

Pavillons bis et concurrence : les enseignements de l'arrêt Firma Sloman du 17 mars 1993.

Jean Jacques Lavenue
Professeur à l'université de Lille II.

Dess "Droit de la Mer et Activités maritimes"

Article paru dans les "Mélanges Langavant" "L'Harmattan", 1999.

Les notes de références supprimées dans la version en ligne sont consultables dans le texte des "mélanges".

Sommaire

Introduction

I- Une technique juridique permettant de faire face à la concurrence internationale

A- La nécessaire prise ne compte des réalités internationales

- a) Les faits
- b) Les objectifs

B- Pavillons bis et registres bis

- a) Les pavillons bis territoriaux
- b) Les registres papiers

II- Mais une technique qui ne doit pas fausser la concurrence dans le cadre communautaire

A- L'affaire Sloma ou le choix du cadre contractuel d'un registre papier

- a) L'analyse de l'espèce
- b) L'argumentation des parties et la réponse de la Cour

B- La situation du Pavillon Kerguelen : l'interrogation sur la situation juridique des registres territoriaux

- a) Le système Kerguelen
- b) L'arrêt République italienne contre l'arrêt Sloman

Conclusion provisoire : la vulnérabilité française

- a) L'hypothèse de l'incompétence communautaire
- b) L'hypothèse de la compétence communautaire

Mis en place pour offrir à leurs compagnies maritimes la possibilité de faire face à la concurrence des pavillons dits "de libre immatriculation", le régime des "pavillons bis" instaure un système dérogatoire susceptible de deux lectures.

La première y verra un moyen, en se rapprochant des conditions d'exploitation des navires sous pavillon de libre immatriculation, de reconquérir un certain nombre de parts de marchés.

La seconde trouvera, dans ce rapprochement même, une rupture de l'égalité de la concurrence entre les compagnies utilisant des navires sous "pavillon bis" et celles qui ne le feront pas. Le problème étant susceptible de se poser alors non seulement au niveau national mais encore au plan communautaire par les possibilités de surenchères impliquées par la multiplication des pavillons et registres bis.

Répondant partiellement aux interrogations que suscitent ces différentes lectures de la mise en place de ce nouveau moyen juridique, la Cour de Justice des Communautés Européennes dans une affaire particulièrement exemplaire a démontré en la matière que le recrutement à des conditions très inférieures d'équipages étrangers ne pouvait être considérée comme une aide susceptible de porter atteinte à la concurrence. Son raisonnement, qui n'a pas suivi l'argumentation de la Commission, présente à cet égard une originalité qui mérite d'être soulignée.

Bien que l'arrêt Sloman ait donné quitus du recrutement de marins étrangers, en n'appliquant pas la définition de l'aide évoquée par la Commission, on peut se demander si en rappelant cette définition de l'aide il ne fait pas cependant peser une lourde menace sur le recrutement de marins nationaux sous pavillon bis encouragé au moyen de dégrèvement de contributions sociales, par la France notamment.

Si dans le contexte économique actuel le problème ne se pose pas encore pour la France, largement surclassée par ses concurrents européens, il n'est pas exclu que demain, la conjoncture venant à changer, celui-ci prenne une acuité nouvelle. Notre pays pourrait alors se voir accuser, par des partenaires devenus moins compétitifs, de fausser par ses aides le libre jeu de la concurrence. L'arrêt Gouvernement de la République Italienne contre Commission des Communautés européennes pourrait alors être invoqué contre la France dans le même temps où l'arrêt Sloman exonérerait de son côté les registres bis "papier" du type du registre ISR allemand.

I-Une technique juridique mise au point pour faire face à la concurrence internationale.

Le système des "pavillons bis" et des "registres bis" est né de la nécessité de prendre en compte les effets d'une crise économique durable du transport maritime et de ses conséquences induites : diminution de la flotte et dépavillonnement de ce qui en restait. Il s'est présenté comme un moyen pour certains Etats de la CEE de maintenir sous pavillon national une flotte dont l'importance stratégique en période de crise est nécessaire à l'indépendance de l'Etat, mais aussi pour tenter de réapparaître dans un secteur dont les avait exclus la faiblesse des taux de fret et le coût important de leur main d'oeuvre nationale.

Le prix à payer pour un tel redressement était double: il devait se faire indubitablement, dans un premier temps, aux dépens de la main d'oeuvre nationale et, de manière plus générale, par la remise en cause du caractère absolu de la loi du pavillon. Désormais, pour une partie de l'équipage, dans le cadre des registres bis, ce ne serait plus le droit dont relevait le navire qui s'appliquerait mais celui de l'Etat d'origine du marin.

Un certain nombre d'Etats pouvaient espérer de cette réapparition sur le marché international des transports maritimes, et des mesures adoptées pour exclure des ports européens les navires poubelles, une possibilité nouvelle de peser sur le marché, et une remontée des taux de fret qui favoriseraient la reprise des transports européens. Parmi eux, la France, pour faire face à la crise sociale importante dans ce secteur entreprit d'encourager l'engagement de marins français sur les navires immatriculés aux Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF) par l'octroi de

dégrèvements sociaux aux armateurs.

A - La nécessaire prise en compte des réalités internationales.

" C'est çà ou la délocalisation de l'ensemble de la flotte, c'est à dire le passage de tous les navires sous pavillons étrangers. Nous nous trouvons face à deux portes: l'une conduit à la mort. Il me semble logique d'emprunter l'autre". La déclaration du ministre français des transports illustre très exactement la manière dont les pouvoirs publics ont envisagé en France l'instauration du Registre Kerguelen: face à des faits incontournables mettre en place, ainsi que l'écrivait un journaliste, "une bouée de sauvetage en attendant Euros". A des degrés d'urgence divers, c'est une réaction du même type qui existe chez les autres Etats européens ayant créé des registres bis.

a) Les faits.

La réalité de la crise des transports maritimes en Europe tient en quelques chiffres que les organes de presse spécialisés reproduisent presque toutes les semaines. Alors qu'en 1973 la flotte commerciale européenne représentait 112 MTJB, soit 45% de la flotte mondiale, celle-ci ne correspondait plus en 1992 qu'à 84 MTJB, soit 33% de la flotte mondiale. Tandis qu'en 1973 l'immatriculation sous pavillon de complaisance ne concernait que 23% de la flotte, celle-ci en 1992 atteignait 45% (dont une augmentation de 20% sur les derniers 18 mois).

Dans cet ensemble la flotte commerciale française, qui n'a cessé de régresser, apparaît désormais au 27^{ème} rang des puissances maritimes alors que, possédant une exceptionnelle façade maritime, elle est la quatrième puissance exportatrice du monde. Le degré de gravité de cette situation peut être appréhendé à sa juste mesure dans les déclarations du président du Comité Central des Armateurs de France lorsqu'il affirmait par exemple en juin 1993 : " en l'état actuel l'avenir de la Marine Marchande ne se mesure pas en années mais en mois. Nous sommes dans le dernier metro; si nous ne le prenons pas, c'en est fini".

Des chiffres du même ordre peuvent être invoqués pour la flotte allemande passant de 9,3 MTJB en 1977 à 3,6 MTJB en 1987().

Ainsi que le rapportera le juge Moitinho de Almeria, expliquant le phénomène, dans l'affaire Sloman : " la diminution de moitié de la flotte communautaire, de 1980 à 1988, a été causée en partie par le transfert de pavillon utilisé par les armateurs afin de réduire sensiblement les frais d'équipage [en 1986, les frais afférents aux rémunérations et charges sociales pour l'équipage variaient, pour un porte-conteneur de 1500 EVP, de 32% (en Grèce) à 57% (en Italie) des coûts d'exploitation]".

La justification d'un tel processus pourra d'une certaine manière être trouvée dans ce qu'écrivait Madame Françoise Odier en 1988: " La crise met en évidence la nécessité de mobilité du navire pour faire au mieux échec à sa vulnérabilité économique...Le pavillon qu'il arbore peut être un facteur de soutien dans cette quête mais ne doit pas constituer un handicap... Dans une telle perspective le pavillon du navire devient un moyen parmi d'autres pour soutenir l'activité de l'outil commercial...La première qualité d'un pavillon sera, dans cette perspective, d'insérer le navire dans un cadre juridique aussi riche que possible en potentialité commerciale et aussi léger que possible en contrainte ". Il n'est pas indifférent que ces lignes aient été écrites par le conseiller juridique du Comité Central des Armateurs de France. L'intérêt de la création du pavillon bis sera alors d'offrir aux armateurs ce qu'ils pouvaient aller chercher sous pavillon de complaisance en évitant le dépavillonnement des flottes nationales.

Ainsi que l'observera de son côté Antoine Marcantetti lors du colloque du Havre d'octobre 1993 sur les transports maritimes:" Le seul moyen de freiner (le dépavillonnement) cet exode et d'éviter dans les conditions actuelles la disparition de leur pavillon auquel les pays européens restent attachés malgré tout, était d' avoir recours à un registre d'immatriculation spécifique qui bénéficiait des avantages de la nationalité et parfois de certaines aides, tout en maintenant une certaine compétitivité de la flotte dans le transport maritime international.

" Autres avantages: le second registre permet de conserver le pouvoir de décision et d'influencer en conséquence la balance des paiements; aide dans une certaine mesure la construction navale de l'Etat de son pavillon...par ailleurs il autorise une meilleure garantie pour le maintien des normes internationales, alors que ce n'était pas toujours le cas sous des pavillons libres traditionnels" .

b) Les objectifs:

Les développements élaborés à ce propos par les différents intervenants dans l'affaire Firma Sloman sont singulièrement convergents. Qu'il s'agisse de l'Allemagne précisant, à propos du paragraphe 4 de l'article 24 de la loi sur le pavillon, que "cette disposition serait destinée à assurer la compétitivité des navires de commerce allemand sur le plan international, par la réduction des coûts relatifs au personnel", ou qu'il s'agisse du gouvernement danois déclarant que les registres internationaux "ont pour objet de permettre aux armateurs de changer de pavillon et de rétablir leur compétitivité internationale par rapport aux pays tiers ", tous reconnaissent qu'il s'agit de s'adapter à la concurrence en abaissant les coûts (notamment en personnel) en échappant aux contraintes sociales européennes.

Ainsi que l'affirmera à l'audience, dans l'affaire Sloman, le gouvernement belge: "la création, par presque tous les Etats membres maritimes de la Communauté, de seconds registres internationaux permettant l'emploi de travailleurs étrangers aux conditions en vigueur à l'étranger, constitue une mesure qui exerce une influence positive sur la position concurrentielle des entreprises de navigation de la Communauté dans le commerce mondial" . Ce que peuvent d'ailleurs confirmer les résultats dont fit état le gouvernement danois lors de cette même procédure en indiquant que la création du registre international danois (DIS) a eu pour conséquence qu'un grand nombre de navires ont repris le pavillon danois et que les nouveaux navires sont immatriculés sous pavillon danois plutôt que sous le pavillon d'un pays tiers.

La création de ces seconds registres apparaît ainsi comme un moyen juridique de répondre aux données évolutives du transport maritime. Ainsi que le déclarera le vice- président d' l'Institut Méditerranéen des transports en octobre 1993: "ces seconds registres, intermédiaires entre les régimes nationaux et ceux qui se réclament de l'immatriculation libre, jouent un rôle complexe qui tient à quelques objectifs où la stratégie commerciale internationale, le maintien d'un dispositif social allégé et quelques aménagements fiscaux, devraient permettre de donner à l'industrie du transport maritime la flexibilité d'adaptation aux impératifs des échanges à l'échelle mondiale..." .

Reste que si l'objectif est défini et, dans l'ensemble, commun, ce que l'on regroupe de manière un peu rapide sous les termes de "pavillons bis", de "seconds registres", de "registres bis" ou de "registres parallèles", correspond en réalité à des structures différentes qu'il importera d'analyser pour être en mesure d'appréhender les conséquences que ne manquera pas d'impliquer le choix des unes ou des autres.

B - Pavillons bis et registres bis.

Si l'on compte actuellement une dizaine de seconds registres en Europe , leur conception ne repose pas sur une même approche juridique. A cet égard deux grands systèmes doivent être distingués: les pavillons bis stricto sensu d'une part, les registres bis ou "registres papiers" d'autre part.

a) Les pavillons bis.

Ce qui caractérise le système du pavillon bis est la référence territoriale qu'il implique. Le navire immatriculé sous pavillon bis se verra appliquer les lois en vigueur sur le territoire considéré. Ainsi, par exemple, l'immatriculation "Kerguelen" impliquera-t-elle l'application des lois sociales et fiscales en vigueur dans les Terres Australes et Antarctiques Françaises. En particulier, pour ce qui est des relations du travail, du code du travail d'outre-mer.

Peuvent être rattachés ainsi au système des pavillons bis:

- 1- Le second registre français des Terres Australes et Antarctiques Françaises (TAAF).
- 2- Pour la Grande Bretagne: les registres de l'Ile de Man, de Gibraltar, Hong Kong. Selon le Merchant Shipping Act de 1894, un navire appartenant à une société ou à une personne physique, ayant qualité de résident dans le Commonwealth, peut être immatriculé dans n'importe laquelle des Colonies ou dépendances, y compris en Grande Bretagne.
- 3 - Le registre des Antilles Néerlandaises. Créé en 1987 présente cette particularité de prévoir que seul, dans l'équipage, doit être néerlandais le capitaine. Seule y est obligatoire une assurance sur les accidents du travail. Pour les non résidents, la réglementation et les conditions sociales sont inexistantes.
- 4 - Pour le Portugal: le registre d'immatriculation de Madère (MAR). Créé par le décret du 28 mars 1989 celui-ci prévoit que l'équipage doit comprendre 50% de nationaux, le reste pouvant avoir un statut différent. S'y ajoute un système d'exemption d'impôts sur les revenus au titre des bénéfices réalisés par les propriétaires de navires portugais opérant dans les trafics internationaux, sur les revenus pour les salaires des officiers et membres de l'équipage, exemption des droits de succession, incitations fiscales et financières. Ce registre est réservé aux navires exploités sur des trafics internationaux. Ceux-ci ne pouvant acheminer ni passagers ni marchandises entre les ports portugais.
- 5 - Le registre des Canaries (second registre espagnol): créé en janvier 1993. Prévoit que le capitaine et le premier officier doivent être espagnols. Que l'équipage doit être à 50% formé d'espagnols ou de ressortissants de la CEE. Bénéficie d'allègements fiscaux : l'impôt sur les sociétés est abaissé à 25% ainsi que l'imposition et charges sociales des marins espagnols. Ce registre est réservé à la navigation nationale et non au cabotage national. L'armateur devant avoir un agent domicilié dans les îles.
- 6 - Le second registre des Îles Féroé (FAS): créé en 1992. Obligation d'engager des marins insulaires et de faire réparer les chalutiers sur place.

b) Les registres papiers.

Les registres bis ou registres papiers se caractérisent par le fait que c'est la loi qui va consacrer elle-même l'extra-territorialité des lois sociales en posant le principe que le contrat de travail du marin ne relèvera pas, par exemple, de la loi du pavillon mais du lieu de résidence du marin.

Seront ainsi rattachés au système des registres papiers:

- 1 - Le registre international allemand (ISR) : créé par la loi du 23 mars 1989, prévoit que le capitaine et le second doivent être allemands. Il permet le recrutement de marins à des conditions de salaire très basses (20% du salaire d'un marin allemand) en prévoyant que des marins étrangers n'ayant pas de domicile ou de résidence fixe en RFA ne relèvent pas des conventions collectives allemandes et soient employés au salaire du pays d'origine. L'ISR présente cette particularité de n'être ouvert qu'à des navires immatriculés à l'origine sur le registre allemand.
- 2 - Le registre international Danois (DIS): créé le 23 juin 1988 prévoit une exonération de l'impôt sur le revenu pour les marins embarqués dans le cadre de ce registre. Il est ouvert aux danois mais aussi aux personnes morales étrangères dont 20% des capitaux appartiennent à des danois.
- 3 - Le registre spécial finlandais. Créé en janvier 1992, il ne concerne que les navires finlandais exploités sur des trafics internationaux. Exige que 50% de l'équipage soit composé de marins finlandais. Prévoit le remboursement des charges sociales et de l'impôt sur le revenu des navigants.
- 4 - On pourra y rattacher dans une perspective à plus long terme le registre international norvégien (NIS) : créé en 1987 il se caractérise par le fait que tous les navires y sont admis. Ainsi que l'observa lors de sa création Madame Françoise Odier sa création avait pour but "d'attirer sous ce

nouveau pavillon, aussi bien des navires norvégiens que des navires totalement étrangers, par leurs capitaines, la composition de leurs équipages, leur centre de gestion même, à la Norvège".

Le système mis en place prévoit des exemptions de taxes et d'impôts pour les marins étrangers domiciliés à l'extérieur de la Norvège, exemption d'assurance sociale mais assurance décès. Son application est exclue pour la navigation entre ports norvégiens et pour l'exploitation d'installations off shore en mer du Nord.

Tableau: seconds registres en Europe.

:Nom :	Type :	Année :	%équip. Natl. :	avantages :	Nombre/TPL
I.de Man Gibraltar	Pav.Bis	1894			124/6,MTPL
Antilles néerlises :	Pav.Bis	1987	capitaine dérogation	exonération: impôts,taxes	180/2,4MTPL
NIS	R.papier	1987	pas condition cap. et off. dérogations	exemptions : si résid.hrs Norvège	917/40,2MTPL
DIS	R.papier	1988	cap. & off.dan: dérogation CEE	exonération: marins emb.	450/6,5MTPL
TAAF	Pav.Bis	1987	35% français 70% au plus :2 à 4 officiers	compensations fiscales et dégrèvements	86/2,8MTPL
ISR	R.papier	1989	cap et off.all ancien pav.all.	réd.50% impts des marins	443/3,8MTPL
MAR	Pav.Bis	1989	50% portugais	exemptions : ben.sociétés drts succession rev.off&équip	33/1MTPL
Canaries	Pav.Bis	1993	cap & off.espls ou CEE,agnt arm: domiciliés îles	25% imp.sctés allgt charges sociales	10/0,5MTPL
Finland.:	Pav.Bis:	1992	50% finlandais	remboursement: imp.revenu et charges scles	62/0,7MTPL
Sd Faeroe	Pav.Bis:	1993 :	engt Faeroe et		:pêcheurs

Conçu pour permettre aux armateurs de s'adapter à la concurrence internationale, en réduisant leurs coûts, le système des registres bis parut dès l'origine devoir se réaliser aux dépens des personnels navigants nationaux. Ainsi que le déclarait Ambroise Guellec, secrétaire d'Etat français à la mer, en juin 1986: " Avec le pavillon Kerguelen, j'apporte la faculté d'améliorer la compétitivité d'un secteur que chacun sait fortement sinistré, tout en préservant ce qui peut être épargné. Je sais à quel point cette solution est douloureuse pour les équipages, mais face à une situation internationale d'intense concurrence, c'est cela ou la disparition totale du vrac et le passage sous pavillon de libre immatriculation" .

Sept ans plus tard lorsque la "kerguelenisation" aura été généralisée les observateurs noteront, en soulignant les réactions négatives des syndicats, à l'occasion du conflit de la CGM par exemple: " ces réactions ne s'expliquent pas seulement par une opposition de principe au pavillon bis mais plus concrètement par le nouveau train de licenciement que cette kerguelenisation appliquée aux lignes va entraîner. Elle permet en effet d'employer un tiers de marins étrangers or la CGM compte environ 1000 navigants. Mathématiquement on peut donc estimer à au moins 300 le nombre de navigants français qui devront s'effacer devant les marins étrangers".

C'est d'une certaine manière ce que rappellera l'Arbeitsgericht de Brême dans l'affaire Sloman, en invoquant la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés , lorsqu'il relèvera que selon la Cour: "la situation de l'emploi et, en termes plus généraux, l'organisation des conditions de vie et de travail à l'intérieur de la Communauté sont susceptibles d'être affectées par la politique suivie par les Etats membres à l'égard de la main d'oeuvre en provenance des pays tiers", et qu'"il importe d'assurer que les politiques migratoires des Etats membres vis à vis des pays tiers prennent en considération les politiques communes et les actions menées au niveau de la Communauté, en particulier dans le cadre de la politique communautaire du marché du travail".

Pour autant en effet les situations en ce domaine ne seront pas les mêmes en Europe. Si les navigants français craignent pour leur emploi, le personnel scandinave en général, est par exemple insuffisant. L'exemple norvégien, dans la perspective d'une adhésion future, sera à cet égard particulièrement révélateur. Sur les 16 621 officiers et marins embarqués sur les 865 navires du registre NIS, en juillet 1992, 2202 seulement étaient norvégiens pour 10 073 philippins, 1998 indiens, 909 polonais et 1439 autres représentant 51 pays .

Les "registres bis" ne seront pas gérés par conséquent de la même façon et les encouragements (aides) à engager sous "pavillon bis" des nationaux, que l'on trouvera chez les uns, pourront un jour ou l'autre être considérés par ceux qui n'ont pas besoin de le faire comme des aides faussant le libre jeu de la concurrence. Si le référendum du 28 novembre 1994 à écarté pour l'instant la menace qu'aurait pu faire peser la Norvège en ce domaine, il n'est pas exclu que le problème puisse un jour être posé si, le DIS ou l'ISR par exemple décidait d'ouvrir d'avantage les possibilités d'immatriculation.

Ainsi même si la Commission dans le cadre d'une politique de restructuration peut admettre temporairement des mesures de ce type, celles-ci risquent à terme de se révéler pour certains n'être qu'un simple cautère sur une jambe de bois. Et à cet égard le point que permet de faire l'arrêt Sloman sur la disparité des régimes juridiques couverts par le concept général de "registre-bis" montre que, si le système allemand est reconnu comme conforme à la règle communautaire, les différents éléments d'une mise en cause du système adopté par la France sont déjà en place.

II -Une technique juridique qui ne doit pas fausser la concurrence dans le cadre communautaire.

L'affaire Sloman, jugée par la Cour de Justice des Communautés en mars 1993, a souligné la conformité des mécanismes mis en place par le "registre papier" allemand. Les éléments de fond mis en avant par l'arrêt de la Cour permettent également, par comparaison, de mesurer à quel point le système du pavillon bis français est non seulement différent mais implique la mise en place d'un système d'aides qui pourrait être jugé contraire au libre jeu de la concurrence.

Si à l'heure actuelle le problème ne semble pas être posé, dans la mesure où la marine marchande française est encore loin d'être concurrentielle par rapport à ses partenaires européens, il nous paraît important d'attirer l'attention sur deux choses. La première, au fond, sur ce qui pourrait se révéler demain une sorte de "bombe à retardement" dont nos partenaires n'auraient qu'à allumer la mèche: la mise en place d'un système d'aides non conforme au droit communautaire. La seconde sur ce qui juridiquement pourrait avoir des implications peut être plus graves: l'absence de mise en oeuvre d'un contrôle juridique faute d'un intérêt économique immédiat...

A moins que l'on admette que la flotte immatriculée aux TAAF échappe à la compétence communautaire, que les articles 92 et 93 du traité ne s'y appliquent pas, et qu'au sein de l'Union Européenne la France ait décidé de laisser la place à ses partenaires créateurs de "registres papiers"... Ce qui sera peut être évoqué mais, comme nous le verrons, pas certain.

A - L'arrêt Firma Sloman: ou le choix du cadre contractuel.

Saisie par voie de recours préjudiciel dans deux affaires de recrutement de marins philippins dans le cadre du registre international allemand (ISR), la Cour de Justice des Communautés européennes, écartant l'interprétation des demandeurs et de la Commission, a justifié la réglementation ISR par rapport aux règles de concurrence communautaire.

a) L'analyse des faits.

Ayant prévu d'embaucher un officier radio philippin et cinq autres marins de même nationalité sur un navire qu'elle avait fait immatriculer à l'ISR (second registre allemand), sur la base de contrats de travail qui ne seraient pas soumis au droit allemand, la firme Sloman Neptun Schiffahrts AG demanda au Seebetriebrat (comité d'entreprise dans l'armement naval de la firme Sloman) de donner son accord à l'embauche des personnes en question.

Le comité d'entreprise ayant refusé, l'entreprise Sloman saisit l'Arbeitsgericht Bremen pour qu'il soit suppléé au défaut de cet accord.

Au cours de la procédure devant la juridiction allemande le comité d'entreprise fit valoir que la disposition introduite par l'ISR était contraire non seulement à la constitution mais encore aux articles 92 et 117 du traité CEE, étant donné qu'elle permettait d'embaucher des ressortissants des pays tiers à des conditions de rémunération et de protection sociale inférieures à celles dont bénéficient les marins engagés dans le cadre des dispositions du droit allemand.

Estimant qu'une interprétation de ces dispositions lui était nécessaire pour trancher les deux affaires, l'Arbeitsgericht Bremen sursit à statuer et posa à la Cour de Justice la question préjudicielle suivante : "est-il compatible avec l'article 92 et l'article 117 du traité CEE que l'article 1 point 2 de la Gesetz zur Einführung (=ISR)... permette que des marins étrangers n'ayant pas de domicile ou de résidence fixe en République fédérale d'Allemagne ne relèvent pas des conventions collectives allemandes et soient, dès lors, employés au "salaire du pays d'origine", inférieur, et à des conditions de travail moins favorables que les marins allemands comparables?"

b) L'argumentation des parties et la réponse de la Cour.

Ó) L'argumentation s'organise, pour les uns, autour de la notion d'aide publique : elle est écartée par la Cour en faisant appel à la notion de "choix des règles de rattachement".

L'embauche de philippins dans le cadre de l'ISR à des salaires inférieurs et à des conditions de travail plus défavorables constituerait une aide contraire au principe posé par l'article 92 § 1 du traité de Rome.

Dans les motifs des ordonnances de renvoi, l'Arbeitsgericht Bremen rappelait à cet effet l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés République Italienne contre Commission selon lequel le "dégrèvement partiel des charges publiques incombant aux entreprises d'un secteur industriel particulier constitue une aide au sens de l'article 92 du traité CEE, si cette mesure est destinée à exempter partiellement ces entreprises des charges pécuniaires découlant de l'application normal du système général des contributions obligatoires imposées par la loi" .

Ce sera sur la base de ce rappel que l'Arbeitsgericht Bremen élaborera son argumentation tendant à mettre en évidence l'irrégularité de l'engagement des marins philippins. La Commission sur la base d'une analyse similaire se ralliera à cette thèse de l'irrégularité.

1- L'argumentation de l'Arbeitsgericht Bremen tendit ainsi à démontrer que l'exemption partielle des dispositions du droit du travail et du droit social allemand en ce qui concerne les travailleurs étrangers employés sur les navires de mer immatriculés à l'ISR constituait une aide illicite au sens de l'article 93 § 1 du traité CEE.

- Cette exemption permettait en effet aux armateurs ISR de ne pas supporter certaines charges pécuniaires, notamment des cotisations de sécurité sociale plus élevées payables dans le cas d'emploi de marins rémunérés au tarif allemand.

- Le fait de ne pas supporter les coûts correspondant à la différence entre la cotisation due sur le salaire du pays d'origine et celle due sur le salaire allemand moyen était également susceptible de fausser la concurrence, les opérateurs continuant à profiter de l'image de marque du pavillon allemand sans toutefois supporter les coûts qui y sont liés.

2- La Commission de son coté soutint qu'il s'agissait d'aides accordées par l'Etat, réservées à certains navires sous pavillon allemand soumises à l'obligation de notification préalable de l'article 93 § 3 et au contrôle communautaire de compatibilité. A cette fin, Ingolf Pernice, représentant de la Commission, articula sa démonstration en trois séquences, autour des trois éléments de la notion d'aide que définit l'article 92 §1. Selon cette approche devaient être considérées comme incompatibles les aides qui :

- "sous quelque forme que ce soit",
- étaient accordées "par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat",
- et "favorisant certaines entreprises ou certaines productions".

Revenant sur ces trois éléments de la définition de l'aide, le représentant de la Commission affirma alors:

-> Que l'expression "sous quelque forme que ce soit" indiquait que l'article 92 §1 donnait un sens large à la notion d'aide , que constituaient des aides "les avantages en tout genre, y compris les allègements de coûts qui, de par leur nature peuvent influencer sur la situation en matière de concurrence des entreprises concernées", et qu'à ce titre cette notion d'aide devait en principe englober une règle qui, par dérogation à la législation généralement en vigueur, permet à certaines entreprises d'engager du personnel à des salaires très inférieurs au salaire généralement payé.

-> Que le caractère étatique de l'aide devait être interprété au sens large; que selon la jurisprudence de la Cour, une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l'Etat pour être qualifiée d'aide étatique ; que lorsque le financement des armateurs s'effectue au détriment d'autrui (des travailleurs par exemple), pour que l'aide soit considérée comme étatique il suffisait que la mesure soit fondée sur une loi prévoyant que certaines entreprises bénéficient d'un allègement spécial pour certains facteurs de coûts particuliers . A fortiori il va de soi dans le cas où ces mesures entraîneraient des pertes de recettes fiscales et de cotisations, car dans ce cas l'allègement des coûts des armateurs se ferait directement à la charge des pouvoirs publics et "au moyen de ressources d'Etat".

-> Que si seules les mesures favorisant certaines entreprises ou certaines productions relevaient de

la notion d'aide, et qu'étaient exclues de nouvelles règles de caractère général ayant le caractère de politique économique, sociale ou financière, une mesure législative qui serait associée à des règles délimitant clairement les bénéficiaires des avantages en question pourrait se voir reconnaître ce caractère. Il en irait ainsi selon la Commission lorsqu'il s'agit de limiter l'avantage accordé à des navires immatriculés dans un registre donné qui ne permet pas d'immatriculer n'importe quel bateau, notamment les bateaux de propriétaires étrangers.

Sur la base de cette argumentation la Commission proposa à la Cour de répondre à la question posée par l'Arbeitsgericht Bremen que la réglementation allemande relevait à cet égard : "de la notion d'aide d'Etat visée à l'article 92 du traité CEE et ne peut être appliquée conformément à l'article 93 § 3 du traité avant d'avoir été notifiée à la Commission et, en cas d'ouverture d'une procédure formelle, avant qu'une décision finale l'ait déclarée compatible avec le marché commun"

β) L'arrêt de la Cour: le choix de la règle de rattachement.

Selon la Cour de Justice la finalité du régime mis en place par l'ISR allemand n'était pas de mettre en place un système d'aide ou d'exonération mais, ainsi que l'écrit Patrick Chaumette "de modifier le cadre d'établissement des relations contractuelles entre les salariés et les entreprises". Ainsi qu'elle le précise dans son arrêt: "le régime en cause, ne tend pas, de par sa finalité et son économie générale, à créer un avantage qui constituerait une charge supplémentaire pour l'Etat...mais seulement à modifier, en faveur des entreprises de navigation le cadre dans lequel s'établissent les relations contractuelles entre ces entreprises et leurs salariés".

Ainsi que le soutient la Cour, le problème n'est pas un problème d'aides mais de mise en place d'un mécanisme de droit international privé. Ainsi que le soulignait l'avocat général Marco Darmon dans les conclusions que la Cour a suivies: "il s'agit simplement d'une règle déterminant les limites d'application du droit allemand ou, plus précisément, permettant aux particuliers, en présence d'un élément d'extranéité, de choisir la loi applicable à leurs conventions". Dès lors les effets financiers induits par la mise en oeuvre de l'ISR ne peuvent être considérés comme des aides, et la mise en oeuvre de celui-ci pouvait être considérée comme l'équivalent des opérations de délocalisation des entreprises.

1- Aides et conséquence financière: Dans son arrêt la Cour est particulièrement claire: "Les conséquences qui en résultent (de la mise en oeuvre de l'ISR) tenant à la différence de base de calcul des cotisations sociales, mentionnée par la juridiction nationale, qu'à l'éventuelle perte de ressources fiscales imputables au faible niveau des rémunérations, invoquées par la Commission, sont inhérentes à ce régime et ne constituent pas un moyen d'accorder aux entreprises concernées un avantage déterminé". Ainsi que le soutenait le gouvernement allemand ce n'est pas la loi ISR en elle-même qui permet de ne pas appliquer le droit du travail allemand lorsque des marins étrangers sont employés et, partant, de diminuer ainsi les cotisations sociales. En effet conformément à l'article 30 § 1 de l'Einführungsgesetz zum Bürgerlichenbuche (), "les parties étaient déjà autorisées à convenir de l'application du droit étranger". Le même raisonnement pouvant s'appliquer à la perte de recette fiscale.

2- La règle de rattachement contre la loi du pavillon: la loi d'autonomie. Patrick Chaumette dans son commentaire sous l'arrêt Sloman, en décrivant la démarche suivie par la Cour, explique qu'alors que la Cour de Justice avait fréquemment retenu une définition large des qualifications juridiques afin d'attirer dans le champ communautaire des matières qui y étaient étrangères: "l'espèce montre un exemple contraire de séparation des branches du droit. La détermination de la loi applicable au contrat de travail ne relève pas du droit de la concurrence. La règle de rattachement relève d'une autre finalité, d'une généralité-, d'une autre nature que la notion d'aide de l'Etat. La loi applicable aux contrats de travail des marins n'est plus seulement déterminée par la loi du pavillon du navire; l'armateur est autorisé, pour un travail à bord d'un navire sous pavillon allemand, à conclure des contrats de travail soumis à une loi étrangère, dès lors que les marins n'ont pas de domicile ou de résidence fixe en Allemagne".

Comme le soulignait l'avocat général Marco Darmon la situation devient alors similaire "à celle d'entreprises communautaires choisissant d'établir leur production dans des Etats tiers où les coûts salariaux sont plus réduits. On ne songerait pas à déclarer soumise à l'article 92 du traité la législation d'un Etat membre permettant à de telles entreprises de ne pas appliquer les conditions salariales de droit interne". Dans l'arrêt Sloman la Cour de Justice des Communautés européennes consacre le fait que le critère du lieu de travail, le navire et son pavillon, n'est plus exclusif. Ainsi que le souligne Patrick Chaumette "il est complété par la loi d'autonomie, la loi choisie par les contractants, celle du domicile du marin, c'est à dire de sa nationalité".

B - La situation du Pavillon Kerguelen: l'interrogation sur la situation juridique des registres territoriaux.

En montrant que l'engagement, sous "registre bis papier", de marins étrangers à des conditions inférieures à celles des recrutements nationaux ne relevait pas du droit de la concurrence mais du simple choix par les parties de la loi applicable à leurs relations contractuelle, la Cour de Justice des Communauté, dans l'arrêt Sloman attestait la conformité au droit communautaire du système de registre papier allemand . On peut se demander toutefois si ce débat, dans une sorte de contre point n'est pas venu mettre en place les éléments d'une confrontation entre le régime juridique, conforme au droit communautaire, des "registres-papiers" et celui des "registres territoriaux" qui ne le seraient pas nécessairement.

On peut se demander en effet si les arguments évoqués au cour de ce contentieux, par la Commission notamment, qui ne furent pas retenus contre l'Allemagne ne pourraient pas être évoqués et, dans certains cas retenus, contre la France et son régime des TAAF...non pas tant à propos des conditions de recrutement de marins étrangers que de celles de ses propres nationaux sous pavillon Kerguelen. Car, même si l'on admet le parallèle de l'avocat général Darmon de l'inapplicabilité de l'art. 92 à une législation encourageant la délocalisation des entreprises, que dire d'une législation qui encouragerait par des aides l'engagement de ses propres nationaux par des entreprises délocalisées?

Dans la mesure où le régime français de pavillon bis n'est pas le régime de l'ISR, l'ensemble des reproches dont a été exonéré le système allemand pourrait retrouver toute sa vigueur contre le système des TAAF. L'arrêt République italienne contre Commission, du 2 juillet 1974 pourrait être à nouveau évoqué sans que la France puisse faire appel à la jurisprudence Sloman pour sa défense!

a) Le système Kerguelen.

Instauré par un arrêté du secrétaire d'Etat à la mer Ambroise Guelec, pris le 17 juin 1986 , rendant possible l'immatriculation dans le Territoire des Terres Australes et Antarctiques, et plus particulièrement dans les Kerguelen, de vraquiers secs et liquides à l'exclusion des navires transportant du pétrole brut, le système d'immatriculation Kerguelen a été organisé par le décret n°87-190 du 20 mars 1987 .

Ce décret a été complété par quatre arrêtés pris, le même jour, pour l'application de ses articles 3,4,5 et 7 ,et une circulaire précisant les textes applicables au cadre juridique général de l'immatriculation des navires dans le territoire . A cette occasion fut abrogé pour les TAAF le décret n°60-600 du 22 juin 1960.

Si à l'origine l'immatriculation des navires n'avait été prévue que:

- pour les navires utilisés exclusivement à des travaux maritimes ou à des activités d'exploitation pétrolière, qui n'étaient pas exploités dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental français,
- et pour les navires transporteurs de vrac sec ou liquide, à l'exclusion des transporteurs de pétrole brut et des navires effectuant des liaisons entre ports de France métropolitaine ou entre ports des départements d'outre-mer , " à condition qu'ils ne fassent pas de touchée régulière dans un port de France métropolitaine" , très rapidement d'autres arrêtés, pris pour l'application de l'article 3 du décret n°87-190, vinrent étendre le droit d'immatriculation aux Kerguelen.

- C'est ainsi que l'arrêté du 28 décembre 1989 , modifiant le 2 ème paragraphe de l'article 1er de l'arrêté du 20 mars 1987, prit en considération les "navires de commerce exploités en transport à la demande, à l'exclusion des transporteurs de pétrole brut..."

- Que l'arrêté du 3 novembre 1992 préféra parler des "navires de commerces exploités en transport à la demande, à l'exclusion des navires effectuant des liaisons entre ports de France métropolitaine ou entre ports des département d'outre-mer".

- Que l'arrêté du 4 août 1993 préféra:" les navires de commerce exploités en transport à la demande ou en transport de ligne régulière, à l'exception des navires transporteurs de passagers et des navires faisant des touchées exclusivement dans les ports de France métropolitaine" .

- Que le décret n°93-979 du 4 août 1993 remplaça l'expression "à condition qu'ils ne fassent pas de touchée régulière dans un port de France métropolitaine" par " qu'ils ne fassent pas de touchées exclusivement dans des ports de France métropolitaine" .

Le système que l'on aurait pu considérer à l'origine comme une sorte d'exception à la règle générale s'était, en six ans, pratiquement inversé.

De manière parallèle, en une sorte d'accompagnement de ce mouvement, d'autres textes viendront progressivement augmenter la proportion minimale de marins français exigible sur les navires immatriculés aux TAAF (), puis alléger les charges sociales patronales dans la limite de 70% de l'équipage (au lieu de 35%), celles-ci passant de 35,65% à 17,6% pour les marins français embarqués sur des navires immatriculés en métropole et soumis à la concurrence internationale .

Si l'on tente alors de broser un tableau de l'état de la flotte française après la mise en place du système élargi d'immatriculation aux Kerguelen, on est amené à constater:

-> que les navires immatriculés aux Kerguelen pourront embarquer à des conditions plus favorables une partie de son équipage, formée d'étrangers ,et que, pour les nationaux embarqués,ils bénéficieront d'allègements sociaux importants;

-> que pour compenser le passage éventuel sous registre TAAF de navire de ligne régulière, les armements soumis à la concurrence internationale bénéficieront aussi d'allègements de charges sociales considérables.

Ceci peut être résumé par un tableau publié par "Le Marin", le 22 octobre 1993.

Il permet également de mesurer l'effort du ministre Bernard Bosson, expliquant lui-même : "Mon objectif a été de réunir les conditions conduisant les armateurs français à exploiter un maximum de navigants français (...) C'est pourquoi dès le mois d'août dernier, j'ai étendu l'immatriculation Kerguelen aux lignes régulières du fret. Simultanément, j'ai étendu sous notre pavillon bis l'allègement des charges sociales patronales à l'ENIM à tous les marins français dans la limite de 70% de l'équipage. En portant ainsi cette limite d'aide de 35% de l'équipage à 70%, c'est à dire en la doublant, j'ai eu la volonté d'inciter les armateurs à conserver un maximum de compétences françaises sur les navires immatriculés sous ce registre".

Le ministre précisant lors de la même intervention:"Parallèlement, j'ai considéré au nom d'une certaine idée de la France et du pavillon national qu'il ne saurait être question de ne pas aider nos navires soumis à la concurrence internationale et qui gardent notre pavillon national à égalité avec ceux qui sont contraints de passer sous pavillon bis. Le premier ministre a bien voulu décider de faire ainsi bénéficier les navires immatriculés en métropole d'un dispositif d'allègement de charges sociales assurant cette parité. A cette fin le taux de cotisation patronales à l'ENIM sera ramené de 35,65% à 17,60% pour tous les marins français embarqués sur des navires de transports immatriculés en métropole et opérant à des trafics soumis à la concurrence internationale. Au total, le coût budgétaire des allègements de contributions patronales à l'ENIM, s'élèvera pour l'année 1994 a plus de 160MF. Il aura donc été multiplié, en année pleine, par trois et demi". Ainsi que le constata Daniel Hillion : "L'abattement est déjà considérable puisque le différentiel de charges non réglé par les armateurs entraine un manque à gagner - c'est à dire au bout du compte une aide - de

160MF de l'Etat".

"Aide", l'expression est bien avancée par le ministre et les observateurs: aide pour l'embarquement de marins français sous registre TAAF, venant s'ajouter à la possibilité d'engager des étrangers à des conditions favorables aux armateurs, et aide pour l'embarquement de marins français sous pavillon national. Le tout à la charge de l'Etat et des contribuables.

Or si à l'heure actuelle l'armement français est encore loin de concurrencer les autres armements européens, en termes de taux de fret par exemple, et si l'on ne saurait imaginer dans l'immédiat qu'il soit attaqué pour violation des règles de concurrence par ses partenaires, il n'est pas exclu qu'un changement de conjoncture puisse un jour attirer l'attention de nos partenaires de la communauté sur les particularités de la réglementation française. On s'apercevrait alors peut être que le système mis en place par la France ne correspond en rien aux systèmes élaborés par l'Allemagne ou le Danemark, que sa mise en oeuvre pratique, pour des raisons de politique interne, se caractérise par la mise en place de tout un système d'aides (y compris compensatrices pour les navires immatriculés en France) qui est, aux termes de la réglementation communautaire, susceptible de fausser la concurrence. On retrouverait alors l'argumentaire de l'arrêt République Italienne qui, pour n'avoir pas été retenu contre l'Allemagne, pourrait atteindre la France de plein fouet...

A moins que l'on admette que la réglementation communautaire ne s'applique pas aux navires immatriculés aux Kerguelen et à l'aide apportée aux armateurs faisant inscrire leurs navires sous ce registre bis!... Outre le fait qu'il faudrait s'interroger alors sur la place de la flotte française dans l'Union européenne, cela ne changerait pas l'interrogation qui serait posée sur la nature de l'aide compensatrice accordée à l'embarquement de marins français sur les navires demeurés sous pavillon français et soumis à la concurrence internationale. Ne manquerait pas aussi de se poser la question, pour peu que l'on accepte l'image de Marco Darmon du caractère d'une législation française qui encouragerait, par des subventions déguisées, des entreprises délocalisées à l'étranger à engager des ressortissants français... alors même que la délocalisation ne se justifiait que par l'emploi d'une main d'oeuvre locale à bas prix! Il est difficile de ne pas s'interroger alors sur ce qui apparaîtrait comme le dilemme de l'illégalité communautaire ou de l'absurde.

b) L'arrêt République italienne contre l'arrêt Sloman.

S'il advenait que soit mise en cause la conformité au droit communautaire de la réglementation ayant créé et accompagnée la mise en place du registre Kerguelen, seraient très certainement évoqués par la France des arguments du même type que ceux avancés pour sa défense par la République Italienne en 1973. Notamment pour ce qui est de l'abaissement des taux de cotisation à l'ENIM tendant à favoriser l'embarquement des marins français. Parmi ceux-ci, deux nous paraissent incontournables: le premier concerne la "fiscalisation" des mesures considérées, le second le fait que celles-ci ne seraient pas susceptibles d'avoir des incidences négatives à l'intérieur de la Communauté.

Ó) Aide ou mesure de fiscalisation.

Dans l'affaire qui l'opposait à la Commission, la République italienne avait tiré argument du fait que les dégrèvements de charges sociales opérés par elle dans le secteur de l'industrie textile intervenaient: "dans le champ de la fiscalité interne, terrain réservé à la souveraineté des Etats membres, que la disposition incriminée "serait une mesure de "fiscalisation" grâce à laquelle est réduit le montant du financement des prestations sociales en faveur des employés, mis par la loi à la charge des entreprises du secteur textile". Et que dès lors des dispositions de ce genre ne pourraient pas tomber dans le champ d'application de l'article 92. Un raisonnement du même type pourrait être utilisé à propos du système français.

Les dégrèvements de cotisation prévus par les décrets du 10/4/1990 et du 10/9/1993, n'étant pas accompagnés d'une baisse des prestations ou d'une affectation quelconque de ressources propres, on peut penser que le maintien de ces prestations ne peut s'expliquer que par une

"fiscalisation" partielle de ce régime et qu'il relève à ce titre de la seule souveraineté nationale.

Bien loin de suivre une telle argumentation la Cour rappela alors que:

->"ni le caractère fiscal, ni le but social éventuel de la mesure litigieuse ne suffiraient à la mettre à l'abri de la règle de l'article 92",

->"que le dégrèvement partiel des charges sociales...incombant aux employeurs...est une mesure destinée à exempter partiellement les entreprises d'un secteur industriel particulier des charges pécuniaires découlant de l'application normale du système général de prévoyance social sans que cette exemption se justifie par la nature ou l'économie de ce système",

->quand à "l'argument selon lequel les charges sociales incombant aux employeurs du secteur...seraient plus élevées en Italie que dans les autres Etats membres, que dans l'application de l'article 91 §1, il faut nécessairement partir de la situation concurrentielle existante sur le Marché commun avant que la mesure litigieuse soit prise" .

On peut dès lors se demander s'il ne serait pas possible, à bon escient cette fois, d'évoquer à propos du statut des personnels français embarqués sur des navires immatriculés aux Kerguelen, les arguments mis en avant par la Commission dans l'affaire Sloman...et de souligner que le régime en cause:

-> a pour effet de décharger les armateurs qui font immatriculer des navires aux Kerguelen des cotisations de sécurité sociales plus élevées dues en cas d'emploi de marins français en France ...et qu'à ce titre il peut fausser la concurrence entre les entreprises exploitant des navires sous pavillon national et celles ayant recours à des navires immatriculés aux Kerguelen;

-> mais encore entre Compagnies françaises exploitant des navires immatriculés aux Kerguelen et des compagnies sous pavillon national d'autres Etats membres de la Communauté.

Car si la commission admet dans certains cas que l'on ait recours à des mesures financières et fiscales pour soutenir les flottes nationales, il semble bien que ce soit, selon son approche, pour "compenser les handicaps que peuvent souffrir les flottes nationales sur le marché mondial" et qu'elles ne doivent pas "provoquer une distorsion de la concurrence entre les Etats membres" .

On retrouve là alors un autre argument qui fut évoqué dès l'arrêt république italienne de 1974.

β) L'affectation du commerce entre Etats membres.

L'un des arguments invoqués par la Commission dans l'arrêt Sloman était que l'article 92 §1 du traité déclare incompatible avec le Marché Commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres" les aides accordées par les Etats,etc...

L'un des arguments de défense, dans l'arrêt République Italienne avait été que la mesure prise par elle "ne serait pas susceptible d'avoir des incidences négatives à l'intérieur de la Communauté". L'argument serait-il susceptible d'être repris par la République Française? La chose est envisageable, mais la réponse déjà donnée par la Cour dans l'affaire n°173/73 augure mal de son efficacité.

Que les charges sociales incombant aux employeurs français dans le domaine des transports maritimes soient plus élevées que chez leur concurrents ne sauraient empêcher la Cour de constater que:

->" la modification unilatérale d'un certain élément des coûts de production dans un secteur économique d'un Etat membre est susceptible de perturber l'équilibre existant,

->" que dès lors, il est sans intérêt de comparer les proportions relatives d'une certaine catégorie de coûts dans les coûts totaux de production, l'élément décisif étant le dégrèvement lui même et non la catégorie de coût à laquelle celui-ci se rapporte,

->" que les charges sociales pesant sur les employeurs font partie de la catégorie la plus générale des coûts de travail...".

Il ne pourrait d'autre part être nié que l'industrie des transports maritimes, contrôlée par des entreprises française, est en concurrence avec les entreprises de transport maritime européennes, et comme le constatait la Cour, que:"la modification des coûts de production...affecte nécessairement les échanges entre Etats membres...", et relève en fin de compte de l'interdiction de l'article 92 §1.

Il semble bien, par conséquent, que soit en place, fut-ce pour l'instant à titre virtuel, un mécanisme qui permettrait de faire condamner la France pour violation de l'article 92 §1, au motif qu'elle a décidé d'abaisser dans des proportions considérables le taux des cotisations sociales de ses équipages nationaux embarqués sur les navires immatriculés aux Terres Australes et Antarctiques Françaises. La question qui se pose alors est peut être de savoir pourquoi aucune procédure n'a été entreprise en ce sens

Une première réponse pourrait sans doute être trouvée dans l'observation faite par Raymond Vergne dans "Le Marin" lorsque, ayant rappelé qu'il n'y a pas dans le registre allemand d'aide publique directe et s'interrogeant sur la nature des dégrèvements ENIM au profit de 25% des marins français du registre Kerguelen, il déclare : " mais quel armateur allemand ou danois s'en plaindra, leur DIS et ISR sont tellement plus intéressants et...conformes au traité de Rome".

Aussi fondée qu'elle soit à un premier niveau d'information, la remarque de cet observateur privilégié du monde maritime attira aussi l'attention sur quelque chose de plus profond. Elle pourrait être alors annonciatrice de véritables menaces sur les conditions du respect de la légalité communautaire d'une part, sur l'avenir de l'armement français d'autre part.

S'il s'avèrait en effet que l'absence de poursuite contre la France ne soit due qu'à leur peu d'intérêt économique immédiat pour ses partenaires (en des circonstances où le retard des armements nationaux les laisserait de toute façon hors compétition par rapport aux armements communautaires), il serait difficile de ne pas s'interroger sur les risques de dérive d'un système juridique où le "contrôle de la légalité" ne serait lié qu'à l'intérêt économique de ce contrôle. Qu'en serait-il alors des risques de développement de réglementations nationales non conformes au droit communautaire dont le contrôle ne serait plus lié qu'à la seule opportunité économique?

S'il s'avèrait, d'autre part, que les partenaires de la France laissent celle-ci se perdre dans une fuite en avant qui l'amènerait dans ce secteur d'activité à ce placer de plus en plus hors du jeu communautaire (notamment ratione loci), que dire de l'avenir de cette flotte et de la France dans l'Europe maritime de demain à l'heure où 87% des exportations de la CEE avec le reste du monde et 40% du commerce intra communautaire se font par voie maritime ? Pour autant que l'on considère en effet que le Territoire des Terres Australes et Antarctiques Françaises ne fait pas partie du territoire de la Communauté, l'immatriculation de la moitié de notre flotte marchande dans ce territoire n'aurait-il pas pour effet direct de réduire la part de l'armement français dans l'armement communautaire? Et l'on ne peut pas exclure que nos partenaires exigent un jour que l'on en tire les conséquences.

L'empressement du gouvernement français à "délocaliser" sa flotte aux Kerguelen plutôt que de créer un "registre papier"bis pourrait aussi en cela ne pas avoir gêné nos partenaires au sein de la Communauté, voire, au contraire, contribué à la consolidation de leur position au sein du Marché Commun...Ceci pourrait aussi expliquer que l'on ait pu laisser la France poursuivre sa propre course en avant pour lutter contre la concurrence des pavillons de complaisance! Il est difficile dans ces conditions de ne pas mettre l'accent sur le débat qui ne

manquera pas de se poser un jour sur l'intérêt de la voie choisie par la France par rapport à celle des "registres papiers" de ses partenaires.

Conclusion provisoire: la vulnérabilité française.

Reste que si l'absence d'intérêt économique a pu expliquer la passivité dont a pu bénéficier une France fourvoyée dans une impasse, un autre argument pourrait être mis en avant que nous avons partiellement évoqué dans les observations que nous venons de faire : celui selon laquelle "les Territoires d'outre-mer ne font pas partie du territoire de la Communauté et toute la réglementation communautaire ne leur est pas applicable" .

Appliquée aux dégrèvements accordés pour l'embarquement de marins français sur des navires immatriculés hors Communauté la raison serait-elle péremptoire? En dehors du fait qu'elle ne manquerait pas, en l'état actuel de la mise en place des registres bis, de poser un problème de cohérence logique, nous pensons pouvoir affirmer que l'art.92 s'applique au cas d'espèce et qu'à cet égard la République Française viole la règle communautaire.

a) L'hypothèse de l'incompétence communautaire:

Pour ce qui est de la logique, le fait d'admettre que la France ait pu instaurer aux TAAF un registre bis, et que le droit communautaire ne soit pas applicable à ceux qui en relèveraient, soulèverait deux problèmes.

-> D'une part, dans le système maritime commercial européen, celui de la coexistence d'un type de registres bis internes aux Communautés (DIS, ISR, demain Euros) soumis au droit communautaire, opposé à ceux d'Etats européens immatriculés sous pavillons bis (TAAF, Man, Hong Kong) des navires qui échapperaient ratione loci à la compétence communautaire.

-> D'autre part, comme une sorte de conséquence, le problème posé par la qualification de ce qui pourrait apparaître juridiquement comme une volonté de contournement des règles communautaires conduisant à un "effet équivalent" à une violation des règles de concurrence?...

A moins que l'on considère, qu'échappant à la réglementation communautaire, la flotte immatriculée aux Kerguelen:

-> ne bénéficie plus des aides communautaires,

-> que la France puisse accorder des aides pour faire engager ses nationaux sur des navires "délocalisés",

-> et qu'elle puisse être à la fois à l'intérieur du système communautaire (pour les navires immatriculés en métropole) et à l'extérieur de celui-ci pour ceux immatriculés aux TAAF?

Si tel était le cas, le moins que l'on puisse dire est qu'une situation de ce type reviendrait quasiment à admettre qu'il n'y aurait plus de flotte commerciale française au sein de la Communauté. La flotte communautaire, grâce aux "registres papiers", conformes à l'article 92, serait alors essentiellement une flotte à composante germanique, danoise et éventuellement dans l'avenir norvégienne. On comprendrait alors pourquoi les patrons de la France se seraient gardés de l'attaquer au titre de l'article 92 et de courir le risque de la ramener dans le "droit chemin" communautaire!

b) L'hypothèse de la compétence communautaire:

Ecartant en ce qui nous concerne l'hypothèse précédente, il nous semble malgré tout possible d'affirmer en l'espèce la compétence communautaire. Et que l'aide accordée par la France pour l'embarquement de marins français sur des navires sous pavillon Kerguelen nous parait susceptible d'être attaquée, sur la base des arguments de l'arrêt République Italienne.

Ainsi que le fait en effet observer Yves Pimont, si les Terres Australes et Antarctiques ne font pas partie du territoire de la Communauté et si la réglementation communautaire ne leur est pas applicable, il n'en demeure pas moins que "d'un autre côté, les ressortissants des TOM, étant des citoyens français sont, de ce fait, des ressortissants de la Communauté européenne". Le problème qui

alors se pose est de savoir à qui sont attribuées les aides contestables? on peut constater alors qu'elles ne sont pas attribuées spécifiquement:

- > aux navires immatriculés aux TAAF;
- > ni aux marins français travaillant sur ces navires;
- > ni même aux compagnies ayant leur siège aux TAAF,

mais bel et bien aux armateurs (personnes physiques ou personnes morales) "au titre des contributions patronales a la caisse de retraite des marins et à la caisse générale de prévoyance en ce qui concerne les services accomplis à bord des navires immatriculés dans le territoire des TAAF"(), ces armateurs étant alors établis en France, soumis à la loi française et bénéficiant de ses largesses, la compétence "ratione personae" des communautés est établie.

Si, d'autre part, l'acte condition de la mise en oeuvre du décret est l'engagement d'un marin français sur un navire aux Kerguelen, l'exécution financière de ce décret, les effets de l'allègement des cotisations sur la gestion de l'entreprise, et son bénéficiaire principal se situent, essentiellement en France. Ils seront alors susceptibles d'avoir des effets directs sur la concurrence au sein de la Communauté. On pourra sur cette base établir la compétence "ratione materiae" des Communautés.

La compétence communautaire étant établie "ratione personae" et "ratione materiae", rien n'empêchera dès lors la Commission d'agir au titre de l'article 92 et de s'interroger sur la conformité des mesures d'aides accordées par la France pour faire engager hors du territoire communautaire des nationaux français au bénéfice d'entreprises susceptibles de se trouver , dans la communauté cette fois, en concurrence avec d'autres entreprises françaises ou communautaires