

Paris, le 26 avril 2021

---

## Décision du Défenseur des droits n°2021-079

---

**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 l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;

Vu la Directive 2000/78 du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

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, qui estime avoir subi une atteinte à ses droits à pension de retraite,

Décide de présenter les observations suivantes devant la Cour d'appel de Z.

Claire HÉDON

---

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

---

Monsieur X a saisi le Défenseur des droits d'une réclamation relative aux modalités de détermination de la pension de retraite de marin que lui sert l'Établissement national des invalides de la marine (ENIM), depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

**Faits et instruction de la réclamation**

Monsieur X est pensionné de l'ENIM en sa qualité d'ancien marin professionnel.

Il a exercé ce métier du 19 juillet 1979 au 31 mai 2003, après avoir été apprenti marin du 11 septembre 1978 au 14 juin 1979.

A la suite d'un grave accident de la route, il a été atteint d'une infirmité réduisant d'au moins 2/3 sa capacité de travail.

Placé en invalidité, il a perçu, à compter du 1<sup>er</sup> juin 2003, une pension d'invalidité pour maladie (PIM) servie par le régime de prévoyance des marins.

Par décision en date du 28 octobre 2016, l'ENIM a notifié à Monsieur X le remplacement automatique de sa PIM par une pension d'assurance vieillesse, à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Cette pension était calculée sur la base de 25 annuités seulement, soit 50% du salaire forfaitaire de la 9<sup>ème</sup> catégorie, catégorie dont relevait le réclamant lors de son placement en invalidité.

Monsieur X acceptait parfaitement le principe de la substitution automatique de la prestation d'assurance vieillesse à celle d'invalidité, dès lors qu'il réunissait les conditions d'âge (55 ans) et de nombre d'années (annuités) de service minimum (25) entraînant de plein droit ce changement de régime.

Il contestait, en revanche, les modalités de calcul de sa pension de vieillesse, plus particulièrement la limite fixée par l'ENIM du nombre d'annuités prises en compte, soit 25 années, alors qu'il comptabilisait 23 années, 10 mois et 29 jours de navigation – sans compter les 26 mois d'apprentissage - et 13 années et 4 mois de période d'invalidité.

Par lettre du 23 novembre 2017, Monsieur X a demandé à l'ENIM de rectifier le calcul de sa pension de retraite, et de lui verser une pension de vieillesse sur la base de 37 ans 2 mois et 29 jours de période cotisée, soit 74,40 % du salaire forfaitaire 9<sup>ème</sup> catégorie.

Ce courrier étant resté sans réponse, Monsieur X a saisi le tribunal des affaires de sécurité sociale de Y, pour faire juger que ses droits à retraite devaient être calculés sur la base de 37 ans 2 mois et 29 jours de période cotisée, soit 74,40 % du salaire forfaitaire de 9<sup>ème</sup> catégorie à compter du 1<sup>er</sup> octobre 2016.

Par un jugement en date du 5 septembre 2019, le pôle social du tribunal judiciaire de Y, déclarant le recours recevable, a fait droit aux demandes de Monsieur X.

L'ENIM a fait appel de ce jugement et la procédure est actuellement pendante devant la Cour d'appel de Z.

C'est dans ce contexte que Monsieur X a saisi le Défenseur des droits.

Par courriel du 16 février 2021, le Défenseur des droits a adressé à l'ENIM une note récapitulant les éléments de fait et de droit en considération desquels il estimait que les modalités de calcul de la pension de retraite de Monsieur X méconnaissaient ses droits.

Par courriel du 9 mars 2021, l'ENIM a apporté divers éléments de réponse.

### **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 ont été codifiées et intégrées 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. 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°).

En outre, 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 (2°) et du traitement discriminatoire qui en résulte au préjudice des marins atteints d'une invalidité (3°).

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 d'octobre 2016, l'intéressé ayant atteint l'âge de 55 ans au mois de septembre 2016.

#### **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, dépourvus d'ambiguïté, 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'il 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 nullement son objet.

Dans le cadre de précédents échanges intervenus avec les services du Défenseur des droits sur la question en litige, l'ENIM a 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 indiqué, 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 législatives 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.

Enfin, dans la réponse apportée le 9 mars 2021 à la note récapitulative adressée par le Défenseur des droits, l'ENIM indique qu'il ne fait « *que se conformer à la volonté du législateur* » telle qu'elle ressort de l'exposé des motifs de l'article 26 du projet de loi pour le financement de la sécurité sociale (PLFSS) pour 2001, devenu article 33 dans la loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 de financement de la sécurité sociale pour 2001, transposé à l'article L. 12, 12° du code de pension des retraites des marins, lui-même devenu l'article L.5552-16, 11° du Code des transports.

L'exposé des motifs est rédigé de la manière suivante :

*« Au contraire du régime général de sécurité sociale, le régime des marins ne connaît pas de substitution d'une pension de vieillesse à la pension d'invalidité à l'âge minimum auquel s'ouvre ce droit.*

*« Les marins invalides perçoivent le plus souvent jusqu'à leur décès leur pension d'invalidité maladie, pension qui n'est pas réversible et dont les annuités ne sont pas prises en compte dans le calcul des pensions de retraite. Après leur décès, les pensions de veuves sont donc liquidées uniquement sur la Caisse de retraite des marins (CRM) et reposent sur un faible nombre d'annuités, fondé sur les seules années d'activité professionnelle ; leur montant est donc généralement très modeste, inférieur au minimum vieillesse. Le projet de texte, qui vise à améliorer la situation des veuves, consiste à : - permettre la validation pour pension des périodes passées en invalidité maladie jusqu'à ce que vingt-cinq annuités soient totalisées comme périodes validées pour pension ; - substituer une pension de vieillesse sur la CRM à la pension d'invalidité dès lors que les vingt-cinq annuités seraient atteintes à compter du cinquante-cinquième anniversaire du marin et au plus tard à soixante ans (âge de la substitution au régime général) quel que soit le nombre d'annuités ».*

Cet exposé des motifs de l'article 26 du PLFSS 2001 ne saurait avoir la portée que lui confère l'ENIM.

En premier lieu, la disposition législative est claire – qu'on la considère isolément ou avec le texte réglementaire pris pour son application, le décret n° 2001-764 du 28 août 2001 *modifiant* (en son article R.8) *le code des pensions de retraite des marins français du commerce, de pêche ou de plaisance* – de sorte que le dispositif ne paraît pas devoir faire l'objet d'une interprétation (en ce sens, cf « *Le recours aux travaux préparatoires et la volonté du législateur* », § 11, de Philippe Gérard, *in* L'interprétation en droit, Approche pluridisciplinaire, sous la direction de Michel Van de Kerchove).

En second lieu, et à supposer même que l'on s'estime en présence d'un texte obscur, nécessitant une interprétation, l'exposé des motifs qui ont été présentés aux parlementaires appelés au vote de la LFSS 2001, ne paraît pas de nature à fonder l'interprétation défendue par l'ENIM.

À la lecture de ces motifs, on peut considérer que les parlementaires, par le vote du texte, ont effectivement souhaité améliorer la situation des veuves de marins placés en invalidité - d'origine non professionnelle - en leur permettant d'accroître leur droit à réversion. C'est l'objectif que les motifs assignent expressément au texte.

Mais, on ne peut considérer que le vote du texte à la lumière des motifs précités, révèle la volonté des parlementaires de restreindre la pension de retraite du marin, en limitant à 25 le nombre d'annuités pouvant être prises en compte comme base de son calcul.

Cette limitation était peut-être - probablement - la volonté de l'auteur du projet de loi, en l'occurrence le ministre en charge de la sécurité sociale, par ailleurs ministre de tutelle de l'ENIM. Il ne l'a toutefois pas clairement exprimée dans l'exposé des motifs, d'une manière qui permette de retenir l'adhésion des parlementaires, par le vote du texte, à la limitation du droit à retraite des marins ayant connu une période d'invalidité.

En l'espèce, ni les termes clairs et précis du texte législatif - et de son décret d'application - ni l'exposé des motifs de ce texte tels que présentés aux parlementaires, ne permettent de retenir que le législateur – la représentation nationale – a entendu instaurer un régime de pension de retraite pour les marins en invalidité, dont la base de calcul ne pourrait excéder 25 annuités.

Il semble, dans ces conditions, que Monsieur X soit titulaire d'un droit à ce que sa pension de retraite soit calculée en prenant en considération l'ensemble de sa période d'invalidité (13 ans et 4 mois), ainsi que l'ensemble des années de navigation (23 ans, 10 mois et 29 jours), le cumul des deux périodes n'excédant pas la limite globale, applicable à tous les marins, de 37,5 annuités.

2°) 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 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 obligatoires, 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 est dépourvu 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 contestée 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. Elle ne saurait permettre la mise en œuvre, à l'égard des ressortissants du régime, 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 le fait les droits à retraite de Monsieur X.

L'ENIM se défend d'une telle méconnaissance en faisant valoir, d'une part, la nécessité d'une comparaison globale des régimes – et non prestation par prestation –, 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 à ces spécificités.

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 n'y auraient aucune justification.

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/d'équivalence de traitement doit reprendre ses droits et permettre 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, 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 est au moins équivalente à celle dont bénéficient les travailleurs occupés à terre.

La décision du Conseil constitutionnel du 6 mai 2011 relative à l'absence de possibilité pour le marin d'agir en reconnaissance de la faute inexcusable de son employeur (décision n° 2011-127 QPC), est à cet égard sans incidence. En effet, le Conseil constitutionnel a validé le principe de la spécificité du régime des marins au regard des exigences du principe constitutionnel d'égalité devant la loi, non de celles de la Convention du travail maritime de

l'OIT. Il a néanmoins, pour finir, émis une réserve d'interprétation en jugeant que cette spécificité n'était compatible avec le principe constitutionnel de responsabilité que dans la mesure où elle n'interdisait pas au marin de demander, devant les juridictions de la sécurité sociale, une indemnisation complémentaire dans les conditions prévues par le chapitre 2 du titre V du livre IV du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire en raison de la faute inexcusable de l'employeur – en l'occurrence l'armateur.

En toute hypothèse, le problème ici soulevé n'est pas celui de la spécificité du régime des marins, justifiée comme on l'a dit et comme le souligne le Conseil constitutionnel, « *eu égard aux conditions particulières dans lesquelles les marins exercent leurs fonctions et aux risques auxquels ils sont exposés* » (décision précitée), mais celui de l'équivalence de ses prestations avec celles bénéficiant aux travailleurs terrestres.

La spécificité du régime des marins, qui est justifiée et acceptée tant qu'elle permet une protection adaptée *aux conditions particulières dans lesquelles les marins exercent leurs fonctions et aux risques auxquels ils sont exposés*, ne saurait donc être invoquée comme obstacle au contrôle de l'équivalence de ses prestations avec celles attribuées aux gens de terre, contrôle auquel la Convention de l'OIT contraint les États signataires.

La Cour de cassation au demeurant, a déjà accepté de contrôler, à l'endroit du régime des marins, le respect du principe d'égalité devant la loi, en procédant à un examen précis et circonstancié des prestations en cause (Civ., 2<sup>ème</sup>, 7 mai 2014, pourvoi n° 13-16782). Si le Défenseur des droits ne partage pas l'analyse qui a été faite dans cet arrêt, position qu'il a eu l'occasion d'exprimer dans sa décision n° 2020-025 du 22 janvier 2020 (p.9 *in fine* et s.), il se félicite néanmoins de l'exercice, par la Cour de cassation, d'un contrôle qu'il estime nécessaire.

L'ENIM fait valoir qu' « *assurer des prestations équivalentes ne signifie pas assurer des prestations identiques* ». Certes, mais il n'en demeure pas moins que la vérification, du respect de la Convention de l'OIT, et par conséquent l'appréciation de l'équivalence entre les prestations, implique de comparer le niveau de la protection sociale des marins avec celui de la protection offerte aux travailleurs terrestres.

Il ne suffit pas d'instituer formellement des prestations censées répondre à la réalisation de risques sociaux et professionnels ; encore faut-il que ces prestations soient substantielles, et permettent aux marins de bénéficier, à côté des mesures et couvertures spécifiques liées à l'activité de navigation, d'un niveau d'indemnisation équivalent de celui offert aux travailleurs 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 préjudiciable 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.

### 3°) 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 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel n° 1* » (Civ. 2<sup>ème</sup>, 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).

Le droit de l'Union européenne interdit, lui aussi, les discriminations, particulièrement dans le domaine de l'emploi.

L'article 19 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne emporte, pour les États membres, une interdiction de discrimination dans le champ d'application matériel des directives - essentiellement en matière d'emploi et de prestations de service.

La Charte des droits fondamentaux – à laquelle le Traité de Lisbonne a conféré la valeur de droit primaire - institue en son article 21 l'interdiction de « *toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

Cette interdiction - qui se réfère à une liste non exhaustive de critères de discrimination, permettant ainsi aux juges, notamment, de retenir d'autres critères, tel l'état de santé - vaut, d'une manière générale, pour tout le champ d'application du droit de l'Union européenne.

Il ressort de la jurisprudence communautaire que l'octroi de droits dans le cadre de l'assurance vieillesse, dès lors que ceux-ci sont en rapport direct avec l'emploi qui a été occupé, qu'ils sont propres à un secteur professionnel donné et gérés par un régime exclusivement financé par les travailleurs et les employeurs de ce secteur, doivent être assimilés à de la rémunération au sens de l'article 141 du Traité de l'Union, peu important que l'affiliation audit régime soit rendue obligatoire par la loi (CJCE, 28 septembre 1994, Beune c Pays-Bas, C-7/93, Rec.I-4471 , point 20 et s. ; CJCE, 29 novembre 2001, C-366/99, Griesmar, points 27 et s. ; CJCE 1<sup>er</sup> avril 2008, Maruko, C-267/06, points 40 et s.). Ces arrêts, il faut le souligner, ont conduit à sanctionner certaines dispositions prévues au sein de régimes de prestations de retraite, ces dernières étant considérées comme des rémunérations, en raison de leur caractère discriminatoire.

En vertu du principe de primauté du droit de l'Union européenne, le juge national assure le plein effet des normes européennes « *en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* » (arrêt Simmenthal, CJCE, 9 mars 1978).

Enfin, 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 1<sup>er</sup> [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.

Cette situation paraît constituer 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 victime 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.

Il s'agit en effet, ici, 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 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 selon qu'un marin est resté valide ou a été placé en invalidité en raison de problème de santé, justification qui ferait de cette différence une mesure visant un objectif légitime, et proportionnée à cet objectif, le dispositif, manifestement discriminatoire, ne peut recevoir application.

Enfin, l'observation de l'ENIM, selon laquelle Monsieur X n'a « *pas formulé de question prioritaire de constitutionnalité ayant pour objet de faire déclarer le régime d'assurance vieillesse des marins comme discriminatoire ou inégalitaire eu égard à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* », est également inopérante.

D'une part, le principe d'interdiction des discriminations, en ce qu'il ne fait pas partie en tant que tel du bloc de constitutionnalité, ne peut être invoqué à l'appui d'une question prioritaire de constitutionnalité.

D'autre part, cette interdiction, si elle comporte un champ commun avec le principe d'égalité de traitement - une discrimination suppose la constatation d'un traitement inégalitaire - ne répond pas au même objectif puisqu'elle vise à ce qu'une personne ne puisse être traitée de façon défavorable, en raison d'un critère de distinction prohibé.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits entend soumettre à l'appréciation de la Cour d'appel de Z.

Claire HÉDON