



Paris, le 12 février 2016

Décision du Défenseur des droits MLD n°2016-058

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 ;

Après consultation du collège compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité ;

Adopte la décision ci-après relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi.

Recommande aux employeurs, afin de réduire le risque de discrimination liée à l'apparence physique :

de veiller à ce que ce motif de discrimination, dans ses contours et ses modalités d'application, soit expressément pris en compte à tous les niveaux du déploiement de la politique d'égalité au sein de l'entreprise ; procédures ressources humaines : recrutement, promotion, évaluation... ; règlement intérieur ; formation/sensibilisation à la « diversité » ; dispositif interne d'alerte professionnelle contre les discriminations, dialogue social : négociations sur la qualité de vie au travail, sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes... ; communication interne et externe ; recours à des prestataires...

S'agissant plus particulièrement des procédures de sélection de candidats pour un poste d'embauche ou de promotion :

- Pour éviter les biais subjectifs dans l'appréciation des compétences d'un candidat ou d'un salarié, recommande :
- de mettre en place un processus respectant les trois principes suivants : objectivité, transparence et traçabilité des critères de sélection des candidatures.

- de formaliser la procédure de recrutement en prévoyant une grille d'évaluation des compétences et une grille d'entretien similaire pour chaque candidat reçu fondées sur les compétences ;
- de mettre en place une session de sensibilisation à la déconstruction des stéréotypes et des préjugés liés à l'apparence physique, à destination des personnes en charge du recrutement (managers, personnes chargées du tri des CV...) ;
- de ne pas exiger des candidats qu'ils fournissent une photographie en réponse aux offres d'emploi et de ne pas écarter un CV qui ne comporterait pas de photographie sur ce seul motif ;
- d'éviter de faire un usage détourné des informations accessibles sur les réseaux sociaux personnels et de privilégier les réseaux sociaux professionnels (LinkedIn, Viadeo...) pour la consultation d'un profil en vue de recrutements. Le Défenseur des droits rappelle qu'il a conçu un guide pratique pour recruter avec des outils numériques sans discriminer.
- Pour favoriser l'objectivité de la procédure de recrutement et de promotion :
 - Lorsqu'une caractéristique physique inaltérable est pressentie comme une exigence essentielle et déterminante pour l'exercice d'un emploi, le Défenseur des droits recommande sa traduction dans la description de caractéristiques du poste et invite les recruteurs à s'interroger sur la réelle nécessité de cette caractéristique pour la bonne exécution des tâches à accomplir. Dans un souci de transparence et de traçabilité de la procédure, cette condition doit alors être expressément mentionnée dans l'offre d'emploi et évaluée à toutes les étapes du recrutement.

Pour favoriser l'objectivité et la transparence des décisions liées à l'apparence physique au travail :

- De définir dans le règlement intérieur et/ou dans le contrat de travail, les contraintes, restrictions et obligations vestimentaires en lien avec la nature de l'emploi occupé et les tâches à accomplir, en respectant le principe de proportionnalité ;
- De porter le règlement intérieur à la connaissance des salariés, voire des candidats pour leur faire connaître les contraintes vestimentaires liées à la nature du poste et leur permettre de s'y conformer.
- De promouvoir une politique de protection contre les discriminations et le harcèlement fondés sur l'apparence physique des salariés, qu'il s'agisse de collaborateurs permanents ou occasionnels, prestataires... en sanctionnant effectivement les comportements inappropriés à cet égard.

Jacques TOUBON

Décision cadre MLD-2016-058
Relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

1. L'importance de l'apparence dans le monde du travail est, pour une large part, due à la place considérable prise par la société de consommation dans chaque dimension de notre existence. La beauté, la séduction, demeurent des moyens très utilisés pour susciter le désir de consommer, bien que leur pertinence puisse parfois être surestimée. De ce fait, dans des secteurs d'activité entiers, l'apparence est prise en compte dès l'embauche, les employeurs estimant que des salariés qu'ils jugent attractifs ou qui correspondent au « physique de l'emploi » seront plus productifs.
2. Ce phénomène est d'une ampleur telle que ces pratiques de recrutement sont communément admises comme allant de soi. La dimension discriminatoire de celles-ci n'est que trop rarement envisagée, tant par les recruteurs que par le grand public.
3. A l'occasion de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001, le législateur a posé l'interdiction des discriminations en raison de l'apparence physique au même titre, notamment, que l'âge, l'orientation sexuelle et le patronyme.
4. A l'heure actuelle, ce critère figure dans quasiment tous les textes français interdisant les discriminations, notamment dans le code du travail, le code pénal, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi Le Pors, et la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dite loi Mermaz¹.
5. Au sein 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* interdit en effet la prise en compte d'une « *caractéristique physique* ». Cette notion a été interprétée par le Centre pour l'Égalité 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 peuvent être potentiellement stigmatisantes dans un contexte social².
6. Les législations des autres États de l'Union européenne, tout comme les textes internationaux, ne font pas explicitement référence au critère de l'apparence physique mais visent la couleur de peau. Cet élément de l'apparence physique permet généralement de qualifier des discriminations raciales.
7. L'introduction du critère de l'apparence physique dans la seule loi française conduit à s'interroger sur la portée de cette interdiction et l'intention du législateur à ajouter un tel critère dans son dispositif de lutte contre les discriminations. Il semble ressortir des travaux préparatoires de la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, et notamment du rapport du 4 octobre 2000 de Monsieur le Député Philippe

¹ Celle-ci fait directement référence à la liste des critères énumérés à l'article 225-1 du code pénal.

² Laurence PERU-PIROTTE, « *Réflexions autour du critère de l'apparence physique* », contribution dans le cadre du colloque « L'apparence physique motif de discrimination », Lille, 16 novembre 2009.

VUILQUE qui conclut à l'opportunité d'étendre la liste des motifs de discrimination à l'apparence physique, que celui-ci entendait faire référence à un licenciement et une offre d'emploi liés à la couleur de peau³.

8. Le législateur français a donc, semble-t-il, introduit ce critère en référence à la couleur de peau pour lutter contre les discriminations en raison de l'origine.
9. A l'examen de la jurisprudence, il ressort que le critère de l'apparence physique est rarement utilisé seul. Les discriminations fondées sur ce critère sont en réalité rattachées à un autre - le port du voile aux convictions religieuses, l'obésité à l'état de santé ou au handicap, la couleur de peau à l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, etc...
10. Pourtant, s'il est peu mobilisé par la jurisprudence de manière autonome, ce critère trouve toute sa pertinence au regard d'un sondage mené par Jean-François AMADIEU en 2003⁴ qui a révélé que 82% des Français jugent que l'apparence physique constitue un facteur significatif dans la vie professionnelle.
11. Plus récemment, le 8^{ème} Baromètre sur la « *perception des discriminations dans l'emploi* », réalisé par le Défenseur des droits et l'Organisation Internationale du Travail (2015) montre que 25% des chômeurs estimant avoir été discriminés à l'embauche considèrent l'avoir été en raison de leur apparence physique. C'est ainsi le deuxième critère cité, après l'âge, mais avant l'origine, le sexe ou le handicap.
12. Le Défenseur des droits a eu également l'occasion de se prononcer sur ce critère dans sa décision MLD-2014-147 du 3 novembre 2014⁵, concernant une société de prêt-à-porter utilisant l'apparence de ses salariés comme image de marque. Il a considéré que la politique de recrutement de cette société était discriminatoire en raison de la prise en compte de l'apparence physique des personnes.
13. L'objectif de la présente décision cadre est de définir la notion d'apparence physique et son cadre juridique (I), puis d'analyser sa prise en compte par les employeurs tout au long du parcours professionnel (II).
14. Cette décision n'a pas vocation à traiter des discriminations liées aux convictions religieuses et aux manifestations vestimentaires de celles-ci⁶.

³ Il évoque d'abord le cas d'une vendeuse d'un rayon fromagerie licenciée au motif qu'elle ne correspond pas « *en raison de sa couleur de peau, à l'image du rayon* », ou une offre d'emploi pour le service entretien d'une entreprise précisant « *profil race blanche* ». Il précise également : « *on craint la réaction de la clientèle, des usagers, on renonce donc à employer, ou tout au moins dans un endroit visible, un salarié en raison de son origine ou de sa couleur de peau. On demande au salarié à l'état civil trop typé d'adopter dans le milieu professionnel une nouvelle identité plus française : pour les clients, Farida devient Fabienne* ». Il conclut : « *Il paraît opportun d'étendre la liste des motifs de discrimination à l'apparence physique* ».

⁴ Enquête réalisée sur un échantillon national de 973 personnes représentatif de la population française âgée de 18 ans et plus.

⁵ [Décision MLD-2014-147 relative à des procédures de recrutement discriminatoires en lien avec l'apparence physique](#)

⁶ À ce sujet, voir notamment : [HALDE, Délibération n° 2009-117 du 6 avril 2009 relative aux règles fixées par la loi et la jurisprudence pour l'expression religieuse dans l'entreprise](#) ; [Cass. soc., 19 mars 2013 n° 12-11690](#) ; [Cass. Ass. plén., 25 juin 2014, n° 13-28369](#).

I. L'interdiction des discriminations en raison de l'apparence physique

A. Contours de la notion

15. L'apparence physique peut être définie comme l'ensemble des caractéristiques physiques (taille, poids, etc...) et des attributs (tenue vestimentaires, coiffure...) propres à une personne.
16. 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, les stigmates ou la taille, et les caractéristiques manipulables par une personne : piercing, vêtements, coiffure... Selon le 9^{ème} Baromètre DDD/OIT de la perception des discriminations dans l'emploi (2016), les chômeurs qui déclarent avoir été discriminés à l'embauche du fait de l'apparence physique signalent très majoritairement des discriminations liées à des caractéristiques corporelles inaltérables (63%), contre 21% des discriminations liées à leur style. Seuls 16% évoquent à la fois l'apparence corporelle et vestimentaire comme fondement de la discrimination subie. Pourtant, les décisions jurisprudentielles sur la question, qu'elles soient antérieures ou postérieures à l'adoption du critère de l'apparence physique dans la liste des motifs de discrimination, ont surtout été rendues concernant les caractéristiques manipulables relevant de l'expression de la personnalité⁷.
17. La décision du Défenseur des droits MLD 2014-147 est à cet égard innovante en ce qu'elle porte sur une politique d'embauche se fondant exclusivement sur l'apparence entendue comme la beauté - avec toute la subjectivité que ce terme peut revêtir. Cette prise en compte du seul critère de l'apparence, au sens « attrait - beauté - charme », démontre la pertinence d'avoir introduit ce critère de discrimination, dans la mesure où, en l'espèce, la politique attaquée n'aurait pu être rattachée à aucun autre critère.
18. Dans le cas d'espèce, les recruteurs se fondaient sur un référentiel de recrutement composé de diverses photographies précisant que l'équipe du magasin devait ressembler à ces dernières, démontrant ainsi une prise en compte immédiate de l'apparence dans la présélection des candidats.
19. Ces photographies représentaient des personnes répondant au consensus culturel sur l'apparence physique entendue comme attractivité avec des traits attendus d'un visage (symétrie, traits réguliers...) et d'un corps (taille standard et poids moyen). La jeunesse des protagonistes est également considérée comme l'une des composantes de cette attractivité.
20. L'apparence physique de chaque individu est un vecteur de préjugés pouvant conditionner son embauche ou son évolution de carrière et ainsi constituer une source de discrimination. Par exemple, un salarié obèse peut être perçu comme moins performant et donc progresser moins vite en termes de carrière, un salarié ayant un tatouage peut être perçu comme peu sérieux et ne pas se voir confier un poste de management... Ces préjugés sont également intégrés par les candidats à un emploi : ainsi, les chômeurs pensent à 75% qu'être obèse constitue un

⁷ CA Reims, 6 mars 1996, n° 94-2485 ; CA Douai 29 septembre 2004, n° 00-00523 ; CA Rennes, 6 septembre 2005, n° 04-00583 ; CA Nancy, 6 février 2013, n° 12-00984 ; [Cass. soc., 11 janvier 2012, n° 10-28213](#).

inconvenient pour être embauché ; de même, 81% d'entre eux affirment qu'avoir un style non conforme aux codes de l'entreprise désavantage un candidat par rapport aux autres (8è Baromètre DDD/OIT précité).

21. L'impact de ces préjugés dépend également du poste de l'individu et du milieu socio-professionnel dans lequel il évolue.
22. L'ensemble de ces considérations confirme l'intérêt de l'interdiction pour tout employeur de discriminer sur la base de l'apparence physique. Ce dernier peut toutefois limiter ou restreindre la liberté d'apparence de ses salariés pour répondre à certaines exigences du poste.

B. Régime juridique de l'interdiction des discriminations liées à l'apparence physique

1. Le principe de l'interdiction

23. Dans l'emploi privé, les discriminations fondées sur l'apparence physique sont tout d'abord prohibées par le code du travail, dont l'article L.1132-1 précise 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 ». Cette interdiction des discriminations liées à l'apparence physique figure également à l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires qui précise : « Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de leurs opinions politiques, syndicales, philosophiques ou religieuses, de leur origine, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur apparence physique, de leur handicap ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race. »
24. Par ailleurs, 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. » En vertu de l'article 225-2 du même code, une telle discrimination est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende lorsqu'elle consiste à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne. Il en est de même pour toute personne qui subordonnerait une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition liée à l'apparence physique.
25. Les salariés, agents publics et candidats à l'embauche bénéficient d'un aménagement de la charge de la preuve (défini notamment à l'article 4 de 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 et à l'article L.1134-1 du code du travail). En vertu de celui-ci, il appartient à toute personne qui s'estime victime d'une discrimination liée à son apparence physique dans l'accès à l'emploi ou au travail, de présenter des éléments de faits constitutifs d'une simple présomption de discrimination. Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de démontrer que la mesure litigieuse est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.
26. L'aménagement de la charge de la preuve prévu devant les juridictions civiles et administratives n'est pas applicable au contentieux pénal.

2. Exceptions à l'interdiction des discriminations et limitations possibles à la liberté de disposer de son apparence

a) Les exigences professionnelles essentielles et déterminantes

27. Comme toutes les discriminations prohibées par le code du travail, celles liées à l'apparence physique peuvent être autorisées à titre exceptionnel en fonction de la nature du poste occupé.
28. En effet, 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 L.1133-1 qui prévoit que « *l'article L.1132-1 [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* ».
29. De plus, l'article 225-3 du code pénal précise que les discriminations à l'embauche fondées sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, ne sont pas sanctionnées « *lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ».
30. La loi ne précise pas les éléments de nature à constituer une telle exigence et ne prévoit aucune liste d'activités spécifiques nommément désignées qui pourraient justifier des différences de traitement⁸.
31. Toutefois, si le critère de l'apparence physique n'est pas issu du droit de l'UE, le cadre de la notion d'exigence professionnelle et déterminante a donné lieu à des interprétations de la CJUE qui peuvent être utiles à la compréhension de ce concept, indépendamment du critère de discrimination concerné.
32. Les directives européennes⁹, transposées en droit interne par l'article L.1133-1 du code du travail précité, 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*

⁸ Seul l'article R.1142-1 du code du travail prévoit une liste de métiers (comédiens, mannequins et modèles) pour lesquels un employeur peut prendre en compte le sexe des candidats lors de l'embauche. Il convient cependant de noter que cette disposition est antérieure à l'introduction de l'article L.1133-1, et que cette liste ne peut donc plus être considérée comme limitative.

⁹ 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).

caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée ».

33. Dans un arrêt WOLF¹⁰, la Cour 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).
34. Il convient de vérifier si :
 - la légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur ;
 - l'existence d'une exigence professionnelle réellement essentielle et déterminante au regard de cet objectif et du poste concerné ;
 - la proportionnalité de la mesure discriminatoire par rapport à l'objectif poursuivi : cela suppose de vérifier que cet objectif ne peut pas être atteint autrement que par la mise en œuvre de la mesure discriminatoire.
35. Si cette possibilité de déroger à l'interdiction des discriminations est ouverte par le code du travail pour tous les critères de discrimination et tout au long de la relation de travail, tel n'est pas le cas aux termes de l'article 225-3 du code pénal, qui la circonscrit à l'embauche et la limite aux trois critères que sont l'âge, le sexe et l'apparence physique.
36. En l'absence de parallélisme entre les dispositions du code du travail et les dispositions pénales, l'intention du législateur semble difficilement perceptible. Cependant, en vertu de l'article 122-4 du code pénal : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires.* »
37. Un employeur pourra donc invoquer cette cause d'irresponsabilité pénale s'il démontre s'être strictement conformé à l'article L.1133-1 du code du travail en prononçant une sanction ou un licenciement fondé sur l'apparence physique.
38. Toutefois, de manière générale, il semble que la plupart, sinon la totalité, des exigences professionnelles peuvent être identifiées dès l'embauche, sauf évolution du poste, dans la mesure où celles-ci sont liées à la définition des fonctions.
39. De surcroît, si un employeur peut invoquer des exigences professionnelles pour prendre en compte l'apparence physique de candidats à un emploi, il peut également restreindre la liberté individuelle des salariés dans les limites fixées par le code du travail. Ces restrictions peuvent évidemment peser sur la liberté des salariés de disposer de leur apparence.

b) Les limitations à la liberté de disposer de son apparence

40. La liberté de disposer de son apparence dans le cadre de son activité professionnelle n'est pas absolue. La Cour de cassation a d'ailleurs expressément jugé que « *la liberté de se vêtir à sa*

¹⁰ [CJUE \(grande chambre\), 12 janvier 2010, Aff. Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main, C-229/08, §.40 à 42.](#)

guise au temps et au lieu du travail n'entr[ait] pas dans la catégorie des libertés fondamentales »¹¹.

41. Aux termes de l'article L.1121-1 du code du travail : « *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.*
42. Les restrictions peuvent figurer dans le règlement intérieur en respectant les limites posées par l'article L.1321-3¹² du même code.
43. Le contrôle de la licéité de ces restrictions semble suivre la même logique que celui des exigences professionnelles essentielles et déterminantes puisqu'il porte à la fois sur le lien entre la restriction apportée, l'objectif poursuivi et la nature de la tâche à accomplir, ainsi que sur le caractère proportionné de cette restriction par rapport à l'objectif poursuivi.
44. À ce jour, les juridictions se sont principalement prononcées au regard des restrictions apportées aux droits et libertés dans l'entreprise au sens de l'article L.1121-1 du code du travail, les requérants ne s'étant pas formellement placés sur le terrain de la discrimination.
45. Une part importante de la jurisprudence porte sur des faits survenus avant l'entrée en vigueur de l'interdiction des discriminations liées à l'apparence physique¹³. Il semble, cependant, que nombre de situations pourraient être examinées au regard des dispositifs prévus à la fois par l'article L.1121-1 et par l'article L.1133-1 du code du travail.

II. La prise en compte de l'apparence physique tout au long de la relation de travail

46. L'apparence d'une personne, potentielle source de discrimination, peut être prise en compte par l'employeur dès l'embauche (A) et à tous les stades de la relation de travail (B).

A. Lors du processus de recrutement :

47. La sélection préalable d'un candidat sur un poste aussi bien au stade de l'examen d'un CV que lors de l'entretien d'embauche doit se fonder sur des considérations objectives étrangères à son apparence physique (1) sauf dans des cas particuliers où celle-ci pourrait représenter une exigence professionnelle essentielle et déterminante (2).

¹¹ [Cass. soc., 28 mai 2003, n° 02-40273](#)

¹² « *Le règlement intérieur ne peut contenir :*

[...]

2° Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; »

¹³ Loi 2001-1066 du 16 novembre 2001

1. Une sélection à l'embauche devant être fondée sur des critères objectifs de compétences professionnelles :

48. Le recrutement constitue la première étape de la relation de travail entre un employeur et un salarié. Elle est fondamentale car elle aboutit au choix d'un candidat plutôt qu'un autre. Elle revêt une part d'objectivité en termes de compétences, ainsi qu'une part de subjectivité qui peut inclure la présentation ou l'image. Une confusion peut rapidement s'opérer entre l'évaluation de compétences liées au savoir-être (attitude, posture, sens relationnel) et le jugement subjectif de l'apparence d'un candidat.
49. L'apparence physique peut ainsi avoir une influence importante dans la prise de décision d'un employeur attribuant à telle caractéristique physique d'un candidat ou à sa façon de se tenir ou de s'habiller, un stéréotype et/ou un préjugé en termes de compétences. Un employeur pourra également avoir comme réflexe de recruter en fonction de codes sociaux attribués à une profession ou en répondant à une forme d'effet miroir en recrutant des salariés qui lui ressemblent. Les recruteurs n'ont parfois pas conscience de discriminer sur ce critère de l'apparence, or, il s'agit bien d'une discrimination au même titre que n'importe quelle autre discrimination fondée sur un autre critère.
50. Si un employeur reste en effet libre de choisir avec qui il souhaite travailler, il doit cependant respecter le principe de non-discrimination entre les candidats et ne pas fonder sa décision sur l'apparence physique.
51. Face à ces pratiques de recrutement, les dispositions législatives et réglementaires précitées, et notamment l'article L.1132-1 du code du travail, protègent les candidats contre toute décision consistant à les écarter d'un poste en raison de leur apparence.
52. Ces mesures protectrices des candidats contre toute forme de discrimination à l'embauche s'appliquent aux employeurs qui recrutent directement mais également aux cabinets de conseil en recrutement ou aux intermédiaires intervenant dans la phase de recrutement. Les dispositions de l'article L.5321-2 du code du travail indiquent d'ailleurs « *qu'aucun service de placement ne peut être refusé à une personne à la recherche d'un emploi ou à un employeur fondé sur l'un des motifs de discrimination énumérés à l'article L.1132-1. Aucune offre d'emploi ne peut comporter de référence à l'une des caractéristiques mentionnées à cet article* ».

a) La candidature et la question de la photographie du candidat :

53. Dans la phase préalable de sélection, l'employeur doit se montrer le plus objectif possible lors de l'analyse du curriculum vitae (CV) sur les éléments jugés par lui fondamentaux. Les informations déterminantes pour l'embauche d'un salarié doivent être sélectionnées au regard des seules compétences professionnelles.
54. La question se pose alors de savoir s'il est légitime de solliciter la communication d'une photographie. En effet, la photographie, volontairement communiquée par le futur recruté ou sollicitée par l'employeur, peut placer les candidats dans une situation susceptible de générer un comportement discriminatoire en raison de leur apparence.

Il ressort d'ailleurs d'une étude réalisée par test de situation par l'Observatoire des discriminations en septembre 2005¹⁴, fondée sur l'envoi de CV aux compétences identiques mais assortis de deux photos différentes, l'une au physique dit standard et l'autre transformée informatiquement pour renvoyer l'image d'un candidat en surpoids, que les candidats perçus comme obèses ont en moyenne deux fois moins de chances de décrocher un entretien d'embauche.

55. L'étude montre que 57% des réponses reçues par les candidats n'ayant pas de surcharge pondérale sont affirmatives pour seulement 29% pour les candidats en surcharge pondérale. La discrimination en raison de l'apparence des candidats en surpoids concernerait aussi bien les métiers sans contact avec la clientèle - tels que télévendeurs - que ceux en contact avec cette dernière - tels que les commerciaux.
56. Le Défenseur des droits a également eu l'occasion par le biais d'un règlement amiable n°14-007379 du 23 avril 2015 relatif à un refus d'embauche en raison de l'apparence physique de rappeler à un employeur les textes en matière de discriminations liées à l'apparence physique, à savoir l'article L1132-1 du Code du travail et l'article 225-1 du Code pénal. En l'espèce, le candidat avait postulé auprès d'un restaurant pour un poste de sommelier. En réponse, l'établissement lui a demandé d'adresser sa photographie. Le réclamant a indiqué ne pas en avoir et en conséquence aucun entretien d'embauche ne lui a été proposé. Suite à l'intervention du Défenseur des droits, le chef sommelier mis en cause a indiqué comprendre qu'une photographie ne peut pas constituer un critère de sélection à l'embauche.
57. Par ailleurs, dans sa décision MLD-2014-147 précitée, le Défenseur des droits, au terme de son enquête, a constaté que la société de prêt-à-porter mise en cause photographiait systématiquement les candidats à l'embauche à côté d'un gabarit de taille et adressait ensuite uniquement ces photographies au recruteur comme base de sélection. Il a ensuite pris acte du fait que, suite à son intervention, la société avait mis fin à ce procédé.
58. Les employeurs n'ont donc pas à solliciter des candidats l'envoi d'une photographie sauf pour certains postes pour lesquels ils démontreraient que l'apparence répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, notamment pour les métiers de présentation (mannequin, modèle...) (cf. II. A.2.a).
59. De même, la consultation de réseaux sociaux personnels (Facebook) ne devrait pas être utilisée par les recruteurs pour obtenir des informations relatives à l'apparence des candidats, lesquels doivent être attentifs aux données qu'ils publient et à leur accessibilité.

b) Les questionnaires de présélection :

60. S'agissant des questionnaires de présélection ou d'embauche pouvant être adressés à des candidats à un poste, ils répondent aux mêmes conditions d'objectivité : les questions posées doivent revêtir un nécessaire lien avec le poste et les compétences requises.

¹⁴ Observatoire des discriminations – Jean-François AMADIEU – Université Paris I Sorbonne – « *l'obèse : l'incroyable discriminé* ».

61. C'est ainsi que les dispositions de l'article L.1221-6 du code du travail indiquent que : « *Les informations demandées, sous quelque forme que ce soit, au candidat à un emploi ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles. Ces informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Le candidat est tenu de répondre de bonne foi à ces demandes d'information* ».
62. Des questions liées à l'apparence physique pour des postes qui n'exigeraient pas de devoir fournir de telles informations notamment au regard de la nature du poste seraient constitutives de discrimination. C'est notamment le cas des métiers de présentation ou en contact avec la clientèle pour lesquels certains employeurs demandent des précisions sur la taille, le poids, la couleur des cheveux sans justifier du lien avec le poste.
63. Les questionnaires d'embauche doivent, par ailleurs, obligatoirement faire l'objet d'une déclaration préalable à la CNIL lorsqu'ils sont destinés à un traitement automatisé¹⁵.
64. Le Défenseur des droits s'est ainsi prononcé à plusieurs reprises sur les limites des questionnaires d'embauche au regard du principe général de non-discrimination¹⁶.
65. Par sa délibération n°2006-211 du 9 octobre 2006, la HALDE a recommandé la suppression de certains champs d'information d'un formulaire d'inscription. En effet, un site en ligne, dans le secteur du BTP, demandait aux candidats de multiples renseignements relatifs notamment au sexe, à l'âge, à la situation de famille, aux mœurs, à l'apparence physique, à la nationalité, à l'état de santé et au handicap. Ces informations n'apportaient pas d'indications pertinentes sur les compétences du candidat. En revanche, elles suscitaient ou permettaient des pratiques discriminatoires de la part des recruteurs.
66. Il ressort ainsi de l'ensemble de ces décisions que les informations demandées au candidat dans un questionnaire d'embauche ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé.

c) L'entretien d'embauche :

67. L'entretien d'embauche intervient souvent après cette première phase de sélection sur CV et/ou réponse à un questionnaire. Il devient une étape incontournable au cours de laquelle l'apparence physique jusque-là pas forcément visible occupe une place importante.
68. L'entretien est un face-à-face entre l'employeur et le candidat pendant lequel ce dernier doit mettre en avant son savoir-faire, mais également son savoir être, et notamment sa façon de se présenter. Cette représentation physique entendue aussi bien dans sa façon de s'exprimer, de se tenir mais également dans son style vestimentaire peut représenter un vecteur important de stéréotypes pouvant être à l'origine d'un comportement discriminatoire.

¹⁵ [Délibération n° 02-017 du 21 mars 2002 portant adoption d'une recommandation relative à la collecte et au traitement d'informations nominatives lors d'opérations de recrutement](#)

¹⁶ [Décision MLD 2013-99 ; délibération HALDE n° 2009-218 du 15 juin 2009](#)

69. Tout comme le questionnaire d'embauche, l'entretien doit avoir pour seule finalité d'appréhender les compétences professionnelles du candidat pour occuper le poste en termes d'expériences, de diplômes, conformément à l'article L.1221-6 précité.
70. Les questions concernant l'apparence du candidat, et notamment sa taille et son poids, ne peuvent être posées que si elles sont nécessaires au regard de la nature du poste dont l'apparence peut constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Le 9^{ème} Baromètre du Défenseur des droits et de l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi a pourtant révélé que les chômeurs faisaient régulièrement l'objet d'interrogations ou de remarques sur leur apparence au cours d'un entretien d'embauche, qu'il s'agisse de leur tenue vestimentaire (20%) ou de leur corpulence (11%).

2. Une possibilité limitée de prendre en compte l'apparence physique lors de l'embauche :

71. Si la possibilité de prendre en compte l'apparence physique au moment du recrutement est expressément prévue par le code du travail et le code pénal, elle demeure une exception au principe d'interdiction des discriminations, et ne peut être justifiée que dans des conditions très strictes.
72. La licéité d'une telle pratique est en effet subordonnée à la démonstration préalable de l'existence d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante attachée au poste que l'on entend pourvoir¹⁷.
73. Il semble toutefois possible d'identifier deux types de métiers pour lesquels la prise en compte de l'apparence physique peut être justifiable.
74. Pour les métiers de stricte présentation, comme le mannequinat, la prise en compte de caractéristiques physiques précises, y compris non manipulables, devra parfois être considérée comme légitime.
75. Concernant les postes de nature commerciale, ou les métiers de services nécessitant une part d'interaction directe avec la clientèle, le recruteur pourra attacher de l'importance au caractère soigné de la présentation des candidats, sans pour autant tenir compte de leurs caractéristiques corporelles non manipulables.

a) Les métiers artistiques et de présentation :

76. Il s'agit peu ou prou des métiers listés à l'article R.1142-1 du code du travail, à savoir comédien, modèle ou mannequin.
77. Le métier de comédien doit cependant être entendu dans un sens relativement large, puisqu'un recrutement prenant en compte un ou plusieurs aspects de l'apparence physique peut s'avérer nécessaire, aussi bien pour un danseur que pour un acteur.

¹⁷ Cf. I. B. 2. a)

78. Pour les artistes appelés à incarner un rôle, cela signifie que la possibilité de recourir à des artifices (maquillage, prothèses, perruques...) devra être envisagée, que, selon l'importance du rôle, les exigences professionnelles liées à l'apparence pourront être plus ou moins fortes (pour les figurants elles le seront moins que pour les personnages principaux), et que seuls les aspects de l'apparence physique essentiels au projet artistique pourront être pris en compte.
79. Pour incarner un rôle, une certaine silhouette ou une couleur de peau peut être requise à des fins réalistes. Par exemple, un homme noir de peau sera généralement préféré pour interpréter le rôle de Nelson Mandela.
80. Il est nécessaire de rappeler que le code pénal prévoit uniquement la possibilité de prendre en compte l'apparence physique, le sexe et l'âge au stade de l'embauche. Une telle dérogation doit être interprétée strictement, et ne permet pas, sous couvert d'une acception extensive de l'apparence physique, de prendre en compte d'autres critères comme la religion, l'état de santé ou l'orientation sexuelle.
81. Concernant les modèles et mannequins, le Défenseur des droits a déjà eu l'occasion de préciser, dans sa décision MLD-2014-147 du 3 novembre 2014, que le simple fait de dénommer ainsi certains emplois ne saurait suffire à justifier des pratiques de recrutement liées à l'apparence.
82. Il a en effet considéré qu'il convenait d'examiner avec précision les tâches attachées à chaque métier de l'entreprise afin de déterminer la nature réelle de celui-ci. En l'espèce, le Défenseur des droits avait considéré que ce qui était présenté comme un emploi de modèle par l'entreprise était en réalité un emploi de vendeur et que, dès lors, il n'était pas possible de se fonder sur les caractéristiques physiques des candidats (traits réguliers, dents blanches, peau sans imperfection...) pour recruter à ce type de poste. En effet, 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.
83. Ainsi, il est raisonnable de penser que lorsque le rôle des hôtes mais surtout en réalité des hôtesse est limité à la mise en valeur d'un produit, ce métier pourrait être assimilé à du mannequinat tel que défini par les dispositions de l'article L.7123-2 précité.
84. Il est toutefois permis de s'interroger sur l'opportunité d'utiliser des personnes comme faire-valoir de la marchandise présentée, surtout lorsque cette marchandise n'a pas de lien direct avec le corps humain : automobile, jeu vidéo... Il convient de noter que ce sont très majoritairement des femmes qui sont choisies pour ce type de rôle. L'image des femmes ainsi véhiculée a pour effet de renforcer les stéréotypes de genre, et par là même, les comportements discriminatoires.
85. Toujours concernant les hôtes et hôtesse, il convient de constater que la majeure partie de ces emplois correspondent à des métiers de services (accueil, orientation...) pour lesquels les caractéristiques physiques non modifiables ne semblent pouvoir être retenues comme des critères d'embauche.

b) Les postes de nature commerciale et les métiers de services nécessitant une interaction directe avec la clientèle :

86. Le simple fait qu'un salarié soit amené à travailler dans un secteur d'activité spécifique tel que le luxe ou l'hôtellerie ne saurait en soit justifier une prise en compte de caractéristiques physiques non modifiables lors du recrutement.
87. Cela reviendrait en effet à exclure du champ de l'interdiction des discriminations à raison de l'apparence physique une part considérable des emplois. Le commerce de détail représentait à lui seul près d' 1,7 millions d'emplois en 2013 selon l'INSEE¹⁸, et 165.000 emplois seraient directement ou indirectement liés au seul secteur du luxe¹⁹.
88. Une cour d'appel a, par exemple, considéré que le fait d'exiger d'une candidate à un poste d'agent commercial dans le domaine des assurances de santé qu'elle se soumette à un régime alimentaire strict préalablement à son embauche constituait une mesure discriminatoire²⁰.
89. Il est toutefois possible de prendre en compte une dimension restreinte de l'apparence physique lors de l'embauche dans ces secteurs d'activités, si le poste le justifie.
90. La connaissance et le respect des normes d'hygiène étant, par exemple, une compétence essentielle dans le domaine de la restauration, il semble légitime pour un employeur de prendre en considération celle des candidats dès l'entretien d'embauche.
91. De même, pour occuper un emploi en relation avec la clientèle dans un hôtel ou un commerce d'un certain standing, une présentation exemplaire pourra être exigée : tenue et cheveux propres et soignés...
92. Toutefois, le Défenseur des droits a considéré, dans sa décision MLD-2014-147 susmentionnée, qu'un employeur ne pouvait écarter certains salariés en raison de leurs traits ou de leur silhouette au prétexte que ses salariés devaient représenter physiquement l'image de marque de l'entreprise. Le Défenseur des droits considère que des règles inscrites dans le règlement intérieur restreignant la liberté des salariés de disposer de leur apparence sont suffisantes pour atteindre cet objectif sans pour autant recourir à une politique d'embauche discriminatoire.
93. La question des exigences supposées de la clientèle est également régulièrement mise en avant pour justifier de telles discriminations à l'embauche. Amenée à se prononcer sur une affaire dans laquelle un employeur avait publiquement affirmé refuser d'embaucher des personnes d'origine étrangère en raison du fait que ses clients n'apprécieraient pas leur contact, la Cour de Justice de l'Union Européenne a estimé que la discrimination était constituée du seul fait de cette déclaration²¹.
94. La CJUE ne s'est cependant pas prononcée explicitement sur la justification apportée par l'entreprise. Il conviendra donc, pour répondre à cette interrogation, d'attendre que celle-ci se

¹⁸ http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=natfef12104

¹⁹ <http://www.gouvernement.fr/partage/3244-la-mode-et-le-luxe-secteur-d-excellence-francaise>

²⁰ CA Douai 20 avril 2012 N° 11/02790

²¹ [CJUE, 10 juillet 2008, Aff. Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, C-54/07](#)

prononce sur la question préjudicielle qui lui a été posée récemment par la Cour de cassation. Cette dernière souhaitait voir la CJUE préciser si les exigences discriminatoires d'un client, concernant en l'espèce l'expression des convictions religieuses d'une salariée par le port d'un foulard islamique, pouvaient ou non constituer une exigence professionnelle essentielle et déterminante²².

B. Au cours de l'exécution du contrat de travail :

95. Si l'apparence physique est souvent largement prise en compte par les employeurs lors de l'embauche car représentant la première impression du candidat, elle peut également l'être tout au long de l'exécution du contrat de travail²³, soit parce qu'une apparence jugée non-conforme peut être sanctionnée (1), ou parce qu'elle peut être à l'origine d'agissements de harcèlement de la part de collègues ou de supérieurs hiérarchiques (2).

1. Les sanctions motivées par l'apparence d'un salarié :

96. L'employeur peut restreindre la liberté individuelle du salarié dans sa façon de se vêtir, de se maquiller, de se présenter pour qu'il véhicule une certaine image (a.). Il a même été admis, dans certains cas précis, qu'il exerce un contrôle sur le poids des salariés (b.). Enfin, ces restrictions peuvent également correspondre à des impératifs d'hygiène (c.). En tout état de cause, elles doivent demeurer proportionnées au but recherché. Ces restrictions sont le plus souvent prévues par une source interne applicable au salarié telle que le règlement intérieur ou le contrat de travail, mais peuvent également se déduire de la nature du poste dans un domaine d'activité donné, ou être rendues nécessaires par une certaine clientèle.

a) La nécessité pour le salarié de véhiculer une certaine image :

97. L'employeur dispose d'un pouvoir de direction, qui s'exerce dans les limites des articles L.1132-1²⁴ et surtout L.1121-1²⁵ et L.1321-3²⁶ du code du travail. Il lui est donc possible d'apporter des restrictions à la liberté du salarié de disposer de son apparence, en particulier via le règlement intérieur.

98. Différents paramètres sont pris en compte par les juridictions pour apprécier le caractère justifié des restrictions apportées à la liberté des salariés de disposer de leur apparence.

99. Le premier est lié à l'inscription de ladite restriction dans le règlement intérieur ou dans le contrat de travail du salarié. Il semble que les juges soient plus exigeants vis-à-vis des justifications apportées par l'employeur quand le règlement intérieur ne prévoit pas ladite

²² [Cass. soc., 9 avril 2015 n° 13-19855](#) (client hostile à une salariée portant un voile)

²³ L'apparence physique peut également évoluer au cours de la relation de travail

²⁴ Interdiction des discriminations

²⁵ « 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. »

²⁶ « Le règlement intérieur ne peut contenir : [...] »

^{2°} Des dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ; »

restriction²⁷. C'est d'autant plus le cas lorsque le salarié s'efforce de respecter les prescriptions vestimentaires du règlement intérieur et se voit reprocher des éléments de son apparence qui ne font l'objet d'aucune réglementation²⁸.

100. À défaut d'injonctions précises, les juges peuvent analyser les fautes imputées aux salariés à l'aune des normes de présentation actuelles. La Cour d'appel de Paris a par exemple jugé que *« rien ne permet d'établir que l'absence de rasage, pratique, voire phénomène de mode, au demeurant courants, depuis quelques années, soit de nature à porter atteinte à l'image de marque de la société. »*²⁹

101. Les juges portent également une attention particulière à la question de savoir si des injonctions ont été adressées au salarié avant de prendre une sanction à son encontre. Concernant les éléments de l'apparence (coiffure, bijoux, vêtements) qui ne font l'objet d'aucune prescription précise, il semble, de manière générale, que seul le refus de se conformer aux injonctions de l'employeur ne puisse être sanctionné, en particulier par un licenciement³⁰. L'employeur doit, en effet, être en capacité de démontrer que le salarié avait conscience de ne pas respecter certaines consignes.

102. Lorsqu'au contraire les restrictions imposées par l'employeur figurent dans le règlement intérieur et sont rédigées de façon précise, le contrôle des juges le prend en compte, et la connaissance de celles-ci par le salarié est présumée. Il convient toutefois de noter que, dès lors que l'employeur impose à ses salariés un uniforme qu'ils doivent porter pour l'exercice de leurs fonctions, il lui incombe d'en prendre en charge le coût³¹.

103. La relation directe ou non du salarié à la clientèle est également un critère déterminant. Lorsque les salariés sont en contact avec la clientèle, la poursuite de certains objectifs (permettre aux clients et usagers de les identifier, véhiculer l'image de marque de l'entreprise) pourra permettre à leur employeur de justifier des restrictions plus importantes à leur liberté de disposer de leur apparence.

104. Dans un restaurant, par exemple, des restrictions plus importantes pourront être imposées aux salariés travaillant en salle. Au contraire, des salariés n'étant pas amenés à rencontrer les clients disposeront d'une plus grande liberté quant à leur apparence. C'est, par exemple, le cas d'un salarié magasinier en grande surface³².

²⁷ CA Toulouse, 11 octobre 2001 n° 01-557

²⁸ CA Versailles, 8 juillet 1994 n° 93-663 : Il ne peut être reproché à un employé de grande surface de porter une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille, alors que ce dernier portait la tenue qui lui avait été confiée.

²⁹ CA Paris, 24 janvier 2013 n° 11-04162 ; voir également CA Paris, 5 mars 2004 n° 02-32907 (port d'un bouc) ; CA Paris 9 octobre 2008 n° 06-13511 (pour une femme à qui il était reproché de s'être présentée chez un client en jeans et bottes)

³⁰ CA Paris, 7 janvier 1988 n° 86-34010

³¹ CA Nancy 22 juillet 2015 n°14/01350 (concernant un agent de sécurité qui devait porter une veste, un pantalon noir, une chemise blanche, une cravate noire et des chaussures de ville noires)

³² CA Toulouse, 27 novembre 1998, n° 97-5400 (piercing au sourcil)

105. De même, si un tribunal a pu estimer justifiée une sanction prise à l'encontre d'une assistante de réservation d'un hôtel de prestige refusant de porter son uniforme³³, tel n'a pas été le cas concernant le port d'un uniforme imposé à des agents de sécurité visionnant exclusivement des écrans vidéo, et donc sans contact avec la clientèle³⁴.
106. Si le fait qu'un salarié exerce des fonctions en contact direct avec la clientèle peut justifier l'obligation de porter une tenue spécifique, le refus réitéré de porter l'intégralité de cette tenue ne constituera toutefois pas systématiquement une cause réelle et sérieuse de licenciement. Il conviendra de démontrer que ce refus a porté un réel préjudice à l'image de la société ou que la tenue portée par le salarié était incompatible avec ses fonctions³⁵.
107. De même, si la nécessité de véhiculer l'image de l'entreprise peut être un objectif légitimant l'existence d'un code vestimentaire, celui-ci doit demeurer proportionné à cet objectif. Un employeur ne peut pas, par exemple, exiger de ses salariés qu'ils portent des vêtements trop serrés au point d'être inconfortables, ou leur interdire de se couvrir lorsqu'ils ont froid.
108. Le caractère justifié de telles restrictions semble également devoir être apprécié au regard du « créneau de gamme » de l'enseigne. Elles pourront, par exemple, légitimement être plus strictes dans un restaurant gastronomique que dans un établissement de restauration rapide³⁶.
109. Enfin, les juges censurent les restrictions vestimentaires qui ont un caractère ouvertement discriminatoire. C'est ainsi que la Cour de cassation a jugé nul le licenciement d'un chef de rang en raison de son refus d'ôter les boucles d'oreilles qu'il s'était mis à porter depuis quelques mois. La Cour a estimé, au vu des termes employés dans la lettre de licenciement, que celui-ci avait pour cause « *l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe* »³⁷.
110. L'employeur peut également restreindre la liberté de se vêtir des salariés lorsque la tenue de ces derniers est susceptible de créer un trouble caractérisé de par leur caractère jugé « indécent ». C'est ainsi le cas d'une salariée venue travailler seins nus sous un chemisier transparent (Cass. Soc. 22 juillet 1986).
111. De même, a été considéré comme justifié le licenciement d'une salariée se présentant au travail en survêtement, alors qu'elle était en contact avec la clientèle de l'agence immobilière pour laquelle elle travaillait, "la restriction de la liberté individuelle de se vêtir" étant en l'espèce "justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché" (Soc. 6 novembre 2001 ; également Soc. 12 juillet 1989).

³³ [Cass. soc., 6 novembre 2001, pourvoi n° 99-43988](#)

³⁴ [Cass. soc., 3 juin 2009, pourvoi n° 08-40346](#)

³⁵ Cour d'appel d'Amiens, 28 septembre 2011 n° 10/03937 (licenciement justifié d'un assistant funéraire portant un pull de type "camionneur" considéré comme un manque d'égards vis-à-vis de la famille du défunt) ; A contrario : CA Douai, 28 février 2005 n° 04/01332 (licenciement d'un commercial non justifié par le port d'un pull de type "col cheminée" avec son costume au lieu de la chemise et de la cravate qui lui étaient fournies)

³⁶ CA Toulouse 28 février 2003 n° 02-3428

³⁷ [Cass. soc., 11 janvier 2012 n° 10-28213](#) ; voir également : CA Paris 7 juin 1990 n° 90-30904 (un employeur ne peut interdire à des caissières de grande surface de porter des pantalons, en invoquant de simples considérations esthétiques - la discrimination n'est pas visée)

b) La problématique spécifique du contrôle du poids des salariés :

112. La question du poids, élément à part entière de l'apparence physique, a été posée par la jurisprudence.
113. Pour certains métiers de pure présentation d'un produit ou d'un vêtement, il arrive que l'employeur estime que le salarié ne peut pas dépasser un certain poids car il ne répondrait plus à l'objet même de sa fonction de présentation.
114. Il en est ainsi du métier de mannequin qui répond à une certaine image sociétale d'un stéréotype de personne mince et grande. S'il convient de s'interroger sur le fait que ce métier exige de répondre à de telles caractéristiques physiques, souvent poussées à l'extrême, la jurisprudence a considéré quant à elle qu'un mannequin devait répondre « *à des mensurations adéquates* ».
115. La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 14 mars 1989 a indiqué que : « *le licenciement d'un mannequin embauché pour la pose de modèles est justifié dès lors que l'intéressée ne présente plus les mensurations adéquates en raison d'un changement de morphologie et à défaut de respecter impérativement la taille 40 exigée pour les mesures industrielles. En l'absence de détournement de pouvoir établi à l'encontre de l'employeur qui, au surplus, s'était réservé la possibilité d'utiliser le mannequin en haute couture, le licenciement a une cause réelle et sérieuse* ».
116. S'est également posée la question de l'insertion d'une clause de poids dans les contrats de travail d'animateurs(rices) représentant des produits d'amaigrissement. La jurisprudence semble varier sur ce point.
117. En effet, la Cour d'appel de DOUAI, par un arrêt du 20 octobre 1983, a précisé que : « *l'aptitude à occuper un poste peut dépendre de facteurs d'ordre physique parmi lesquels il est concevable que figure le poids. La clause imposant un certain poids limite dit « poids santé » à une ancienne obèse animatrice d'un groupe de personnes prises en charge pour perdre du poids est licite en fonction de l'emploi occupé et de la nécessité d'être un exemple de l'état à atteindre et la preuve qu'il peut être atteint, sans pour cela constituer une atteinte à la vie privée* ».
118. La Cour d'appel de CHAMBERY, par un arrêt du 1^{er} octobre 1996, a considéré qu'une clause de poids n'était pas en soi discriminatoire s'agissant d'une activité liée à la présentation de produits d'amaigrissement mais que la seule prise de poids d'une animatrice ne pouvait légitimer son licenciement. La cour précise qu'il convient de démontrer que cette prise de poids avait effectivement terni l'image de l'entreprise et que la salariée, du fait de son poids, avait porté atteinte au fonctionnement de celle-ci et n'était plus apte à occuper son emploi. Cette question pourrait aujourd'hui être examinée à la lumière de la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante.
119. La prise en compte du poids du salarié par l'employeur ne peut être que très exceptionnelle : soit pour des postes spécifiques, soit en cas de déclaration d'inaptitude par le médecin du travail.

120. Le législateur a récemment estimé nécessaire d'accroître la surveillance de ces exigences de l'employeur au regard de la santé des mannequins, en introduisant dans la loi sur la santé l'obligation pour toute personne souhaitant exercer cette activité de pouvoir justifier d'un certificat médical attestant du fait que son état de santé, évalué notamment au regard de son indice de masse corporelle, est compatible avec l'exercice de son métier³⁸.

c) Le respect des règles d'hygiène et de sécurité

121. L'employeur peut également exiger de ses salariés le respect de règles d'hygiène et de sécurité dans certains domaines d'activité et/ ou en raison de leur contact avec le public. Le règlement intérieur est le moyen privilégié pour imposer ce type de restrictions.

122. La Cour d'appel de Versailles, par un arrêt du 31 août 2011 (10-03526), a ainsi considéré que « *L'apparence physique d'un soignant mal rasé ne participe pas à l'image de « la plus grande propreté corporelle » requise par le règlement intérieur d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes* ».

123. Il est en effet compréhensible d'attendre du personnel médical une hygiène irréprochable au regard du risque de transmission de maladie, tout comme de tout salarié en contact avec des aliments ayant vocation à être servis au public (métiers de la restauration).

124. La nécessité d'adopter une tenue et une présentation respectant des règles élémentaires d'hygiène peut être étendue aux métiers de représentation en contact direct avec la clientèle.

125. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Riom du 3 janvier 2012 (10/02074), une salariée a été rappelée à l'ordre pour lui demander de remédier « *à une présentation générale plus que négligée* » ne permettant pas de mettre en valeur ses qualités de travail et d'accueil. Il lui a été reproché d'avoir des cheveux qui « *semblaient anormalement sales* ». Ces constatations relatives à son apparence physique étaient corroborées par les attestations de ses ex-collègues, desquelles il ressort qu'elle avait souvent une tenue négligée, des ongles et une blouse sales, des cheveux non coiffés.

126. L'arrêt précise que de telles réflexions de la part de ses supérieurs hiérarchiques sur son aspect physique apparaissaient d'autant plus justifiées qu'elle occupait le poste d'hôtesse de caisse, et qu'elle était ainsi, de manière directe et quotidienne, en relation avec la clientèle du magasin.

127. La Cour d'appel de METZ (7 avril 2008 n° 05-808) a précisé que : « *le port d'un piercing nasal discret par la salariée ne constitue pas en soi une faute contractuelle ni une violation des règles d'hygiène au travail, cet attribut n'étant pas de nature à gêner l'exercice de ses fonctions d'hôtesse d'accueil dans un bowling, notamment en occasionnant des désagréments à la clientèle s'y rendant* ».

128. Des restrictions vestimentaires liées à la sécurité peuvent également être imposées au salarié. Il en est ainsi des salariés travaillant au contact de produits toxiques, utilisant des machines particulièrement dangereuses ou plus généralement travaillant sur des chantiers.

³⁸ Article L.7123-2-1 du code du travail introduit par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé

129. Dans ces cas précis, il en va du respect de l'obligation de sécurité de résultat de l'employeur, prévue à l'article L.4121-1 du code du travail, d'imposer à ses salariés de porter une tenue de sécurité (casque, chaussures de sécurité, etc.). Le salarié qui ne respecte par le port d'une telle tenue visant à assurer sa sécurité pourrait se voir légitimement sanctionné.
130. L'employeur peut également interdire aux salariés exposés à des conditions de travail dangereuses de se vêtir à leur guise.
131. Il s'agit du désormais célèbre arrêt dit « *du bermuda* » de la chambre sociale de la cour de cassation du 28 mai 2003 (02-40273).
132. Dans cet arrêt, le salarié, embauché en qualité d'agent technique, a été licencié après être venu travailler en bermuda et continué les jours suivants à porter la même tenue vestimentaire, et ce en opposition ouverte avec les injonctions de ses supérieurs hiérarchiques qui lui demandaient oralement puis par écrit de porter un pantalon sous la blouse prescrite par le règlement intérieur de l'entreprise. Le salarié avait alors invoqué la violation de l'article L.1132-1 du code du travail (ancien article L.122-45) et l'atteinte aux libertés individuelles issue de l'article L.1121-1 du même code.
133. L'arrêt de la chambre sociale retient que : « *Si, en vertu de l'article L. 120-2 du Code du travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales. (...) La tenue vestimentaire de M. X... était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail.* »

2. Harcèlement moral lié à l'apparence physique

134. L'apparence physique d'un salarié peut également être source de moqueries, d'insultes, de propos désobligeants de la part du collectif de travail visant à le stigmatiser et ayant des conséquences à la fois sur son état de santé et sur ses conditions de travail. Ces agissements peuvent être constitutifs de harcèlement discriminatoire.
135. En effet, en vertu de l'article 1^{er} de 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** : constitue une discrimination : « *tout agissement subi par une personne et ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant constitue une discrimination* ».
136. Un parallèle peut donc être effectué entre l'agissement portant atteinte à la dignité de la loi du 27 mai 2008 (entendu comme harcèlement) et la « mesure discriminatoire » de l'article L.1132-1 du code du travail renvoyant au critère de l'apparence physique.
137. Les dispositions de l'article L.1152-1 du code du travail indiquent quant à elles qu' « *aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ».

138. Ces agissements tels que définis par l'article L.1152-1 précité peuvent ainsi revêtir un caractère discriminatoire lorsqu'ils sont en lien avec l'apparence d'un salarié.
139. Il a été ainsi considéré par plusieurs arrêts de cours d'appel que des injures sur l'apparence physique d'une salariée, en l'espèce « grosse vache », surtout quand elles émanent des supérieurs hiérarchiques, constituent des agissements de harcèlement moral. La jurisprudence écarte dans l'analyse de la caractérisation du harcèlement moral l'ambiance rude et virile comme argument de l'employeur pour justifier la tenue de tels propos³⁹.
140. La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 28 octobre 2010, a conclu que le fait pour un employeur de considérer qu'une salariée de couleur noire ne représentait pas correctement l'image de marque de la boutique constituait un préjudice moral qu'il convenait de réparer. Cet arrêt s'est basé sur le double visa des articles L.1132-1 et L.1152-1 du code du travail.
141. L'ensemble de ces arrêts démontre que les qualificatifs péjoratifs réitérés à l'encontre d'un ou d'une salariée visant son apparence peuvent être suffisamment déstabilisants et humiliants pour caractériser des agissements de harcèlement moral portant atteinte à sa dignité.
142. Ce genre d'agissements peut également compromettre l'avenir professionnel d'un salarié en raison des stéréotypes associés à son apparence. Ces salariés pourront ainsi être défavorisés en termes d'évolution de carrière.
143. Dans le cadre de l'obligation de sécurité qui pèse sur lui, il appartient à l'employeur de mettre en place des outils de prévention (formations des managers, sensibilisations, dispositifs d'alerte...) afin d'empêcher la survenance de tels agissements au sein du collectif de travail, et le cas échéant de sanctionner de tels comportements.

Le Défenseur des droits recommande aux employeurs :

Pour réduire le risque de discrimination liée à l'apparence physique :

- de veiller à ce que ce motif de discrimination, dans ses contours et ses modalités d'application, soit expressément pris en compte à tous les niveaux du déploiement de la politique d'égalité au sein de l'entreprise ; procédures ressources humaines : recrutement, promotion, évaluation... ; règlement intérieur ; formation/sensibilisation à la « diversité » ; dispositif interne d'alerte professionnelle contre les discriminations, dialogue social : négociations sur la qualité de vie au travail, sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes... ; communication interne et externe ; recours à des prestataires...

³⁹ Cour d'Appel d'Orléans, 4 septembre 2012, n° 536/12, 11/03721 ; Cour d'appel de Poitiers, 11 janvier 2011 ; Cour d'Appel de Reims, 2 mai 2007 n° 05/03260

Le Défenseur des droits recommande aux employeurs ou aux recruteurs :

S'agissant plus particulièrement des procédures de sélection de candidats pour un poste d'embauche ou de promotion :

- Pour éviter les biais subjectifs dans l'appréciation des compétences d'un candidat ou d'un salarié :
 - de mettre en place un processus respectant les trois principes suivants : objectivité, transparence et traçabilité des critères de sélection des candidatures.
 - de formaliser la procédure de recrutement en prévoyant une grille d'évaluation des compétences et une grille d'entretien similaire pour chaque candidat reçu fondées sur les compétences ;
 - de mettre en place une session de sensibilisation à la déconstruction des stéréotypes et des préjugés liés à l'apparence physique, à destination des personnes en charge du recrutement (managers, personnes chargées du tri des CV...) ;
 - de ne pas exiger des candidats qu'ils fournissent une photographie en réponse aux offres d'emploi et de ne pas écarter un CV qui ne comporterait pas de photographie sur ce seul motif ;
 - d'éviter de faire un usage détourné des informations accessibles sur les réseaux sociaux personnels et de privilégier les réseaux sociaux professionnels (LinkedIn, Viadeo...) pour la consultation d'un profil en vue de recrutements. Le Défenseur des droits rappelle qu'il a conçu un guide pratique pour recruter avec des outils numériques sans discriminer.
- Pour favoriser l'objectivité de la procédure de recrutement et de promotion :
 - Lorsqu'une caractéristique physique inaltérable est pressentie comme une exigence essentielle et déterminante pour l'exercice d'un emploi, le Défenseur des droits recommande sa traduction dans la description de caractéristiques du poste et invite les recruteurs à s'interroger sur la réelle nécessité de cette caractéristique pour la bonne exécution des tâches à accomplir. Dans un souci de transparence et de traçabilité de la procédure, cette condition doit alors être expressément mentionnée dans l'offre d'emploi et évaluée à toutes les étapes du recrutement.

Pour favoriser l'objectivité et la transparence des décisions liées à l'apparence physique au travail :

- De définir dans le règlement intérieur et/ou dans le contrat de travail, les contraintes, restrictions et obligations vestimentaires en lien avec la nature de l'emploi occupé et les tâches à accomplir, en respectant le principe de proportionnalité ;
- De porter le règlement intérieur à la connaissance des salariés, voire des candidats pour leur faire connaître les contraintes vestimentaires liées à la nature du poste et leur permettre de s'y conformer.
- De promouvoir une politique de protection contre les discriminations et le harcèlement fondés sur l'apparence physique des salariés, qu'il s'agisse de collaborateurs permanents ou occasionnels, prestataires... en sanctionnant effectivement les comportements inappropriés à cet égard.

Jacques TOUBON