

La dimension internationale du contrat d'engagement maritime dans le projet de registre international français

Patrick CHAUMETTE
Professeur à l'Université de Nantes

En vue d'*Un pavillon attractif, d'un cabotage crédible – Deux atouts pour la France*, le rapport du sénateur RICHEMONT propose la création d'un registre international français des navires, dont la dimension sociale doit être envisagée.

Pour introduire le sujet, je me permettrai d'évoquer un projet cinématographique qui me paraît utile et nécessaire à destination d'un vaste public : *Le fabuleux destin de l'inspecteur du travail maritime des Terres Australes et Antarctiques Françaises*, fonction créée par l'Ordonnance n° 98-522 du 24 juin 1998¹.

Pour poursuivre en douceur cette introduction, il convient de rappeler l'histoire récente de la Marion Dufresne II en juillet 2003. Ce véritable navire des TAAF, qui effectue des touchées régulières, embarque des salariés malgaches qualifiés de passagers spéciaux, travaillant 6 jours pleins, plus 4 heures le dimanche, pour entre 400 et 600 euros mensuels. Ils réclamaient de meilleures conditions sociales, une augmentation de leur rémunération, une convention collective aux normes ITF. Ils étaient défendus par un permanent syndical CFDT-ITF, ainsi que des marins français du même navire. Certains de ces passagers spéciaux malgaches ont près de 20 ans d'ancienneté. À l'origine, ils percevaient des salaires français, et se trouvaient mieux rémunérés que des ministres malgaches. Le gouvernement malgache, incapable de penser une imposition fiscale des revenus ou des devises, avait donc exigé qu'ils soient soumis à des salaires malgaches, ce qui constituait une forte économie pour l'armateur. Ce régime politique malgache a considérablement évolué depuis peu. Ces passagers spéciaux sont directement recrutés et payés par une agence de *manning*, agence de recrutement malgache, qui semble logée dans les locaux de l'affrètement CMA-CGM à Tamatave. A la suite du récent conflit, ces Malgaches sont devenus des ouvriers embarqués, dans la mesure où leurs brevets maritimes sont insuffisants pour leur donner la qualité de marin, au regard de la Convention STCW 95².

Il est urgent que la formation maritime malgache soit renforcée, que ces travailleurs puissent disposer de brevets reconnus internationalement, même si Madagascar a réussi, avec des difficultés, à être inscrit sur la liste blanche de l'OMI, personne n'ayant été exclu de la première phase d'évaluation.

Ce sont donc des marins étrangers sous pavillon français, mais de second choix. Est-il nécessaire de rappeler que l'article 91 du Code du travail d'outre-mer de 1952 applicable selon la chambre sociale de la Cour de cassation à bord des navires français immatriculés aux TAAF, prohibe les discriminations, ethniques, nationales, religieuses, politiques et syndicales³.

Le rapport RICHEMONT propose de maintenir le registre départemental ou métropolitain, de mettre partiellement fin au marché français de l'immatriculation d'outre-mer, de réserver l'immatriculation Kerguelen aux seuls navires de pêche, de maintenir le registre de Wallis et Futuna, sans doute sans publication du décret imposé par la loi de 1966, de créer un registre international français par voie législative.

Nous laisserons de côté ici les mesures d'exonération des charges sociales ENIM et ASSEDIC, la défiscalisation du salaire des navigants travaillant hors de France plus de 183 jours par an. Nous noterons que le privilège de

¹ Ordonnance n° 98-522 du 24 juin 1998, art. 33 créant un article 26-1 à la loi n° 96-151 du 26 février 1996 relative aux transports, en vue d'une inspection du travail des navires immatriculés aux TAAF (JORF 27 juin 1998, p. 9822).

² Le Marin 18 juillet 2003 p. 2.

³ Cass. Soc. 18 juillet 2000, Sellin et autres C/ Sté Fish, *Dr. Soc.* 2000-1043, *DMF* 2000-891 ; quant aux licenciements économiques illégitimes, Cass. Soc. 18 décembre 2001, Sté Fish c./ Pinel et Davigo, *Dr. Soc.* 2002-363, *DMF* 2002-235 obs. P. CHAUMETTE, 11 décembre 2002, Sté FISH c./ Colin et autres, arrêt n° 3638 F-D, pourvoi n° R 01-12599 et autres, 19 mars 2003, Sté FISH c./ Ryckaert et Novak, arrêt n° 953 FS-P, pourvois n° E 01-10.680 et F 01-10.681.

nationalité du capitaine et de l'officier suppléant, qu'il est envisagé de maintenir, est en danger devant la Cour de Justice des Communautés européennes, à la lecture des conclusions de l'avocat général, Madame Christine STIX-HACKL, publiées le 12 juin 2003.

Nous nous intéresserons en priorité à l'abandon de toute idée de quota, d'un nombre minimum de marins français et communautaires à bord, abandon justifié par le constat que sans quota, 70 % des marins des navires immatriculés au DIS sont danois et la formule : *La contrainte joue contre l'emploi*, dans la continuité du célèbre *Laissez-faire*. La formule est fortement Thatcherienne, dans la lignée d'une pensée où le droit social serait la source du chômage. Les effectifs à bord seront-ils fixés par le seul armateur ?

Les marins étrangers devraient pouvoir être embauchés par des sociétés de management, ce qui conduit à autoriser le marchandage international sous pavillon français. Le pavillon n'est plus alors la loi de la communauté du bord ; le navire reste un lieu de travail, mais ce n'est plus la loi applicable à bord, le pavillon, qui détermine le contenu du contrat de travail, renvoyé vers la seule loi d'autonomie choisie par les contractants. Sous pavillon français, il conviendrait cependant de respecter les conventions de l'OIT et les accords collectifs signés avec ITF. Il faut peut-être s'adapter à une nouvelle conception du pavillon, son affaiblissement nourrissant le contrôle de l'Etat du port. L'Etat du pavillon ne pouvant disparaître, il faut s'interroger sur l'inspection du travail maritime des navires inscrits au registre international français.

Un tel projet nécessite une loi : exigence rappelée par l'Assemblée du Conseil d'Etat en 1995 à propos de l'immatriculation TAAF. Le pouvoir réglementaire devait respecter les articles 34 et 37 de la Constitution de la Ve République. La légalisation en trompe-l'œil intervenu par la loi du 26 février 1996 explique l'absence de dispositions réglementaires concernant les marins, dispositions qui seraient illégales, dans la mesure où il appartient au seul pouvoir législatif de fixer les principes généraux du droit du travail et du droit de la sécurité sociale, le régime du travail à bord de ces navires. Cette loi doit pouvoir passer le contrôle de constitutionnalité, alors qu'elle organise une différenciation de traitement à bord. Le principe d'égalité semble le premier obstacle à un tel projet (I). Si la différence de traitement est légitime, il est nécessaire de s'intéresser aux règles minimales que le législateur doit instituer concernant le régime du travail à bord : la liberté de l'armateur ou des exploitants ne saurait supprimer totalement le statut des marins, même étrangers, même dans une dimension internationale (II).

I - Le principe d'égalité dans la compétition internationale.

En 1986, le secrétaire d'Etat à la Mer Ambroise GUELLEC crée par arrêté ministériel l'immatriculation Kerguelen, confirmé par décret en 1987. En 1988, Jean-Yves LE DRIAN, nouveau secrétaire d'Etat à la mer, explique un peu gêné, que l'important, en termes de rémunération, n'est de savoir où le salaire est gagné, mais où il est dépensé. L'accent, ainsi mis sur le pouvoir d'achat de la rémunération du travail, conduit à une nouvelle approche du principe « *A travail égal, salaire égal* », donc du principe d'égalité de traitement, nouvelle approche nécessaire nous dit-on dans une activité de dimension internationale. La Cour constitutionnelle allemande a validé un tel raisonnement (A). Cette différenciation de traitement semble imposée par la concurrence économique et sociale effrénée des pavillons de complaisance, par la libre immatriculation des navires. Peut-elle être encadrée par le droit communautaire de la concurrence, qui recherche au sein du marché une concurrence compatible avec la cohésion économique et sociale (B) ?

A) Le pragmatisme allemand en exemple ?

Le premier Sénat de la Cour Constitutionnelle allemande, Bundesverfassungsgerichts, a déclaré, le 10 janvier 1995, pour l'essentiel, conforme à la Constitution la loi du 23 mars 1989 constituant le registre international allemand d'immatriculation des navires, tout en relevant une disposition inconstitutionnelle, et en rappelant le respect des droits fondamentaux reconnus en Allemagne.

Ce registre permet aux armateurs allemands, ou communautaires, de recourir à des marins étrangers, non communautaires, à des conditions non allemandes ; leur protection sociale, leur contrat d'engagement, leur rémunération relèvent de leur loi de lieu de résidence. La Cour Constitutionnelle fut saisie directement par le syndicat ÖTV des salariés du transport et le syndicat des employés, ainsi que par le Sénat de la ville libre de Bremen et du Land du Schleswig-Holstein. Étaient invoquées des violations de la liberté de coalition, de la liberté professionnelle, ainsi que du principe d'égalité.

Sur la liberté de coalition et la liberté professionnelle, la Cour Constitutionnelle retient une analyse très réaliste. Compte tenu de la concurrence internationale, le législateur allemand se trouve face à une alternative : ne rien

faire et laisser les armateurs allemands immatriculer leurs navires à l'étranger, ce qui conduit à l'évitement du droit allemand pour tous les marins ; ou créer ce second registre pour les navires effectuant un transport international. Le bilan de ce choix entre les avantages et les inconvénients n'est pas globalement contraire aux principes constitutionnels. Il s'agit de maintenir dans le cadre juridique allemand les emplois qualifiés.

Toutefois, vis-à-vis de la liberté de coalition, le syndicat allemand doit pouvoir négocier pour l'ensemble de ses adhérents, même pour ceux qui ne résident pas en Allemagne. Sur ce point, la loi est contraire à la Constitution et devra être modifiée. La Cour Constitutionnelle semble reconnaître le droit des marins étrangers, travaillant sous pavillon allemand, d'adhérer au syndicat allemand, même s'ils résident à l'étranger et le droit pour le syndicat de négocier les conditions d'emploi et de rémunération de ces marins.

La Cour Constitutionnelle rappelle la compétence du juge allemand, notamment vis-à-vis des marins étrangers, pour leur appliquer la loi de leur contrat, donc une loi étrangère, mais dans le respect des principes fondamentaux du droit allemand du travail. Quant au principe d'égalité, la Cour Constitutionnelle considère qu'on ne peut traiter de même manière que des situations identiques. Ici, il s'agit de situations différentes, du fait des lieux de résidence des marins, des différences de coûts de la vie et donc de pouvoir d'achat⁴.

De la loi du pavillon au statut personnel du marin ? Les rattachements du droit international privé.

Traditionnellement, l'équipage, la communauté du bord est soumise à la loi du pavillon. Mais le pavillon complaisant ne laisse guère de place qu'aux contrats individuels d'engagement, parfois complétés par un accord d'entreprise ou un accord ITF. Cette analyse constitutionnelle participe également d'un affaiblissement du droit du pavillon et du statut unitaire de l'équipage. Chaque marin peut-il être renvoyé vers la loi de son contrat, son statut personnel, défini par son lieu de résidence. L'unité de l'équipage ne relève-t-elle alors que des normes de l'entreprise, de la discipline du bord ? La loi allemande semble se situer dans un mouvement d'éclatement de la loi du pavillon.

En 1989, le Tribunal fédéral du travail avait exclu l'application de la loi du pavillon vis-à-vis d'une caissière de ferry. Ce ferry battait pavillon allemand, mais le contrat disposait de liens étroits avec le Royaume-Uni, ce qui avait engendré l'application du droit britannique par la prise en compte de la nationalité de la salariée, de son lieu de résidence. Le contrat ne contenait aucun choix exprès ou explicite de loi du contrat ; le tribunal exclut donc l'application de la loi du pavillon, ainsi que le rattachement au lieu d'établissement d'embauche, qui pourtant renvoyait vers la loi britannique, mais ce lieu pouvait sembler aléatoire⁵. Dès lors, le navire n'était plus reconnu comme un lieu de travail doté d'une nationalité. La relation de travail internationale devait être rattachée, faute de loi d'autonomie explicite, à la loi nationale avec laquelle le contrat a les liens les plus étroits. Ce jugement, pouvait sembler anticiper sur l'application de la Convention de Rome du 12 juin 1980, entrée en vigueur en 1991, relative aux conflits de lois en matière d'obligations contractuelles. Le juge ne cherche pas à inventer une loi d'autonomie implicite, découlant de la volonté commune non exprimée des contractants, mais s'efforce d'objectiver la relation contractuelle, ce qui n'explique pas la disparition du navire et de son pavillon.

Le Tribunal fédéral du travail a prolongé cette tendance à l'éclatement de la loi de la communauté du bord, soumis à la loi du pavillon. Sur un navire battant pavillon allemand, travaillaient des marins indiens, sans aucun doute sur un navire immatriculé au registre international allemand ; la loi du pavillon, en tant que loi du lieu d'exécution du travail est écartée, car le navire n'est pas un État, une portion de territoire détachée ; il en est de même de la loi du lieu d'établissement de l'employeur, c'est-à-dire de l'armateur exploitant commercialement le navire, qui renvoyait à la loi allemande. Dès lors, les contrats de travail ont les liens les plus étroits avec l'Inde, qu'il soit fait référence expressément ou non à la nationalité des marins ou à leur lieu familial de résidence⁶.

⁴ Présentation de cet arrêt, G. AUCHTER, *Chronique de droit maritime allemand* DMF 1998-53 ;

⁵ Tribunal fédéral du travail, 2è ch., 24 août 1989, AP n° 30 zu Art. 30, abs. 2 nr. 1 et 2 E GBGB, obs. A. JUNKER, *Internationales Arbeitsrecht im Konzern*, compte rendu P. LAGARDE, RCDIP 1994, 240

⁶ Tribunal fédéral du travail, 5è ch., 3 mai 1995, AP n° 32 zu Art. 30 abs. 2 E GBGB, cité par B. CALLIGARO Le contrat international de travail, compétence législative in *Droit social et situations transfrontalières - Arbeits- und sozialrecht bei grenzüberschreitenden Sachverhalten*, O. KAUFMANN, F. KESSLER et B. BARON VON MAYDELL (dir.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden, 1998, p. 141 et s. , sp. pp. 156-157.

Respect des principes fondamentaux.

Le rappel de la compétence du juge allemand vis-à-vis des marins étrangers, pour leur appliquer la loi de leur contrat, dans le respect des principes fondamentaux du droit allemand, se fonde sur la primauté du droit du pavillon sur le droit du contrat, le rappel du respect de l'ordre public en droit international privé. Ce rappel peut sembler timide, peut-être peu conforme à la Convention de Rome du 12 juin 1980 en matière d'obligations contractuelles, qui assure l'uniformisation des solutions de conflits de lois dans l'Union Européenne. Cependant, **la loi du pavillon ne disparaît pas, pas plus que la compétence du juge de l'État du pavillon. Il convient de concilier la loi du contrat et les principes fondamentaux du droit allemand.**

Quels sont ces principes fondamentaux intouchables ? Il est très envisageable qu'un juge allemand déclare illégal le contrat d'un marin étranger lui interdisant l'exercice du droit de grève ou la liberté d'adhérer à un syndicat. La Cour Constitutionnelle a rappelé la compétence des syndicats allemands à négocier pour le compte de ces marins étrangers. S'ils sont déjà couverts par un accord collectif minimal, conclu avec leur syndicat national, il existe évidemment un risque de conflit de conventions collectives. Quelle est l'ampleur de ces principes fondamentaux ? Le juge irait-il jusqu'à imposer le respect des conventions internationales de travail maritime, ratifiées par l'Allemagne ?

Principe d'égalité et compétitivité.

La Cour admet donc un traitement discriminatoire selon le lieu de résidence du marin, sans prendre en compte la nationalité, mais n'est-ce pas quasiment la même chose ? Peu importe que le lieu de travail soit identique, qu'il s'agisse d'un navire sous pavillon allemand, l'élément de détermination du salaire serait le lieu où il est dépensé. Le lieu de travail, le navire disparaît. La Cour ne retient même pas la notion de discrimination indirecte : il est évident qu'un marin allemand a plus de chance de résider en Allemagne et qu'un marin étranger a les plus grandes chances de résider hors d'Allemagne. La Cour de Justice des Communautés Européennes a retenu cette notion de discrimination indirecte entre travailleurs communautaires, tant en matière d'immatriculation des navires de pêches, qu'en matière d'égalité professionnelle homme/femme, fondée sur l'ancien article 119 du Traité. Mais la Cour de Justice ne semble pas compétente pour assurer l'égalité de traitement des ressortissants communautaires et des ressortissants tiers. L'adaptation à la compétitivité internationale légitime la discrimination à bord, l'existence d'un marché international du travail, en réalité compartimenté. Si la Cour encadre le fonctionnement de ce marché par le respect des principes fondamentaux, elle admet le rétrécissement de la loi du pavillon, sauf en matière disciplinaire. Elle autorise une mosaïque de législations sociales nationales ; elle n'exige pas explicitement le respect des conventions internationales. Son modèle de compétitivité est donc pour le moins débridé et correspond à la renonciation à un marché organisé, à la constitution d'un double marché du travail concernant les officiers européens et les marins internationaux.

Le principe juridique d'égalité de traitement est autant un principe du droit des personnes qu'un principe du droit économique. La liberté contractuelle est liée à l'égalité des droits ; la constitution du marché commun européen ne saurait se faire sans le principe de non-discrimination des ressortissants communautaires. La conception de l'égalité des acteurs se prolonge au sein du droit de la concurrence.

B) La concurrence loyale : aide d'Etat et fixation des effectifs

Le principe de différenciation de traitement selon le domicile du marin n'a pas été soumis, en tant que tel, au contrôle de la Cour de Justice des Communautés Européennes. La Cour de Justice, saisie d'un recours préjudiciel en interprétation par le Tribunal du travail de Bremen, a répondu que le registre international allemand ne constituait pas une aide d'État, au sens de l'article 92 ancien du Traité de Rome, mais un mécanisme de droit international privé, désignant la loi applicable à la relation de travail maritime⁷.

Les orientations communautaires en matière d'aides d'Etat admettent l'exonération des charges sociales patronales des entreprises soumises à la concurrence internationale, vis-à-vis des personnels naviguant sur des

⁷ CJCE 17 mars 1993, Aff. C 72/91 et 73/91, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG et Seebetriebsrat, JCP 1993-E-458, DMF 1993-421, nos observations *Articulation du droit communautaire du travail et du droit de la concurrence : le registre international allemand d'immatriculation des navires* ;

navires de commerce⁸. Ce dispositif devrait être préféré au système complexe de remboursement mis en place à partir d'avril 1998 en France. La loi de finance pour 2003 a substitué au remboursement de la part maritime de la taxe professionnelle, le principe d'un dégrèvement. Ces mesures ont été autorisées par la Commission⁹. La défiscalisation des revenus des marins effectuant plus de 183 jours de mer par an est proposée, dans le cadre d'une modification de l'article 81 a du Code général des impôts. En l'absence, en France, de retenue à la source par l'employeur des impôts sur le revenu dû par les salariés, cette défiscalisation constitue plus une mesure incitative à destination des marins que des entreprises.

La composition de l'effectif du bord et le coût de l'équipage devraient être harmonisés au sein de l'Union européenne. Dès lors, ces éléments ne participent-ils pas aux aides d'Etat strictement contrôlées ? Le rapport RICHEMONT propose l'abandon de tout quota de marins français ou communautaires au sein de l'équipage, afin d'aboutir à un plus grand nombre d'embarquements de tels marins qu'actuellement. Il met plusieurs fois l'accent sur les effectifs supérieurs à bord des navires français, sur la souplesse des négociations syndicales en Italie ou au Danemark, sur la diversité des décisions prises par les directions départementales des affaires maritimes. Il existe là des avantages concurrentiels importants. La conclusion reste dans le flou : faut-il supprimer le visa administratif relatif aux décisions d'effectifs prises par les armateurs¹⁰, favoriser la négociation collective nationale ou au sein de chacun des armements concernés, ou laisser la décision d'effectif au seul armateur, soumis au simple contrôle a posteriori de l'inspecteur du travail maritime¹¹ ?

L'évolution de l'armement des navires aux TAAF ne paraît pas susceptible d'éclaircir la discussion. D'une part, les TAAF sont un Territoire d'outre-mer échappant au droit communautaire. D'autre part, les textes réglementaires relatifs à la composition des effectifs manquent.

L'Ordonnance n° 2002-357 du 14 mars 2002, relative à l'armement des navires dans les TAAF, a modifié la loi n° 96-151 du 26 février 1996 relative aux transports, en son article 26¹² : *L'équipage des navires immatriculés dans le territoire des Terres australes et antarctiques françaises doit être composé d'une proportion minimale de marins embarqués de nationalité française. Cette proportion est fixée par décret en Conseil d'Etat, en fonction notamment des caractéristiques techniques des navires ou de leur mode d'exploitation. Le capitaine ainsi que l'officier chargé de sa suppléance doivent figurer parmi les marins embarqués de nationalité française.*

Toutefois, un accord entre le chef d'entreprise et les organisations syndicales représentatives dans l'entreprise ou, à défaut, les délégués du personnel peut fixer une proportion différente de celle mentionnée ci-dessus, dans des conditions et dans des limites fixées par décret en Conseil d'Etat.

Si un accord national a pu être signé, il n'a pas eu une grande portée¹³.

La question de la fixation des effectifs à bord semble clairement posée par le rapport RICHEMONT, au-delà de la simple question du quota de marins communautaires à bord ; elle devra trouver une réponse claire et acceptable pour qu'un tel projet puisse aboutir. Pourquoi, en l'absence d'un quota, 70 % des marins embarqués à bord des navires immatriculés au DIS sont-ils danois ? Pourquoi ce résultat n'est-il pas atteint en Norvège, même pour le capitaine et l'officier suppléant ? Le GIE fiscal est-il le seul outil permettant la formation par l'embarquement de jeunes officiers ? Les pouvoirs publics doivent-ils libérer entièrement la gestion des ressources humaines maritimes des armements recourant au pavillon français ? Dans le même temps, les besoins de compétence maritimes sont fortement mis en lumière. L'analyse semble paradoxale.

⁸ *Orientations communautaires sur les aides d'Etat au transport maritime*, 5 juillet 1997, JOCE n° C 205, p. 5.

⁹ Remboursement des contributions patronales obligatoires d'assurance vieillesse, maladie et accident du travail, aide d'Etat n° 518/98 autorisée le 22 décembre 1998, des cotisations patronales d'allocations familiales et d'assurance chômage, aide d'Etat n° 88/2001 autorisée le 30 avril 2001 ; v. instructions du 31 mars 1999 et du 24 juillet 2001.

¹⁰ Chr. EOCHÉ-DUVAL, *Effectifs autorisés, effectifs embarqués*, DMF 2002, 691.

¹¹ M. GUILLOU, *De l'Inspection du travail maritime en France : Une compétence limitée, mais internationale*, Dr. Soc. 2003 pp. 169-176.

¹² JORF n° 64, 16 mars 2002 p. 4788.

¹³ V. BYROTHEAU et E. CEDILLE, *Les accords collectifs sur les effectifs à bord des navires immatriculés au registre TAAF et la représentation du personnel*, Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. XX, 2002, pp. 179-207.

II Le statut des marins étrangers.

La loi du pavillon ne constitue plus la loi de la communauté du bord, la loi commune. Il convient de s'y faire. La loi du pavillon « allégée » comporte des dispositions disciplinaires : le Code pénal et disciplinaire de la marine marchande s'applique à tout navire battant pavillon français. Un exemplaire devra être offert à tout marin étranger. Pour le surplus, chaque marin dispose de son contrat d'engagement. Le projet de registre international français s'efforce de bien traiter les officiers français (affiliation à l'ENIM, Code du travail maritime modernisé). Il semble contestable de fonder ce statut sur la nationalité du marin, français ou ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ; il sera préféré de le fonder sur le domicile du marin au sein du territoire des Etats membres de l'Union européenne. La question essentielle reste cependant l'existence d'un statut du marin étranger ou le libre jeu du marché international de la main-d'œuvre maritime. Le rapport RICHEMONT propose de construire un statut du marin étranger à bord du navire français immatriculé au registre international, assurant le respect des normes internationales et des droits fondamentaux (A). Cet édifice est-il compatible avec la construction du droit communautaire privé, principalement la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (B) ?

A) Le respect des normes internationales et des droits fondamentaux

Le projet semble construit autour du modèle du travail temporaire. Les marins étrangers sont recrutés, rémunérés, gérés directement par la société de manning, qui est donc leur employeur. Ils sont mis à la disposition de l'armateur qui les commande, par l'intermédiaire du capitaine de navire, qui leur assure des conditions décentes de travail, dans le respect des normes internationales et des droits fondamentaux. Le recours au travail temporaire, légalement encadré, est une exception à la prohibition du prêt de main-d'œuvre à titre onéreux, sanctionné par le délit pénal de marchandage.

Quel est le véritable employeur du marin ? Qui garantit le paiement des salaires, le rapatriement, une juste indemnisation en cas de décès ou d'incapacité permanente au service du navire ?

Dans le cadre du travail temporaire, la relation triangulaire est problématique en ce qui concerne les conditions médicales d'aptitude au travail (celui qui examine le marin ignore les conditions de travail), l'indemnisation en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (l'employeur, l'entreprise de travail temporaire, supporte l'augmentation de la cotisation patronale ATMP, quand c'est l'entreprise utilisatrice qui détermine les conditions de travail et les risques encourus), enfin en matière d'indemnisation complémentaire (en cas de faute inexcusable de l'entreprise utilisatrice, la Caisse Primaire d'Assurance-Maladie (CPAM) recouvre l'indemnisation complémentaire auprès de l'employeur, l'ETT, qui peut appeler en garantie l'entreprise utilisatrice fautive). En matière pénale, la relation triangulaire s'estompe : l'entreprise utilisatrice et son dirigeant sont directement en première ligne. Celui qui dirige le travail importe plus que celui qui le rémunère, le juge pénal reconstituant la fonction patronale démantelée.

Les marins étrangers bénéficieront du droit international du travail maritime, c'est-à-dire des conventions internationales de travail maritimes ratifiées par la France. A la suite du programme *Pour un travail décent dans la marine marchande*, l'Organisation Internationale du Travail a ouvert un vaste chantier, financé par la France et la Norvège, fondé sur un accord entre les armateurs et les syndicats de marins, en vue de l'adoption en 2005 d'une convention internationale unique pour les gens de mer. Il s'agit d'une forte modernisation de la Convention 147 de 1976 : un Etat qui aura ratifié cette convention pourra en imposer le respect et effectuer des contrôles sociaux à bord de tout navire faisant escale dans ses ports, quel qu'en soit le pavillon¹⁴. Ces conventions internationales peuvent être complétées par des accords collectifs, fondés sur la liberté syndicale et le droit de la négociation collective, reconnus par les Conventions de l'OIT ; la référence aux accords ITF est immédiate. Encore faudra-t-il organiser la cohérence entre les accords collectifs nationaux parfois conclu entre l'armateur ou

¹⁴ I. CHRISTODOULOU-VAROTSI, *Port State Control of Labour and Social Conditions: Measures which can be taken by Port States in keepsake with international Law*, A studio for te International Labour Office (Genève), Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. XXI, 2003 (à paraître) ; M. Guillou, *Vers la reconnaissance d'un statut juridique international des gens de mer : le projet préliminaire de convention du travail maritime consolidée*, Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. XXI, 2003 (à paraître) ; P. CHAUMETTE, *Le contrôle des navires par l'État du port - ou la déliquescence du pavillon ?*, in *La norme, la ville et la mer*, Écrits en l'honneur du Doyen Yves PRATS, Éditions de la MSH Paris, 2000, pp. 265-282.

la société de manning et un syndicat national de marins, peut-être membre d'ITF, et les accords collectifs internationaux ITF. Les Etats exportateurs de main-d'œuvre maritime ont tendance à soutenir des accords nationaux conclus par les syndicats nationaux de marins, afin de conserver l'exportabilité de leurs marins et leurs parts de marché. Un tel conflit d'accords collectifs n'est pas une hypothèse d'école¹⁵.

Il est possible d'affirmer que le pavillon du navire garantit ici le respect des droits fondamentaux du marin, assure l'effectivité du droit international, sous réserve de l'existence et de l'activité d'une inspection du travail maritime.

Pour autant, il est impossible d'envisager que la loi du pavillon se limite à cette fonction normative, en disparaissant substantiellement. Il existe un noyau dur insoluble comportant deux sphères, à notre sens : la discipline du bord imposée aux marins, la responsabilité pénale de l'armateur, de l'exploitant, de l'agent de manning en cas d'accident grave¹⁶.

La discipline du bord.

A Wallis et Futuna, le Code du travail maritime est applicable dit la loi n° 66-508 du 12 juillet 1966, mais il n'est pas applicable dit le Conseil d'Etat faute d'intervention du décret d'application prévu, destiné à apporter aux dispositions législatives de ce Code les adaptations rendues nécessaires par " l'organisation administrative particulière et, le cas échéant, par les conditions de navigation découlant de la situation géographique " des territoires considérés¹⁷.

Les contrats internationaux conclus par l'équipage du paquebot Paul Gauguin, prévoient l'application du Code disciplinaire du pavillon d'immatriculation du navire, c'est-à-dire du Code Disciplinaire et Pénal de la Marine Marchande (CDPMM), issu de la loi du 26 décembre 1926, étendu aux Territoires d'Outre-Mer par décret du 17 octobre 1927. La loi du pavillon intervient en tant que loi pénale et disciplinaire, ce qui est loin d'être illogique, mais devient unilatérale. Si ce Code crée des obligations aux marins, il n'est pas sans protection. Ce Code disciplinaire et pénal introduit dans la relation de travail la compétence de l'administrateur des affaires maritimes, l'existence d'un rôle d'équipage, visé par l'autorité maritime. Par exemple, l'article 72 CDPMM prévoit des peines contre tout capitaine qui embarque ou débarque une personne de l'équipage sans faire mentionner cet embarquement ou débarquement sur le rôle d'équipage par l'autorité maritime. L'article 76 prévoit des sanctions contre tout capitaine qui ne dépose pas son rôle d'équipage et son livre de discipline au bureau des affaires maritimes ou à la chancellerie du consulat. L'incohérence est reine si l'on examine le contenu de l'article 69 CDPMM : « Est puni d'une amende de 3 811,23 € (25 000 F), pour chaque infraction constatée, tout armateur ou propriétaire de navire qui ne se conforme pas aux prescriptions du Code du travail maritime (*souligné par nous*) relatives aux réglementations du travail, de la nourriture et du couchage à bord des navires et aux prescriptions des règlements d'administration publique rendus pour leur application ».

Il ne s'agit pas de la discipline contractuelle, de la discipline d'entreprise, mais d'une discipline professionnelle au sein d'une profession organisée par les pouvoirs publics. Certains auteurs ont pu décrire le contrat d'engagement maritime comme un contrat semi-public, ou l'administrateur des affaires maritimes comme le notaire de l'expédition maritime. Ces deux figures sont excessives, mais la tutelle administrative demeure et doit survivre, compte tenu des périls de la mer et des obligations internationales de l'Etat du pavillon.

Le CDPMM introduit la maritimité de la relation de travail, à titre répressif. Cette maritimité a un aspect contractuel contenu en principe dans le Code du travail maritime. Dans l'hypothèse où le CTM ne serait pas applicable, le contrat conclu doit spécifier ces caractéristiques maritimes : rôle d'équipage, compétence de l'administrateur des affaires maritimes. Vis-à-vis des marins étrangers, si le contrat conclu avec la société de

¹⁵ *Boycott de l'Estoril par les syndicats suédois : insécurité juridique*, Tribunal du Travail de Wallhamm 19 février 1993, DMF 1993-315 ; BIT 21 mars 1995 : le classement sans suite de la plainte des armateurs suédois contre leur gouvernement, DMF 1995-830 ; *Les transformations au sein de la marine marchande - Une relation de travail sans attaches ?*, Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. XIX, 2001, pp. 53-93.

¹⁶ La chambre sociale de la Cour de cassation avait opposé la relation contractuelle qui relevait de la loi d'autonomie, choisie par les contractants, et les dispositions relatives à l'organisation et la réglementation administrative du travail, les aspects publics du travail, qui relevaient de la loi du lieu d'exécution du travail, Cass. Soc. 31 mars 1972, Thuillier, RCDIP 1973-683 n. P. LAGARDE, JCP 1973-II-17317 obs. G. LYON-CAEN.

¹⁷ CE réf. 9 février 2001, navire Paul Gauguin, DMF 2001 pp. 399-403.

manning ne prévoit pas ces éléments de contrats administrés, ils doivent être repris par la loi organisant l'immatriculation du navire et le statut des marins sous registre international. La loi créant, le RIF doit préciser le visa administratif des décisions d'effectifs, l'exigence de contrats écrits, le visa administratif du rôle d'équipage, le contrôle a priori et/ou a posteriori du contenu des contrats d'engagements maritimes, le droit des marins de porter des réclamations auprès de l'administration.

L'obligation générale de prévention.

Le navire immatriculé au RIF sera soumis au droit français et international du navire. Il devra donc respecter les conventions de l'OMI, les règlements et directives communautaires. Les obligations et la responsabilité pénale de l'armateur et/ou du capitaine sont essentiellement fixées par la loi n° 83-581 du 5 juillet 1983 relative à la sauvegarde de la vie humaine en mer et l'habitabilité à bord des navires, et le décret du 30 août 1984. La loi n° 83-583 du 5 juillet 1983, relative à la prévention de la pollution par les navires, est devenue les articles L 218-10 et L 218-11 du Code de l'Environnement, modifiés notamment par la loi du 2 mai 2001. La responsabilité pénale de l'armateur, en matière de santé-sécurité, en tant qu'employeur de marins à bord de navires battant pavillon français, est fondée sur des textes divers, qu'il est nécessaire de coordonner¹⁸. Le Code Disciplinaire et Pénal de la Marine Marchande n'est plus la matrice du droit pénal du travail maritime¹⁹. Deux matrices sont incontournables : la directive communautaire 89/391 du 12 juin 1989 qui impose à tout employeur une obligation générale de prévention, d'évaluations des risques professionnels, le Code Pénal. Ces obligations ne peuvent se limiter aux officiers européens, même si l'employeur des marins étrangers était la société de manning ; ces obligations s'imposent aux utilisateurs de main-d'œuvre, même en cas d'activité non rémunérée.

La sécurité juridique.

Les normes internationales de travail maritime sont en voie de rénovation. La loi du pavillon doit garantir le rapatriement des marins, l'accès aux soins, la garantie de paiement des salaires, la protection sociale notamment en cas de décès, d'invalidité, mais aussi de retraite. Le Bureau International du Travail constate que la France ne respecte pas ses obligations vis-à-vis des marins étrangers embarqués à bord des navires immatriculés aux TAAF. Il est possible de considérer que d'autres éléments participent des droits fondamentaux des travailleurs, exerçant non leur travail en France, mais à bord d'un navire battant pavillon français. Si la loi s'efforce de rester souple et légère, un peu court-vêtue comme Perrette et son pot au lait, la jurisprudence pourrait être conduite à poursuivre la fable. Ainsi la Cour de cassation, à propos des licenciements TAAF, a-t-elle appliquée la notion de rupture unilatérale abusive, prévue par le Code du travail d'outre-mer de 1952, de la même manière qu'elle contrôle l'obligation de reclassement et la cause réelle et sérieuse du licenciement pour motif économique²⁰.

Le recours à la notion d'ordre public international peut engendrer des surprises. Il est possible au juge saisi de refuser d'appliquer une loi étrangère incompatible avec son ordre juridique interne. La complaisance conduit à s'interroger sur la fiabilité du rattachement du contrat de travail, à la fois, à la loi du pavillon et à la loi d'autonomie, imposées l'une par l'exploitant du navire, l'autre par la société de management de personnel. Nous en donnerons un exemple.

La Cour de cassation italienne a invoqué les limites de l'ordre public international afin de refuser d'appliquer la loi libérienne, loi du pavillon et loi d'autonomie choisie par les contractants, à un marin italien, en matière de résiliation unilatérale du contrat d'engagement à durée indéterminée. Cette loi libérienne équivaut à la révocation *ad nutum* ; la rupture n'a pas à être motivée, ni justifiée par l'employeur. Le juge italien, compétent pour trancher le litige, considère que la nécessité de justifier le licenciement constitue un principe d'ordre public international qui lui interdit l'application de la loi étrangère sur ce point. Ce raisonnement renforce la protection du marin, mais ne participe nullement à l'harmonisation internationale des contrats dans la mesure où elle est conditionnée

¹⁸ P. CHAUMETTE, *La responsabilité pénale de l'armateur vis-vis de la protection des marins*, Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. XXI, 2003 (sous presse).

¹⁹ M.H. RENAUT, *La répression des fautes disciplinaires de la marine marchande*, DMF 2002-195 ; *L'histoire du droit pénal de la marine marchande, XVIIIè – XXIè siècle*, Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. XX, 2002, pp. 53-104 ;

²⁰ Cass. Soc. 18 décembre 2001, Sté Fish c./ Pinel et Davigo, *Dr. Soc.* 2002-363, DMF 2002-235 obs. P. CHAUMETTE, 11 décembre 2002, Sté FISH c./ Colin et autres, arrêt n° 3638 F-D, pourvoi n° R 01-12599 et autres, 19 mars 2003, Sté FISH c./ Ryckaert et Novak, arrêt n° 953 FS-P, pourvois n° E 01-10.680 et F 01-10.681.

par la compétence du juge italien²¹. Dans ce cas, le juge a été inspiré par un réflexe nationaliste, de protection d'un ressortissant national expatrié.

Faut-il craindre un réflexe internationaliste du juge, c'est-à-dire la protection de la souveraineté française à l'ensemble de la communauté du bord, en raison des insuffisances du droit international ? On peut penser au lieutenant croate du pétrolier Limburg, tué dans l'attentat intervenu à Aden ? A quel prix le marché international évalue-t-il la vie d'un marin malgache, sénégalais, pakistanais, philippin ou ukrainien ?

B) La loi applicable au contrat d'engagement en droit communautaire

La Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991, a unifié au sein de la Communauté les règles de conflits de lois. Il s'agit bien d'organiser une relation de travail internationale à bord des navires immatriculés au RIF. Dans l'arrêt *Sloman Neptun* de 1993, la CJCE a considéré que le registre international allemand constituait, non une aide d'Etat, mais un mécanisme de droit international privé déterminant la loi applicable à la relation de travail.

La Convention de Rome ne concerne pas que les seuls rapports intra-communautaires, puisque son article 2 renvoie même à l'application de législations d'États non contractants à la Convention. Elle a une vocation universelle qui dépasse le champ communautaire. Tout juge de la Communauté européenne qui se trouve compétent pour trancher un litige de dimension internationale, portant sur les obligations contractuelles, doit déterminer la loi ou les lois applicables en recourant aux critères de la Convention de Rome. Si elle concerne l'ensemble des obligations contractuelles, son article 6 est spécialement consacré au contrat de travail.

Un mécanisme combinatoire.

Elle impose son système combinatoire à toutes les juridictions des États membres. Il s'agit de la loi d'autonomie choisie par les parties contractantes, de la loi du lieu de travail habituel, même en cas de détachement à titre temporaire, ou celle du pays où se trouve l'établissement d'embauche du salarié, lorsque le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays (art. 6). Le principe est celui du libre choix de la loi applicable par les contractants, ceux-ci ne pouvant toutefois échapper à la protection que les dispositions impératives de la loi, qui eût été applicable à défaut de choix des parties, assure aux travailleurs. Celle-ci ne peut être écartée en tant que loi de police, participant à l'ordre public social.

Il est donc nécessaire d'identifier la loi d'autonomie choisie par les contractants, ainsi que la loi du lieu d'exécution du travail. Lorsque le contrat d'engagement stipule clairement la loi d'autonomie, il n'est pas nécessaire de se préoccuper des autres critères de rattachement. Lorsque le choix des parties n'est pas exprès ou ne résulte pas de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause, il convient de localiser objectivement le contrat en utilisant les dispositions de l'article 6-2. La Convention de Rome prévoit encore une clause d'exception dans le cas où les critères énoncés à l'article 6-2 ne correspondent pas au pays avec lequel le contrat a les liens les plus étroits. Il a été jugé qu'à défaut de choix exprès des parties, un salarié russe détaché par son employeur, une société russe, dans l'établissement français de la filiale anglaise est soumis à la loi française²².

La détermination de la loi du lieu habituel de travail a donné lieu à des discussions concernant les travailleurs mobiles, les salariés détachés, les navigants aériens, pour les travaux effectués sur une plate-forme pétrolière en haute-mer²³. Quand le salarié n'accomplit pas habituellement son travail dans un seul pays, la Convention renvoie à la loi du lieu de l'établissement d'embauche. Il semble en aller ainsi des pilotes de ligne ou de travailleurs sur

²¹ C. Cass. Sez. Lav. 9 mars 1998, n° 2622, *Il Diritto Marittimo* 2000-137, obs. L RUGGIERO.

²² CA Paris 18^e ch., 7 juin 1996, *Boïkov c./ Sté Black Sea*, RTDE 1996-785 n. H. GAUDEMET-TALLON, RCDIP 1997-55 n. M.A MOREAU.

²³ Rapport GIULIANO-LAGARDE, JOCE n° C 282, 31 octobre 1980 ; P. LAGARDE, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980*, RCDIP 1991-293, sp. pp. 319-320, A. KASSIS, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, n° 316-318.

des plates-formes en haute-mer²⁴. Pour les marins, la loi du lieu habituel de travail est traditionnellement la loi du pavillon du navire.

Si les contractants peuvent choisir la loi applicable au contrat, ils ne peuvent priver le salarié de la protection minimale que constitue la loi du lieu d'exécution du travail. En cas de contrat international de travail exécuté en France, la combinaison retenue entraîne l'application de la loi française, territoriale, éventuellement complétée par la loi du contrat. Les récents conflits de travail aux Chantiers de l'Atlantique de Saint-Nazaire, concernant les salariés indiens ou roumains d'un sous-traitant italien du chantier naval ont mis en scène la souplesse et les limites de ces montages.

Revenons vers des navires immatriculés sous registre international français. La situation est semblable mais tout à fait différente. Le lieu de travail des marins, ressortissants d'États tiers, sera un navire immatriculé en France. Nous avons tenté de démontrer que le navire, lieu habituel de travail des marins, ne pouvait être oublié, qu'il était doté d'une nationalité, même si la complaisance rend parfois déliquescent le lien réel du navire et de l'État du pavillon²⁵. La loi du pavillon est une norme maritime minimale, devant être complétée par d'autres règles internationales ou nationales, pour des raisons de sécurité maritime, de concurrence loyale²⁶. Cette loi du pavillon peut-elle organiser elle-même son allègement et son rétrécissement, en ne complétant la loi d'autonomie que par renvoi aux conventions internationales de travail ratifiées ? La même question revient soit sur le versant égalité de traitement, soit sur le versant droit international privé.

Le statut des marins étrangers à bord des navires immatriculés au RIF, modernisation de leur situation à bord des navires français immatriculés outre-mer, doit être confronté aux mécanismes encadrant le détachement communautaire ou assurant la coordination communautaire des régimes nationaux de sécurité sociale. Dans les deux cas, il s'agit de trouver une solution à un conflit de lois, mais ces mécanismes sont terrestres et ne sont pas semblables au cas envisagé.

Le détachement communautaire.

En matière de détachement à l'intérieur de l'espace communautaire, il s'agit que la loi étrangère, d'autonomie ou du lieu habituel de travail, laisse place au noyau dur d'ordre public de la loi territoriale, du lieu de travail nouveau, même provisoire. Le conflit de lois reste dans les termes d'un système combinatoire, même si la combinaison est délimitée. Dans ce cas, la Directive 96/71 du 16 décembre 1996 s'applique aux entreprises établies dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des travailleurs sur le territoire communautaire. Il ne s'agit pas d'une simple approche internationale, mais d'une dimension communautaire. Cette directive ne s'applique pas aux entreprises de la marine marchande en ce qui concerne le personnel navigant.

Quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, sont applicables les dispositions légales, réglementaires et conventionnelles du lieu d'exécution du travail, concernant :

les périodes maximales de travail et minimales de repos, la durée minimale des congés payés annuels, les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires, les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, les mesures protectrices des femmes enceintes, venant d'accoucher, des jeunes et des enfants, l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ainsi que les dispositions relatives à la non-discrimination²⁷.

Avant même l'entrée en vigueur de la Directive 96/71, la Cour de Justice s'était efforcée de concilier la liberté de prestations de services et la mobilité des travailleurs dans l'espace communautaire. Si un État membre peut exiger d'une entreprise qui détache ses travailleurs sur son territoire qu'ils soient payés selon le salaire minimal applicable dans l'État d'accueil, les autorités nationales doivent rechercher si l'application de cette législation est

²⁴ Concernant les conflits de juridictions et la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, CJCE 27 février 2002, Weber, aff. 37/00, RJS 6/02 n° 759 obs. M.A. MOREAU, DMF 2002 pp. 632-648 n. P. CHAUMETTE.

²⁵ *L'internationalisation du travail maritime - l'impossible encadrement ?* DMF 1994 pp. 675-693 ; *Loi du pavillon ou statut personnel ? - Du navire comme lieu habituel de travail*, Dr. Soc. 1995, pp. 997-1006.

²⁶ *Le contrôle des navires par l'État du port - ou la déliquescence du pavillon ?*, in *La norme, la ville et la mer*, Écrits en l'honneur du Doyen Yves PRATS, Éditions de la MSH Paris, 2000, pp. 265-282.

²⁷ M.A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI 1996 n°4 p. 49.

nécessaire et proportionnée pour assurer la protection des travailleurs concernés, lorsqu'il s'agit de salariés d'une entreprise établie dans une région frontalière, qui sont amenés à effectuer à temps partiel et pendant de brèves périodes une partie de leur travail sur ce territoire. Dans cette mesure, cette exigence n'est pas contraire à la liberté communautaire de prestation de services, prévue aux articles 49 et 50 du Traité (anciens articles 59 et 60)²⁸.

Dans le cas du détachement, il est fait place à une loi étrangère, complétée par l'application d'un noyau dur de la loi territoriale.

La coordination communautaire de sécurité sociale.

En matière de sécurité sociale et de coordination communautaire des régimes nationaux de sécurité sociale, l'article 13-2-c du Règlement 1408/71 du 14 juin 1971 fait référence au critère du pavillon du navire, quelle que soit la loi applicable au contrat de travail du marin. Les marins relèvent donc, en principe, de la loi du pavillon, le navire étant traité comme un lieu de travail et doté d'une nationalité. Il importe peu que le navire ait une activité portuaire, navigue dans les eaux territoriales ou en haute mer, dans une navigation hauturière ou au long cours²⁹. Ses ayants droit résidant sur le territoire d'un autre Etat membre sont traités comme s'ils résidaient sur le territoire du pays du régime d'affiliation. Les périodes d'affiliation à un régime national doivent être prises en compte quel que soit l'Etat membre concerné par cette affiliation.

L'article 14-ter prévoit des dispositions particulières en cas de détachement d'un marin sur un navire battant pavillon d'un autre Etat membre de l'Union européenne, pour une durée maximale de douze mois. La jurisprudence communautaire évite le développement du dumping social en refusant les détachements successifs, ainsi que l'établissement fantôme d'un employeur³⁰. Jusqu'à présent, les marins ne peuvent être recrutés en France par le biais d'une entreprise de travail temporaire, mais la dimension internationale ne peut ignorer les sociétés de management de personnel. Est-il possible d'envisager un agrément administratif, national ou européen des sociétés de manning, sur le modèle de l'agrément des sociétés de classification ?

Comptabilité des registres internationaux et de la Convention de Rome ?

Si les juges de l'Union européenne compétents sont dans l'obligation de rechercher les lois applicables en fonction des critères imposés par la Convention de Rome, de rechercher la teneur de la loi étrangère désignée par la règle de conflits de lois, l'interprétation uniforme assurée par la Cour de Justice des Communautés Européennes ne semble pas proche. Les deux protocoles nécessaires à cette extension de compétence n'ont été signés que le 19 décembre 1988, mais ils n'ont pas atteint le nombre de ratifications nécessaires à leur entrée en vigueur³¹. Les juridictions de première instance ne pourront pas saisir la CJCE, à la différence du recours préjudiciel en interprétation de l'article 177. Seules les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours peuvent saisir la CJCE, la Cour de cassation donc.

Nous espérons avoir identifié les problèmes en vue, avoir mis en lumière les éléments de la discussion et la complexité des mécanismes. Il s'agit de réduire la portée de la loi du lieu habituel de travail, rattachement fondamental des mécanismes liés aux relations de travail. La loi du pavillon peut-elle avoir un contenu différent selon les membres d'équipage, être au bord de la disparition vis-à-vis des marins non communautaires, assurer seulement l'effectivité des conventions et accords collectifs internationaux, laisser place à la loi d'autonomie du contrat imposée par la société de manning, c'est-à-dire éviter de rattacher ces marins à l'ordre juridique du pavillon, quand le navire bat pavillon d'un Etat membre de l'Union européenne ? Comment préserver un contrôle de l'Etat du pavillon, assurer l'accès au droit et au juge des marins étrangers ? De toute évidence, il s'agit de la construction d'un nouveau droit social, national, européen et international, des gens de mer.

²⁸ CJCE 15 mars 2001, aff. 165/98, Mazzoleni ; CJCE 24 janvier 2002, aff. C-164/99, Portugaia Construções Lda ; J. Ph. LHERNOULD, *Les salariés détachés ont-ils droit au salaire minimal garanti dans l'Etat d'accueil ?*, RJS 6/2001 p. 487.

²⁹ CJCE 27 septembre 1989, Lopes da Veiga, aff. 8/88, Rec. p. 2989, application du Règlement 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs au marin portugais travaillant à bord d'un navire de haute mer néerlandais.

³⁰ Règlement 118/97 du Conseil du 2 décembre 1996, mettant à jour le Règlement 1408/71. Le salarié ne doit pas avoir été envoyé en remplacement d'une personne au terme de son détachement ; l'entreprise doit effectuer habituellement des activités significatives dans l'Etat d'origine, y compris les entreprises de travail temporaire, CJCE 10 février 2000, aff. C-202/97, Fitzwilliam ; CJCE 9 novembre 2000, aff. C-404/98, Plum, Dr. Soc. 2001-335 n. J.Ph. LHERNOULD ;

³¹ P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, Paris, 2^e éd., 2002, n°536 et s.

ANNEXE

Le privilège de nationalité du capitaine de navire.

La Cour de Justice, le 1er décembre 1993 a paru reconnaître la spécificité de la situation du capitaine et du second capitaine³². C'est le recours en manquement de la Commission contre le Royaume de Belgique qui excluait de l'égalité de traitement le capitaine et l'officier suppléant. Le commandant de bord, ainsi que son suppléant, peut-être soumis par l'État du pavillon à une exigence de nationalité. La chambre criminelle de la Cour de Cassation a réprimé un armateur dont le navire de pêche ne disposait pas d'un second de nationalité française, en appliquant les textes français, sans même saisir la Cour de Justice d'une question préjudicielle en interprétation, sans même faire référence au droit ou à la jurisprudence communautaire. La question semble donc claire pour cette juridiction³³. En effet, le commandant de bord est chargé de prérogatives de puissance publique : officier ministériel pouvant recevoir un testament, officier d'état-civil quant aux naissances ou décès, proches d'un officier de police judiciaire pouvant constater des infractions à bord et instruire un dossier. Pour le professeur BONASSIES, le capitaine représente à bord l'ordre juridique du pavillon, c'est-à-dire le Droit. Dès lors, il doit avoir la nationalité du pavillon.

On pouvait se demander si cette réserve était bien conforme au droit communautaire, dans la mesure où celle-ci exige qu'il s'agisse de prérogatives de puissance publique faisant partie intégrale des activités professionnelles, et non de tâches occasionnelles ou exceptionnelles. Les prérogatives publiques du capitaine de navire, chef de la communauté du bord, étaient-elles indivisibles de ses fonctions nautiques et commerciales, sont-elles effectivement mise en œuvre sur un navire de pêche ou de plaisance ? Les obligations militaires imposées au capitaine de navire français -par exemple de détenir des cartes exigées par l'Avicomer - étaient-elles suffisantes pour justifier une situation exceptionnelle ?

La qualité de ressortissant communautaire peut paraître suffisante. Il serait possible d'exiger la connaissance de certains aspects du droit national, du droit du pavillon, notamment du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande³⁴. La loi italienne du 27 février 1998 ne traite pas différemment le capitaine des autres membres d'équipage, ouvrant le commandement des navires italiens à tout ressortissant communautaire qualifié, conformément à l'opinion du professeur Franco BERLINGIERI³⁵. Au-delà du principe juridique, de nombreux pays subissent pratiquement une pénurie de capitaines de navire et multiplient les dérogations à l'exigence de nationalité. Tel est le cas du registre international norvégien, mais la Norvège n'appartient pas à l'Union Européenne.

Le capitaine est aisément identifiable à la marine marchande, à la pêche ou à la plaisance ; il n'en est pas de même de l'officier suppléant. Il semble que ce second poste ne concerne que la marine marchande et la pêche industrielle qui connaissent les brevets de second capitaine et de lieutenant de pêche, le terme d'officier ne pouvant recevoir qu'une acception restrictive. A la pêche artisanale, à la plaisance, il n'existe pas quelqu'un qui peut et doit suppléer le capitaine défaillant, un officier suppléant ; ainsi seul le capitaine serait nécessairement de nationalité française, à moins qu'une acception large ne retienne un second membre de l'équipage. La circulaire du 1er décembre 1999 précise que la condition de nationalité de l'officier suppléant du capitaine ne s'applique pas à bord des navires de pêche de moins de 100 tonneaux de jauge brute, qui sont dispensés de l'obligation d'embarquer un second capitaine³⁶.

³² CJCE 1er décembre 1993, aff. 37/93, Commission c/ Belgique, Rec. I- 6295 ; CJCE 2 juillet 1996, aff. 290/94, Commission c/ Grèce, Rec. p. 3285 ; Rép. à Q.E. n°3014/92 JOCE n° C 264 du 29 septembre 1993 p. 5.

³³ Cass. Crim. 28 novembre 2000, navire L'Etel, Moreau, DMF 2001-195 avec nos observations ;

³⁴ M. MORIN, *La condition de nationalité du capitaine de navire français*, Annuaire de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes, T. VII, 1999, pp. 153-161 ;

³⁵ F. BERLINGIERI, *Requisti di nazionalità per il comando di navi italiane*, Il Diritto Marittimo 2000-558, Trib. Genova (ord) 20 marzo 2000, Petre Aubrey Gibbs ; Trib. Genova 14 Luglio 2000, Navires Superseacat One, Two, Three et Four, Il Diritto Marittimo 2002-1396, 2 aprile 2002, Kevin Barry Walsh e Jan Francis Virtue, préc. 2002-1427, obs. L. DE MARCO, *Il principio della libera circolazione dei lavoratori in ambito comunitario : l'applicazione al settore marittimo*.

³⁶ Circulaire DAMGM et ENIM n° 763 GM/3 du 1er décembre 1999.

Madame Christine STIX-HACKL, avocat général auprès de la Cour de Justice des Communautés Européennes, conclut à l'incompatibilité du privilège de nationalité du capitaine de navire et de l'officier suppléant vis-à-vis de la liberté de circulation des personnes, affirmée par l'ancien article 48 du Traité, devenu article 39. Le décret royal 2062/1999 du 30 décembre 1999 ouvrait la possibilité à des ressortissants communautaires de commander des navires battant pavillon espagnol, comme le fait la loi italienne de 1998. Le Tribunal Supremo, saisi d'un recours en illégalité, a exercé un recours préjudiciel en interprétation auprès de la CJCE. Il lui semble que la notion d'emploi dans l'administration publique, qu'un Etat membre peut réserver à un ressortissant national, relève d'abord d'une logique institutionnelle, l'emploi devant dépendre de l'administration, puis d'une logique fonctionnelle, l'emploi devant entraîner l'exercice de prérogatives de puissance publique. Compte tenu du déplacement du navire dans des eaux hors de la juridiction de l'Etat du pavillon, le capitaine de navire constitue un cas particulier d'emploi privé. Cependant dans le litige envisagé, les navires ne se déplacent que dans les eaux territoriales de l'Etat du pavillon ou entre des ports ou des territoires sur lesquels ce dernier exerce sa juridiction. Si les fonctions d'état-civil, notariales ou de coercition des capitaines de navire constituent bien des prérogatives de puissance publique, dont l'exercice pratique est faible ou nul³⁷.

³⁷ Conclusions du 12 juin 2003, aff. C-405/01, Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Espanola c/ Administracion del estado, aff. C-47/02, Albert Anker c/ Bundesrepublik Deutschland.