

Paris, le 17 février 2022

Décision du Défenseur des droits n°2022-013

La Défenseure 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 Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne ;

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 ;

Saisie par Monsieur X qui estime avoir subi un refus de prestation de service discriminatoire car en lien avec son apparence physique et son identité de genre ;

Prend acte des engagements du salon de coiffure Y afin de lutter contre toutes les formes de discrimination et de sa transmission au réclamant d'une « carte cadeau » d'une valeur de 100 euros ;

Demande qu'il lui soit rendu compte des suites données à ces engagements dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Claire HÉDON

Décision de prise d'acte

1. La Défenseure des droits a été saisie le 12 mars 2020 par Monsieur X concernant un refus de prestation de service opposé par le salon de coiffure Y qu'il estime discriminatoire car en lien avec son apparence physique et son identité de genre.
2. Dans sa saisine, Monsieur X expliquait être une personne transgenre. Né de sexe féminin, il s'est engagé depuis le 23 juillet 2019 dans un parcours de transition pour devenir un homme. La procédure de changement de nom n'étant pas achevée, il se prénomme encore aujourd'hui « Valérie » à l'état civil.
3. Monsieur X est allé se faire couper les cheveux dans le salon de coiffure Y de Z le 25 janvier 2020, le 4 février 2020 et le 19 février 2020. Il a affirmé s'être présenté, dès sa première visite, en tant qu'homme au nom de « X ».
4. Le 3 mars 2020, il est retourné dans ce salon mais l'entrée lui a été refusée par la responsable, Madame A, au motif que cet établissement est destiné à une clientèle exclusivement masculine. Elle lui aurait également dit : « *Il y a des tas de filles masculines qui viennent mais on les refuse* » ; « *Peu importe que vous étiez avant une fille et maintenant un homme, on ne vous accepte pas* ».

I. L'ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS

5. Au vu des éléments présentés par le réclamant et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 le régissant, le Défenseur des droits a sollicité par courrier en date du 16 mars 2021 le salon de coiffure Y, afin de recueillir des explications sur les faits de discrimination allégués.
6. Par un courriel du 7 juin 2021 la société mise en cause a fait part de ses explications.
7. Par courrier en date du 29 novembre 2021, l'institution a adressé au salon de coiffure Y une note récapitulative en indiquant que la Défenseure des droits pourrait conclure à l'existence d'une discrimination prohibée par la loi, sur les fondements juridiques et les éléments de faits développés ci-après.
8. En réponse, par courrier du 17 décembre 2021, la société mise en cause, tout en contestant la discrimination, s'est engagée à sensibiliser son personnel sur la question, et a transmis une « carte cadeau » d'une valeur de 100 euros pour remise à Monsieur X.

II. CADRE JURIDIQUE

1) *Le principe de non-discrimination*

9. Le principe de non-discrimination est énoncé par plusieurs directives européenne notamment la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.
10. L'article 21 de la Charte des droits fondamentaux déclare en ces termes : « *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.* »

11. Le Parlement européen dans sa résolution du 4 février 2014 sur la feuille de route de l'UE contre l'homophobie et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre (2013/2183(INI)) a recommandé, à l'article consacré à la non-discrimination dans l'accès aux biens et services que : « *i) la Commission devrait mettre spécifiquement l'accent sur l'accès aux biens et services par les personnes transgenres lors du suivi de la mise en œuvre de la directive 2004/113/CE mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services* ».

12. La Cour de justice de l'Union Européenne (CJUE) a jugé dans l'arrêt *P v S and Cornwall County Council* du 30 avril 1996 que la discrimination fondée sur la transidentité entre dans le champ de la discrimination fondée sur le sexe : « *Dans ces conditions, le champ d'application de la directive ne saurait être réduit aux seules discriminations découlant de l'appartenance à l'un ou l'autre sexe. Compte tenu de son objet et de la nature des droits qu'elle vise à protéger, la directive a également vocation à s'appliquer aux discriminations qui trouvent leur origine, comme en l'espèce, dans la conversion sexuelle de l'intéressée (...) Tolérer une telle discrimination reviendrait à méconnaître, à l'égard d'une telle personne, le respect de la dignité et de la liberté auquel elle a droit et que la Cour doit protéger.* »

13. En droit interne, la discrimination fondée sur l'identité de genre et l'apparence physique est prohibée par 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, qui dispose dans son article 1^{er} : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son identité de genre, et son apparence physique (...), une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.* »

- Identité de genre et transidentité : définitions

14. Le 26 mars 2007, les Principes de Yogyakarta ont été présentés devant le Conseil des droits de l'Homme des Nations Unies par un groupe de 29 experts internationaux des droits humains. Il s'agit du premier texte qui prévoit d'appliquer les droits humains internationaux aux questions de l'orientation sexuelle et de l'identité de genre.

15. Ce dernier définit l'identité de genre comme « *l'expérience intime et personnelle du sexe faite par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris une conscience personnelle du corps (qui peut impliquer, si consentie librement, une modification de l'apparence ou des fonctions corporelles par des moyens médicaux, chirurgicaux ou divers) et d'autres expressions du sexe, y compris l'habillement, le discours et les manières de se conduire.* »

16. Dans son ouvrage « *La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre en Europe* » de 2011, Thomas Hammarberg, l'ancien Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe indique que l'identité de genre fait référence à l'expérience personnelle de son genre profondément vécue par chacun, qu'elle corresponde ou non au sexe assigné à la naissance, y compris la conscience personnelle du corps et d'autres façons d'exprimer son genre (on parle d'« *expression du genre* »), notamment la façon de s'habiller, de parler et de se comporter. Le sexe d'une personne est généralement attribué à la naissance et devient dès lors un fait social et juridique. Cela étant, certaines personnes ont des difficultés à s'identifier avec le sexe qui leur a été attribué à la naissance ; elles sont désignées sous le terme de personnes « *transgenres* ». L'identité de genre n'est pas identique à l'orientation sexuelle, les personnes transgenres pouvant se définir comme hétérosexuelles, bisexuelles ou homosexuelles.

17. Il indique également que les personnes transgenres comprennent à la fois les personnes qui ont une identité de genre différente du genre qui leur a été attribué à la naissance et les personnes qui souhaitent présenter leur identité de genre de manière différente de celle du genre qui leur a été attribué à la naissance. Ce terme désigne notamment les personnes qui, par nécessité intérieure, par préférence ou par choix, se présentent, par leur façon de s'habiller, de porter des accessoires, de parler, de se maquiller ou par des modifications corporelles, de façon différente de ce qu'on peut attendre du genre, et donc du rôle, qui leur a été attribué à la naissance. Un homme transgenre est une personne à laquelle on a attribué le genre « *féminin* » à la naissance, mais qui a une identité de genre correspondant au genre « *masculin* » ou située dans une tendance d'identité de genre masculin. Une femme transgenre est une personne à laquelle on a attribué le genre « *masculin* » à la naissance, mais qui a une identité de genre correspondant au genre « *féminin* » ou située dans une tendance d'identité de genre féminin. Les termes utilisés pour qualifier l'orientation sexuelle des personnes transgenres sont conformes à leur identité de genre et non au genre qui leur a été attribué à la naissance. On utilise les termes transidentité et transidentitaire pour faire référence à l'identité ou à l'expression transgenre.

2) *L'accès aux biens et aux services : un domaine protégé par le principe de non-discrimination*

18. Le troisièmement de l'article 2 de loi du 27 mai 2008 interdit la discrimination directe dans « *l'accès aux biens et services ou de fourniture de biens et services* ».

19. La prestation de service est définie par l'article 57 du traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) comme « *les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes. Les services comprennent notamment (...) des activités de caractère commercial* ».

20. Juridiquement, une coupe de cheveux au sein d'un salon de coiffure est une prestation de service.

3) *Un régime probatoire spécifique en matière civile*

21. En matière de discrimination, l'article 4 de la loi de 2008 précitée instaure un régime probatoire spécifique. Ainsi, « *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. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.* »

III. ANALYSE

1) *Les éléments permettant de présumer une discrimination*

22. Le 3 mars 2020, Monsieur X s'est présenté dans le salon de coiffure Y mais l'accès lui a été refusé par Madame A, la responsable, au motif que l'établissement était réservé à une clientèle exclusivement masculine.

23. Pourtant, Monsieur X explique être venu se faire couper les cheveux dans cet établissement le 25 janvier 2020, le 4 février 2020, et le 19 février 2020, ce qui est confirmé par ses relevés bancaires, versés au dossier.

24. La société mise en cause ne conteste pas le refus de la prestation de service et le justifie par son appartenance au sexe féminin.
25. Nonobstant la présomption de discrimination sur le sexe qui pourrait également être relevée eu égard au refus général de la clientèle féminine, mais qui ne concerne pas Monsieur X, celui-ci apporte des éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination en lien avec son identité de genre et son apparence physique. En application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve précité, il convient désormais d'analyser les explications de la société mise en cause.

2) Les justifications apportées par la société Y

26. En premier lieu, le salon de coiffure Y affirme que le 3 mars 2020, Monsieur X s'est présenté avec « *une apparence féminine* ». Selon les dires de Monsieur B, gérant, les salariés se sont limités « *au sexe "social" de Monsieur X, c'est-à-dire l'apparence étant la sienne ce jour-là... Et cette apparence était celle d'une femme* ».
27. Monsieur X soutient avoir une apparence masculine et qu'il serait impossible de connaître sa transidentité de prime abord. Cette affirmation est corroborée par le fait qu'il est venu se faire couper les cheveux trois fois dans ce salon sans opposition ni remarques du même personnel.
28. En tout état de cause, la société ne démontre pas l'existence d'éléments objectifs qui justifieraient le refus de réaliser des prestations de coiffure sur des personnes transgenres ou sur des hommes dont l'apparence physique ne correspondrait pas aux attentes des salariés du salon quand ces derniers souhaiteraient une coupe de type « *masculin* ». En l'occurrence, Monsieur X indique avoir sollicité un « *dégradé* », technique de coiffure que le salon ne conteste pas maîtriser.
29. En second lieu, la société affirme que le bail commercial du salon de coiffure stipule que « *les locaux [doivent] servir à l'exploitation d'un commerce de barbier / coiffure hommes, à l'exclusion de toute autres activités* » (souligné et mis en gras dans la réponse).
30. Contrairement à ce qui est indiqué dans le courrier, aucune copie du bail n'est produite par la société mise en cause.
31. La société fait également valoir qu' « *en vertu des dispositions contractuelles, il [lui] est interdit de prodiguer des soins à la clientèle féminine, sous peine d'encourir des sanctions pouvant aller jusqu'à la résiliation de [son] bail en raison de l'exercice d'une activité dépassant l'autorisation figurant sur le bail* ».
32. Aucun fondement juridique n'est apporté au soutien de cette allégation. Au demeurant, un bail qui exclurait la clientèle féminine pourrait, malgré le principe de la liberté contractuelle, être considéré comme discriminatoire en l'absence d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination justifiant une telle exclusion.
33. En toute hypothèse, la Défenseure des droits observe qu'aux termes de l'article L145-47 du code de commerce « *Le locataire peut adjoindre à l'activité prévue au bail des activités connexes ou complémentaires* ».
34. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Paris, Pôle 05 ch. 03 du 27 février 2013 (n° 11/15987), les juges ont considéré que l'activité de coiffure pour hommes était « *une activité connexe [à l'activité de coiffure pour dames] au sens de l'article L145-47 du code de commerce, qui ne correspond pas à une nouvelle conception de l'exercice de l'activité de coiffure mais à une extension de cette activité* ».

35. En l'espèce, la présence d'une telle stipulation contractuelle dans le bail n'est pas de nature à interdire les prestations de coiffure sur des personnes de sexe féminin ou transgenre et ne constitue donc pas un élément objectif étranger à toute discrimination justifiant le refus de coiffer Monsieur X.
36. En réponse à la note récapitulative, dans son courrier en date du 17 décembre 2021 et par l'intermédiaire de son conseil Maître C, la société Y a indiqué qu'elle n'entendait pas contester les faits tels qu'ils ont été exposés par Monsieur X et qu'elle souhaitait « *présenter ses plus sincères et profondes excuses envers ce dernier* ». En effet, elle explique que le manager ayant reçu Monsieur X a, « *certes, agi avec maladresse et précipitation, mais en croyant bien faire, non sur la base de préjugés, mais en raison de consignes mal comprises ou mal exposées* ».
37. Elle poursuit en ces termes : « *Cet incident, démontre, à l'évidence, qu'il appartient à la société Y d'approfondir et d'améliorer davantage la formation de ses salariés sur ces questions. Ma cliente m'a ainsi assuré que, très prochainement, une note serait diffusée à l'ensemble du personnel attirant l'attention des salariés sur les discriminations et sur les manières d'y remédier* ».
38. En conséquence, le salon de coiffure a décidé d'offrir à Monsieur X une carte cadeau d'une valeur de 100 euros, que ce dernier a acceptée.
39. La société conteste toute discrimination : « *La société Y tient à affirmer avec force que, si ces faits traduisent une évidente maladresse, ils ne matérialisent nullement une volonté de discriminer une partie de la clientèle* ». Cependant, elle ne fournit toujours pas d'éléments objectifs étrangers à toute discrimination susceptibles de renverser la présomption de discrimination.
40. En conséquence et au vu de ce qui précède, la Défenseure des droits :

Constate que Monsieur X a fait l'objet d'une discrimination en lien avec son identité de genre et son apparence physique ;

Prend acte de la remise par la société mise en cause à Monsieur X d'une carte cadeau d'une valeur de 100 euros ;

Prend acte de l'engagement de la société d'approfondir et d'améliorer la formation de ses salariés sur la question de la lutte contre les discriminations ;

Prend acte de l'engagement de la société de diffuser une note interne à destination du personnel « *attirant leur attention sur les discriminations et sur les manières d'y remédier* » ;

Demande au salon de coiffure Y de rendre compte des suites données à ces engagements dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente.

Claire HÉDON