

DISCRIMINATIONS Accord collectif – Salariés de nationalité étrangère à l’Union européenne – Affectation sur certaines lignes en rapport avec la langue et la culture de leur État de nationalité étant prioritaire au traitement de leurs *desiderata* de vols – Rythme de travail spécifique – Différence de traitement ne constituant pas une exigence proportionnée et justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination – Nullité de l’accord.

COUR D’APPEL DE PARIS (Pôle 6 – Ch. 2) 4 octobre 2018

SA Air France contre Syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf (n° RG 17/16479)

Statuant sur l’appel interjeté le 31 juillet 2017 par la SA Air France à l’encontre d’un jugement rendu le 6 juillet 2017 par le Tribunal de grande instance de Bobigny qui a :

- annulé l’« Accord concernant le recrutement et l’utilisation de PNC de nationalité étrangère à l’Union européenne » signé le 4 février 2016 par la SA Air France, le syndicat UNSA et le syndicat SNPNC ;
- condamné la SA Air France à payer au syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf la somme de 2.000 euros au titre de l’article 700 du Code de procédure civile ;
- rejeté la demande de la SA Air France relative à l’application de l’article 700 du Code de procédure civile.

Vu les conclusions déposées le 9 avril 2018 sur le RPVA par la SA Air France qui demande à la cour d’infirmier le jugement déferé et, statuant à nouveau, de :

- juger le syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf infondé en ses demandes ;

En conséquence,

- débouter le syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf de l’ensemble de ses demandes ;
- condamner le syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf au paiement de la somme de 3.000 euros au titre de l’article 700 du Code de procédure civile.

Vu les conclusions déposées le 30 avril 2018 sur le RPVA par le syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf

qui demande à la cour de :

- juger que les articles 3, 4 et 6 de l’accord concernant le recrutement et l’utilisation de PNC de nationalité étrangère à l’Union européenne sont discriminatoires ;

En conséquence,

- confirmer la nullité de l’accord concernant le recrutement et l’utilisation de PNC de nationalité étrangère à l’Union européenne ;
- condamner la SA Air France au paiement de la somme de 3.000 euros au titre de l’article 700 du Code de procédure civile.

Vu les observations du ministère public en date du 18 mai 2018, les parties ayant eu la possibilité de reprendre la parole après lui ;

Vu l’ordonnance de clôture en date du 24 mai 2018 ;

SUR CE, LA COUR

Faits et procédure :

Le 4 février 2014, un nouvel accord annulant et remplaçant un précédent accord en date du 11 août 2008 a été conclu au sein de la SA Air France concernant le recrutement et l’utilisation du personnel navigant commercial (PNC) de nationalité étrangère à l’Union européenne.

Le syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf, estimant cet accord discriminatoire, a assigné la SA Air France par acte d’huissier du 22 janvier 2015 devant le Tribunal de grande instance de Bobigny.

C'est dans ces conditions qu'a été rendu le jugement déferé.

Motivation :

Selon l'article L.2251-1 du Code du travail, une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur.

Ils ne peuvent déroger aux dispositions qui revêtent un caractère d'ordre public.

Aux termes de l'article 1132 du même code, [...] aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, [...] en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou à raison de son état de santé ou de son handicap.

Il convient de faire application de l'article L.1134-1 du même code selon lequel il appartient à celui qui se prévaut de ces dispositions de présenter des éléments de fait laissant supposer l'existence de discrimination directe ou indirecte, au vu desquels il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est motivée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le syndicat CFTD Groupe Air France Spassaf fait valoir qu'aux termes de l'accord du 4 février 2014, les PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne sont traités différemment des autres PNC ressortissants d'un État membre du seul fait de leur nationalité, la SA Air France soutenant que ce traitement différencié est motivé par des raisons objectives étrangères à toute discrimination.

Selon le préambule de l'accord, le recrutement de PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne s'inscrit dans le cadre de la politique de la SA Air France, tant au plan commercial pour le développement et la fidélisation de la clientèle de leur pays d'origine qu'au plan de l'exploitation et qu'au plan social.

Il est précisé à l'article 2 « Engagement » que le PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne est recruté selon un contrat de droit français à durée indéterminée, la base normale d'affectation principale de ces PNC étant la région Île-de-France, et que les dispositions conventionnelles en vigueur applicable au PNC leur sont applicables, à l'exception des spécificités prévues dans l'accord.

L'article 3 de l'accord du 4 février 2014 « Conditions de travail » prévoit que ce recrutement intervient dans le cadre du développement d'Air France sur un

marché dont les spécificités de la clientèle nécessitent une connaissance particulière de la langue et de la culture, que ces PNC sont dédiés à des lignes identifiées.

La couverture des « compositions équipage » des lignes pour lesquelles ils ont été embauchés est prioritaire au traitement de leurs *desiderata* vol sur d'autres lignes...

Vainement, la SA Air France se réfère au principe jurisprudentiel selon lequel des différences de traitement entre salariés, exerçant au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes, opérées par voie de convention ou d'accord collectifs, négociés et signés par les organisations syndicales représentatives, sont présumées justifiées, de sorte qu'il appartient à celui qui les conteste de démontrer qu'elles sont étrangères à toute considération de nature professionnelle.

En effet, force est de constater qu'il n'est pas expressément allégué, et encore moins établi, que le personnel navigant commercial de nationalité étrangère à l'Union européenne exerceraient des fonctions distinctes de celles de leurs collègues PNC exerçant sur les autres vols de la SA Air France.

Le lieu de destination du vol, comme la connaissance de la langue et de la culture d'une clientèle que la SA Air France entend développer et fidéliser par le recrutement de ces personnels, ne permet pas pour autant de constater que le cœur du métier de ces PNC est distinct de celui des autres salariés relevant de cette catégorie.

Par ailleurs, concernant l'exploitation des vols dont il est fait état dans le préambule, les statistiques communiquées par l'appelante, limitées aux seuls Brésil et Japon, sont insuffisantes à démontrer la pertinence d'un dispositif à vocation générale ayant la nationalité pour fondement exclusif pour l'ensemble des pays, hors Union européenne.

- De plus, et ainsi que le souligne le ministère public, il est possible, en dehors du critère de la nationalité, de recourir pour les vols visés par l'accord à des interprètes, voire d'y affecter des salariés qui, sans avoir la nationalité de la destination concernée, ont obtenu un diplôme leur permettant de maîtriser la langue requise ou la culture de certaines populations, au regard d'un critère de compétence et non plus de nationalité.

L'article 4 instaure au profit du PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne un rythme de travail spécifique, à savoir un « *temps de travail à temps alterné à durée indéterminé* », qui lui reste acquis tant que l'activité vol de ce PNC est dédiée aux lignes pour lesquelles il a été embauché.

La SA Air France ne verse aucun élément objectif justifiant cette différence de rythme de travail, tenant, selon elle, à sa volonté de développer son activité, d'assurer la sécurité et un meilleur service à la clientèle, alors que ces impératifs s'imposent à elle pour l'ensemble des lignes qu'elle exploite et

qu'il est expressément fait mention, à l'article 2 de l'accord, de ce que le PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne est placé dans une situation juridique identique à celle des autres PNC, en ce que son contrat de travail est un contrat de droit français, que la base normale de son affectation est la région Île-de-France et qu'il relève, par ailleurs, du régime conventionnel en vigueur dans l'entreprise.

L'article 6 « Composition d'arbitrage » prévoit que « les compétences spécifiques apportées par ces PNC sur les lignes dédiées sont intégrées aux compositions d'équipage à hauteur maximum de :

- 2 PNC si la composition de l'équipage est située entre 5 et 8 PNC,
- 3 PNC si la composition de l'équipage est située entre 9 et 12 PNC,
- 4 PNC si la composition de l'équipage est située entre 13 et 16 PNC,
- 5 PNC si la composition de l'équipage à 17 PNC... ».

C'est par de justes motifs que la cour adopte que le tribunal, après avoir constaté que la SA Air France ne fournit pas d'élément objectif au soutien de son affirmation selon laquelle cet article est destiné à assurer, par la mixité des équipages, une parfaite compréhension des consignes, a estimé que la pertinence de la limitation ainsi mise en œuvre n'était pas établie, soulignant le fait qu'il est paradoxal d'invoquer tout à la fois la nécessité d'affecter sur les lignes concernées des personnels de la nationalité des passagers transportés pour des raisons de sécurité, notamment, et d'en limiter le nombre.

La SA Air France échoue à démontrer que la différence de traitement entre PNC, ressortissants de l'Union européenne, et PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne constitue une exigence proportionnée et justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination.

Il convient de confirmer le jugement déféré en ce qu'il a annulé l'« Accord concernant le recrutement et l'utilisation de PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne » signé le 4 février 2016 par la SA Air France, le syndicat UNSA et le syndicat SNPNC

Sur l'article 700 du Code de procédure civile :

L'équité commande tout à la fois de confirmer le jugement en ce qu'il a accordé au syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf la somme de 2.000 euros en application des dispositions de l'article 700 du Code de procédure civile et de lui allouer de nouveau 2.000 euros sur le même fondement au titre des sommes qu'il a dû exposer en cause d'appel.

PAR CES MOTIFS

Confirme le jugement déféré en toutes ses dispositions,
Y ajoutant,

Condamne la SA Air France à payer au syndicat CFDT Groupe Air France Spassaf la somme de 2.000 euros au titre de l'article 700 du Code de procédure civile,

Condamne la SA Air France aux entiers dépens.

Note.

En l'espèce, un accord collectif « concernant le recrutement et l'utilisation du personnel navigant commercial (PNC) de nationalité étrangère à l'Union européenne » a été conclu le 4 février 2016 au sein de la Société Air France qui, selon le préambule de cet accord, « emploie depuis de nombreuses années du personnel navigant commercial de nationalité étrangère à l'Union européenne et souhaite poursuivre cette politique », notamment « pour le développement et la fidélisation de la clientèle de leur pays d'origine ». Ces salariés, recrutés par contrat de droit français, sont, en principe, soumis au même statut collectif que les autres PNC ressortissants de l'Union européenne. Mais l'objet même de l'accord litigieux est de les soumettre à quelques règles spécifiques (art. 2 de l'accord). Il est ainsi prévu que ces salariés sont prioritairement affectés sur les lignes empruntées par des personnes parlant la langue du pays dont ils sont originaires, indépendamment de leur *desiderata* de vol sur d'autres lignes (art. 3 de l'accord). Sur ces lignes, ils sont soumis à un rythme de travail différent des salariés ayant la nationalité d'un pays membre de l'Union européenne (art. 4 de l'accord). L'accord prévoit également un quota maximum de salariés de nationalité d'un pays tiers sur les lignes pour lesquelles ils ont été recrutés, en fonction de la composition de l'équipage (art. 6 de l'accord).

Cet accord collectif aménage donc un régime spécifique pour les salariés de nationalité étrangère à l'Union européenne. Autrement dit, il crée une différence de traitement entre les salariés, ostensiblement fondée sur le critère de la nationalité. C'est donc une discrimination directe. Seul l'article L. 1132-1 du Code du travail est invoqué par un syndicat de salariés non signataire pour demander la nullité de l'accord litigieux. Nul besoin ici de mobiliser le droit de l'Union européenne qui, en tout état de cause, ne sanctionne que les discriminations fondées sur la nationalité qui affectent les ressortissants de l'Union européenne dans l'exercice de leur liberté de circulation. Même si l'article L. 1132-1 n'utilise pas le mot « nationalité », il n'en sanctionne pas moins toute mesure fondée sur l'appartenance « vraie ou supposée, à (...) une nation ».

La Cour d'appel de Paris a, dans un arrêt confirmatif en date du 4 octobre 2018, annulé cet accord collectif discriminatoire, au motif que la Société Air France « échoue à démontrer que la différence de traitement entre PNC, ressortissants de l'Union européenne, et PNC de nationalité étrangère à l'Union européenne, constitue une exigence proportionnée et justifiée par des éléments étrangers à toute discrimination ».

Dans cette décision en demi-teinte, au-delà de l'annulation de l'accord dans son entier, c'est le fait même que les juges du fond se soient attachés à vérifier si la discrimination directement fondée sur la nationalité était légitime qui mérite notre attention. Car rechercher si, en l'espèce, la discrimination est justifiée et proportionnée (II) revient à admettre qu'une discrimination directe peut être admise (I). Et c'est sur ce point que la décision de la Cour d'appel nous interpelle d'abord.

I. Une discrimination directement fondée sur la nationalité instaurée par accord collectif peut être légitimée

Les juges du fond se sont saisis de l'article L. 1134-1, qui organise le partage de la charge de la preuve de la discrimination entre le salarié qui « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » et l'employeur qui doit ensuite « prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ». Ils en ont déduit qu'il y avait lieu d'examiner chacune des dispositions conventionnelles litigieuses afin de déterminer si elles « constituent ou non une discrimination ».

Mais ce texte n'autorise pas l'employeur à justifier une discrimination directe. Il signifie seulement que l'employeur peut échapper à une condamnation s'il parvient à démontrer que la mesure litigieuse est justifiée par un motif légitime autre que celui de la nationalité. C'est l'absence de lien avec l'un des critères prohibés par la loi qui autorise la différence de traitement et permet d'écarter la qualification de discrimination. Dès lors, en présence d'une mesure qui se réfère expressément à un critère distinctif interdit, il s'agit d'une discrimination et l'employeur ne devrait pas pouvoir se défendre. C'est la « rude simplicité d'une règle de non-discrimination » qui « fort logiquement, ne laisse place à aucune possibilité de justification de la mesure contestée, dès lors que son motif, inscrit sur sa longue « liste noire », est établi » (1). En effet, « une discrimination ne peut pas être justifiée par une raison supérieure puisque sa prohibition a précisément pour objet de protéger une valeur supérieure » (2).

En l'espèce, l'accord collectif vise spécialement, dans son intitulé, les salariés de nationalités étran-

gères à l'Union européenne et pose des conditions de recrutement et d'emploi propres à ces salariés. Le syndicat n'éprouve donc ici aucune difficulté à présenter des éléments qui laissent présumer, et même établissent, l'existence d'une discrimination directement fondée sur la nationalité. En revanche, l'on ne voit pas comment l'employeur peut ensuite parvenir à prouver que les dispositions conventionnelles litigieuses applicables aux seuls salariés de nationalité d'un pays tiers à l'Union européenne reposent sur un autre motif, distinct de celui de la nationalité.

À cet égard, on ne peut qu'approuver le fait que la Cour d'appel ait écarté l'application de la présomption de justification des différences de traitement instaurées par voie d'accord collectif négocié et signé par les organisations syndicales représentatives (3). Parce que, comme le relèvent les juges du fond, il n'y a pas de différence de situation objective entre les PNC de nationalité étrangère et les autres PNC qui exercent des fonctions identiques (4). Mais, surtout, il aurait été plus pertinent d'écarter l'application de la présomption de justification à toute disposition qui instaure une discrimination directe, simplement parce que, quelle que soit la confiance que l'on peut accorder aux syndicats, une discrimination ostensiblement fondée sur la nationalité est, par définition, injustifiable (et pour cela même, il conviendrait d'écarter la nouvelle présomption de légalité des accords collectifs prévue à l'article L. 2262-13).

De telles constatations suffisaient, à notre sens, à justifier l'annulation de l'accord. Pourtant, la Cour d'appel pousse le raisonnement plus loin en examinant les arguments invoqués par l'employeur pour légitimer la mise en place d'un régime conventionnel propre aux ressortissants des pays tiers.

Cette démarche nous rappelle les arrêts *Synchroton* aux termes desquels une prime d'expatriation prévue par accord d'entreprise a pu être réservée aux salariés de nationalité étrangère. La Cour de cassation avait retenu que cette prime visait à compenser les inconvénients résultant de l'installation en pays étranger et à faciliter l'embauche des salariés étrangers afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international (5). Ce qui revient, bien concrètement, à admettre qu'une discrimination fondée sur

(1) A. Jeammaud, Dr. Soc. 2006. 221.

(2) Rapport annuel de la Cour de cassation, « Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation », 2008.

(3) Cass. Soc. 27 janv. 2015, n° 13-22.179, 13-25.437 et 13-14.773 (3 arrêts) : A. Fabre, « Les négociateurs sociaux, seuls juges du principe d'égalité », Dr. Soc. n° 3, mars 2015 ; Sandrine Maillard-Pinon, « Quand la confiance accordée aux syndicats se fait au détriment des salariés », Les Petites Affiches, 17 avr. 2015, PA2015-07.704, p.8.

(4) La présomption prévaut pour les différences de traitement entre salariés exerçant, au sein d'une même catégorie professionnelle, des fonctions distinctes : Cass. Soc. 8 juin 2016, n° 15-11.324.

(5) Cass. Soc. 9 nov. 2005, n° 03-47.720 ; Cass. Soc. 17 avr. 2008, n° 06-45.270.

la nationalité peut être légitimée. Mais la Chambre sociale ne le dit pas, s'abritant derrière le principe « à travail égal, salaire égal » pour retenir qu'une telle inégalité de traitement entre les salariés français et les salariés étrangers peut être justifiée lorsqu'elle repose sur des raisons objectives, pertinentes, étrangères à toute discrimination prohibée et qu'elle est proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi. Car, même si elles poursuivent une même finalité, les règles d'égalité et d'interdiction des discriminations ne se confondent pas (6). Si bien qu'une différence de traitement entre les salariés, si elle ne repose pas sur un motif discriminatoire, est admise si elle passe le test de justification et de proportionnalité.

Le présent arrêt de la Cour d'appel Paris pourrait alors mener la Cour de cassation à préciser si une discrimination fondée sur la nationalité peut être justifiée, sans pouvoir, cette fois-ci, se réfugier derrière le principe « à travail égal, salaire égal ». C'est, en tout cas, la position que paraît retenir la Cour d'appel.

II. Une discrimination directement fondée sur la nationalité instaurée par accord collectif soumise au double contrôle de justification et de proportionnalité

Loin de s'arrêter à l'identification du motif discriminatoire, ouvertement visé dans l'intitulé de l'accord, pour en déduire l'illicéité du dispositif, les juges du fond se sont donc attachés à vérifier si les différences de traitement fondées sur la nationalité instituées par l'accord étaient justifiées et proportionnées.

Cette double condition de justification et de proportionnalité est au cœur du droit de l'Union européenne. En effet, pour la Cour de justice, « l'interdiction de la discrimination n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité, qui appartient aux principes fondamentaux du droit communautaire ; le principe veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente, à moins qu'une différenciation ne soit objectivement justifiée » (7). Égalité et non-discrimination apparaissent comme des notions synonymes (8). Ce qui a logiquement amené à une harmonisation des règles de justification des inégalités de traitement et de la discrimination (9). D'abord pour les discriminations indirectes. En ce sens, la directive n° V 2000/43/

CE du 29 juin 2000, relative à la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, prévoit l'interdiction de toute « *discrimination indirecte (...) susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une race ou d'une origine ethnique donnée par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires* ». Le législateur est allé plus loin, dans la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, en retenant que les différences de traitement, pourtant directement fondées sur le critère illicite de l'âge, « *ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime (...) et que les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires* » (art. 6 § 1). Ainsi, « *dans des circonstances très exceptionnelles* », une discrimination directe peut être admise lorsque le motif interdit « *constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* » (10). C'est cette formule qui a été transposée à l'article L. 1133-1 du code du travail (11). Bien qu'elle n'ait pas visé ce texte, il n'est donc guère étonnant que la Cour d'appel de Paris soumette les dispositions conventionnelles litigieuses à un test de justification et de proportionnalité. Pour autant, au niveau de l'Union européenne, le critère de nationalité n'est pas visé par les deux directives et l'interdiction des discriminations directement fondées sur la nationalité semble avoir conservé un caractère absolu en matière de conditions de travail et d'emploi (c'est l'accès à certains emplois publics qui peut être exceptionnellement réservé aux nationaux). Mais faut-il considérer que certains motifs discriminatoires, comme l'âge, puissent supporter des exceptions, alors que d'autres, comme la nationalité, seraient injustifiables ? Ce qui reviendrait à admettre une sorte de hiérarchie entre les valeurs que sous-tend l'interdiction de chacun des motifs...

L'examen des articles 3 et 6 de l'accord collectif par la Cour d'appel est particulièrement éclairant sur la

(6) V. par ex. : Cass. Soc. 27 oct. 1999, Bull. 1999, V, n° 422, n° 98-40.769, Dr. Soc. 2000, n ; G. Couturier ; v Soc. 5 juill ; 2005, Bull. 2005, V, n° 231, n° 03-44.281.

(7) CJCE, 19 oct ; 1977, *Rückdeschel*, aff. 117/76, Rec. 1753.

(8) A. Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés, Dr. Soc. 2004, p. 694.

(9) F. Héas, Discrimination et admission de différences de traitement entre salariés, JCP S 2007. 1179.

(10) Point 18 de la directive n° 2000/43/CE et point 23 de la directive n° 2000/78/CE.

(11) 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.

nature du test de justification et de proportionnalité.

Au titre de la justification des dispositions conventionnelles spécialement applicables aux ressortissants des pays tiers, la Société Air France invoquait essentiellement, au côté d'un impératif de sécurité, des motifs de nature économique, à savoir la « *volonté de développer son activité, d'assurer la sécurité et un meilleur service à la clientèle* ». Il peut paraître hasardeux de se prévaloir d'un intérêt purement commercial (celui de développer l'entreprise en dehors de l'Union européenne) pour justifier une dérogation au principe fondamental d'interdiction des discriminations fondées sur la nationalité. La discrimination fondée sur la nationalité peut-elle être « rachetée » au nom de l'intérêt de l'entreprise (12) ? La Cour de cassation l'a, implicitement, mais nécessairement, admis en légitimant une prime d'expatriation réservée aux étrangers, qui avait pour finalité « *la création d'un pôle d'excellence scientifique internationale* » (13), se rapprochant ainsi de la jurisprudence européenne qui accepte systématiquement la justification économique, car, « *par hypothèse, le développement économique dans le cadre de la compétitivité économique dans l'Union européenne est un objectif premier et donc légitime* » (14). Quant à la Cour d'appel, elle ne l'exclut pas formellement. En réalité, comme les juges luxembourgeois, elle effectue « *un contrôle très léger sur les objectifs avancés (...) pour justifier de mesures apparemment discriminatoires, le contrôle portant essentiellement sur la capacité des mesures en cause à atteindre ses objectifs* » (15).

C'est, en effet, l'analyse du caractère disproportionné du dispositif conventionnel qui est au cœur de l'arrêt. D'une part, la Cour d'appel a évalué la cohérence de la mesure discriminatoire au regard de l'objectif annoncé. Par des motifs propres et adoptés des premiers juges, elle a retenu qu'en l'espèce, il était « *paradoxal* » d'invoquer la nécessité d'affecter sur les lignes concernées des personnes de la nationalité des passagers transportés, alors que, dans le même temps, la société en limitait le nombre en fixant des quotas et n'appliquait pas cette même règle aux salariés ressortissants des États de l'Union. Ces incohérences prouvent, implicitement, mais nécessairement, que l'affectation prioritaire des ressortissants de pays tiers sur des vols dédiés n'est pas nécessaire au développement commercial de

la société et à la sécurité des passagers (sinon, une telle règle s'appliquerait pour toutes les lignes transportant des étrangers, quelle que soit leur nationalité, et ne serait pas assorti de quotas).

D'autre part, la Cour d'appel a recherché si la discrimination fondée sur la nationalité était strictement nécessaire pour parvenir à l'objectif annoncé. Concernant plus particulièrement l'affectation prioritaire des salariés ressortissants des pays tiers sur certaines lignes, les juges d'appel ont relevé qu'« *il est possible, en dehors du critère de nationalité, de recourir pour les vols visés par l'accord à des interprètes, voire d'y affecter des salariés qui, sans avoir la nationalité de la destination concernée, ont obtenu un diplôme leur permettant de maîtriser la langue requise ou la culture de certaines populations, au regard de compétence et non plus de nationalité* ». Autrement dit, dès lors qu'il est établi que d'autres mesures alternatives parviendraient à la réalisation du même objectif, la mesure discriminatoire va au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour atteindre l'objectif affiché ; elle est donc disproportionnée.

Ce contrôle de proportionnalité, plus strict, doit permettre de circonscrire la justification des discriminations directes fondées sur la nationalité à des circonstances exceptionnelles. Le sort de ces discriminations est ainsi placé entre les mains du juge qui, « *en acceptant la justification du comportement ou de l'acte de l'employeur, va devoir arbitrer entre les valeurs qui sous-tendent la protection de la personne et les valeurs portées par le marché, qui sont le plus souvent au centre des justifications de l'employeur* » (16). À un moment où les intérêts des entreprises et la croissance économique sont le vecteur de réformes destructrices d'un droit du travail protecteur, la question est bien d'abord de savoir s'il convient d'admettre que les discriminations directes, plus particulièrement celles fondées sur la nationalité, sont justifiables.

Sandrine Maillard-Pinon,

Maître de conférences à l'Université Paris-Sud

(12) Sur le « rachat » d'une discrimination, P. Rodière, « Droit social de l'Union européenne », LGDJ, 2^{ème} éd., 2002, n°267.

(13) M. Picq, Justification d'une différence de traitement fondée sur la nationalité, JCP S 2006. 1276.

(14) M.-A. Moreau, Les justifications des discriminations, Dr. Soc. 2002, p. 1112.

(15) S. Laulom, Non-discrimination en fonction de l'âge : un principe général du droit de l'UE, SSL 2010, n° 1432, p. 5.

(16) M.-A. Moreau, Les justifications des discriminations, Dr. Soc. 2002, p. 1112.