

Paris, le 9 février 2018

Décision du Défenseur des droits n° 2018-016

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 la directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

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 le code du travail ;

Saisi par Madame X qui estime avoir fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire motivé par son apparence physique de la part de la société Y ;

Recommande à la société Y de modifier ses pratiques de recrutement afin de garantir le respect du principe de non-discrimination, de se rapprocher de la réclamante en vue de réparer son préjudice et de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

JACQUES TOUBON

**Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi n°2011-333 du 29 mars 2011 relative au
Défenseur des droits**

1. Le Défenseur des droits a été saisi par Madame X d'une réclamation relative aux refus d'embauche qui lui ont été opposés par la société Y et qu'elle estime discriminatoires en raison de son apparence physique et en particulier de sa taille.

RAPPEL DES FAITS :

2. En novembre 2014, Madame X est sélectionnée, après avoir passé un entretien par vidéo conférence, par la société Y, dite « agence Y », une société recrutant des hôtes et des hôtesse pour des évènements professionnels, commerciaux, sportifs, etc.
3. Madame X indique qu'en principe, un entretien au sein de l'agence est nécessaire pour être sélectionné, mais dès lors que l'agence devait trouver rapidement des personnes à placer sur une mission, elle a été dispensée d'effectuer cette procédure. Elle précise que sa taille lui a été demandée lors de son entretien par vidéo conférence.
4. Depuis qu'elle a été sélectionnée par l'agence Y, Madame X reçoit par courriel des offres d'emploi pour des missions. Elle explique qu'elle n'y répond que lorsqu'une mission l'intéresse. Si tel est le cas, elle doit adresser des photographies d'elle en portrait et de plain-pied. Les offres d'emploi comportent en effet la mention : « *pour postuler : CV + photos [...] toute candidature non complète ne sera pas traitée* ¹ ».
5. Elle explique qu'une réponse ne lui est apportée que si sa candidature est sélectionnée par l'agence Y. Dans ce cas, elle doit se rendre dans ses locaux pour signer un contrat de travail à durée déterminée.
6. Or, elle indique que les seules missions qui lui sont proposées sont des missions commerciales, de distribution de tracts ou de gadgets publicitaires, dites de « street marketing », mais qu'aucune mission événementielle, dite « mission prestige », ne lui a été proposée. Il s'agit de missions telles que l'accueil de congressistes ou de clients, la tenue de vestiaires, le port de micro, etc.
7. Madame X montre que les offres d'emploi de « mission prestige » sont cependant adressées à une de ses amies, Madame A. Elle indique que lorsqu'elle postule sur une offre adressée à Madame A, aucune réponse ne lui est apportée.
8. Madame X estime que les « missions prestige » ne lui sont pas proposées et que sa candidature n'est pas retenue en raison de sa taille d'1 mètre 60, puisque Madame A mesure 1 mètre 73.
9. Elle a donc sollicité à plusieurs reprises des explications pour connaître le motif pour lequel les offres d'emploi de « mission prestige » ne lui étaient pas adressées. Madame B, stagiaire chargée du recrutement, lui a assuré par courriel qu'aucune sélection n'était effectuée.
10. Mais Madame X fait cependant valoir que, par téléphone, une salariée de l'agence Y lui a confirmé que les offres de « missions prestige » ne lui sont pas adressées et qu'elle ne peut pas y

¹ Voir, par exemple, courriel de l'agence Y, présentant des offres d'emploi pour des missions prestige en date du 21 mai 2015 (pièce n°16).

prétendre en raison de sa taille. Madame A témoigne également de l'existence de discriminations à l'embauche en raison de la taille au sein de l'agence Y.

ENQUETE

11. Aux fins d'instruire la réclamation de Madame X, les services du Défenseur des droits ont dressé, le 22 octobre 2015, un premier procès-verbal constatant la diffusion, par la société Y, de 21 offres d'emploi pour des « missions prestige », faisant explicitement référence à l'apparence physique des candidats appelés à les pourvoir.
12. Un second procès-verbal a été dressé, le 2 novembre 2015, par Madame Z, agent du Défenseur des droits assermentée et spécialement habilitée aux fins de constater les délits de discrimination. Le procès-verbal consigne l'opération de testing réalisée du 29 octobre au 2 novembre 2015 par cet agent ainsi que par Madame C, agent au sein du Défenseur des droits, qui a prêté son concours. Il en résulte le constat d'une différence de traitement opérée par la société Y en raison de la taille des candidates à l'emploi pour pourvoir des « missions prestige ».
13. En considération de ces éléments étayant le faisceau d'indices présenté par Madame X pour laisser présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'apparence physique, le Défenseur des droits a adressé à la société Y une note récapitulative. Cette note a pour objet d'exposer son analyse du dossier et les raisons pour lesquelles il pourrait conclure à l'existence d'une discrimination. La société mise en cause est alors invitée à faire part de ses observations avant que le Défenseur des droits ne statue définitivement.
14. La société Y a sollicité, par l'intermédiaire de ses conseils, un entretien avec les services du Défenseur des droits aux fins de leur présenter ses arguments en réponse. Il a été fait droit à cette demande.
15. Enfin, la société Y a apporté une réponse écrite à la note récapitulative qui lui a été adressée. Elle fait en premier lieu valoir que « *la notion de discrimination en raison de l'apparence physique ne doit pas [être] appréhendée de manière autonome* ». La société argue en deuxième lieu que « *le métier d'hôte ou d'hôtesse pourrait être assimilé à du mannequinat* ». En troisième lieu, elle conteste « *la légalité et le bien-fondé* » du testing réalisé par les services du Défenseur des droits au motif que l'agent constatant est une victime fictive.
16. En quatrième lieu, la société Y « *conteste fermement s'être volontairement rendue coupable d'une violation des articles 225-1 et suivants du Code pénal, ou des articles L. 1131-2 et suivants du code du travail* ».
17. Elle indique par ailleurs qu'elle « *t[ient] à faire part de [son engagement] à respecter la législation en vigueur en matière de discrimination et, compte tenu [des] remarques [du Défenseur des droits] à être vigilant[e] quant à [ses] annonces d'emploi et aux critères d'embauche* ».
18. Enfin, la société Y indique que la note récapitulative « *soulève des questions juridiques et de principes [...] en raison de leur caractère général, qui dépassent largement le périmètre du présent dossier, il [lui] apparaît que, dans un souci d'efficacité, ces questions devraient être envisagées au niveau des instances représentatives de la profession d'agence d'hôtes et hôtesse afin que soient discutés avec elles d'éventuels ajustement et mesures à adopter dans le cadre de l'exercice de leur profession, non seulement par les agences elles-mêmes, mais également par l'ensemble des parties intervenantes aux prestations de services d'hôtes et hôtesse* ».

19. En considération de ces éléments de réponse, la présente décision a pour objet de rappeler à la société Y les termes de la loi sur la prohibition des discriminations à l'embauche fondée sur l'apparence physique et de recommander la réparation du préjudice de Madame X, dès lors qu'il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction qu'elle a été victime d'une discrimination en raison de sa taille.

ANALYSE JURIDIQUE :

20. L'article L. 1132-1 du code du travail dispose qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison, notamment, de son apparence physique.

21. Selon l'article L. 1133-1 du code du travail, l'article L. 1132-1 précité « *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* ».

22. La directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, dont sont dérivés les articles 225-3 du code pénal et L. 1133-1 du code du travail, précise qu'il convient d'apprécier le caractère essentiel et déterminant d'une exigence professionnelle « *en raison de la nature d'une activité professionnelle ou des conditions de son exercice* ».

23. La Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE), a rappelé que tel n'est pas le cas du critère de l'apparence physique pour pourvoir le poste hôtesse et qu'il est par conséquent illégal de refuser d'embaucher des jeunes femmes en raison de leurs mensurations ou de leur morphologie (HALDE, délib. n° 2006-206 du 2 octobre 2006).

24. Plus récemment, le Défenseur des droits a recommandé, pour favoriser l'objectivité de la procédure de recrutement, que lorsqu'une caractéristique physique inaltérable est une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour l'exercice d'un emploi, elle doit être inscrite dans la description des caractéristiques du poste (Défenseur des droits, décision cadre n° 2016-058 du 17 février 2016).

25. Enfin, en application de l'article L. 1134-1 du code du travail, lorsqu'un candidat à l'emploi ou un salarié présente des éléments de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination, il appartient au défendeur, c'est-à-dire à l'employeur, de démontrer que ses décisions sont motivées par des éléments objectifs, étrangers à la discrimination alléguée.

• Sur l'administration de la preuve :

26. En l'espèce, Madame X montre, d'une part, que des missions de « street marketing » lui sont systématiquement proposées par l'agence Y et d'autre part, qu'elle a présenté en vain sa candidature pour pourvoir des postes de « missions prestige ». Les offres d'emploi qui ne lui avaient pas été adressées lui ont été transmises par Madame A.

27. Madame X montre également qu'elle a communiqué des photographies d'elle exigées pour que sa candidature soit examinée et que, lorsqu'une condition supplémentaire était posée, telle que le fait de parler l'anglais ou de disposer d'un véhicule, elle a précisé à l'agence Y qu'elle la remplissait.

28. Enfin, Madame X démontre qu'elle a postulé en vain sur une offre d'emploi pour une « mission prestige » au siège de la société D après que Madame A ait transféré un courriel de l'agence Y indiquant qu'elle cherche en urgence des hôtesse supplémentaires pour le lendemain.

29. Le Défenseur des droits constate qu'elle dispose du même parcours universitaire que Madame A, avec laquelle elle étudie. La seule différence existant entre ces deux jeunes femmes est leur taille, Madame A mesurant 1 mètre 73 et Madame X 1 mètre 60.
30. Pour le Défenseur des droits ces éléments de fait laissent présumer l'existence d'une discrimination fondée sur sa taille.
31. Ils sont en outre étayés par les éléments consignés sous procès-verbal, par le Défenseur des droits, dans le cadre de son enquête.
32. S'agissant en effet du premier procès-verbal de constat, dressé le 22 octobre 2015, aux fins de relever la diffusion par la société Y d'offres d'emploi pour des « missions prestige » faisant référence à l'apparence physique des candidates, le Défenseur des droits rappelle que sept des vingt-et-une annonces consignées visent expressément la taille.
33. Ainsi, pour la recherche d'un « hôte - hôtesse événementiel », il est indiqué : « *Il faut être souriante, dynamique et motivée et mesurer 1,70m minimum²* », « *1.70m et +, souriante, dynamique³* », « *1.70m et +, parlant couramment anglais et éventuellement espagnol, souriante, dynamique, autonome⁴* », « *1.65 +, jolie, souriante⁵* », « *hôtesse très jolie, 1.72M minimum, autonome, souriante, classe et charismatique⁶* », « *1,70m et +, bilingue anglais, jolie, souriante, dynamique, avoir style⁷* ».
34. S'il est exact que les offres d'emplois visées ont été émises entre le 29 novembre 2011 et le 8 avril 2013, de sorte qu'il n'est pas possible d'imputer à la société Y le délit de subordination d'un emploi à une condition relative à la taille à ce jour, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un indice des pratiques qui ont pu être les siennes quant à la taille des candidates.
35. De plus, la question de la subsistance, au moins informelle, de ces pratiques demeure, dès lors que la société Y subordonne l'examen des candidatures, autant pour pourvoir les missions « prestige » que pour pourvoir les missions de street marketing à la condition qu'elle soit accompagnée de deux photographies de plain-pied et en portrait⁸. Elle montre ainsi son attachement à l'apparence physique des candidats.
36. S'agissant du second procès-verbal de constat, dressé le 2 novembre 2015, aux fins de consigner l'opération de testing à laquelle les services du Défenseur des droits ont procédé, la société Y en conteste la légalité.
37. Elle fait en effet valoir, en premier lieu, en se fondant sur la circulaire n° 2006-641, que le testing n'est pas un mode de preuve recevable lorsqu'il est réalisé par « *des personnes qui se sont vues opposer un refus [et] qui auraient menti sur leur identité ou leur qualité, ou seraient purement fictives (par exemple si est adressé un faux CV, concernant une personne imaginaire et/ou avec*

² Offre d'emploi en date du 29 mars 2013 (procès-verbal de constat n° 1)

³ Offre d'emploi en date du 23 novembre 2012 (procès-verbal de constat n° 1 – pièce n° 16)

⁴ Offre d'emploi en date du 20 novembre 2012 (procès-verbal de constat n° 1 – pièce n° 17)

⁵ Offre d'emploi en date du 20 novembre 2012 (procès-verbal de constat n° 1 – pièce n° 18)

⁶ Offre d'emploi en date du 7 novembre 2012 (procès-verbal de constat n° 1 – pièce n° 19)

⁷ Offre d'emploi en date du 3 octobre 2012 (procès-verbal de constat n° 1 – pièce n° 21)

⁸ Cette exigence figure en effet autant dans les offres de « missions prestigieuses » (Voir, par exemple, le courriel de l'agence Y en date du 11 juin 2015, dont l'objet est « Missions prestigieuses juin Paris » (pièce n° 27); Courriel de l'agence Y en date du 1er juin 2015, dont l'objet est « Agence Y : Propositions de Mission » (pièce n° 18)), que dans les offres de « street-marketing » auxquelles Madame X a postulé (Voir courriel de l'agence Y en date du 4 juin 2015, dont l'objet est « Mission XXXX » (pièce n° 8)).

un cursus et des diplômes inexacts). Dans tels cas en effet, il n'y a pas de délai, puisque le refus a été opposé à une personne qui n'existe pas, ou qui n'est pas vraiment victime ».

38. De fait, il est exact que les *curriculum vitae* produits par Mesdames Z et C, parce qu'ils sont identiques, ne reflètent pas leur expérience professionnelle réelle. De plus, Madame C ne subit pas de préjudice du fait du refus d'embauche qui lui a été opposé, tout comme Madame Z, dont la candidature a été acceptée.
39. Toutefois, le Défenseur des droits observe que la circulaire n° 2006-641 sur laquelle se fonde la société Y pour formuler ses griefs ne s'applique que lorsque le testing a une finalité répressive et est réalisé par les victimes qui souhaitent démontrer la différence de traitement dont elles souffrent. Au terme de l'article 225-3-1 du code pénal, les délits de discriminations « *sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats [...] dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ».
40. Mais il en va autrement du testing réalisé par les services du Défenseur des droits. Il n'a pas le même objet que celui décrit à l'article 225-3-1 du code pénal, dont la finalité est d'établir un délit pénal. Il s'agit, pour le Défenseur des droits, d'avoir recours à des demandes fictives pour démontrer la réitération d'une pratique discriminatoire telle qu'alléguée par la personne qui l'a saisi.
41. Il s'agit donc d'un testing recevable, au plan pénal, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation reconnaissant la légalité de cette pratique et selon laquelle le juge pénal ne peut refuser d'examiner des éléments de preuve au motif qu'ils ont été obtenus de façon déloyale (Cass. crim., 12 septembre 2000, pourvoi n° 99-87.251 et Cass. crim. 11 juin 2002, pourvoi n° 01-85.560).
42. Au plan civil, le testing du Défenseur des droits est recevable au titre des éléments composant le faisceau d'indices devant être rassemblé par la victime d'une discrimination en application de l'article L. 1134-1 du code du travail lequel impose, lorsqu'elle présente des éléments de faits laissant présumer l'existence d'une discrimination, que l'employeur défendeur démontre le caractère objectif de ses décisions.
43. Enfin, il convient de relever que depuis la loi n° 2016-1547 relative à la modernisation de la justice au XXI^e siècle, du 18 novembre 2016, 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 dispose que « *toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ». Il est précisé que « *Le fait que la victime ait seulement poursuivi l'objectif de démontrer l'existence d'un agissement ou d'une injonction discriminatoire n'exclut pas, en cas de préjudice causé à cette personne, la responsabilité de la partie défenderesse* ». Il résulte de ce texte que le législateur a consacré une exception au principe de la loyauté de la preuve recevable devant les juridictions civiles aux fins de démontrer les comportements discriminatoires au moyen d'un test de discrimination.
44. En second lieu, la société Y fait valoir que l'opération de testing, réalisée par les services du Défenseur des droits, relève en réalité de son pouvoir de vérification sur place, tel qu'il est défini par l'article 22 de la loi organique du 29 mars 2011. Aussi, elle considère qu'elle aurait dû être préalablement informée du déplacement dans ses locaux de Madame Z, en tant qu'agent du

Défenseur des droits, ou que la venue de celle-ci aurait dû être autorisée par le juge des libertés et de la détention, conformément aux dispositions régissant le pouvoir de vérification sur place.

45. Cet argument n'est cependant pas recevable dès lors qu'il procède d'une confusion entre le testing, qui est une méthode d'enquête pour constater la réitération d'une pratique discriminatoire et la vérification sur place, qui en est une autre destinée à étudier si la configuration des locaux professionnels étaye une présomption de discrimination.
46. En l'espèce, le testing réalisé par les services du Défenseur des droits a été réalisé par l'intermédiaire de deux candidatures spontanées de Mesdames Z et C, adressées à la société Y via son site internet. Il s'agissait de deux *curriculum vitae* identiques d'étudiantes en droit bancaire et de leurs photographies respectives en portrait et de plain-pied, dès lors que celles-ci sont exigées dans le formulaire de candidature.
47. Madame C a postulé en premier, à 10h06. A 11h47, elle a reçu un courriel dont l'émetteur est « "Production 6" production6@yhotesses.fr », lui proposant une mission « à l'occasion du Salon et du congrès des Maires et des collectivités territoriales ». Il lui est précisé : « merci de compléter ce tableau ci-dessous, et de le renvoyer au plus vite. Afin que nous puissions fixer un entretien et valider votre candidature ».
48. Le tableau en cause comporte, dans l'ordre, les mentions suivantes : « taille », « poids », « tatouage (à préciser) », « piercing (à préciser) », « taille confection veste », « taille confection/jupe pantalon », « couleur yeux », « couleur cheveux », « longueur cheveux ».
49. A 14h17, Madame C a rappelé l'agence Y en expliquant qu'elle avait été contactée pour une mission. Elle a été placée sur attente téléphonique pendant que son interlocuteur de l'agence Y « recherche son CV ». Lorsqu'il a repris la conversation, il lui a demandé si elle est disponible du 14 au 19 novembre 2015, ce qu'elle a confirmé, et il lui a ensuite été demandé sa taille. Madame C a répondu « 1 mètre 62, peut-être 1 mètre 60 ». La personne de l'agence Y lui a demandé de confirmer sa taille d'1 mètre 62 et lui a ensuite indiqué qu'elle sera rappelée.
50. Le même jour, à 16h08, Madame Z a postulé sur le site internet de l'agence Y. A 19h11, elle a été recontactée par téléphone pour participer à « un congrès ».
51. A 19h14, Madame Z a reçu le même courriel que Madame C adressé par « "Production 6" production6@yhotesses.fr ». Elle y a répondu le 30 octobre 2015 à 9h42 en renseignant les informations sur son apparence physique, dont sa taille d'1 mètre 72. A 9h47, Madame Z est recontactée par un courriel de l'agence Y dans lequel il lui est indiqué que l'agence attend son appel en vue de fixer un entretien de recrutement.
52. Madame Z a rappelé à 14 h 41. Interrogé sur la procédure de recrutement, son interlocuteur lui indique qu'elle doit passer un entretien afin d'être « entr[ée] dans la base de données » et que ce n'est qu'après qu'elle va recevoir des offres de missions auxquelles elle devra postuler en envoyant son *curriculum vitae* et des photographies. Il est ensuite convenu que Madame Z doit rappeler l'agence Y dans l'après-midi en vue de voir si elle peut venir dans ses locaux passer un entretien pour la mission au congrès des Maires de France.
53. A 15h03, Madame C appelle l'agence Y pour savoir si sa candidature est retenue pour cette dernière mission. Son interlocuteur lui demande de préciser son nom, si elle est disponible du 16 au 19 novembre 2015 et, immédiatement ensuite, si elle « mesure bien 1 mètre 65 ». Madame C répond qu'elle mesure « 1 mètre 62 environ ». Son interlocuteur lui dit alors qu'il « a son nombre

de filles », mais qu'elle sera inscrite sur une liste d'attente, « en back up », après avoir passé un entretien à l'agence.

54. A 16h10, Madame Z a appelé l'agence Y en vue de voir s'il est possible de s'y présenter pour un entretien. Il lui est répondu qu'elle peut se présenter à 16h45/17h.
55. Lors de cet entretien, mené par Madame E, il lui est d'abord demandé de remplir « une fiche d'inscription ». Elle comporte après les coordonnées (visant la « situation familiale »), les mentions suivantes sous l'item « votre profil » : « taille/hauteur » ; « couleur de cheveux » ; « longueur de cheveux » ; « couleur yeux » ; « taille veste » ; « taille pantalon » ; « pointure » ; « tatouage : oui/non Si oui, où ? » ; « Piercing : oui/non Si oui, où ? ».
56. Madame E dit à Madame Z qu'une opération de recrutement est en cours pour le congrès des Maires de France et lui précise que son profil d'étudiante en droit bancaire est très intéressant dans la mesure où elle saura accueillir avec courtoisie les Maires.
57. Madame E demande ensuite à Madame Z si elle est disponible pour « un casting » dans la mesure où, compte tenu de son profil, « ça [l']embête un peu de [la] mettre dans un profil d'hôtesse un peu simple ». Elle propose donc à Madame Z d'être « présent[ée] à un casting pour [être placée] comme hôtesse presse, vestiaire ou catering » et lui indique que c'est « le client lui-même qui choisit ».
58. Enfin, par courriel du 31 octobre 2015, émis par « "Production 6" production6@Yhotesses.fr » et signé par Madame E, il est indiqué à Madame Z : « Pour le Congrès des Maires et des Collectivités Locales et des Présidents d'Intercommunalité de France et le Salon des Maires et des Collectivités Locales qui aura lieu au Parc des expositions de la Porte de Versailles (Paris), vous serez affectée au poste : Hôtesse Presse, ou Hôtesse Catering, ou Hôtesse VIP, ou Hôtesse Chevalet. Ce poste-là nécessite votre présence à un casting avec le client. [...] Je vous rappelle qu'à partir du moment où vous êtes booké, nous comptons sur votre professionnalisme !! Aucun désistement ne sera toléré, hormis maladie sur justificatifs. La rémunération est de 11,63 euros brut par heure (inclus taux précarité et CP) ».
59. Interrogée sur les résultats de ce testing, la société Y les conteste en faisant valoir que « ni le poids, ni la taille de Madame C n'a d'emblée amené la société à prendre la décision de refuser de l'embaucher sur cette mission [le salon des Maires de France]. En effet, Madame C a précisé ses mensurations à deux reprises et pourtant la société lui a proposé un entretien ».
60. Le Défenseur des droits observe toutefois que la société Y omet dans son analyse de la chronologie des faits, de les comparer au recrutement parallèle de Madame Z.
61. En effet, le testing montre qu'à la différence de cette dernière, Madame C n'a pas été rappelée par la société en vue de passer un entretien afin de pourvoir la mission au salon des maires de France. Lorsqu'elle a annoncé sa taille, il lui a été répondu qu'elle serait recontactée pour passer un entretien, mais il s'agit d'un entretien ultérieur, en vue d'intégrer la base de données de l'agence. Il n'était pas question d'être immédiatement positionnée sur la mission prestige au salon des Maires de France.
62. Son traitement est donc différent de celui réservé à Madame Z qui a été directement reçue en entretien pour participer à cet événement.

63. Autrement dit, c'est après que Madame C ait confirmé sa taille qu'il n'a pas été donné suite à sa candidature au motif qu'il n'y avait plus de poste d'hôtesse à pourvoir, alors que cet argument n'a pas été opposé à Madame Z qui y a postulé postérieurement, avant d'y être recrutée.
64. Il en résulte que la société Y prend en considération la taille des candidats pour sélectionner ceux qu'elle recrute pour une mission prestige, comme le congrès des Maires de France.
65. De fait, les *curriculum vitae* de Mesdames C et Z étaient identiques. Madame E a indiqué seulement à cette dernière qu'il montre qu'elle a un profil sérieux, laissant présumer qu'elle sera courtoise avec les congressistes. Or tel aurait dû également être le cas de Madame C si sa candidature n'avait pas été préalablement écartée en raison de sa taille.
66. Il apparaît même que la société Y réalise un classement des candidats à l'emploi sur le fondement de l'apparence physique. En effet, Madame Z a été sélectionnée pour participer à un « casting » du client, afin de ne pas être placée sur un poste d'« hôtesse simple », mais sur un poste d'« hôtesse presse », d'« hôtesse catering », d'« hôtesse VIP » ou d'« hôtesse chevalet ».

- **Sur le fond :**

67. La société Y conteste, dans un premier temps et en général, le fait que la notion de discrimination en raison de l'apparence physique ne soit pas appréhendée de manière autonome, mais en lien avec d'autres motifs prohibés. Elle tire arguments de la jurisprudence et de la décision cadre du Défenseur des droits n° MLD-2016-058, du 12 février 2016, relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi.
68. Il convient toutefois de souligner que ladite décision prévoit expressément que son objectif est de « définir la notion d'apparence physique et son cadre juridique ». A ce titre, il est précisé qu'elle inclut « les caractéristiques inaltérables d'une personne telles que la couleur de peau, les traits du visage, les stigmates ou la taille ». Il s'agit là de l'objet même de l'interdiction des discriminations. Elle « renvoie à une conception unitaire du genre humain, à une fraternité non pas de l'affect mais du vivant. Ils interdisent qu'une personne soit défavorisée en raison de ses caractéristiques propres, de ce contre quoi, en tant qu'être vivant, elle ne peut rien ⁹ ».
69. Ainsi, si le critère de l'apparence physique permet de préciser d'autres critères de discrimination en ce qu'il peut les élargir aux stéréotypes qui leurs sont attachés, c'est aussi un critère de discrimination autonome permettant de sanctionner les traitements arbitraires motivés par les physiques de la personne, le plus souvent sa morphologie ou ses traits considérés comme disgracieux.
70. La société Y fait ensuite valoir, dans un deuxième temps, que « le métier d'hôte ou d'hôtesse pourrait être assimilé à un mannequinat » en se fondant sur une décision de la HALDE.
71. Aussi, il convient de rappeler qu'aux termes de la décision cadre précitée, le Défenseur des droits a rappelé que si les articles L.1133-1 du code du travail et l'article 225-3 du code pénal disposent qu'il est possible de déroger à l'interdiction des discriminations fondées sur l'apparence physique en justifiant d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante, celle-ci ne peut être autorisée qu'à titre exceptionnel en fonction de la nature du poste occupé.

⁹ E. Verny (Coord.), Les discriminations dans la jurisprudence de la Cour de cassation, Rapport annuel de la Cour de cassation pour l'année 2008, éd. Doc., fr, 2009, p. 84.

72. Aux termes de la loi, une exigence professionnelle essentielle et déterminante doit être appréciée *in concreto*, c'est-à-dire au cas par cas, afin d'évaluer la légitimité de l'objectif poursuivi par un employeur posant une telle condition, son caractère indispensable au regard de cet objectif et du poste en cause, ainsi que de sa proportionnalité. L'objectif poursuivi ne doit pas pouvoir être atteint autrement que par la mise en œuvre de la mesure discriminatoire.
73. Or, il convient de relever, en l'espèce, qu'aucune offre d'emploi pour une « mission prestige » adressée à Madame A, celle relative au Salon des Maires de France, ou même consignée dans le procès-verbal du 22 octobre 2015, ne comporte une clause relative à une exigence professionnelle essentielle et déterminante portant sur la taille.
74. Aussi, parce qu'elle ne distingue pas entre les « missions prestige » relevant du mannequinat, et celles ayant trait à l'organisation et à l'accueil d'un événement, la société Y n'est pas fondée à soutenir que toutes ces missions supposent une exigence professionnelle essentielle et déterminante relative à la taille.
75. Seules les premières semblent pouvoir comporter une telle condition discriminatoire à l'embauche puisqu'en application de l'article R. 1142-1 du code du travail, il apparaît, bien que ce texte ait été abrogé par la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008, qu'au moins « *l'appartenance à l'un ou l'autre sexe* » constitue une condition déterminante pour « [1°] *les artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin soit un rôle masculin, [2°] les mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires* [, et 3°] *les modèles masculins et féminins* ».
76. C'est la raison pour laquelle, dans sa décision cadre du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi, le Défenseur des droits a recommandé que, lorsqu'une caractéristique physique inaltérable est pressentie comme une exigence essentielle et déterminante pour l'exercice d'un emploi, sa description soit traduite dans les caractéristiques du poste à pourvoir.
77. Il précise que, pour les métiers de stricte présentation, comme le mannequinat, la prise en compte de caractéristiques physiques précises, y compris non manipulables, peut parfois être considérée comme légitime. Mais, 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.
78. Dans sa décision MLD-2014-147 du 3 novembre 2014, le Défenseur des droits rappelle ainsi que le simple fait de dénommer ainsi certains emplois ne saurait suffire à justifier des pratiques de recrutement liées à l'apparence.
79. 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 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.
80. Or, 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 peuvent être retenues comme des critères d'embauche.

81. Le Défenseur des droits insiste par conséquent, dans sa décision cadre du 12 février 2016 précitée, sur le fait qu'il convient de ne pas exiger des candidats qu'ils fournissent une photographie en réponse aux offres d'emplois et de ne pas écarter un CV qui ne comporterait pas de photographie sur ce seul motif. Il s'agit d'éviter les biais subjectifs dans l'appréciation des compétences d'un candidat.
82. A cet égard, il convient donc de relever que la société Y n'est pas fondée à apposer systématiquement sur les offres de « missions prestige » la mention « *pour postuler : CV + photos [...] toute candidature non complète ne sera pas traitée* ¹⁰ ».
83. Enfin, dans un troisième temps, la société Y répond sur la situation de Madame X. Elle soutient qu'elle « *ne peut se prétendre victime d'un refus d'embauche en raison de son apparence physique [dans la mesure où] la société l'[a] embauchée à trois reprises* ». Puis elle précise que « *sur les trois missions réalisées par [Madame X], deux sont des missions de "street marketing" et une mission "Axa" est précisément une mission d'hôtesse prestige* ».
84. Il ressort néanmoins de la réclamation de Madame X et des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction, que seul les refus d'embauche sur des missions prestige sont contestés et non un refus d'embauche en général de la part de la société Y.
85. La contestation porte précisément sur la distinction qui est faite pour le recrutement des hôtes placés sur des missions de « street marketing » et pour celui des hôtes embauchés pour pourvoir des missions prestige.
86. Or, si la société Y indique Madame X a participé à la mission Axa qui serait une mission prestige, elle n'étaye pas ses dires en ne produisant pas l'offre d'emploi diffusée. En effet la mention prestige figure en principe sur celle-ci ou dans le courriel de diffusion.
87. De plus, rien n'indique dans les pièces qu'elle produit qu'il s'agissait d'une mission prestige dès lors que le descriptif fourni prévoit autant, pour les hôtes recrutés, des missions d'animation que des postes de distribution. La société Y ne justifie pas du poste sur lequel Madame X aurait été affecté.
88. Enfin, il ressort des éléments recueillis dans le cadre de l'instruction que la société Y recrute en priorité des hôtes de grande taille, avant de s'adresser, faute de candidats, à l'ensemble de ceux figurant dans sa base de données, dont ceux de petite taille.
89. C'est ce qui explique d'une part, que les offres d'emploi pour des missions prestige soient adressées seulement à Madame A et non à Madame X en dépit des demandes réitérées de cette dernière de pouvoir les consulter. Ce n'est que parce qu'une mission prestige n'était pas pourvue à la veille de l'évènement, en l'occurrence celle de la société D, que l'offre lui a été exceptionnellement transférée (le courriel a pour objet : « *TR : URGENT Mission prestige D* ». On notera que Madame X n'a pas eu de réponse à sa candidature.
90. D'autre part, ce recrutement prioritaire des candidats de grande taille explique également la raison pour laquelle, dans l'opération de testing consignée sur procès-verbal par le Défenseur des droits, Madame Z a été recrutée en urgence et de façon prioritaire pour la mission au sein du Salon des Maires de France par rapport à Madame C, qui s'était pourtant portée candidate avant.

¹⁰

Voir, par exemple, courriel de l'agence Y, présentant des offres d'emploi pour des missions prestige en date du 21 mai 2015.

91. En conséquence, et au vu de ce qui précède, le Défenseur des droits :

- Constate que la société Y subordonne le recrutement aux emplois dits « missions prestigieuses » à une condition discriminatoire relative à la taille des candidats, sans justifier, d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante ;
- Constate que Madame X a fait l'objet d'un traitement différencié au regard des offres d'emplois qui lui ont été proposées et de celles pour lesquelles elle a été recrutée, en raison de sa taille ;
- Recommande à la société Y de modifier ses pratiques de recrutement afin de garantir le respect du principe de non-discrimination, de se rapprocher de la réclamante en vue de réparer son préjudice et de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Jacques TOUBON