs comportements, ce qui est admis devant les juges avec la possibilité d'engager la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde dans l'exercice du contrôle de légalité³.

¹ Cons. Cont, 23 mai 1979, n°79-104 DC, rec. Cons. cont. 1979 p. 27.

² 5 censures depuis 1975 sur le fondement de la libre administration

³ CE, 21 juin 2000, Ministre de l'Equipeement c/ Commune de Roquebrune-Cap-Martin, req. n°202058, rec.

La conception de la garantie de l'Etat envers les collectivités est combattue par lui. Les mécanismes budgétaires qu'il a mis en place vont également dans ce sens. En effet, il impose aux collectivités un but, celui d'une gestion financière saine, et un moyen pour y parvenir : l'autonomie de gestion. En raison de celle-ci, l'Etat ne peut être tenu responsable des choix d'opportunité des collectivités s'ils sont légaux. A titre d'exemple, lors des débats avec les représentants des élus locaux pour la création de l'Agence France Locale, l'Etat a imposé que celle-ci n'ait aucun lien avec lui¹.

Pourtant, malgré les dénégations de l'Etat, les emprunts locaux ont révélé sa position. Malgré une méfiance inconsciente, considérant les élus locaux comme étant inaptes à gérer leurs finances responsablement, il a favorisé le recours à l'emprunt en le libéralisant fortement. Dès le XIXème siècle, sa tutelle sur les décisions d'emprunt se justifie par le fait qu'il est le garant des collectivités territoriales puisque, par la tutelle administrative, elles entretiennent une proximité institutionnelle trop forte avec l'Etat². Bien que les temps aient changé, cette garantie politique de l'Etat est toujours présente. Par exemple, en matière de notation, les établissements refusent, sauf indépendance financière et organique suffisamment forte, de donner à l'entité infra-étatique une note supérieure à celle de l'Etat³.

En dépit du refus de l'Etat d'intervenir, les conceptions de cette garantie politiques sont plus contrastées qu'il n'y paraît. Quand bien même l'Etat a mis en place plusieurs moyens pour s'assurer de ne pas suppléer à la collectivité défaillante, si jamais il doit intervenir il le fait sur les fonds de la collectivité⁴. La garantie politique de l'Etat reste incertaine au niveau micro-économique et individuel. L'Etat a démontré pendant la crise des emprunts toxiques qu'il n'intervenait pas pour refinancer les collectivités en difficulté. Toutefois, face à des collectivités d'une certaine taille comme la région Ile-de-France ou Rhône-Alpes-Auvergne en raison de leurs poids économique, l'idée d'un « *too big to fail* »⁵

Lebon p. 236 ; CE, 6 octobre 2000, Ministre de l'Intérieur c/ Commune de Saint Florent et autres, req. n°205959.

¹ Article L 1611-3-2 du CGCT

² « La doctrine garde à l'esprit l'idée que lorsqu'une commune, un département empruntent, c'est indirectement le crédit de l'Etat qui est en cause » in L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local », p. 383.

³ En Europe seulement deux entités infra-étatique ont des notes supérieures à celle de leur Etat, il s'agit du Pays Basque et de la Navarre en Espagne qui est un Etat régional. Cette hypothèse paraît fort peu probable dans un Etat unitaire comme la France. V. Montmaur, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », p. 68.

⁴ Conseil d'Etat, 18 novembre 2005, Société fermière campoloro, n°271898.

⁵ C'est l'idée selon laquelle une entité a trop d'importance pour que l'Etat n'agisse pas et laisse cette entité

est relativement incertaine¹. Cette garantie est par contre bien présente au niveau macro-économique où l'Etat est intervenu pour résoudre la crise par plusieurs mesures globales, comme la Charte Gissler. L'existence d'un Sénat qui représente les collectivités territoriales ainsi que l'importance de députés ainsi que d'élus locaux est extrêmement importante. Il n'est pas étonnant que ceux-ci usent de leur double rôle comme moyen de faire porter leurs intérêts au niveau national

b) L'apparition d'une opposabilité de la libre administration aux collectivités territoriales de l'Etat

Le problème des emprunts locaux a contribué à la définition du contenu de la libre administration. Les dérives révélées par la crise et les conséquences financières souvent désastreuses ont montré l'usage fait de la liberté d'emprunter et donc de la libre administration. Paradoxalement, la bonne gestion des emprunts de la grande partie des collectivités démontre que l'Etat peut également avoir confiance en leur gestion financière et leur laisser de l'autonomie de gestion financière. Dans les deux cas, la conséquence sur la libre administration est similaire, si les collectivités sont là où elles en sont aujourd'hui c'est uniquement de leur fait et de la gestion de leur autonomie.

La Cour des comptes a considéré que, face aux demandes répétées de plusieurs collectivités à ce que l'Etat règle le problème des emprunts toxiques par la création d'une structure de défaisance², il fallait préférer des moyens de prévention pour le futur. Il s'agirait alors d'apporter des solutions adaptées pour chaque collectivités tout en limitant le plus possible l'intervention de l'Etat. Cette recommandation à une abstention de l'Etat renvoie à une certaine vision punitive de la situation des collectivités territoriales en difficultés par des emprunts qu'elles ont même contracté. La Cour des comptes recommande à ce que les collectivités assument leurs choix en matière d'emprunt, selon elle « il apparaît logique que les collectivités locales qui ont souhaité que leur liberté d'emprunter ne soit pas encadrée

disparaître sans l'aider.

¹ G. Dufrénot *et al.*, « Les comportements d'emprunt des régions françaises : quel degré d'hétérogénéité ? ».

² Il s'agirait d'un établissement public qui reprendrait les emprunts toxiques et les rembourserait progressivement grâce à une taxe sur les banques et par le financement de l'Etat. Le projet est principalement porté par M. Frédéric VINCENT sénateur-maire de Saint Etienne. Voir Cour des Comptes, « La gestion de la dette locale », p. 79 "d) Améliorer le traitement des cas les plus difficiles sans pour autant passer par une structure de défaisance".

assument les conséquences des choix individuels qu'elles ont fait dans ce domaine¹. M. Lasserre Capdeville abonde dans le sens des juges de la Rue Cambon en considérant que « *c'est à ces dernière d'assumer, dans un certain nombre de cas, le fait d'avoir " joué avec le feu", et ce d'ailleurs en prenant, parfois, quelques libertés avec les règles budgétaires et comptables*² ».

Cette conception d'une libre administration opposable aux collectivités renverse la logique d'une libre administration principalement conçue comme pouvant être utilisée dans les relations entre l'Etat et les collectivités qu'elles pouvaient opposer aux intrusions de l'Etat. La libre administration est une liberté fondamentale³ et, à ce titre, peut être opposée à ses titulaires, à l'instar de la dignité humaine⁴. Toutefois, la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de libre administration a tracé les limites « en pointillés » (Doyen Vedel) de cette liberté, même s'il s'agit de limites qui restent relativement lointaines. Il semble que les juges constitutionnels usent de la libre administration pour l'opposer aux collectivités territoriales afin de justifier les interventions de l'Etat. La décision constitutionnelle du 24 juillet 2014 sur la loi de validation des contrats d'emprunt⁵ voie dans l'intérêt économique de l'Etat un intérêt général supérieur justifiant l'atteinte portée à la libre administration. Toutefois, sur le plan politique, l'idée d'une opposabilité de la libre administration est inconcevable et justifierait les choix de l'Etat de ne pas rayer d'un trait de crayon les contrats d'emprunts problématiques.

Le renforcement des contraintes pesant sur la liberté d'emprunter à travers la loi de séparation et de régulation des activités bancaires, a pu être possible sans entraver la libre administration qui, en la matière, reste encore vaste.

En étant potentiellement opposable aux collectivités territoriales, la libre administration se voit ajouter un nouveau caractère. Il ne s'agit plus seulement du « droit d'exister » ni de la « liberté d'agir »⁶, mais du « devoir d'agir ».

¹ *Loc. cit.*

² J. Lasserre Capdeville, « Crédits consentis aux collectivités locales : quelle action contre les banques ? », p. 75.

³ L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », Cahiers du Conseil Constitutionnel, mai 2002 n°12

⁴ CE, ass., 27 octobre 1995, Commune de Morsang sur Orge, req. n°136727 ; CE, 4 juin 1975, Bouvet de Maisonneuve, req. n°92161.

⁵ A. Roblot-Troizier, « Quand le Conseil constitutionnel protège les intérêts de l'Etat » in A. Roblot-Troizier, G. Trusseau, « Chronique de jurisprudence – Droit administratif et droit constitutionnel », RFDA, 2014, p. 1218.

⁶ L. Favoreu, A. Roux, *op. cit.*, p. 7.

c) Le constat d'une résolution par la voie de l'Etat

Paradoxalement, malgré le souhait de l'Etat d'apparaître comme celui qui ne veut ni ne peut résoudre les problèmes, celui-ci est intervenu ces dernières années pour tenter de corriger les problèmes de l'emprunt local, démontrant que son intervention reste nécessaire en dépit du processus décentralisateur.

L'action de l'Etat s'est portée sur deux problèmes, le premier étant celui des emprunts toxiques, le second sur les difficultés d'accès au crédit des collectivités. La Charte Gissler¹, intitulée « de bonne conduite entre les établissements bancaires et les collectivités locales » est issue d'une impulsion de l'Etat. Afin « *de mesurer l'ampleur du phénomène, le Ministre de l'Intérieure, de l'Outre-Mer et des Collectivités Territoriales et celui de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ont organisé le 3 novembre 2008 une réunion entre les représentants des associations d'élus locaux et les principaux établissements actifs dans ce secteur*² ». L'Etat a pris par la suite une circulaire du 25 juin 2010 pour redéfinir le cadre de l'emprunt et intégré la Charte Gissler dans le droit positif.

Face au *credit crunch*, l'Etat est intervenu encore plus rapidement puisque dès la fin 2008 il a augmenté les fonds disponibles pour la CDC afin qu'elle soutienne l'investissement local, ce qu'elle a réédité en 2011 après le sauvetage de Dexia³.

La loi sur la séparation et la régulation des activités bancaires porte sur deux champs en matière d'emprunt local. D'une part l'Etat autorise une agence de financement des collectivités territoriales (articles L 1611-3-2 du CGCT) et d'autre part il augmente les conditions tenant aux caractéristique de l'emprunt, notamment pour le taux d'intérêt (article L 1611-3-1 du CGCT). L'aspect limité de cette intervention 5 ans après la crise s'explique par deux raisons. D'une part, la loi de séparation et de régulation des activités ne prévoyait pas d'articles concernant l'emprunt des collectivités territoriales, ces dispositions ont été

¹ Site : http://www.collectivites-locales.gouv.fr/files/files/091207banques_collectivites-1.pdf. Consulté le 22 novembre 2014.

² *Loc. cit.*

³ J-M. Pastor, « Le sauvetage de Dexia donne naissance à une nouvelle structure de financement », AJCT, 2011, p. 481.

introduites par un parlementaire¹. D'autre part, le but était volontairement limité puisqu'il s'agissait « *de retranscrire dans la loi l'esprit de la Charte Gissler*² ».

Récemment, l'intervention de l'Etat en matière d'emprunt semble relever d'un double jeu. En effet, avec la présence de l'Etat dans plusieurs établissements bancaires, notamment Dexia, l'Etat est doublement concerné par les emprunts toxiques. La mise en place d'un nouveau réseau de prêteurs publics fait que l'Etat a du garantir une part importante d'emprunts structurés de l'ancien réseau³. Dès lors, celui-ci n'a aucun intérêt à ce que les collectivités réussissent à sortir de l'emprunt structuré sans quoi cela engendrerait des pertes financières importantes pour l'Etat. La médiation prodiguée par M. Gissler entre la banque et la collectivité depuis le début de la crise s'arrête précisément quand une partie l'assigne. « *Cela permet de comprendre d'une part pourquoi la médiation prodigue actuellement tous ses efforts pour que les dossiers s traitent à l'amiable et que le Trésor n'ait pas in fine à faire l'appoint*⁴ ». L'ambiguïté de l'intervention de l'Etat se fonde donc sur le problème des emprunts toxiques. Parallèlement à son intervention chez les prêteurs, l'Etat a également aidé les emprunteurs en créant un fond de soutien de 200 millions d'euros par an pendant 15 ans pour aider les collectivités territoriales à rembourser l'emprunt de façon anticipée⁵ alors qu'il avait déjà créé un fonds de soutien national pour 48 collectivités par la loi de finance rectificative du 29 décembre 2012⁶.

Si l'intervention de l'Etat reste manifestement incontournable, celle-ci est restée matériellement limitée. L'Etat a souhaité respecter la libre administration des collectivités, ce qui s'explique qu'il n'ait cherché qu'à résoudre des risques globaux, ceux que les collectivités ne pourront pas résoudre par elles-mêmes. Par ailleurs, l'Etat a limité son intervention pour faire respecter ses intérêt financiers, que certain lui accusent même d'avoir fait prévaloir sur celui des collectivités⁷.

¹S. Dordevic, « L'encadrement des conditions d'emprunts », p. 17.

² *Loc. cit.*

³ V. Dussart, « Les difficultés de financement des investissements des collectivités territoriales », précité.

⁴ M. Klopfer, « Négocier, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », p. 55.

⁵ M.Guillou, « Une politique nationale pour résoudre le problème des emprunts toxiques ? », AJCT, 2014, p. 280.

⁶ E. Portal, « Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », p. 76.

⁷ A Roblot-Troizier, *op. cit.*, p. 1218.

B)La contestation complexe de l'emprunt par les collectivités territoriales

Parallèlement à la recherche d'une solution globale, les collectivités territoriales cherchent à résoudre le problème individuellement. Un nombre important d'entre elles a considéré les emprunts toxiques comme contraire au droit et ont engagé des actions en justice. Rapidement, elles ont réalisé que la nature du contrat d'emprunt était peu favorable à sa contestation (1). Certaines d'entre elles ont souhaité envoyer un message fort à leur prêteur en cessant de payer leurs annuités de remboursement impliquant les juridictions financières. Bien que ce contentieux très particulier ce soit avéré bénéfique pour les collectivités, la contestation alternative de l'emprunt devant les juridictions financières reste superficiel (2).

1)La nature du contrat d'emprunt peu favorable à sa contestation par la collectivité territoriale

L'assimilation des collectivités territoriales à des personnes privées dans le contrat d'emprunt explique la complexité de la contestation. Leur personnalité morale de droit public fait qu'elles sont plus souvent confrontées à du droit public où l'exorbitance de la matière les place en position de force. Dans la contestation du contrat d'emprunt, les collectivités territoriales sont confrontées à l'exclusion dommageable du droit administratif (a). Il en découle une contestation complexe du contrat d'emprunt devant les juridictions judiciaires (b) puisque les collectivités sont considérées comme justiciables ordinaires.

a)L'exclusion dommageable du droit administratif

Dans le cadre du contrat d'emprunt, la collectivité est considérée comme une personne privée puisque le contrat d'emprunt s'est progressivement banalisé et a exclu toute aspérité exorbitante qui pourrait se trouver dedans. La raison de la particularité du droit administratif c'est qu'il s'agit d'un droit exorbitant par rapport au droit commun, c'est notamment en raison des prérogatives accordées aux personnes publiques. Par ces prérogatives, les personnes publiques sont dans une situation clairement avantageuse par

rapport à leur cocontractant. Ces prérogatives sont de deux types. Il peut s'agir de prérogatives de protection ou d'action. Il y a deux prérogatives de protection particulièrement intéressantes dans le cadre de la contestation des contrats d'emprunt, il s'agit de l'insaisissabilité des biens publics¹ ou plus précisément l'exclusion des personnes publiques des procédures d'exécution forcée de droit commun² et l'interdiction faite aux personnes publiques d'accorder des libéralités³. Ces prérogatives servent à protéger la personne publique, y compris contre elle-même en la prévenant de réaliser des aliénations complètement désavantageuses pour elle par exemple.

Le principe d'insaisissabilité des biens publics s'oppose à ce que la banque fasse saisir le bien réalisée grâce à son prêt, ce qui est complété par l'impératif de continuité du service public selon la proximité qu'il entretient avec le service public. Le principe d'insaisissabilité des biens publics aide de façon indirecte la collectivité pour contester le contrat d'emprunt dans la mesure où il s'agit d'une assurance de ne pas se faire « déposséder » de son bien. Toutefois, elle pourra toujours user de la possibilité ouverte par la loi du 16 juillet 1980⁴ suite à une décision juridictionnelle définitive. L'arrêt du Conseil d'Etat société fermière de Campoloro permet au préfet d'intervenir et de mettre en demeure la collectivité de dégager les ressources nécessaires pour le paiement des créances puis potentiellement se substituer à elle. Là encore, la proximité du bien financé grâce à l'emprunt peut faire obstacle à la mise en demeure et la coupe franche réalisée dans le patrimoine de la collectivité par le préfet⁵. L'hypothèse d'une saisine du bien par la banque paraît complexe, permettant à la collectivité de conserver une part de son autonomie matérielle.

Le principe de prohibition des libéralités par rapport aux contrats d'emprunt a plus de conséquence. Ce principe ne fait l'objet d'aucun contrôle, ce qui est problématique par rapport à l'article 15 de la DDHC⁶. Mais la compatibilité d'un contrôle de ce principe avec la libre administration est bien moins complexe. En étant une prérogative de protection, cela permet de protéger l'autonomie de gestion financière de la collectivité en venant restreindre

¹ Ccass, civ 1, 12 décembre 1987, BRGM, req. n°86-14167.

² Article L 2211-1 CG3P.

³ CE, 17 mars 1893, Chemins de fer de l'est, D. 1894, p. 119, concl. Romieu.

⁴ Loi du 16 juillet 1980 reprise à l'article L 911-9 CJA

⁵ Dans le cadre de la substitution des autorités locales par le préfet celui-ci ne peut vendre les biens nécessaires aux services dont la collectivité à la charge.

⁶ « La Société a le droit de demander comptes à tout Agent public de son administration ».

la liberté de dépenser de la collectivité en cas de disproportion flagrante dans le contrat d'emprunt. Or, si ce principe permet de protéger la personne, il semble être exclu du champ contractuel, du champ du contrôle et du champ du contentieux juridictionnel. La collectivité a un pouvoir d'autodétermination qui lui permet de choisir les modalités de l'emprunt qu'elle va contracter. L'égalité des cocontractants postule que la collectivité ne contractera pas contre son intérêt, ce que les emprunts toxiques ont complété en précisant que le cocontractant ait une connaissance fidèle des éléments du contrat. Il faut alors relever le paradoxe, les contrats d'emprunt ont de fortes conséquences financières sur la collectivité. Or les ventes d'un bien immobilier de la collectivité sont généralement tout aussi conséquentes. Le paradoxe, c'est que la valeur de la vente d'immeuble est contrôlée par l'agence France domaine et peut être soulevée devant le juge alors que la vente d'immobilier par les personnes publiques relève souvent du droit privé.

Enfin l'exclusion du droit administratif dans le contrat d'emprunt et par le juge judiciaire est problématique sur un autre point, celui de la capacité de la collectivité à contracter. Contrairement aux personnes privées, les collectivités sont limitées par leurs compétences. Or, la présence de ces dernières est nécessaire pour conclure le contrat puisque la collectivité doit faire reposer celui-ci sur un intérêt local. Un contrat d'emprunt d'une collectivité dénué d'intérêt local serait alors illégal en raison d'un vice d'incompétence. Ce principe a été posé par la circulaire du 15 septembre 1992 qui entend interdire de cette manière les contrats d'emprunts à caractère spéculatif. Il est possible de voir alors dans ce principe une manifestation de la prohibition des libéralités. En effet, en concluant un contrat d'emprunt spéculatif, la collectivité va voir potentiellement sa charge financière s'accroître pour des raisons qui lui sont complètement étrangères et sur lesquelles elle n'a aucune influence. Toutefois, le caractère spéculatif du contrat est délicat à contrôler malgré l'effort de définition jurisprudentiel du juge administratif qui avait distingué l'intérêt public de l'intérêt privé en considérant que l'action de la collectivité devait respecter une neutralité territoriale, de compétence et elle ne pouvait intervenir pour soutenir des intérêts purement privés¹. C'est pourtant le seul point particulier des personnes publiques que le juge judiciaire semble avoir intégré dans son analyse². En l'espèce, le juge avait vu dans l'interdiction faite

¹ CE, sec., 7 juillet 2004, Commune de Céloux, req. n°254165.

² CA Paris, ord, 4 juillet 2012, Royal Bank of Scotland, n°11/21801.

aux collectivités de conclure des contrats spéculatifs une contrainte légale.

Il est possible de constater que les collectivités peuvent difficilement reposer sur des éléments du droit public pour contester le contrat d'emprunt sur le fondement de leurs particularités. Cela est envisageable, mais il y a un problème de concordance des notions entre le droit public et le droit privé qui freine la reconnaissance des spécificités des collectivités territoriales par le juge judiciaire.

b) La contestation complexe du contrat d'emprunt devant les juridictions judiciaires

Avec l'impossibilité ou presque pour les collectivités d'user du droit administratif pour contester le contrat d'emprunt, elles se sont tournée vers des actions contentieuses de droit privé de façon massive¹. Les assignations ont été en grande partie faites en matière civile. Les collectivités territoriales ont retourné le problème de la complexité du contrat d'emprunt pour établir à partir de là les fondements de leurs actions.

Principalement, les actions ont porté sur la nullité de la clause mentionnant le taux effectif global (TEG). Le TEG c'est le taux d'intérêt de l'emprunt. L'article L 313-4 du CMF impose au prêteur que le TEG soit mentionné dans tous les écrits du contrat de prêt. En cas d'omission, ou de mauvais calcul, le juge judiciaire annule la clause du TEG. Par conséquent, comme la clause est réputée nulle et non écrite, le juge remplace le TEG par le taux d'intérêt légal tel que c'est prévu à l'article 1907 du Code civil. L'action en nullité de clause du TEG est extrêmement intéressante pour les collectivités puisque si l'annulation est prononcée elle sera ciblée et ne remettra pas tout en cause. De plus, l'action en nullité de la clause mentionnant le TEG permet de cibler précisément ce qui est problématique dans l'emprunt toxique puisque le capital de l'emprunt reste fixe.

Récemment, les premières juridictions civiles qui se sont prononcées sur ce fondement ont reconnu la nullité de la clause mentionnant le TEG². C'est justement en raison

¹ 196 assignations en 2012 v. M. Guillou, « Emprunts souscrits par les collectivités et TEG », p. 69.

² Note sous TGI Nanterre, 8 février 2013, AJCT, 2013, p. 195, et note sous TGI Paris, 25 mars 2014, n°11/04698, AJCT, 2014, p. 323.

de l'efficacité de cette action en justice que l'Etat est intervenu afin d'étouffer cette possibilité de remettre en cause un nombre important de contrats de prêts structurés en raison des pertes financières que cela représenteraient pour lui. Le Gouvernement a usé de la technique de la validation législative qui consiste à identifier un élément juridique précis et à le déclarer conforme à la loi. Ainsi, ni le juge administratif ni le juge civil ne peuvent ensuite la remettre en cause. Le Gouvernement a essayé de valider les clauses mentionnant le TEG dans les emprunts structurés à l'occasion de la loi de finances pour 2014. Cependant, le Conseil constitutionnel l'a censuré pour méconnaissance des principes d'intelligibilité du droit et du droit de propriété¹. Le Gouvernement ne s'est pas laissé abattre et, à l'image de cette fameuse bière du Trièves, la Rebelette, il faut bien croire que cette tentative échouée a eu un goût de « reviens-y » puisque au mois de juillet 2014, le Gouvernement a fait adopter une loi validant les clauses mentionnant le TEG dans les emprunts structurés conclus par les personnes publiques². Le Gouvernement a retenu la leçon de la censure du Conseil constitutionnel puisqu'il a évité dans cette loi de prêter le flanc aux motifs de censure de la loi précédente (notamment la généralité de la mesure qui touchait tous les contrats d'emprunts structurés selon le Conseil constitutionnel). La loi a donc été validée par le Conseil constitutionnel³ considérant qu'il y avait un intérêt général suffisant pour valider les clauses⁴.

Avec l'extinction du contentieux de la clause mentionnant le TEG, les collectivités se sont tournées sur d'autres fondements pour faire constater la nullité de leur contrat. Plusieurs spécialistes ont identifié des fondements d'actions en justice reposant sur le manque d'information de l'emprunteur⁵. Des actions avec des fondements semblables ont

¹ Cons. cont., 29 décembre 2013, n°2013-685 DC relative à la loi de finance pour 2014. Voir M. Guillou, « Emprunts souscrits par les collectivités et TEG », p. 68.

² Loi n° 2014-844 du 29 juillet 2014 relative à la sécurisation des contrats de prêts structurés souscrits par les personnes morales de droit public

³ A Roblot-Troizier, *op. cit.*, p. 1218.

⁴ En effet, l'intérêt de la loi de validation c'est qu'elle est rétroactive et s'applique aux situations nées avant son adoption alors que l'article 2 du Code civil prévoit que « *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ». Dès lors, ce genre de loi c'est comme un bon gros pavé dans une mare et étant donné le grand trouble juridique que jette une loi de validation, le Conseil constitutionnel et la Cour Européenne des Droits de l'Homme exigent un motif d'intérêt général suffisamment important pour justifier une telle violation.

⁵ G. Eckert, « Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », précité, M. Collet, G. Eckert, « Chronique de droit public financier », précité ; M. Klopfer, « Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », précité ; J. Lasserre Capdeville, « Crédits consentis aux collectivités locales : quelle action contre les banques ? », précité.

déjà été engagées ailleurs en Europe¹. Les textes, comme l'article L 533-12 du CMF imposent une information suffisante du client à propos des éventuels risques avant la conclusion du contrat. La jurisprudence civile a identifié des obligations de mise en garde² ou d'éclairer le client³ à la charge du prêteur. Parmi ces obligations, l'article L 533-13 du CLF impose une information préalable à la charge du prêteur pour l'emprunteur. Mais il semble que ce fondement soit inapplicable en ce que cette obligation ne porte que sur les instruments financiers. Or, les emprunts structurés sont des emprunts à part entière et non des instruments financiers⁴. En revanche, cette obligation de mise en garde semble applicable également pour les emprunts⁵ et semble être « *le fondement idéal à l'action des communes endettées (au moins certaines d'entre elles) contre le prêteur* »⁶. Cette obligation de mise en garde joue uniquement si l'emprunteur est non-averti, ce qui est déterminé par le juge selon un faisceau d'indices et reste délicat à déterminer et repose sur une approche individualisée. Pour M. Lasserre Capdeville, il semblerait que si la collectivité a bénéficié sur certaine durée de prêts structurés, alors elle serait considérée comme un client averti⁷. Cette obligation joue même si le prêt n'est ni excessif ni imprudent au moment où il est accordé⁸. En raison de cette obligation de mise en garde le prêteur a trois contraintes⁹. Il doit s'informer des capacités financières de l'emprunteur, l'alerter sur les risques encourus et lui consentir un prêt adapté. Il semblerait que pour les produits et les emprunts structurés l'obligation soit renforcée par le devoir d'éclairer sur les avantages et inconvénients du produit financier¹⁰.

Dans l'hypothèse où le juge admettrait la violation de l'obligation de mise en garde, il n'y aurait pas de disparition de celui-ci. En effet, la violation de cette obligation repose sur la responsabilité contractuelle du cocontractant. La banque devrait indemniser son emprunteur de la perte d'une chance de contracter de façon éclairée, et son montant pourrait aller

¹ CA Rimini, 12 octobre 2010, Commune de Rimini c/ Société Unicredit et Bundesgerichtshof, 22 mars 2011, Ille Papier Service GmbH.

² J-L. Vasseur, « Emprunts toxiques : les recours possibles devant le juge civil », RLCT, octobre 2012, n°83, p. 60-63.

³ *Loc. cit.*

⁴ J. Lasserre Capdeville, « Crédits consentis aux collectivités locales : quelle action contre les banques ? », p.73.

⁵ *Loc. cit.*

⁶ J. Lasserre Capdeville, *op. cit.*, p. 74.

⁷ *Loc. cit.*

⁸ Ccass, com 11 décembre 2007, n°05-21.234

⁹ J-L Vasseur, *op. cit.*, p. 61-62.

¹⁰ Ccass, com, 5 novembre 1991, n°89-18.005.

jusqu'à 90% du préjudice¹.

Dernier type de fondement, celui du vice du consentement. Cités à l'article 1109 du Code civil, l'erreur nécessiterait que l'emprunteur se soit trompé sur un élément essentiel du contrat comme le taux d'intérêt. Le dol nécessite une erreur avec un caractère intentionnel, c'est-à-dire la fourniture d'informations sous un aspect favorable trompeur ou une réticence à partager l'information. Enfin, la Cour de cassation assimile depuis 2002² l'abus de dépendance économique, situation où la collectivité n'a pas le choix de contracter et se voit forcer de le faire aux conditions de son prêteur, à la violence. Le problème d'une action pour vice du consentement, c'est que dans le cas de la reconnaissance de l'un d'entre eux, c'est tout le contrat qui est remis en cause, et les parties doivent revenir à la situation existant avant le contrat. Par conséquent, la collectivité doit rendre le capital de l'emprunt ce qui peut être problématique si celui-ci a déjà été utilisé.

Des actions pénales ont été envisagées de façon marginale. Il semblerait que l'infraction de droit commune ait peu de chance d'être retenue et il faudrait alors se tourner vers le droit pénal de la consommation³. Ainsi, il pourrait s'agir du délit de tromperie (article L 213-1 du code de la consommation), du délit de publicité trompeuse (article L 121-1 code de la consommation) ou des pratiques commerciales trompeuses (article L 121-1 du code de la consommation). De plus, en cas de reconnaissance du délit, il n'est pas certain que cela entraîne la nullité du contrat. Il revient au juge du contrat d'apprécier les conséquences de la faute pénale sur la validité du contrat.

De façon générale, la prescription des actions est déjà écoulee. Pour les délits, celle-ci est de 3 ans⁴, en matière civile elle est de 5 ans⁵. Toutefois, il existe des différences quant au point de départ de la prescription selon le fondement de l'action⁶.

Malgré la loi de validation du Gouvernement, il semblerait que les collectivités

¹ J-L Vasseur, *op. cit.*, p. 62.

² Ccass, civ 1, 15 mai 2002, Bull. civ. I, n°132.

³ D. Seban, M. Hénon, « Emprunts toxiques : les recours possibles devant le juge pénal », RLCT, octobre 2012 n°83, p. 57-59.

⁴ D. Seban, M. Hénon, *op. cit.*, p. 59.

⁵ J-L Vasseur, *op. cit.*, p. 61.

⁶ Par exemple pour le TEG le point de départ n'est pas la conclusion du contrat mais la découverte par l'emprunteur avec la dégradation des taux d'intérêts (Ccass, civ 1, 7 mars 2006, D. 2006, AJ, p. 913, note Avena-Robardet).

puissent faire reposer leurs actions sur un autre fondement qui repose sur le même principe. Il s'agit du taux usuraire. La liberté contractuelle en matière de taux d'intérêt permet de calculer le taux librement mais dans une limite fixée par la loi¹. Tout taux d'intérêt supérieur à ce plafond serait usuraire au sens de l'article L 313-3 du code de la consommation² et serait donc illégal. Par conséquent, le constat de son illégalité entraîne l'inscription dans le contrat du taux d'intérêt légal. Bien que très prometteur, il existe un doute puisque le bénéfice du taux usuraire aux collectivités territoriales semble incertain³.

2) La contestation superficielle du contrat devant les juridictions financières

Les juridictions financières ont trois niveaux de contrôle⁴ : le contrôle des actes budgétaires, la réalisation de contrôles de gestion et le contrôle des comptes des comptables publics. A l'occasion du contrôle des budgets locaux, les CRC doivent s'assurer de la présence des dépenses obligatoires dans celui-ci et leur provisionnement. Si la collectivité ne l'a pas fait, tout tiers intéressé ou le préfet peut saisir la CRC afin qu'elle adresse un avis à la collectivité d'inscrire la dépense obligatoire qui, s'il reste sans réponse, permet au préfet d'inscrire d'office les dépenses.

La contestation des contrats d'emprunt par les collectivités porte précisément sur ce point. Le caractère de dépense obligatoire des annuités de remboursement ne porte pas sur le remboursement de l'emprunt à proprement parler mais uniquement de la dette exigible. Pour qu'elle le soit, la dette doit présenter plusieurs qualités⁵ : elle doit être certaine dans son origine juridique, incontestable dans son principe et liquide dans son montant. Dans la

¹ Art 1907 du Code civil.

² « Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier ».

³ « Etant entendu que les personnes publiques ne semblent pas bénéficier de la limitation du taux de l'usure (art. L. 313-3 C. consom.) » in G. Eckert, « Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », p. 1712. Repris M. Conan et G. Eckert, *op. cit.*, p. 1224 (note de bas de page n°7).

⁴ E. Douat, « Chambres régionales des comptes et territoires : quelles évolutions ? » RFFP, février 2015, n°129, p. 95.

⁵ L. Levoyer, « Les emprunts locaux », n°75 p. 25.

mesure où il s'agit de caractères cumulatifs, le défaut d'une des conditions fait que la dette n'est pas exigible et n'est donc plus une dépense obligatoire. A ce titre, une action en justice contre le contrat d'emprunt constitue une contestation sérieuse à même de supprimer le caractère certain de la dette¹.

Ce recours reste très limité. En effet, le juge financier ne se prononce que sur la dette par rapport à un point de vue strictement budgétaire. N'étant ni le juge du contrat, ni le juge de la légalité, il n'a aucun pouvoir d'appréciation sur la validité du contrat d'emprunt. De plus cette contestation est temporaire puisque dès que le contentieux civil est fini, la dette redevient certaine. Bien que précaire, cette solution est intéressante puisque le nombre d'assignations en justice était important en 2012². Cette jurisprudence s'est développée dans un contexte où le nombre d'impayé des annuités de remboursement de la dette augmente fortement³.

¹ CRC ARH, avis n°2012-115 du 31 mai 2012, Commune de Sassenage.

² 196 assignations en 2012 v. M. Guillou, « Emprunts souscrits par les collectivités et TEG », p. 69.

³ M. Klopfer, « Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », p. 55.

Conclusion

L'emprunt entre local et national :

Le double jeu de l'Etat qui, d'une part, freine le recours à l'emprunt, et d'autre part demande aux collectivités de maintenir leur investissement dans un contexte financier dégradé, place les collectivités dans une situation de canalisation du recours à l'emprunt. Mais cette canalisation reste relativement limitée. En effet, la loi établissant un cadre financier public global reste peu contraignante. Si elle prévoit un budget public à l'équilibre, il s'agit d'un équilibre global. La participation des collectivités aux plans de relance n'a pas été une obligation pour elles, et elles s'y plient autant qu'elles le souhaitent dans les limites de leur libre administration. Toutefois, bien que limité, la contrainte de l'Etat reste présente. L'intervention minimaliste suite à la crise des emprunts constitue une autre sorte de contrainte, un message adressé aux collectivités : assumez les conséquences de vos choix budgétaires.

Au niveau local, le recours à l'emprunt s'est toujours inscrit et continuera sûrement à l'être, dans la conception de développement du territoire. Dans cet ordre d'idée, l'importance de la collectivité est liée à son rôle chargée de développer son territoire. La concurrence entre les territoires dicte en partie les choix des investissements financés par l'emprunt. En même temps, les EPCI atténuent cette concurrence tout en la portant à un autre niveau. Tant qu'il y aura besoin de se développer, il faudra investir. Le maintien d'un niveau d'imposition local en-deçà de l'optimum de bien collectif nécessitera le recours à l'emprunt à condition qu'il reste dans la conception d'une ressource complémentaire, la variable d'ajustement.

Emprunt local et démocratie :

Le problème de la compatibilité de l'emprunt constitue un défi de taille pour la démocratie locale. Le contrôle par l'assemblée délibérante est rendu compliqué par une vision limitée de l'emprunt en raison d'une multiplicité de budgets autonomes. L'emprunt de court terme est aussi problématique. Désormais il est nécessaire aux collectivités d'une taille conséquente avec des besoins de trésorerie quotidien sans avoir sur le moment les ressources suffisantes. Conçu pour être rapide, l'intérêt fonctionnel de l'emprunt de court de

terme est un problème de gestion et de contrôle pour l'assemblée délibérante. L'absence de publicité obligatoire du contrat d'emprunt reste difficilement compatible avec la démocratie locale. Le contrôle citoyen en est contrecarré. Ces problèmes sont apparus récemment avec les nouvelles modalités de l'emprunt. Cependant, l'incompatibilité entre l'emprunt et la démocratie locale peut être résolue. Il ne s'agit ici pas d'un problème de nature entre l'emprunt et la démocratie. L'articulation est réalisée par le cadre normatif du budget et de la comptabilité, et force est de constater l'inadaptation de l'encadrement juridique avec les emprunts d'aujourd'hui. La libre administration n'empêche pas à l'Etat d'avoir une réglementation régulièrement mise à jour. Cette inadaptation des textes n'a pas empêché plusieurs collectivités d'innover et de forcer la compatibilité de l'emprunt avec la démocratie représentative.

Recherche de sécurisation des emprunts :

Depuis le déclenchement de la crise des emprunts toxiques, les collectivités territoriales ont débuté un mouvement allant dans le sens d'une sécurisation des emprunts tout en diminuant les coûts. Les emprunts toxiques ont rappelé aux collectivités que les banques restent sociétés qui, par nature¹, sont à but lucratif. Dès lors, la création d'une relation à long terme par l'emprunt nécessite qu'il y ait une relation de confiance entre le prêteur et l'emprunteur. Cela a amené les collectivités à militer pour avoir leur propre véhicule de financement public, l'AFL. Conçu par les collectivités pour les collectivités, l'AFL sera certainement un prêteur de confiance. Ce mouvement de sécurisation lutte encore aujourd'hui pour sécuriser les emprunts structurés et est principalement par des communes et des départements qui en subissent les effets. Avec l'écoulement du temps, la sécurisation du contrat d'emprunt toxique sera de plus en plus la seule solution en raison de l'immixtion de l'Etat. Par ailleurs, les délais de prescription des actions en justice sont pratiquement tous écoulés. Toutefois, le stock contentieux est encore important à ce jour et les décisions de justice. Malgré l'engagement des banques à ne plus proposer d'emprunts structurés en 2009, la longue durée de ces prêts et les index sur lesquels ils reposent en font un passif menaçant, une bombe à retardement qui risque de se déclencher à la moindre secousse économique.

¹ Article 1832 du code civil.

Le paradoxe des demandes des collectivités enjoignant l'Etat de réguler le problème des emprunts structurés réside dans le fait que ce dernier à des intérêts financiers directement liés à ces emprunts. De façon plus globale, la participation de l'Etat à la sécurisation des emprunts reste relativement limitée comme l'a montré sa réaction depuis la crise : un document de droit mou, une circulaire à la contrainte incertaine, quatre articles insérés dans une loi. La liberté d'emprunter des collectivités à de beaux jours devant elle. Manifestement, c'est aux bénéficiaires de cette liberté d'agir. L'Etat a démontré son souhait que la situation ne change pas avec sa position sur la nouvelle directive de l'Union Européenne sur les marchés publics de 2014. A l'image du « *citoyen schizophrène attend de l'Etat qu'il le protège de l'incertitude mais qu'il lui reconnaisse son pouvoir d'agir et qu'il le débarrasse de ses entraves quand il prend le risque pour lui-même, qu'il s'agisse de conduire, de fumer ou de créer une entreprise*¹ ».

L'avenir de l'emprunt local :

Les collectivités territoriales ne sont pas prêtes à pouvoir se passer de l'emprunt. Toutefois, son importance pourrait tout aussi bien être remise en cause avec l'émergence du partenariat et de la pratique lease-back². L'utilité d'une personne publique propriétaire commence à être remise en cause³. Dans ce cadre, le schéma de l'investissement pour une infrastructure dont la collectivité va être la propriétaire n'apparaît plus comme l'optimum en matière de gestion. L'emprunt sera reporté sur les budgets biens collectifs ne pouvant être délégués, en d'autres mots les biens non-partenarialisable. Toutefois, ce mouvement reste limité, les partenariats publics-privés n'ont pas eu l'importance annoncée, la moitié des partenariats concernent l'éclairage public⁴. Par ailleurs, avec le gel des dotations et une fiscalité locale en berne, le recours à l'emprunt comme variable d'ajustement risque de croître. Il y a là un double mouvement allant vers deux sens à priori opposés.

¹ Y. Blanc, « L'Etat survivra-t-il à la prolifération des normes ? », AJCT, 2014, p. 313

² N. Ach, « Les propriétés publiques, une piste renouvelée de création de ressources », RFAP, 2012/4, n°144, p. 995-1002. Le lease-back c'est la pratique qui consiste pour les personnes publiques à vendre le bien immobilier puis à le louer, en somme passer de la situation de propriétaire à celle de locataire d'un même bien.

³ P. Yolka, « Un Etat sans domaine ? », AJDA, 2003, p. 1017.

⁴ P-M. Vague, « Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », RFFP, mai 2014, n°126, p. 151 (v. p. 155).

L'étude de la libre administration à travers l'emprunt local :

L'emprunt permet une meilleure compréhension du contenu de la libre administration. L'exercice de la libre administration avec le recours à l'emprunt soulève la question de son titulaire. Sur le plan du droit, celui-ci peut être autant la collectivité dans un sens institutionnel ou l'assemblée délibérante. Mais dans une approche politique, la libre administration c'est surtout l'autonomie liée à la démocratie locale. Ce serait alors le corps électoral qui la déléguerait à ses représentants locaux. Cela pose à nouveau la question de la compatibilité entre l'emprunt et la démocratie locale. Le recours à l'emprunt démontre également une conception temporelle de la libre administration figée dans le temps. L'emprunt est l'expression de la libre administration d'aujourd'hui mais astreindra celle de demain sans que cela ne soit pris en compte en tant que tel. Mais il est impossible d'opposer à la collectivité l'impératif d'une préservation minimale de la sphère d'autonomie. Peut-être s'agit-il là de l'expression même de l'autonomie. Enfin, longtemps dressée contre l'Etat et ses intrusions avec le succès qu'on lui sait, l'emprunt a permis de révéler un changement de logique. L'opposabilité politique de la libre administration aux collectivités territoriales pour justifier l'intervention limitée de l'Etat est évidemment ancienne. La crise économique a illustré à nouveau l'idée selon laquelle l'Etat n'a pas à rattraper les erreurs des collectivités et qu'elles doivent assumer intégralement leurs choix. Grâce à une sphère de libre administration qui ne cesse de s'étendre avec le processus décentralisateur, les collectivités devront de plus en plus agir et résoudre leurs problèmes par elles-mêmes. L'emprunt local n'est qu'une nouvelle illustration de cette responsabilité qui leur a été confiée en 1982.

Bibliographie

I. Ouvrages :

Manuels :

M. Bouvier, M-C. Esclassan, J-P. Lassale, « Finances publiques », LGDJ, coll. Manuel, 13^{ème} édition, 912 p., Paris, 2014.

B. Faure, « Droits des collectivités territoriales », Dalloz, coll. Précis, 3^{ème} édition, 732 p., Paris, 2014.

J-P Colson, P. Idoux, « Droit public économique », LGDJ, coll. Manuel, 6^{ème} édition, Paris, 2012, p. 806-807.

M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, « Grands Arrêts de la Jurisprudence Administrative », Dalloz, coll. Grands Arrêts, 18^{ème} édition, 2011.

Ouvrages spécialisés :

L. Balmond, M. Paillet, « L'emprunt local » in Histoire du droit des finances publiques, coord. H. Isaia et J. Spindler, vol III, Economica, 1988, Paris, p. 381.

P. Girard, « Le financement des collectivités locales » in P. Raimbourg (dir.), M. Boizard (dir.), Ingénierie juridique, financière et fiscale, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2^{ème} édition, 1792 p., 2009, Paris.

L. Levoyer, « Emprunts locaux », in J-B Auby (dir.), JurisClasseur administratif, Fasc. 127-50, LexisNexis, 30 avril 2013.

A. Jussiaume, « Droit constitutionnel local », in J-B Auby (dir.) , JurisClasseur administratif, Fasc. 1442, LexisNexis, 19 avril 2011, (dernière mise à jour : 6 octobre 2014).

A. Taillefait, « Budget locaux », in J-B Auby (dir.), JurisClasseur administratif, Fasc. 127-10, LexisNexis, 23 novembre 2006.

J-C. Douence, « Le statut constitutionnel des collectivités territoriales », in J-C. Douence, J. Bénoit, Encyclopédie des collectivités locales, Dalloz, Chap. 1, juin 2005 (dernière mise à jour mars 2014).

Rapports officiels :

Cour des comptes, « La gestion de la dette publique locale », 4 juillet 2011.

Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2014 », 21 octobre 2014.

Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2013 », septembre 2013.

Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2012 », septembre 2012.

Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2011 », septembre 2011.

Observatoire des Finances Locales, « Les finances des collectivités locales en 2010 », septembre 2010.

II. Articles :

N. Ach, « Les propriétés publiques, une piste renouvelée de création de ressources », RFAP, 2012/4, n°144, p. 995-1002.

F. Advielle :

« Les chambres régionales et territoriales des comptes et la fiabilité des comptes », AJDA, 2011, p. 1776 (avec G. Miller).

« Vers une assurance renforcée sur la régularité et la sincérité des collectivités territoriales », AJDA, 2014, p. 557 (avec P. Van Herzele).

J-L. Albert, « Le secteur communal et la répartition des ressources publiques : problématiques actuelles », RFAP, 2012/4 n°144, p. 1053-1059.

V. Aubelle, « L'intégration financière prend-elle le pas sur la construction institutionnelle de la coopération intercommunale ? », AJCT, 2011, p. 453.

M. Collet, G. Eckert, « Chronique de droit public financier », RFDA, 2012, p. 1219.

M. Conan, « L'autonomie financière des collectivités territoriales : trente ans après la loi de décentralisation du 2 mars 1982, état des lieux », AJDA, 2012, p. 759.

S. Dordevic, « L'encadrement des conditions d'emprunts », RLCT, septembre 2013, n°93, p. 17-19.

E. Douat, « Chambres régionales des comptes et territoires : quelles évolutions ? » RFFP, février 2015, n°129, p. 95.

G. Dufrenot *et al.*, « Les comportements d'emprunt des régions françaises : quel degré d'hétérogénéité ? », Revue économique, 2011/5 Vol. 62, p. 919-840.

V. Dussart, « Les difficultés de financement des investissements des collectivités territoriales », RFFP, février 2015, n°129, p. 47.

G. Eckert :

« Emprunts "toxiques" des collectivités territoriales, quelles conséquences en tirer ? », AJDA, 2011, p. 1712

« Chronique de droit public financier », RFDA, 2012, p. 1219 (avec M. Collet).

P. Favardin, « La compétition entre collectivités locales », Revue économique, 1996, vol. 47, n°47, n°2, p. 365-381.

L. Favoreu, A. Roux, « La libre administration des collectivités territoriales est-elle une liberté fondamentale ? », Cahiers du Conseil Constitutionnel, mai 2002 n°12.

D. Giauque, « Les difficultés de gestion des partenariats public-privé en Europe : pour une lecture institutionnelle », RFAP, 2009/2 n°130, p. 383-394.

M. Guillou, « Emprunts souscrits par les collectivités et TEG », AJCT, 2014, p. 68.

T. Hafsi, « Partenariats public-privé et management de la complexité : les nouveaux défis de l'Etat », RFAP, 2009/2 n°130, p. 337-348.

R. Hertzog :

« Les contrôles financiers », AJDA, 1992, p. 60.

« L'ambiguë constitutionnalisation des finances locales », AJDA, 2003, p. 548.

« La loi organique relative à l'autonomie financière des collectivités territoriales : précisions et complications », AJDA, 2004, p. 2003.

« La réforme des collectivités territoriales : une ambition financière », RFAP, 2012/1 n°141, p.

121-137.

« Les ressources des finances publiques sous tension : victimes ou causes de la crise des finances publiques ? », RFAP, 2012/4 n°144, p. 915-928

« L'investissement local est-il surévalué ? », BJCL, 2013 n°11/13, p. 735-740.

D. Hoorens, « L'investissement des collectivités locales et son financement », Revue d'économie financière, 2006/5 n°86

S. Jeannard, « L'identification de la nature juridique des emprunts publics », RFFP, septembre 2013, p. 51.

M. Klopfer :

« Produits structurés : des dérives initiales aux impacts macroéconomiques », RLCT, octobre 2012 n°83, P. 48-52.

« Négociateur, assigner ou attendre : quelle stratégie pour les emprunteurs "intoxiqués" ? », RLCT, 2012 n°83, p. 53-55.

M. Lacombe, « La nouvelle gouvernance financière », AJDA, 2013, p. 228.

T. Lamarche, « Le territoire entre politique de développement et attractivité », Etudes de communication, 2003 n°26.

J. Lasserre Capdeville :

« Crédits consentis aux collectivités locales : quelle action contre les banques ? », AJCT, 2012, p. 73.

« Loi de séparation et de régulation des activités bancaires et emprunts des collectivités territoriales », AJCT, 2013, p. 372.

« Emprunts toxiques : renforcement des mesures de soutien aux collectivités territoriales à la suite de la hausse du franc suisse », AJCT, 2015, p. 113.

O. Landeln « Quelle proximité, quelle coopération interterritoriale, quels financements ? », RFFP, février 2015, n°129, p. 153.

P. Le Gand, « Crise financière et ressources des collectivités territoriales », RFAP, 2012/4, p. 943-953.

M. Leroy, « Crise des financements, crise des systèmes fiscaux : une analyse de sociologie financière », RFAP, 2012/4, n°144, p. 1025-1034.

L. Levoyer, « Les instruments budgétaires à différencier selon les collectivités territoriales ? », RFFP, février 2015, n°129, p. 73.

M. Lhérieu, « Questions à Mathieu LHERITEAU DGS de la ville d'Asnières-sur-Seine », RLCT, octobre 2012 n°83, p. 56

D. Mabin, « Quels enjeux pour la MAPTAM ? », AJCT, 2014, p. 232.

T. Madiès, « La concurrence fiscale entre collectivités territoriales : concurrence fiscale et externalités horizontales et verticales, une grille de lecture des comportements stratégiques entre collectivités territoriales », Regards croisés sur l'économie, 2007/1 n01, p. 218-230.

P. Meyer, « Le financement européen des collectivités : un nouveau souffle ou une tempête ? », AJCT, 2013, p. 562.

G. Miller, F. Advielle, « Les chambres régionales et territoriales des comptes et la fiabilité des comptes », AJDA, 2011, p. 1776.

V. Montmaur, « Le rôle des agences de notation dans l'évaluation des collectivités territoriales », AJCT, 2012, p. 68.

J-C. Moraud :

« Analyse du cadre légal de la dette des collectivités locales depuis la décentralisation »
Gestion et finances publiques, novembre 2009, n°11, p. 860-863.

« L'endettement du secteur local : intermédiation ou désintermédiation ? », AJCT, 2012, p. 64

E. Moysan :

« La société publique locale, un nouvel instrument de gestion financière », RFFP, février 2013, n°121, p. 105.

« Bilan et enjeux de trente ans de décentralisation en matière d'emprunts locaux », RFFP, septembre 2012, n°119, p. 25.

F. Navarre, M-P. Rousseau, « Les finances locales sous tension », Métropolitiques, 8 octobre 2012. Site consulté le 15 décembre 2014 : <http://www.metropolitiques.eu/Les-finances-locales-sous-tension.html>

E. Olivia, « Equilibre budgétaire et Constitution. L'équilibre des budgets locaux », RFFP, février 2012 n°117, p. 31.

E. Portal :

« Risques et maîtrise de la dette volatile des collectivités locales françaises », RFFP, septembre 2013, n°123, p. 73.

« Quelle autonomie de gestion de la dette locale à long terme ? Eléments d'analyse

comparée en Europe », RFFP, février 2013 n°121, p. 23.

B. Poujade, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau : le contrôle de légalité aujourd'hui ? », BJCL, 2013, n°11/13, p. 720-723.

D. Seban, M. Hénon, « Emprunts toxiques : les recours possibles devant le juge pénal », RLCT, octobre 2012 n°83, p. 57-59.

J-H Stahl, « Le principe de libre administration a-t-il une portée normative ? », Les nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel, 2014/1 n042, p. 31-41.

J-F. Thisse, T. Van Ypersele, « Métropoles et concurrence territoriale », Economie et statistique, 1999, n°326-327, p. 19-30.

P-M. Vague, « Le contrat de partenariat, dix ans après. Quel bilan pour les collectivités territoriales ? », RFFP, mai 2014, n°126, p. 151.

P. Valletoux, « Le maire, un financier pas comme les autres », Pouvoirs, 2014/1, n°148, p. 31-42.

J-L. Vasseur, « Emprunts toxiques : les recours possibles devant le juge civil », RLCT, octobre 2012, n°83, p. 60-63.

A. Verjat, « Entretien et restauration des monuments historiques : trouver des financements », AJCT, 2014, p. 393.

M. Verpeaux, « Les contrôles sur le maire : mythes et réalités », Pouvoirs, 2014/1 n°148, p. 81-94.

Sommaire

TABLE DES ABREVIATIONS :	4
---------------------------------	----------

INTRODUCTION	5
---------------------	----------

LA LONGUE EMERGENCE DE LA LIBRE ADMINISTRATION :	6
---	----------

DE LA MEFIANCE A LA CONFIANCE : LES CONTROLES DE L'ÉTAT SUR LA DECISION LOCALE D'EMPRUNT	8
---	----------

L'EMPRUNT LOCAL AUJOURD'HUI	14
------------------------------------	-----------

LES ENJEUX DE L'EMPRUNT LOCAL	16
--------------------------------------	-----------

LIBERTE D'EMPRUNTER : STOP OU ENCORE ?	16
--	----

EMPRUNT LOCAL ET INTEGRATION DES FINANCES PUBLIQUES GLOBALES :	17
--	----

DECENTRALISATION, VALORISATION DES COLLECTIVITES TERRITORIALES ET EMPRUNT :	18
---	----

PARTIE I : LE RECOURS A L'EMPRUNT COMME CONSEQUENCE DE LA LIBRE ADMINISTRATION	21
---	-----------

SECTION I : LA LIBERTE D'EMPRUNTER JURIDIQUEMENT FONDEE SUR LA LIBRE ADMINISTRATION DES COLLECTIVITES

TERRITORIALES	21
----------------------	-----------

A) LA RECONNAISSANCE PROGRESSIVE DE LA LIBERTE D'EMPRUNTER	22
--	----

1) Une liberté d'emprunter suggérée par le droit positif	22
--	----

a) Les signes annonciateurs d'une libéralisation du recours à l'emprunt	22
---	----

b) La libéralisation définitive du recours à l'emprunt grâce à la suppression de la tutelle administrative	26
--	----

2) La nature singulière de l'emprunt au sein du cadre financier local	28
---	----

a) Le recours à l'emprunt dissocié de l'autonomie financière	29
--	----

b) La dispersion problématique des fondements textuels de la liberté d'emprunter	33
--	----

B) LES RESTRICTIONS LIMITEES A LA LIBERTE D'EMPRUNTER.....	36
--	----

1) Les limitations de la liberté d'emprunter par l'encadrement de son usage	37
---	----

a) L'affectation obligatoire de l'emprunt à une dépense d'équipement	37
--	----

b) La limitation des moyens de remboursement de l'emprunt	39
---	----

2) La limitation incertaine de la liberté d'emprunter dans le cadre de la gouvernance financière publique globale	41
---	----

a) La limitation de la liberté d'emprunter fondée sur l'unicité de l'Etat	41
---	----

b) L'usage du recours à l'emprunt limité par son intégration dans un cadre financier public national	44
--	----

SECTION II : UNE LIBERTE D'EMPRUNTER AMPLIFIEE PAR LES CONSEQUENCES DE LA LIBRE ADMINISTRATION	47
---	-----------

LES EMPRUNTS DES COLLECTIVITES TERRITORIALES ET LA LIBRE ADMINISTRATION

A) L'EXTENSION DE LA LIBERTE D'EMPRUNTER GRACE A LA PRESERVATION D'UNE SPHERE D'AUTONOMIE DE GESTION...	47
1) Le contrôle déséquilibré du recours à l'emprunt	47
a) Le contrôle limité de l'emprunt bancaire	48
b) Le contrôle approfondi de l'emprunt désintermédié	49
2) Un contrôle limité au fond	51
a) Le contrôle de légalité désarmé	51
b) Un contrôle financier adapté	53
B) LA FACILITATION DU RECOURS A L'EMPRUNT GRACE A L'ASSIMILATION DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE A UNE PERSONNE PRIVEE	54
1) L'extension de la liberté d'emprunter par la nature juridique du contrat d'emprunt	54
a) L'incertitude de la nature exacte du contrat d'emprunt	54
b) La qualification conciliante du contrat d'emprunt comme relevant du droit privé	56
2) Une conception privative de la liberté d'emprunter	58
a) L'accès significatif des collectivités territoriales à un marché de capitaux unique	59
b) Le postulat implicite d'une gestion financière de la collectivité territoriale comparable à celle d'une personne privée	62
PARTIE II : L'EMPRUNT COMME MOYEN DE LA LIBRE ADMINISTRATION	65
SECTION I : L'UTILISATION INCONTOURNABLE DE L'EMPRUNT DANS LA POLITIQUE D'INVESTISSEMENT	65
A) LE FINANCEMENT CROISSANT DE L'INVESTISSEMENT PAR L'EMPRUNT	66
1) L'importance quantitative du financement de l'investissement par l'emprunt	66
a) L'évolution cyclique du recours à l'emprunt	66
b) L'accroissement de l'emprunt dans le financement de l'investissement	68
2) Le financement périphérique de l'investissement local par l'emprunt parallèle	71
a) L'externalisation incontrôlée de l'emprunt	71
b) Le problème gestionnaire posé par l'emprunt parallèle	75
B) L'INSCRIPTION DU RECOURS A L'EMPRUNT DANS UNE STRATEGIE DE DEVELOPPEMENT	76
1) L'usage de l'emprunt dans un contexte de compétitivité entre les collectivités territoriales	77
a) Des avantages comparatifs structurels partagés par toutes les collectivités territoriales	77
b) La gestion de la fiscalité locale par le recours à l'emprunt	79
2) L'emprunt comme moyen de financement politique de l'investissement	81
a) Une répartition des charges en adéquation avec l'égalité devant l'impôt	82
b) La manipulation politique critiquable de l'emprunt	83

SECTION II : L'ASSOUPLISSEMENT DES CONTRAINTES FINANCIERES GRACE AU RECOURS A L'EMPRUNT	85
A)LE DEVELOPPEMENT DU RECOURS A L'EMPRUNT ALTERNATIF	86
1)L'accès complexe des collectivités territoriales à l'emprunt obligataire	86
a)L'accès aux marchés financiers réservé de facto aux collectivités importantes	87
b)La mutualisation des demandes de capitaux comme solution à l'accessibilité sélective des marchés financiers	89
2)Le contournement des règles budgétaires par le recours aux emprunts à court terme	91
a)L'usage affiché des emprunts de court terme dans l'optique d'une optimisation de la trésorerie	91
b)La banalisation de l'emprunt à court terme comme ressource ordinaire	93
B)L'IMPERATIF MODERNISTE D'UNE GESTION ACTIVE DE LA DETTE.....	95
1)L'allègement du poids de la dette permis par la renégociation du contrat d'emprunt	95
a)La possibilité d'une adaptation continue de la dette à la situation financière de la collectivité territoriale	95
b)Les possibilités de renégociation limitées par la conjoncture économique	97
2)La manipulation limitée de la dette de la collectivité territoriale	98
a)Une adaptation limitée de la dette	98
b)Le principe contestable de la renégociation du contrat d'emprunt	100
 PARTIE III : L'EMPRUNT COMME DANGER POUR LA LIBRE ADMINISTRATION	 102
 SECTION I : LE CONTROLE PROBLEMATIQUE DU RECOURS A L'EMPRUNT	 102
A)LE CONTROLE INTERNE CONTRECARRE DU RECOURS A L'EMPRUNT AU SEIN DE LA COLLECTIVITE TERRITORIALE.....	103
1)Un état de quasi-omnipotence de l'exécutif dans la gestion de l'emprunt	103
a)L'omniprésence de l'exécutif en raison de la nature de sa fonction	103
b)L'augmentation du pouvoir de l'exécutif par une délégation de compétence souvent très large	105
2)L'impuissance « normalisée » de l'assemblée délibérante	106
a)Un contrôle empêché par l'asymétrie institutionnelle	106
b)Le contrôle limité par l'approche budgétaire	108
B)LE CONTROLE EXTERNE LIMITE DU RECOURS A L'EMPRUNT PAR LA COLLECTIVITE TERRITORIALE	110
1)L'intervention publique atrophiée face au contrat d'emprunt	110
a)L'infirmité de l'Etat face au contrat d'emprunt	111
b)L'inconcevable recours au juge par des tiers au contrat d'emprunt	113
2)Le contrôle délimité opéré par les prêteurs	115
a)La vision fragmentaire du prêteur	116

b)Une insuffisance partiellement corrigée par l'introduction de procédures de conclusions issues du code des marchés publics	118
SECTION II : LES EMPRUNTS TOXIQUES REVELATEURS DES DERIVES DE L'USAGE DE LA LIBERTE D'EMPRUNTER	119
A)DES COLLECTIVITES TERRITORIALES EMPORTEES PAR L'ENGRENAGE DE L'EMPRUNT	120
1)La réaction partagée des collectivités territoriales suite à la révélation des problèmes liés aux emprunts toxiques	120
a)La diffusion des emprunts toxiques parmi les collectivités territoriales	120
b)La résorption complexe des emprunts structurés	123
2)L'intervention forcée de l'Etat	126
a)La conception d'une garantie politique des collectivités territoriales par l'Etat	126
b)L'apparition d'une opposabilité de la libre administration aux collectivités territoriales de l'Etat	128
c)Le constat d'une résolution par la voie de l'Etat	130
B)LA CONTESTATION COMPLEXE DE L'EMPRUNT PAR LES COLLECTIVITES TERRITORIALES	132
1)La nature du contrat d'emprunt peu favorable à sa contestation par la collectivité territoriale	132
a)L'exclusion dommageable du droit administratif	132
b)La contestation complexe du contrat d'emprunt devant les juridictions judiciaires	135
2)La contestation superficielle du contrat devant les juridictions financières	139
CONCLUSION	141
<hr/>	
L'EMPRUNT ENTRE LOCAL ET NATIONAL :	141
RECHERCHE DE SECURISATION DES EMPRUNTS :	142
AVENIR DU RECOURS A L'EMPRUNT :	143
L'ETUDE DE LA LIBRE ADMINISTRATION A TRAVERS L'EMPRUNT LOCAL :	144
SOMMAIRE	151
<hr/>	