

LA GARANTIE D'USAGE : LE REGIME JURIDIQUE

Par le Professeur Frédéric LOMBARD

Professeur agrégé des facultés de droit
Directeur du Centre de recherches administratives
Faculté de droit et de science politique d'Aix Marseille
Aix-Marseille Université

« Je remercie la JURIS'CUP de m'avoir invité aujourd'hui pour faire un état des recherches, qui m'ont été suggéré par Stéphane Miribel qui a attiré mon attention sur l'existence de ce mécanisme. Puisque tout en étant en professeur de droit public des biens, je n'avais jamais entendu parler de la garantie d'usage ! C'est un mécanisme qui est très confidentiel – certainement pas pour les gestionnaires de ports – mais pour les spécialistes de droit public portuaire. Je souhaite également remercier Maître Favarel qui va compléter mon propos en ayant mené une petite enquête auprès des ports de Méditerranée.

La garantie d'usage est traitée par le Code des Transports dans les dispositions relatives aux ports gérés par les collectivités territoriales. Précisément c'est l'article R 53914-31 qui comporte deux principes : la règle selon laquelle l'occupation d'un poste à quai suppose une autorisation annuelle et une exception – qui n'est pas traitée comme une exception mais plutôt comme une deuxième possibilité offerte au gestionnaire de port – qui permet de fonder l'occupation du port sur les garanties d'usages pour une durée maximale de 35ans en contrepartie de la participation du plaisancier au financement d'un investissement nouveau.

Il se trouve que schématiquement, la garantie d'usage est la technique qui avait été imaginée dans les années 60' pour mettre en œuvre les concessions du port de plaisance qui supposaient qu'on mobilise assez rapidement des fonds à une époque, déjà, de pénurie financière ou en tout cas de dessaisissement de l'Etat de la question du financement et de la création des infrastructures portuaires. La seule option pour mobiliser des fonds rapidement était de solliciter les usagers qui manifestent un intérêt à la réalisation de l'ouvrage.

Il est surprenant de s'apercevoir que l'analyse juridique de la garantie d'usage est très réduite. Le Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, bible en droit administratif des biens, pas une seule fois la garantie d'usage n'est évoquée. Tout comme le terme d'amodiation qui n'est plus utilisé aujourd'hui.

Ce mécanisme est finalement consacré par des « petits textes ». Comme le disait Robert Rezenthel, initialement les textes qui mentionnent la garantie d'usage sont des

circulaires : une de 1965 et une 1981. Le problème est qu'une circulaire n'a pas de valeur juridique, c'est simplement un texte qui éclaire le praticien. D'autre part, ces textes-là n'ont pas été publiés, sauf au bulletin officiel, à l'époque, du Ministère des Transports. Le texte véritablement normatif qui crée le mécanisme est le décret de 1978 qui codifie la partie réglementaire du Code des Ports.

La garantie d'usage a donc probablement été imaginé par un ingénieur et non pas par un juriste, comme en matière de marchés publics (les praticiens du marché public savent qu'il y a encore quelques années certaines clauses administratives générales avaient été rédigées par des ingénieurs de travaux dans les années 70' et devenaient une mine de contentieux sans fin).

Le nom même de « garantie d'usage » est ambigu. En effet, une garantie n'est pas un droit et un usage n'est pas occupation (on peut utiliser le bien sans forcément l'occuper). Et cette ambiguïté rejaillit ensuite sur l'étude du mécanisme car d'une part ce qui est mal nommé et souvent mal compris.

D'autre part, la participation au financement d'ouvrage portuaire nouveau pour le plaisancier signifie soit que le plaisancier achète des parts sociales de la société concessionnaire, soit si le port est géré en régie, il verse une somme (généralement forfaitisée) à la collectivité gestionnaire. Si l'on raisonne en termes de droit privé, c'est la cause d'une obligation : on garantit au plaisancier qu'il pourra avoir une place en contrepartie de son paiement.

Enfin la principale difficulté que pose la garantie d'usage est qu'elle ne dure que 35 ans et qu'elle n'est envisagée qu'au titre de la dérogation comme le montre le texte en l'occurrence.

Malgré ces incertitudes, l'outil présente trois grands avantages :

- Il permet de revaloriser le domaine public puisque le contexte de pénurie évoqué précédemment est encore plus présent aujourd'hui. En effet, gérer un port ou une collectivité publique est coûteux.
- D'autre part, cela permet de sécuriser l'occupant. Un individu qui achète un bateau c'est un choix de vie et investissement financier, l'occupant a donc besoin d'être sécurisé.
- Enfin cela permet de mobiliser des fonds, sans conclure des contrats de partenariats ou endetter le concessionnaire au-delà du nécessaire.

L'objet de notre propos sera donc d'essayer **d'analyser la garantie d'usage et de la situer dans les principes de la domanialité publique** (notamment le principe d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité, le caractère précaire irrévocable, personnel et onéreux des autorisations domaniales).

I - Tentative de définition de la garantie d'usage

Le texte nous aide peu, mais nous donne quelques éléments de réflexion. Avant de la définir il faut s'interroger sur son origine et sa raison d'être.

Comme je vous l'ai indiqué en introduction, et à mon sens, la garantie d'usage est née de la pratique. Dans les années 60' dans le cadre de projets d'aménagements des marinas, d'entretien et de développement de la plaisance sur le littoral méditerranéen; il s'est avéré très rapidement que l'Etat n'était pas en mesure d'assurer la construction de ces ouvrages. Il a donc fallu imaginer un montage juridique qui permettait d'assurer ce financement. L'idée de la garantie d'usage est née par la circulaire de décembre 1965, même si ce thème n'est pas explicitement utilisé. C'est donc une nécessité très particulière qui a justifié la consécration de la garantie d'usage.

Il y a une autre origine, strictement juridique, par les circulaires et un décret de 1978 : un article de la partie réglementaire du Code des Transports. Juridiquement l'assise est donc assez fragile. Et comme le Professeur Robert Rezenhel l'évoquait plus tôt, avec la QPC de 2017 nous ne sommes pas à l'abri d'une exception d'inégalité au regard du Code des Transports.

Et si l'on devait établir un parallèle, cela évoque un autre type de contrat, assez confidentiel, c'est l'offre de concours. Cette dernière permet à une collectivité publique d'accepter le versement d'une somme par un particulier en échange de laquelle elle va réaliser des travaux publics à son bénéfice (par exemple la réfection d'une route) puis de laisser la jouissance de ce bien au bénéficiaire.

Si on essaye de définir la garantie d'usage c'est donc une technique de mise en œuvre de la gestion des ports de plaisance. L'occupant bénéficiaire de la garantie verse un capital immédiatement exigible (soit il acquiert des parts sociales de la société concessionnaire, soit il verse une somme au gestionnaire public) et obtient ainsi l'engagement de la collectivité gestionnaire ou du concessionnaire qui fera son possible pour lui trouver une place (soit un poste d'amarrage, soit un poste de mouillage) dans une zone établie du port. A noter que cette n'est pas forcément toujours la même et pas forcément pour 35 ans, mais il fera son possible pour parvenir à ce résultat. La garantie d'usage est donc un contrat synallagmatique par lequel une collectivité gestionnaire s'engage à quelque chose en contrepartie de quoi le bénéficiaire s'engage à verser une somme pour la construction de l'ouvrage nouveau.

II – L'utilité de la garantie d'usage

Cette utilité semble assez évidente aux yeux des gestionnaires puisqu'elle présente des avantages nombreux.

Tout d'abord, elle permet d'augmenter considérablement la durée de l'occupation passant ainsi de 1 an à 35 ans. Dans la limite toutefois, même si cela n'est pas précisé dans le texte, de la concession support.

D'autre part, elle permet de financer des ouvrages nouveaux. Cela suppose qu'il ne s'agisse pas de travaux légers.

Le troisième avantage est que laisse une certaine souplesse au gestionnaire de port. En effet, le problème des contrats ordinaires de place au port et que chaque année il faut se poser la question de la reconduction du titre au bénéfice du plaisancier. La

garantie d'usage allonge considérablement le temps d'occupation et permet donc de mieux gérer le stock et le flux pour les gestionnaires.

Enfin, le dernier avantage se trouve dans le statut offert à l'occupant. En effet, il bénéficie en vertu de la garantie d'usage de ce que Robert Rezenthel appelle « un droit de priorité ». Cela signifie qu'il n'a pas de droit d'occuper le port, tout ce qu'il a c'est une promesse de la part de l'administration qui fera son possible pour lui trouver une place. Le bénéficiaire de la garantie d'usage sait qu'il pourra bénéficier d'une priorité face aux autres usagers pour obtenir un droit d'amarrage ou de mouillage.

III – Les incertitudes du régime de la garantie d'usage

La garantie d'usage est un outil peu normé et peu pratiqué, y compris par la jurisprudence. Il n'y a qu'un seul arrêt important du Conseil d'Etat de 2014 alors que le mécanisme existe depuis plus de 40 ans.

Il ne s'agit pas vraiment d'incertitudes, mais plutôt de points d'alertes.

Le premier point porte sur sa **nature juridique** : c'est un titre ambigu puisqu'il s'agit d'un contrat entre deux personnes privées sauf que sa réalisation suppose une autorisation domaniale. Très souvent, les bénéficiaires de garanties d'usage pensent que c'est une autorisation d'occuper le port or il ne s'agit que d'une promesse.

D'autre part, la garantie d'usage et la concession (et donc le droit d'occuper le port) sont dans le même acte. Ici on voit apparaître un risque de requalification car si un juge est saisi d'un contrat de garantie d'usage qui prévoit une redevance forfaitaire pour participer aux travaux d'entretien du port etc., il y verra une concession domaniale et la requalifiera.

La seconde incertitude est la **possibilité de consentir une garantie d'usage**. La garantie d'usage suppose que le gestionnaire du port effectue des travaux nouveaux, des infrastructures nouvelles. Cela ne peut pas permettre le financement des travaux d'entretien courants du port. Il faut bien comprendre que la garantie d'usage n'a pas été conçue comme un outil de financement des travaux normaux du port : c'est la redevance domaniale.

La troisième incertitude c'est **l'ampleur des droits de l'occupant**. Et c'est souvent ici que l'on trouve le plus gros malentendu. La garantie d'usage donne un droit de priorité mais qui n'est pas un droit d'occuper un poste à quai. Le bénéficiaire de la garantie d'usage ne possède donc qu'une promesse de l'administration, une pré-dérogação, compte tenu des contraintes d'intérêt général et domaniales. Finalement l'administration a une obligation de moyens. Si jamais dans le contrat elle s'engage par avance à délivrer une autorisation spécifique nommée sur un emplacement déterminé, il s'agira d'un « pacte sur décision future » qui sera totalement illégal.

La règle de décembre 2014 du Conseil d'Etat, traite précisément de cette question. Le gestionnaire du port avait considéré qu'en vertu d'un contrat de garantie d'usage qu'il

pouvait apporter une place précise au bénéficiaire, mais le Conseil d'Etat a considéré que la garantie d'usage ne pouvait pas donner accès à un emplacement précis et par conséquent que l'engagement contracté n'avait pas de valeur et n'était pas opposable au concessionnaire par le plaisancier.

Se pose aussi la question de **la circulation de la garantie d'usage**. On s'est aperçu que le bénéficiaire de cette garantie n'était pas forcément le plaisancier. C'est-à-dire qu'il finance en achetant des parts sociales de la société concessionnaire et bénéficie de la garantie d'usage, mais ensuite ce n'est pas son bateau qui bénéficie de l'emplacement dans le port. Il s'agit alors ici d'un investissement de nature économique.

Cela n'est pas illicite puisque le texte prévoit que la location de la garantie d'usage est parfaitement licite avec l'accord du gestionnaire du port (article R 53914 du Code des Transports).

Se pose alors la question de la cession de la garantie d'usage ? Il est évident que le gestionnaire du port n'a pas rien à dire sur la cession des parts sociales ayant lieu entre deux personnes privées. En revanche, il faut s'interroger sur les conséquences en droit domanial. Sur ce point il existe une réponse assez claire qui provient d'une réponse ministérielle de 2009. La question avait été posée par un maire qui posait la question de savoir ce qu'il adviendrait à la fin des concessions des titulaires des garanties d'usage : peut-on envisager une cession de leur garantie ? La réponse a été très claire en annonçant : « la cession de parts sociales de la société concessionnaire, ne peut pas comporter un droit d'amarrage, droit strictement personnel et inaliénable, dont l'acquéreur des parts ne saurait se prévaloir.

Il n'est propriétaire que des parts sociales, mais pas de la garantie d'usage ». La garantie d'usage n'est donc pas cessible. Cette réponse est très logique au regard du caractère personnel des autorisations domaniales. La garantie d'usage n'est pas une autorisation domaniale en elle-même, mais elle est forcément complétée par une telle autorisation sinon elle n'aurait pas d'intérêt. Il existe cependant une issue qui est apparue dans une décision du Conseil d'Etat du 18 septembre 2015. Cet arrêt envisage la cession de toute autorisation domaniale. En effet le Conseil d'Etat précise qu'elles sont librement cessibles avec l'accord express du gestionnaire. On ne peut pas envisager d'acceptation tacite, l'accord doit avoir lieu avant la réalisation de la cession.

L'incertitude suivante concerne **les droits financiers du titulaire**. Comme nous l'avons vu précédemment le titulaire a une obligation financière. Mais se pose aussi l'hypothèse dans laquelle la concession arrive à terme, ce qui est le cas actuellement dans de nombreuses concessions en France, alors que la garantie d'usage existe toujours. Il est précisé dans la circulaire de 1980 et dans la réponse ministérielle de 2009 que, les garanties d'usage ne peuvent pas être excéder la durée de la concession. D'autre part, qu'en est-il des titulaires du droit d'occupation en vertu d'une garantie d'usage lors de la fin d'une concession ? Ces derniers se retrouveront à la fin de la concession dans la situation des occupants ordinaires et n'auront plus aucun droit.

Concernant **les droits du gestionnaire**, nous rappelons une fois encore que sa seule obligation est d'essayer de donner un poste d'amarrage dans une zone déterminée : il n'est donc pas en situation de compétences liées, il n'y a plus un pouvoir discrétionnaire il doit simplement « faire des efforts ». Mais qu'en est-il dans le cas où

la garantie d'usage est remise en cause ? La garantie peut être remise en cause par le gestionnaire dans le cas où le bénéficiaire de la garantie d'usage a commis une faute (par exemple en réalisant une location sans l'accord du gestionnaire). Mais également dans le cas où la concession est remise en cause de façon anticipée. Si la collectivité publique responsable du port a donné par une délégation de service public la gestion du port à une société privée, mais qu'elle décide de résilier le contrat de concession (soit pour faute, soit pour un motif d'intérêt général) ce qui peut arriver assez fréquemment. Que deviennent les actes, et notamment les garanties d'usages, qui ont été accordées par le gestionnaire.

La réponse est apportée par un arrêt « Commune de Propriano » de 2014 qui pose deux principes. Le premier est que la collectivité publique qui résilie la concession est automatiquement substituée dans les actes accomplis par le concessionnaire. C'est un principe rassurant de substitution et de continuité des contrats. Le deuxième principe posé par l'arrêt est que la collectivité publique qui reprend les contrats n'est tenue que par les engagements qui pouvaient être raisonnablement pris par le concessionnaire antérieur. Dans le cas contraire, elle ne sera pas obligée par ses actes. En l'espèce, le gestionnaire de port, sur la base des garanties d'usage, s'était engagé à délivrer un poste à quai déterminé à un plaisancier. La collectivité publique ne sera pas tenue de l'engagement qui ne pouvait pas être pris légalement par le concessionnaire.

IV – Les perspectives pour la garantie d'usage

Tout d'abord, il faut se poser la question de l'articulation des garanties d'usages avec l'ordonnance du 19 avril 2017 qui impose au gestionnaire, lorsque l'occupant développe une activité économique, de respecter une procédure impartiale et transparente sur la base d'une publicité adéquate. Cette procédure rappelle celle du marché public à procédure adaptée : il doit déterminer son niveau de publicité.

Le législateur doit intervenir, et on peut envisager différentes perspectives :

Mettre fin au principe d'inaliénabilité du domaine maritime public : ici ce n'est pas seulement la loi qu'il faut changer, c'est la constitution. Il faudra donc que cette possibilité soit inscrite dans le futur programme de réforme constitutionnelle.

Envisager une domanialité allégée : il suffirait que la loi dise que les places au port ne fassent plus partie du domaine maritime public et deviennent du domaine privé. Mais cela risquerait de poser des problèmes politiques.

Ces solutions semblent difficiles à mettre en place, on pourrait donc imaginer de trouver des solutions entre-deux :

Envisager la technique du rescrit domanial : cette technique existe depuis 2015, qui permet à l'occupant du domaine public d'obtenir la garantie de l'administration gestionnaire que, si les circonstances n'ont pas changé, elle s'engage à délivrer le même titre à son successeur. Cela n'engage pas l'administration fiscale mais c'est une sorte de garantie. On pourrait donc envisager que le rescrit domanial, qui n'est

aujourd'hui réservé qu'aux autorisations constitutives de droits réels, puisse être étendu aux plaisanciers et places au port.

Allonger la durée des contrats. Actuellement les contrats ne sont réalisés que pour 1 an, et la garantie d'usage est envisagée pour 35 ans : on pourrait trouver un entre-deux !

Il faut se souvenir que les questions que se posent aujourd'hui les plaisanciers, il y a 30ans tous les occupants du domaine public se les sont posées, notamment les investisseurs qui avaient besoin de sécurité. En 1988 puis 1994, le législateur a créé le dynamisme avec les **autorisations d'occupation du domaine public constitutive de droits réels**. On pourrait envisager une solution s'inspirant de ce mécanisme : même si cela reste précaire cela permettrait de créer une certaine sécurité. »
