



---

## Décision du Défenseur des droits MLD-2014-147

---

### RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

**Décision - Recommandations suite à la saisine d'office du Défenseur des droits sur les procédures de recrutement discriminatoires en lien avec l'apparence physique des candidats**

**Domaine(s) de compétence de l'Institution :** Lutte contre les discriminations

**Thème :** Emploi - Emploi privé - Embauche

**Synthèse :**

Le Défenseur des droits s'est saisi d'office, suite à la parution de plusieurs articles de presse, afin d'enquêter et d'expertiser le processus de recrutement mis en place au sein d'une société, dont l'activité est la vente de vêtements, présumé discriminatoire en raison de l'apparence physique des candidats.

La société ne conteste pas recruter ses salariés sur la base de leur apparence pour certains emplois mais précise qu'il s'agit là d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante afin de poursuivre l'objectif de représentation de la marque. Elle explique également que certains de ses salariés peuvent être assimilés à des mannequins en charge de représenter la marque et que n'ayant pas recours à des moyens de publicité externe comme les autres marques, il s'agit là de leur seul vecteur de communication.

Le Défenseur des droits a donc analysé si les conditions d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante étaient réunies en l'espèce au regard de l'objectif poursuivi par la société et de la nature des fonctions des salariés.

Le Défenseur des droits considère que ces conditions ne sont pas réunies en l'espèce au regard notamment des fonctions exercées par les salariés dont la partie « représentation » de la marque est accessoire.

Le Défenseur des droits constate donc que la procédure de recrutement mise en place au sein de la société est discriminatoire car fondée sur l'apparence physique des candidats. Le Défenseur des droits décide de formuler à la société mise en cause plusieurs recommandations qui en rendra compte dans un délai de 6 mois.



Paris, le 3 novembre 2014

---

**Décision du Défenseur des droits MLD-2014-147**

---

**Le Défenseur 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 le code du travail ;

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 la décision de saisine d'office MLD-2013-142 du 15 juillet 2013.

Suite à sa décision de saisine d'office du 15 juillet 2013, par laquelle il a souhaité enquêter et expertiser le processus de recrutement mis en place au sein de la société X, lequel serait fondé sur un critère discriminatoire, à savoir l'apparence physique,

Décide de formuler plusieurs recommandations.

**Jacques TOUBON**

**Recommandations**  
**dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011**

**FAITS ET PROCEDURE :**

1. Après avoir pris connaissance de plusieurs articles de presse relatant des processus de recrutement discriminatoires car fondés sur l'apparence physique au sein de la société X, le Défenseur des droits s'est saisi d'office, le 15 juillet 2013, conformément à l'article 5 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011.
2. Dans ce cadre, le Défenseur des droits a mobilisé de larges pouvoirs d'enquête, conformément à l'article 18 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, afin de comprendre la réalité des processus de recrutement mis en place par la société.
3. Ainsi, il a été adressé un courrier d'instruction à la société le 29 juillet 2013, lui demandant communication de plusieurs documents relatifs aux procédures de recrutement.
4. Le 30 septembre 2013, la société X a répondu au courrier d'enquête en ne contestant pas prendre en compte l'apparence dans le recrutement d'une certaine catégorie de personnel, mais en précisant que ce critère pouvait être légitimement utilisé par la société dans la mesure où il s'agit d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante.
5. Par ailleurs, des salariés de la société X ont spontanément contacté les services du Défenseur des droits, désireux d'apporter leur témoignage sur les procédures de recrutement du personnel utilisées par les différentes enseignes de la société X.
6. Les services du Défenseur des droits les ont ainsi entendus à leur demande. C'est notamment le cas du délégué syndical central Y, qui a été reçu en audition le 18 septembre 2013.
7. Le 20 novembre 2013, plusieurs dirigeants de la société X ont été auditionnés par les services du Défenseur des droits.
8. Le 18 février 2014, le Défenseur des droits a adressé une note récapitulant son analyse juridique de la situation à la société qui y a répondu par courrier du 19 mars 2014.
9. Enfin, à la demande de la société, une nouvelle rencontre a été organisée avec les dirigeants de la société et les services du Défenseur des droits, le 30 juin 2014. Suite à cette rencontre, la société a communiqué un certain nombre d'éléments complémentaires par courrier du 10 juillet 2014.

**PRÉSENTATION DE LA SOCIÉTÉ :**

10. La société X France SAS, est une filiale du groupe du même nom, établi depuis 1892 aux Etats-Unis. Elle a pour activité principale la vente au détail de vêtements pour hommes et pour femmes.
11. Ces vêtements sont commercialisés en France sous deux marques distinctes.

12. La marque X dont le concept commercial est inspiré, selon la société, de la représentation du campus universitaire américain. La boutique a ouvert en France en mai 2011.
13. La marque Z qui repose sur un concept de représentations dérivées de l'image du Sud de la Californie et de l'univers du surf. Les vêtements de cette marque sont vendus dans 13 magasins situés dans toute la France.
14. Le siège du groupe est basé aux Etats-Unis d'où sont prises toutes les décisions concernant le design des magasins et des vêtements. La société compte plus de 2.000 salariés en France (dont 1.000 pour le seul magasin X). Une majorité d'entre eux travaille à temps partiel dont de nombreux étudiants.
15. Les différents postes de travail répertoriés au sein du magasin X sont sous les intitulés suivants :
  - Les « impacts » qui sont chargés de réapprovisionner les rayons et de plier les vêtements sur la surface de vente (équipe de nuit et équipe de jour) ;
  - les « models » qui accueillent les clients et assurent la promotion de la marque ;
  - les « assistant managers » qui sont, au sein d'un magasin, chacun responsable d'un département spécifique (marketing visuel ; mise en rayon et réapprovisionnement ; ressources humaines) ;
  - le « store manager » qui supervise les assistant managers et est responsable du magasin ;
  - le « general manager » qui supervise le store manager et qui est en lien avec le district manager (qui supervise toutes les enseignes d'un territoire).

## **ANALYSE JURIDIQUE :**

16. La société X ne semble pas contester opérer une différence de traitement dans le recrutement de certains types de postes et sur la base de l'apparence. Pour déterminer le caractère discriminatoire ou non du processus de recrutement, il convient d'examiner la nature de la différence de traitement opérée par la société X (1), puis, le cas échéant, de déterminer si celle-ci est effectivement justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes (2).

### **I. Une différence de traitement en matière de recrutement basée sur l'apparence physique des candidats:**

#### **A. Le critère d'apparence physique en droit français :**

17. Les dispositions de l'article L.1132-1 du code du travail précisent qu'*« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (...) en raison (...) de son apparence physique »*.

18. De plus, aux termes de l'article 225-1 du code pénal : « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de (...) leur apparence physique. »
19. Le Défenseur des droits constate que le périmètre du critère de l'apparence physique est large puisqu'on peut y inclure les caractéristiques inaltérables d'une personne telles que la couleur de peau, les traits du visage ou la taille et les caractéristiques manipulables par une personne : piercings, vêtements, coiffure...
20. Le Défenseur des droits note toutefois que l'article L.1121-1 du code du travail, aux termes duquel : « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* », protège déjà les salariés contre les ingérences de l'employeur concernant des éléments manipulables de l'apparence physique. Il semble donc que l'introduction du critère de l'apparence physique visait plutôt à protéger les caractéristiques physiques inhérentes à la personne du salarié.
21. Le critère de l'apparence physique est souvent invoqué en lien avec d'autres critères prohibés tels que l'origine, l'état de santé ou le handicap.
22. Cependant, plusieurs décisions de justice<sup>1</sup> témoignent du fait que le critère de l'apparence physique a aussi une existence autonome et que, contrairement à ce que soutient la société X dans son courrier du 19 mars 2014, il ne se limite pas à l'origine et/ou à la couleur de peau de la personne.
23. Enfin, il est à relever qu'au niveau de l'Union européenne, seule la Belgique a également adopté ce critère. La loi belge du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination retient en effet comme critère de discrimination prohibée la prise en compte d'une « caractéristique physique ». Cette notion a été interprétée par le Centre pour l'Egalité des chances et la lutte contre le racisme (CECLR) comme englobant les caractéristiques innées ou apparues indépendamment de la volonté de la personne (brûlures, cicatrices, tâches de naissance...) qui doivent être potentiellement stigmatisantes dans un contexte social.

B. La prise en compte de l'apparence physique par la société X à tous les stades du recrutement :

24. Selon la direction de la société, la procédure de recrutement est identique pour les deux enseignes – X et Z – et les recruteurs sont formés aux techniques de recrutement de l'entreprise. Cette politique de recrutement est décidée aux Etats-Unis.
25. Interrogée par le Défenseur des droits, la société ne conteste pas prendre en compte l'apparence des salariés sur certains postes. En effet, dans son courrier du 30 septembre 2013, elle indique que « *Seuls les descriptifs de poste pour les fonctions de model/mannequin et de manager visent parmi les critères exigés "l'apparence et le sens du style"* ». La société précise qu'elle entend par « *apparence et sens du style* », le fait que les candidats doivent apparaître « *naturels, classiques et extravertis* ».

---

<sup>1</sup> CA Rennes 12.10.2011 - n°10-00985 ; CA Nancy 6.02.2013 - n°12-00984 ; TA Grenoble 10.10.2013 - n°1106469 et 12011375

26. Elle insiste toutefois sur le fait que la taille, la couleur de peau ou des yeux, ou l'origine ne sont pas des critères dirimants pour la sélection des candidats, et qu'elle attache une grande importance au respect de la diversité dans ses politiques de recrutement.
27. Autrement dit, la société X ne prendrait pas en compte d'autres critères prohibés pour recruter mais ne conteste pas accorder de l'importance à l'apparence de ses salariés et futurs salariés.
28. Toutefois, l'enquête du Défenseur des droits démontre que l'apparence prise en compte par la société X est en réalité liée à des traits physiques bien particuliers incarnés par des personnes jeunes et attractives. La prise en compte de ces caractéristiques étant faite en amont des entretiens d'embauche (1) et au cours des entretiens (2).

1. En amont des entretiens d'embauche :

29. Il ressort des éléments de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits que les managers sont chargés de recruter le personnel et sélectionnent des individus dans des lieux ciblés tels que les campus d'écoles, les écoles de danse, les parcs publics ou parmi les clients du magasin. Ces lieux sont ainsi ciblés pour leur fréquentation par un public jeune.
30. Une grande partie des recrutements s'effectue de la sorte mais ils peuvent également avoir lieu par le bouche à oreille, sur les réseaux sociaux (Facebook) et par cooptation.
31. Cette pratique consistant à démarcher des personnes sur la seule base de leur physique sans qu'elles aient même postulé rend la procédure de recrutement opaque et difficilement accessible. De plus, le fait d'opérer une telle présélection avant toute analyse des CV des candidats conduit à donner une priorité à l'apparence sur les compétences objectives requises pour occuper tel ou tel poste.
32. A cet égard, le Collège de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité s'est déjà prononcé sur cette problématique. En effet, dans sa délibération n°2008-267 du 15 décembre 2008, il indique que l'usage d'un système de recrutement fondé sur la recherche unilatérale de candidats – sans diffusion d'offre d'emploi – peut mener à des pratiques non vérifiables car elles ne sont soumises à aucun formalisme.
33. La société poursuit auprès du Défenseur des droits en indiquant utiliser comme outil de recrutement de référence un document dénommé « *image book* » représentant différentes photos d'hommes et de femmes jeunes, avec la question « est-ce que votre équipe ressemble à la nôtre ? ». La direction de la société précise que ce guide « *sert d'exemple pour représenter l'image de la marque sur la base des critères : naturel, classique, extraverti. C'est une référence pour le recrutement des models et des managers.* »
34. L'analyse de « *l'image book* » révèle que les personnes qui y figurent, en plus d'être jeunes, présentent des caractéristiques physiques communes et bien déterminées : traits réguliers, dents blanches, peau sans imperfection, sourcils parfaitement épilés.
35. Ces photographies répondent au consensus culturel sur l'apparence physique entendue par la société comme attractivité avec des traits attendus d'un visage (symétrie, traits réguliers...) et d'un corps (taille et poids « mannequin »). La jeunesse des protagonistes est également l'une des composantes de cette attractivité.

36. En outre, le fait même que la société prétende illustrer les caractères « *naturel, classique et extraverti* » des salariés de la marque par de simples photographies, qui plus est de visages, révèle que ces caractères ne sont pas liés à la personnalité ou à l'attitude du salarié mais uniquement à ses caractéristiques physiques et à l'image qu'elle renvoie.
37. Lors de son audition par le Défenseur des droits, le délégué syndical central Y, confirme l'utilisation de l' « *image book* » comme outil de recrutement et indique aussi que « *les models sont recrutés sur des critères précis et des directives : les garçons : 1,80m, bien fait, visage fin, musclé, les filles : 1,75m, cheveux longs, belle peau pas de bouton, peu de maquillage, filiforme.* » Il précise par ailleurs qu'aucun salarié de plus de 35 ans ne travaillait sur la surface de vente, ce qui semble être confirmé par le registre unique du personnel communiqué par la société.
38. Le Défenseur des droits constate donc que la société X entend prendre en compte l'apparence physique des candidats avant même les entretiens d'embauche. Celle-ci va jusqu'à démarcher sur la seule base de leur apparence, des personnes n'ayant pas encore fait acte de candidature.

## 2. Au cours des entretiens d'embauche :

39. Une fois les candidats sélectionnés en amont, ou lorsqu'ils postulent spontanément, ces derniers sont invités à se présenter au magasin X pour des entretiens d'embauche.
40. La société précise au Défenseur des droits que les sessions de recrutement s'organisent par groupe de 13 personnes environ et sont distinctes pour les models et les impacts. Pour les managers, les entretiens sont individuels car un diplôme (bac +3) est requis pour occuper ce poste.
41. La personne en charge du recrutement remplit alors, pour chaque catégorie d'emploi, un « guide de l'entretien ». L'analyse de ce guide démontre que pour le recrutement des models et managers, l'apparence et le sens du style apparaissent comme des compétences professionnelles.
42. S'agissant de l'embauche des managers, sous la rubrique « description des compétences », sont notamment mentionnés : interaction interpersonnelle, faculté d'adaptation / flexibilité / résistance au stress, capacité de décision, leadership, apparence et sens du style...
43. Il est indiqué au sein de la rubrique « *apparence et sens du style* » : « *Capacité à se présenter avec charme et attrait, à porter des vêtements attrayants, stylés et à la mode, à être bien coiffé et à porter des accessoires correspondant à la marque X. Cela suppose d'offrir un attrait personnel qui correspond tout à fait à la marque X et faire preuve de charme* ».
44. Dans le même guide, à la page 16, rubrique « *compétence : apparence et sens du style* », un candidat jugé excellent (5) « *offre un attrait personnel exceptionnel qui correspond tout à fait à la marque X (naturel, classique et varié)* ».
45. S'agissant de l'embauche des models, le guide précise que les standards d'évaluation sont l'ouverture, la sophistication / volonté, l'apparence et le sens du style. Un candidat est jugé excellent « *s'il présente un charme personnel exceptionnel à la fois classique et naturel (...) passe du temps à soigner son apparence.* »

46. Le Défenseur des droits relève que la société X ne limite donc pas sa conception de l'apparence au « naturel » et au « classique » mais y associe bien des notions de charme et d'attrait. Or, le charme est communément défini comme une qualité de grâce et de beauté, et l'attrait renvoie également au charme, à la séduction, à la beauté et à l'agréable.
47. Il ressort également de ces éléments que, bien que la compétence « *apparence et sens du style* » dans les guides d'entretien ne semble représenter qu'1/10<sup>ème</sup> de la note globale pour les managers et 1/3 pour les models, ce critère semble en réalité avoir une valeur déterminante, au-delà des autres compétences.
48. Pour les models, une note trop basse pour ce standard d'évaluation est d'ailleurs éliminatoire. Ça n'est théoriquement pas le cas pour les managers. Toutefois, le guide indique qu'un candidat manager est excellent s'il offre « *un attrait exceptionnel* ». Il convient donc de constater que parmi les compétences requises pour ce poste d'encadrement, l'apparence occupe en réalité une place prépondérante.
49. S'agissant des impacts, la société nie prendre en compte l'apparence car ils ne seraient pas en contact avec la clientèle.
50. En outre, la société ne conteste pas le fait que les candidats sont systématiquement pris en photo lors des entretiens devant une affiche qui sert de référentiel de taille. La société indique, quant à elle, que ces photographies sont uniquement prises à des fins administratives.
51. Cependant, des courriers électroniques échangés entre la personne en charge du recrutement et le senior manager, chargé de la décision finale, ont été communiqués au Défenseur des droits. Il convient de constater que seules les photographies des candidats lui sont transmises et non les guides d'entretien censés pourtant objectiver le recrutement.
52. Il est précisé, dans un courrier électronique faisant référence à une session de recrutement organisée le 2 août 2013 : « *Voilà les photos de l'entretien. Nous t'avons envoyé quatre photographies.* » Des propositions de poste - models ou impact - sont ensuite faites sur la base de ces photographies.
53. En effet, la personne qui décide du recrutement répond alors : « *M, I, NFI (unnatural hair), M!* » signifiant pour la première : Model, la deuxième : Impact, la troisième : fin du recrutement [no further information] (cheveux décolorés) et la dernière : Model.
54. Ces courriers électroniques démontrent qu'en réalité seule l'apparence physique est prise en compte pour tous les candidats dès lors que le dossier adressé pour décision finale n'est constitué que d'une photographie, sans référence professionnelle ou indication relative à la formation (pas de CV).
55. Ce mode de prise de décision démontre que les postes - model, manager ou impact - sont attribués uniquement sur photographie. Le physique est donc un élément déterminant en matière d'affectation.
56. Ainsi, les impacts sont affectés à ce poste par défaut en raison d'un physique jugé moins avantageux. Quand bien même le guide de l'entretien relatif aux impacts ne comporte pas la rubrique « *apparence et sens du style* », l'apparence reste prise en compte pour ce poste, comme pour tous les autres, contrairement à ce que soutient la société X.



57. En conclusion, et au regard des éléments précités, le Défenseur des droits constate que tout le processus de recrutement au sein de la société X est centré sur l'image : en amont avec l'utilisation de l' « *image book* » en tant que référentiel, puis lors des entretiens avec les clichés des candidats. À aucun moment de la procédure, les compétences professionnelles des candidats ne rentrent en ligne de compte pour le recrutement des impacts et des modèles.

## II. Un recrutement sur l'apparence justifié par la société X par une exigence professionnelle essentielle et déterminante :

58. Le Défenseur des droits rappelle qu'en principe, une discrimination fondée directement sur un critère prohibé ne peut être justifiée. Toutefois ce principe admet des dérogations, précisément encadrées par la loi.

### A. Le droit applicable :

59. La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 *portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations* a transposé en droit interne la possibilité de déroger à la prohibition des discriminations en introduisant dans le code du travail un article L1133-1 qui prévoit que « *l'article L1132-1 [prohibant les discriminations] ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».

60. Ces articles ne précisent pas les éléments de nature à constituer une telle exigence et ne prévoient aucune liste d'activités spécifiques nommément désignées qui pourraient justifier des différences de traitement sous réserve du respect du principe de proportionnalité.

61. Les directives<sup>2</sup> ainsi transposées en droit interne indiquent quant à elles, s'agissant des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, que « *les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée [à la race ou à l'origine ethnique, à la religion ou aux convictions, à l'âge, à l'orientation sexuelle ou au sexe] ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature d'une activité professionnelle particulière ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ».

62. Dans une décision WOLF du 12 janvier 2010<sup>3</sup>, la Cour de justice de l'Union Européenne définit le raisonnement qu'il convient d'appliquer pour déterminer si une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à un critère de discrimination prohibée peut être justifiée au regard de l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE (exigence professionnelle essentielle et déterminante).

---

<sup>2</sup> Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (article 4 al.1);  
Directive 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 (article 4 al.1) ;  
Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) (article 14 al.2).

<sup>3</sup> CJUE (grande chambre), 12 janvier 2010, Aff. Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, §.35 à 42.

63. En l'espèce, la société X indique que certaines Cours d'appel considèrent qu'un employeur peut, dans certaines circonstances, imposer des restrictions en lien avec l'apparence physique d'un salarié sans pour autant que celles-ci soient constitutives de discriminations. De telles mesures pourraient, selon ces arrêts, se justifier par le contact avec la clientèle ou l'activité de la société.
64. Toutefois, les différentes décisions de justice rendues sur ce sujet concernent des caractéristiques manipulables de l'apparence physique du salarié, comme par exemple sa coupe de cheveux ou ses vêtements. Aucune ne concerne des caractéristiques inaltérables comme les traits de son visage ou de sa silhouette.
65. D'autre part, le Défenseur des droits constate qu'il s'agissait de situations individuelles, liées à un comportement précis, analysées au cas par cas par les juridictions, ce qui diffère totalement d'une politique générale de recrutement affectant l'ensemble des postes d'une entreprise sur la base d'un critère prohibé.
66. La Cour de cassation n'a, quant à elle, pas encore eu l'occasion de se prononcer sur ce qui pouvait constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante.
67. Enfin, la société considère qu'interdire les pratiques de recrutement fondées sur l'apparence physique reviendrait à remettre en question ses choix en matière de marketing et donc à violer le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et son corolaire, la liberté d'entreprendre.
68. Le Défenseur des droits ne remet évidemment en cause ni la liberté du commerce et de l'industrie qui constitue un principe constitutionnel<sup>4</sup>, ni la liberté d'entreprendre qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il rappelle cependant que ces libertés peuvent faire l'objet, de la part du législateur, de limitations justifiées par l'intérêt général<sup>5</sup> ou liées à des exigences constitutionnelles<sup>6</sup>.
69. Or, le principe d'égalité peut être considéré « *non seulement comme un élément central de l' "identité constitutionnelle de la France", mais aussi comme l'un des principaux piliers de l'État de droit*<sup>7</sup> », selon le Professeur Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN. L'un de ses corollaires est le principe de non-discrimination qui trouve notamment son origine dans l'alinéa 1<sup>er</sup> du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Ce principe est également protégé par plusieurs normes européennes et internationales<sup>8</sup>.
70. Le Défenseur des droits ne fait donc qu'appliquer les normes internes et internationales encadrant le principe de la liberté d'entreprendre. La société X est donc libre d'adopter la stratégie marketing de son choix tant que celle-ci ne viole par les normes précitées par un caractère discriminatoire.

---

<sup>4</sup> Décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003

<sup>5</sup> Décision n° 89-254 DC du 04 juillet 1989 : « 5. Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; »

<sup>6</sup> Décisions n° 2000-439 DC du 16 janvier 2001 considérant 13.

<sup>7</sup> Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ?*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 29, octobre 2010.

<sup>8</sup> Notamment par la Convention des Nations unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, par les pactes des Nations unies relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels, par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par la Convention n° 111 de l'Organisation internationale du travail interdit la discrimination en matière d'emploi et de travail et par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

B. Analyse juridique :

71. Il convient donc de déterminer si le fait que la société X prenne en compte l'apparence physique pour recruter son personnel peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante et si elle est proportionnée à l'objectif poursuivi.
72. Pour cela, il s'agira donc de vérifier que chaque poste exige, pour être exercé, que la mesure discriminatoire soit mobilisée.
73. La Cour de Justice de l'Union Européenne considère qu'un contrôle doit être fait sur :
- l'objectif poursuivi par la société ;
  - l'existence d'une exigence professionnelle réellement essentielle et déterminante au regard de cet objectif ;
  - la différence de traitement doit être proportionnée, ce qui signifie qu'elle doit être appropriée pour atteindre l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour l'atteindre. Cette proportionnalité implique également que l'objectif poursuivi ne puisse pas être réalisé par l'utilisation de mesures non discriminatoires.

1. Sur l'existence d'un objectif légitime

74. Selon les termes du courrier adressé par la société au Défenseur des droits le 30 septembre 2013, l'objectif poursuivi serait d'« *inspirer l'acte d'achat aux clients* » par la création d'un univers particulier et d'assurer la promotion et la publicité de la marque.
75. Le Défenseur des droits constate qu'il s'agit d'une politique commerciale déterminée par l'entreprise, ce qui constitue un objectif légitime.

2. Une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour atteindre cet objectif, selon la société

76. La société affirme au Défenseur des droits qu'avoir un physique agréable constitue une exigence professionnelle dès lors que les models et les managers ont pour mission de représenter la marque, de l'incarner et d'en valoriser l'image. Elle indique qu'ils doivent « *être les ambassadeurs permanents des vêtements X et Z* ». Ici, n'est pas visée, la catégorie de personnel, intitulée les Impacts.
77. Elle ajoute que, ne recourant à aucune forme de publicité externe, la promotion de la marque par ses salariés représente son seul vecteur marketing.
78. La représentation de la marque par les salariés portant les vêtements et véhiculant l'image d'étudiants d'un campus américain pour X, ou de surfeurs californiens pour Z, contribuerait à faire régner au sein du magasin « *une atmosphère particulière dont les clients se souviendront (expérience sensorielle)* ».
79. Enfin, la société compare également les models et les managers à des mannequins dont la mission première serait de représenter la marque X.

80. Cependant, le Défenseur des droits relève que selon les dispositions de l'article L.7123-2 du code du travail, l'activité de mannequin consiste exclusivement, soit à poser, soit à présenter un produit ou un message publicitaire. Or, compte-tenu des diverses activités exercées par les models et managers de la société X, ces emplois ne sauraient être assimilés à l'activité de mannequin puisqu'ils n'ont pas comme fonction exclusive de « *poser comme modèle* ».
81. Le fait que le terme « model » utilisé par la société se traduise en français par « mannequin » ne fait pas ipso facto de ces salariés des mannequins professionnels au sens de l'article L.7123-2 du code précité.
82. Concernant les mannequins professionnels, dans la mesure où ils exercent exclusivement une fonction de représentation, il semble possible de considérer que leur apparence physique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante au niveau de leur recrutement.
83. Il convient donc d'examiner, à ce stade, si le fait de représenter physiquement la marque par son corps, son charme, son attractivité, sa jeunesse et ses vêtements, est essentiel et déterminant, du fait de la nature des activités professionnelles concernées ou des conditions de leur exercice.
84. S'agissant des models, le Défenseur des droits constate qu'ils peuvent occasionnellement « poser », notamment ceux situés devant le magasin de l'avenue des Champs Elysées, mais il ressort des éléments de l'enquête, et notamment des auditions, que cette activité ne reste qu'accessoire et relève beaucoup plus de l'animation commerciale que du mannequinat.
85. En effet, selon la fiche de poste communiquée au Défenseur des droits par la société, le model : « *fait rayonner et protège l'image de marque à travers son style personnel en fournissant un service d'assistance clientèle et en assurant les standards de présentation* ». Dans sa liste de tâches, il « *nettoie, organise et entretient le magasin (...) Complète le rétablissement des stocks. Tient informé le manager sur les questions liées à la clientèle, la maintenance et la propreté. (...) Applique les procédures standards pour l'ouverture et la fermeture du magasin. Utilise la caisse enregistreuse. (...) Se tient informé sur les collections afin de partager ses connaissances avec les clients* ».
86. Le délégué syndical, dans le cadre de son audition par les services du Défenseur des droits, a bien précisé que le conseil et la vente faisaient partie intégrante des attributions des models.
87. De son côté, la direction de la société, lors de son audition, a précisé que leurs fonctions consistaient à « *représenter la marque, présenter les vêtements sur eux dans le magasin et accueillir les clients dans le magasin* ». Elle a également indiqué qu'ils avaient des fonctions de caisse.
88. Par ailleurs, il se déduit de l'analyse des documents transmis par la société que les models, de par leur fonctions, devraient être assimilés à des vendeurs ou à des vendeurs qualifiés, puisque leurs activités correspondent à celles listées par la convention collective applicable<sup>9</sup> pour ces métiers : vente, réception et étiquetage des

---

<sup>9</sup> Convention collective nationale du commerce de détail de l'habillement et des articles textiles du 25 novembre 1987

marchandises, encaissement, information et conseil aux clients, réassort et connaissance du stock, implantation et mise en valeur des produits...

89. S'agissant des managers, le Défenseur des droits relève que leur fonction première consiste à diriger des équipes. Ils peuvent donc être assimilés à des chefs d'équipe disposant d'un pouvoir disciplinaire.
90. En effet, selon la fiche de poste communiquée par la société, le manager : « assure la promotion de la marque et est formé à gérer tous les aspects d'un magasin y compris la présentation, le recrutement, le leadership et les standards de fonctionnement ». Il fixe les priorités, assigne les tâches, organise le travail et veille au bon accomplissement des missions des models et des impacts. Il doit également résoudre les problèmes qui surviennent dans le magasin, notamment avec les clients, « gérer toutes les procédures de gestion liées à la trésorerie » ainsi que le fichier du personnel, participer à des formations et recruter des salariés.
91. La représentation de la marque n'est donc qu'une partie accessoire de la liste de ses tâches puisqu'une grande partie est consacrée à « l'exploitation du magasin (procédure interne, trésorerie du magasin, mise à jour du fichier du personnel...) la participation à des formations et au recrutement des salariés, à la gestion et au rendement du magasin ».
92. Les managers relèveraient donc de la catégorie des agents de maîtrise (classification du personnel d'encadrement) de la convention collective qui semble applicable.
93. La société ne peut donc raisonnablement soutenir que la fonction première d'un manager est la représentation de la marque.
94. Au vu de l'ensemble de ces éléments, le Défenseur des droits considère que l'apparence physique n'apparaît pas être une exigence essentielle et déterminante dans le processus de recrutement de la société, au vu des fonctions réellement exercées par les salariés (models et managers), qui consistent uniquement pour partie en une activité de représentation, et qui ne sont pas des mannequins professionnels.

### 3. Sur la proportionnalité de la différence de traitement opérée

95. Le Défenseur des droits relève que le fait de rechercher en priorité des managers dotés d'un « attrait personnel exceptionnel » et des models présentant « un charme personnel exceptionnel » semble être disproportionné, au regard de la réalité de leurs fonctions, par rapport à l'objectif de représentation de la marque.
96. En effet, s'il peut apparaître légitime et proportionné de promouvoir l'image d'une marque par l'usage de codes imposés à ses salariés (bonne présentation, vêtements de la marque...), il apparaît disproportionné d'accorder à l'apparence physique une valeur déterminante.
97. Par ailleurs, l'exigence professionnelle invoquée par la société, et qui s'appliquerait aux models et managers, n'est pas nécessaire puisque l'objectif poursuivi aurait pu être atteint par une mesure non discriminatoire.
98. La société aurait pu, par exemple, recourir à un code vestimentaire particulier, en demandant à ses salariés qu'ils adoptent un style en adéquation avec celui de la marque, ou, d'exiger de ces derniers une présentation soignée pour atteindre son objectif.

99. De plus, concernant l'apparence voulue par la société pour ses salariés, à savoir des personnes « *naturelles, classiques et extraverties* », il est également possible de parvenir à cet objectif en demandant aux salariés de porter, à compter de leur embauche, un maquillage discret et une certaine coiffure, éléments déjà existants dans le « *look policy* ».
100. Pour ce faire, la société X dispose d'ailleurs d'un « *look policy* » (chapitre au sein du règlement intérieur portant uniquement sur l'apparence) extrêmement strict et qui va bien au-delà de ce qui est généralement prévu par un règlement intérieur, y compris dans cette branche d'activité.
101. En effet, les pages 29 à 32 du « *look policy* » indiquent les nombreuses restrictions que doivent respecter les salariés en termes de maquillage, rasage, coiffure, ongles, tenue vestimentaire, chaussures, bijoux, casquettes et couvre-chefs.
102. Le Défenseur des droits considère que la mise en place du « *look policy* » est suffisante pour atteindre l'objectif de la société sans avoir à recourir à une politique d'embauche discriminatoire. Il rappelle cependant que ce règlement intérieur doit être conforme aux dispositions de l'article L.1121-1 du code du travail.
103. S'agissant de la publicité externe, la société reconnaît qu'elle adopte une stratégie différente de la plupart de ses concurrents puisque ses recrutements fondés sur l'apparence physique constitueraient une alternative aux méthodes marketing plus traditionnelles : campagnes d'affichage, spots publicitaires, encarts dans la presse...
104. Toutefois, cette stratégie publicitaire conduit à soumettre l'intégralité du recrutement de la société à une différence de traitement fondée sur l'apparence physique, quand les autres sociétés ayant recours à des mannequins pour leurs campagnes de publicité le font par le biais d'une prestation de service isolée.
105. La société X aurait également pu décider de recruter des salariés exerçant exclusivement des fonctions de représentation, à l'exception de toute autre (conseil aux clients, encaissement...).
106. Le Défenseur des droits relève que l'exigence invoquée par la société pour justifier une différence de traitement liée à l'apparence physique n'apparaît donc ni essentielle, ni déterminante, ni nécessaire, ni proportionnée au sens de l'article L1133-1 du code du travail.
107. Au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère que la politique de recrutement de la société X dans son ensemble et pour tous les postes proposés est discriminatoire en raison de la prise en compte de l'apparence physique des personnes.

C. Sur les mesures prises par la société X suite à la saisine du Défenseur des droits :

108. Suite à la rencontre du 30 juin 2014 entre les services du Défenseur des droits et la direction de la société X, la société, par courrier du 10 juillet 2014, informe le Défenseur des droits qu'elle entendait mettre en place plusieurs mesures en termes de recrutement afin de rendre ces procédures plus transparentes.

109. Ainsi, la société indique dans son courrier : « [...] nous ne commettons aucune discrimination en France. Ceci étant précisé, nous ne souhaitons pas donner l'impression même erronée, que des pratiques discriminatoires auraient cours au sein de notre société. C'est la raison pour laquelle, durant notre enquête, nous avons été amenés à revoir nos procédures en interne et pensons pouvoir procéder à des changements qui auront pour mérite de corriger la perception erronée que certains tiers pourraient avoir de nos pratiques en terme de recrutement et embauche ».

110. Les changements ainsi opérés par la société, au cours de l'enquête diligentée par le Défenseur des droits, sont les suivants :

- Mise en place de modules de formations à destination des managers sur les procédures de recrutement et d'embauche à suivre, ainsi que sur la législation française en matière de lutte contre les discriminations ;
- Arrêt définitif de l'utilisation de « *l'image book* » comme outil de référence pour le recrutement;
- Suppression du procédé visant à prendre systématiquement en photo les candidats lors des entretiens.

111. Le Défenseur des droits prend acte de l'ensemble de ces mesures allant dans le sens de l'amélioration du processus de recrutement de la société X et restera attentif à leur bonne application.

112. Cependant, le Défenseur des droits recommande également à la société X :

- De formaliser par une procédure écrite un nouveau processus de recrutement allant de la publication des offres d'emploi à la décision finale afin de garantir une procédure objective et transparente ;
- De redéfinir précisément les périmètres d'activité de chaque poste proposé et les compétences requises pour les occuper ;
- De faire preuve de vigilance dans la rédaction des offres d'emploi afin qu'elles ne revêtent pas de caractère discriminatoire (pas de référence à l'apparence et/ou à l'âge) ;
- De procéder à une publicité de ses offres d'emploi afin de permettre à tous de postuler ;
- De mettre fin à la pratique de démarchage dans les lieux publics des personnes sur la base de leur apparence ;
- De procéder à une modification de ses guides d'entretien en abandonnant la référence aux termes relatifs à l'apparence du salarié (charme, attrait...);
- D'envisager de mettre en place des mises en situation professionnelle lors des entretiens afin d'objectiver les compétences des candidats et de rédiger des comptes rendus d'entretien ;
- D'avoir recours à des organismes extérieurs spécialisés en droit du travail français et en droit de la non-discrimination pour assurer les formations dispensées aux managers.

113. Telles sont les recommandations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance de la société, et dont il lui demande de rendre compte dans un délai de six mois.

**Jacques TOUBON**