

A droit constant, le SMIC maritime est rectifié et augmenté.

**COUR DE CASSATION - CHAMBRE SOCIALE – 14 novembre 2012**

n° 11-20776 et 11-20984, Publié au bulletin - Cassation partielle

**GENS DE MER**

**Marins. SMIC. Articles D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail. Recodification. Textes ni repris, ni transférés. Textes abrogés. SMIC terrestre à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008. Heures supplémentaires. Montant.**

*Les dispositions des articles D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail, n'ont été ni reprises ni transférées lors de la recodification du code du travail ; elles ont été abrogées par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, faute d'être au nombre de celles maintenues en vigueur par l'article 10 du même décret ; la cour d'appel en a exactement déduit que le SMIC terrestre était applicable à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008.*

*La majoration pour heures supplémentaires doit porter sur le salaire de base réel du salarié et non sur le salaire minimum garanti.*

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE SOCIALE, a rendu l'arrêt suivant :

Vu leur connexité, joint les pourvois K 11-20. 776 et M 11-20. 984 ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que MM. X... et Y... ont été engagés par la société Entreprises Morillon Combot Corvol selon des contrats d'engagement maritime des 10 décembre 2002 et 11 novembre 1996 ; qu'ils ont saisi le tribunal d'instance afin d'obtenir notamment la condamnation de leur employeur au paiement de rappels de salaire ; que le syndicat maritime FO du Littoral Manche-Mer du Nord est intervenu à l'instance ;

*Sur le moyen unique, pris en ses deuxième, troisième et quatrième branches, du pourvoi de l'employeur et le troisième moyen du pourvoi des salariés et du syndicat :*

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer sur ces moyens qui ne sont pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

*Sur le moyen unique du pourvoi de l'employeur, pris en sa première branche :*

Attendu que l'employeur fait grief à l'arrêt de dire que le SMIC terrestre est applicable à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008, alors, selon le moyen, qu'en énonçant, s'agissant de la période postérieure au 1<sup>er</sup> mai 2008, que les articles D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail n'ayant pas été repris dans la codification, il doit être considéré que les dispositions relatives à la détermination du SMIC dans le secteur terrestre sont provisoirement applicables au secteur maritime, quand la recodification du code du travail ayant été effectuée à droit constant et les articles D. 742-1 et D. 742-2 précités du code du travail n'ayant pas été abrogés, mais seulement non repris et, par suite, demeurés en vigueur, ce qui impliquait le maintien de l'application du salaire minimum de croissance maritime, la cour d'appel a violé les textes précités, ensemble l'accord collectif du 16 septembre 1977 signé par l'employeur avec la CGT des gens de mer de Saint-Malo ;

Mais attendu que les dispositions des articles D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail, qui n'ont été ni reprises ni transférées lors de la recodification du code du travail, ont été abrogées par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, faute d'être au nombre de celles maintenues en vigueur par l'article 10 du dit décret ; que la cour d'appel en a exactement déduit que le SMIC terrestre était applicable à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008 ; que le moyen n'est pas fondé ;

*Mais, sur le moyen unique du pourvoi de l'employeur, pris en sa cinquième branche :*

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que pour déterminer la créance des salariés pour la période postérieure au 1<sup>er</sup> mai 2008, l'arrêt retient que le salaire minimum en espèces garanti est déterminé en déduisant du SMIC les sommes fixées pour évaluer les avantages en nature ; que pour la période du 1<sup>er</sup> juillet au 31 décembre 2009, le

taux du SMIC légal est de 8,82 euros ; que pour 208 heures, le salaire de base du salarié est de 1 834, 56 euros (8, 82 X 208), auquel on ajoute l'indemnité mensuelle de nourriture de 478, 33 euros ; Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui s'est contredite, n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

*Sur le premier moyen du pourvoi des salariés et du syndicat :*

Vu les articles L. 3121-41, D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail, alors en vigueur ;

Attendu que pour débouter les salariés de leur demande de rappel de salaire pour la période antérieure au 1er mai 2008, l'arrêt retient que selon l'article D. 742-1 ancien, lorsque le contrat d'engagement prévoit qu'il sera nourri par l'armateur, le salaire horaire minimum garanti du marin est égal au salaire minimum de croissance, diminué d'un huitième et selon l'article D. 742-2 du code du travail, lorsque le contrat d'engagement ne prévoit pas qu'il sera nourri par l'armateur, l'indemnité de nourriture allouée aux marins à titre de complément de salaire n'entrera en compte dans le calcul du salaire minimum de croissance calculé comme il est dit à l'article précédent que pour les trois-quarts de sa valeur ; que le premier juge a dès lors retenu à juste titre que les majorations dues au titre des heures supplémentaires devaient tenir compte de ces abattements ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la majoration pour heures supplémentaires doit porter sur le salaire de base réel du salarié et non sur le salaire minimum garanti, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

*Et sur le deuxième moyen du pourvoi des salariés et du syndicat, propre à M. Y... :*

Vu l'article 455 du code de procédure civile ;

Attendu que l'arrêt déboute le salarié de ses demandes tendant à l'annulation de la mise à pied disciplinaire qui lui avait été infligée le 9 juillet 2010 et au paiement de rappels de salaire ;

Qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions du salarié qui invoquait l'irrégularité de la procédure disciplinaire en raison d'une composition de la commission de discipline contraire aux dispositions de la convention collective nationale des personnels navigants d'exécution des entreprises de remorquage, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il déboute les salariés de leur demande de rappel de salaires pour la période antérieure au 1er mai 2008, invite les parties à calculer, sur les bases retenues par l'arrêt les sommes dues à MM. X... et Y... au titre des rappels de salaire sur le SMIC pour les cent cinquante-deux premières heures et de la majoration pour heures supplémentaires, outre les congés payés afférents, et déboute M. Y... de ses demandes tendant à l'annulation de la mise à pied disciplinaire qui lui avait été infligée le 9 juillet 2010 et au paiement de rappels de salaire, l'arrêt rendu le 10 mai 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Rouen ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Caen ;

Condamne la société Entreprise Morillon Combot Corvol aux dépens ;

**M. Lacabarats, président** SCP Masse-Dessen et Thouvenin, SCP Tiffreau, Corlay et Marlange, avocat(s)

**OBSERVATIONS :** A droit constant, le SMIC maritime est rectifié et augmenté.

La codification à droit constant tant du code du travail que du code transports n'est pas un long fleuve tranquille. La Cour de cassation en retient des rectifications, qui ne sont pas sans importance : de véritables rectifications. Si la réforme est volontaire par le pouvoir réglementaire, elle devrait être explicitée et ne devrait pas laisser les partenaires sociaux sur le bord du chemin de halage. Si elle est involontaire et provient du juge, celui-ci a-t-il un projet d'ensemble en vue de la cohérence du droit social des gens de mer ou se contente-t-il d'une intervention technique, au cas par cas, avec une forte myopie. D'autres surprises sont alors à venir (sur les compétences juridictionnelles dans le contentieux du travail maritime, CA Rennes, 9<sup>e</sup> ch., 3 octobre 2012, n° 11/07998, IRD, Institut de Recherche et de Développement c/ M. Sanseo. *DMF 2012*, à paraître - P. Chaumette, « Le destin du décret du 20

novembre 1959. La codification à droit constant ne peut engendrer une réforme des compétences juridictionnelles », Neptunus, revue électronique, Université de Nantes, Vol. 18, 2012/2, <http://www.cdmo.univ-nantes.fr>).

### 1) *Le SMIC maritime.*

Depuis 1950, la réglementation relative au salaire minimum interprofessionnel est applicable au secteur du travail maritime (ancien C. trav., art. L. 742-2). Il convient donc de renvoyer aux dispositions issues de la loi n° 70-7 du 2 janvier 1970 (C. trav., art. L. 3231-1 et s., R. 3231-2, R. 3231-4, R. 3231-17, D. 3211-1, D. 3231-3 à D. 3231-6), en prenant en compte des adaptations spécifiques au secteur maritime, liées à l'obligation de nourriture pesant sur l'armateur. Quand le marin est nourri par l'armateur le salaire horaire minimum garanti du marin est égal au SMIC, diminué d'un huitième : 7/8 du SMIC. L'indemnité de nourriture allouée au marin, à titre de complément de salaire, n'entre en compte dans le calcul du SMIC que pour les trois quarts de sa valeur (ancien C. trav., art. D. 742-1 et 2). Le SMIC est applicable aux marins embarqués à bord d'un navire immatriculé au registre international français (RIF), à condition que ce marin réside en France, sur le territoire des Etats membres de l'Union européenne ou dans un Etat membre de l'Espace économique européen.

Dans le secteur de la pêche artisanale, compte tenu de la rémunération à la part de pêche et des bonnes parts longtemps distribuées, le SMIC ne semblait pas applicable, au moins culturellement. La jurisprudence a rappelé l'absence de toute exclusion (Cass. soc., 1<sup>er</sup> avril 1992, *Droit social* 1992-665 obs. Ch. Eoche-Duval, *Droit Maritime Français* 1993-31, obs. P. Chaumette - CA Rennes, 25 février 1999, *DMF* 2000, 44). Le respect du SMIC horaire a engendré des problèmes en raison du mode de rémunération à la part de pêche qui prend en compte les résultats de la pêche et de la vente, et est déconnectée du temps de travail (J.P. Beurrier, dir., *Droits Maritimes*, Dalloz Action, 2<sup>e</sup> éd., 2008, n° 413.44).

Les spécificités maritimes prenaient en compte l'obligation de nourriture imposée à l'armateur. Aux termes de l'article 72 CTM, les marins ont droit à la nourriture ou à une allocation équivalente pendant toute la durée de leur inscription au rôle d'équipage ; cet article est devenu l'article L. 5542-18 du code des Transports (CA Rouen, ch. soc., 3 février 2009, n° 08/1912, SNRH, *Rev. Dr. Transports* 2009, n° 171, n. St. Carré - Cass. soc., 12 janvier 2010, n° 07-40792, *DMF* 2010, n° 712, pp. 206-211, « Du rôle d'équipage »).

Cette obligation de nourriture était prise en compte au sein du Livre VII du code du travail, vis-à-vis du montant du SMIC. Selon l'ancien article D. 742-1, lorsque le contrat d'engagement prévoit qu'il sera nourri par l'armateur, le salaire horaire minimum garanti du marin est égal au salaire minimum de croissance, diminué d'un huitième. Ainsi avec un SMIC horaire à 9,40 euros depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2012, le SMIC maritime était-il de 8,22 euros, plus la nourriture. Selon l'article D. 742-2 du code du travail, lorsque le contrat d'engagement ne prévoit pas qu'il sera nourri par l'armateur, l'indemnité de nourriture allouée aux marins à titre de complément de salaire n'entrera en compte dans le calcul du salaire minimum de croissance calculé comme il est dit à l'article précédent que pour les trois-quarts de sa valeur. Le SMIC prend en compte les avantages en nature, ici les 3/4 de l'indemnité de nourriture. Selon la Cour d'appel de Rouen, dans son arrêt du 10 mai 2011, le premier juge d'instance avait retenu à juste titre que les majorations dues au titre des heures supplémentaires devaient tenir compte de ces abattements. Cet arrêt d'appel est cassé, dans la mesure où il ne s'agit pas de déterminer le montant du SMIC maritime, mais de déterminer la base de calcul de la rémunération supplémentaire des heures supplémentaires.

Selon la Cour de cassation, la majoration pour heures supplémentaires doit porter sur le salaire de base réel du salarié et non sur le salaire minimum garanti (dans le même sens, quant à l'assiette de la rémunération supplémentaire des heures supplémentaires, Cass. soc., 23 septembre 2009, n° 08-40636, *JCP-S* 2009, 1557, n. A. Martinon). A partir du 1<sup>er</sup> mai 2008, il semble que le SMIC maritime ait disparu dans le chantier de recodification : les sables mouvants de la Baie du Mont Saint Michel en quelque sorte.

### 2) *Le SMIC terrestre généralisé.*

L'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 a publié un nouveau Code du travail, un code recodifié à droit constant, en principe (Ordonnance n° 2007-329, 12 mars 2007, relative au Code du travail, partie législative, *JORF* 13 mars, 4740 ; modifiée par Loi n° 2008-67, 21 janv. 2008 *JORF* 22 janvier 2008). Les marins, comme d'autres professions accueillis jusque là au Livre VII du code du travail, ne sont plus les bienvenus ; il en est de même des travailleurs des mines et carrières, industries électriques et gazières, travailleurs à domicile, bâtiment et travaux publics, marins, dockers, VRP, journalistes, artistes et mannequins, concierges, employés de maison, assistantes maternelles, assistants familiaux. Ces professions sont soumises au code du travail, mais les règles spécifiques de ces secteurs d'activité sont renvoyées vers d'autres codes. « *Le code du travail a été recentré sur son objet principal tout en permettant aux codes spécifiques d'accueillir les dispositions en matière de droit du travail qui en relèvent* », selon l'exposé des motifs. Cette partie législative, ainsi que la partie réglementaire, est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2008. L'article 13 de l'Ordonnance, 1°, 2° et 18°, prévoit le maintien en application des dispositions du Code du travail « ancien » concernant les marins, dans l'attente de la rédaction, et de la publication d'un futur Code des transports : art. L 742-1, L. 742-1-1 II à IV, L. 742-2 à L. 743-2. Il n'est plus possible de s'en tenir aux dispositions de l'article L. 742-1 du Code du travail « ancien », qui renvoient vers des lois particulières le contrat d'engagement et les conditions de travail à bord des navires. Les dispositions ayant vocation à figurer dans les futurs codes de l'énergie, de la fonction publique et des transports ne sont pas reprises dans le code du travail et sont maintenues temporairement dans un ancien code du travail. Dès lors, l'ancien code du travail fut maintenu en vigueur dans l'attente de l'adoption notamment du nouveau code des transports (art. 13-18°, Art. 13-18°, Ordonnance n° 2007-329, 12 mars 2007).

L'Ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2007 est relative à la partie législative du code des transports, modifiée par l'Ordonnance n° 2011-204 du 24 février 2011. Il est nécessaire de bien suivre avec attention cette reconstruction. Le code du travail maritime (CTM) disparaît et se fonde « à droit constant » au sein du nouveau code des transports (S. Miribel, « La codification du droit des transports dans le domaine maritime : les modifications introduites par la codification sont-elles opportunes ? », colloque AFDM, *DMF* 2012, n° 722, pp. 182-186). L'articulation du code des transports et du code du travail est organisée par l'article L. 5541-1 du code des transports : « *Le code du travail est applicable aux marins salariés des entreprises d'armement maritime et des entreprises de cultures marines ainsi qu'à leurs employeurs, sous réserve des dispositions particulières prévues par le présent titre. Ces dispositions s'appliquent également aux autres gens de mer* ». Il en va de même de l'article L. 1311-1 du même code des Transports. Les dispositions du code du travail s'appliquent au contrat de travail maritime, avec d'éventuelles adaptations, ou des exclusions.

Dans l'attente de la partie réglementaire du code des transports, espérée en fin 2013, certains textes réglementaire du code du travail ancien ont été conservés en vigueur : il en est ainsi des dispositions relatives aux conventions collectives (art. R. 742-1 et R. 742-2 C. Tr., maintenu en vigueur dans l'attente du futur code des transports, art. 13-18° Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007). De même, certains textes, considérés comme de valeur réglementaire du code du travail maritime, ont été conservés provisoirement. D'autres textes de nature réglementaire semble-t-il, ont été abrogés, peut-être par inadvertance, tel les dispositions de décret du 20 novembre 1959. L'ensemble est-il cohérent ? Manifestement, non. Dès lors, le principe de codification à droit constant a-t-il une consistance juridique ? Mais devrait, mais pour la Cour de cassation, la réponse est manifestement, non, en l'espèce.

Les dispositions des articles D. 742-1 et D. 742-2 du code du travail, n'ont été ni reprises ni transférées lors de la recodification du code du travail ; elles ont été abrogées par l'article 9 du décret n° 2008-244 du 7 mars 2008, faute d'être au nombre de celles maintenues en vigueur par l'article 10 du même décret ; la cour d'appel en a exactement déduit que le SMIC terrestre était applicable à compter du 1<sup>er</sup> mai 2008.

Le SMIC est horaire, en principe ; il comprend les avantages en nature et les majorations salariales diverses, à l'exclusion des remboursements de frais et des majorations pour heures supplémentaires (Art. D. 3231-6 C. Trav.). La jurisprudence a exclu de l'assiette du SMIC les primes salariales, qui ne

rémunèrent pas directement le travail effectué, telle une prime d'ancienneté qui rémunère la fidélité à l'entreprise (Cass. soc., 27 mai 1997, Dr. Soc. 1997, 733 obs. J. Savatier) ; il en est de même de la prime d'assiduité (Cass. soc., 12 novembre 1992, RJS 12/92, p. 751- Cass. soc., 3 juillet 2001, Dr. soc., 2001, 1004 obs. Chr. Radé). Il en est donc de même de l'obligation armatoriale de nourriture, qui s'ajoute au SMIC. Le treizième mois entre dans l'assiette du SMIC, lorsqu'il est versé de manière mensualisée, puisqu'il devient la contrepartie du travail effectif ; dès lors, il disparaît en tant que mois supplémentaire ; tel n'est pas le cas, s'il est versé de manière semestrielle ou annuelle, puisqu'il n'est plus la contrepartie directe du travail.

Les spécificités maritimes ne disparaissent pas toutes, notamment à la pêche artisanale. « *Un accord national professionnel ou des accords de branche étendus fixent les modalités de calcul de la rémunération du marin rémunéré à la part et déterminent les périodes de travail retenues pour le calcul du salaire minimum de croissance. Ces périodes ne peuvent être supérieures à douze mois consécutifs calculés sur une année civile* » (Art. L. 5544-39 C. Transports). Le 15 février 2011, a été signé l'avenant n° 4 de l'accord national de la pêche artisanale, étendu par arrêté ministériel du 27 juin 2011 (*JORF* n° 149, 29 juin 2011, p. 10958). Un marin salarié, rémunéré à la part d'une entreprise de pêche artisanale, doit percevoir un versement minimal par jour travaillé de 88 euros bruts en moyenne semestrielle. Le montant des versements annuels doit, sur la base de 225 jours de mer, être au moins égal à  $88 \times 225 = 19\ 800$  euros bruts. Pour le calcul du versement minimal, il sera considéré qu'un jour travaillé en mer est égal à un jour travaillé à terre, soit un montant de 88 euros bruts. Peu de secteurs professionnels ont ainsi un salaire minimum semestrialisé (P. Chaumette, dir., *Droits Maritimes*, J.P. Beurrier (dir.), Dalloz Action, 2è éd., 2008, n° 413.44 et s.).

**Patrick CHAUMETTE**