

De la modernisation du marché du travail à la simplification du licenciement maritime.

Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009 relative à l'adaptation aux personnes
exerçant la profession de marin de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.

Patrick CHAUMETTE
Professeur à l'université de Nantes

Le contrat d'engagement maritime classique est le contrat au voyage, conclu pour une expédition maritime. Il ne comprend que des périodes de travail à bord, de l'embarquement au débarquement du marin. Les spécificités des conditions de travail, à mer, à bord du navire, prédominent ; il est ainsi possible de parler de contrat de travail nautique ou de contrat d'embarquement. Ce type de contrat correspond à un droit social des gens de mer autonome et permet cette autonomie, en raison de la prévalence des particularités maritimes.

Ce contrat d'engagement maritime est devenu un contrat de travail particulier liant le marin à l'entreprise d'armement maritime, beaucoup plus qu'au navire ou à l'expédition maritime. Au-delà du voyage, le marin fut stabilisé conventionnellement dans l'entreprise. Les lignes régulières amenèrent la pratique du contrat à durée indéterminée, donnât lieu à une éventuelle résiliation unilatérale. Le marin peut ne plus travailler à bord provisoirement, être débarqué, se trouver à terre, mais pour autant le contrat d'engagement maritime peut survivre à l'interruption de la navigation, de l'exécution du travail à bord, dans l'attente d'un nouvel embarquement du marin, ou de la rupture du contrat. Le droit du travail maritime français est ainsi traversé par deux conceptions du contrat d'engagement maritime : celle d'un contrat d'embarquement, encadré strictement dans un statut légal d'une profession réglementée, celle d'un contrat de travail particulier, couvrant l'ensemble de la relation contractuelle entre l'entreprise d'armement et le marin, les particularités relevant des conditions de travail à bord¹. La loi n° 77-507 du 18 mai 1977 a étendu et adapté aux marins le droit du licenciement ; elle avait notamment retenu une définition spécifique du licenciement maritime, une approche limitée écartant du licenciement les marins n'ayant pas une ancienneté suffisante².

Le législateur français n'avait cependant pas choisi de distinguer clairement le lien d'entreprise du contrat d'embarquement, la relation de travail des conditions d'embarquement. Il en résultait une confusion des sources du droit du travail maritime, des difficultés d'interprétation des textes, aussi bien à la pêche qu'au commerce, des modalités complexes de rupture du contrat d'engagement³. L'ordonnance n° 2009-717, spécifiquement maritime, vient de banaliser le contrat d'engagement maritime, vis-à-vis du contrat de travail, et de simplifier les modes de rupture du contrat d'engagement maritime à durée indéterminée.

La loi négociée.

Dans le cadre de la loi n° 2007-130 du 31 janvier 2007 de modernisation du dialogue social, qui incorpore en droit français les mécanismes de la « loi négociée », introduits en droit social

¹ P. Chaumette, « Le contrat d'engagement à la recherche de son identité », *Dr. soc.* 1991, 656.

² P. Chaumette, « La distinction de la rupture unilatérale et du licenciement maritime », note sous CA Rennes, 5^e ch., 6 janv. 2004, *DMF* 2004, 360.

³ M. Le Bihan-Guérolé, *Droit du travail maritime. Spécificité structurelle et relationnelle*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », Paris, 2001.

communautaire par le Traité de Maastricht de 1992⁴, l'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail a été conclu⁵. Il a permis de montrer la capacité des partenaires sociaux à négocier, dans le cadre d'un projet envisagé par le Gouvernement, de conclure avec une majorité de signataires du côté des confédérations syndicales représentatives des salariés. Ainsi le Gouvernement devait proposer au Parlement de légaliser cet ANI, en totalité, sans ajouts, ni retraits. La loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, transpose dans le code du travail cet Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2008. La négociation collective interprofessionnelle n'a pris en compte aucune spécificité sectorielle. Il en fut de même du projet de loi préparé par le Ministère chargé du travail, compte tenu des délais impartis, mais aussi de l'insuffisance de la coordination interministérielle. C'est devant le Sénat que le Gouvernement a proposé une procédure d'adaptation nécessaire par la voie d'une Ordonnance⁶. La loi nouvelle concerne la durée de la période d'essai, la rupture conventionnelle homologuée, le CDD à objet défini, le portage salarial, la rupture conventionnelle homologuée du contrat de travail à durée indéterminée.

A la suite des élections présidentielles et législatives de 2007, il a semblé prioritaire de moderniser le marché du travail. La fusion de l'ANPE et des ASSEDIC, sans disparition de l'UNEDIC, est censée faciliter la recherche d'emploi et l'insertion professionnelle. L'illusion du contrat de travail unique, sorti en 2006, de la réflexion d'économistes du travail, ignorants du droit du travail, fut abandonnée⁷. Les partenaires sociaux devaient conclure le premier Accord National Interprofessionnel du quinquennat, à la fois pour démontrer leur capacité réformatrice, et pour éviter un projet de loi au contenu très incertain. C'est ainsi que le thème de la « *flexisécurité* » fut faiblement exploré, que la période d'essai fut légalisée, insérée pour la première fois au sein du code du travail et étendue dans le temps vis-à-vis des pratiques conventionnelles ou usuelles antérieures. Compte tenu de l'ampleur de la précarité, le cadre de recours au travail temporaire ou aux contrat de travail à durée déterminée ne fut pas bouleversé ; le compromis de 1990 fut conservé pour l'essentiel ; seul le CDD à objet défini fut créé. Le portage salarial fut légalisé, ce qui ne règle pas l'ensemble des questions antérieurement soulevées. La rupture conventionnelle homologuée du CDI s'efforce de rendre plus sûr les ruptures amiables, négociées, conclues par consentement mutuel des deux contractants. Le patronat a obtenu l'extension des périodes d'essai, ce qui ne remplace pas le contrat nouvelle embauche (CNE) ou le contrat première embauche (CPE), nés en 2005 et rapidement disparus. Il semble bien que seules les entreprises de moins de 20 salariés aient été satisfaites de la création du CNE, contraire à la Convention 158 de l'OIT, ratifiée par la France. Les confédérations syndicales, en laissant un peu de souplesse sur ces points, ont obtenu le maintien d'une grande continuité : le CDI est le contrat de travail normal, le CDD l'exception. Il n'y a pas eu de bouleversement des divers licenciements, notamment des

⁴ Art. L. 2211-1 à L. 2211-3 nouveau C. Tr. ; J.Ph. Lhernould, « La négociation collective communautaire », *Dr. Soc.* 2008, pp. 34-51 ; J. Péliissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 24^{ème} éd., 2008, n° 52, p. 74 ; P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2008.

⁵ « L'accord interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail », n° sp. *Dr. Soc.* 2008, n° 3 pp. 267-346.

⁶ Loi n° 2008-596, 25 juin 2008, art. 11, *JORF* 26-6-2008.

⁷ M. Camdessus, « Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France », La Documentation Française 2004 - R. Cahuc et F. Kramartz, « De la précarité à la mobilité : une sécurité sociale professionnelle », La Documentation Française, Paris, 2005 - J. Barthélémy, G. Cette et P.Y. Verkindt, « A propos du contrat unique », *JCP-S-2007*, Act. 63 - .

licenciements individuels, les plus nombreux de loin, même si les licenciements économiques collectifs sont les plus médiatisés.

Quel volet maritime ?

La négociation collective interprofessionnelle n'a décliné aucun volet sectoriel, ce qui ne semble guère poser de difficultés concernant les activités terrestres. Compte tenu des imbrications du code du travail et du code du travail maritime, une adaptation maritime était indispensable. La loi mettant en œuvre l'ANI du 11 janvier 2008 devait envisager ce volet maritime, ce qui nécessitait une coordination interministérielle, loin d'être évidente, entre le Ministère chargé du travail et le Ministère anciennement de l'Équipement et des Transports, devenu MEEDDAT, puis plus récemment Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement Durable et de la Mer (MEEDDM). Le projet de loi devait comporter un article prévoyant une adaptation maritime, permettant la consultation des partenaires sociaux, sans tout à fait renvoyer à une négociation collective sectorielle. Une procédure législative classique et suffisamment longue n'était pas souhaitable. C'est lors des discussions au Sénat, que ce mécanisme fut envisagé et adopté. Ainsi la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, portant modernisation du marché du travail, prévoit en son article 11 une ordonnance maritime d'adaptation. Le Gouvernement était autorisé, au plus tard le 30 juin 2009, à prévoir par ordonnance, dans le code du travail maritime, les mesures d'adaptation et les dispositions de cohérence nécessaires à l'application de la présente loi aux personnes exerçant la profession de marin. Le délai d'un an était relativement court. Le projet de loi de ratification de cette ordonnance doit être déposé devant le Parlement, au plus tard le dernier jour du deuxième mois suivant sa publication. La consultation des partenaires sociaux a commencé en octobre 2008 et s'est poursuivie jusqu'en février 2009, notamment au sein du conseil supérieur de la marine marchande, qui a rendu un avis favorable le 5 mars 2009⁸. Le 9 juin 2009 la section sociale du Conseil d'État a rendu un avis favorable⁹. Le projet de loi de ratification doit être déposé au Parlement avant la fin du mois d'août 2009. Les dispositions de l'Ordonnance ont un caractère réglementaire et n'auront un caractère législatif qu'à la suite de la publication la loi de ratification.

Un chantier maritime d'importance, lié à la sédimentation des textes.

Il était envisageable de banaliser le contrat d'engagement maritime, qui n'est qu'un contrat de travail particulier, concernant un salarié, marin, travaillant à bord d'un navire. Si les conditions de travail sont spécifiques, en mer et à bord d'un navire, le contrat qui lie le salarié à son employeur n'est pas spécifique. Il s'agit d'un contrat de travail qui peut être à durée déterminée ou à durée indéterminée. Le contrat d'engagement maritime s'est construit autour de l'expédition maritime, c'est-à-dire du contrat au voyage. Le congédiement est conçu comme une rupture unilatérale du contrat, rupture anticipée par le capitaine, intervenant avant l'échéance normale. Daniel Danjon, en 1926, n'envisage la durée indéterminée du contrat que dans l'hypothèse où l'armateur conserve le marin à son service, au-delà de l'expédition maritime, pour un travail à terre. Lors de la préparation du Code du travail maritime, une commission ministérielle avait noté la précarité du contrat d'engagement traditionnel, conclu au voyage, et avait proposé d'y substituer un contrat de travail liant le marin à l'entreprise

⁸ Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009 relative à l'adaptation aux personnes exerçant la profession de marin de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, *JORF* 19-6-2009.

⁹ Lettre Direction des Affaires Maritimes, 3 juillet 2008

d'armement¹⁰. Depuis longtemps, la vapeur avait étendu son règne et les liaisons transatlantiques avaient modifié la gestion des équipages¹¹. Le législateur a préféré conserver la conception classique en 1926. Selon l'âge des textes, certains articles relèvent de la première conception, liée au contrat au voyage, d'autres de la seconde. Un manque de cohérence découle inévitablement de l'absence de choix du législateur et de la sédimentation des textes.

L'article 4 CTM a pour référence les périodes d'embarquement, comme si le marin n'était plus lié à son employeur en dehors, sauf travail à terre. Il n'a toujours pas intégré l'existence des diverses périodes de suspension de l'exécution du travail, pendant lesquelles le contrat de travail est maintenu, dans la mesure où le travail reprendra : congés payés, arrêt maladie ou accident, maternité ou congé parental, période de formation. La jurisprudence a dû dépasser une interprétation littérale, pour rattacher aux règles maritimes les périodes accessoires à la navigation et ne laisse sous le seul régime du code du travail, et dans la compétence prud'homale, que le cas du travail à terre du marin. Il conviendrait de réécrire cet article 4, dans la mesure où le contrat au voyage ne peut plus être le paradigme du droit social des gens de mer. Dans le même sens, la loi du 18 novembre 1997 a dû supprimer de l'article 93 CTM, de la liste des causes mettant fin au contrat d'engagement de manière automatique, la mise à terre du marin pour blessure ou maladie. La mise à terre du marin en cours d'escale mettait évidemment fin au contrat au voyage. Le principe est dorénavant celui de la suspension de l'exécution du travail, mais du maintien du contrat, en cas d'arrêt de travail pour accident ou maladie. La non discrimination liée à l'état de santé du salarié ou du marin est passée par là.

Avec le développement des lignes régulières, la gestion des navigants s'est transformée. Le personnel fut fidélisé ; les contrats au voyage ont été régulièrement renouvelés ; le contrat à durée indéterminée est devenu pratiqué. À la suite de la crise économique de 1929, un véritable pool administratif des marins fut constitué, au sein duquel les armements recrutaient sans trop pouvoir choisir leur personnel. Le Royaume-Uni et la Belgique auront une expérience semblable à partir de 1944. Est intervenue la stabilisation des marins et la titularisation des officiers par les conventions collectives nationales étendues de 1947, 1948 et 1950. Certains marins ont refusés d'être stabilisés, afin de ne pas être rappelés au cours de leurs congés, au risque de ne pas être rappelés. Les contrats à durée indéterminée sont devenus le principe, ceux à durée déterminée l'exception¹². La loi du 18 mai 1977 a appliqué au secteur maritime les règles terrestres du licenciement, qui se superposent aux dispositions conventionnelles. Le législateur impose une « stabilisation » légale, qui limite le recours aux contrats à durée limitée et étend l'application des règles du licenciement¹³. La résiliation unilatérale du CDI est encore envisageable, le licenciement nécessitant une période d'ancienneté, sauf en cas de rupture par l'employeur pour motif économique ou en raison d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle¹⁴. Aucun capitaine n'ose recourir au congédiement du marin que lui ouvre l'article 98 du code du travail maritime, dans la mesure où il ignore s'il ne peut agir que pour un motif disciplinaire ou personnel au marin, s'il agit au nom de l'armateur ou s'il engage sa responsabilité personnelle. Il convient sans aucun doute

¹⁰ *Rapp. de la commission chargée de la préparation d'un Code du travail maritime*, JO 16 mai 1914, 697 — Circ. min. 10 janv. 1927, BOMM 1927, 27.

¹¹ J.-L. Lenhof, « Violences maîtrisées : la gestion du risque à bord des derniers grands voiliers de commerce au long cours (1880-1920) », dans M. Augeron et M. Tranchant (dir.), *La violence et la mer dans l'espace atlantique (XII^e-XIX^e siècles)*, PU Rennes, Rennes 2004, p. 389-411.

¹² P. Chaumette, *Droits Maritimes*, J.P. Beurrier (dir.), Dalloz Action, 2^{ème} éd., 2008 n° 412.40 et s.

¹³ Art. 10-6 et 102-1 CTM.

¹⁴ P. Chaumette, *Droits Maritimes*, J.P. Beurrier (dir.), Dalloz Action, 2^{ème} éd., 2008 n° 412.44 et s.

de clarifier les mesures disciplinaires, pouvant aller jusqu'à la mise à pied, le débarquement provisoire du marin, à titre conservatoire ou non, et la notion de licenciement. Le droit social des gens de mer risque de perdre une part de ses spécificités historiques, mais de gagner en clarté et compréhension.

La période d'essai dans les CDI.

La période d'essai s'est développée dans les contrats individuels de travail ; elle fut fréquemment encadrée par les conventions collectives de travail. Elle était ignorée tant du code du travail maritime que du code du travail, sauf en ce qui concerne les CDD (art. L. 1242-10 et L. 1242-11 C. Tr.) et le contrat de travail temporaire (art. L. 1251-14 et L. 1251-15 C. Tr.). L'Accord National Interprofessionnel (ANI) du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail et la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 constituent une innovation importante dans la tradition française du droit du travail¹⁵. Il n'est pas certain que l'allongement de la période d'essai aura des effets sur le développement des contrats précaires, même si cet allongement s'inscrit dans la confirmation du principe que le contrat normal est le CDI, les CDD étant l'exception. L'article 2 de l'Ordonnance n° 2009-717 insère à la suite de l'article 10-7 CTM, trois articles 10-8, 10-9 et 10-10, adaptant l'application des articles L. 1221-19 à L. 1221-21 du code du travail. Il est donc nécessaire de partir de ces dispositions générales.

La période d'essai n'est pas obligatoire¹⁶. Elle n'existe que si elle est prévue par le contrat individuel de travail. La période d'essai est une dérogation à l'engagement ferme des contractants. La période d'essai et la possibilité de la renouveler ne se présument pas. Elles sont expressément stipulées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (art. L. 1221-23 C. Tr.). En cas d'embauche dans l'entreprise à l'issue du stage intégré à un cursus pédagogique réalisé lors de la dernière année d'études, la durée de ce stage est déduite de la période d'essai, sans que cela ait pour effet de réduire cette dernière de plus de la moitié, sauf accord collectif prévoyant des stipulations plus favorables (art. L. 1221-24 C. Tr.). La période d'essai ne peut pas simplement écouler des dispositions d'une convention collective, sans reprise par le contrat individuel de travail¹⁷.

1) La durée de l'essai.

Le contrat de travail à durée indéterminée peut comporter une période d'essai dont la durée maximale est : 1° Pour les ouvriers et les employés, de deux mois ; 2° Pour les agents de maîtrise et les techniciens, de trois mois ; 3° Pour les cadres, de quatre mois. (art. L. 1221-19 C. Tr.).

La période d'essai peut être renouvelée une fois si un accord de branche étendu le prévoit. Cet accord fixe les conditions et les durées de renouvellement. La possibilité de la renouveler ne se présume pas. Elle est expressément stipulée dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (art. L. 1221-23 C. Tr.). La durée de la période d'essai, renouvellement compris, ne peut pas dépasser : 1° Quatre mois pour les ouvriers et employés ; 2° Six mois pour les agents

¹⁵ « L'accord interprofessionnel sur la modernisation du marché du travail », n° sp. *Dr. Soc.* 2008, n° 3 pp. 267-346. Loi n° 2008-596, 25 juin 2008, art. 11, *JORF* 26-6-2008.

¹⁶ J.Y. Frouin, « Liberté et existence de la période d'essai », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, CSB, 1995, 239 – D. Noguéro, « Le devenir de la période d'essai du salarié », *Droit Social* 2002, 589 – J. Mouly, « Une innovation ambiguë : la réglementation de l'essai », *Droit Social* 2008, 288.

¹⁷ La jurisprudence précédente exigeait cependant que le salarié ait été informé spécifiquement des dispositions de la convention collective prévoyant une période d'essai, Cass. soc., 18 juillet 2001, *RJS* 11/01, n° 1244 ; Cass. soc., 7 mars 2000, *RJS* 4/2000, n° 369 ; Cass. soc., 25 mars 1998, *RJS* 5/1998, n° 561.

de maîtrise et techniciens ; 3° Huit mois pour les cadres (art. L. 1221-21 C. Tr.). Les durées des périodes d'essai fixées par les articles L. 1221-19 et L. 1221-21 ont un caractère impératif, à l'exception : - de durées plus longues fixées par les accords de branche conclus avant la date de publication de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail ; - de durées plus courtes fixées par des accords collectifs conclus après la date de publication de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 précitée ; - de durées plus courtes fixées dans la lettre d'engagement ou le contrat de travail (art. L 1221-22 C. Tr.).

Les dispositions conventionnelles, prévoyant des durées plus courtes, conclues avant le 26 juin 2008, ne peuvent plus être invoquées à partir du 1^{er} juillet 2009. Mais des accords collectifs anciens prévoyant des durées plus longues que les maxima légaux ne sont pas remis en cause. De nouveaux accords collectifs peuvent prévoir des durées plus courtes. Depuis le 26 juin 2008, les conventions collectives ne peuvent plus prévoir des durées d'essai plus longues que les maxima légaux¹⁸. Le renouvellement doit être prévu par une convention collective de branche étendue, qu'elle soit conclue avant ou après le 26 juin 2008.

L'Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009 crée un article 10-8 au sein du code du travail maritime : « Pour l'application des articles L.1221-19 à L.1221-21 du code du travail, ne sont décomptées dans la durée de la période d'essai que les périodes de travail à bord du navire dites d'embarquement effectif du marin. La durée maximale de la période d'essai est de : 1° Pour les officiers, au sens des conventions et accords collectifs applicables dans les activités maritimes ou, à défaut de convention ou d'accord applicable, au sens du troisième alinéa de l'article 2 de la loi du 17 décembre 2006 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande, de quatre mois et, en cas de renouvellement, de huit mois ; 2° Pour les autres personnels de deux mois et, en cas de renouvellement, de quatre mois. »

D'une part ne sont décomptées, dans la période d'essai, que les périodes, d'embarquement effectif, de travail à bord du navire. Il ne suffit pas d'être embauché, ni d'être enrôlé ; il est nécessaire de naviguer. Ne sont pas prises en compte les périodes de repos ou de congés. Il ne s'agit nullement d'une nouveauté. La notion d'embarquement effectif est prise en compte pour la détermination de la durée du préavis de licenciement. « Pour l'appréciation de la condition d'embarquement effectif mentionnée à l'article 102-4 sont totalisées les diverses périodes d'embarquement effectif du marin. N'est pas considérée comme interrompant la continuité de l'embarquement au service du même armateur l'absence motivée par les congés, les blessures reçues au service du navire ou les maladies contractées ou survenues au cours de l'embarquement. Toutefois, la durée de cette absence n'est pas prise en compte pour le calcul de la condition d'embarquement prévue ci-dessus » (art. 102-2, al. 2 CTM, modifié par Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009 - art. 3).

La période d'essai est comptée en mois, et nullement en jours ou en heures de travail. L'article 10-8 distingue les officiers, définis éventuellement par voie conventionnelle. L'article 2 CDPMM indique que l'expression « officier » désigne le second, les lieutenants, le chef mécanicien, les mécaniciens chefs de quart, les radio-télégraphistes ayant le rang d'officier, le commissaire, les médecins, les marins titulaires du diplôme d'élève officier de la marine marchande ou d'élève officier mécanicien et embarqués comme élèves officiers, ainsi que toute personne portée comme officiers sur le rôle d'équipage. L'évolution technique a fait qu'il n'existe plus de radio-télégraphistes.

¹⁸ Circul. DRT 17 mars 2009.

Cette réforme législative peut-elle mettre fin au contrôle judiciaire du renouvellement éventuellement abusif de la période d'essai, dans le simple but de contourner les contraintes du droit du licenciement, ou même du recours abusif à la période d'essai, à une durée excessive, quand le salarié a déjà occupé les mêmes fonctions dans l'entreprise au cours de contrats précédents, le plus souvent à durée déterminée¹⁹ ? Nous ne le pensons pas, au contraire. La période d'essai est finalisée, ce qui permet aux juges d'en sanctionner les détournements. Encore faut-il qu'une telle preuve lui soit apportée.

2) La rupture pendant la période d'essai.

La période d'essai permet à l'employeur d'évaluer les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et au salarié d'apprécier si les fonctions occupées lui conviennent (art. L. 1221-20 C. Tr.). Cette disposition légale reprend l'analyse jurisprudentielle antérieure ; elle considère que la période d'essai fait partie du contrat de travail. Elle doit ainsi être distinguée d'un test ou d'essais bref des compétences professionnelles, sans véritable mise au travail²⁰. En cas de changement de fonctions, il est possible de prévoir une période probatoire, d'évaluation dans les nouvelles fonctions, qui n'est pas assimilable à une période d'essai. Cette période probatoire permet seulement à l'employeur ou au salarié d'envisager le retour vers les fonctions précédentes²¹.

La fonction de la période d'essai semble bilatérale et symétrique : l'employeur évalue les compétences du salarié dans son travail, notamment au regard de son expérience, et le salarié apprécie si les fonctions occupées lui conviennent. En pratique l'asymétrie est forte. Le salarié peut quitter l'entreprise pendant la période d'essai avec un délai de prévenance plus court que le délai de préavis de démission. Mais la démission, unilatérale, libre, éclairée, volontaire et non équivoque ne saurait être enfermée dans un formalisme, étant l'expression par le salarié subordonné d'un acte de liberté. La rupture de la période d'essai par l'employeur, comme le licenciement, est un acte d'autorité, de pouvoir, sur un salarié subordonné. Cette nature explique le développement procédural du droit des licenciements. Au cours de la période d'essai, ce pouvoir patronal est faiblement encadré.

La rupture du contrat pendant la période d'essai n'est pas soumise à un formalisme, une procédure ou une obligation de motivation. La rupture peut être orale, même si un écrit peut permettre de clarifier la situation, notamment l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception. La rupture pendant la période d'essai par l'employeur ne peut intervenir pour un motif discriminatoire. Mais cette rupture n'étant pas motivée obligatoirement, il appartient au salarié d'établir des circonstances pouvant laisser croire à une mesure discriminatoire, grâce à des écrits ou témoignages, ce qui n'est jamais évident. Normalement, la période d'essai ne peut être rompu qu'en raison des mauvais résultats de l'essai, des difficultés d'insertion du salarié dans le fonctionnement de l'entreprise²². La jurisprudence a considéré que la

¹⁹ Cass. soc., 28 décembre 1977, *Bull. civ.* V, n° 727 ; Cass. soc., 22 février 1979, *D* 1979 IR 424 n. J. Pelissier ; Cass. soc., 9 juin 1988, *Bull. civ.* V, n° 348,

²⁰ Cass. soc., 5 mars 1975, Petreluzzi, *Bull. civ.* V, n° 112, *Grands Arrêts du Droit du Travail*, GADT, Dalloz, 4^e éd. 2008, n° 43, p. 228 et s. ; Cass. soc., 4 janvier 2000, *RJS* 2/2000, n° 145.

²¹ Cass. soc., 30 mars 2005, *D* 2005 IR 198, *RJS* 6/05, n° 594 ; Cass. soc., 29 mars 1995, *RJS* 5/95, n° 538, *Droit social* 1995, 454 concl. J.M. Desjardins.

²² Cass. soc. 20 novembre 2007, n° 06-42212 - J. Mouly, « La rupture de l'essai pour un motif non inhérent à la personne du salarié : fraude, abus de droit ou absence de cause réelle et sérieuse ? », *D* 2008, Jur. 196 – A.C. Creplet, « L'abus dans la rupture de la période d'essai », *Rev. Dr. Trav.*, Dalloz, 2008, n° 9, pp. 519-520.

protection de la maternité ne s'appliquait pas pendant la période d'essai²³ ; cette solution ancienne est fortement critiquable, et sans doute dépassée. La discrimination en raison de la grossesse est prohibée par l'article L. 1132-1 C.Tr. et les principes de non-discrimination s'appliquent pendant la période d'essai : la nullité de la rupture du contrat de travail devrait être prononcée (art. L. 1132-4 C. Tr.). S'appliquent aussi pendant la période d'essai les dispositions protectrices des salariés victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle²⁴. De même, le statut protecteur des représentants du personnel s'applique pendant la période d'essai, qu'il s'agisse d'un médecin du travail ou d'un conseiller du salarié en matière de licenciement²⁵. Si l'employeur invoque une faute commise par le salarié, il doit respecter la procédure disciplinaire, notamment l'entretien préalable, et notifié au salarié une décision de rupture nécessairement motivée (art. L. 1131-1 et s. C. Tr.)²⁶. D'une manière générale, c'est au salarié d'apporter des éléments susceptibles de constituer une discrimination prohibée, de démontrer que la rupture n'a pas de lien avec les résultats de l'essai, ou que les résultats invoqués ne sont qu'un prétexte. Il appartiendra alors à l'employeur de justifier sa décision en démontrant qu'elle n'est liée qu'aux résultats de l'essai et que les motifs en sont suffisants.

Lorsqu'il est mis fin, par l'employeur, au contrat en cours ou au terme de la période d'essai définie aux articles L. 1221-19 à L. 1221-24 ou à l'article L. 1242-10 pour les contrats stipulant une période d'essai d'au moins une semaine, le salarié est prévenu dans un délai qui ne peut être inférieur à : 1) 24 heures en deçà de huit jours de présence ; 2) 48 heures entre huit jours et un mois de présence ; 3) Deux semaines après un mois de présence ; 4) Un mois après trois mois de présence. La période d'essai, renouvellement inclus, ne peut être prolongée du fait de la durée du délai de prévenance (art. L 1221-25 C. Tr.). Lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié, celui-ci respecte un délai de prévenance de 48 heures. Ce délai est ramené à 24 heures si la durée de présence du salarié dans l'entreprise est inférieure à 8 jours (art. L 1221-26 C. Tr.).

Le nouvel article 10-9 CTM prévoit que lorsqu'il est mis fin par l'employeur au contrat de travail en cours ou au terme de la période d'essai dans les conditions fixées à l'article L. 1221-25 C. Tr., la rupture du contrat ne peut pas prendre effet avant l'arrivée au premier port d'escale. Dans ce cas, l'armateur organise, à l'arrivée au premier port d'escale, le rapatriement ou la conduite du marin dans les conditions fixées aux articles 87 à 89 CTM. Selon l'article 10-10, « lorsqu'il est mis fin à la période d'essai par le salarié dans les conditions fixées à l'article L.1221-26 du code du travail, la fin de la période d'essai prend effet dans les conditions prévues à l'article 102 ». « En aucun cas, le droit pour le marin à rompre le contrat d'engagement ne peut avoir effet au terme du délai de préavis : 1° Lorsque ce terme se place après le moment fixé par le capitaine du navire en partance pour le commencement du service par quarts en vue de l'appareillage ; toutefois, la faculté de quitter le service ne peut être refusée au marin, sauf circonstances imprévues dûment justifiées, vingt-quatre heures avant le moment fixé pour l'appareillage ; 2° Lorsque ce terme se place avant le moment fixé par le capitaine arrivant dans le port pour la cessation du service par quarts ; toutefois, la faculté de quitter le service ne peut être refusée au marin, sauf

²³ Cass. soc., 21 décembre 2006, *Bull. civ.* V, n° 415 ; Cass. soc., 15 janvier 1997, *RJS* 2/97, n° 136.

²⁴ Cass. soc., 19 avril 1989, *Bull. civ.* V, n° 295, *JCP* 1990-II-21499 n. J. Mouly ; Cass. soc., 25 février 1997, n° 93-40.185, *Bull. civ.* V, n° 80, *Droit social* 1997, 409, note C. Roy-Loustaunau — D. Corrigan-Carsin, « La rupture de la période d'essai. Une autonomie sur le déclin ? », *JCP E* 2005, I, 1241 — Ph. Mallard, « Le licenciement en période d'essai ? », *Dr. social* 2006, 1157.

²⁵ Cass. soc. 26 octobre 2005, *RJS* 1/06, n° 63.

²⁶ Cass. soc., 10 mars 2004, n° 01-44750, *Dr. social* 2004, 739.

circonstances imprévues dûment justifiées, vingt-quatre heures après l'arrivée du navire à son poste d'amarrage. » (art. 102 CTM, modifié par Ord. n° 2009-717, 18 juin 2009 - art. 6).

Le recours aux contrats à durée déterminée.

Le contrat d'engagement doit être rédigé en termes clairs et de nature à ne laisser aucun doute aux parties sur leurs droits et leurs obligations respectives. Il doit indiquer si l'engagement est conclu pour une durée déterminée, pour une durée indéterminée, ou pour un voyage. Si l'engagement est conclu pour une durée déterminée, le contrat doit contenir l'indication de cette durée (art. 10-1 CTM). Le contrat d'engagement doit préciser sa durée, l'échéance du terme ou le port constituant la fin du voyage²⁷.

« Le contrat de travail à durée indéterminée est la forme normale et générale de la relation de travail. Toutefois, le contrat de travail peut comporter un terme fixé avec précision dès sa conclusion ou résultant de la réalisation de l'objet pour lequel il est conclu dans les cas et dans les conditions mentionnés au titre IV relatif au contrat de travail à durée déterminée. » (art. L. 1221-2 C. Tr.). Un contrat de travail à durée déterminée, quel que soit son motif, ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise (art. L. 1242-1 C. Tr.). L'article L. 1242-2 du code du travail dresse une liste limitative des cas de recours au CDD. Tout contrat de travail à durée déterminée doit être rédigé par écrit en double exemplaire et mentionné explicitement le cas de recours le concernant.

Le contrat d'engagement maritime peut toujours être conclu au voyage. L'ordonnance n° 82-267 du 25 mars 1982 a introduit, dans le Code du travail maritime, le contrat à durée déterminée, adaptant au secteur maritime les mécanismes terrestres²⁸. Un contrat d'engagement maritime ne peut être à durée déterminée que s'il remplit certaines conditions, certaines formalités. La succession de tels contrats ne peut qu'être limitée. Il ne peut être conclu de contrat d'engagement à durée déterminée ou au voyage pour remplacer un marin dont l'absence temporaire ou la suspension du contrat résulterait d'un conflit collectif de travail (art. 10-3 CTM).

La durée totale du contrat ne peut excéder 12 mois d'embarquement effectif, compte tenu de l'échéance du contrat qui ne peut intervenir que dans un port d'escale, afin de permettre le débarquement du marin, compte tenu du renouvellement possible (art. 10-2 et 102-22 CTM). À l'expiration d'un contrat au voyage ou à durée déterminée, une période égale au tiers de la durée du précédent contrat est obligatoire, avant de recourir à un nouveau contrat précaire, pour remplacer le marin dont le contrat a pris fin (art. 10-4 CTM). Toutefois, certains contrats à durée déterminée échappent à la durée maximale totale de douze mois d'embarquement effectif, ainsi qu'à l'intervalle de temps entre deux contrats : ceux mentionnés à l'article 10-7 CTM : c'est-à-dire les emplois saisonniers, les contrats conclus pour remplacer un marin provisoirement absent ou dont le contrat est suspendu, certains contrats destinés à favoriser l'embarquement de certains demandeurs d'emploi, dont le contrat de qualification, destinés à assurer un complément de formation professionnelle au marin, destinés à l'exécution de certains marchés internationaux intéressant des activités temporaires, destinés à permettre

²⁷ CA Rouen, 20 octobre 1988, *DMF* 1989, 717.

²⁸ Ord. n° 82-267, 25 mars 1982, *JORF* 27 mars 1982.

l'acquisition d'un brevet à des marins embarqués en sureffectif²⁹. La loi du 18 novembre 1997 a supprimé de la liste de ces aménagements les contrats liés à des emplois rémunérés exclusivement à la part.

Requalification du contrat d'engagement.

Le législateur impose une requalification du contrat, limitant la précarité, en cas de recours régulier aux services d'un marin dans le cadre de contrats à durée déterminée. « Lorsqu'un marin a été lié à un armateur par deux ou plusieurs contrats d'engagement successifs et discontinus, de quelque nature que ce soit, pendant au moins 18 mois de services, dont neuf mois d'embarquement effectif, au cours d'une période de 27 mois comptée depuis le premier embarquement, le nouveau contrat conclu avant l'expiration de cette période entre ce marin et l'armateur, ne peut être qu'un contrat à durée indéterminée » (art. 10-6 CTM). Toutefois, cette requalification du contrat ainsi que le cumul de l'ancienneté, lorsque le lien de travail devient presque permanent, ne jouent pas dans le cas des contrats énumérés par l'article 10-7, notamment pour les contrats saisonniers et ceux de remplacement d'un marin provisoirement absent³⁰. De même, en cas de rupture anticipée du contrat ou de non-renouvellement, dus au fait du marin, la stabilisation légale ne pourra logiquement se produire, le marin ayant rompu lui-même un lien devenant quasi permanent.

Le CDD à objet défini.

L'Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009, relative à l'adaptation aux personnes exerçant la profession de marin de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail, crée un nouveau cas de recours au contrat d'engagement à durée déterminée.

« Il peut être recouru au contrat de travail à durée déterminée dont l'échéance est la réalisation d'un objet défini pour le recrutement d'officiers au sens des conventions et accords collectifs applicables dans les activités maritimes ou, à défaut de convention ou d'accord applicable, au sens du troisième alinéa de l'article 2 de la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande. Ce contrat est régi par les dispositions de l'article 6 de la loi du 25 juin 2008 susvisée et par celles de la loi du 13 décembre 1926 susvisée dès lors qu'elles ne sont pas contraires à cet article » (art. 1, Ord. 2009-717). Cet article n'est codifié ni dans le code du travail, ni dans le code du travail maritime. Sera-t-il inséré dans le futur code des transports ?

Il reprend et précise l'article 6 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, article expérimental, prévu pour une période de 5 années, lui-même non codifié. A l'issue de cette période, le Gouvernement présentera au Parlement un rapport, établi après concertation avec les partenaires sociaux et avis de la Commission nationale de la négociation collective, sur les conditions d'application de ce contrat et sur son éventuelle pérennisation.

Le CDD, dont l'échéance est la réalisation d'un objet défini, d'une durée minimale de 18 mois et maximale de 36 mois, peut être conclu pour le recrutement d'ingénieurs et de cadres, au sens des conventions collectives. Le recours à ce contrat est subordonné à la conclusion d'un accord de branche étendu ou, à défaut, d'un accord d'entreprise. L'accord de branche étendu ou l'accord d'entreprise définit les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée, les conditions dans lesquelles les salariés sous

²⁹ CA Rouen, 20 octobre 1988, préc. : un marin, qui a obtenu un brevet au cours d'un contrat à durée déterminée, ne correspond pas à cette hypothèse, dans la mesure où ce contrat n'avait pas été conclu en vue de l'obtention du brevet, en supplément d'effectif.

³⁰ CA Caen, ch. soc., 9 mars 2004, n° 02/02.344, M. Auvray c/ Synd. des pilotes de la Seine.

CDD à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauchage et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel, les conditions dans lesquelles les salariés sous CDD à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en CDI dans l'entreprise.

Ce CDD à objet défini est régi par le titre IV du livre II de la première partie du code du travail, à l'exception des dispositions spécifiques fixées par le présent article (art. L. 1242-1 et s. C. Tr.). Ce contrat prend fin avec la réalisation de l'objet pour lequel il a été conclu, après un délai de prévenance au moins égal à 2 mois. Il peut être rompu par l'une ou l'autre partie, pour un motif réel et sérieux, au bout de 18 mois, puis à la date anniversaire de sa conclusion. Il ne peut pas être renouvelé. Lorsque, à l'issue du contrat, les relations contractuelles du travail ne se poursuivent pas par un CDI, le salarié a droit à une indemnité d'un montant égal à 10 % de sa rémunération totale brute.

Le CDD à objet défini est établi par écrit et comporte les clauses obligatoires pour les contrats à durée déterminée, sous réserve d'adaptations à ses spécificités, notamment la mention « contrat à durée déterminée à objet défini », l'intitulé et les références de l'accord collectif qui institue ce contrat, une clause descriptive du projet et mentionnant sa durée prévisible, la définition des tâches pour lesquelles le contrat est conclu, l'événement ou le résultat objectif déterminant la fin de la relation contractuelle, le délai de prévenance de l'arrivée au terme du contrat et, le cas échéant, de la proposition de poursuite de la relation de travail en contrat à durée indéterminée, une clause mentionnant la possibilité de rupture à la date anniversaire de la conclusion du contrat par l'une ou l'autre partie pour un motif réel et sérieux et le droit pour le salarié, lorsque cette rupture est à l'initiative de l'employeur, à une indemnité égale à 10 % de la rémunération totale brute du salarié.

Ce CDD à objet défini a une histoire déjà un peu ancienne. Il avait été proposé par le rapport de M. de Virville, « *Pour un code du travail plus efficace* », en janvier 2004, et avait reçu un accueil glacial³¹. Ces CDD nouveaux doivent s'inscrire dans une négociation collective de branche étendue, ou dans un accord collectif d'entreprise. Ce système est censé apporter de la souplesse, lié à un projet dont l'entreprise ne maîtrise pas les délais de réalisation et les retombées, mais aussi au sein d'un objectif de sécurisation des parcours professionnels. L'accord collectif définit les nécessités économiques auxquelles ces contrats sont susceptibles d'apporter une réponse adaptée, les conditions dans lesquelles les salariés sous CDD à objet défini bénéficient de garanties relatives à l'aide au reclassement, à la validation des acquis de l'expérience, à la priorité de réembauchage et à l'accès à la formation professionnelle continue et peuvent, au cours du délai de prévenance, mobiliser les moyens disponibles pour organiser la suite de leur parcours professionnel, les conditions dans lesquelles les salariés sous CDD à objet défini ont priorité d'accès aux emplois en CDI dans l'entreprise. Le CDD à objet défini sera-t-il vraiment une étape dans une carrière ? Beaucoup de bruit pour rien ? Il faudra voir plus tard ?

³¹ G. Bélier, « Contrat de projet, le retour », *Semaine sociale Lamy*, n° 1337, p. 11 – F. Bousez, « Le CDD pour la réalisation d'un objet défini », *JCP-Social* 2008, n° 26, étude n° 1362 – G. Couturier, « Le contrat de projet », *Droit social* 2009, n° 3, pp. 300-306 – Cl. Roy-Loustaunau, « Le nouveau CDD : un mauvais projet », *Droit social* 2009, n° 3, pp. 307-310.

De la notion de licenciement : une forte simplification du code du travail maritime.

L'originalité maritime de ces réformes liées à la modernisation du marché du travail se situe très certainement dans la modernisation des modes de ruptures du contrat d'engagement maritime à durée indéterminée, ce qui conduit à la fin d'une conception spécifique du licenciement maritime, une réforme de simplification effective du code du travail maritime, qui gagne grandement en lisibilité, ainsi qu'accessoirement à l'introduction de la rupture conventionnelle homologuée.

Etat des lieux.

La notion de licenciement maritime était spécifique. « Il y a licenciement en cas de résiliation par l'armateur du contrat d'engagement maritime d'un marin titularisé ou stabilisé dans son emploi, que ce marin soit embarqué ou non, en cas de résiliation du contrat à durée indéterminée d'un marin justifiant chez le même armateur d'une ancienneté de services continus d'au moins un an, dont six mois d'embarquement effectif et continu. Il y a également licenciement en cas d'absence de proposition d'embarquement à un marin lié par un contrat à durée indéterminée, justifiant des conditions d'ancienneté et d'embarquement précitées, dans un délai de trente jours à partir de l'achèvement des temps de congés et de repos » (anciens art. 102-1 et 102-2 CTM, décret n° 78-389, 17 mars 1978, art. 22). La date d'embarquement proposée ne doit pas être postérieure de plus de deux mois à l'achèvement des temps de congé et de repos ; l'embarquement peut concerner l'un quelconque des navires de l'entreprise³².

Le licenciement renvoyait aux dispositions conventionnelles de stabilisation des marins et de titularisation des officiers³³. Il nécessitait autrement un minimum d'ancienneté de service continu, un an, dont 6 mois d'embarquement effectif et continu. Les marins débutants étaient donc renvoyés vers la notion de rupture unilatérale du CDI³⁴. La loi du 27 décembre 1890 avait introduit la possibilité de dommages et intérêts en cas de résiliation abusive. La loi du 19 juillet 1928 avait imposé le délai-congé ou préavis, dont la durée variait selon l'ancienneté du salarié. La période de préavis n'était que de 24 heures (art. 10-1, 95 et 96 CTM). Quand l'armateur ne démontre pas que le nouveau contrat conclu avec le capitaine répondait à la nécessité de remplacer un marin momentanément absent ou dont le contrat est suspendu, la rupture du contrat par l'armateur doit s'analyser en une rupture unilatérale du contrat, qui est abusive, faute de motif légitime de congédiement et qui justifie l'allocation de dommages et intérêts en raison du préjudice subi³⁵. La cour d'appel de Rennes a considéré que l'armateur devait faire connaître au marin les motifs de la rupture unilatérale du contrat³⁶. L'exigence d'une année de service continu, dont 6 mois d'embarquement effectif et continu, avant l'application du droit du licenciement était devenue problématique depuis les aventures du contrat « nouvelle embauche » (CNE), né en 2005 et supprimé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008.

Ce contrat de travail à durée indéterminée concernait les entreprises de moins de 20 salariés. Il avait été créé par l'Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 et comportait une période dite

³² Cass. soc., 21 mars 2000, n° 98-44.884, n° 98-44.894, 2 esp., navire *Avel Mad*, *Bull. civ.* V, n° 117.

³³ P. Chaumette, *Droits Maritimes*, J.P. Beurier (dir.), Dalloz Action, 2è éd., 2008, n° 412.41.

³⁴ P. Chaumette, *Droits Maritimes*, J.P. Beurier (dir.), Dalloz Action, 2è éd., 2008, n° 412.45 ; P. Chaumette, « Rupture unilatérale du contrat d'engagement maritime », *DMF* 2003, 627-637.

³⁵ CA Montpellier, 2^e ch., 10 juill. 2002, navire *Cap Canaille*, *DMF* 2002, 653 — P. Chaumette, « Rupture unilatérale du contrat d'engagement maritime », *DMF* 2003, 627-637.

³⁶ CA Rennes, 5^e ch., 6 janv. 2004, *DMF* 2004, 360.

de consolidation de deux années, à la suite de la période d'essai, pendant laquelle la rupture unilatérale du contrat était assouplie. Ce n'est qu'à l'issue de cette période de consolidation de deux années que le droit du licenciement s'appliquait (art. L. 1223-1 à L. 1223-4, L. 1236-1 à L. 1236-6, L. 5423-15 à L. 5423-17 C. Tr). Très rapidement le conseil des prud'hommes de Longjumeau, saisi d'un contentieux, considéra, le 28 avril 2006, que cette période de consolidation était contraire aux dispositions de la Convention 158 de l'OIT de 1982, relative au licenciement, ratifiée par la France en mars 1989. Cette analyse fut reprise par la cour d'appel de Paris, le 20 octobre 2006³⁷. A la suite de plaintes syndicales, le Comité d'experts de l'OIT, 14 novembre 2007, déclara le CNE contraire à la Convention 158 de 1982 sur le licenciement, le délai de consolidation de 2 ans n'étant pas raisonnable. Le CNE perdant ses caractéristiques, le législateur ne pouvait que l'abroger, ce que fit la loi du 25 juin 2008, en son article 9. La chambre sociale de la Cour de cassation, le 1^{er} juillet 2008, confirma cette analyse et appliqua le droit du licenciement dès la fin de la période d'essai³⁸. Si un délai de deux années était déraisonnable, qu'en était-il de l'année de la résiliation du CDI du marin non stabilisé conventionnellement ? La ratification de la Convention 158 de l'OIT par la France n'imposait-elle pas l'entretien préalable, la cause réelle et sérieuse, la motivation de la lettre de notification, dès la fin de la période d'essai, afin que le salarié puisse s'expliquer, se défendre préalablement à la rupture unilatérale de son contrat de travail, même s'il est marin ? Fallait-il attendre un long contentieux ?

De plus, l'extension aux activités maritimes du droit du licenciement économique (art. 94 CTM), ainsi que du licenciement d'un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (art. L. 742-9 ancien C. Tr.³⁹), concernait ces marins débutants, puisque ces dispositions ne comportent aucune exigence d'ancienneté⁴⁰. Il en résultait une situation complexe. Si la définition du licenciement économique de l'article L. 1233-3 du nouveau ode du travail renvoie à la notion de licenciement et s'applique aux marins (art. 94 CTM), le second alinéa de cet article vise *toute rupture du contrat de travail résultant de l'une des causes énoncées* (motif non inhérent à la personne du salarié, suppression ou transformation d'emploi, modification substantielle du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou des mutations technologiques). La cour d'appel de Douai a accordé des dommages et intérêts à un second capitaine, ayant 8 mois et demi d'ancienneté dans l'entreprise, dont le contrat n'a pas été prolongé en raison d'une restructuration administrative de l'entreprise. Si une transaction a été conclue devant l'administrateur des affaires maritimes, conformément à l'article 57 CTM, elle ne visait ni une prime de fin d'année, ni la priorité de réembauchage des salariés licenciés pour motif économique. L'employeur n'a pas donné suite à la demande d'information du marin, faite dans le délai des quatre mois postérieurs à la rupture du contrat et a omis de l'informer de tout emploi devenu vacant et compatible avec sa qualification. Le second capitaine se voit

³⁷ CA Paris 20 octobre 2006, *Droit social* 2006, 1088 n. P. Lyon-Caen, *D* 2006, 2265 n. F. Rollin, *RJS* 1/07, p. 6 n. X. Pretot – Trib. Conflits, 19 mars 2007, *Droit social* 2007, 750, concl. I. de Silva – P. Rodière, « L'influence du droit communautaire et du droit international », colloque *Un nouveau droit de la rupture du contrat de travail ?*, *Droit social* 2008, pp. 895-901.

³⁸ Cass. soc. 1^{er} juillet 2008, n° 07-44.124, Samzun c/ Linda de Wee et a., *Rev Dr. Travail*, Dalloz, 2008, n° 9, pp. 504-514, avis de l'avocat général J. Duplat.

³⁹ Les dispositions des articles L. 742-1 et suivants de l'ancien code du travail, en principe abrogé au 1^{er} mai 2008, sont maintenues en vigueur dans l'attente du prochain code des transports (Ord. n° 2007-329, 12 mars 2007, art. 13-1°, 2° et 18°).

⁴⁰ P. Chaumette, *Droits Maritimes*, J.P. Beurrier (dir.), Dalloz Action, 2^e éd., 2008, n° 412.46 et 412.47.

accorder une indemnité de 7 000 euros⁴¹. L'ensemble du droit des licenciements économiques, individuels ou collectifs, s'applique aux entreprises d'armement maritime⁴². En cas de licenciement économique, l'employeur doit proposer au salarié licencié une convention de conversion⁴³, devenu plan d'aide au retour à l'emploi, puis convention de reclassement personnalisé (C. trav., art. L. 321-4-2, devenu L. 1233-65). Quand l'employeur relève de la pêche artisanale, non affiliée obligatoirement à l'assurance-chômage, le respect de telles obligations est nettement délicate, mais s'impose juridiquement.

Le législateur retenait également la qualification de licenciement, en cas d'absence de proposition d'embarquement à un marin lié par un CDI, justifiant des conditions d'ancienneté et d'embarquement précitées, dans un délai de trente jours à partir de l'achèvement des temps de congés et de repos » (anciens art. 102-1 et 102-2 CTM, décret n° 78-389, 17 mars 1978, art. 22). Ce marin n'était ni stabilisé, ni titularisé par voir conventionnelle ; il était titulaire d'un CDI, mais le législateur distinguait ce contrat de travail le liant à l'armement et ses périodes d'embarquement, comme si l'employeur pouvait ne plus le faire naviguer à l'issue de ses congés ; l'embarquement était à durée déterminée, le contrat à durée indéterminée. Ainsi le marin semblait disposer de deux contrat : un contrat de travail en CDI, et des contrats successifs d'embarquement ou de navigation. Cette disposition particulière liait les deux dimensions du contrat, de manière très originale. Dorénavant, il est évident que dans le cadre d'un CDI, l'armateur a l'obligation de fournir du travail à l'issue des périodes de congés. S'il n'existe pas de poste disponible, la rémunération doit être maintenue, un chômage partiel est envisageable, un licenciement pour motif économique est éventuellement possible.

La loi n° 97-1051 du 18 novembre 1997 a étendu au capitaine de navire le droit du licenciement. La tradition maritime en faisait un agent commercial de l'armateur, révocable sauf abus. Les officiers de la marine marchande bénéficiaient des avantages conventionnels, à l'inverse des capitaines de pêche ou de la plaisance. « Le contrat d'engagement maritime conclu entre l'armateur et un capitaine prend fin dans les conditions fixées au titre V. Toutefois, l'application des dispositions du mandat confié au capitaine par l'armateur est indépendante de la procédure de licenciement du capitaine » (art. 102-9 CTM). Il conviendra donc de distinguer le régime juridique du licenciement et la responsabilité éventuellement encourue par le capitaine en tant que mandataire de l'armateur.

La simplification s'exprime par l'abrogation de divers articles du code du travail maritime. Les articles 93 et 95 à 100 du code du travail maritime sont abrogés (art. 5, Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009). L'article 102-1 CTM est abrogé (art. 3-1°, Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009). Exit la distinction de la résiliation unilatérale par l'armateur et du licenciement. Exit le congédiement du marin par le capitaine. C'est au fond la loi du 13 juillet 1973 réformant le droit du licenciement au sein du code du travail, ainsi que ses modifications ultérieures, imposant une procédure d'entretien préalable, ainsi qu'une cause réelle et sérieuse, qui est enfin généralisée dans le champ des activités maritimes, quand la loi du 18 mai 1977 était restée en chemin.

Où en sommes-nous ?

Le contrat de travail à durée indéterminée est caractérisé par le pouvoir de rupture unilatérale de chaque contractant (art. L. 1231-1 C. Tr.). Le salarié peut démissionner volontairement, sous réserve du respect d'un préavis, mais sans formalité. L'employeur peut mettre en œuvre

⁴¹ CA Douai, 27 sept. 2002, J.-P. Gonin c/ SA Aqua Plus, n° 02-1210.

⁴² V. *Dr. social*, n° spéc., *La loi de programmation pour la cohésion sociale*, avril 2005.

⁴³ CA Rennes, 25 févr. 1999, navire *La Sardane*, DMF 2000, 44.

une procédure de licenciement ; il devra justifier d'une cause réelle et sérieuse. Toutefois, il faut aussi envisager la résiliation judiciaire du CDI et la prise d'acte de la rupture de ce contrat par le salarié aux torts de l'employeur. Enfin la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, suite à l'ANI du 11 janvier 2008, a créé la rupture conventionnelle homologuée.

Démission. Le salarié exprime sa liberté par sa décision de démission de son lien contractuel de subordination. La qualification de démission suppose une volonté claire, sérieuse et non équivoque du salarié⁴⁴. La démission nécessite le respect d'une période de préavis, prévue par la loi, la convention collective ou les usages (art. L. 1237-1 C. Tr.). Le préavis de démission ne peut être fixé par le contrat de travail et la convention collective ne peut renvoyer au contrat le soin de fixer le délai de préavis de démission. L'article 10-1 CTM prévoit que le contrat d'engagement maritime doit comporter obligatoirement un préavis de résiliation unilatérale par le salarié, c'est-à-dire de démission, qui ne peut être inférieur à 24 heures. Le non-respect du préavis par le salarié, sans accord de l'employeur, engage sa responsabilité. L'indemnité de brusque rupture, due par le salarié, correspond au montant du salaire que le salarié aurait perçu pendant l'exécution de ce préavis, que l'entreprise ait ou non subi un préjudice du fait de cette brusque rupture⁴⁵.

La théorie de l'abus de droit peut permettre de sanctionner des démissions, brusques ou non, révélant une intention du salarié de nuire à l'entreprise, une légèreté blâmable source d'un préjudice de l'entreprise. La rupture d'un CDI par le salarié ouvre droit, si elle est abusive à des dommages et intérêts pour l'employeur (art. L. 1237-2 C. Tr.). Les exemples pratiques sont rares et concernent le plus souvent des actes de concurrence déloyale. L'article 102-9 CTM, modifié par l'article 3 de l'Ordonnance n°2009-717 du 18 juin 2009, prévoit que « La résiliation d'un contrat à durée indéterminée, à l'initiative du marin, ouvre droit, si elle est abusive, à des dommages et intérêts. En cas de litige, le juge se prononce conformément aux dispositions de l'article L. 1235-1 du code du travail. » Le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Lorsqu'un marin d'un pétrolier débarque au cours d'une mission, malgré le refus opposé par le capitaine et l'armateur, cet abandon de poste perturbant la relève constitue une faute grave, qui justifie le licenciement du marin, mais ne permet pas à l'armateur de prendre acte de la démission du marin⁴⁶.

Licenciement. La rupture du contrat de travail à durée indéterminée par l'employeur s'appelle un licenciement. Il existe un droit des licenciements, car celui-ci peut être lié à un motif inhérent à la personne du salarié, non disciplinaire ou disciplinaire. Le licenciement disciplinaire relève de dispositions particulières. Le licenciement peut aussi être lié à un motif économique, non inhérent à la personne du salarié. Le licenciement économique peut être individuel ou collectif (art. 94 CTM). « Les dispositions des articles L. 122-14 à L. 122-14-5 du code du travail sont applicables aux marins dans des conditions déterminées, compte tenu des adaptations nécessaires, par décret en Conseil d'Etat » (Article 102-10 CTM). Il s'agit de l'entretien préalable, de l'assistance du salarié lors de cet entretien, de la notification par lettre motivée, de la cause réelle et sérieuse, des sanctions des irrégularités (devenus art. L. 1232-1 à L. 1232-7, L. 1233-11 à L. 1233-17, L. 1235-1 à L. 1235-5 nouveau C. Tr.). Le décret n°

⁴⁴ CA Rennes, avril 1992, Rev. Jur. Oust, Rennes, 1992-45 - P. Chaumette, *Le contrat d'engagement maritime*, CNRS Ed., 1993, pp. 270-271.

⁴⁵ Cass. soc., 29 mars 1995, RJS 1995/04, n° 506 - Cass. soc., 25 mai 2005, RJS 2005/06, n° 835.

⁴⁶ Cass. soc., 26 septembre 1990, n° 89-41078, Preudhomme, navire Vendémiaire, Rev. Jur. Ouest, Rennes, 1992-45.

78-389 du 17 mars 1978 précise diverses dispositions. Son article 22 disparaît compte tenu de l'abrogation de l'article 102-1 CTM. Son article 25-1 précise les formalités de licenciement, en les adaptant aux fonctions du capitaine, mandaté par l'armement, à l'existence du journal de bord. « Les règles posées au présent chapitre en matière de licenciement ne dérogent pas aux dispositions législatives ou réglementaires qui assurent une protection particulière à certains salariés définis par lesdites dispositions. Les parties ne peuvent renoncer par avance au droit de s'en prévaloir. »(Article 102-18 CTM). Il s'agit des marins représentants du personnel, délégués de bord, membres du comité d'entreprise ou du CHSCT, délégués syndicaux, de la protection des marins victimes d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle (art. L. 742-9 ancien C. Tr., art. L. 1226-6 à L. 1226-22 nouveau C. Tr.), de la protection des femmes marins enceintes (art. 5-2 CTM, Loi n° 2006-10, 5 janvier 2006, art. L. 1225-1 à L. 1225-15 C. Tr.).

Sauf faute grave, le licenciement ouvre droit au salarié à un préavis et à une indemnité de licenciement, proportionnelle à son ancienneté. Quant à l'appréciation de l'ancienneté, « Pour l'appréciation des conditions d'ancienneté de services continus visées au présent chapitre, les conditions de l'article L. 122-10 du code du travail sont applicables (devenu art. L. 1234-8 et L. 1234-11 C. Tr.). Pour l'appréciation de la condition d'embarquement effectif mentionnée à l'article 102-4 sont totalisées les diverses périodes d'embarquement effectif du marin. N'est pas considérée comme interrompant la continuité de l'embarquement au service du même armateur l'absence motivée par les congés, les blessures reçues au service du navire ou les maladies contractées ou survenues au cours de l'embarquement. Toutefois, la durée de cette absence n'est pas prise en compte pour le calcul de la condition d'embarquement prévue ci-dessus. » (art. 102-2 CTM, modifié par Ordonnance n°2009-717 du 18 juin 2009 - art. 3).

Quant à l'indemnité de licenciement, « Le marin qui est licencié alors qu'il compte un an d'ancienneté ininterrompue au service du même armateur a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement dont le taux et les modalités de calcul sont fixés par voie réglementaire. » (art. 102-3 CTM, modifié par Ordonnance n°2009-717 du 18 juin 2009 - art. 3). L'article 23 du décret n° 78-389 du 1^{er} mars 1978 limite le minimum légal de l'indemnité de licenciement du marin à 1/10^e de mois de salaire de référence par année effectuée au service du même armateur, en fonction d'un salaire de référence calculé sur la moyenne des trois derniers mois par référence aux cotisations de l'assurance-chômage, et pour les marins non affiliés à l'assurance-chômage par référence aux salaires forfaitaires de l'ENIM. D'une manière générale, les montants minima ont été réévalués par le décret n° 2002-785 du 3 mai 2002. Pour un motif personnel, cette indemnité ne peut être inférieure à 1/10^e de mois de salaire par année d'ancienneté, plus au-delà de 10 ans d'ancienneté, 1/15^e (art. R. 1234-2 C. Tr.). Pour un motif économique, le minimum légal est de 2/10^e de mois de salaire par année d'ancienneté, plus 2/15^e au-delà de dix années d'ancienneté (art. R. 1234-3 C. Tr.). Pourquoi les marins ont-ils été oubliés ? en fonction de quelles spécificités ?

Quant au délai de préavis, « Dans le cas de licenciement pour un motif autre qu'une faute grave, le marin a droit à un délai-congé d'un mois, s'il justifie chez le même armateur de six mois au moins d'embarquement effectif, et d'une ancienneté de services continus inférieure à deux ans ; à un délai-congé de deux mois s'il justifie chez le même armateur d'une ancienneté de services continus d'au moins de deux ans.

Les dispositions des alinéas précédents ne sont applicables qu'à défaut de loi, de contrat de travail, de convention collective de travail ou d'usages conduisant soit à un délai-congé, soit à une condition d'ancienneté de services ou d'embarquement effectif plus favorable pour le

marin intéressé. » (art. 102-4 CTM, modifié par Ordonnance n°2009-717 du 18 juin 2009 - art. 3).

L'inobservation du délai-congé ouvre droit, sauf faute grave du marin, à une indemnité compensatrice qui ne se confond ni avec l'indemnité de licenciement prévue à l'article 102-3, ni avec la réparation définie aux articles 102-15 et 102-17. L'inobservation de ce délai n'a pas pour conséquence d'avancer la date à laquelle prend fin le contrat liant à l'armateur le marin titularisé ou stabilisé dans son emploi en application d'une convention collective. La dispense par l'employeur de l'exécution du travail pendant le délai-congé ne doit entraîner, jusqu'à l'expiration de ce délai, aucune diminution des salaires et avantages auxquels le marin aurait eu droit s'il avait accompli son service (art. 102-5 CTM). Il faut noter que les articles 102-15 et 102-17 CTM ont été abrogés par l'article 25 de la loi n° 86-1320 du 30 décembre 1986.

Le point de départ du délai-congé doit être fixé de telle manière que le marin dispose à terre, dans le port le plus proche de sa résidence, d'une période rémunérée au moins égale au quart de la durée du délai-congé. Pour le calcul de cette période, ne peuvent être prises en compte les périodes rémunérées en raison des congés acquis par le marin à quelque titre que ce soit (art. 102-6 CTM). Toute clause d'un contrat visé à l'article 102-1 fixant un délai-congé inférieur à celui qui résulte de l'article 102-4 ou une condition d'ancienneté de service ou d'embarquement effectif et continu supérieure à celle qu'énonce ledit article est nulle de plein droit (art. 102-7 CTM). Il faut rappeler que l'article 102-1 CTM a été abrogé par l'article 3 de l'Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009.

Effets de l'extension de la notion de licenciement sur les dispositions conventionnelles.

La stabilisation des marins et la titularisation des officiers conservent-elles une portée, quand le droit du licenciement individuel est étendu aux marins non stabilisés ou aux officiers non titularisés ? Le principe de la stabilisation des marins fut instauré en 1936 dans les conventions collectives de la marine marchande, compte tenu des lignes régulières et de la transformation des relations de travail. En contrepartie des services rendus pendant la Seconde Guerre mondiale, l'article 34 de la charte internationale des marins préconisait en 1944 la stabilisation de leur situation professionnelle. La France ne retint pas les solutions du pool de marins mises en place en Belgique et en Grande-Bretagne. La stabilisation des marins et la titularisation des officiers furent organisées par les conventions collectives nationales étendues du 19 juillet 1947, du 30 septembre 1948 et du 31 janvier 1950⁴⁷. La stabilisation dans les fonctions nécessite deux années d'exercice ; la titularisation dans l'entreprise intervient en cas d'engagement dans une fonction supérieure, compte tenu d'une année de stage. Le marin stabilisé bénéficie d'une priorité d'embarquement sur les navires de l'armateur, d'une suspension de son contrat au-delà de l'embarquement et de ses congés, d'une rémunération pendant la période d'attente d'embarquement, contrepartie de sa disponibilité. Au début des années 1970, près de 90 % des marins étaient stabilisés dans leur armement. La loi du 18 mai 1977, qui a étendu aux marins le droit du licenciement, n'avait pas fait disparaître l'intérêt des dispositions conventionnelles⁴⁸.

La stabilisation des marins, prévue par la convention collective nationale du 19 juillet 1947, s'applique à toutes les entreprises maritimes du commerce, à l'exception de celles ne

⁴⁷ R. Jambu-Merlin, *Les gens de mer* - R. Rodière (dir.), *Traité général de droit maritime*, Dalloz, Paris, 1978, n°s 103 à 107 - Y. Peyrot, *Les conventions collectives dans la marine marchande*, thèse droit, Paris, 1954 - G. Aubin, *Les négociations collectives en droit du travail maritime - Essai de paradigme de négociation*, thèse droit, Nantes, 1992.

⁴⁸ P. Chaumette, « Rupture unilatérale du contrat d'engagement maritime », *DMF* 2003, 627-637.

possédant que des navires de moins de deux cent cinquante tonneaux. Les entreprises de remorquage relèvent de dispositions conventionnelles propres. Les marins peuvent bénéficier de la stabilisation dans une proportion de 70 % des équipages embarqués au 1er janvier de chaque année, à condition de remplir certaines conditions : 21 ans révolus, deux ans de navigation au commerce, accomplissement du service national, aptitude physique à la navigation sur l'une quelconque des lignes desservies par l'entreprise. Les marins stabilisés bénéficient d'une priorité d'embarquement sur les navires de l'entreprise, ce qui leur ouvre, en cas de suppression d'une ligne, un droit à reclassement, une priorité d'emploi sur les autres navires de l'entreprise⁴⁹. Les marins stabilisés ne peuvent être licenciés qu'en cas d'inaptitude physique, ou en raison de la diminution du nombre de navires en service dans l'entreprise.

La révocation du marin se substitue au licenciement disciplinaire ; elle nécessite la comparution devant une commission paritaire de discipline. Est nul le congédiement disciplinaire intervenu sans avis de la commission de discipline. La convention de 1947 prévoit la fin du contrat par atteinte de la limite d'âge de 55 ans. En vertu de l'article L. 122-14-12 al. 2 C. Tr., devenu art. L. 1237-4, dont les dispositions sont applicables aux marins en l'absence de toute loi particulière régissant leur mise à la retraite, sont nulles et de nul effet toute disposition d'une convention ou d'un accord collectif de travail et toute clause d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge⁵⁰.

Pour les officiers de la marine marchande, il est nécessaire de distinguer la stabilisation dans les fonctions, qui nécessite deux années d'exercice des fonctions, et la titularisation dans l'entreprise, qui peut intervenir d'office, en cas d'engagement dans une fonction supérieure, compte tenu d'une année de stage. La stabilisation est de droit par échéance du délai, même si elle doit être notifiée à l'intéressé⁵¹. Elle fait obstacle à la rétrogradation de l'intéressé, sauf sanction disciplinaire ou réduction de la flotte. En disponibilité, l'officier a droit à la solde de la fonction dans laquelle il est stabilisé. En l'absence de stabilisation dans les fonctions de second capitaine, un lieutenant démissionne sans motif légitime, lorsqu'il refuse une proposition d'embarquement comme lieutenant, due à une restructuration de l'entreprise⁵². La titularisation concerne le lien avec l'entreprise. La convention collective nationale des officiers du 30 septembre 1948 s'applique à toutes les entreprises de navigation, à l'exception de celles ne possédant que des navires de moins de 250 tonnes de jauge brute, et des entreprises de remorquage ; il importe peu que le navire soit armé au commerce ou soit un navire à usage collectif (NUC) ; l'arrêté ministériel d'extension du 22 août 1979 a supprimé l'exclusion des entreprises ne possédant qu'un seul navire, puisque l'extension s'applique à tous les employeurs et tous les salariés du champ d'application conventionnel⁵³.

⁴⁹ CA Paris, 31 octobre 1994, Snat - TA Paris, 24 novembre 1994, Snat.

⁵⁰ Soc. 28 octobre 1997, n° 95-41.647, n° 94-10.197, 2 esp., Rouxel et Le Douarin, *Bull. civ.* V, n°s 344 et 345, *Droit social* 1998, 181 - Cass. Soc. 21 décembre 2006, BAI c/ M. Lechevretel, *Droit Social* 2007, n° 678, pp. 243-246 – Cass. soc., 19 septembre 2007, n° 06-42075, SNCM c/ Baldocchi, *DMF* 2007, n° 687, pp. 993-997, *JCP-S*, 2007, n° 1785 – Cass. soc., 25 octobre 2007, n° 06-43415, Sté Seafrance.

⁵¹ Cass. com. 7 février 1968, *DMF* 1968, 334.

⁵² CA Montpellier, 12 mars 1992, *DMF* 1993, 118.

⁵³ Cass. soc. 20 septembre 2006, n° 04-14.540, SCP Ménard, Quimbert et a. c/ Assoc. Fondation Belem, *DMF* 2007, 146 - CA Basse-Terre, 2^e ch. civ., 22 mai 2006, n° 03/01385, SARL Paradoxes Croisières c/ Hideux.

Les dispositions conventionnelles encadrent le licenciement disciplinaire, devenu révocation dans la terminologie empruntée au droit de la fonction publique, nécessitant l'avis d'une commission d'enquête.

Résiliation judiciaire.

Si le contrat à durée indéterminée peut faire l'objet d'une rupture unilatérale de la part de chacun des contractants, démission pour le salarié, licenciement pour l'employeur, sa résolution judiciaire est aussi envisageable en cas d'inexécution grave de ses obligations par l'un des contractants. Il s'agit d'un principe concernant les contrats synallagmatiques, c'est-à-dire comportant des obligations réciproques. Si l'un des contractants n'exécute pas ses obligations durablement, l'autre ne peut rester dans les liens du contrat. Il peut donc demander au juge la résolution judiciaire du contrat (art. 1184 C. Civil), ce qui ne pourra jouer que pour l'avenir concernant un contrat de travail, car le travail fourni ne saurait être rendu. Il s'agit donc d'une résiliation judiciaire, permettant d'engager la responsabilité du contractants fautifs. Cette procédure est rare compte tenu de la souplesse de la rupture unilatérale, même en ce qui concerne le licenciement. Sa difficulté est notamment que le contractant, qui demande cette résiliation judiciaire, doit poursuivre l'exécution du contrat, tant que le juge ne lui a pas donné satisfaction en prononçant la rupture du contrat. Cette résiliation judiciaire est en principe l'inverse de la brusque rupture. Il en est résulté l'invention jurisprudentielle de la prise d'acte de la rupture. Le Code du travail maritime avait pris en compte cette difficulté et son article 101 permet à l'autorité chargée de l'inspection du travail maritime d'autoriser le marin à débarquer immédiatement pour un motif grave. Depuis les décrets du 30 décembre 2008, il s'agit de l'inspection du travail, chargé des activités maritimes.

Prise d'acte de la rupture par le salarié aux torts de l'employeur.

La jurisprudence a admis et encadré « la prise d'acte par le salarié de la rupture du contrat de travail », c'est-à-dire qu'il démissionne, en apparence, en invoquant une faute de son employeur, saisit le tribunal compétent en demandant la reconnaissance d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse⁵⁴. Il appartient au juge de définir l'imputabilité de la rupture, puis d'attribuer la responsabilité de cette rupture contractuelle : si les griefs invoqués par le salarié sont inexistantes ou insuffisants, celui-ci a démissionné sans respect du préavis ; si les griefs sont fondés et suffisants, l'employeur est responsable d'un licenciement, irrégulier en la forme, mais surtout sans cause réelle et sérieuse⁵⁵. En cas de prise d'acte de la rupture du contrat par le salarié, postérieurement à une action en justice de sa part en résiliation judiciaire du contrat, cette prise d'acte rend sans objet la demande de résiliation judiciaire⁵⁶. La Cour de cassation a admis la prise d'acte de la rupture, effectuée par un salarié, représentants du personnel. Cette prise d'acte produit les effets d'un licenciement nul, sans autorisation de l'inspecteur du travail, donc indemnisable, quand les faits invoqués constituent une faute

⁵⁴ B. Teyssié, « La rupture du contrat de travail à durée indéterminée hors licenciement », *Dr. soc.* 2005, 45-58 - J. Mouly, « Démission ou licenciement : une alternative très convenable », *Dr. soc.* 2004, 90-99 - J.Y. Frouin, « Les ruptures du contrat de travail à durée indéterminée à l'initiative du salarié », *Rev. Droit Trav.* Dalloz, 2007, 150.

⁵⁵ Soc. 25 juin 2003, n° 01-42.679, n° 01-42.335, n° 01-43.578, *Bull. civ.* V, n° 209, *Dr. soc.* 2003, 817, D 2003, 2396 n. J. Pelissier - Soc. 19 octobre 2004, n° 02-45.742, *Bull. civ.* V, n° 263, *Dr. soc.* 2005, 108, note F. Favennec-Héry.

⁵⁶ Cass. soc., 31 octobre 2006, n° 05-42158, *JCP-S* 2006, 1948 n. P.Y. Verkindt ; Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 04-43886 - J. Pelissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 419 et s., pp. 539-542.

suffisamment grave de l'employeur⁵⁷. La prise d'acte peut évidemment provenir d'un marin. Constitue une résiliation du contrat aux torts de l'employeur, la mise à l'écart d'un capitaine de remorqueur, souhaitant naviguer au-delà de 55 ans, mis à l'écart sous la pression des représentants du personnel, victime de harcèlement et de discrimination que l'employeur a toléré⁵⁸.

La rupture conventionnelle homologuée.

Ce que les contractants ont construit, le contrat, ils peuvent le défaire ou y mettre fin. Le contrat peut prendre fin par l'accord mutuel des contractants ; cette rupture paraît même idyllique, harmonieuse. La rupture par consentement mutuel reprend l'expression, d'un divorce apaisé, sans faute, non conflictuel. Une telle rupture amiable interroge cependant la liberté du consentement du salarié. Les ruptures négociées, démissions négociées ou acceptées, mises en œuvre pour contourner les contraintes des licenciements pour motif économique ont été fortement contestées. La rupture amiable du contrat d'un salarié représentant du personnel, nécessite le respect de son statut protecteur, donc l'autorisation de l'inspecteur du travail⁵⁹. La rupture amiable ne pouvait conduire au contournement de l'obligation patronale de reclassement, concernant un salarié victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle, ou déclaré inapte à son poste par le médecin du travail⁶⁰.

Le nouvel article L. 1237-11 du code du travail prévoit que « l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie ». Cette modalité de rupture conventionnelle homologuée n'est pas applicable aux départs négociés dans le cadre des accords de gestion prévisionnelle des emplois et des compétences (GPEC) et dans le cadre des plans de sauvegarde de l'emploi, liés aux licenciements collectifs pour motif économique (art. L. 1237-16 C. Tr.). Pour les salariés représentants du personnel, ou les médecins du travail, la rupture conventionnelle est soumise à l'autorisation de l'inspecteur du travail (art. L. 1237-15 C. Tr.)⁶¹. Il semble y avoir incompatibilité entre le licenciement et la rupture conventionnelle homologuée (art. L. 1237-11 C. Tr.), de sorte que toutes les mesures d'accompagnement social des procédures de licenciement sont exclusives de cette rupture conventionnelle ; il en est ainsi, par exemple, de l'acceptation par le salarié de la convention de reclassement personnalisée (art. L. 1233-67 C. Tr.). Cependant, la rupture conventionnelle peut anticiper des difficultés économiques de l'entreprise, et éviter des licenciements. Dans ce cas, le salarié ne bénéficie pas de l'obligation de reclassement, de la priorité de réembauchage.

⁵⁷ Cass. soc., 21 janvier 2003, *RJS* 2003/3, n° 367 – Cass. soc., 25 janvier 2006, *RJS* 2006/3, n° 472 – Cass. soc., 5 juillet 2006, *Droit social* 2006, 1069 n. F. Favennec-Héry – Ph. Waquet, « Coup de vent sur la jurisprudence Perrier », *RJS* 2005/4, p. 419.

⁵⁸ Soc. 15 mars 2006, n° 04-10.208, *DMF* 2007, 153, note P. Chaumette.

⁵⁹ Cass. crim. 6 janvier 2004, *RJS* 2004/3, n° 434 - J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 425 et s., pp. 543-546.

⁶⁰ Cass. soc., 29 Juin 1999, *Droit social* 2000, 182 - Cass. soc., 4 janvier 2000, *RJS* 2000/2, n° 168 – Cass. soc. 12 février 2002, *RJS* 2002/3, n° 423.

⁶¹ F. Favennec-Héry, « La rupture conventionnelle, mesure phare », *Droit social* 2008, n° 3, pp. 311-315 - X. Prétot, « L'homologation de la rupture conventionnelle par l'autorité administrative », *Droit social* 2008, n° 3, pp. 316-324 G. Auzero, « La rupture conventionnelle du contrat de travail : l'illusion de la sécurisation », *Rev Dr. Trav.*, Dalloz, 2008, n° 9, pp. 522-526 – S. Chassagnard-Pinet et P.Y Verkindt, « La rupture conventionnelle du contrat de travail », *JCP-S* 2008, n°26, pp. 25-36 - J. Pélissier, A. Supiot et A. Jeammaud, *Droit du Travail*, Précis Dalloz, 24^e éd., 2008, n° 427 et s., pp. 546-551.

Une procédure préalable s'impose, semblable à celle du licenciement individuel : entretien préalable à la signature de la convention, au cours duquel le salarié peut se faire assister (art. L. 1237-2 C. Tr.), signature commune de la convention écrite précisant le montant de l'indemnité spécifique, qui ne peut être inférieure à l'indemnité légale de licenciement, fixant la date de rupture du contrat de travail au mieux au lendemain du jour de l'homologation (art. L. 1237-13 C. Tr.). L'employeur et le salarié disposent chacun d'un délai de 15 jours de rétractation, à partir de la signature de la convention (art. L. 1237-13 C. Tr.). La rétractation s'exerce par lettre recommandée avec accusé de réception, ou remise en mains propres avec reçu signé et daté. L'homologation relève du directeur départemental du travail et de l'emploi (DDTE). Il est saisi par le contractant le plus diligent, dès lors que le délai de rétractation est échu. L'autorité administrative dispose de 15 jours ouvrables pour prendre sa décision. Il vérifie les consentements, le formalisme procédural. Si le directeur départemental du travail et de l'emploi ne notifie pas sa décision motivée dans le délai de 15 jours ouvrables, l'homologation est réputée acquise et l'autorité administrative est dessaisie (art. L. 1237-14 C. Tr.).

L'homologation ou son refus peuvent faire l'objet d'un recours, mais non auprès du juge administratif, exclusivement devant le juge judiciaire. Il s'agit habituellement du conseil de Prud'hommes, sauf pour les marins. « Les litiges mentionnés au quatrième alinéa de l'article L.1237-14 du code du travail sont portés devant le tribunal d'instance. » (art. 120 CTM, créé par Ordonnance n° 2009-717 du 18 juin 2009, art. 4). La tentative de conciliation devant l'administrateur des affaires maritimes semble inutile (art. 2, décret n° 59-1337, 20 novembre 1959)⁶². De même, le tribunal d'instance est compétent quant au litige relatif à la rupture conventionnelle homologuée d'un capitaine de navire, et non le tribunal de Commerce (art 2 et 12, décret n° 59-1337, 20 novembre 1959). L'Ordonnance 2009-717 du 18 juin 2009 semble ainsi constituer une première pierre dans la réforme du contentieux du travail maritime.

La rupture conventionnelle ouvre, pour le salarié, le droit à une indemnité spécifique, qui ne peut être inférieure au montant de l'indemnité légale de licenciement prévue à l'article L. 1234-9 du code du travail. Il n'est pas nécessaire que le salarié ait deux années d'ancienneté. Cette indemnité n'est pas un revenu imposable, dans la limite d'un plafond assez favorable, et n'est pas un salaire soumis aux cotisations sociales (art. L. 242-1 CSS). L'avenant du 16 juin 2009 de l'ANI du 11 janvier 2008 prévoit le versement de l'indemnité conventionnelle de licenciement, si elle est plus favorable que l'indemnité légale ; cet avenant s'applique depuis le 17 juin, dans la mesure où l'employeur est membre d'une organisation patronale affiliée au MEDEF, à la CGPME ou à l'UPA ; la procédure d'extension ministérielle a été lancée le 9 juillet 2009 par avis publié au Journal Officiel. Le salarié a droit aux allocations d'assurance-chômage, dès lors que lui et son employeur y étaient affiliés (art. L. 5422-1 C. Tr.).

En matière de travail maritime, toute transaction sur le montant des salaires doit être homologuée par l'autorité maritime, à peine de nullité (art. 57 CTM). Cette disposition complète les dispositions du Code civil en matière de transaction (art. 2044 et s. C. Civ.), ainsi qu'à l'application aux marins de la réglementation du reçu pour solde de tout compte (art. L. 1234-20 C. Tr., mod. par L. n° 2008-596, 11 25 juin 2008). L'homologation de la rupture conventionnelle par le directeur départemental du travail et de l'emploi (DDTE) complète ce dispositif.

⁶² Courrier du Directeur des Affaires Maritimes, 3 juillet 2009.

Au total, cette Ordonnance 2009-717 du 18 juin 2009 constituera une réforme importante du droit du travail maritime, qui semble en annoncer d'autres, à venir.