

Pavillon et lien substantiel

Serge Beslier, membre de l'Académie de marine

La situation internationale, guerre en Ukraine et au Proche-Orient, l'épidémie de coronavirus, ont remis dans le feu de l'actualité le rôle du transport maritime, acteur privé, clé de la mondialisation, au regard du rôle de la puissance étatique, responsable de la sécurité de la nation. Les navires ont une nationalité et sont placés sous la juridiction exclusive des Etats qui leur accordent leur pavillon. Le terme de souveraineté revient régulièrement dans le débat. La souveraineté d'un Etat ne peut s'exercer que sur les navires battant son pavillon. Les flottes contrôlées par les armements européens sont majoritairement placées sous pavillon tiers. Comment les Etats peuvent-ils contrôler des navires nécessaires pour assurer la sécurité des approvisionnements de la nation en temps de crise alors qu'ils n'ont pas de lien juridique leur donnant autorité sur ces navires ? Voici quelques éléments de réflexion sur l'état du droit international et son application par la collectivité internationale.

Le droit international.

La Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer (Montégo Bay 1982) indique (Art 91) que : « *Chaque Etat fixe les conditions auxquelles il soumet l'attribution de sa nationalité aux navires, les conditions d'immatriculation des navires sur son territoire et les conditions requises pour qu'ils aient le droit de battre son pavillon. Les navires possèdent la nationalité de l'Etat dont ils sont autorisés à battre le pavillon. Il doit exister un lien substantiel entre l'Etat et le navire* ».

Bien que le lien substantiel ne soit pas défini par la Convention, celle-ci précise (Art 94) que: « *Tout Etat exerce effectivement sa juridiction et son contrôle dans les domaines administratifs, technique et social sur les navires battant son pavillon* ». Les principales obligations de l'Etat de pavillon sont ensuite énumérées dans le corps de l'article.

La Convention des Nations Unies sur les conditions d'immatriculation des navires (Genève 1986) prévoit des normes internationales pour l'immatriculation des navires dans un registre national, fait référence au lien substantiel, au recrutement des équipages, à la propriété, à la gestion et à la responsabilité de l'Etat de pavillon.

La Convention de Genève n'est jamais entrée en vigueur. Elle exigeait pour ce faire la ratification ou l'adhésion de 40 Etats représentant au moins 20 % du tonnage mondial. Elle n'en réunit à ce jour que 15. La France ne l'a ni signée ni ratifiée. Parmi les Etats membres de l'UE, seules la Bulgarie (en 1989) et la Hongrie (en 1996) y ont adhéré.

La période n'était sans doute pas favorable à l'adoption d'une telle convention par la collectivité internationale :

- La crise pétrolière des années 70 avait généré une crise économique entraînant une surcapacité du transport maritime exacerbant la concurrence qui avait conduit de nombreux armements à transférer leur flotte sous pavillon de complaisance.
- La dérégulation de l'économie mondiale au début des années 80, voulue par le président Reagan, soutenue par la PM Margareth Thatcher au niveau européen, n'incitait pas à l'adoption de nouvelles normes internationales.
- La décolonisation et la disparition des empires coloniaux a entraîné la disparition des trafics réservés et avait conduit à un affaiblissement des conférences maritimes ainsi qu'à la prolifération des paradis fiscaux dont la liste coïncide largement avec celle des pays offrant complaisamment leur pavillon

Dans l'affaire du SAIGA (1997/1999), le jugement du Tribunal International du Droit de la Mer a consacré un chapitre à l'analyse du lien substantiel.

La Guinée avait contesté le lien substantiel existant entre le SAIGA et son Etat de pavillon, Saint Vincent et Grenadine. La Guinée soutenait l'irrégularité de l'immatriculation d'un navire appartenant à une société chypriote, géré par une société écossaise, affrété par une société suisse, dont la cargaison était la propriété d'une autre société suisse, dont le capitaine et son équipage étaient ukrainiens, procédant à des opérations d'avitaillement de navires de pêche en mer (en dehors de tout contrôle d'une autorité portuaire), soupçonné de contrebande et dont la matérialité même de l'immatriculation était douteuse à la date de l'arraisonnement.

Saint Vincent et Grenadine soutenait que cette immatriculation était régulière au regard de sa législation.

Le tribunal a rejeté la demande guinéenne en faisant la distinction entre les conditions à satisfaire pour immatriculer un navire et les obligations qui incombent à l'Etat de pavillon. L'Etat de pavillon dispose d'une compétence exclusive en matière d'attribution de sa nationalité à des navires. Il s'agit d'un problème de droit interne et d'une question de fait. Il suffit que l'armateur accepte de se soumettre à la juridiction de l'Etat de pavillon pour y immatriculer son navire.

Le tribunal cite l'Accord sur la pêche des NU de 1995 en soulignant que les dispositions de cet Accord « énoncent dans le détail les obligations qui incombent aux Etats de pavillon des navires de pêche mais ne traite pas des conditions à satisfaire pour l'immatriculation de ces navires de pêche »

Pour ce qui concerne les navires de pêche.

La collectivité internationale a développé une activité intense à partir des années 90, à l'occasion des travaux de la FAO sur le Code de conduite pour une pêche responsable, lors de la rédaction des plans d'action internationaux et européens pour lutter contre la pêche illégale ainsi que lors de la négociation pour l'Accord des Nations Unies sur les poissons migrants et lors de l'élaboration des résolutions annuelles de l'Assemblée générale des Nations Unies sur la pêche.

Le problème posé par la pêche illicite effectuée par des navires battant pavillon de complaisance a très vite été au centre des débats et la question du lien substantiel a été posée.

Ce concept juridique étant commun aux différents modes d'usage de la mer, la FAO avait proposé de travailler conjointement avec l'OMI pour essayer d'en définir le contenu juridique. Un groupe de travail en commun avait été constitué mais l'OMI a très vite fait savoir que la définition des conditions d'attribution du pavillon appartenait à l'Etat de pavillon et n'a pas donné suite.

La recherche d'une solution à partir de la définition du lien substantiel étant apparue comme une impasse d'autres solutions propres au secteur de la pêche ont été explorées afin de définir des réponses palliatives ou substitutives permettant de mobiliser d'autres responsabilités que celles de l'Etat de pavillon en cas de défaillance de ce dernier.

L'accord de la FAO visant à favoriser le respect par les navires de pêche en haute mer des mesures internationales de conservations et de gestion dit « Accord de conformité » a été adopté par le Conseil de la FAO en 1993 et est entré en vigueur en 2003. Cet accord définit les obligations et les responsabilités des Etats de pavillon lorsqu'ils immatriculent un navire de pêche (tenue du registre d'immatriculation, autorisation de pêche, mesures de contrôle). Le titre initial proposé par la FAO faisait référence aux conditions d'octroi du pavillon aux navires de pêche par les Etats. Cette terminologie a été refusée par les Parties contractantes car elle pouvait être interprétée comme un essai de définition du lien substantiel.

L'Accord des Nations Unies sur les stocks chevauchants et les grands migrateurs, adopté en 1995, introduit :

- Art 8§4 : la possibilité pour les seuls Etats membres des Organisations Régionales de Gestion des Pêches (ORGP) ou des Etats coopérants avec celles-ci d'avoir accès aux ressources halieutiques de la haute mer.

- Art 20 et 21 : la possibilité d'un contrôle mutuel en haute mer par dérogation au principe de juridiction exclusive (Art 92 de la Convention de 1982) de l'Etat de pavillon sur ses navires en haute mer. Il permet d'arraisonner et éventuellement de le dérouter, un navire battant pavillon d'un Etat qui n'assume pas ses obligations de coopérer pour la conservation des ressources de la haute mer et ne contrôle pas effectivement l'activité de ses navires à cet effet.

Lors de sa session de mars 2007, le Comité des pêches de la FAO (COFI/FAO) a donné mandat à cette organisation pour développer des critères pour évaluer les performances des Etats de pavillon et pour examiner les actions possibles contre les navires battant pavillon des Etats ne respectant pas ces critères. La définition de critères de performance permet de définir implicitement le lien substantiel sans toucher au dogme de la définition de l'attribution de la nationalité aux navires.

La définition de critères juridiques agréés par la collectivité internationale devait permettre à la Communauté d'envisager des mesures de rétorsion commerciale non seulement à l'égard des navires à titre individuel mais aussi à l'égard des pays qui ne respectent pas ces standards tout en minimisant les risques du côté de l'Organisation Mondiale du Commerce.

En 2004, lors de la révision du règlement de base de la PCP (Rgt UE n°1380/2013), le Conseil a étendu le champ d'application de cette politique aux ressortissants des Etats membres afin de pouvoir poursuivre pénalement les armateurs ou les capitaines de navires de pêche commettant des infractions aux règles internationales de conservation et de gestion des ressources halieutiques sous le pavillon de pays tiers (ou de complaisance). Lors des travaux préparatoires, seule la France avait émis une réserve, à la demande du ministère de la justice, due au fait qu'il s'agissait d'une application extra territoriale du droit européen non conforme à ses traditions juridictionnelles. Au cours de la procédure elle a accepté de lever sa réserve à condition que l'on ajoute « sans préjudice de la responsabilité principale de l'Etat de pavillon ». Elle n'a jamais répondu aux demandes de la Commission pour indiquer quelles mesures avaient été introduites dans le droit pénal français pour permettre aux tribunaux de sanctionner de telles infractions.

En 2008, le Conseil et le parlement européen ont adopté un règlement (Rgt UE n° 1005/2008) destiné à prévenir, à décourager et à éradiquer la pêche illicite, non déclarée et non réglementée. Il permet d'interdire l'accès aux ports européens des navires de pêche battant pavillon de pays tiers identifiés comme pratiquant une pêche illégale aussi bien pour y faire des opérations d'avitaillement que des opérations commerciales. Les pays identifiés par les ORGP comme étant non coopérant font l'objet d'interdiction d'importation des produits de la pêche sur le territoire européen quel que soit le mode de transport utilisé.

En 2009, la FAO, sur proposition de l'UE et de la Norvège, a adopté un accord relatif aux mesures de l'Etat de port qui cible spécifiquement la pêche illégale, entré en vigueur en 2016. Il s'applique aux navires de pêche qui tentent de débarquer dans un port autre que celui de leur Etat de pavillon.

Pavillons de complaisance et paradis fiscaux.

Les registres de libre immatriculation ne constituent pas, par définition, une perversion. Il a, de tout temps, existé dans le domaine du transport maritime des pavillons de service comme il existe des sociétés de service sur la scène internationale, telles que les banques ou les assurances.

Le concept de flotte de service ne semble cependant pas transposable aux activités de pêche.

Les armateurs au commerce se déterminent pour le choix du pavillon de leurs navires par des raisons qui sont devenues essentiellement concurrentielles alors que dans le secteur de la pêche l'objectif est de se soustraire aux contraintes étatiques en matière de conservation et d'exploitation des ressources halieutiques.

Les questions concernant la sécurité des navires et de la navigation ainsi que les standards sociaux et les conditions de formation applicables aux gens de mer ont fait des progrès certains au cours des dernières décennies. Les pavillons de complaisance continuent cependant à séduire les armateurs au commerce essentiellement en raison de la défiscalisation dont ils y bénéficient.

Les pays à pavillon de complaisance sont en effet dans la majorité des cas des paradis fiscaux.

Le phénomène des paradis fiscaux n'affecte pas que les activités économiques exercées dans l'espace maritime. Les problèmes qui les concernent ne peuvent donc être traités en silos même si l'on admet qu'il existe un certain particularisme chez les gens de mer.

Il encourage la fuite des capitaux.

Il favorise le blanchiment de l'argent provenant du crime organisé et du trafic de drogue.

Il diffuse un sentiment d'injustice fiscale dans le corps social, perçu comme une rupture du pacte social qui favorise le populisme, le retour au nationalisme et le repli sur soi.

Contexte européen.

Il semble difficile d'envisager un débat concernant la place du secteur maritime, par nature mondialisé, dans la sécurité des approvisionnements de la nation, sans évoquer le rôle de l'Union européenne.

La compétence de l'Union Européenne (UE) repose sur un principe d'attribution. Elle ne peut intervenir que dans les domaines dans lesquels les Etats Membres (EM) lui ont transféré tout ou partie de leur souveraineté.

La politique commune de la pêche, est une compétence exclusive de l'UE. Le débat y est donc naturel.

La politique des transports est une compétence partagée. Celle des transports maritimes a longtemps été ciblée sur les questions de concurrence, plutôt internes à l'UE qu'internationales, avec une orientation plus favorable aux chargeurs qu'aux armateurs. Ce n'est qu'après le naufrage de l'Erika que les questions de sécurité y ont été abordées. Le choix du niveau d'intervention repose sur le principe de subsidiarité et suppose donc un consensus politique sur le choix qui paraît le plus approprié pour défendre les intérêts d'un secteur d'activité sur la scène internationale.

La définition de la nationalité des navires et donc du lien qui relie chaque EM aux navires battant son pavillon, est une compétence exclusivement nationale.

Lorsque les Britanniques décidèrent de créer un registre fermé, propre aux navires de pêche, pour contrer l'achat de leurs navires de pêche par les Espagnols (quota hopping) ils se heurtèrent dans un premier temps à la Cour de Justice de l'UE pour avoir réservé leur pavillon à leurs nationaux. Dans un deuxième temps ils demandèrent à la Commission de faire une proposition législative définissant les conditions d'immatriculation des navires de pêche sous pavillon d'un EM. La Commission ne put donner suite. Le Commissaire Fischler accepta d'adresser une lettre au gouvernement britannique, rédigée par le Service juridique de la Commission, indiquant les limites de ce qui était acceptable du point de vue de la définition du lien substantiel par un EM de l'UE au regard du droit européen.

La politique fiscale est également une politique qui relève de la souveraineté des Etats membres. Il existe des paradis fiscaux à l'intérieur même de l'Union : Chypre, Malte, le Luxembourg et l'Irlande. Le mécanisme fiscal de la taxe au tonnage pratiqué par la France et 17 pays de l'Union européenne a été validé par la Commission européenne au titre du

respect des règles internes de concurrence. Elle ne relève pas d'une politique fiscale commune mais de la politique de concurrence qui constitue aussi une compétence exclusive.

Contexte économique mondial.

Depuis la seconde moitié du XXème siècle, les Etats souverains ont largement perdu la main du contrôle de l'économie mondiale au profit d'opérateurs privés non seulement dans le domaine du transport maritime mais aussi dans d'autres secteurs comme celui des GAFAs. Ce que Pascal LAMY, ancien DG de l'OMC, qualifie de « mondialisation non maîtrisée ».

La loi américaine sur les « Foreign Sales Corporation » créées à la fin des années 70, accordant des avantages fiscaux aux entreprises américaines exportatrices, régulièrement contesté devant l'OMC par l'UE et régulièrement amendée en fonction du résultat des panels de l'OMC, a renforcé l'emprise de l'économie américaine sur l'économie mondiale. Les FSC font largement appel aux paradis fiscaux, y compris sur le territoire des Etats Unis (Delaware).

Le projet de convention sur la taxation minimale des bénéficiaires des sociétés multinationales, bien qu'elle ne concerne pas directement le secteur maritime, récemment adoptée dans le cadre de l'OCDE, ne sera vraisemblablement pas ratifié par les Etats Unis. Ce qui n'est pas de bon augure pour un changement de position de leur part à l'égard des paradis fiscaux et de leur sous-produit, les pavillons de complaisance.

Tant que les Etats Unis domineront l'économie mondiale, il sera difficile de faire bouger les choses.