

Paris, le 21 février 2022

Décision du Défenseur des droits n°2021-280

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 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 civil ;

Vu le code pénal ;

Vu le code du travail ;

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

Saisie d'une réclamation de Madame X qui estime avoir fait l'objet d'un refus d'embauche de la part de Madame Y fondé sur son apparence physique, lié en l'espèce au port de tatouages et de piercings ;

Recommande à Madame Y de modifier ses pratiques de recrutement, de veiller à la rédaction des offres d'emploi afin de garantir le principe de non-discrimination, au besoin après

consultation du Guide « Pour un recrutement sans discrimination »¹, ci-après annexé, de suivre une formation de sensibilisation sur la lutte contre les discriminations au travail et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois, à compter de la notification de la présente ;

Constate que Madame Y n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le refus d'embaucher Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de son apparence physique, et conclut que Madame X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire ;

Recommande à Madame Y de se rapprocher de Madame X en vue de réparer son préjudice et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 3 mois à compter de la notification de la présente ;

À défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente qui serait saisie.

Claire HÉDON

¹ Défenseur des droits, « Pour un recrutement sans discrimination », Guide, 2019 ; <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-recrutssdiscri-access-03.07.19.pdf>

Recommandations

1. Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation de Madame X relative au refus d'embauche à un poste de « secrétaire/assistante médicale » qui lui a été opposé par Madame Y, qu'elle estime fondé sur son apparence physique, lié en l'espèce au port de tatouages et de piercings.

RAPPEL DES FAITS :

2. Titulaire d'un Bac pro en secrétariat, Madame X a notamment travaillé en qualité de secrétaire administrative auprès du CHU de Z pendant plus de 8 ans.
3. Elle a présenté sa candidature en qualité de « secrétaire médicale », au sein du cabinet médical du Dr Y, en réponse à une offre d'emploi publiée le 19 juillet 2019 par A, ainsi rédigée :

« Secrétaire médical / Médicale

Au sein d'un cabinet médical spécialisé situé au centre-ville de Z, vous serez en charge de l'accueil, la prise de rdv, l'encaissement des actes, la remise de chèques en banque. [...]

Vos qualités : bienveillance, ponctualité, rigueur.

Profil souhaité : [...] Accueillir et renseigner le patient sur les horaires de réception, les possibilités de rendez-vous, le déroulement de l'examen. Actualiser le dossier médical du patient, assurer l'accueil téléphonique, conseiller le patient lors des démarches administratives (constitution de dossiers, remplissage de formulaires), encaisser les actes médicaux, modalités d'accueil, mode de prise en charge des actes médicaux, méthode de classement et d'archivage, nomenclature des actes médicaux, organiser le planning des activités, outils bureautiques, terminologie médicale [...]

Savoir-être professionnel : Autonomie, sens de l'organisation, rigueur. »

4. Madame X explique qu'il lui avait été demandé d'apporter une photographie le jour de son entretien.
5. Selon le site B, « le docteur Y, médecin ORL et allergologue, s'est spécialisée dans la médecine nutritionnelle et anti-âge, pour compléter son approche de la santé, de l'intérieur (santé) vers l'extérieur du corps humain (beauté). Un programme personnalisé et ciblé permet alors d'agir pour préserver le capital du trio santé, bien-être, beauté le plus longtemps possible ».
6. Madame Y dispose également d'un site internet dédié (Y) où sont décrits les actes de médecine esthétique qu'elle effectue et qui constituent son cœur d'activité, à savoir les microneedling, lifting, peeling, injections à l'acide hyaluronique etc.
7. Le Dr Y avait parallèlement publié une offre d'emploi similaire, pour le même poste, sur le site C, rédigée de la manière suivante :

« Assistante Médicale H/F

Cabinet médical D – Z

Description du poste : À pourvoir : poste d'assistante médicale ayant de l'expérience en ESTHETIQUE ou en cosmétique.

Essentiel : Maîtrise OBLIGATOIRE d'internet et des outils informatiques et bureautiques (Word, Excel).

Prise de rendez-vous téléphoniques, accueil des patients, encaissements, préparation des patients aux soins.

Rigueur, EXCELLENTE présentation, dynamisme et polyvalence.

[...]

Poste à pourvoir de suite, formation assurée par le cabinet, contrat flexible, poste pouvant convenir également à infirmière, sage-femme ...

Adresser par mail CV + Lettre manuscrite + photo récente [...] »

8. Le 25 juillet 2019, Madame X a été reçue par le Dr Y pour un entretien d'embauche.
9. Selon les photos transmises au Défenseur des droits par Madame X, celle-ci portait, lors de l'entretien d'embauche avec le Dr Y, qui s'est tenu en été, de petits piercings aux oreilles (sur le haut et le bas du cartilage) ainsi que divers tatouages qui étaient apparents, à savoir :
 - Un sur le dessus du pied droit de 8 cm de haut représentant un nœud rouge,
 - Un sur l'intérieur de chaque bras au niveau des poignets, représentant deux cœurs enlacés de 4 cm de haut (bras gauche), et des oiseaux et une rose rouge de 10 cm (bras droit),
 - Un dans la nuque de 10 cm où il est écrit « Hope » avec trois oiseaux (Madame X avait les cheveux relevés en queue de cheval lors de l'entretien),
 - Un au-dessus de la poitrine de 6 cm où il est écrit « Love... » avec 4 ballons rouges (ce tatouage est à peine apparent).
10. Selon Madame X, le Dr Y ne lui aurait finalement pas fait passer d'entretien mais se serait exclamée, dans la salle d'attente où elle patientait, qu'il n'était pas possible de porter des tatouages pour le poste. Elle aurait tourné autour de la personne de Madame X pour les décompter, relevé qu'elle portait aussi des piercings à l'oreille. Elle lui aurait dit qu'avec un tatouage au-dessus de sa poitrine, elle ne pourrait pas lui faire porter de décolleté et qu'elle n'aimait ni les tatouages, ni les faux cils, ni les faux ongles, ni les piercings.
11. Ainsi, Madame Y ne lui aurait pas demandé de dissimuler ses tatouages mais aurait refusé par principe sa candidature sans lui faire passer d'entretien afin d'échanger sur ses compétences et qualifications professionnelles.
12. Le Dr Y soutient quant à elle qu'elle se serait « longuement » entretenue avec Madame X.
13. Enfin, Madame Y conteste avoir fait des remarques sur le décolleté, relevant que sa secrétaire médicale était tenue de porter une blouse blanche boutonnée.
14. Par courriel du 26 juillet 2019, Madame X a dénoncé auprès de sa conseillère A avoir été « jugée au physique » et s'être « sentie humiliée ».
15. Par courriel du 29 juillet 2019, sa conseillère l'a invitée à saisir le Défenseur des droits et a fait remonter l'information à l'équipe en charge de la gestion du recrutement.
16. C'est dans ce contexte que Madame X a saisi le Défenseur des droits, le 31 juillet 2019, estimant avoir subi un refus d'embauche discriminatoire motivé par son apparence physique.

ENQUETE DU DEFENSEUR DES DROITS :

17. Au vu des éléments communiqués par la réclamante et en vertu des articles 18 et 20 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits a décidé d'engager une instruction, auprès du Dr Y, mise en cause, afin de recueillir ses explications sur les faits de discrimination allégués ainsi que la communication d'un certain nombre d'éléments nécessaires à l'examen de la réclamation portée à sa connaissance.
18. À cette fin, les services du Défenseur des droits ont adressé au Dr Y un courrier en date du 30 août 2019.
19. Par courriel du 8 octobre 2019, le Dr Y y a répondu.
20. Après analyse des éléments de réponse du Dr Y, le Défenseur des droits a décidé de lui adresser, par courrier 26 février 2021, une note récapitulant les raisons pour lesquelles il pourrait retenir l'existence d'une discrimination et l'invitant à présenter tout élément et document utile sur l'ensemble des éléments recueillis au cours de son enquête. Le collègue a été préalablement consulté sur cette note, conformément aux dispositions de l'article 15 de la loi organique n° 2011-33 du 29 mars 2011.
21. Par courriel du 7 avril 2021, le Dr Y y a répondu.

CADRE JURIDIQUE ET ANALYSE JURIDIQUE :

I. L'interdiction des discriminations fondées sur le sexe et des offres d'emploi discriminatoires

22. L'article 1^{er} de la Constitution française dispose que « la loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes (...) aux responsabilités professionnelles et sociales ».
23. La directive n° 2006/54/CE du 5 juillet 2006, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail prévoit une interdiction des discriminations fondées sur le sexe s'appliquant autant aux conditions d'accès à l'emploi, qu'aux critères de sélection et aux conditions de recrutement.
24. Le droit français interdit expressément les offres d'emploi discriminatoires en raison du sexe.
 - **Au plan civil**
25. Il ressort 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 que : « constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son sexe, (...) 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 ».
26. L'article 2 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 prohibe « toute discrimination directe ou indirecte » fondée notamment sur le sexe, en matière « d'accès à l'emploi ».
27. L'article L. 1132-1 du code du travail dispose ainsi qu'aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison notamment de son sexe.
28. L'article L. 1142-1 du code du travail énonce que :

« Sous réserve des dispositions particulières du présent code, nul ne peut :
1° Mentionner ou faire mentionner dans une offre d'emploi le sexe (...) du candidat recherché. Cette interdiction est applicable pour toute forme de publicité relative à une embauche et quels que soient les caractères du contrat de travail envisagé (...) »

29. Les articles L. 1132-1 et L. 1142-1 du code du travail, qui prohibent le fait d'écartier des personnes d'un recrutement en raison de leur sexe, s'appliquent indépendamment de l'intention de l'auteur de la discrimination.

30. Au plan du droit civil, le législateur a décidé d'encadrer strictement² la liste des emplois et des activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante, cette liste devant être révisée périodiquement.

31. En ce sens, l'article R. 1142-1 du code du travail dispose que « Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants :

1° Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;

2° Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;

3° Modèles masculins et féminins. »

32. Le Défenseur des droits a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la publication d'offres d'emploi discriminatoires à raison du sexe. À titre d'illustration, le Défenseur des droits a qualifié de discriminatoire la pratique d'une société d'intérimaire visant à diffuser des offres d'emploi féminisées concernant la recherche d'hôtes/hôtesse³.

➤ **Au plan pénal**

33. L'article 225-1 du code pénal dispose que « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de [...] leur sexe [...] ».

34. L'article 225-2 du code pénal dispose qu'une telle discrimination constitue un délit de discrimination puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, lorsqu'elle consiste « [5°] à subordonner une offre d'emploi [...] à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ».

35. Au demeurant, le délit de discrimination prévu aux articles 225-1 et 225-2 du code pénal est consommé par la seule offre d'emploi discriminatoire quels qu'en soient les effets⁴.

36. La preuve de la discrimination sur le plan pénal est établie dès lors que les éléments constitutifs du délit sont caractérisés à savoir d'une part, l'élément matériel - c'est-à-dire la différence de traitement fondée sur un critère prohibé – et, d'autre part, l'élément moral – c'est-à-dire la conscience de l'auteur de se livrer à une distinction fondée sur le sexe, soit des agissements discriminatoires.

(²) « En l'état actuel du droit, la dérogation n'est applicable que dans ce cadre » ; MINE (M.), Le grand livre du droit du travail en pratique, Eyrolles, Paris, 2020, 822 p. p. 92 ; voir également en ce sens, la délibération de la HALDE n°2009-21 du 26 janvier 2009

(³) Décision du Défenseur des droits n°2016-178 du 13 septembre 2016

(⁴) Cass. Crim., 30 janvier 1990, n°86-92.690

37. La féminisation d'une offre d'emploi est susceptible de caractériser le délit de subordination d'une offre d'emploi à un critère tenant au sexe du candidat dès lors que sa rédaction, exclusivement au féminin, confirme l'existence matérielle d'une telle subordination et son intentionnalité⁵.
38. À ce titre, le Défenseur des droits a notamment proposé des transactions pénales à des dentistes qui avaient publié des offres d'emploi discriminatoires à raison du sexe pour des postes de « secrétaire médicale »⁶.
39. L'article 225-3 3° du code pénal dispose que l'interdiction des discriminations fondées sur le sexe en matière d'embauche n'est pas applicable « lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
40. Si le cadre pénal ne prévoit pas de liste équivalente à celle du droit civil des professions pouvant bénéficier d'une exception au principe de non-discrimination à raison du sexe, il appartient au mis en cause de justifier que l'appartenance au sexe féminin apparaît comme une condition essentielle et déterminante pour exercer les fonctions d'assistant(e) médical(e).
41. Conformément au droit de l'Union et au droit européen, les exceptions au principe de non-discrimination doivent être interprétées strictement.
42. En ce sens, l'article 14 § 2 de la 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 énonce « *Les États membres peuvent prévoir, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la formation qui y donne accès, qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée au sexe ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités professionnelles particulières concernées ou du cadre dans lequel elles se déroulent, une telle caractéristique constitue une exigence professionnelle véritable et déterminante, pour autant que son objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée.* »
43. Une telle dérogation ne peut viser que des activités spécifiques et doit être susceptible d'adaptation à l'évolution sociale.
44. À titre d'illustration, dans l'affaire *Commission c. France* du 30 juin 1988⁷, la Cour de Justice a considéré qu'il était possible de réserver des emplois aux candidats de sexe masculin, à l'exclusion des femmes, pour le personnel des prisons, à la condition que cette exception ne se justifie que pour des activités pour lesquelles l'appartenance à l'un ou l'autre sexe est déterminante, en l'occurrence des tâches spécifiques de maintien de l'ordre dans ces établissements.
- Inversement, dans l'affaire *Johnston* du 15 mai 1986⁸, la Cour de Justice n'a pas admis que, dans le cas d'une femme policière travaillant en Irlande du Nord, une différence de traitement soit justifiée au seul motif que les femmes ne recevaient pas de formation au maniement des armes et que cela était susceptible de créer des risques supplémentaires d'attentats.

(⁵) HALDE, délibération n° 2010-297 du 13 décembre 2010

(⁶) Décisions du Défenseur des droits n°2020-164 et 165 du 1^{er} décembre 2020

(⁷) CJCE, n° C-318/86, *Commission c. France*, 30 juin 1988

(⁸) CJCE, n° C-222/84, *Johnston*, 15 mai 1986

Sur les éléments constitutifs de l'infraction consistant à subordonner une offre d'emploi à un critère illicite lié au sexe

45. En l'espèce, ainsi que cela a été relevé, l'offre d'emploi publiée sur le site C par le Dr Y, précise sans ambiguïté la recherche d'une « assistante médicale ». Cette annonce indique, par ailleurs, que le poste peut « convenir également à [une] infirmière ou [une] sage-femme ».
46. En réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, le Dr Y fait valoir, en premier lieu, qu'aucun candidat masculin n'aurait été écarté de la procédure de recrutement, dès lors que « toutes les personnes envoyées par A étaient des personnes de sexe féminin ».
47. Néanmoins, cet argument ne saurait prospérer dès lors qu'une offre rédigée au féminin est susceptible de dissuader les candidats masculins d'y postuler.
48. Au demeurant, ainsi que cela a également déjà été exposé, le caractère discriminatoire d'une offre d'emploi peut être établi indépendamment des effets de celle-ci.
49. L'offre d'emploi publiée sur le site C était ainsi subordonnée à un critère lié au sexe, prohibé par les articles 225-2 du code pénal.
50. L'élément matériel de l'infraction de subordination d'une offre d'emploi à un critère illicite est ainsi caractérisé.
51. S'agissant de l'élément moral de l'infraction, en réponse aux questions du Défenseur des droits, le Dr Y n'a utilisé que le féminin pour évoquer les exigences du poste proposé. Elle a notamment expliqué : « ma secrétaire médicale exerce une mission fondamentale de représentation du cabinet : c'est elle que l'on voit en premier ».
52. Le Dr Y soutient que l'emploi du féminin dans sa réponse adressée au Défenseur des droits dans le cadre de son enquête ne relevait que d'un « simple réflexe de la pratique antérieure qui fait, que jusqu'alors et depuis le début de son exercice professionnel, elle n'a reçu et forcément accepté, que des candidatures provenant de personnes de sexe féminin pour les postes qu'elle proposait ».
53. Le Dr Y soutient ainsi que l'emploi du féminin dans le détail de l'annonce et dans ses explications aurait été « involontaire » et qu'il « ne peut [en] être déduit qu'elle envisageait uniquement de recruter une femme ».
54. Toutefois, la conscience de subordonner l'offre d'emploi à un critère lié au sexe apparaît caractérisée par les termes mêmes de l'offre d'emploi, qui sont confortés par les propos tenus par le Dr Y dans sa réponse à l'enquête du Défenseur des droits.

Sur l'inapplicabilité de l'exception prévue par les articles 225- 3 3° du Code pénal

55. Au cas présent, compte tenu des fonctions décrites, à savoir notamment l'accueil de la patientèle, les encaissements et les prises de rendez-vous téléphoniques, rien ne permet de justifier que le poste d'assistant(e) médical(e) puisse être réservé aux femmes.
56. L'offre d'emploi rédigée par le Dr Y est ainsi discriminatoire en raison du sexe et comme telle prohibée par l'article 225-2 du code pénal.

II. L'interdiction des discriminations fondées sur l'apparence physique

A. L'exigence de produire une photographie récente pour candidater au poste d'assistant(e) médical(e)

57. Conformément à l'article L. 1132-1 du code du travail, « aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement en raison de son apparence physique ».
58. Conformément à l'article L. 1221-6 du code du travail, « 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 (...) ».
59. L'employeur doit se montrer le plus objectif possible lorsqu'il examine et sélectionne les candidatures pour un emploi donné.
60. Or, tel n'est pas le cas des photographies demandées aux candidats, à l'appui de leur curriculum vitae, pour que leur candidature soit étudiée.
61. En effet, la photographie est susceptible d'induire une certaine subjectivité ou des biais cognitifs alors que le physique est rarement essentiel, pertinent ou déterminant pour exercer une activité professionnelle donnée.
62. En ce sens, le Défenseur des droits a eu l'occasion de rappeler que « les conditions d'exercice de l'emploi définies dans (...) l'offre d'emploi » doivent être « objectives et nécessaires par rapport aux missions à accomplir dans le secteur d'activité. De fait, exiger par exemple une photo sur un CV ne peut être qu'exceptionnel »⁹.
63. Aucun employeur ne devrait pouvoir écarter de candidats d'un processus de recrutement au motif qu'ils n'ont pas communiqué de photo. « 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...) »¹⁰.
64. Le fait de joindre une photographie à une candidature devrait relever du choix des candidats. Les recruteurs ne devraient pas, sauf cas exceptionnels, pouvoir l'imposer.
65. En l'espèce, l'annonce rédigée par le Dr Y pour le poste d' « assistante médicale » sur le site C exigeait des candidats qu'ils produisent une photo récente, en plus du CV et d'une lettre de motivation manuscrite.
66. Pour le Défenseur des droits, rien ne permet de justifier l'exigence de fournir une photo récente pour pouvoir candidater à un poste d'assistant(e) médical(e), même s'il exige notamment un contact avec la clientèle pour des soins liés à l'esthétique et à l'anti-âge.
67. Si l'offre d'emploi publiée par A, à laquelle Madame X a répondu, ne mentionnait pas l'exigence d'une telle photographie, le Dr Y reconnaît, dans sa réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, avoir demandé à la candidate d'apporter une photographie le jour de l'entretien d'embauche et de la lui remettre à l'issue de celui-ci.

(⁹) Défenseur des droits, Pour un recrutement sans discrimination, Guide, 2019, p. 19 ; <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-recrutssdiscri-access-03.07.19.pdf>

(¹⁰) Décision du Défenseur des droits MLD n°2016- 058 du 12 février 2016

68. Afin de justifier cette demande, le Dr Y allègue qu'il s'agissait de « ne pas commettre d'erreur, après la réception des différentes candidates envoyées par A, entre les CV et l'entretien (...) ».
69. Cette demande, peu important qu'elle soit intervenue entre la réception des CV et la date de l'entretien d'embauche, est constitutive d'une discrimination sur l'apparence physique au sens des articles L. 1132-1 et L. 1142-1 du code du travail.
70. De la même façon, l'offre d'emploi publiée par le Dr Y sur le site C est discriminatoire en raison de l'apparence physique au sens des articles L. 1132-1 et L. 1142-1 du code du travail.

B. Sur l'exigence d'une excellente présentation excluant le port de tatouages et de piercings

71. La jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme protège les « choix faits [des personnes] quant à l'apparence qu'elle[s] souhaite[nt] avoir, dans l'espace public comme en privé »¹¹. Cette liberté est garantie par le droit fondamental à la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹² qui englobe « l'identité physique, psychologique et sociale d'un individu »¹³.
72. Les droits et libertés des travailleurs sont garantis par la Constitution et la loi, et notamment l'article L. 1121-1 du code du travail. Toute restriction doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.
73. Ainsi que l'a énoncé le Défenseur des droits dans sa décision-cadre n° 2019-205 du 2 octobre 2019, l'apparence physique peut être définie comme l'ensemble des caractéristiques physiques et des attributs visibles propres à une personne, qui relèvent tant de son intégrité physique et corporelle (morphologie, taille, poids, traits du visage, phénotype, stigmates etc...) que des éléments liés à l'expression de sa personnalité (tenues et accessoires vestimentaires, coiffure, barbe, piercings, tatouages, maquillage, etc...).
74. 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, les articles 225-1 et

(¹¹) CEDH 1^{er} juillet 2014 (GC) *S. A. S c/ France*, n° 43835/11 au sujet des vêtements portés par un individu ; sur ce sujet v. également les décisions *McFeeley et autres c. Royaume-Uni*, no 8317/78, décision de la Commission du 15 mai 1980, DR 20, p. 44, § 83, et *Kara c. Royaume-Uni*, no 36528/97, décision de la Commission du 22 octobre 1998 ; V. toutefois l'arrêt dit « *du bermuda* » de la Cour de cassation du 28 mai 2003 (02-40273) et TA Cayenne, 3 juin 2003, *Onno c/ Recteur académie Guyane*, n° 992877; CEDH 18 juin 2013 *Popa c. Roumanie* (déc.), no 4233/09, par. 32-33 au sujet du choix de la coiffure ; sur ce sujet v. également la décision de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Sutter c. Suisse*, n°8209/78, décision de la Commission du 1^{er} mars 1979, Décisions et rapports (DR) 16, p.166)

(¹²) V. par ex, CEDH 27 août 2015 *Parillo c/ Italie*, n° 46470/11 (par. 153) au sujet de la large définition de la vie privée qui comprend le droit à l'auto-détermination.

(¹³) CEDH 8 novembre 2011 *V. C. c/ Slovaquie*, n° 18968/07, par. 138

225-2 du code pénal¹⁴ et l'article L. 1132-1 du code du travail¹⁵ prohibent les discriminations, directes et indirectes, fondées sur l'apparence physique dans l'emploi privé.

75. Les exceptions à cette interdiction de principe doivent être entendues strictement et être dûment justifiées. Conformément à l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 et à l'article L.1133-1 du code du travail, elles doivent répondre à « une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
76. La légalité des exigences portées par l'employeur en matière d'apparence physique sera appréciée selon :
- La légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur privé, qui peut relever de la santé, la sécurité, l'hygiène, l'image de l'entreprise, la décence, la nécessité d'être identifié par la clientèle, etc ;
 - L'existence réelle d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante au regard de cet objectif et du poste concerné. Cette démonstration, qui doit être faite *in concreto*, ne peut pas se fonder sur des préjugés notamment de la clientèle ou des usagers ;
 - Le caractère approprié de la restriction et sa proportionnalité 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 cette restriction.
77. S'agissant du régime probatoire applicable en matière de lutte contre les discriminations, l'article L. 1134-1 du code du travail définit un principe d'aménagement de la charge de la preuve en vertu duquel « le salarié présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination [...]. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».
78. Lors de cette démonstration, l'employeur doit nécessairement prendre en considération tant les modes que les conventions sociales, par définition contingentes et en évolution constante.
79. Ainsi que le Défenseur des droits l'a déjà relevé¹⁶, le tatouage ou le piercing ne caractérisent plus des marqueurs sociaux anticonformistes comme cela a pu être le cas par le passé : ces modifications corporelles sont devenues très courantes, notamment auprès des jeunes générations.
80. Même si elles risquent, lorsqu'elles sont visibles, de « modifier le rapport social »¹⁷, cette évolution dans notre société a été prise en compte par les juridictions ces dernières années.

(¹⁴) « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de (...) leur apparence physique » 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. Cette forme de discrimination est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

(¹⁵) « 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 ».

(¹⁶) V. l'annexe sa décision-cadre du 2 octobre 2019 précitée

(¹⁷) Delphine Taraud, « Quête d'identité, tatouage et droit », colloque à l'université de droit de Limoges, du 6 juin 2019, sur : « *Le tatouage et les modifications corporelles saisis par le droit* ».

81. En la matière, les juges exercent un contrôle strict afin d'apprécier si les restrictions des employeurs sont légitimes et proportionnées, y compris concernant des postes où les salariés sont en contact avec la clientèle, voire dans des métiers de représentation.

82. Ont notamment été jugés abusifs :

- le licenciement d'une vendeuse de meubles qui avait refusé d'ôter son piercing nasal¹⁸ ;
- le licenciement d'une hôtesse d'accueil dans un bowling portant un piercing nasal discret au motif qu'il occasionnerait des désagréments à la clientèle¹⁹ ;
- l'interdiction d'un port de piercing par un serveur alors que, par ailleurs, l'entreprise pouvait se satisfaire du service assuré par un personnel présentant un style vestimentaire dépourvu de classicisme et que le port de cet ornement de visage n'était pas incompatible avec l'exécution du contrat de travail²⁰.
- le licenciement d'un cadre qui n'aurait pas fait respecter l'interdiction des piercings auprès des collaborateurs dans une entreprise de bricolage, l'employeur ne soutenant d'ailleurs pas que la clientèle ait été choquée et ait été amenée, de ce fait, à ne plus fréquenter le magasin²¹.
- le licenciement d'une esthéticienne-conseillère vendeuse qui portait un piercing à la narine, l'employeur n'ayant pas justifié en quoi cette atteinte à la liberté individuelle était rendue nécessaire par la nature de la tâche qu'elle devait accomplir et proportionnée au but recherché²².
- ainsi, il a été jugé qu'« en application de la liberté de se vêtir à sa guise, une assistante commerciale avait « le droit de mettre un piercing » et que pour l'interdire, il appartenait à l'employeur de justifier que le port de ce bijou est incompatible avec les conditions d'hygiène et de sécurité dans l'entreprise, et non seulement de l'affirmer²³.

83. Il ressort de l'ensemble de cette jurisprudence que les seules normes de présentation liées à un contact avec la clientèle ne permettent pas, en tant que telles, de justifier l'interdiction totale de certains attributs, tels que des piercings et tatouages.

84. **En l'espèce**, le 25 juillet 2019, Madame X a été reçue par le Dr Y pour un entretien d'embauche.

85. Selon Madame X, le Dr Y aurait rejeté sa candidature pour des motifs liés à son apparence physique et, en particulier, au port de tatouages et de piercings.

(¹⁸) CPH Tours, sect. comm., 2 mai 2000, n° 99/0822.

(¹⁹) CA Metz 7 avril 2008, n° 05/00808

(²⁰) Cass. Soc. 23 juin 2010, n° 08-43.866 qui casse l'arrêt de la CA Lyon 4 juin 2008 mais sur un autre motif que celui relatif aux piercings ; contra CA Versailles 22 septembre 2006 n°05/03726 au sujet d'un serveur portant des boucles d'oreilles et un piercing dans un établissement dont la clientèle est familiale et d'affaires.

(²¹) CA Aix-en-Provence 29 novembre 2012, n° 11/02547

(²²) CA Paris 21 janvier 2016, n° 15/06255

(²³) CA Douai 27 septembre 2019, n° 16/02095

86. Lors de son enquête, le Défenseur des droits a sollicité des explications de la part du Dr Y sur les raisons de son refus. Il lui était en particulier demandé de communiquer l'offre d'emploi ainsi que la fiche de poste et de préciser les exigences requises en termes de présentation.
87. Il était en outre demandé au Dr Y d'expliquer en quoi le port de tatouages et/ou de piercings aurait été incompatible avec le poste d'assistant(e) médical(e).
88. En réponse à l'enquête du Défenseur des droits, le Dr Y a adressé l'offre d'emploi publiée sur le site C, qui n'est certes pas celle à laquelle Madame X a répondu, mais qui éclaire néanmoins le Défenseur des droits sur l'importance que le recruteur attachait à l'apparence physique des candidat(e)s pour le poste d'assistant(e) médical(e).
89. L'offre indiquait en effet, parmi les qualités requises des candidat(e)s, une « EXCELLENTE présentation », la mention en majuscule démontrant le caractère essentiel de ce point pour le recrutement.
90. Dans sa réponse au Défenseur des droits le Dr Y a reconnu, à ce titre, qu'elle exigeait une certaine présentation incluant « une propreté irréprochable, des tenues vestimentaires propres, neutres et décentes, une apparence soignée, une attention portée au détail (mains et ongles propres, bijoux classiques etc), absence de tatouage(s) ou piercing(s) ostentatoires ».
91. Le Dr Y a précisé : « La position de secrétaire médicale au sein de mon cabinet nécessite des critères impérieux de conformité à la propreté et à l'hygiène auxquels [les] tatouages et piercings ostentatoires [de Madame X] ne pouvaient répondre ».
92. Il résulte ainsi des explications du Dr Y que les tatouages et piercings constituaient des obstacles au recrutement du ou de la candidat(e).
93. Ainsi, le Dr Y reconnaît avoir pris en compte, pour écarter la candidature de Madame X, ses caractéristiques physiques.
94. Il existe, à tout le moins, un faisceau d'indices laissant supposer que le refus d'embauche opposé à Madame X était fondé sur son apparence physique.
95. Or, si dans sa réponse à la note récapitulative du Défenseur des droits, le Dr Y soutient que le refus d'embauche était en réalité fondé sur les aptitudes professionnelles de la candidate, qui ne seraient pas adéquation avec le poste, elle n'en rapporte toutefois pas la preuve.
96. À cet égard, dans ses explications, le Dr Y énonce que le refus d'embauche aurait été justifié par le fait que :
- « son profil professionnel ne correspondait pas au profil recherché » ;
 - « ses compétences et son expérience professionnelles présentées et revendiquées : assistante administrative (le titre de son CV), ne correspondaient pas à celles bien plus larges et tournées vers la prise en charge des patient(e)s nécessitées par le poste ».
97. Toutefois, le Dr Y n'a étayé ni les compétences « bien plus larges et tournées vers la prise en charge des patient(e)s » requises pour le poste, ni en quoi l'intitulé « d'assistante administrative » aurait démontré que Madame X n'avait pas le profil souhaité.
98. Au demeurant, il sera noté que l'intitulé du CV de Madame X, adressé par le Dr Y elle-même, n'était pas « assistante administrative » mais « secrétaire administrative » et que la candidate se prévalait, dans son CV, d'une expérience significative dans le domaine médical au sein du « CHU de Z » et de compétences notamment en matière « d'accueil du public, visiteurs ».

99. Il résulte de ces éléments que le Dr Y ne démontre pas que le refus d'embauche de Madame X aurait été justifié par des éléments objectifs autres que ceux tenant à l'apparence physique de la candidate.
100. Par conséquent, le refus d'embauche opposé à la candidate par le Dr Y était fondé sur son apparence physique.
101. Il appartenait alors au Dr Y de démontrer que ce refus d'embauche fondé sur le port des tatouages et piercings résultait d'une « exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ».
102. À cet égard, le Dr Y explique cette situation par les motifs suivants :
- La secrétaire médicale exerce « une mission fondamentale de représentation du cabinet : c'est elle que l'on voit en premier lorsqu'un patient entre dans le cabinet. (...) De par son aura générale, sa politesse, sa bienveillance et son amabilité, s'ajoute nécessairement à ses prérogatives une dimension 'présentation' du cabinet (...) ». Sa mission de représentation et son contact direct avec les patients poussent donc ceux-ci à voir en elle, « plus que le reflet, une véritable incarnation du cabinet, de ses standards en termes de tenue, de politesse, de présentation et surtout d'hygiène ».
 - Pour des raisons médicales, le Dr Y dissuade systématiquement ses patients de se faire implanter des piercings sur le visage et sur le corps et de se tatouer. Dans ces conditions, elle estime que « le port d'un anneau métallique dans le nez de la secrétaire médicale » serait « totalelement incompatible avec la diffusion de son message médical » et donc sa « crédibilité ». Elle en conclut qu'une secrétaire percée de manière ostentatoire (c'est-à-dire autres que des piercings des lobes d'oreille), telle que l'est Madame X, la mettrait en contradiction absolue vis-à-vis de ses patients et contreviendrait totalement à sa conscience et à ses valeurs professionnelles. Le Dr Y ajoute également que les tatouages de Madame X localisés sur l'entièreté de son bras et surtout sur son cou et sa nuque sont extrêmement visibles et totalement impossibles à dissimuler.
103. S'agissant de l'apparence physique de Madame X, l'intéressée conteste la description qui en est faite par le Dr Y. Cette dernière ne correspond d'ailleurs pas aux photos qu'elle a jointes à sa réclamation auprès du Défenseur des droits.
104. Selon ces photos, Madame X ne portait pas de piercings dans le nez mais aux oreilles. Compte tenu de leur placement et de leur taille, ceux-ci sont peu visibles.
105. Concernant ses tatouages, même si Madame X en a plusieurs, ils restent assez discrets dans le sens où ils auraient pu facilement être camouflés. Le port d'une tenue avec un col ou le fait de ne pas attacher ses cheveux en queue de cheval haute ou en chignon auraient pu permettre de dissimuler celui qui se trouve dans la nuque. D'ailleurs, le Dr Y dit exiger que son assistante porte une blouse fermée non décolletée. Quant aux autres tatouages placés à l'intérieur des avant-bras, ils sont de taille relative (4 et 10 centimètres) et auraient pu être cachés par le port de manches longues ou d'autres accessoires (bracelets, bande anti-transpirante, bandana etc).
106. Des tatouages comportant des images ou des messages violents ou offensants, racistes, antisémites, sexistes, qui sont contraires à la morale ou à l'ordre public devraient pouvoir être interdits sur le fondement de l'obligation de santé et de sécurité exigeant de prévenir et sanctionner la violence, le harcèlement et la discrimination.

107. Or, ce n'est pas le cas des tatouages portés par Madame X qui représentent des cœurs, des ballons, des oiseaux etc. ou qui font mention d'amour et d'espoir.
108. Par ailleurs, le Dr Y explique que les piercings et tatouages sont contraires à son message professionnel. Elle dit voir régulièrement, compte tenu de ses spécialités d'ORL et allergologue, des patients ayant développé des pathologies particulières en lien avec ces situations et en donne une description détaillée.
109. Face à la crainte d'une interférence, soulevée par le Dr Y, entre son message médical et le port de tatouages par son assistante, le Défenseur des droits admet qu'un équilibre doit parfois être recherché pour concilier des intérêts divergents²⁴.
110. Toutefois, quand bien même l'on pourrait voir dans le souci de compatibilité entre le message médical et l'apparence physique du personnel de la structure médicale, une exigence professionnelle essentielle et déterminante, il résulte des faits de l'espèce que le refus catégorique d'embauche opposé à la candidate, par le Dr Y, pour ce seul motif, serait en tout état de cause disproportionné.
111. En effet, en l'espèce, le Dr Y n'aurait pas exigé que Madame X enlève ses piercings ou dissimule ses tatouages pendant l'exercice de ses fonctions, ce qu'elle aurait d'ailleurs aisément pu faire en portant des manches longues sous sa blouse. À cet égard, l'on peut observer, sur les photographies adressées par le Dr Y, que le port de manches longues sous la blouse à manches courtes par l'assistant(e) médical(e), était parfaitement autorisé. Or, aucune option de cette nature ne semble avoir même été évoquée, Madame Y estimant que l'existence de ces attributs empêchaient à eux-seuls d'exercer les fonctions d'assistant(e) dans son cabinet.
112. Au demeurant, l'on pourrait douter de son caractère réel et légitime au regard de l'objectif poursuivi d'une part, et du poste concerné, d'autre part.
113. Quant à l'objectif poursuivi, si le Défenseur des droits n'a pas compétence pour se prononcer sur l'impact des piercings et tatouages sur la santé des personnes, le site de E, énonce que « le plus souvent, le tatouage se passe bien » et « les piercings sont sans danger », ajoutant que « le respect des règles de réalisation et des soins apportés après le tatouage/piercing garantissent un déroulement sans problème/une bonne évolution », même si parfois « des complications peuvent être observées ».
114. Aussi, si le message médical de prévention des risques de la part du praticien apparaît comme étant légitime, l'incompatibilité entre le port de tatouages/piercings par l'assistant(e) médical(e) et un tel message médical paraît pour le moins discutable.
115. Quant au poste concerné, le poste à pourvoir d'assistant(e) médical(e) ne comporte pas, parmi les missions envisagées, la présentation aux patients d'un discours médical de prévention des risques, cette mission relevant par essence des compétences du Dr Y elle-même.
116. En définitive, le Dr Y n'a pas fait la démonstration que le port de tatouages et de piercings était incompatible avec les fonctions d'assistant(e) ou secrétaire médical(e), pour des raisons tenant soit à l'image de son cabinet, soit à l'hygiène ou à la sécurité.

(²⁴) V. mutatis mutandis les développements consacrés aux clauses contractuelles limitant le poids maximal de certaines salariées chargées de la vente de produits amaigrissants ou encore de la promotion d'une méthode de régime dans l'annexe 1 à la décision-cadre précitée du Défenseur des droits s'agissant des discriminations fondées sur l'apparence physique dans l'emploi privé

117. Ce faisant, le Dr Y ne démontre pas que le refus d'embauche de Madame X aurait été justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur l'apparence physique.
118. En conséquence, le fait de refuser la candidature de Madame X à un tel poste du seul fait qu'elle portait des tatouages et piercings, de surcroît discrets et camouflables, est susceptible de caractériser une discrimination fondée sur l'apparence physique.
119. En conséquence, et au vu de ce qui précède, après consultation du collègue compétent en matière de lutte contre les discriminations et de promotion de l'égalité, la Défenseure des droits :
- Recommande à Madame Y de modifier ses pratiques de recrutement, de veiller à la rédaction des offres d'emploi afin de garantir le principe de non-discrimination, au besoin après consultation du Guide « Pour un recrutement sans discrimination »²⁵, ci-après annexé, de suivre une formation de sensibilisation sur la lutte contre les discriminations au travail et de rendre compte des suites données à cette recommandation dans un délai de 6 mois à compter de la notification de la présente ;
 - Constate que Madame Y n'apporte pas la preuve, qui lui incombe, que le refus d'embaucher Madame X est justifié par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination en raison de son apparence physique, et conclut que Madame X a fait l'objet d'un refus d'embauche discriminatoire ;
 - Recommande à Madame Y 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 ;
 - À défaut d'accord dans le cadre de cette recommandation, décide de présenter ses observations devant toute juridiction judiciaire compétente qui serait saisie.

Claire HÉDON

²⁵ Défenseur des droits, « Pour un recrutement sans discrimination », Guide, 2019 ; <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/guide-recrutssdiscri-access-03.07.19.pdf>