

# Du lien substantiel en Europe...

Antoine Le Monnier de Gouville

Juriste, doctorant à l'Université de Lille 2

**L'État du pavillon, membre de l'Union européenne, peut-il encore imposer des conditions de nationalité pour l'octroi de son pavillon ?** La question mérite d'être posée à l'occasion de très intéressantes conclusions formulées par l'avocat général près la Cour de justice des communautés européennes, Philippe Léger, fin mai 2004<sup>1</sup>. L'affaire oppose la Commission européenne aux Pays-Bas quant aux critères de réalisation du « lien substantiel » de l'article 91, § 1 de la convention de Montego bay sur le droit de la mer. Ce lien « authentique » ou « véritable »<sup>2</sup> entre le navire et l'État dont il porte le pavillon a fait couler beaucoup d'encre, sans que de réels critères aient pu faire l'unanimité. Mais l'existence de ce lien a-t-il encore un sens en droit communautaire ?

L'affaire, qui sera jugée prochainement, a pour origine une requête de la Commission européenne estimant que les Pays-Bas ne respectent pas le traité de Rome dès lors que leur loi subordonne l'immatriculation des navires hollandais à la condition que les propriétaires de navires (actionnaires et administrateurs) possèdent la nationalité d'un État membre de l'Union européenne. Au premier abord, la condition d'octroi semble conforme aux règles du traité puisqu'il n'est pas opéré de différence entre les nationaux et les autres ressortissants communautaires.

Les critères possibles de rattachement entre un navire et un État sont multiples : le lieu de construction, la nationalité de l'équipage, du capitaine, de l'armateur, l'origine des capitaux, etc. L'avocat général se situe sur un autre terrain : celui de la liberté d'établissement, élevée au rang de liberté fondamentale par les articles 43 et suivants du traité de Rome. **Le droit communautaire pose en principe que toute entreprise communautaire doit pouvoir s'établir dans n'importe quel État membre de l'Union européenne sans restriction liée à la nationalité.** Par conséquent, la législation néerlandaise qui s'attache à la nationalité des actionnaires ou administrateurs des sociétés d'armement restreint la liberté d'établissement des sociétés d'armement communautaires. En effet, le traité s'attache à la nationalité de l'entreprise, personne morale, non à celle des personnes physiques qui la détiennent ou la gèrent. Ainsi, des personnes physiques ayant la nationalité d'un État non membre de l'Union européenne peuvent parfaitement constituer une société d'armement conforme à la législation d'un État membre, en devenir actionnaire ou l'administrer et bénéficier ainsi de la liberté d'établissement. Cette règle s'applique également aux filiales et établissements secondaires d'une holding non communautaire, ce qui offre une grande latitude.

Pour l'avocat général, le non respect de la liberté d'établissement est de nature à décourager les sociétés qui souhaiteraient immatriculer leurs navires sous un pavillon européen. Une liberté d'établissement envisagée au sens large serait donc facteur de

---

<sup>1</sup> Affaire C-299/02, conclusions Philippe Léger du 27 mai 2004, Commission contre Royaume des Pays-Bas.

<sup>2</sup> La traduction stricte de l'anglais « *genuine* » apparaît plus ferme que la version française (« substantiel »).

redynamisation des flottes européennes, quand bien même l'armement ne serait européen que statutairement.

L'angle d'attaque est ici particulièrement original puisque finalement les conditions d'immatriculation sont analysées au premier abord, non pas au regard du « lien substantiel » et du droit international, mais au regard du droit communautaire. L'analyse est rigoureuse en droit européen des affaires. Néanmoins, l'avocat général a le souci de pousser l'analyse à son terme et de préciser qu'il existe des restrictions aux règles communautaires dès lors qu'elles remplissent un objectif légitime compatible avec le traité ou qu'elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général. Or, justement, une telle raison supérieure pourrait être tirée du droit international et de son lien substantiel. **Néanmoins, l'avocat général s'appuie sur l'arrêt *Saiga 2* de 1999 du tribunal international du droit de la mer<sup>3</sup> pour préciser que le but du lien substantiel est d'assurer un respect plus efficace par les États du pavillon de leurs obligations.** Par conséquent, ce n'est pas du côté de l'armateur ou du navire qu'il faut se situer lorsqu'est invoqué le défaut de lien substantiel, mais du côté de l'État du pavillon. Le lien substantiel ne servirait pas à définir des conditions préalables d'immatriculation, mais à imposer des obligations aux États du pavillon, tenant notamment à la navigabilité des navires, à la sécurité maritime, en un mot, à « l'effectivité du contrôle et de la juridiction » sur leurs navires. En effet, « *le fait qu'un navire appartienne majoritairement à une ou plusieurs sociétés dont le capital social ou la direction sont composés, pour l'essentiel, de ressortissants d'États tiers ne s'oppose pas à ce qu'un État membre, en tant qu'État du pavillon, exerce effectivement sa juridiction et son contrôle sur ce navire* ». Le seul rattachement physique que l'avocat général estime « utile d'imposer », est celui qui vise à assurer la gestion principale des navires depuis l'État de leur pavillon. Outre le contrôle de sécurité ou de sûreté que ce dernier peut assurer, c'est sûrement le dernier critère qui pourrait encore permettre de distinguer un État communautaire d'un État de libre immatriculation.

Et si finalement, l'avocat général plaide pour le rejet du grief, ce n'est que parce que des règlements communautaires actuellement en vigueur en matière aérienne et fluviale imposent des conditions similaires à celles de la réglementation maritime néerlandaise. Compte tenu de la sensibilité de l'opinion publique en matière de sécurité maritime, il y a de fortes chances que la Cour suive les conclusions commentées. Toutefois, on sent que c'est à regret que l'avocat général conclut en ce sens. Il n'est donc pas exclu que la Cour s'arrête aux premiers arguments.

Quelle que soit la solution, il est d'ores et déjà possible de tirer quelques enseignements du processus qui se joue en matière de lien substantiel. D'une part, ce lien ne doit pas s'entendre comme une condition d'octroi du pavillon. D'autre part, la nationalité des actionnaires ou des administrateurs de la société d'armement importe peu, de même que la nationalité du capitaine<sup>4</sup> ou de l'équipage n'est plus réellement une condition d'accès au pavillon. Seule la nationalité de la société et le lieu à partir duquel elle opère sont encore susceptibles de compter. **Enfin, la vérification de l'existence d'un lien substantiel doit s'opérer non pas au regard de la situation de l'armateur, mais au regard du contrôle et de la juridiction exercés par l'État du pavillon sur le navire.**

Certes, ces conclusions sont de nature à faciliter l'octroi de la nationalité aux navires et ainsi renforcer la taille des flottes communautaires. Toutefois, l'absence de condition de nationalité est également de nature à faciliter l'accès à un pavillon européen à des organisations menant des activités illicites et/ou criminelles, celles-ci cherchant à opérer dans la plus grande discrétion. C'est tout le paradoxe de l'application

---

<sup>3</sup> TIDM, installé depuis 1996 à Hambourg ([www.itlos.org](http://www.itlos.org)).

<sup>4</sup> Voir l'article « Le capitaine et le pavillon », in N° 467 de la Revue Maritime, à propos de deux arrêts de la CJCE du 30 septembre 2003.