

ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT MARITIME

Xème JOURNEE RIPERT

Lundi 29 septembre 2003

LES PROBLEMES JURIDIQUES POSES PAR L'EXECUTION

DU CONTRAT DE GESTION DE PERSONNEL

par Vincent DELAPORTE

Avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation

Les interventions précédentes vous ont présenté le contrat de gestion de personnel dit de *manning*. Il s'agit du contrat qui a pour objet de mettre à la disposition d'un armateur du personnel navigant.

Les contrats que j'ai examinés ne précisent pas si le contrat de *manning* est utilisé pour la fourniture d'équipages complets ou la fourniture de main-d'oeuvre affectée à certaines tâches déterminées. Dans les deux cas, une relation triangulaire est établie entre l'armateur, l'entreprise de *manning*, et le marin. Il y a deux contrats, l'un entre l'armateur et l'entreprise de *manning*, l'autre entre cette dernière et le marin. L'objectif est de placer l'entreprise de *manning* comme un écran entre l'armateur et le marin dans leurs relations pécuniaires. L'armateur verse à l'entreprise de *manning* une somme forfaitaire qui couvre le salaire de base, les congés, les frais de formation et de visa, les charges sociales et bien entendu... la rémunération de l'entrepreneur. C'est à ce dernier qu'il incombe de faire son affaire de la rémunération du marin et des charges sociales. C'est l'avantage recherché de toute externalisation.

Le contrat de *manning* précise la loi qui lui est applicable et la juridiction compétente entre l'armateur et l'entreprise. Mais il ne précise pas la loi applicable ni la juridiction compétente dans les relations entre le marin et l'entrepreneur. Sur le choix des marins, le contrat de *manning* se borne à poser des exigences de qualification du marin recruté, qui doivent satisfaire à certaines normes internationales et à la réglementation du pavillon du navire. Mais de telles clauses régissent les relations entre l'armateur et l'entreprise de *manning*, non le statut du marin à leur égard.

Il est pourtant évident que l'entreprise de *manning* ne peut constituer un écran totalement opaque, car les marins fournis sont mis à la disposition de l'armateur et de son représentant, le capitaine. Le travail sera donc accompli sous la direction et sous la subordination de l'armateur. Cela ne va pas sans poser quelques problèmes et difficultés, car si on confronte une telle situation au droit commun du travail, les objections ne manquent pas de se bousculer.

On pense tout de suite à la prohibition du marchandage par l'article L.125-1 du Code du travail, à la prohibition du prêt de main-d'oeuvre en dehors du cadre réglementé du travail temporaire (C. trav., art. L.125-3). C'est l'aspect pénal de la situation.

Quant à l'aspect civil, le contrat de *manning* ne met pas complètement l'armateur à l'abri de toute réclamation de la part des marins ainsi recrutés. Ces derniers semblent en effet pouvoir se prévaloir d'une action directe en paiement de leur salaire (C. trav., art. L.125-2). Par ailleurs, si l'on assimile l'immatriculation sous pavillon français à une établissement en France, les marins employés dans ces conditions par une entreprise étrangère sont soumis au même régime que les salariés employés par des entreprises établies en France tant en ce qui concerne le régime de la sécurité sociale, que celui de la réglementation du travail (C. trav., art. L.341-5). Enfin, au-delà des textes, la jurisprudence ne s'arrête pas au contrat de travail pour déterminer la qualité d'employeur : bien souvent, une entreprise est identifiée comme employeur, avec toutes les obligations qui se rattachent à cette qualification, alors même qu'aucun contrat de travail n'est intervenu.

Sans doute peut-on être tenté de parer à toutes ces objections en invoquant l'article L.742-1 du Code du travail : « *le contrat d'engagement ainsi que les conditions de travail des marins à bord des navires sont régis par des lois particulières* ».

Et le Code du travail maritime, qui résulte de la loi du 13 décembre 1926, a été longtemps considéré comme une loi particulière qui excluait le Code du travail de droit commun, du moins pour les périodes d'embarquement (C. trav. maritime, art. 4, *a contrario*.- en ce sens : Cass. Soc., 12 janvier 1993, Dr. soc. 1993, p. 444 et chron. de M. Chaumette, *L'autonomie du droit social maritime*, p. 439.- DMF 1993, p. 65).

Mais la Cour de cassation, dans sa plus haute formation, a infirmé cette analyse à propos d'un accident du travail survenu à bord. La Chambre sociale, dans son arrêt du 12 janvier 1993, avait considéré qu'un tel accident ne relevait pas des articles L.122-32-1 du Code du travail et elle avait par conséquent cassé l'arrêt de la Cour de BORDEAUX qui avait statué en sens contraire. Mais statuant sur renvoi après cette cassation, la Cour d'appel de POITIERS avait refusé de s'incliner et avait maintenu la solution retenue par la Cour de BORDEAUX, à savoir que le marin victime d'un accident du travail survenu à bord pouvait se prévaloir des dispositions de droit commun du Code du travail.

Le second pourvoi formé contre l'arrêt de rébellion rendu par la Cour de renvoi était de la compétence de l'Assemblée plénière. Et celle-ci, par un arrêt du 7 mars 1997, a désavoué la position de la Chambre sociale et reconnu bien fondée l'analyse des Cours d'appel de BORDEAUX et de POITIERS. Selon l'Assemblée plénière « *les dispositions de l'article L.742-1 du Code du travail ne font pas obstacle à ce que les articles L.122-32-1 et suivants de ce Code soient appliqués à un marin devenu inapte à la navigation à la suite d'un accident du travail survenu à bord et dont la situation n'est régie par aucune loi particulière* » (Dr. soc. 1997, p. 424, note Chaumette).

A la suite de cet arrêt d'Assemblée plénière, la Chambre sociale a repris cette solution qu'elle a étendue à d'autres questions : par deux arrêts du 28 octobre 1997

(Dr. soc. 1998, p. 183, et chron. Chaumette, *Retraite des marins : l'application du droit commun*), elle a repris l'analyse de l'Assemblée plénière pour déclarer nulles les dispositions d'un accord collectif ou la clause d'un contrat de travail prévoyant une rupture de plein droit du contrat de travail d'un salarié en raison de son âge.

Les choses sont maintenant parfaitement claires : les marins sont soumis au droit général contenu dans le Code de travail, sauf dispositions spécifiques prévues notamment par le Code du travail maritime.

C'est pour tenir compte de cet état du droit que j'examinerai successivement :

I.- les obstacles de la législation actuelle au contrat dit de *manning*

II.- les adaptations qui seraient nécessaires pour rendre licite le contrat de *manning*.

I.- LES OBSTACLES DE LA LEGISLATION ACTUELLE AU CONTRAT DE MANNING

Si on fait application du droit commun du travail en matière maritime, le contrat de *manning* peut être remis en cause de deux façons :

- par l'attribution à l'armateur de la qualité d'employeur (A)
- par les sanctions pénales qui frappent le marchandage ou le prêt de main-d'oeuvre illicite (B).

A) L'attribution à l'armateur de la qualité d'employeur

1. La détermination de l'employeur : le lien de subordination

a) A défaut de définition légale du contrat de travail, c'est la jurisprudence qui a dégagé les éléments qui permettent de le déterminer. Outre la prestation de travail et la rémunération, c'est le lien de subordination qui révèle en principe une telle convention.

Le lien de subordination est lui-même caractérisé *"par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner les ordres et les directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné"* (Cass. Soc., 4 décembre 1997, Bull. civ. V, n° 419, p. 300). La subordination juridique est *"le critère traditionnel du contrat de travail, et permet de déterminer l'employeur..."* (G. Lyon-Caen, J. Pelissier, A. Supiot, *Droit du travail*, Dalloz, 19^{ème} éd., sp. n° 127, p. 119 *in limine*).

Traditionnellement d'ailleurs, on définit aussi le préposé, en droit civil, comme « celui qui agit pour le compte d'une autre personne, laquelle exerce à son égard un pouvoir de direction, de surveillance et de contrôle » (M. Béhar-Touchais, note sous Com. 17 décembre 1996, JCP 1997, éd. E, II, 941, sp. n° 4, p.91). La plupart des auteurs continuent en effet « à caractériser le rapport de préposition par la notion de « subordination » qui est même très généralement présentée comme l'unique critère permettant de définir le « préposé » » (G. Viney et P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 1998, n° 792, p.865 ; dans le même sens : J. Carbonnier, *Les obligations*, PUF, 21^{ème} éd., 1998, n° 243, p.419 ; A. Bénabent, *Les obligations*, Montchrestien, 6^{ème} éd., 1997, n° 578, p.347 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les obligations*, Cujas, 1998, n° 159, p.84).

La direction et le contrôle effectif du travail constituent donc toujours les facteurs déterminants de l'existence d'un lien de subordination, le travail au sein d'un service organisé pouvant tout au plus constituer un indice d'un tel lien lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail (Soc., 4 décembre 1997, précité ; Soc., 13 novembre 1996, Bull. civ. V, n° 386, p. 275 ; v. également A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, 1998, n° 3987).

La jurisprudence relative à la qualité de co-employeur d'une personne morale, que celle-ci appartienne ou non à un groupe de sociétés, retient donc en principe l'existence d'un pouvoir de direction et de contrôle sur les salariés considérés par cette personne (Cass. Soc., 18 avril 2000, Bull. civ. V, n° 138, p. 107 ; Soc., 22 janvier 1992, *ibid.* V, n° 23, p. 14).

Le pouvoir de contrôle et de direction se traduit bien entendu par une obligation de rendre compte, qui constitue lui-même un indice particulièrement fort de l'existence d'un lien de subordination. (v. notamment, Soc., 22 février 1996, Bull. civ. V, n° 65, p. 45). Le lien de subordination suppose en effet le contrôle de l'exécution du travail et le pouvoir de sanctionner les manquements du subordonné (Cass. Soc., 4 décembre 1997, *préc.* ; Soc., 13 novembre 1996, *préc.*).

Ainsi, lorsqu'une société a simplement pour mission de gérer le personnel d'une autre société du groupe, sans contrôler les conditions de travail et de licenciement des salariés engagés par son intermédiaire, et sans qu'il ne soit établi qu'elle donne de quelconques instructions pour l'exercice des obligations contractuelles, elle ne peut être qualifiée d'employeur (Cass. Soc., 5 mai 1986, Bull. civ. V, n° 196, p. 154).

b) Le droit du travail enseigne aussi que l'employeur apparent -celui qui a embauché le salarié ou qui lui verse son salaire-, lorsqu'il appartient à un groupe, n'est pas toujours le véritable -ou le seul- employeur du salarié (v. notamment : G. COUTURIER, *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, P.U.F., 2^{ème} éd., n° 50, p.104 ; B. TEYSSIE, *Droit du travail, Relations individuelles*, LITEC, 2^{ème} éd., n° 433 ; Ch. HANNOUN, *Le droit et les groupes de sociétés*, L.G.D.J., 1991, n° 111, p.75 ; J. BARTHELEMY et autres, *Le droit des groupes de sociétés*, Dalloz 1991, n° 8753 ; LAMY social, n° 77). Plusieurs hypothèses peuvent en effet être envisagées.

- Différentes sociétés d'un même groupe peuvent être confondues vis-à-vis du salarié à un point tel qu'elles constituent, au regard du droit du travail, une entreprise unique, ce qui se déduit d'un faisceau d'indices : dirigeants communs, permutabilité du personnel, imbrications d'activités et d'intérêts. Le groupe alors est

employeur, mais faute pour lui d'être personnalisé, les sociétés concernées ont qualité d'employeur conjoint ou solidaire : (v. notamment Cass. Soc., 24 novembre 1993, Bull. civ. V, n° 283, p. 191 ; Soc., 17 juin 1992, *ibid.* V, n° 401, p. 250 ; Soc., 22 janvier 1992, préc.).

- Même si les sociétés n'atteignent pas un tel degré d'imbrication -donc en l'absence de confusion- il arrive que deux sociétés d'un même groupe soient conjointement employeurs, si elles exercent l'une et l'autre un pouvoir de direction sur le salarié, caractérisant un lien de subordination effectif. Deux sociétés peuvent avoir également autorité sur le salarié, qui leur rend des comptes à l'une et à l'autre et exerce son activité au profit de l'une et de l'autre.

Dans ce cas, le salarié peut alors être lié aux deux sociétés par deux contrats de travail distincts et autonomes (ex. Cass. Soc. 28 juin 1973, Bull. Civ. V, n° 163 : les fonctions attribuées au salarié dans chacune des sociétés, ainsi que les rémunérations qu'il percevait en contrepartie, étaient nettement distinctes). Mais souvent le salarié est lié aux deux sociétés par un contrat de travail unique, lorsqu'il exerce ses fonctions de manière indifférenciée ou indivisible au profit de l'une ou l'autre société : (v. not. Cass. Soc. 8 octobre 1981, Bull. Civ. V, n° 572 : démonstratrice, dans un grand magasin, de produits cosmétiques de marque, liée à deux employeurs par un rapport salarial unique ; Soc. 3 mars 1988, n° 163, p.107 ; Soc. 22 janvier 1992, *ibid.*, n° 23, p.14 ; deux sociétés regroupées au sein d'une société en participation, avaient exercé leur autorité sur le salarié, « *ce dont il résultait que les deux sociétés avaient la qualité d'employeur conjoint du salarié, dans le cadre du même contrat de travail* »).

Plus généralement , il a même été admis que l'indice de l'existence d'un lien de subordination résulte de ce qu'une société a conservé le pouvoir d'affecter le salarié en un lieu ou en un autre (Cass. Soc., 26 octobre 1999, Bull. civ. V, n° 407, p. 299), une partie de la doctrine ayant même fait de cet élément le critère fondamental de détermination de la qualité d'employeur (F. Gaudu et R. Vatinet, *op. cit.*, sp. n° 115 et s., p. 115 et s., et plus précisément n° 116, où les auteurs relèvent que "*l'employeur est*

celui qui dispose du pouvoir d'affectation, ce pouvoir traduisant la qualité de créancier du salarié").

Enfin, le juge peut éventuellement faire appel à la notion de fraude pour déterminer l'employeur, cette qualité pouvant ainsi être attribuée "*à celui qui se présentait comme utilisateur ou donneur d'ordres*" (F. Gaudu et R. Vatinet, *op. cit.*, sp. n° 111, p. 114).

La jurisprudence ne s'en tient donc pas aux apparences du contrat de travail.

c) En ce domaine, la Cour de cassation exerce un certain contrôle sur la qualification d'employeur. Dans ses décisions de rejet, elle indique ainsi très souvent que la Cour d'appel "*a pu décider*" que telle ou telle personne avait la qualité d'employeur ou de co-employeur, (Cass. Soc., 7 avril 1999, pourvoi n° 97-40.978) ou relève encore que les juges du fond ont fait ressortir que les deux entités étaient co-employeurs du salarié (Cass. Soc., 19 mai 1998, pourvoi n° 96-40.641 ; Soc., 3 mars 1998, pourvoi n° 95-44.091 ; Soc., 10 février 1998, pourvoi n° 95-44.449).

Il est difficilement contestable que le personnel navigant mis à disposition dans le cadre d'un contrat de *manning* est sous la subordination du capitaine, représentant de l'armateur, puisque l'ensemble des opérations se rattachant à la conduite du navire (gestion nautique ou commerciale) ne peut se faire que sous la responsabilité du capitaine.

C'est le capitaine qui exerce son pouvoir de direction et de contrôle sur le travail effectué ; par conséquent toutes les conditions sont remplies pour attribuer à l'armateur la qualité de co-employeur, qui n'est pas exclusive de la reconnaissance de la même qualité à l'entreprise de *manning*.

Il reste à en déterminer les conséquences.

2. Conséquences de la qualification de co-employeur

La conséquence de la pluralité de co-employeurs est d'offrir au salarié plusieurs débiteurs (sur ce point, v. notamment les observations de : F. Gaudu, et R. Vatinet, *Les contrats du travail*, LGDJ, 2001, spéc. n° 105 et s., p. 111 et s. ; B. Boubli, « Groupes de sociétés », J.-cl. Travail, fasc. 19-54, sp. n° 11 ; B. Denkiewicz, « Contrats de travail et groupes de sociétés », *in* Droit de l'emploi, Dalloz Action 1998, sp. n° 766, p. 239).

Dans cette hypothèse, le salarié peut demander le paiement de sa créance indifféremment à chacun des co-employeurs, ceux-ci en étant débiteurs solidaires (v. notamment, Soc., 13 juin 1990, Bull. civ. V, n° 273, p. 164, qui rejette le pourvoi formé contre un arrêt ayant condamné solidairement les employeurs conjoints du salarié au paiement d'une indemnité de licenciement ; Soc., 3 mars 1988, Bull. civ. V, n° 163, p. 107, qui écarte le pourvoi formé contre une décision ayant prononcé une condamnation solidaire de l'employeur conjoint au paiement d'une indemnité de préavis au salarié).

En effet, la première conséquence de l'unité d'objet, qui caractérise la solidarité, est que le créancier peut demander le paiement de toute la dette à l'un quelconque des débiteurs (v. notamment Cass. 3^{ème} Civ., 8 novembre 1995, Bull. civ. III, n° 220, p. 149), le paiement fait par l'un libérant les autres (pour une analyse synthétique, v. notamment Ph. Malaurie et L. Aynes, *Les obligations*, 10^{ème} éd., n° 1145 et s., p. 695 et s.).

La qualité de co-employeur susceptible d'être attribuée à l'armateur en dépit de l'écran constitué par le contrat de *manning*, rend inutile la recherche de la portée d'autres dispositions évoquées en introduction :

- l'article L.125-2 du Code du travail dispose que lorsqu'un chef d'entreprise passe un contrat pour l'exécution d'un certain travail ou la fourniture de certains services avec un entrepreneur qui recrute lui-même la main-d'oeuvre nécessaire, il est substitué de plein droit à cet entrepreneur, sous certaines conditions, pour le paiement des salaires, des congés payés et la législation sur les assurances sociales. Ce texte ouvre donc, sous différentes conditions, une action directe aux salariés de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage. Mais cette disposition est

inutile dans le cas où le maître de l'ouvrage a la qualité de co-employeur, puisque, à ce seul titre, il est tenu à toutes les obligations qui incombent à un employeur.

- pour prévenir le « *dumping social par salarié interposé* », l'article L.341-5 prévoit que lorsqu'une entreprise non établie en France effectue sur le territoire national une prestation de service, les salariés détachés temporairement pour l'accomplissement de cette prestation sont soumis à l'ensemble du droit du travail français. Le texte prévoit quelques conditions et réserves. Mais là encore, dès lors que l'armateur serait qualifié de co-employeur, il serait inutile de passer par ce texte pour mettre à sa charge toutes les obligations qui découlent de cette qualité.

Le contrat de *manning* n'expose pas seulement l'armateur à se voir qualifier d'employeur, il comporte aussi des risques de qualification pénale.

B) Les sanctions pénales

Les articles L.125-1 et 125-3 du Code du travail incriminent, sous deux qualifications différentes, des opérations assez voisines de fourniture de main-d'oeuvre, qui doivent être soigneusement définies pour être distinguées d'opérations licites telle que la sous-traitance ou le travail temporaire.

Il s'agit du marchandage et du prêt de main-d'oeuvre illicite. Les deux incriminations ont en commun d'exiger un but lucratif. Une fourniture de main-d'oeuvre à prix coûtant, c'est-à-dire avec un simple remboursement du salaire et des charges sociales payés par le fournisseur n'est pas en principe illicite. Mais la jurisprudence a tendance à retenir la notion de but lucratif de façon extensive. Le recours à une telle opération dans le but de réaliser une économie sur le coût de la main-d'oeuvre ou de priver les salariés d'un avantage suffit à caractériser le but lucratif selon certains arrêts.

1.- Le marchandage

L'article 125-1 du Code du travail définit le marchandage comme « *toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'oeuvre qui a pour effet de causer un préjudice aux salariés qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions de la loi, d'un règlement ou d'une convention ou accord collectif de travail* ».

L'infraction est donc constituée lorsque l'opération de fourniture de main-d'oeuvre a eu pour effet :

- de **causer un préjudice** aux salariés qu'elle concerne. Ce préjudice est notamment caractérisé quand les salariés fournis par le marchandeur ne bénéficient pas des avantages dont bénéficient les salariés de l'entreprise utilisatrice, notamment lorsqu'ils sont privés du bénéfice d'une convention collective, qu'ils ne touchent qu'un salaire inférieur au minimum conventionnel de l'entreprise utilisatrice, voire seulement un salaire inférieur à ce qu'ils percevraient dans le cadre d'un travail temporaire. De même le préjudice des salariés a été retenu lorsqu'ils ne bénéficiaient pas de repos compensatoire... La Chambre criminelle a estimé que le préjudice pouvait être constitué par la précarité même de la situation du salarié (Cass. crim., 7 août 1995).

- **ou d'éluder** l'application des dispositions de la loi, du règlement ou des conventions et accords collectifs de travail. C'est à ce titre qu'a été sanctionnée sous la qualification de marchandage la pratique consistant pour une entreprise à créer une filiale avec qui elle traite en qualité de sous-traitant, pour éviter que l'effectif de son personnel permanent n'atteigne le seuil exigé pour l'application de certaines dispositions légales.

Dans la mesure où le contrat de *manning* a pour objet direct de soustraire l'armateur aux obligations qui résulteraient de l'emploi direct de la main-d'oeuvre fournie, il me paraît difficile de le faire échapper à la qualification pénale de l'article L.125-1 du Code du travail.

2.- Le prêt illicite de main-d'oeuvre

Quant au prêt de main-d'oeuvre, il est défini par l'article L.125-3 comme *« toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'oeuvre... dès lors qu'elle n'est pas effectuée dans le cadre des dispositions... relatives au travail temporaire »*.

Le prêt de main-d'œuvre n'est donc pas interdit dans toutes les hypothèses. Il est possible, même s'il est effectué avec un but lucratif, dès lors que le prêt n'est pas l'activité exclusive et qu'aucun préjudice n'est causé au salarié et qu'il n'a pas pour effet d'éluder les dispositions protectrices de la loi ou de la convention collective.

Mais la frontière entre la sous-traitance, caractérisée par le fait qu'une entreprise se voit confier par une entreprise l'exécution d'une tâche définie sous sa propre responsabilité et avec le concours de son propre personnel, et le prêt de main-d'œuvre illicite n'est pas toujours aisée à déterminer. Les deux critères essentiels du prêt de main-d'œuvre illicite sont, à cet égard :

- l'exclusivité de l'objet de l'opération caractérisé par le prêt de main-d'œuvre ;
- et le caractère lucratif du but poursuivi.

a.- Pour le premier de ces critères, les juges du fond apprécient si l'opération constitue une fourniture de main-d'œuvre déguisée ou si, au contraire, elle se justifie par la nature du contrat liant l'entreprise prestataire à l'entreprise utilisatrice. Est ainsi caractérisée l'existence d'un prêt de main-d'œuvre illicite, dès lors que les salariés de l'entreprise prestataire se trouvent vis-à-vis de l'entreprise utilisatrice en situation de dépendance économique et de subordination juridique et que le caractère fictif du contrat conclu entre ces deux entreprises est établi (Cass. crim., 6 mai 1997, Bull. crim. n° 335 ; Cass. crim. 3 mai 1994, RJS 1994, n° 1224).

Pour que le prêt de main-d'œuvre soit licite, il ne doit donc pas y avoir un transfert du lien de subordination. En outre, il faut que le prêt s'accompagne d'une autre prestation, fût-elle même intellectuelle.

Ainsi, s'il n'est que la conséquence nécessaire de la transmission d'un savoir-faire ou de la mise en œuvre d'une technicité qui relève de la spécificité propre de l'entreprise prêteuse, le prêt de main-d'œuvre n'est pas prohibé (Cass. soc. 9 juin 1993 , RJS 1993, n° 815), sachant que la mise à disposition par une autre entreprise d'un personnel spécialisé ne constitue l'apport d'un savoir-faire spécifique que si ce dernier est distinct de celui des salariés de l'entreprise utilisatrice (Cass. crim. 3 mai 1994 , RJS 1994, n° 1224).

Par exemple, une cour d'appel retient justement qu'une société « *ne procédait pas à une fourniture illicite de main-d'œuvre, mais qu'elle était liée par un contrat de prestation de services avec l'entreprise utilisatrice, dès lors que le salarié effectuait pour celle-ci une mission de surveillance et de protection exigeant une compétence et une formation particulière, qui ne pouvait être confiée à un salarié de l'entreprise utilisatrice* » (Cass. soc. 19 juin 2002, RJS 2002, n° 1189).

b.- Quant au second critère, celui du caractère lucratif du but poursuivi, à défaut duquel le prêt de main-d'œuvre ne saurait être illicite, il n'implique pas nécessairement un profit pécuniaire pour l'entreprise prestataire. Il suffit que l'opération, notamment en permettant à cette dernière d'éluder l'application de la législation sociale (Cass. crim. 6 mai 1997, préc.), ait causé un préjudice aux salariés (Cass. crim. 15 février 1983, Bull. crim., n° 57 ; crim., 16 juin 1998, *ibid*, n° 195).

La rémunération du prestataire, lorsqu'il ne fournit pas exclusivement de la main-d'œuvre, reste une question délicate. Il a été jugé que la facturation par le prestataire en fonction du temps passé par les salariés affectés à la prestation convenue caractérisait le but lucratif, et donc le prêt illicite de main-d'oeuvre (Cass. crim., 16 mai 2000, pourvoi n° 99-85.485). Cette solution paraît très contestable : ce mode de facturation n'exclut pas la spécificité de la prestation ni n'implique un transfert du lien de subordination.

Aux sanctions pénales, du prêt de main-d'œuvre illicite, peuvent bien entendu s'ajouter les sanctions civiles.

En pareille hypothèse, il peut donc y avoir cumul de lien de préposition, lorsqu'il y a cumul d'autorité, ce qui peut être fréquent notamment dans les groupes de sociétés où les salariés, principalement rattachés à l'une des sociétés du groupe dont ils reçoivent alors des directives et qui exercent sur eux une autorité conjointe. Comme le relève le professeur GAUDU, « *l'évolution de l'économie, en incitant les entreprises à raffiner leurs techniques de gestion, a multiplié les hypothèses limites ; cette multiplication conduit à admettre dans des cas de plus en plus nombreux, le cumul des liens de préposition* ».

Il est donc évident que l'introduction en droit français du contrat de *manning* dans le but légitime d'assurer la compétitivité de l'armement français, ne pourrait se faire sans adaptation législative.

* *

*

II.- LES ADAPTATIONS QUI SERAIENT NECESSAIRES POUR VALIDER LE CONTRAT DE MANNING

Disons d'emblée que ces dispositions sont de nature législative ; elles ne peuvent certainement pas être apportées par voie réglementaire. L'expérience du Pavillon KERGUELEN en est une illustration. Le Gouvernement avait cru pouvoir instituer par décret la possibilité d'immatriculer les navires dans le territoires des terres australes et antarctiques françaises, par le décret du 20 mars 1987. Le Conseil d'Etat ne pouvait manquer de donner à ce décret sa portée réelle : sous couvert de cette possibilité d'immatriculation sur le territoire des terres australes et antarctiques, le décret ne se limitait pas à une formalité administrative ; ce décret avait entendu en réalité « *modifier les champs d'application respectifs du Code du travail maritime et du Code du travail*

d'outre-mer » ; cette mesure, en vertu des articles 34, 37 et 74 de la Constitution, ne pouvait légalement être édictée par décret.

Après cette annulation, la possibilité d'immatriculation des navires au territoire des terres australes et antarctiques françaises a été maintenue par l'article 26 de la loi n° 96-151 du 26 février 1996, lequel renvoie à un décret d'application qui, semble-t-il, n'est jamais intervenu, ce qui est un moyen commode, mais non imparable, d'éviter un recours en annulation (il suffirait de provoquer une décision tacite de refus, puis de la déférer au Conseil d'Etat).

Quoi qu'il en soit, si l'on veut rendre le nouveau pavillon international français attractif, il faudra lui donner un cadre juridique stable, qui évite les déconvenues pour les armements qui auront cru pouvoir se mettre sous sa protection.

Comment s'y prendre, étant observé qu'il n'est pas dans les intentions actuelles du gouvernement et du législateur de modifier les dispositions qui constituent le droit commun français ?

Si le législateur français peut délimiter le champ d'application des dispositions qu'il édicte, l'exclusion du droit commun du travail ne pourrait se faire par une disposition analogue aux dispositions actuelles délimitant le domaine respectif du droit du travail commun et du droit du travail maritime. On a vu en effet que ni l'article L.742-1 du Code du travail (« *le contrat d'engagement ainsi que les conditions de travail des marins à bord des navires sont régis par des lois particulières* »), ni l'article 5 du Code du travail maritime (« *la présente loi est applicable aux engagements conclus pour tous services à accomplir à bord d'un navire français* ») n'ont empêché la Cour de cassation de décider que le Code du travail, représentant le droit commun, devait s'appliquer chaque fois qu'il n'était pas exclu par une disposition spéciale en matière maritime.

Il reste alors deux voies à explorer.

A.- L'adaptation de la règle de conflit

Il s'agirait de permettre aux parties de soustraire licitement le contrat de *manning* ainsi que le contrat d'engagement des marins concernés à l'application de la loi française et de permettre le choix d'une loi censée plus favorable à l'armateur, telle la loi du domicile ou de la résidence du marin.

On pourrait en ce sens apporter une légère adaptation à l'article 5 du Code du travail maritime, tel qu'il avait été interprété par la Cour de cassation. Selon ce texte, « *la présente loi est applicable aux engagements conclus pour tous services à accomplir à bord d'un navire français. Elle n'est pas applicable aux marins engagés en France pour servir un navire étranger* ».

La Cour de cassation en a déduit que lorsqu'il s'agit d'un engagement sur un navire étranger, les parties peuvent soumettre leurs rapports réciproques à la loi de leur choix (Cass. soc., 16 novembre 1993, DMF 1994.472, note Chaumette). Et en l'absence de choix exprès, la Cour de cassation a retenu le choix implicite résultant d'un engagement général et impersonnel de l'employeur étranger d'appliquer la loi française aux marins français et la référence faite aux recommandations salariales françaises (même arrêt).

En d'autres termes, l'article 5 du Code du travail maritime n'impose l'application de la loi française qu'aux contrats d'engagement conclus pour un service à accomplir à bord d'un navire français. Mais dès lors qu'il s'agit d'un navire étranger, la loi d'autonomie reprend son empire ; les parties sont libres de choisir, expressément ou tacitement, la loi qui leur convient le mieux, qui n'est pas nécessairement la loi du pavillon mais qui peut être également, comme dans l'affaire jugée le 16 novembre 1993, la loi de la résidence du marin, qui lui était plus favorable que la loi du pavillon.

On peut sans doute soupçonner que si la Cour de cassation a admis dans cette affaire la loi de la résidence du marin choisie par les parties, de préférence à la loi du pavillon, c'est parce que c'était la loi française et qu'elle était plus favorable au salarié que la loi algérienne du pavillon.

Mais si l'on fait abstraction de cette considération, peut-on ériger en principe le libre choix de la loi applicable ? Ce serait évidemment très pratique car il suffirait alors d'apporter à l'article 5 du Code du travail maritime une petite adjonction pour préciser que ce Code n'est pas applicable aux marins engagés pour servir sur un navire étranger ou sur un navire immatriculé sous le pavillon international français. Les parties pourraient ainsi choisir la loi de la résidence du marin.

Mais les choses ne sont pas aussi simples car la détermination de la loi applicable aux contrats en général et au contrat de travail en particulier, fût-il maritime, ne relève plus seulement de la loi française, mais d'une convention internationale, la Convention de ROME du 19 juin 1980, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. Et comme l'a fait observer M. CHAUMETTE (Dr. soc. 1995, p. 999 et s.) la Convention de ROME ne permet pas d'éliminer la loi du pavillon au profit exclusif de la loi de la résidence du marin.

Rappelons en effet que dans la Convention de ROME, la loi applicable au contrat de travail fait l'objet du dispositif suivant (art. 6) : en principe, les parties peuvent choisir librement la loi applicable, mais

- la loi choisie ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions de la loi qui serait applicable à défaut de choix :

- à défaut de choix, le contrat de travail est régi a) par la loi du lieu d'exécution habituelle ; b) à défaut de lieu d'exécution habituel, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur ;

- à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable.

C'est là un système assez complexe duquel se dégage néanmoins la prédominance de la loi du lieu d'exécution. On peut résumer le système en disant que

le contrat de travail est en principe régi par la loi du lieu d'exécution, sauf dispositions plus favorables de la loi choisie par les parties.

Il reste alors à déterminer le lieu d'exécution du contrat d'engagement maritime. Jusqu'à-là, on a toujours considéré le pavillon comme un rattachement territorial fictif (v. toutefois Cass. Soc., 29 avril 2003, pourvoi n° 01-41.599, Travail et Protection Sociale, 2003, comm. 381, obs. Ph. Coursier, qui écarte le navire comme rattachement territorial, mais ce point n'était pas discuté et n'avait pas d'incidence sur la question de compétence tranchée par cet arrêt). Dans la plupart des contrats maritimes, le pavillon est assimilé au territoire comme centre de gravité des intérêts en cause.

M. CHAUMETTE observe qu'au niveau communautaire, en matière de coordination des régimes nationaux de sécurité sociale, on peut privilégier la loi de la résidence de l'armateur sur la loi du pavillon, parce qu'il y a une certaine harmonisation des législations des Etats membres. Mais ce qu'un règlement peut faire à l'intérieur de l'Union Européenne, entre des Etats qui ont des législations proches, ne peut être transposé tel quel dans une situation internationale totalement inorganisée.

Ainsi, pour conclure, je pense que le législateur n'a pas la possibilité d'édicter une règle de conflit particulière pour le contrat d'engagement maritime sur un navire qui battrait le pavillon international français. La règle de conflit est en effet édictée par la Convention de ROME et le législateur français n'a pas le pouvoir de la modifier.

B.- L'élaboration de règles substantielles

Dès lors, la seule possibilité qui subsiste consiste à assortir la création du pavillon international français d'une législation de droit substantiel qui écarte les dispositions faisant obstacle à la licéité du contrat de *manning* et qui édicte parallèlement soit directement, soit par référence à des instruments internationaux, des garanties minima en matière notamment de conditions de travail, de durée du travail, et de salaire minimum.

Si le législateur français veut rendre son pavillon international attractif et performant, il devra autoriser explicitement les armements qui l'adopteront à recourir au contrat de gestion de personnel en précisant soit que l'armateur n'assumera pas les obligations d'un employeur, malgré la subordination des personnels fournis, soit qu'il n'assumera ces obligations que dans certaines limites et à certaines conditions. Dans l'un et l'autre cas, la loi ne sera politiquement acceptable et durable que si elle offre aux marins des garanties soigneusement définies, afin qu'elle ne soit pas sous la menace permanente d'une révision, au gré des alternances politiques et des vents imprévisibles qui peuvent inspirer telle ou telle majorité du moment.

Ajoutons pour terminer que l'adoption de règles substantielles par le législateur français ne modifierait pas les règles de compétence internationale des juridictions françaises à l'égard des litiges entre marins et armateurs, qui se déterminent, lorsque l'armateur est établi hors de l'Union européenne, par extension de l'article R.517-1 du Code du travail (ou le cas échéant, par application des articles 14 et 15 du Code civil), et, lorsque l'armateur est établi dans l'Union européenne, par application de l'article 5 de la Convention de BRUXELLES du 27 septembre 1968 (Cass. Soc., 29 avril 2003, pourvoi n° 01-41.599, Travail et Protection Sociale, 2003, com. 381, obs. Ph. Coursier).
