

Paris, le 18 février 2021

---

**Décision du Défenseur des droits n°2021-047**

---

**La Défenseure des droits,**

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

---

Vu la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble le premier Protocole additionnel à cette Convention ;

Vu la Convention de l'Organisation internationale du travail sur le travail maritime adoptée le 7 février 2006, ratifiée par la France le 29 novembre 2012 et entrée en vigueur le 20 août 2013 ;

Vu l'article 55 de la Constitution ;

Vu le Code civil ;

Vu le Code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance ;

Vu le Code de la sécurité sociale ;

Vu le Code des transports ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Vu le décret modifié du 17 juin 1938 relatif à la réorganisation et à l'unification du régime d'assurance des marins ;

Saisie par Monsieur X d'une réclamation relative aux modalités de détermination de la pension de retraite de marin qui lui est servie par l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM) depuis le 1er mars 2020 ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal judiciaire de Z.

Claire HÉDON

---

## **Observations devant le tribunal judiciaire de Z présentées dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

---

Le Défenseur des droits a été saisi de la réclamation de Monsieur X concernant les modalités de détermination de la pension de retraite de marin qui lui est servie par l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM).

### **Faits et instruction de la réclamation**

Monsieur X a travaillé en qualité de personnel navigant pour le compte de la société Y. - devenue la société W, à compter du mois de juin 1984 et jusqu'au 2 décembre 1995, date à laquelle il a été placé en invalidité en raison d'une maladie non professionnelle.

Il occupait un poste de « garçon » - fonction d'hôtellerie/restauration - à bord des navires.

Pendant toute sa période de navigation, puis pendant celle de son invalidité, il a été affilié au régime des marins géré par l'ENIM, à l'exception des années 1987 à 1990.

En effet, en 1987, l'employeur, dans un objectif, semble-t-il, de réduction du coût des charges sociales, a créé une filiale hôtellerie et restauration, « A », dans le périmètre de laquelle a été placé le personnel navigant affecté aux tâches d'hôtellerie et de restauration sur les navires. Ce personnel a été affilié au régime général, alors manifestement moins coûteux pour l'employeur, malgré la poursuite d'une activité identique exercée « en navigation ».

En 1991, les intéressés - tout au moins certains d'entre eux, dont Monsieur X - ont été réaffiliés au régime de sécurité sociale des marins.

Par décision du 6 juin 1996, l'ENIM a attribué au réclamant une pension d'invalidité au titre du régime de prévoyance des marins, dont le versement a pris effet à compter du 3 décembre 1995.

La survenue précoce d'importants problèmes de santé, conduisant à son placement en invalidité à l'âge de 30 ans, et les changements d'employeur intervenus, ont empêché le réclamant de bénéficier d'un déroulement de carrière normal. Il était toujours, au moment de sa mise en invalidité, positionné dans une catégorie d'emploi « basse », soit en 3<sup>ème</sup> catégorie.

Par décision du 24 février 2020, l'ENIM lui a attribué une pension de retraite d'un montant mensuel de 793,65 euros. Cette pension s'est substituée à la pension d'invalidité à compter du mois de mars 2020, Monsieur X réunissant les conditions d'âge (55 ans) et de nombre d'années de service (25) entraînant de plein droit ce changement de régime.

Le passage du régime d'invalidité au régime d'assurance vieillesse a eu pour conséquence, par ailleurs, la cessation du versement d'une rente invalidité qui était attribuée au réclamant en exécution d'un contrat de prévoyance.

Par suite, Monsieur X s'est retrouvé dans une situation financière très difficile, situation que la liquidation de ses droits à la retraite dans le régime général ne pourra améliorer qu'en 2027, au mieux, lorsqu'il aura atteint l'âge requis par ce régime. Si sa durée d'assurance est insuffisante pour obtenir le taux plein, il lui faudra attendre, à cette fin, d'arriver à l'âge de 67 ans, soit l'année 2032.

Étant en désaccord avec les modalités de calcul de la pension retenues par l'ENIM - plus précisément avec la limitation du nombre d'années (« annuités ») prises en compte - il lui a adressé, vainement, diverses contestations, puis a formé un recours administratif préalable.

Celui-ci a fait l'objet d'une décision de rejet, notifiée au réclamant par courrier du 16 juin 2020.

C'est dans ces conditions que Monsieur X a saisi le Défenseur des droits, tout en contestant devant le pôle social du tribunal judiciaire de Z la décision de rejet de son recours administratif préalable.

Par un courrier en date du 11 septembre 2020, les services du Défenseur des droits ont adressé à l'ENIM une note récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels ils estimaient d'une part, qu'une atteinte était portée aux droits à la retraite de Monsieur X, et d'autre part, que cette atteinte était susceptible de constituer une discrimination en raison de l'état de santé et/ou du handicap.

L'ENIM a apporté ses éléments de réponse par courrier du 6 novembre 2020 (pièce jointe).

### **Analyse juridique**

Le régime des marins est un régime spécial de sécurité sociale dont la gestion est confiée à l'ENIM, et dont la réglementation s'agissant de la protection sociale résulte principalement du décret-loi du 17 juin 1938 relatif à la réorganisation et à l'unification du régime d'assurance des marins modifié et du Code des pensions de retraite des marins institué par le décret du 21 mars 1968. Un certain nombre de dispositions a été codifié et intégré au Code des transports.

Les modalités mises en œuvre par l'ENIM pour déterminer le montant de la pension de retraite de marin due à Monsieur X, ne paraissent pas conformes aux textes applicables. Outre que la limitation à 25 annuités de la période prise en compte procède d'une interprétation erronée du texte fixant la période d'invalidité maximale pouvant être valorisée (1°), il apparaît qu'il appartient au régime des marins de prendre en compte la période de service militaire (2°), ainsi que la période de navigation ayant injustement donné lieu à une affiliation au régime général (3°).

Enfin, à supposer même que les modalités de calcul mises en œuvre par l'ENIM fussent bien celles prévues par les textes, leur application devrait être écartée en raison de leur incompatibilité avec la Convention du travail maritime (4°) et du traitement discriminatoire qui en résulte au préjudice des marins atteints d'une invalidité (5°).

À titre liminaire, il convient d'indiquer que le calcul du montant de la pension de retraite du marin s'effectue en multipliant le montant du salaire de référence – fixé en considération de la catégorie à laquelle appartient l'emploi occupé en dernier lieu – par un pourcentage déterminé par le nombre d'annuités retenues, chacune « valant » 2% (article 13 du Code des pensions).

Il faut rappeler également qu'en vertu de l'article 49 du décret du 17 juin 1938, la pension d'invalidité du marin est supprimée et remplacée par une pension de retraite dès que l'intéressé, âgé d'au moins cinquante-cinq ans, réunit un minimum de vingt-cinq annuités liquidables sur la caisse de retraites des marins.

C'est en vertu de cette disposition que la pension d'invalidité de Monsieur X a été supprimée et remplacée par une pension de retraite à compter du mois de mars 2020, l'intéressé ayant atteint l'âge de 55 ans au mois de février 2020.

#### **1°) L'absence de limitation de la période prise en compte à 25 annuités.**

Selon l'ENIM, il résulte des dispositions organisant les modalités de prise en compte de la période d'invalidité pour le calcul des droits à la retraite que la pension allouée après une

période d'invalidité ne peut être calculée sur une période supérieure à 25 années, toutes périodes confondues (navigation et invalidité).

Le Défenseur des droits ne partage pas cette analyse.

L'article L. 5552-16, 11°, du Code des transports, prévoit qu'entrent en compte pour le calcul de la pension des marins, « *dans les limites fixées par décret en Conseil d'Etat, les périodes pendant lesquelles un marin a perçu une pension d'invalidité en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnels* ».

La limite - fixée par décret en Conseil d'Etat - prévue par ce texte, figure à l'article R. 8, V, du Code des pensions de retraite des marins : « *Entrent en compte : (...) Par application de l'article L. 12 (12°) (devenu l'article L. 5552-16, 11°, du Code des transports), dans la limite de la durée de services requis pour ouvrir droit à pension d'ancienneté, les périodes d'incapacité permanente de travail pendant lesquelles le marin a perçu, en raison d'une maladie ou d'un accident non professionnels, une pension d'invalidité sur la caisse générale de prévoyance des marins français* ».

La « *durée de services requis pour ouvrir droit à pension d'ancienneté* », fixée par l'article R. 2 du Code de pension des marins, est de 25 années.

Il résulte de ces textes que lorsqu'un marin a connu une période d'invalidité d'origine non professionnelle, il peut prétendre à la prise en compte de cette période pour le calcul de sa pension, dans la limite de 25 années. Au-delà, la période d'invalidité ne peut, le cas échéant, être valorisée dans le cadre des droits à retraite.

Aucune de ces dispositions n'a pour objet ou pour effet, contrairement à ce que soutient l'ENIM, de bloquer à l'égard du marin ayant connu une invalidité, le nombre d'annuités « liquidables » à 25, toutes périodes confondues (navigation et invalidité).

Le marin, à côté de la prise en compte de sa période d'invalidité dans la limite de 25 années, a droit à ce que ses années de navigation soient retenues pour le calcul de sa pension, la seule limite apportée étant celle prévue par l'article R.13 du Code de pensions de retraite des marins, applicable indifféremment à tous les marins, qu'ils aient ou non connu une période d'invalidité :

« *Les pensions servies en application des dispositions du présent code sont calculées à raison de 2 p. 100 du salaire annuel défini à l'article R. 11 par annuité de service.*

« *Le maximum des annuités liquidables dans les pensions d'ancienneté est fixé à trente-sept annuités et demie. Il peut être porté à quarante annuités du chef des bonifications prévues aux articles L. 11-1° et R. 6.*

« *En outre, le maximum des annuités liquidables dans les pensions d'ancienneté dont la liquidation est demandée avant cinquante-cinq ans est fixé à vingt-cinq annuités. (...).* ».

L'article 49 du décret de 1938, qui organise la substitution de la pension de retraite à la pension d'invalidité, conforte l'idée que le marin invalide peut - à l'instar de ses collègues valides - prétendre à cette limite de 37,5 annuités prises en compte, puisqu'il évoque « *un minimum de vingt-cinq annuités liquidables sur la caisse de retraites des marins* » pour que la substitution ait lieu, ce qui signifie, en creux, que le marin invalide peut bénéficier de davantage d'annuités liquidables que ce minimum.

L'ENIM, par l'application qu'elle fait du texte, transforme une condition de l'ouverture du droit à pension de retraite en une limitation de ce droit, ce qui n'est en aucun cas son objet.

Dans son courrier du 6 novembre 2020, en réponse à la note récapitulative du Défenseur de droits, l'ENIM fait valoir à l'appui de son interprétation des textes une « circulaire n° 30/01 du 12 septembre 2001 » et une réponse à un parlementaire apportée par le ministre chargé de la mer, publiée au journal officiel du 30 avril 2013.

La circulaire invoquée, dont l'auteur n'est pas précisé, n'a pas été communiquée par l'ENIM. En tout état de cause, il convient de rappeler qu'en vertu d'une jurisprudence constante, une circulaire, dépourvue de valeur normative (Civ. 2ème, 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30658, Bull. 2003 II, n° 270 ; Civ. 2ème, 14 mars 2007, pourvoi n° 06-12139, Bull. 2007, II, n° 65 ; Civ. 2ème, 14 janvier 2010, pourvoi n° 09-11450, Bulletin II, n° 8 ; Civ. 2ème, 18 février 2010, pourvoi n° 09-12206, Bull. II, n° 38 ; Civ. 2ème, 21 septembre 2017, pourvoi n° 16-19989), ne peut mettre en échec des dispositions légales et/ou réglementaires.

Les dispositions applicables en l'espèce, dénuées d'ambiguïté, excluent toute œuvre d'interprétation créatrice. Elles font référence au seuil de 25 annuités, d'une part, comme condition de substitution de la prestation d'assurance vieillesse à la prestation d'invalidité et, d'autre part, comme plafond du nombre d'annuités d'invalidité valorisables pour le calcul de la pension de vieillesse. Il n'est nullement question dans les textes, d'une référence à ce seuil pour limiter à l'égard du bénéficiaire d'une pension d'invalidité, le nombre d'annuités de navigation susceptibles d'être prises en compte pour le calcul de sa pension de vieillesse.

Une telle limitation ne saurait être valablement instituée par une circulaire dépourvue de valeur normative.

Par ailleurs, la réponse ministérielle à laquelle se réfère l'ENIM ne concerne pas la question en litige. Elle est relative à la différence de régime applicable, en terme d'acquisition de droits à la retraite, à la pension d'invalidité pour maladie (PIM) et à celle attribuée pour une invalidité résultant d'un accident de travail maritime (PIA). Le ministre indique que le droit à une pension de retraite substituée à la PIM est acquis - pour le marin âgé de 55 ans au moins - « *dès que le total de la durée des services de navigation et de la durée du versement de la PIM atteint 25 annuités* ». C'est ainsi un montant minimum de pension de retraite qui lui est garanti (50% du salaire de référence). Le ministre n'évoque nullement les 25 annuités comme une limite portée au nombre d'années pouvant être prises en compte pour le calcul de la pension de retraite du bénéficiaire d'une PIM.

Il apparaît, dans ces conditions, que Monsieur X a droit à ce que sa pension de retraite soit calculée en prenant en considération l'ensemble de sa période d'invalidité qui ne dépasse pas 25 annuités (3 décembre 1995 à février 2020), ainsi que l'ensemble des années de navigation, dans la limite globale, applicable à tous les marins, de 37,5 annuités.

## 2°) La prise en compte de la période de service militaire par le régime des marins.

L'ENIM, dans un courrier du 21 février 2020 adressé à Monsieur X, l'a invité à faire prendre en compte sa période de service militaire par le régime général, au sein duquel l'intéressé ne pourra faire valoir ses droits à la retraite qu'à l'âge de 62 ans, soit en 2027.

Et, de fait, cette période n'a pas été retenue dans le cadre de la liquidation de la pension de retraite de marin qui lui est servie.

Cette position de l'organisme ne paraît pas conforme à ce qui est prévu par le texte applicable.

L'article L. 5552-14 du Code des transports – anciennement article L. 10 du Code des pensions de retraite des marins – dispose, au titre des services pris en compte pour la pension de retraite des marins :

« Entrent en compte pour leur durée effective, *sauf s'ils ont déjà donné lieu à liquidation d'une pension au titre d'un autre régime obligatoire de retraite* :

« 1° Les services militaires dans l'armée active et, en cas de mobilisation, dans la réserve ;

« 2° Les services conduisant à pension de l'État, accomplis en qualité de personnel civil de la marine ou dans les services des ports et des phares et balises.

*La prise en compte de ces services ne peut excéder la moitié de la durée totale des services décomptés pour l'établissement du droit à pension au titre du régime d'assurance vieillesse des marins ».*

En l'espèce, la période de service militaire accomplie du 1<sup>er</sup> mai 1983 au 30 avril 1984, dès lors qu'elle n'a pas donné lieu à liquidation d'une pension dans un autre régime obligatoire de retraite, doit être prise en compte dans le calcul de la pension de marin de Monsieur X.

Dans son courrier du 6 novembre 2020, l'ENIM s'oppose à la valorisation de la période de service militaire dans le régime des marins en faisant valoir la limite maximum de 25 annuités susceptibles d'être prises en compte pour le calcul de la pension de Monsieur X.

L'absence de fondement de cette limite retenue par l'ENIM paraît de nature à entraîner, de plein droit, la prise en compte de la période de service militaire dans le calcul de la pension litigieuse, en application de l'article L. 5552-14 du Code des transports.

3°) *La prise en compte par le régime des marins des années de navigation ayant donné lieu à tort, à une affiliation au régime général*

Ainsi qu'il est constaté par la décision de rejet du recours administratif, Monsieur X a été en navigation du 8 juin 1984 au 2 décembre 1995.

Pour le calcul de la pension de marin, l'ENIM prend uniquement en compte, sur cette période, 5 ans, 6 mois et 15 jours.

Elle exclut la période de navigation ayant donné lieu à une affiliation au régime général.

Cette exclusion paraît contraire à l'article L. 5552-13 du Code des transports - auparavant article L.11 du Code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance.

Ce texte, qui est le premier de la section relative aux « *services pris en compte* » pour la détermination de la pension de marin, dispose :

*« Le temps de navigation active et professionnelle accompli sur des navires battant pavillon français entre en compte pour sa durée effective.*

*« Le temps de navigation des marins d'origine étrangère qui ont navigué sur les navires français battant pavillon français avant leur naturalisation sont pris en compte s'ils ont fait l'objet de versement de cotisations au régime d'assurance vieillesse des marins, le cas échéant postérieurement à la période en cause ».*

Bien que Monsieur X ait toujours exercé la même activité de « garçon » - fonction d'hôtellerie/restauration - embarqué à bord des navires, dans des conditions identiques de navigation, certaines périodes de cette activité ont donné lieu à son affiliation au régime général, non au régime des marins, confié à l'ENIM.

Les recherches effectuées par les services du Défenseur des droits ont conduit à constater que l'employeur, à des fins de réduction du coût des charges sociales, avait soustrait le personnel hôtelier et de restauration travaillant sur ses navires du régime de protection sociale des marins, pour les affilier au régime général dont les cotisations étaient alors moins coûteuses.

Ainsi, peut-on lire dans un extrait du journal *Marine marchande* du 26/09/2011 (par Alain Le Duff, journaliste maritime, document en pj) :

« Jusqu'à 1987, tous les navigants de W ont été sous régime Enim qui pesait lourd sur les cotisations patronales.

« Pour alléger les charges ainsi induites, la BAI a alors créé la A (Société de services de restauration et d'hôtellerie), une filiale qui, comme son nom l'indique, regroupait les personnels spécialisés dédiés à ces activités. Une pure mesure de gestion financière qui, si elle ne changeait rien au fonctionnement des bords, permettait d'alléger sensiblement les charges puisque le personnel A dépendait du régime général de la Sécurité sociale.

« Les craintes des syndicats

« Et c'est pour les mêmes raisons de pure gestion financière que les 233 personnels restants de la A vont réintégrer le régime exonéré de l'Enim. Une décision implicitement due à l'État qui a décidé de réduire de manière dégressive les remboursements du régime général de la Sécurité sociale. Ce qui aurait coûté près de 3 millions d'euros à W. »

Un syndicat écrivait pour sa part un courrier à l'ENIM, le 19 octobre 2015 dans lequel il faisait part de son inquiétude sur le sort des personnels marins affectés aux fonctions d'hôtellerie et de restauration, ayant fait l'objet de changements successifs de régime de sécurité sociale :

« **1° Dossier W CONCERNANT LES MARINS ex A:**

« La CIE en 1987 employait des marins ADSG affiliés à l'ENIM. Pour des raisons économiques, la Cie a créé sa filiale A et a donc passé ces marins sous le Régime de la Sécurité Sociale. Depuis 2010, les saisonniers sont de nouveau embauchés sous régime ENIM pour les mêmes raisons économiques (exonération des contributions sociales pour l'armateur). En 2012, la W décide d'affilier tous les personnels marins ex-A au régime ENIM pour bénéficier encore une fois des exonérations de « charges ». Rappel important: Les personnels ayant refusé ce transfert ont été licenciés! Cette catégorie de personnel, par ces changements d'affiliations imposés a servi d'ajustement variable pour l'optimisation des coûts salariaux. Cette situation imposée par l'armement perturbe de manière significative leurs relevés de carrière. Il est discriminatoire que cette population ne puisse pas valider tous les temps de navigation au prorata cumulé des emplois au service de la A ou, a contrario, en tant que marin puisque le travail, la fonction, les temps effectifs à bord sont parfaitement identiques. (...).»

Ce courrier a été suivi d'une rencontre entre l'ENIM et le syndicat, le 8 décembre 2015, à l'occasion de laquelle l'ENIM a répondu à l'inquiétude exprimée dans les termes suivants – selon la retranscription qui en a été faite par le syndicat (document en pj) :

« Réponse ENIM : Monsieur B rappelle également les problématiques internes ENIM de mise en œuvre historique du dossier A. L'ENIM, à ce jour, n'est plus qu'un établissement public qui obéit à son ministère de tutelle. L'État et le cabinet du 1<sup>er</sup> Ministre sont actuellement sur une position très ferme de « non rétroactivité ». QUID du dossier SNCM (Comptoir du sud). La décision restant uniquement politique. Reste le coût de ces mesures qui est un paramètre indissociable des prises de décisions politiques. -L'ENIM comprend bien nos positions, et le dossier est défendable. Elle nous aidera si elle est consultée par le ministère de MARISOL TOURAINE pour une demande de statistique ou un chiffrage des mesures. L'ENIM précise qu'elle sait le faire techniquement et qu'elle n'a pas d'opposition sur ces mesures qu'elle comprend humainement.



« Pour information un courrier au ministère de Marisol Touraine est en cours de traitement sur cette problématique. Nous allons également faire remonter ce dossier auprès de certains députés. ».

En sa qualité d'organisme chargé, au titre de sa mission de service public, de faire affilier au régime des marins toutes personnes entrant dans le champ de l'article L. 5552-13 du Code des transports, l'ENIM aurait dû faire procéder à l'affiliation des personnels de la société A embarqués à bord, peu important les décisions de l'employeur sur ce point.

Ce sont, en effet, les textes légaux - d'ordre public s'agissant de la protection sociale obligatoire - qui déterminent les régimes d'assurances sociales obligatoires dont relèvent les personnes.

C'est ce qui ressort, notamment, de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 22 octobre 2009 (n° de pourvoi: 08-13656, publié au bulletin 2009, II, n° 251). La Cour a écarté la règle d'affiliation au régime des cultes édictée par le règlement intérieur de l'organisme - la CAVIMAC - considérant que le critère d'affiliation était fixé exclusivement par le législateur : « *Les conditions de l'assujettissement au régime de sécurité sociale des ministres des cultes et membres des congrégations et collectivités religieuses découlent exclusivement des dispositions de l'article L. 721 1 du code de la sécurité sociale, applicables à l'espèce* ».

Cette solution peut - et doit - être entendue comme ayant une portée générale en matière de sécurité sociale : ce sont les textes légaux et réglementaires, exclusivement, qui fixent les régimes de sécurité sociale obligatoires dont chacun relève, en considération de l'activité exercée et des conditions de son exercice. Ni les employeurs, ni les organismes en charge des régimes de sécurité sociale ni encore les assurés, ne sont autorisés à déroger aux règles d'affiliation aux régimes de sécurité sociale.

En l'occurrence, l'article L. 5552-13 du Code des transports détermine les personnes devant être affiliées au régime des marins, au regard de l'activité effectivement exercée - navigation active et professionnelle sur des navires battant pavillon français - et ce texte s'impose aux employeurs comme à l'organisme chargé de la gestion de ce régime, l'ENIM.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'une personne victime d'un accident maritime relevait du régime des marins, de sorte que l'ENIM devait servir les prestations de ce régime, peu important que l'intéressé ait été clandestinement employé à bord du navire (Civ, 2<sup>ème</sup>, 15 juin 2017, pourvoi n° 15-24510, publié au bulletin).

En l'espèce, Monsieur X, qui a toujours exercé les mêmes fonctions – « garçon » embarqué à bord de navires en navigation – devait être affilié sans discontinuité au régime des marins au titre de cette activité, en application de l'article L. 5552-13 du Code des transports.

L'ENIM semble remettre en cause, dans son courrier du 6 novembre 2020, la qualité de marin d'une personne occupant des fonctions d'hôtellerie et restauration à bord – et, par suite, son assujettissement obligatoire au régime de sécurité sociale des marins - en invoquant le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> du décret n° 67-690 du 7 août 1967 relatif aux conditions d'exercice de la profession de marin, selon lequel « *Exerce la profession de marin toute personne engagée par un armateur ou embarquée pour son propre compte en vue d'occuper à bord d'un navire français un emploi permanent relatif à la marche, à la conduite, à l'entretien et à l'exploitation du navire* ».

Il ne paraît guère discutable que la personne occupée à des fonctions d'hôtellerie/restauration à bord d'un navire participe à son exploitation au sens de ce texte et bénéficie, dès lors, de la qualité de marin, devant être assujéti en tant que tel au régime de sécurité sociale de ceux-ci.

L'ENIM, au demeurant, reconnaît finalement cette qualité puisqu'il évoque dans le même courrier, la situation des « *marins qui sont (ainsi) passés du régime général au régime spécial de sécurité sociale des marins* ».

Par ailleurs, l'organisme, afin de s'opposer à la prise en compte, pour la détermination de la pension de retraite de Monsieur X, de la période de navigation durant laquelle il a été affilié à tort au régime général, fait valoir des arrêts de la Cour de cassation dont il ressort qu'une décision d'affiliation à un régime de sécurité sociale, ne peut mettre rétroactivement à néant les droits et obligations nés d'une affiliation antérieure, fût-elle mal fondée.

L'impossibilité de remettre en cause rétroactivement l'affiliation temporaire de Monsieur X au régime général, en application de la réglementation de la sécurité sociale, ne fait pas obstacle à une prise en compte de la période d'assurance correspondante pour la détermination de sa pension de retraite de marin, au titre de la réparation du préjudice résultant de la faute de l'ENIM, du chef de son absence d'affiliation au régime des marins.

Le défaut d'affiliation, par un organisme de sécurité sociale, de personnes dont l'activité relève de son champ de « compétence », constitue une faute de nature à engager sa responsabilité.

La responsabilité pour faute des organismes de sécurité sociale peut être engagée sur le fondement des règles du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, fixées aux articles 1240 et suivants du code civil.

Il s'agit, pour les organismes, de répondre non seulement de leur fait, mais également de leur négligence ou de leur imprudence (article 1241 du code civil).

Leur responsabilité est susceptible d'être engagée lorsqu'une faute est caractérisée, à l'origine d'un dommage pour l'usager (Soc., 12 juillet 1995, Bull. 1995, V, n° 242, pourvoi n° 93-12196 ; D. 1996, somm. p. 45, obs. X. Prétot ; Dr. soc. 1995, p. 939, obs. X. Prétot ; RJS 1995, n° 1046).

La faute est caractérisée chaque fois que l'organisme « *manque aux obligations qui lui incombent pour l'exécution de ses missions de service public* » (Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation, troisième partie : Étude : Les personnes vulnérables dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Contributions de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, Vulnérabilité et droit de la sécurité sociale, Les principes directeurs de la jurisprudence en matière de sécurité sociale).

L'ENIM est tenu, en vertu de la mission de service public qui lui est confiée, d'affilier les marins au régime de sécurité sociale dont il assure la gestion. Il a commis une faute en ne procédant pas à l'affiliation de personnes qui, employées à des fonctions d'hôtellerie et de restauration sur les navires, relevaient du statut social des marins.

En vertu des principes de la responsabilité extracontractuelle, il est tenu de réparer le préjudice qui en résulte, à savoir pour Monsieur X, la perte des droits qu'il aurait dû se constituer, sur la période considérée, dans le régime de retraite des marins.

En ce sens, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt - non frappé de pourvoi - du 2 février 2017 (arrêt n° 15/07510, Pôle 6 – chambre 12), a retenu au profit d'un usager privé d'affiliation au régime de retraite de base, la faute de la CIPAV et sa condamnation, à titre de réparation, à

valider gratuitement les trimestres correspondants et à reconstituer gratuitement le compte de cotisations de l'intéressée, en considération de ses revenus réels ou estimés.

La Cour de cassation, avant cela, avait également jugé qu'une cour d'appel avait pu valablement considérer que le préjudice subi par un assuré dont l'affiliation n'avait pas été rendue effective par la caisse de retraite (absence d'appel de cotisations) devait être réparé par la « *validation de ses cotisations retraite* », soit la validation comme durée d'assurance de la période de non affiliation et l'attribution des droits qui auraient dû être acquis sur cette période (Soc. 15 février 2001, pourvoi n° 99-17286).

Il est ainsi admis par le juge de la sécurité sociale que la réparation du préjudice résultant du défaut d'affiliation à une assurance vieillesse obligatoire, doit permettre à l'usager de bénéficier des droits qu'il aurait dû se constituer dans le régime concerné, peu important l'absence de contribution de sa part, malgré lui, dans ce régime.

Il est indifférent que des droits aient, par ailleurs, été constitués à raison d'une affiliation infondée à un autre régime de retraite, dès lors qu'il apparaît que la soustraction de l'usager au statut social dont il relève, le prive de certains avantages propres à ce statut.

En l'espèce, Monsieur X aurait dû valider comme durée d'assurance cotisée dans le régime des marins, la période durant laquelle il a été affilié au régime général en méconnaissance de la réglementation de sécurité sociale. Cette validation dans le régime des marins aurait dû lui profiter à compter du 1<sup>er</sup> mars 2020, date à laquelle il est entré en jouissance de sa pension, à l'âge de 55 ans.

Dans le régime général, au sein duquel l'âge légal de la retraite est fixé à 62 ans pour les assurés nés en 1965, il ne pourra bénéficier de la valorisation de la période, au plus tôt, qu'en 2027.

Monsieur X perd donc, sur 7 années au moins, le bénéfice d'une pension de marin prenant en considération la période litigieuse.

Il convient de souligner que la prise en compte de cette période dans le régime des marins, au titre de la réparation de cette perte, ne conduit pas à une double valorisation de la période au regard de celle susceptible d'intervenir dans le régime général. En effet, ce dernier régime lorsqu'il détermine la durée totale d'assurance de l'usager pour la liquidation de ses droits, prend en considération, le cas échéant, la durée validée dans le régime des marins, étant précisé que « *la totalisation des périodes aux différents régimes de retraite de base ne permet pas de retenir plus de quatre trimestres pour une même année civile* » (Circulaire de la caisse nationale d'assurance vieillesse n° 14/98 du 12 février 1998).

Il ressort de cette analyse que l'ENIM, sur le fondement de sa responsabilité civile, est tenu de réparer le préjudice causé par sa faute en prenant en compte, au titre des annuités servant de base au calcul de la pension de retraite de Monsieur X, la période de navigation durant laquelle il a été affilié à tort au régime général.

Il est indifférent, s'agissant d'une mesure de réparation fondée sur la responsabilité civile de l'organisme, que la période litigieuse ait donné lieu en méconnaissance de l'article L. 5552-13 du Code des transports, à une contribution au régime général et non à celui des marins.

4°) *L'incompatibilité du dispositif avec la garantie offerte aux marins, d'une protection sociale équivalente à celle « du droit commun » des personnes employées à terre*

Le dispositif du droit interne tel qu'il est mis en œuvre par l'ENIM, ne répond pas à l'obligation, découlant notamment de la Convention du travail maritime, de garantir aux marins une protection sociale équivalente à celle des personnes employées à terre.

Les conventions signées sous l'égide de l'Organisation internationale du travail (ci-après OIT), constituent, en matière de droit du travail et de protection sociale, une source normative importante à laquelle les juridictions se réfèrent, en tant que de besoin, pour trancher les litiges dont elles sont saisies (Voir par ex. Ccass, Soc., 3 avril 2019, pourvoi n° 16-20490, publié au bulletin ; Ccass., Soc. 18 janvier 2011, pourvoi n° 09-40094, publié au bulletin).

La Convention OIT du travail maritime adoptée le 7 février 2006, a été ratifiée par la France le 29 novembre 2012 et est entrée en vigueur le 20 août 2013. Sa publication au Journal Officiel a été prévue par le décret n° 2014-615 du 13 juin 2014.

La « Règle 4.5 — Sécurité sociale » de cette Convention, en son paragraphe 3, prévoit au profit des personnels navigants, une égalité de traitement avec les personnes employées à terre.

La norme conventionnelle d'interprétation de cette disposition indique que la protection sociale garantie aux gens de mer résidant sur le territoire de l'État membre « *ne doit pas être moins favorable que celle dont jouissent les personnes travaillant à terre qui résident sur le territoire du Membre en question* ».

Cette disposition trouve écho, en droit français, avec l'article R. 711-17 du Code de la sécurité sociale, en vertu duquel le maintien des régimes spéciaux de sécurité sociale préexistants à la création de la sécurité sociale, s'accompagne de la garantie au profit de leurs ressortissants, du bénéfice de « *prestations équivalentes aux prestations du régime général de sécurité sociale, sans que les avantages de même nature déjà accordés antérieurement au 1er juillet 1946 puissent être réduits ou supprimés* ».

Les personnes travaillant à terre, au sens de la Convention du travail maritime, relèvent majoritairement, en France, du régime général de sécurité sociale.

L'assuré ressortissant du régime général, placé en invalidité et indemnisé à ce titre, bénéficie à l'âge légal de la retraite d'une pension à taux plein quelle que soit la durée d'assurance acquise. Sa période d'invalidité est prise en compte pour la détermination de ses droits à retraite, selon les modalités suivantes :

- dans le régime de retraite de base, les périodes pendant lesquelles l'assuré a bénéficié d'une pension d'invalidité sont prises en compte, sans limitation de durée, en tant que périodes assimilées à des périodes d'assurance (art. L. 351-3, 2°, et R. 351-3 du Code de la sécurité sociale) ;
- dans le régime de retraite complémentaire, les périodes pendant lesquelles l'assuré a bénéficié d'une pension d'invalidité avec un taux d'incapacité supérieur à 50%, donnent lieu sans contrepartie de cotisations et sans limitation de durée, à l'attribution de points (article 8 de l'annexe I de la convention collective nationale de retraite et de prévoyance des cadres du 14 mars 1947 ; article 22 de l'annexe A de l'accord national interprofessionnel de retraite complémentaire du 8 décembre 1961).

Cette valorisation de la période d'invalidité dans le régime général, au sein des deux régimes de retraite, s'effectue sans préjudice de la prise en compte de l'intégralité des droits acquis pendant la période d'activité professionnelle des intéressés.

Le régime de sécurité sociale des marins, outre qu'il ne comporte pas de retraite complémentaire, limite la prise en compte de la période d'invalidité, pour le calcul de la pension de retraite, à 25 annuités. Et, selon l'interprétation que l'ENIM fait des dispositions du régime - interprétation critiquée plus haut - cette limitation s'applique à l'ensemble des annuités accumulées par le marin, périodes d'invalidité et de navigation confondues.

Il apparaît que la prestation d'assurance vieillesse attribuée aux marins atteints d'une invalidité est déterminée selon des modalités bien moins favorables que celles bénéficiant aux personnes travaillant à terre et, qui relèvent du régime général.

La spécificité du régime des marins est justifiée par la seule considération des risques particuliers liés à la navigation, appelant une protection sociale renforcée des intéressés compte tenu de ces risques.

Le rapport de présentation du décret du 17 juin 1938 *relatif à la réorganisation et à l'unification du régime d'assurance des marins*, confirme cette essence du régime de sécurité sociale des marins en décrivant ainsi sa construction : « Constitué ainsi en plusieurs étapes, à des époques éloignées, et chaque fois dans le but d'étendre aux marins les avantages de la nouvelle législation générale sans porter atteinte aux avantages précédemment acquis, le régime actuel manque d'unité ».

Cette spécificité ne saurait donc conduire à la mise en place à l'égard des gens de mer, d'une couverture sociale inférieure à celle bénéficiant aux assurés du régime général. C'est là le sens de la Règle 4.5 §3 de la Convention du travail maritime et de l'article R. 711-17 du Code de la sécurité sociale, que l'ENIM méconnaît en déterminant comme il l'a fait, les droits à retraite de Monsieur X.

Dans son courrier du 6 novembre 2020, l'ENIM se défend d'une telle méconnaissance en faisant valoir, d'une part, la nécessité d'une comparaison globale des régimes - non prestation par prestation – et, d'autre part, le fait que le régime des marins comporte des prestations favorables aux marins, qui n'ont pas d'équivalent dans le régime général.

Sur ce dernier point, il convient de relever que les quelques prestations spécifiques ou modalités spécifiques d'accès aux prestations que l'on trouve dans le régime des marins, réputées plus favorables que celles du régime général, trouvent leur justification dans les risques spécifiques qu'encourent les marins lors de la navigation, dans la pénibilité de l'activité exercée et dans les aptitudes physiques requises pour la navigation, ces dernières impliquant notamment, de fait, une limite d'âge pour l'exercice de l'activité (et donc nécessairement un âge abaissé de possibilité de départ en retraite).

C'est toute l'utilité d'un régime de sécurité sociale propre aux marins que d'offrir à ses ressortissants des prestations adaptées aux spécificités - risques et contraintes - de l'activité exercée, prestations qui ne se justifient pas à l'égard de personnes qui, travaillant à terre, ne sont pas soumises aux mêmes sujétions.

Il est donc normal que, comme le souligne l'ENIM, certaines prestations du régime des marins n'aient pas d'équivalent dans le régime général : elles seraient dépourvues d'objet.

Mais, dès lors que le risque social qu'il s'agit d'indemniser ne résulte pas particulièrement des spécificités de l'activité, et se réalise dans les mêmes conditions pour un marin et pour un travailleur à terre, le principe d'égalité de traitement trouve à s'appliquer, permettant au premier de bénéficier d'une protection sociale aussi favorable que celle offerte au second.

C'est dans ces situations, précisément, que les règles d'égalité de traitement édictées en faveur des marins par la Convention du travail maritime et par l'article R. 711-17 du Code de la sécurité sociale, trouvent leur finalité.

Le juge de la sécurité sociale, bien souvent, refuse d'examiner les inégalités de traitement au préjudice des marins qui sont invoquées devant lui, en invoquant la « spécificité » du régime des marins, qui interdirait par principe la comparaison de ses prestations avec celles d'autres régimes, particulièrement du régime général.

Ce faisant, le juge prive d'effet les dispositions conventionnelles précitées, au respect desquelles l'État français s'est engagé et qui, précisément, requièrent des juridictions nationales qu'elles vérifient, le cas échéant, que la protection sociale offerte aux gens de mer soit au moins équivalente à celle dont bénéficient les travailleurs occupés à terre.

Dans de nombreuses situations, il est manifeste que la protection offerte au marin est bien moins favorable que celle accordée à l'assuré du régime général. On peut citer, à cet égard, l'impossibilité pour un marin inapte à la navigation - bénéficiaire en tant que tel d'une pension de retraite anticipée - puis victime d'une maladie ou d'accident d'origine professionnelle, de bénéficier cumulativement d'une pension de retraite et d'une « rente » d'accident ou de maladie professionnelle, là où l'assuré du régime général peut cumuler pension d'invalidité – puis pension de retraite – et rente d'accident du travail ou de maladie professionnelle. Cette différence de traitement préjudicie également, le cas échéant, à la veuve du marin décédé d'une maladie professionnelle, situation dont le Défenseur des droits a eu à connaître concernant des marins décédés de pathologies liées à leur exposition à l'amiante. De la même manière, le marin dont le taux d'incapacité permanente partielle - IPP - causée par une maladie professionnelle ou un accident de navigation est inférieur à 10 %, n'est pas éligible au versement de la prestation d'invalidité professionnelle, contrairement à l'assuré du régime général qui, pour le même taux d'IPP, a droit au versement d'une prestation d'accident du travail ou de maladie professionnelle sous la forme d'une indemnité en capital.

##### 5°) Une discrimination fondée sur l'état de santé

Enfin, il apparaît que la décision de limiter à 25 le nombre d'annuités liquidables au profit des marins ayant été placés en invalidité, là où les marins valides connaissent une limitation fixée à 37,5 annuités, constitue une discrimination interdite tant par les textes internationaux que par le droit interne.

L'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prohibe toute discrimination dans le cadre de la jouissance des droits reconnus par la Convention.

La jurisprudence européenne considère que l'état de santé, comme le handicap, constituent des critères de discrimination tombant sous le coup de l'interdiction de cette disposition (Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Kyutin c. Russie du 10 mars 2011; arrêt Novruk et autres c. Russie du 15 mars 2016 ; arrêt du 30 janvier 2018, Enver Şahin c. Turquie).

Parmi les droits reconnus par la Convention figure le droit de propriété. L'article 1er du protocole n° 1 de la Convention dispose, en effet, que « *Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international* ».

Considérant que les prestations sociales, qu'elles soient ou non contributives, constituent des droits patrimoniaux au sens de l'article 1er du Protocole 1 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme, en combinant cette disposition avec l'article 14 de la

Convention, juge qu'elles doivent être allouées sans discrimination (arrêt Gaygusuz c. Autriche du 16 septembre 1996 ; arrêt Carson et autres c. Royaume-Uni du 16 mars 2010).

Ainsi, si l'article 1er du premier Protocole additionnel « *ne comporte pas un droit acquis à acquérir des biens* », la Cour juge que « *dès lors (toutefois) qu'un État décide de créer un régime de prestation ou de pension, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention* » (CEDH, 12 avril 2006, STEC et autres c/ RU, n° 6572/01 et 65900/01).

L'interdiction visée par l'article 14 précité vise les discriminations directes comme indirectes, lesquelles résultent, selon la CEDH, de « *l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe* » (D.H. et autres c. République tchèque, n° 57325/00, § 184, 13 novembre 2007 ; Opuz c. Turquie, n° 33401/02, § 183, 9 juin 2009 ; Zarb Adami c. Malte, n° 17209/02, § 80, 20 juin 2006).

Enfin, il faut préciser qu'une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, si la différence de traitement subie "*manque de justification objective et raisonnable*", c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un "*but légitime*" ou s'il n'y a pas de "*rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé*".

On doit ainsi considérer qu'en vertu des articles 14 et 1er du premier Protocole à la Convention, une personne ne peut être privée - ou jouir moins favorablement - d'une prestation sociale, en raison de son état de santé ou de son handicap.

Les juridictions nationales des ordres administratif et judiciaire, sur le fondement des textes conventionnels européens, vérifient si les modalités d'octroi d'une prestation sociale sont discriminatoires ; dans l'affirmative, elles écartent l'application du texte qui les institue (Cf. Conseil d'Etat, 2 juin 2010, n° 314796 ; Cour de cassation, Chambre civile 2, 20 septembre 2018, pourvoi n° 17-21576, publié au bulletin).

Pour écarter l'application d'un texte de droit interne réservant aux femmes l'attribution d'un avantage d'assurance vieillesse, en raison de son caractère discriminatoire, la Cour de cassation a énoncé le principe général suivant lequel : « *dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, que l'octroi de celle-ci dépende ou non du versement préalable des cotisations, cette législation engendre un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole additionnel n° 1* » (Civ. 2ème, 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-30586, publié au bulletin des arrêts de la cour de cassation : n° 364 ; Soc. 19 février 2009, pourvoi n° 07-20668 : publié au bulletin).

Par ailleurs, en droit interne, l'article 2, 3°, de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, précise que « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur un motif mentionné à l'article 1er [état de santé, handicap] est interdite en matière de protection sociale, (...), d'avantages sociaux, (...).*

« *Ce principe ne fait pas obstacle à ce que des différences soient faites selon l'un des motifs mentionnés au premier alinéa du présent 3° lorsqu'elles sont justifiées par un but légitime et que les moyens de parvenir à ce but sont nécessaires et appropriés* ».

« *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* ».

En l'espèce, l'ENIM considère que les marins ayant été placés en invalidité ne peuvent obtenir la prise en compte de plus de 25 annuités pour le calcul de leur pension.

Or, selon l'article R. 13, alinéa 2, du Code des pensions de retraite des marins, un marin qui n'a pas connu d'invalidité, a droit à ce que sa pension soit calculée sur un nombre d'annuités dont la limite est fixée à 37 et demi.

Il en résulte qu'un marin dont le handicap ou l'état de santé entraîne son placement en invalidité perd de ce fait la possibilité, dans le cadre du calcul de sa pension de retraite, d'obtenir la prise en compte des annuités accumulées au-delà de la limite de 25 années retenue par l'ENIM.

On ne peut que constater une différence de traitement, fondée sur l'état de santé ou le handicap, constitutive d'une discrimination prohibée.

L'ENIM, pour écarter le caractère discriminatoire du dispositif tel que mis en œuvre par ses soins, fait état, d'une part, de l'attention portée par le régime des marins à ses ressortissants victimes d'une dégradation de leur état de santé et, d'autre part, de la possibilité reconnue par la Cour de cassation, sans que cela constitue une discrimination, de calculer la pension de retraite des marins selon des modalités différentes de celles mises en œuvre dans le régime général.

Ce faisant, l'ENIM n'apporte pas de justification objective à la différence de traitement incriminée. En premier lieu, la circonstance que l'ENIM mette en place divers types d'action en faveur de marins victimes de maladies, aussi louable soit l'intention dont elle procède, ne constitue pas une justification objective de la différence de traitement constatée, pour le calcul des droits à retraite, entre marins valides et marins victimes d'une invalidité.

Par ailleurs, la référence faite par l'ENIM à une décision de la Cour de cassation (Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 septembre 2020, pourvoi n° 19-19122) statuant sur une différence de traitement existant entre le régime général et le régime de marins - sans critère de discrimination identifié, est inopérante s'agissant d'apprécier le caractère discriminatoire d'une différence constatée entre ressortissants d'un même régime, selon qu'ils ont ou non connu des problèmes de santé ou un handicap entraînant une mise en invalidité – critère de distinction identifié et constitutif d'une discrimination.

En revanche, cet arrêt de la Cour de cassation conforte l'analyse du Défenseur des droits en ce qu'il énonce expressément que « *les pensions de retraite des marins sont des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention* » et, rappelle que « *Dès lors (...) qu'un Etat décide de créer un régime de prestations ou de pensions, il doit le faire d'une manière compatible avec l'article 14 de la Convention (CEDH, arrêt du 12 avril 2006, Stec et autres [GC], n° s 65731/01 et 65900/01, § 53 et la décision sur la recevabilité rendue dans cette même affaire, §§ 54-55, CEDH 2005-X ; CEDH, arrêt du 2 novembre 2010, Serife Yigit c/ Turquie [GC], 3976/05, 2 novembre 2010, § 56)* ».

Sauf à ce que l'ENIM soit en mesure d'apporter une justification objective à la différence du nombre maximum d'annuités liquidables pour les droits à pension, selon qu'un marin est resté valide ou a été placé en invalidité, justification qui ferait de cette différence une mesure visant un objectif légitime et proportionnée à cet objectif, le dispositif revêt un caractère discriminatoire.



Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation du tribunal judiciaire de Z.

Claire HÉDON