

Paris, le 2 octobre 2019

Décision-cadre du Défenseur des droits n°2019-205

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 Convention européenne des droits de l'homme ;

Vu la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ;

Vu la directive 2000/78 du Conseil 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 directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte) ;

Vu le code du travail, notamment en ses articles L. 1121-1, L. 1131-2 et suivants ;

Vu le code pénal, notamment en ses articles 225-1 et 225-2 ;

Vu la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ;

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 avoir consulté les collèges compétents en matière de lutte contre les discriminations, de droits de l'enfant et de déontologie de la sécurité lors de leur séance conjointe du 18 septembre 2019 ;

Saisi de nombreuses réclamations relatives aux discriminations fondées sur l'apparence physique dans le cadre de l'emploi ;

Adopte la présente décision-cadre accompagnée de cinq annexes relatives à l'obésité et à la grossophobie, aux tenues vestimentaires, aux coiffures, aux barbes, aux tatouages et piercings, précisant les conditions d'application du principe de non-discrimination fondé sur l'apparence physique à l'égard des salariés et des agents publics. Elle énonce :

- les règles applicables concernant l'interdiction de prendre en compte l'apparence physique lors du recrutement et lors de la relation d'emploi ;
- l'interdiction et la sanction du harcèlement discriminatoire fondé sur l'apparence physique ;
- les restrictions qui peuvent être permises en matière d'exigences vestimentaires et de présentation et la nature des sanctions éventuelles en cas de non-respect.

Recommande aux employeurs, qu'ils soient publics ou privés de :

- veiller à définir dans un document écrit (règlement intérieur, contrat de travail, note de service, circulaire etc...) toutes les contraintes et restrictions éventuelles en matière d'apparence physique et de présentation justifiées par la nature de l'emploi occupé et de la tâche à accomplir, en respectant le principe de proportionnalité ;
- veiller à prévenir toute discrimination et tout fait de harcèlement discriminatoire fondé sur l'apparence physique et à sanctionner de manière effective et dissuasive tout agissement relevant de cette qualification ;
- former leurs personnels aux droits et libertés des salariés en lien avec l'apparence physique et les principes applicables à leurs restrictions.

Recommande aux employeurs d'associer les partenaires sociaux à la mise en œuvre effective de ces mesures.

Décide de porter la présente décision à la connaissance de la ministre du travail, du ministre de l'action et des comptes publics chargé de la fonction publique, de la ministre des solidarités et de la santé, de la ministre des armées, du président du centre national de la fonction publique territoriale (CNFPT), du président de l'association des régions de France (ARF), du président de l'assemblée des départements de France (ADF), du président de l'association des maires de France (AMF), du président du mouvement des entreprises de France (MEDEF), du président de la CPME (confédération des petites et moyennes entreprises), du président de l'union des entreprises de proximité (U2P), des co-présidents du mouvement des entreprises de taille intermédiaire (METI), des membres du comité de liaison des intermédiaires de l'emploi mis en place par le Défenseur des droits ainsi que des secrétaires généraux de la Confédération française démocratique du travail (CFDT), de la Confédération générale des travailleurs (CGT), de la Confédération générale du travail - Force ouvrière (CGT-FO), de la Confédération française de l'encadrement - Confédération générale des cadres (CFE-CGC) et de la Confédération française des travailleurs chrétiens (CFTC).

Jacques TOUBON

Décision-cadre n° 2019-205
relative aux discriminations dans l'emploi fondées sur l'apparence physique

1. Le Défenseur des droits est régulièrement saisi de réclamations au sujet des exigences des employeurs relatives à l'apparence physique, lors de l'embauche ou au cours de la vie professionnelle, et qui peuvent porter sur les tenues vestimentaires, les coiffures, le port de la barbe, les exigences de taille et de minceur et encore le marquage du corps par les piercings ou les tatouages.
2. Ces situations exigent d'apprécier le bien-fondé de règles et de codes de présentation dans des secteurs d'activité variés. Ceci nécessite de mettre en balance les intérêts légitimes des employeurs avec le droit au respect des libertés des personnes, leur santé et leur sécurité au travail ainsi que le droit de la non-discrimination, tout en prenant en considération l'évolution des modes et des codes sociaux.
3. La prise en compte de l'apparence physique est un sujet complexe à appréhender pour les employeurs dans la mesure où il renvoie aux biais cognitifs les plus inconscients. Certains recruteurs estiment même que dans la mesure où elle reflète l'identité sociale, l'apparence constitue un élément d'information pertinent dans le cadre du processus d'embauche.
4. En outre, dans la mesure où le port de certains vêtements ou accessoires (bijoux, maquillage, etc) ou d'une certaine coiffure relève d'un choix, les recruteurs estiment qu'il est légitime d'écarter les candidats arborant un style qui ne correspondrait pas à l'image de l'employeur.
5. Parallèlement, les victimes de discrimination ont du mal à rapporter la preuve qu'elles ont été discriminées sur ce fondement, voire même à se considérer comme telles. Ainsi, en 2018, seules 2,6% des réclamations auprès du Défenseur des droits, tous secteurs confondus, portaient sur le critère de l'apparence physique.
6. De même, s'il intéresse la doctrine, le contentieux est extrêmement faible en la matière¹. En dehors des questions de grossophobie, le sujet n'est pas non plus porté par les associations et il y a peu de débats publics sur ce phénomène.
7. En outre, la question de l'apparence physique dans le cadre professionnel est souvent perçue comme un sujet secondaire. Pire, le sujet est négligé car dans les esprits des recruteurs et des candidats à l'emploi, la prise en compte de l'apparence est intégrée comme allant de soi, et relève d'une norme socialement acceptée². Il est communément admis et toléré que ce qu'on donne à voir à autrui a une influence sur le recruteur.

¹ Deux cas relevés sur 5 743 en jurisprudence administrative et 28 sur 30 054 en jurisprudence judiciaire à partir de la base Lexis Nexis, in Julie Duflos et Oumaya Hidri Neys, *Entre perceptions accrues et recours marginaux : le paradoxe des discriminations selon l'apparence physique à l'embauche*, *Les cahiers de la LCD*, L'Harmattan, 2018/1 N° 6, pp. 99-117

² Par ex, près d'un chômeur interrogé sur trois estime qu'il était acceptable de refuser un emploi à une personne du fait de son poids dans certaines situations. Près d'un sur dix estime qu'il était également acceptable de lui refuser cet emploi, quelle que soit la situation (Baromètre OIT/DDD de 2016) ; sur les enjeux et limites du management de la diversité dans le cadre des forces de vente, voir notamment les travaux d'I. BARTH et de Ch. FALCOZ, *Le management de la diversité, Enjeux, fondements et pratiques*, L'Harmattan, 2006, 309 p. ; v. également *Nouvelles perspectives en management de la diversité*, EMS, 2010, 263 p.

8. Or, dans notre société pétrie d'images, le poids des apparences est devenu considérable dans le domaine de l'emploi alors même qu'avoir un physique particulier est rarement essentiel, pertinent ou déterminant pour exercer une activité professionnelle donnée.
9. Il est vrai que les codes et les canons de beauté, fluctuants au gré des époques et des continents, ont toujours existé. Mais « ce qui s'est produit en très peu de temps est un changement d'échelle dans le règne du paraître »³.
10. Il ressort de diverses études et sondages que l'apparence physique est devenue l'un des critères les plus fréquents de discrimination depuis ces deux dernières décennies.
11. L'Eurobaromètre de 2012 révélait que lorsqu'un employeur a le choix entre deux candidats de qualité et compétences égales, son apparence (taille, visage) est déterminante dans 53% des cas en France et 37% des cas en Europe. Ainsi, 82% d'un échantillon de sondés représentatif de la population française estiment que « le look, la façon de s'habiller, de se présenter » ont une influence marquante dans la vie professionnelle⁴. Avant même qu'un candidat ne se soit exprimé verbalement, 46% des recruteurs ont déjà porté un jugement sur lui⁵. 74% des cadres estiment ainsi être discriminés du fait de leur apparence physique⁶ tandis que les demandeurs d'emploi citent l'apparence physique comme le deuxième critère fondant les discriminations (25%) qu'ils estiment subir juste après l'âge (35%)⁷.
12. Selon un sondage TNS-SOFRES réalisé pour le MEDEF⁸ en 2018, que l'on soit en contact avec la clientèle ou non, le look (70%/45%), la beauté (43%/28%), le poids (43%/24%) sont considérés comme importants en matière professionnelle, davantage même que la couleur de la peau (29%/23%).
13. Cela ne vaut pas que pour l'embauche : 18% des personnes interrogées craignent d'être discriminées pour leur apparence physique dans l'entreprise où elles travaillent et 13% estiment que l'apparence physique va jusqu'à perturber l'ambiance de travail⁹.
14. Certaines études tendraient à démontrer que les salariés jugés « beaux » perçoivent des salaires en moyenne 12 % plus élevés que la moyenne, tandis que les salariés au physique jugé disgracieux perçoivent des salaires en moyenne de 11 à 15 % inférieurs¹⁰.
15. De nombreux travaux mettent également en évidence la dimension genrée de cette forme de discrimination: les femmes la subissent davantage que les hommes¹¹.
16. Selon le sociologue Thibaut de Saint Pol, « l'attractivité physique est un diplôme supplémentaire reconnu par le marché du travail. Les femmes minces obtiennent plus de promotions professionnelles, les cadres sont en moyenne plus grands que les ouvriers, les jeunes obèses ont un taux d'acceptation plus faible dans les établissements

³ J.-F. Amadiou, La société du paraître, Les beaux, les jeunes... et les autres, Odile Jacob, Paris, 2016, p.8

⁴ ADIA et J.-F. Amadiou, Discriminations sur l'apparence dans la vie professionnelle et sociale, 2003. Les entretiens ont eu lieu par téléphone auprès de 973 personnes âgées de 18 ans et plus.

⁵ K. Averseng, Ces 5 minutes qui comptent dans un entretien d'embauche, Editions Larousse, Paris, 2012

⁶ APEC, La perception des discriminations à l'embauche par les cadres demandeurs d'emploi, 2012, cité in J.-F. Amadiou, *op.cit.*

⁷ Défenseur des droits et l'Organisation Internationale du Travail, 9^{ème} Baromètre sur la « perception des discriminations dans l'emploi », 2016

⁸ TNS SOPFRES pour le MEDEF, Baromètre national de perception de l'égalité des chances, 2018

⁹ *Ibidem*

¹⁰ AFMD, Aller au-delà des apparences dans le monde du travail, 2015

¹¹ V. les études citées dans le baromètre de l'OIT et du Défenseur des droits sur les discriminations en matière d'apparence physique de 2016 ainsi que les annexes à cette décision-cadre relatives aux tenues vestimentaires et à l'obésité.

supérieurs de haut rang et le temps de chômage augmente »¹² de manière proportionnelle par rapport à l'indice de masse corporelle.

17. Conformément au stéréotype selon lequel « ce qui est beau est bon » (étudié dans les années 1970)¹³, apparence et beauté se présentent ainsi comme une forme de pouvoir et un facteur d'inégalité en matière de réussite¹⁴. Elles sont généralement déterminantes en matière de « popularité », de « force de persuasion en situation conflictuelle », d'« attribution de compétences », d'« influence sur les autres personnes »¹⁵. Les personnes attrayantes auraient plus de facilité à obtenir ce qu'elles veulent¹⁶.
18. Néanmoins, la beauté induirait parfois des jugements négatifs, en particulier à l'encontre des femmes jugées trop « attrayantes »¹⁷. De manière générale, les codes et normes esthétiques ont un impact plus important sur les femmes que sur les hommes.
19. Le Défenseur des droits souhaite souligner la nécessité de lutter contre cette forme particulière de discrimination qui surplombe toutes les autres. Il en relève à la fois la dimension intersectionnelle¹⁸ et consubstantielle¹⁹, les individus subissant, de manière directe ou indirecte, des expériences plurielles et cumulatives du fait notamment de leur sexe, leur âge, leur origine, leur religion, leur identité de genre, leur handicap, leur particulière vulnérabilité économique ainsi que dans leurs rapports sociaux. Bien qu'une certaine présentation puisse être légitimement exigée dans certains secteurs professionnels particuliers, les restrictions ainsi imposées doivent toujours répondre à une finalité légitime et doivent être nécessaires, appropriées et proportionnées.
20. Le Défenseur des droits s'est déjà prononcé au sujet de ces pratiques discriminatoires s'agissant de la taille des hôtesse d'accueil²⁰, ou encore de celle des sapeurs-pompiers²¹, des policiers en service actif²² et des surveillants de l'administration pénitentiaire²³, s'agissant du poids de salariés ou d'agents publics²⁴ ou encore de la beauté des vendeurs dans le secteur de l'habillement²⁵. En 2016, il avait également

¹² Discriminations : quand le physique nuit gravement à l'embauche, 17 février 2016, <https://www.novethic.fr/actualite/social/discrimination/isr-rse/discriminations-comment-le-physique-nuit-fortement-a-l-embauche-143839.html>

¹³ V. en ce sens les travaux de DION (Karen), Berscheid (Ellen), Walster (Elaine), "What is Beautiful is Good", *Journal of Personality and Social Psychology*, n°24, 1972

¹⁴ JY Baudouin & G.Tiberghien, « Symmetry, averageness, and feature size in the facial attractiveness of women », *Acta Psychol (Amst)*, 2004, 117(3)

¹⁵ C. Hakim, Erotic Capital, *European Sociological Review*, Volume 26, Issue 5, October 2010, Pages 499–518, p.502

¹⁶ Elizabeth Aura McClintock, « Handsome Wants as Handsome Does: Physical Attractiveness and Gender Differences in Revealed Sexual Preferences, Biodemography and Social Biology, January 2011, 57(2):221-57 ; Ces conclusions et références ont été communiqués par Madame Marion Braizaz, sociologue, lors de son audition par le Défenseur des droits.

¹⁷ Braun, S., Peus, C., & Frey, D., « Is beauty beastly? Gender-specific effects of leader attractiveness and leadership style on followers' trust and loyalty », *Zeitschrift für Psychologie*, 2012, 220(2), 98-108.

¹⁸ K. Crenshaw, « Mapping the margins : intersectionality, identity politics and violence against the women of color », *Stanford Law Review*, vol. 43, n° 6, 1991, pp. 1241-1299, traduit en français (partiellement) : "Cartographies des marges : intersectionnalité, politique de l'identité et violences contre les femmes de couleur", *Cahiers du Genre*, n° 39, 2005, pp. 51-82

¹⁹ D. Kergoat, « Dynamique et consubstantialité des rapports sociaux », in DORLIN, Elsa (sous la direction de) ; BIDEF-MORDREL, Annie (avec la collaboration de), *Sexe, race, classe : pour une épistémologie de la domination*, Paris : Presses universitaires de France, 2009, p. 123.

²⁰ Décision 2018-016 du 9 février 2018

²¹ Délibérations de la HALDE n°2011-44 à 46 du 28 février 2011

²² Délibération de la HALDE n°2010-273 du 13 décembre 2010

²³ Délibération de la HALDE n°2010- 272 et 273 du 13 décembre 2010

²⁴ V. par ex, Décision MLD-2013-225 du 29 octobre 2013 au sujet du surpoids d'une esthéticienne ; Délibération de la HALDE n°2008-279 du 8 décembre 2008 au sujet de la maigreur d'un salarié ; Délibérations de la HALDE n° 2007-136 et n°2007-137 du 24 mai 2007

²⁵ Décision MLD-2014-147 du 3 novembre 2014

adopté une première décision-cadre sur la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi (privé)²⁶.

21. Après avoir auditionné divers experts du sujet²⁷, le Défenseur des droits souhaite mettre à la disposition des employeurs et représentants des travailleurs un document de référence afin de leur rappeler les règles et la jurisprudence applicables concernant des exigences en lien avec l'apparence physique dans le cadre de l'emploi. Il s'agit aussi pour le Défenseur des droits de leur donner son analyse et une grille de lecture face aux situations concrètes auxquelles ils peuvent être confrontés. Ce *vademecum* a également vocation à sensibiliser les employeurs afin qu'ils réinterrogent non seulement leurs codes vestimentaires mais de manière plus générale leurs pratiques, tant lors de l'embauche que pendant le déroulement de carrière, à la lumière du droit de la non-discrimination²⁸.

Le cadre juridique

22. Les droits et libertés des travailleurs sont garantis par la Constitution et la loi, et notamment les articles L. 1121-1 du Code du travail et 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires. Toute restriction doit être justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché.
23. 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 »²⁹. 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'homme³⁰ qui englobe « l'identité physique, psychologique et sociale d'un individu »³¹.
24. Bien que le droit européen et le droit de l'Union européenne, au travers des directives relatives à l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi (2000/43, 2000/78 et 2006/54)³², n'interdisent pas les discriminations fondées sur l'apparence physique en tant que telle, ils les interdisent, indirectement ou implicitement, sur d'autres fondements tels que le droit à la protection de l'intégrité physique, des libertés et l'interdiction des discriminations fondées sur la race, l'origine ethnique, le sexe, le handicap, l'âge etc³³.

²⁶ Décision-cadre MLD-2016-058 du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

²⁷ Le Défenseur des droits a ainsi auditionné Madame M. Braizaz et Monsieur J.-F. Amadiou, sociologues, Madame S. Benkemoun, membre du Think Tank Obésités et du G.R.OS., ainsi que Mesdames M. Dasyva, coach pour les femmes racisées et A. Gay, réalisatrice et afroféministe.

²⁸ La question des signes religieux n'est abordée que de manière marginale dans cette décision-cadre car elle obéit à un régime juridique particulier (principe de neutralité).

²⁹ 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*, no 8209/78, décision de la Commission du 1^{er} mars 1979, Décisions et rapports (DR) 16, p.166)

³⁰ 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.

³¹ CEDH 8 novembre 2011 *V. C. c/ Slovaquie*, n° 18968/07, par. 138

³² Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; Directive 2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte)

³³ V. par ex., CJUE 18 octobre 2017 *Ypourgos Esoterikon, Ypourgos Ethnikis paideias kai Thriskevmaton*, aff. C-409/16 au sujet d'une exigence de taille minimale de 1,70 m dans la police considérée comme indirectement discriminatoire en raison du sexe ; CJUE 18 décembre 2014, *FAO, C-354/13* au sujet du licenciement économique d'un assistant maternel obèse potentiellement discriminatoire en raison du handicap ; V. également CEDH 13 décembre 2005, *Timichev c/ Russie*, Req. n° 55762/00 et 55974/00 définissant la race comme « renvoyant à la

25. De manière quasi unique en Europe³⁴, le législateur français a retenu que l'apparence physique constituait un critère prohibé de discrimination de manière expresse depuis l'entrée en vigueur de la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001.
26. Les travaux préparatoires de cette loi de 2001 font état de situations telles que le licenciement d'une vendeuse d'un rayon fromagerie au motif qu'elle « ne correspondait pas, en raison de la couleur de sa peau, à l'image du rayon », ou encore une offre d'emploi pour le service entretien d'une entreprise qui spécifiait « profil de race blanche » avec « une bonne tête »³⁵. Le rapporteur citait également le cas d'une compagnie aérienne américaine imposant un poids maximal en fonction du sexe, de l'âge et de la taille du personnel navigant sous peine de suspension, voire de résiliation du contrat de ses hôtes.
27. L'apparence physique peut ainsi 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 d'éléments liés à l'expression de sa personnalité (tenues et accessoires vestimentaires, coiffure, barbe, piercings, tatouages, maquillage, etc...).
28. 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 225-2 du code pénal³⁶, l'article L. 1132-1 du code du travail³⁷ et l'article 6 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (dite loi Le Pors)³⁸ prohibent les discriminations, directes et indirectes, fondées sur l'apparence physique.
29. Le droit positif français interdit donc, en matière d'emploi, tout traitement défavorable fondé sur l'apparence physique, prise isolément ou en lien avec d'autres critères de discrimination prohibés, tels que l'origine, le sexe, l'identité de genre, l'orientation sexuelle, l'état de santé, le handicap, l'âge, la religion, les opinions mais également la particulière vulnérabilité économique apparente ou connue de son auteur, que ces caractéristiques soient corporelles ou vestimentaires.
30. Sont ainsi proscrites des pratiques telles que le refus de recruter un candidat à un poste commercial au motif qu'il est « disgracieux », le refus de confier des responsabilités managériales à une personne du fait de son surpoids, le fait de rompre une collaboration du fait du non-respect de codes vestimentaires non fondés, etc.
31. Cette interdiction de principe connaît des exceptions qui doivent être entendues strictement et être dûment justifiées. Le droit de la non-discrimination commande que les caractéristiques physiques ne soient pas prises en compte. Elles ne pourraient l'être que

classification biologique des êtres humains en sous-espèces selon leurs particularités morphologiques », ce qui inclut ainsi la couleur de la peau et les traits du visage.

³⁴ La plupart des Etats européens abordent cette question essentiellement sous l'angle de la couleur de peau. Seule la Belgique interdit les discriminations fondées sur une « caractéristique physique », les Pays-Bas interdisent les discriminations pour tout motif.

³⁵ VUILQUE P., rapporteur Assemblée Nationale, n° 2609, introduction, I. ; <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cr/html/20010013.asp>.

³⁶ « 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.

³⁷ « 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 ».

³⁸ « Aucune distinction, directe ou indirecte, ne peut être faite entre les fonctionnaires en raison de (...) leur apparence physique (...) ».

si et seulement si elles répondent à « une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée »³⁹.

32. Le législateur n'a pas précisé les éléments de nature à constituer une telle exigence et ne prévoit aucune liste d'activités spécifiques nommément désignées qui préciserait les situations où la prise en compte de l'apparence physique est justifiée⁴⁰.
33. 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 qui peut relever de la santé, la sécurité, l'hygiène, l'image de l'entreprise, l'obligation de dignité⁴¹ des fonctionnaires, la décence, la nécessité d'être identifié par la clientèle, le devoir de neutralité et de réserve⁴² 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. Ainsi, le contact avec les usagers, l'exercice d'une fonction d'autorité ou la relation avec la clientèle ne permettent pas, à elles seules, de justifier toutes les restrictions.
34. L'employeur du secteur privé et l'administration peuvent donc apporter, dans certaines limites, des restrictions à la liberté dont disposent leurs salariés ou agents sur leur apparence⁴³. Toutefois, ils doivent nécessairement prendre en considération tant les modes que les conventions sociales, par définition contingentes et en évolution constante. Si les employeurs ont une certaine marge de manœuvre, il leur appartient de justifier que leurs codes vestimentaires sont toujours en adéquation avec l'évolution de la société et des phénomènes de mode. Certains d'entre eux, considérés comme légitimes par le passé, peuvent en effet paraître aujourd'hui totalement obsolètes, sexistes et discriminatoires.
35. En cas de contentieux devant les juridictions civiles ou administratives, les salariés ou les candidats à un emploi bénéficient d'un aménagement de la charge de la preuve. S'ils sont en mesure d'apporter des éléments de faits laissant présumer d'une discrimination fondée sur l'apparence physique, il appartient alors à l'employeur de démontrer que sa décision s'appuie sur des éléments objectifs, non-discriminatoires et proportionnés.

³⁹ V. l'article 2 de la loi du 27 mai 2008 précitée, l'article L.1133-1 du code du travail, l'article 6 de la loi Le Pors, l'article 225-3 du code pénal

⁴⁰ Seul l'article R.1142-1 du code du travail prévoit une liste de métiers (comédiens, mannequins et modèles) pour lesquels un employeur peut prendre en compte le sexe des candidats lors de l'embauche. Il convient cependant de noter que cette disposition est antérieure à l'introduction de l'article L.1133-1, et que cette liste ne peut donc plus être considérée comme limitative.

⁴¹ Cette obligation est destinée à protéger « l'image » et la réputation de l'administration.

⁴² Eu égard au devoir de réserve et de neutralité qui incombent aux agents publics, ces derniers ne peuvent par le biais des attributs liés à l'apparence physique manifester leurs convictions religieuses, politiques ou philosophiques.

⁴³ « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché. » (art. L.1121-1 du code du travail). Des conditions similaires s'appliquent en droit de la fonction publique « des restrictions peuvent y être apportées à condition qu'elles soient justifiées par l'intérêt du service, par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché ».

36. La loi du 27 mai 2008 précitée interdit également le harcèlement discriminatoire, à savoir « tout agissement » fondé sur l'apparence physique - critère pris isolément ou en lien avec d'autres critères prohibés- subi par une personne et « ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».
37. Cette interdiction vise notamment les propos humiliants, les mesures vexatoires, les situations d'isolement et de dénigrement que certaines personnes pourraient subir du fait de leur apparence. La loi interdit ainsi que le cadre de travail permette de tenir des propos déplacés à des collaborateurs en surpoids, d'humilier un agent plus petit que la moyenne, d'ironiser lourdement sur la prétendue stupidité des blondes, de dénigrer un employé à cause de ses tatouages, etc.
38. La présente décision-cadre est accompagnée de cinq annexes précisant les conditions d'application du principe de non-discrimination fondé sur l'apparence physique à l'égard des salariés et des agents publics. Ces annexes traitent de questions liées à l'obésité et la grossophobie, des tenues vestimentaires, des coiffures, des barbes et enfin des tatouages et piercings. Elles énoncent :
 - les règles applicables concernant l'interdiction de prendre en compte l'apparence physique lors du recrutement et dans le cadre de la relation d'emploi ;
 - l'interdiction et la sanction du harcèlement discriminatoire fondé sur l'apparence physique ;
 - les restrictions qui peuvent être permises en matière d'exigences vestimentaires et de présentation et la nature des sanctions éventuelles en cas de non-respect.

Mise en œuvre

39. Dans un souci de transparence, de clarté et d'opposabilité, il apparaît préférable que les exigences liées à l'apparence physique, si elles sont légitimes, soient alors expressément consignées dans un document écrit, tel qu'un règlement intérieur⁴⁴ ou une circulaire. En tout état de cause, l'employeur doit être en mesure de démontrer que le salarié ou l'agent public refuse certaines consignes qui lui ont été signifiées préalablement avant de pouvoir le sanctionner.
40. Dans le cadre de son obligation de sécurité, l'employeur doit mettre en place des outils de prévention (formations des managers, sensibilisations, dispositifs d'alerte...) afin d'empêcher la survenance de tels agissements au sein du collectif de travail, et le cas échéant, il doit sanctionner de tels comportements.
41. Le Défenseur des droits recommande aux employeurs, qu'ils soient publics ou privés de :
 - veiller à définir dans un document écrit (règlement intérieur, contrat de travail, note de service, circulaire etc) toutes les contraintes et restrictions éventuelles en matière d'apparence physique et de présentation justifiées par la nature de l'emploi

⁴⁴ Les juges sont plus exigeants vis-à-vis des justifications apportées par l'employeur quand le règlement intérieur ne prévoit pas ladite restriction CA Toulouse, 11 octobre 2001 n° 01-557 ; C'est d'autant plus le cas lorsque le salarié s'efforce de respecter les prescriptions vestimentaires du règlement intérieur et se voit reprocher des éléments de son apparence qui ne font l'objet d'aucune réglementation CA Versailles, 8 juillet 1994 n° 93-663 où l'employeur ne pouvait reprocher à un employé de grande surface de porter une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille, alors que ce dernier portait la tenue qui lui avait été confiée.

occupé et la nature de la tâche à accomplir, en respectant le principe de proportionnalité.

- veiller à prévenir toute discrimination et tout fait de harcèlement discriminatoire fondé sur l'apparence physique et à sanctionner de manière effective et dissuasive tout agissement relevant de cette qualification.
- former leurs personnels aux droits et libertés des salariés en lien avec l'apparence physique et les principes applicables à leurs restrictions.

42. Le Défenseur des droits recommande aux employeurs d'associer les partenaires sociaux à la mise en œuvre effective de ces mesures.

Jacques TOUBON

Définition

Selon l'Organisation mondiale de la santé, le surpoids et l'obésité se définissent comme une accumulation anormale ou excessive de graisse corporelle qui peut nuire à la santé⁴⁵. L'indice de masse corporelle (IMC) est un moyen simple de mesurer l'obésité dans la population: il correspond au poids de la personne (en kilogrammes) divisé par le carré de sa taille (en mètres). Une personne ayant un IMC de 30 ou plus est généralement considérée comme obèse. Une personne dont l'IMC est égal ou supérieur à 25 est considérée comme étant en surpoids.

Chiffres clés

Le nombre de cas d'obésité a presque triplé à travers le monde depuis 1975. Un adulte sur cinq est atteint d'obésité dans les 35 pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Les prévisions indiquent que cette tendance va encore s'accroître⁴⁶. En France, près de 15 % de la population adulte est obèse et 46,5% en surpoids⁴⁷. Il apparaît également que la fréquence de l'obésité est inversement proportionnelle au niveau d'instruction et aux revenus du foyer⁴⁸.

Problématique de l'obésité

Sylvie Benkemoun, vice-présidente du groupe de réflexion sur l'obésité et le surpoids (G.R.O.S), explique que « l'obésité n'est pas un état mais un parcours ». Elle n'est pas seulement le résultat d'une alimentation excessive et d'une trop grande sédentarité. Les facteurs du surpoids sont multiples et souvent combinés : prédispositions génétiques, dérèglement hormonal, traitement médical, troubles du comportement alimentaire, facteurs psychologiques, mais aussi précarité⁴⁹. De nombreuses études confirment également les liens entre obésité et antécédents de violence physique ou sexuelle conduisant à des troubles du comportement alimentaire⁵⁰.

Obésité et emploi⁵¹

Selon le baromètre de l'OIT et du Défenseur des droits de 2016⁵², l'apparence physique est le 2^{ème} critère cité (29% pour les femmes et 20% pour les hommes) parmi les discriminations perçues par les demandeurs d'emploi interrogés. L'obésité et le surpoids figurent parmi les premières causes de discrimination sur ce critère.

⁴⁵ OMS, Obésité et surpoids, 2018 ; <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/obesity-and-overweight>

⁴⁶ D'ici à 2030, l'OCDE estime que près de la moitié (47 %) des adultes américains pourraient être obèses. Le taux en France pourrait monter jusqu'à 21 %.

⁴⁷ Haute autorité de santé, Surpoids et obésité : repérer plus tôt et mieux prendre en charge, 2012 ; https://www.has-sante.fr/portail/jcms/c_1102600/fr/surpoids-et-obesite-reperer-plus-tot-et-mieux-prendre-en-charge

⁴⁸ L'obésité touche 22% des ménages dont le revenu est inférieur à 900 euros mensuels, contre 6% des ménages ayant un revenu supérieur à 5 300 euros par mois. Paris est le département le moins touché par l'obésité (10,7 %), tandis que le Nord (25,6 %) et la Meurthe et Moselle (22,9 %) sont les départements les plus concernés ; Étude ObÉpi 2009, TNS Sofres et laboratoires Roche, http://www.roche.fr/portal/eipf/france/roche/fr/institutionnel/obepi_roche_2009 ;

⁴⁹ Plus d'un tiers des femmes bénéficiaires de l'aide alimentaire sont obèses, soit deux fois plus que dans la population générale. V. Etude de l'Institut de veille sanitaire, 2014, L'obésité chez les femmes recourant à l'aide alimentaire : aspects sociaux et problèmes de santé associés (Abena 2011-2012), http://invs.santepubliquefrance.fr/beh/2014/18-19/pdf/2014_18-19.pdf

⁵⁰ Les femmes obèses rapportent dix fois plus d'antécédents d'abus sexuels et quatre fois plus de violences physiques comparées à des femmes de corpulence normale ; <https://www.spsc.fr/monde/mond1801.htm> ; Midei AJ, Matthews KA. Interpersonal violence in childhood as a risk factor for obesity: a systematic review of the literature and proposed pathways. *Obes Rev*, 2011; etc, cités par J.-L. Thomas, in Les conséquences des violences sexuelles sur la santé physique, <http://www.stopauxviolencessexuelles.com/wp-content/uploads/2013/10/Thomas-JLT-2015-Revue-du-dommage-corporel-Revue-lit-somatization-droitdiffusion.pdf>

⁵¹ V. par ex Élise Coudin et Arthur Souletie, Obésité et marché du travail : les impacts de la corpulence sur l'emploi et le salaire, *Economie et Statistique*, 2016, 486-487, pp. 79-102

⁵² La 9^{ème} édition (2016) concernait la question de l'apparence physique lors de l'embauche et s'intitulait « le physique de l'emploi ».

Un testing mené par l'équipe de Jean-François AMADIEU en avril 2005 a démontré qu'un candidat obèse a 3 fois moins de chances d'obtenir un entretien d'embauche qu'un candidat au poids normal pour un poste de commercial en contact avec la clientèle.

Les conséquences de l'obésité varient selon le genre. En effet, diverses études démontrent que la corpulence a surtout un impact négatif sur l'emploi des femmes dont l'apparence physique est davantage normée et contrainte socialement. Les discriminations à l'embauche liées à l'apparence physique sont rapportées presque 2 fois plus (1,7) par les femmes que les hommes, et ce, indépendamment de toute caractéristique d'âge, de poids, de style vestimentaire et de niveau d'études⁵³. Le taux d'emploi des femmes obèses est inférieur de dix points à celui des femmes non obèses (71 % contre 81 %), alors que celui des hommes est inférieur de deux points (84 % contre 86 %)⁵⁴. A niveau égal d'éducation, d'âge, de situation familiale, d'état de santé déclaré et d'origine, les femmes obèses ont 7,1 points de probabilité de moins d'avoir un emploi⁵⁵. Le baromètre OIT- Défenseur des droits de 2016 met également en évidence que, toutes choses égales par ailleurs, les femmes obèses rapportent 8 fois plus souvent que les femmes d'IMC « normal » avoir été discriminées à cause de leur apparence physique. Les hommes obèses le déclarent trois fois plus que les hommes d'IMC « normal ». Le surpoids n'a pas d'effet spécifique chez les hommes, alors que les femmes en surpoids rapportent 4 fois plus souvent avoir été discriminées à cause de leur apparence que les femmes ayant un IMC « normal ».

Obésité, poids et discrimination

Que ce soit en droit français ou en droit européen, le poids ou l'obésité ne figure pas expressément parmi les motifs prohibés de discrimination⁵⁶. Toutefois, une discrimination en raison du poids peut être rattachée à un autre motif prohibé⁵⁷. La discrimination des personnes obèses est toujours composite, car elle allie à la fois des critères d'apparence, de sexe, d'âge et de santé qui se cumulent.

Même dans les cas où les salariés n'ont pas de problème de santé, le surpoids et l'obésité constituent un « véritable handicap social »⁵⁸. En effet, dans nos sociétés occidentales du XXI^{ème} siècle existent une tyrannie du corps mince et un abaissement du seuil de tolérance à l'égard du corps obèse appréhendé comme anormal et déviant qui peut parfois être assimilé à une « tare de caractère »⁵⁹. Les personnes obèses sont ainsi généralement considérées comme étant « moins productives, car perçues (...) comme manquant de volonté, de discipline (...) »⁶⁰. Elles peuvent être réputées comme « ayant un faible contrôle d'eux-mêmes, un faible potentiel à l'encadrement, une mauvaise hygiène personnelle, un niveau de productivité plus bas, moins d'ambition professionnelle et apparaissent globalement comme moins dignes de confiance »⁶¹. Ces perceptions erronées, stéréotypées, subjectives et arbitraires, conduisent à des discriminations fondées sur l'apparence physique dans l'emploi.

Au motif de la protection de la santé publique et des risques sanitaires associés à l'obésité, certaines personnes considèrent que « par leurs injonctions, les gros vont prendre conscience

⁵³ V. le baromètre OIT- Défenseur des droits précité de 2016

⁵⁴ Enquête Santé et Itinéraire professionnel (SIP) de 2010, Drees-Dares. <https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/etudes-et-statistiques/open-data/etat-de-sante-et-recours-aux-soins/article/l-enquete-sante-et-itineraire-professionnel-sip>

⁵⁵ *Ibidem*

⁵⁶ Aux Etats-Unis, l'État du Michigan par le biais de l'Elliott-Larsen Civil Rights Act de 1976 fait expressément du poids un motif prohibé de discrimination.

⁵⁷ Fiorentino A., « Le surpoids du salarié en droit français et américain », *JCP Social* 2014, n° 43, 1403 ; Bastard P-E, « Quand le tour de taille est objet de discrimination », *Gaz. Pal.*, 20 févr. 2018, n° 311, p. 12

⁵⁸ Jean-Pierre Poulain, « L'obésité et le surpoids entre stigmatisation et discrimination », in *Apparence physique, motif de discrimination*, Acte du Colloque de Lille, 16 novembre 2009

⁵⁹ Goffman E., *Stigmate. Les usages sociaux des handicaps*, Paris, Ed. Minuit, 1963

⁶⁰ Puhl R. et Brownell K. D. (2001), « Bias, discrimination, and obesity », *Obesity Research*, vol. 9, pp. 788-805

⁶¹ V. les travaux de Bellizi & Hasty, 1998, de Poulain et al., 2002 et de J.-F. Amadieu, 2002, cités par Jean-Pierre Poulain, *op.cit.*

de leur grosseur et entrer dans la norme »⁶². Or, dans certains cas, cela les conduit à adopter des comportements ou à exprimer des propos qui sont, en fait, constitutifs de discrimination et de harcèlement à l'encontre des personnes d'une certaine corpulence. Ils sont communément désignés sous le terme de « grossophobie »⁶³.

- **Harcèlement discriminatoire**

Le fait pour un employeur ou un collègue de tenir des propos vexants, dégradants, offensants ou humiliant en lien avec le surpoids des salariés relève de la qualification de faits de harcèlement⁶⁴ discriminatoire à raison de l'apparence physique ainsi qu'en ont jugé diverses juridictions. C'est le cas, par exemple, des propos vexatoires d'un directeur à l'encontre d'un salarié corpulent accompagnant de personnes âgées (« vous êtes gros », « j'ai vu des clochards mieux habillés que vous », « vous êtes un incapable », « vous ne vous seriez pas foulé le pied si vous aviez été moins gros »)⁶⁵, ou encore de ceux d'un supérieur hiérarchique exprimant son mécontentement au sujet du travail d'une salariée qu'il va licencier en ajoutant « et en même temps je n'aime pas les grosses »⁶⁶.

- **Discrimination directe**

En principe, il est discriminatoire de refuser d'embaucher, de sanctionner ou de licencier un salarié en raison de son poids. Le simple contact avec la clientèle ne peut justifier, à lui-seul, d'exiger des salariés d'avoir une certaine silhouette ou d'exclure d'office les personnes qui ne seraient pas minces ou qui seraient obèses ou en surpoids.

Il est ainsi illégal de refuser d'embaucher des jeunes femmes en qualité d'hôtesse d'accueil en raison de leurs mensurations ou de leur morphologie⁶⁷.

Il a également été jugé que l'employeur d'une assurance complémentaire santé ayant exigé d'une assistante commerciale de perdre du poids à son embauche - la conduisant à perdre 8 kilogrammes en 3 semaines -, l'avait discriminée sur le fondement de son apparence physique⁶⁸.

Le fait pour un employeur de demander à connaître le poids et la taille des salariés et futurs salariés ne peut être justifié que si cette demande systématique faite à tous les salariés est motivée par la fourniture d'une tenue de travail⁶⁹. Mais cette demande qui relève d'un aspect de la vie privée ne doit en aucun cas avoir pour objectif de sélectionner les candidats sur leurs mensurations.

⁶² Voir le blog de [@groscoorpsocial](https://www.groscoorpsocial.com) son blog engagé, cité par Slate : Pourquoi déteste-t-on les gros ? <http://www.slate.fr/societe/pourquoi-detester/pourquoi-deteste-on-gros-grosses>

⁶³ Le terme de « grossophobie » date de 1996, dans Coup de gueule contre la grossophobie de Anne Zamberlan, la lutte contre le « fat shaming » ayant commencé dans les années 1960 aux États-Unis.

⁶⁴ Ces cas sont également souvent appréhendés sous l'angle du harcèlement moral. V. CA Grenoble 11 avril 2017, n° 15/03464 au sujet du licenciement d'une secrétaire d'un cabinet d'avocats ayant subi des propos vexatoires sur son physique, son surpoids et ses origines (ex : l'employeur lui disait d'aller vendre des merguez dans les stades, « avec vous au moins on n'aura pas merguez couscous chaque jour », « on en a fini des loukoums pour un certain temps », « non seulement elle est grosse mais elle s'habille comme un sac, tu te souviens du jour où elle est arrivée habillée comme un clown » etc), V. également CA Paris, 16 janvier 2014, n° 12/01734 au sujet des remarques désobligeantes de l'employeur au sujet de la taille de la poitrine, des fesses ou encore du poids d'une salariée telles que « bientôt vous ne pourrez plus prendre l'ascenseur, il vous faudra un monte-charge », « vous ne pourrez plus passer par la porte », « vous avez de grosses fesses » etc ; CPH Paris 5 juillet 2018, n° 17/09907 au sujet des propos d'un directeur dans une papeterie accusant à tort une salariée en surpoids de vider le réfrigérateur de l'entreprise, de boucher les toilettes, en la traitant de « bouche à merde », en ironisant sur elle en en faisant le personnage d'un jeu du type 'où est Charlie' etc.

⁶⁵ Délibération HALDE n°2008-280 du 8 décembre 2008 suivie dans ses observations par la cour d'appel de Douai du 31 mars 2009, n° 08/01143

⁶⁶ CA Paris 6 mars 2019 N° 17/07120

⁶⁷ Délibération HALDE n°2006-206 du 2 octobre 2006 et Décision du Défenseur des droits n° 2018-016 du 9 février 2018

⁶⁸ CA Douai, 20 av. 2012, n° 11/02790.

⁶⁹ CA Nancy, chambre sociale, 27 février 2009, n° 06/03224

- **Exceptions**

Ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles et dûment justifiées que les exigences physiques et/ou esthétiques liées au poids pourraient être admises d'un employeur, la dictature de la minceur étant largement remise en cause y compris dans les métiers où elle a été traditionnellement admise.

- Par exemple, il a été jugé qu'un employeur pouvait valablement licencier une danseuse de revue du Moulin Rouge qui ne répondait plus aux exigences physiques et esthétiques lui permettant de poursuivre la relation de travail après 11 ans d'absence suite à divers congés parentaux⁷⁰.
- Dans l'hypothèse où une femme mannequin prend du poids et connaît ainsi un changement morphologique rendant impossible l'exercice des missions essentielles de son contrat de travail en raison de la taille standard des vêtements qu'elle ne pourra plus mettre, l'employeur a pu être considéré comme étant fondé à la licencier⁷¹. Toutefois, même dans le cadre de cette profession de stricte représentation, les normes évoluent et l'exigence devra être proportionnée et le licenciement pourra faire l'objet d'un contrôle par les juges : ainsi est injustifié le licenciement d'une mannequin fondé sur des mensurations qui ne correspondaient plus aux critères de beauté les deux dernières années mais qui selon les juges sont « très discutables au regard de la presse spécialisée »⁷².

Certains tribunaux ont admis des clauses contractuelles, y compris extrêmement contraignantes⁷³, limitant le poids maximal de certaines salariées chargées de la vente de produits amaigrissants ou encore de la promotion d'une méthode de régime⁷⁴. Toutefois, il s'agit de trois affaires anciennes et isolées. En outre, dans une société où le diktat de la minceur surtout à l'égard des femmes, est plus que critiquable, la marge d'appréciation des employeurs en la matière devrait être nettement plus restreinte à l'avenir.

Les clauses « couperet » qui permettraient à un employeur de sanctionner des salariés de manière quasi automatique parce qu'ils auraient dépassé de quelques kilos un certain poids paraissent a priori déraisonnables et abusives. Elles sont non seulement susceptibles d'être discriminatoires mais semblent également enfreindre le droit au respect de la vie privée des travailleurs.

Le dépassement d'un certain poids maximal ne peut en lui-même justifier un licenciement en l'absence d'éléments objectifs selon lesquels la norme de minceur imposée est raisonnable et l'image de marque de l'employeur a été effectivement ternie par ce changement morphologique ou risque de l'être⁷⁵.

La doctrine énonce précisément le standard qui sera retenu : « Il ne suffit pas à l'employeur de prouver l'existence d'un surpoids de la salariée pour pouvoir la licencier ; encore faut-il que cette particularité physiologique soit proportionnée et de nature à jeter l'opprobre sur

⁷⁰ Cass. Soc. 5 mars 2014, n° 12-27.701, Comm. Céline Leborgne-Ingelaere, *JCP Social*, n° 27, 8 Juillet 2014, 1288

⁷¹ CA Paris 14 mars 1989, n° 88-35597, *RJS* 1989, n° 667 (au sujet d'une mannequin qui ne ferait plus la taille 40 et ne rentrerait plus dans des vêtements de prêt-à-porter de taille industrielle); V également CA Paris 17 Février 1987, *Jurisdata* 1987-021055

Au sujet du caractère justifié du licenciement d'un mannequin de cabine de haute couture de 33 ans qui n'a plus les mensurations compatibles avec le nouveau style de la mode et ne répond plus aux besoins de la création.

⁷² Cass. Soc. 8 Novembre 1982 - n° 80-41.450 (au sujet d'une mannequin mesurant 1,70 m qui avait été remplacée par une autre d'1,74 m)

⁷³ CA Douai 29 septembre 2004, n° 00-523, ch.soc., *Dalle-Lepers c. Sarl Weight Watchers Operations France*: une clause contractuelle de poids maximal dans le contrat de travail d'une animatrice Weight Watchers en contact direct avec la clientèle n'a pas été jugée abusive ; CA Chambéry, 1^{er} octobre 1996, n° 94-3303 : Enfin, une clause interdisant de dépasser un certain poids de plus d'un kilo et de ne pas le retrouver dans le délai d'un mois a également été jugée licite concernant une salariée d'une société spécialisée dans les produits amaigrissants.

⁷⁴ CA Douai 20 octobre 1983, n° 82-2265 : la cour a jugé qu'une clause imposant un poids limite à la salariée d'un centre esthétique prodiguant à ses clients des soins pour maigrir était licite et ne portait pas atteinte à la vie privée.

⁷⁵ En ce sens, CA Chambéry 1^{er} octobre 1996, n° 94-3303

l'entreprise. Il est fort peu probable qu'un, deux ou même trois kilos en trop justifient la rupture du contrat »⁷⁶.

En outre, la prise de poids des salariés doit se dissocier de toute situation pathologique en lien avec une maladie ou un handicap, auquel cas le licenciement pourrait être jugé discriminatoire sur ces autres fondements⁷⁷.

S'agissant de l'emploi public, l'accès à la qualité de fonctionnaire ou de militaire suppose pour tout candidat de remplir des conditions d'aptitude physique afin de pouvoir exercer certaines fonctions⁷⁸. Des conditions d'aptitude particulières peuvent aussi être requises⁷⁹ « lorsque la nature des fonctions exercées (...) le requiert (et) à titre exceptionnel »⁸⁰.

L'appréciation de ces conditions d'aptitude particulières doit être strictement proportionnée et ne doit pas se baser sur des critères discriminatoires en lien avec l'état de santé, le handicap ou l'apparence physique : elle doit se faire au regard de la capacité des candidats au moment de l'admission et *in concreto* au regard des fonctions concernées.

A ce titre, comme l'avait rappelé la HALDE dans ses délibérations n° 2007-136 et n°2007-137 du 24 mai 2007, le fait d'exiger un certain indice de masse corporelle « compatible avec les différentes missions confiées au personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire » caractérise une discrimination fondée sur l'apparence physique. En effet, dans la mesure où les concours d'accès aux emplois de l'administration pénitentiaire comportent des épreuves physiques et sportives, que ces épreuves présentent un caractère objectif, elles suffisent à apprécier les capacités physiques des candidats à exercer les différentes missions du personnel concerné⁸¹.

Ainsi, l'appréciation des conditions d'aptitude physique particulières pour l'admission dans des corps de fonctionnaires ne peut porter que sur la capacité de chaque candidat, estimée au moment de l'admission, à exercer les fonctions auxquelles ces corps donnent accès⁸².

⁷⁶ Fiorentino A., « Le surpoids du salarié en droit français et américain », *JCP S* 2014, n° 43, 1403 ; BASTARD P-E, « Quand le tour de taille est objet de discrimination », *Gaz. Pal.*, 20 févr. 2018, n° 311, p. 12

⁷⁷ CA Douai 29 septembre 2004, n° 00-523

⁷⁸ Article 5 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires : « Nul ne peut avoir la qualité de fonctionnaire : (...) - S'il ne remplit les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice de la fonction compte tenu des possibilités de compensation du handicap. »

⁷⁹ Article 20 de la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, devenu article L. 4132-1 du code de la défense qui dispose que : « Nul ne peut être militaire : (...) 3° s'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction (...) ».

⁸⁰ Article 22 du décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif à la désignation des médecins agréés, à l'organisation des comités médicaux et des commissions de réforme, aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires.

⁸¹ Un raisonnement identique a également été retenu concernant les conditions de taille anciennement requises pour l'accès à certains emplois publics (sapeur-pompier, policier en service actif et surveillant de l'administration pénitentiaire). Voir délibérations de la HALDE n°2010- 272 et 273 du 13 décembre 2010 et délibérations n°2011-44 à 46 du 28 février 2011 ainsi que l'arrêté du 2 août 2010 et l'arrêté du 17 janvier 2013 modifiant l'arrêté du 6 mai 2000 fixant les conditions d'aptitude médicale des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires et les conditions d'exercice de la médecine professionnelle et préventive au sein des services départementaux d'incendie et de secours qui ont supprimé la condition de taille minimale pour l'accès à ces professions.

⁸² CE 6 juin 2008, n° 299943, codifié dans l'arrêté du 2 août 2010 du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires

Autres formes de discrimination à l'encontre des personnes obèses

Depuis 1997, l'OMS a classé l'obésité comme une maladie chronique qui est étroitement associée à une pathologie⁸³.

Dans certains cas, tels que l'obésité morbide, l'obésité peut constituer un «handicap» au sens de la directive 2000/78 relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi lorsqu'elle conduit à « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs »⁸⁴.

Il appartient au salarié obèse d'apporter les éléments laissant présumer l'existence d'une discrimination fondée sur son état de santé, même s'il ne s'agit que de son état de santé présumé. La cour d'appel de Colmar a ainsi débouté un salarié qui se limitait à affirmer que le manque d'hygiène et la position assise, qui lui étaient reprochés et fondaient son licenciement, étaient la conséquence de l'obésité pathologique dont il se disait atteint⁸⁵.

⁸³ L'IMC est associé statistiquement, lorsqu'il s'élève, à un risque accru de maladie. Entre 25 et 30, le risque augmente à peine, au-delà, il augmente très légèrement, mais il est éminemment variable en fonction de divers autres facteurs. Au-delà de 40 kg/m², le risque de complication est nettement élevé ; Docteur LECERF *in* Colloque sur regards croisés sur l'obésité, Waterloos, 2013, p. 46). L'obésité peut accroître le risque de plusieurs maladies chroniques (diabète de type 2, hypertension, calculs biliaires, maladie cardiovasculaire, arthrose du genou etc). Elle peut également avoir des répercussions psychologiques négatives telles que l'anxiété et la dépression face à l'échec de régimes alimentaires, les phénomènes de stigmatisation et de marginalisation sociale.

⁸⁴ CJUE 18 décembre 2014, FAO, C-354/13 au sujet du licenciement économique d'un assistant maternel obèse travaillant depuis 15 ans pour l'employeur en question qui ne motivait pas son choix et qui avait évoqué l'obésité du salarié pendant l'entretien de licenciement.

⁸⁵ CA Colmar, 17 mai 2011, n° 09/05715

Annexe 2 : Tenues vestimentaires

Le vêtement défini comme tout élément servant à couvrir le corps humain pour le protéger, l'habiller ou le parer est une composante essentielle de l'apparence physique. Il forme, avec les caractéristiques corporelles de celui qui en est porteur, un tout qui sert à repérer le sexe, l'âge approximatif et donne implicitement des informations sur la condition sociale, l'occupation actuelle, ainsi que les goûts d'une personne⁸⁶. Ce que l'on porte envoie ainsi un message à la sphère sociale et peut apparaître comme un marqueur identitaire.

L'importance du code vestimentaire dans le cadre de l'emploi⁸⁷

Chiffres clés

Selon le 9^{ème} baromètre DDD/OIT⁸⁸ de 2016 concernant la perception des discriminations dans l'emploi, 16% des répondants estiment avoir été discriminés à l'embauche en raison de leur apparence corporelle et vestimentaire. De même, un sondage de la SOFRES⁸⁹ révèle que 51% des répondants estiment que le « look » représente un facteur majeur de désavantage au recrutement au plan européen.

Impact discriminatoire des codes vestimentaires

Dans la sphère professionnelle, les conventions vestimentaires résultent la plupart du temps de règles non écrites, de codes culturels propres à chaque secteur d'activité. Un employeur peut interpréter négativement le fait que ses collaborateurs se démarquent significativement de ces codes : ils risquent d'être perçus comme ne comprenant pas le contexte dans lequel ils travaillent ou encore comme des individus qui se désolidarisent d'un collectif de travail. A l'inverse, en adhérant aux codes, le message envoyé est généralement celui d'une capacité d'adaptation ou d'une volonté d'intégration.

Si ce savoir-être peut être relevé, l'employeur doit veiller à ne pas exclure les candidats ou sanctionner les travailleurs compétents au seul motif que ces derniers affirment simplement leur personnalité ou affichent une image différente, sans s'interroger au préalable sur la justification du code vestimentaire et l'impact réel du non-respect de ce dernier. Si le code est injustifié ou disproportionné, si sa méconnaissance n'a pas d'impact sur l'activité, l'employeur est alors susceptible de contrevenir à la liberté de se vêtir du travailleur et de le discriminer en raison de son apparence physique.

Dans ses travaux, la sociologue Hélène Garner Moyer explique que l'apparence, dont fait partie le vêtement et plus généralement la façon de se présenter à l'autre, revêt de plus en plus d'importance dans un contexte de tertiarisation accrue de l'économie et du développement des métiers de service impliquant un contact avec la clientèle⁹⁰. Elle représente une variable de sélection indéniable entre les candidats à l'emploi⁹¹. Il importe donc aux employeurs d'être vigilants sur leurs pratiques et d'objectiver leur appréciation en se basant sur les compétences réelles d'un individu plutôt que sur son allure vestimentaire.

L'extrême diversité des normes vestimentaires selon le secteur professionnel et le type de poste occupé

⁸⁶ N. HERPIN, « Comment les gens qualifient-ils les tenues vestimentaires », *Economie et statistique*, n°168, Juillet-Août 1984. Sociologie et statistique. pp. 37-4

⁸⁷ Pour une analyse complète, voir A. Pousson, « Le vêtement en droit du travail. Le vêtement dans les relations de travail entre liberté et égalité », in A. Pousson (dir.), *Le vêtement saisi par le droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015

⁸⁸ Baromètre OIT/DDD, 15 février 2016, « *le physique de l'emploi : discriminations et apparence physique* »

⁸⁹ Sondage SOFRES, influence des discriminations, éditions 2007/2008

⁹⁰ H. Garner Moyer, « Le poids de l'apparence physique dans la décision d'embauche », *Le journal des psychologues*, 2008/4 (n°257)

⁹¹ H. Garner-Moyer, L'impact de l'apparence physique en gestion des ressources humaines, Editions universitaires européennes, 01/01/2011

L'apparence vestimentaire joue un rôle primordial dans les interactions sociales et dans le monde professionnel car elle permet de renvoyer une image déterminée souvent normée correspondant à un secteur d'activité, un métier ou un niveau hiérarchique. Il existe ainsi une multitude de significations de « l'uniforme professionnel » en termes de confort, de protection, d'autorité, de grade, de prestige, d'appartenance à un collectif professionnel⁹².

Selon une étude OpinionWay réalisée en juin 2015 pour le site de recrutement en ligne Monster, si 2 salariés sur 3 (65 %) disent ne pas être confrontés à un code vestimentaire imposé au bureau, environ 3 salariés sur 5 (58 %) affirment veiller à leur tenue vestimentaire dans le souci de ne pas nuire à l'image de l'entreprise. Les codes vestimentaires sont donc largement intégrés à certaines fonctions et certains secteurs, non seulement par les employeurs mais également par les travailleurs et les demandeurs d'emploi.

L'importance du respect des codes pour trouver un emploi donne même lieu à des initiatives associatives visant à favoriser l'insertion professionnelle de chômeurs de longue durée en leur fournissant des vêtements adaptés (costume/cravate, tailleur...)⁹³.

Chaque secteur professionnel semble connaître certains usages, soit exprès soit implicites, en matière vestimentaire, qui répondent à certains stéréotypes bien ancrés: style classique ou neutre dans la finance, les assurances, les cabinets de conseil et le commerce ; élégant et raffiné dans l'industrie du luxe ; standardisé dans le secteur agricole ou ouvrier, ou au contraire original et excentrique dans les domaines artistiques et de la création, uniformes de rigueur dans certaines professions réglementées etc. Certains codes ont pour objectif de faire correspondre l'apparence du travailleur à une vision stéréotypée, supposément attendue de la clientèle (employé de banque en costume-cravate ; hôtesse d'accueil en tailleur-jupe sombre, apparence très soignée dans la parfumerie et la cosmétique etc).

Dans ce contexte, il importe de relever que les codes vestimentaires, exprès ou implicites, doivent d'abord être justifiés par la nature des postes concernés, légitimes et proportionnés au but recherché.

Dans certains domaines d'activité, ces codes s'appuient sur des mesures d'hygiène et de sécurité. Parfois, ils répondent à des considérations d'image. Si certaines règles peuvent être justifiées concernant la tenue de salariés exerçant des métiers de pure représentation (mannequins, hôte(sse)s dans l'évènementiel), elles le seraient moins, voire pas du tout, pour des métiers sans contact avec la clientèle.

La nécessité de véhiculer l'image d'une entreprise doit demeurer proportionnée à l'objectif recherché. Toutefois, sauf à méconnaître son obligation de santé et de sécurité, un employeur ne peut pas, par exemple, exiger de ses salariés qu'ils portent des vêtements inconfortables ou trop serrés ou encore des chaussures à talons hauts pour une fonction exigeant une station debout prolongée. Il ne peut pas non plus leur interdire de se couvrir lorsqu'ils ont froid ou de se découvrir lorsqu'il fait chaud. Il ne pourrait pas non plus leur imposer d'utiliser des produits potentiellement toxiques à des fins purement esthétiques (vernis à ongles, teinture pour cheveux, défrisage etc ...).

Certains codes stricts et conservateurs doivent être revus à la lumière de l'évolution de la société, des exigences de santé et sécurité et des phénomènes de mode. Si tout n'est pas

⁹² G. Francequin, *Le vêtement de travail, une deuxième peau*, Ramonville Saint-Agne, 2008 ; M. Villelongue (sous la dir.), *S'habiller pour travailler*, Lyon, Éditions Lyonnaises d'Art et d'Histoire, 2011

⁹³ Tel est, par exemple, le cas de l'association « la cravate solidaire » dont le slogan est « l'habit ne fait pas le moine mais il y contribue ».

permis, l'effacement progressif des frontières entre les sphères privée et professionnelle permet aujourd'hui plus de liberté⁹⁴.

Il s'agit ainsi par les illustrations suivantes de rappeler aux employeurs le cadre juridique et les limites de leur pouvoir de direction en matière vestimentaire.

Tenue conforme aux règles d'hygiène et de sécurité

L'employeur peut exiger le port d'une tenue de travail destinée à protéger le salarié contre l'utilisation de produits ou d'outils dangereux pour autant que cette obligation soit justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché⁹⁵.

L'employeur peut également légitimement imposer à son personnel médical, tout comme de tout salarié en contact avec des aliments ayant vocation à être servis au public (restauration, industrie alimentaire, etc.), une hygiène irréprochable en raison du risque de transmission de maladie (ex : obligation de porter des ongles courts et soignés, le cas échéant sans vernis ni faux-ongles). La tenue sale d'un ouvrier charcutier qui avait fait l'objet de remarques défavorables de la part de la clientèle a ainsi été considérée comme une cause réelle et sérieuse de licenciement⁹⁶.

« Tenue correcte et soignée »

Si de simples négligences vestimentaires ne peuvent pas justifier un licenciement⁹⁷, l'employeur est a priori en droit d'exiger que ses salariés en contact avec le public soient coiffés et habillés de manière convenable. Ces exigences reconnues par la jurisprudence semblent justifiées par la tâche à accomplir et proportionnées par rapport au but de servir au mieux la clientèle.

Dès lors, le grief tiré du non-respect de l'obligation faite au salarié par le règlement intérieur de porter une tenue en harmonie avec les couleurs de l'enseigne, ou d'être « correctement coiffé » ne peut être considéré comme revêtant un caractère discriminatoire⁹⁸.

La tenue négligée d'un employé en relation permanente avec la clientèle peut ainsi justifier son licenciement. Ainsi, l'employeur d'un convoyeur de fonds en rapport direct avec la clientèle, en particulier les banques, a pu légitimement exiger de son salarié de porter des chaussures noires cirées⁹⁹.

Tenue décente

L'employeur peut interdire le port de tenues considérées comme indécentes susceptibles de créer un trouble dans l'entreprise ou de choquer la clientèle.

A ainsi été jugé justifié le licenciement d'une salariée qui se déplaçait dans les bureaux de l'entreprise vêtue d'un chemisier transparent sans soutien-gorge¹⁰⁰. A également été admis en justice le fait d'adresser un avertissement à une serveuse qui portait une tenue considérée

⁹⁴ L'apparition du « Friday wear », coutume née aux Etats-Unis dans les années 1990, permettant de déroger le vendredi au classicisme vestimentaire illustre cet assouplissement même s'il répond paradoxalement à d'autres codes, ceux d'une décontraction affichée (jean, chemise sans cravate, polo, col roulé, robe casual chic etc).

⁹⁵ Cass. Soc. 18 février 1998, n° 95-43.941 et CE 16 décembre 1994, req. n° 112855

⁹⁶ Cass. Soc. 29 févr. 1984, n° 81-42.321, *Bertulot c/ Colette* et a.

⁹⁷ Cass. Soc. 24 janvier 1991, n° 89-40761

⁹⁸ CA Nancy 6 février 2013 n° 12/00984

⁹⁹ CA Dijon 25 juin 1992, RJS 10/92, n° 1202.

¹⁰⁰ CA Nancy 29 nov. 1982, *Morel c/ Siteco*, D. 1985, jur. p. 354, note Ch. Lapoyade-Deschamps, confirmé par Cass. soc., 22 juill. 1986, n° 82-43.824 : *Liaisons soc.* n° 5844, p. 7 ; V. également Cass. Soc. 18 mai 1999 n° 2296 au sujet du licenciement d'une ambulancière portant une jupe trop courte et des « tee-shirts si échantrés qu'on voyait son soutien-gorge ».

comme inadaptée et inappropriée dans le cadre de l'hôtellerie (laissant apparaître des tatouages, tee-shirt moulant rouge avec un large décolleté, pantalon corsaire)¹⁰¹.

Toutefois, dans ce cas-là, il est nécessaire pour l'employeur de rapporter la preuve que la tenue prétendument indécente caractérise un abus préjudiciable à l'entreprise. Ainsi, le fait d'avoir sanctionner une salariée du seul fait qu'elle portait des vêtements moulants a été jugé abusif, faute d'avoir pu justifier en quoi ce type de tenue portait préjudice¹⁰².

Dans un registre différent, un employeur pourrait également interdire à son personnel de porter des vêtements comportant des messages violents, racistes, sexistes, homophobes, grossiers ou vulgaires.

Tenue standardisée et uniformes

Le port d'un uniforme ou d'un insigne commercial (badge, code couleur, gilet) peut être justifié pour des motifs tenant au contact avec la clientèle et les usagers du service public¹⁰³, et à l'identification par celle-ci du personnel (ex : postes d'accueil et de vente).

Ainsi une assistante de réservation d'un grand hôtel qui refusait de porter son uniforme a valablement pu être sanctionnée¹⁰⁴. A contrario, des agents de sécurité sans contact avec la clientèle, dont le travail consistait exclusivement à visionner des écrans vidéo, ne pouvaient pas se voir imposer le port d'un uniforme¹⁰⁵.

Le **port de la cravate** peut être imposé aux hommes mais cette appréciation se fait au cas par cas en fonction du poste et de son caractère proportionné. Ainsi, il a été jugé que la disposition d'un règlement intérieur imposant pour le personnel ambulancier le port obligatoire d'une cravate et précisant « pas de jeans ni de baskets » constituait une atteinte illégale à la liberté de se vêtir. Ces exigences du règlement intérieur étaient plus contraignantes que celles de la convention collective prévoyant pour le personnel ambulancier simplement une tenue soignée et le port obligatoire d'une blouse blanche¹⁰⁶.

Pour certaines professions, du secteur public en particulier, le port de l'uniforme obligatoire répond généralement à un objectif légitime d'identification ou a une fonction utilitaire. L'on peut distinguer différentes catégories d'uniformes dont les conditions de port sont plus ou moins strictes en fonction de leur caractère distinctif ou de leur aspect utilitaire.

Ainsi, ont une fonction d'identification forte, l'uniforme militaire¹⁰⁷, ainsi que les tenues de sapeur-pompier¹⁰⁸, de policier¹⁰⁹ et de surveillant de l'administration pénitentiaire¹¹⁰.

Il existe également des uniformes non-utilitaires distinctifs, qui ne sont donc pas strictement nécessaires à la fonction des agents, tels que la robe des magistrats, les uniformes des agents de La Poste, des chemins de fer ou encore des transports aériens.

¹⁰¹ CA Nîmes 10 septembre 2013, n° 12/00015 ; v. également CA Nîmes 18 mai 2010 n° 08/03441

¹⁰² CA Versailles 19 décembre 1994, 5e ch. B, RG n° 93/6568

¹⁰³ L'accueil des usagers impose de la part d'un agent le respect d'une obligation de correction et de dignité, dans sa tenue, dans ses agissements, dans ses propos et dans sa vie privée. Le fondement de cette obligation réside notamment dans le fait de ne pas porter atteinte à la réputation de l'administration pour laquelle l'agent travaille. Ainsi, l'employeur est en droit d'exiger une certaine allure correcte, ni choquante ni provocante, notamment lorsque l'agent est en contact direct avec les usagers. Toutefois, l'interdiction doit demeurer proportionnée.

¹⁰⁴ Cass. Soc. 13 février 2008 n° 06-43784 (toutefois, cette salariée qui souhaitait rajouter quelques centimètres à sa jupe et être autorisée à porter un pantalon aurait pu plaider l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe)

¹⁰⁵ Cass. soc. 3 juin 2009, n° 08-40346

¹⁰⁶ Décision de la CA d'Orléans confirmée par la Cour de cassation, *Cass. Soc. 19 mai 1998 n° 96-41123*

¹⁰⁷ Voir, notamment, article D. 4137-2 du code de la défense.

¹⁰⁸ Arrêté du 8 avril 2015, fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers.

¹⁰⁹ Voir, notamment, arrêté du 18 novembre 1996 fixant la description et la composition de la tenue d'uniforme des officiers de police.

¹¹⁰ Voir, notamment, article 88 du décret n°66-874 du 21 novembre 1966 portant règlement d'administration publique relatif au statut spécial des fonctionnaires des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire.

Enfin, certains agents portent des uniformes utilitaires non-distinctifs (justifiés par leurs fonctions) tels que la blouse de l'infirmier et du médecin, le bleu de travail du mécanicien etc... On relèvera que le refus d'un salarié de porter une blouse blanche pendant le travail ne peut pas constituer une faute si l'obligation du port de ce vêtement n'est pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché¹¹¹.

Des sanctions assez sévères ont été admises par les juridictions administratives, dès lors que les fonctionnaires enfreignaient l'obligation de port de l'uniforme réglementaire en sus d'autres violations aux obligations professionnelles et déontologiques qui leur incombaient.

Ont ainsi été jugés justifiés :

- la révocation d'une fonctionnaire, agent de surveillance de Paris (agent de police judiciaire adjoint), qui avait notamment refusé de porter l'uniforme imposé, en conservant un foulard sous sa casquette, ainsi qu'un vêtement à manches longues sous le polo d'été afin de cacher ses bras. La cour administrative d'appel a jugé qu'il s'agissait d'une manifestation prohibée de ses croyances religieuses dans le cadre de l'exercice de ses fonctions¹¹² ;
- la mise à la retraite d'office d'un gardien de la paix fondée sur le fait qu'après sa reprise de travail à l'issue d'un arrêt de maladie, il avait refusé de porter l'uniforme réglementaire et avait eu un comportement général portant atteinte à la bonne marche du service, caractérisant ainsi des fautes disciplinaires¹¹³ ;
- la mise à la retraite d'office prononcée à l'encontre d'un fonctionnaire de police qui avait refusé de porter l'uniforme réglementaire, s'était absenté de son travail en cours de journée sans préavis, afin de manifester son désaccord avec sa hiérarchie¹¹⁴ ;
- le déplacement d'office adopté à l'encontre d'un gardien de la paix en tenue de sport alors qu'il était en service et astreint au port de l'uniforme, qui avait aussi refusé d'être entendu sur ses activités extérieures au service¹¹⁵.

Tenues plus atypiques

Le licenciement d'une assistante médicale ayant abandonné un style classique pour un style "d'avant-garde" a été jugé abusif¹¹⁶.

Le port du survêtement a pu être interdit pour les salariés d'agences immobilières en contact avec la clientèle¹¹⁷. Les juges du fond ont estimé que cette tenue portait atteinte à la réputation de l'employeur. Cette interdiction a également été admise lorsqu'elle visait les salariés de la SAGEM, une société spécialisée dans le secteur de l'électricité et de la mécanique en contact avec la clientèle¹¹⁸.

Le port du short et des tongs a également pu être interdit aux chargés de clientèle au motif que ces vêtements et accessoires manquaient de sobriété et étaient inappropriés dans ce secteur d'emploi¹¹⁹.

¹¹¹ Cass. Soc. 18 février 1998, n° 95-43491

¹¹² CAA Paris, 19 février 2019, N° 17PA00273. Il apparaissait qu'au-delà du non-respect de la tenue réglementaire imposée aux agents de surveillance, elle ne respectait pas sa hiérarchie en refusant de saluer ses supérieurs masculins et en tenant à leur égard des propos agressifs et menaçants, avait eu un comportement répréhensible lors d'une manifestation non déclarée à laquelle elle participait, à titre privé, avait à cette occasion refusé d'obéir à des sommations de dispersion, et que lors de la garde à vue y faisant suite, elle a refusé de répondre aux questions qui lui étaient posées. Elle avait en outre laissé apparaître de manière ostentatoire son appartenance religieuse notamment à l'occasion de son refus de participer à la minute de silence pour les victimes de l'attentat de " Charlie Hebdo ".

¹¹³ CE 27 juillet 2015, N° 374207

¹¹⁴ CAA Marseille 19 juillet 2013, N° 12MA04194

¹¹⁵ CE 29 mars 1993, N° 107901 ; V. également TA Paris, 17 octobre 2002 jugeant justifié le non-renouvellement d'un contrat de travail d'un agent public au motif implicite du port d'un vêtement manifestant de manière ostentatoire l'appartenance à une religion contraire au principe de neutralité

¹¹⁶ CA Poitiers 14 novembre 1973, *Tardivel c/ Rivault*, inédit

¹¹⁷ Cass. Soc. 6 nov. 2001, *Brunet c/ SARL LR immobilier*, RJS 1/02, n° 8 ; *Liaisons sociales* 20 déc. 2001, n° 746

¹¹⁸ Cass. Soc. 12 novembre 2008 n° 07-42220 ; Cass. Soc. 28 mai 2003 n° 02-40273

¹¹⁹ CA Chambéry 30 août 2012 n° 11/02198

Un employeur ne peut pas reprocher à une cadre de s'être présentée chez un client en jeans et en bottes alors qu'une telle tenue n'est, en elle-même, de nos jours et dans un tel contexte, en rien incongrue ni déplacée, mais demeure au contraire parfaitement correcte, y compris pour un ingénieur d'études, pour autant du moins qu'elle soit normalement soignée¹²⁰.

Le caractère justifié de telles restrictions semble devoir être apprécié au regard du « créneau de gamme » de l'enseigne. Elles pourront par exemple être légitimement plus strictes dans un restaurant gastronomique que dans un établissement de restauration rapide en cas de contact avec la clientèle¹²¹.

Présentation vestimentaire et particulière vulnérabilité économique

Depuis la révolution française¹²², le vêtement n'est plus aussi étroitement lié aux distinctions sociales et à l'appartenance à un ordre donné. Selon le sociologue Frédéric Godard¹²³, cette « seconde peau » ne constitue plus non plus, notamment du fait de la massification de la mode et du prêt-à-porter, le marqueur social principal qu'il a pu être lors de l'ère industrielle. Les différences vestimentaires restent néanmoins lisibles sociologiquement. L'importance réside plutôt dans le détail, la qualité des matériaux et les finitions. Par exemple, si toutes les couches de la société ont un jean dans leur garde-robe, des éléments tels que la marque, la coupe, l'association avec d'autres accessoires, les circonstances dans lesquelles il est porté, voire la manière dont il est porté peuvent révéler le statut social et l'état de fortune de celui ou celle qui le porte. Selon Roland Barthes, « le nœud d'une cravate, le tissu d'une chemise, les boutons d'un gilet, la boucle d'une chaussure [suffisent] à marquer les plus fines différences sociales ; dans le même temps, la supériorité du statut se masque et se sublime sous une nouvelle valeur : le goût, ou mieux encore, car le mot est justement ambigu : la distinction »¹²⁴.

En 2018, le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation d'une femme bénéficiaire de la CMU et d'une allocation de solidarité spécifique de 500 euros mensuels qui disait s'habiller avec des vêtements de seconde-main, être en surpoids et à qui il manquait une incisive. Elle se plaignait du fait qu'une formation professionnelle de conducteur d'installations et de machines automatisées lui avait été refusée en raison de son apparence physique et/ou de « sa particulière vulnérabilité économique, apparente ou connue de son auteur ».

L'enquête du Défenseur des droits a révélé qu'en fait cette réclamante n'avait pas obtenu la moyenne lors de tests d'évaluation, avait présenté un CV non mis à jour, n'avait pas réussi à expliquer les raisons de son inactivité pendant trois ans, et n'était pas parvenue non plus à faire part de ses motivations pour initier cette formation. En outre, le centre de formation lui avait proposé de se présenter à une autre formation plus adaptée à son niveau.

Toutefois, il est apparu que la présentation de la réclamante avait bel et bien été évoquée lors de son entretien. Son dossier mentionnait qu'elle « ne présentait pas une tenue adéquate » et sous la catégorie « traits de caractère apparent » figurait également la mention « présentation moins – tenue ! ». Le Défenseur des droits a ainsi décidé de faire un rappel des textes auprès du centre de formation afin de le prévenir du risque discriminatoire de ce type de pratique même si le refus opposé à la réclamante ne tenait pas à sa présentation, d'autant qu'un autre

¹²⁰ CA Paris 9 octobre 2008 n° 06-13511, 21e ch. B, SA 3S *Informatique c/ Lebas*

¹²¹ CA Toulouse 28 février 2003, n°02-3428

¹²² Le décret du 8 brumaire an II prévoit notamment que « nulle personne de l'un et de l'autre sexe ne pourra contraindre aucun citoyen à se vêtir de façon particulière, sous peine d'être considérée et traitée comme suspecte et poursuivie comme perturbateur du repos public : chacun est libre de porter tel vêtement ou ajustement de son sexe qui lui convient ».

¹²³ Il est notamment l'auteur de *Sociologie de la mode*, Ed. La Découverte, Collection Repères, 2010, 128 p.

¹²⁴ R. BARTHES, « Le dandysme et la mode », *United States Lines Paris Review*, juillet 1962 repris dans *Œuvres complètes*, t. I 1942-1965, Editions du Seuil, 1993, p. 963 ; v. également R. BARTHES, « Histoire et sociologie du Vêtement (Quelques observations méthodologiques) », *Annales, Economies, Sociétés, Civilisations*, 1957, vol. 12, n° 3

candidat faisant également l'objet de mentions similaires sur son apparence (« jogging tâché », « présentation décontractée ») avait pu obtenir son inscription en formation.

Codes vestimentaires obéissant à des stéréotypes de genre

La 9^{ème} édition du baromètre de l'OIT et du Défenseur des droits en 2016 a révélé que les femmes ayant un style dit atypique déclaraient avoir été discriminées 8 fois plus que les femmes ayant un style classique ou décontracté. Cette proportion est deux fois moins importante chez les hommes ayant un style atypique, soulignant des attentes sociales plus fortes à l'égard des femmes sur leur apparence.

Malgré l'interdiction des distinctions prévues par la loi entre les métiers dits de femmes et d'hommes et les avancées de la mixité professionnelle, l'habit de travail continue d'être régi par des logiques de genre¹²⁵. Il reste fréquent pour les employeurs d'attendre de l'apparence extérieure de leurs personnels qu'ils se conforment à leur genre. Ils relayent ainsi parfois la prétendue vision stéréotypée d'un homme ou d'une femme au travail par leur clientèle. Dès lors, celles et ceux qui se départissent des **assignations liées au sexe**, tels que des personnes transgenres, des femmes ne répondant pas aux codes de la féminité ou des hommes empruntant des attributs ou des accessoires traditionnellement perçus comme féminins sont susceptibles d'être victimes de discrimination. Ceci est sanctionné par les juridictions :

- La cour d'appel de Paris a jugé que des caissières de grande surface ne peuvent se voir interdire de porter des pantalons sur la base de considérations esthétiques¹²⁶.
- Un serveur d'un restaurant gastronomique a été licencié pour avoir refusé de retirer ses boucles d'oreilles pendant le service, alors que cela était autorisé pour les serveuses. La lettre de licenciement énonçait expressément « votre statut au service de la clientèle ne permet pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes ». La chambre sociale de la Cour de cassation a jugé que ce licenciement caractérisait une discrimination fondée sur le sexe¹²⁷.
- Une agente d'exploitation d'une société de sécurité, transgenre et en phase de transition, qui était venue travailler maquillée et vêtue d'une jupe et de talons hauts, avait également été licenciée par son employeur au motif que son comportement était déloyal et portait atteinte au sérieux, au professionnalisme et à la crédibilité de l'entreprise vis-à-vis de ses clients. L'employeur estimait qu'un homme habillé en femme était déguisé et qu'il s'agissait d'un « déguisement curieux ». La cour d'appel de Grenoble a jugé le licenciement discriminatoire car fondé sur l'apparence physique et le sexe du salarié¹²⁸.

Les femmes en particulier peuvent être tenues de porter des vêtements visant à mettre en valeur leurs attributs physiques dans un but commercial, de fidélisation de la clientèle ou pour répondre à une certaine image de l'employeur.

C'est ainsi qu'Isabel Boni-Le Goff¹²⁹, docteure à l'EHESS, évoque pour certains métiers dits de service, tels qu'hôtesse de l'air, réceptionniste ou encore agent d'accueil, « une performance de genre érotisée pour construire une relation privilégiée avec des clients qui

¹²⁵ J. Rennes, C. Lemarchant, L. Bernard, « Habits de travail », *Travail, genre et société*, 2019/1 (n°41)

¹²⁶ CA Paris 7 juin 1990 *SA Super est Carrefour c/ Bouchez*, n° 90-30904

¹²⁷ Cass. Soc. 11 janvier 2012, n°10-28213

¹²⁸ CA Grenoble 6 juin 2011, n°10/3547

¹²⁹ Boni-Le Goff Isabel, *Genre et marchés du travail. Une comparaison internationale*, 2014

sont plutôt des hommes ». Divers sociologues, dont Jean-François Amadiou¹³⁰, relèvent que l'employeur les recrutent aux fins d'en exploiter le « capital érotique ».

La pratique, répandue notamment dans les restaurants et les bars, d'exiger des femmes qu'elles portent une **tenue vestimentaire sexualisée**, tels les **décolletés, mini-jupes et/ou talons hauts**, pour accéder à un emploi ou pour conserver leur emploi est susceptible de caractériser une pratique discriminatoire en plus d'une atteinte au droit à la sauvegarde de la dignité et au droit au respect de la vie privée¹³¹.

Or, il est rappelé que les codes vestimentaires ne doivent pas conduire à des mesures de harcèlement sexuel de la part de supérieurs hiérarchiques, de collègues ou de la clientèle¹³². Ainsi, des exigences telles que l'obligation de s'habiller de manière légère, sexy ou provocante semblent discriminatoires et contrevenir à l'obligation de sécurité de l'employeur.

L'obligation pour les femmes de porter des talons a suscité diverses controverses, au-delà des troubles musculo-squelettiques potentiels qu'ils pourraient engendrer. La médiatisation du licenciement d'une réceptionniste au sein d'une entreprise d'intérim pour avoir refusé de porter des talons de plus de 5 centimètres a ainsi déclenché un débat public au Royaume-Uni et a donné lieu à la publication d'un guide pour lutter contre des « *dress codes* » discriminatoires en raison du sexe en mai 2018¹³³.

Au Japon, le mouvement #KuToo (en référence au mouvement #metoo) basé sur les mots « kutsu » (chaussure) et « kutsuu » (douleur), lancé par des femmes de la société civile en mai 2019, vise également à dénoncer l'obligation, perçue comme sexiste, de porter des talons hauts de 5 à 7cm au travail.

Les prescriptions spécifiques en matière d'apparence physique qui sont liées à l'appartenance à un sexe donné devraient ainsi être supprimées en raison de leur objet ou de leur effet discriminatoire mais également du sexisme qu'elles véhiculent. Tel sera le cas des clauses imposant au personnel féminin qu'il porte des décolletés, des talons hauts, des jupes ou des bas. Cela pourrait également être le cas de celles imposant le port de maquillage ou de vernis à ongles, même si ce type de situation devrait être appréciée en fonction du poste occupé et dans certaines limites. Ainsi, il n'est pas exclu que le secteur de la cosmétique puisse, par exemple, imposer un maquillage léger ou des ongles manucurés à ses démonstratrices. Mais, afin de supprimer tout risque discriminatoire, il est recommandé aux employeurs de se limiter à poser des exigences générales de « présentation soignée » ou encore d'élégance, le cas échéant.

¹³⁰ « La société du paraître. Les jeunes, les beaux et les autres », Odile Jacob, Paris, 2016 ; José Luis Moreno Pastana, La cara oscura del capital erótico. Capitalización del cuerpo y trastornos alimentarios, Akal, Madrid, 2016 ; v. également l'article de Catherine Hakim, « *Capital érotique* », *Revue européenne de sociologie*, 2010 où elle distingue six éléments composant le capital érotique : la beauté, l'attrance sexuelle, les compétences sociales, la vivacité, le comportement en société et la sexualité.

¹³¹ Sur cette question, voir par ex, France Rivard, « Le code vestimentaire sexualisé peut-il être contesté? », 20 février 2018 <https://blogue.souqij.qc.ca/2018/02/20/code-vestimentaire-sexualise-etre-conteste/>

¹³² V. par ex, les consignes vestimentaires (robes moulantes noires légère avec des sous-vêtements assortis et des talons hauts, coiffure soignée, manucure selon les standards) données aux hôtesse d'un événement présenté comme « chic et sexy », à savoir un gala de charité renommé réservé aux hommes à Londres en 2018, et qui se plaignaient d'avoir subi des mesures de harcèlement sexuel. <https://www.letemps.ch/monde/recit-dhotesses-harcelees-pendant-gala-club-presidents-glace-langletterre>

¹³³ <https://www.gov.uk/government/publications/dress-codes-and-sex-discrimination-what-you-need-to-know>

Annexe 3 : Coiffures

Comme l'écrit Christian Bromberger, ethnologue, « Tout changement de classe d'âge, de statut, tout phénomène politique important, a sa traduction pileuse »¹³⁴. Si cette question peut paraître futile, la façon dont on porte le poil et le cheveu traduit une époque, une civilisation, ses normes et ses conventions sociales. L'apparence pileuse et chevelue renvoie à quatre types d'informations : « la construction sociale des sexes (ce que les Anglo-Saxons nomment *gender*), les frontières statutaires et de différenciation, le rapport à l'ordre et aux normes et enfin les critères esthétiques dominants »¹³⁵.

Diverses « révoltes capillaires » ont eu lieu, entre le port des perruques sous l'ancien régime, les cheveux coupés court pour les femmes dans les années 1920, les cheveux longs de la culture hippie ou les coupes afro marquant la reconnaissance des droits civiques des Noirs dans les années 60¹³⁶. Aujourd'hui, de nouvelles modes et mouvements se dessinent tels que les cheveux longs portés par les hommes ou le courant *nappy*, contraction des mots anglais « natural » et « happy » dont se revendiquent des femmes afro-antillaises et métisses qui renoncent aux méthodes de dénaturation de leurs cheveux¹³⁷.

L'interdiction des discriminations fondées sur l'apparence physique exige des employeurs et de l'administration de justifier les codes relatifs aux coiffures de leur personnel ou de leurs agents. Elle n'est toutefois pas absolue : des restrictions peuvent être admises en matière d'hygiène, de santé et de sécurité, ou encore si elles sont en lien avec l'image de marque. Dans le secteur public, elles peuvent également être fondées sur les devoirs de réserve, de neutralité et l'obligation de dignité de tout agent public.

Les restrictions d'hygiène et de sécurité admises

Selon une jurisprudence constante, le non-respect des mesures d'hygiène corporelle, tel qu'avoir des cheveux propres, les attacher ou porter une charlotte de protection, notamment lorsque les salariés ou les agents publics sont en contact avec des denrées alimentaires ou travaillent dans le secteur médical, peut valablement justifier des sanctions. Ainsi, par exemple :

- le fait pour un ouvrier pâtissier d'avoir des cheveux sales et longs qu'il n'arrive pas à cacher sous sa toque conformément au règlement intérieur et qu'il remet en place avec ses mains sans les laver permet de justifier tant sa mise à pied que son licenciement¹³⁸.
- de même, est justifié le licenciement d'une salariée chargée de la logistique dans un service hospitalier d'urgence chirurgicale car elle avait les cheveux détachés et dans le visage en méconnaissance du règlement intérieur, en plus du fait qu'elle ne changeait pas de gants et manquait d'hygiène en ne se lavant pas les mains¹³⁹.
- le fait d'exiger d'une assistante dentaire qu'elle se conforme au port d'une coiffe chirurgicale dite « charlotte », applicable à l'ensemble du personnel du cabinet lors de l'assistance au fauteuil, constitue une mesure d'hygiène destinée à protéger la santé

¹³⁴ « Le port de la barbe massivement adopté par les jeunes hommes », 9 juin 2018, <https://www.bfmtv.com/societe/le-port-de-la-barbe-massivement-adopte-par-les-jeunes-hommes-1467088.html>

¹³⁵ Christian Bromberger, *Le Sens du poil, une anthropologie de la pilosité*, Créaphis, 2015

¹³⁶ V. Kathleen Cleaver, « Why we wear our hair like this », 1968 <https://www.youtube.com/watch?v=LWbIHcm6xSc>

¹³⁷ https://www.lexpress.fr/actualites/1/societe/les-nappy-la-liberte-jusqu-au-bout-des-cheveux-afro_1955902.html

¹³⁸ CA Paris 28 mars 1989, n° 35799/86 ; pour un exemple plus récent d'une employée d'un restaurant Flunch qui a les cheveux lâchés sans port de charlotte ni calot, créoles aux oreilles et mains non lavées alors qu'elle venait du secteur de la salle où elle était chargée du nettoyage, CA Aix-en-Provence 7 Mai 2013, n° 12/05865 ; V. également CA Colmar 15 Janvier 2013, n° 11/05558 (au sujet du licenciement d'un cuisinier qui avait les cheveux sales et gras)

¹³⁹ CA Colmar 28 Juin 2016, n°15/00109

des patients. Elle ne revêt aucun caractère humiliant et discriminatoire et son non-respect peut ainsi entraîner le licenciement de la salariée qui perdait beaucoup de cheveux qui de plus étaient « en bataille et non protégés »¹⁴⁰.

Le fait d'imposer des cheveux attachés peut également relever de mesures de sécurité¹⁴¹. Par exemple, s'agissant de professions réglementées, il peut être prévu que les cheveux soient d'une longueur compatible avec le port d'une coiffe ou soient attachés. Tels est notamment le cas de la réglementation applicable aux sapeurs-pompiers¹⁴², aux compagnies républicaines de sécurité¹⁴³, ou encore au personnel militaire¹⁴⁴.

Il faut toutefois s'assurer que ces mesures générales soient effectivement dûment justifiées au regard du poste occupé et proportionnées pour être conformes au droit de la non-discrimination fondée sur l'apparence physique.

Coiffures et image de marque en matière d'emploi privé ou fonction d'autorité en emploi public

L'état de la jurisprudence démontre que les restrictions posées par les employeurs concernant la coiffure de leurs salariés doivent être appréciées *in concreto* en fonction des postes occupés et au regard de l'évolution de la société.

A ce jour, il apparaît que seules les sanctions opposées aux salariés portant des coiffures excentriques ont été admises :

- Ainsi, un employeur est en droit de sommer un employé de banque ayant la tête rasée sur les côtés et surmontée d'une crête jaune centrale gominée de revenir à une coiffure plus discrète¹⁴⁵. L'apparence physique d'un salarié peut même justifier la rupture du contrat de travail si la coiffure excentrique adoptée est incompatible avec les fonctions et nuit gravement aux intérêts de l'entreprise.
- De même, l'excentricité de la coiffure d'un informaticien analyste chargé d'intervenir au sein des services informatiques d'entreprises, en l'occurrence une coupe « à l'iroquoise », a été jugée incompatible avec les usages en vigueur dans les établissements dans lesquels il assurait ses prestations¹⁴⁶. L'employeur soucieux de son image de marque auprès de la clientèle avait valablement pu exiger de lui une présentation correcte, sobre et sérieuse, en adéquation avec ses fonctions.
- A également été jugée justifiée, il y a plus de vingt ans, la rupture du contrat de travail d'un chauffeur-livreur qui avait un crâne rasé et une queue sur la nuque dans la mesure

¹⁴⁰ CA Lyon 19 Janvier 2016, n° 14/08862

¹⁴¹ CA Lyon 19 Mars 2015, n° 13/10102 (au sujet d'un agent de maintenance licencié au motif qu'il n'attachait pas ses cheveux et ne portait pas le casque de sécurité mais dont l'employeur n'en apporte pas la preuve)

¹⁴² V. art. 8 de l'arrêté du 8 avril 2015, fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers : « Les coupes et couleurs de cheveux (...) doivent être compatibles avec l'exercice de leurs fonctions et ne doivent pas attenter à la discrétion ainsi qu'au devoir de réserve du porteur de la tenue ».

¹⁴³ V. art. 90 de leur règlement intérieur des compagnies républicaines de sécurité: « La coupe de cheveux doit demeurer soignée et compatible avec le port des coiffures de service ».

¹⁴⁴ V. art. 1.3.13.4. de l'instruction n° 18000/DEF/DCSSA/AA/PAPS relative aux différentes tenues revêtues par le personnel militaire du service de santé des armées du 13 octobre 2015: « les nécessités de l'hygiène, de la sécurité et du port des effets et équipements spéciaux professionnels impliquent de fixer des limites à la longueur des cheveux, (...) » ; v. également l'instruction N° 362/DEF/EMM/RH/CPM modifiant l'instruction n° 1/DEF/EMM/RH/CPM du 15 juin 2004 relative aux uniformes et tenues dans la marine du 23 juin 2006: « de l'état de militaire découle l'obligation pour le personnel de faire preuve quotidiennement d'une rigueur formelle adaptée. En outre, les nécessités de l'hygiène, de la sécurité et du port des effets et équipements spéciaux impliquent de fixer des limites à la longueur des cheveux, au port de la barbe et/ou de la moustache, des bijoux et autres ornements corporels. » ; v. également l'instruction n° 201710/DEF/SGA/DFP/FM/1 d'application du décret relatif à la discipline générale militaire, du 4 novembre 2005 : « Les nécessités de l'hygiène, de la sécurité et du port des effets et équipements spéciaux impliquent de fixer des limites à la longueur des cheveux. (...) »

¹⁴⁵ CA Paris 7 janvier 1998, n° 86-34010.

¹⁴⁶ CA Rennes 6 septembre 2005, n° 04-00583.

où son apparence crée pour l'entreprise un risque économique non négligeable, certains clients refusant d'être en contact avec le salarié¹⁴⁷.

- En matière d'emploi public, une tenue négligée et le fait de se faire raser les cheveux en épargnant une mèche frontale et une touffe de cheveux dans la nuque ont également été jugés incompatibles avec les fonctions d'autorité exercées par les agents forestiers, agents assermentés habilités à constater certaines infractions, en contact permanent avec les exploitants forestiers et tenus au port de l'uniforme en application d'un statut particulier. Le tribunal administratif a ainsi considéré que la mesure de mise à disposition d'office constitutive d'une mutation d'office était justifiée¹⁴⁸.

Ces deux dernières jurisprudences sont néanmoins très anciennes et les juges n'apprécieraient probablement pas les faits de la même manière s'ils devaient statuer aujourd'hui.

C'est également en ce sens que sont entendues les dispositions applicables aux sapeurs-pompiers (« les coupes et couleurs de cheveux (...) doivent être compatibles avec l'exercice de leurs fonctions et ne doivent pas attenter à la discrétion ainsi qu'au devoir de réserve du porteur de la tenue »)¹⁴⁹ ou encore celles applicables au personnel de santé militaire (« sans (...) faire abstraction de la mode, le personnel militaire doit se garder de toute extravagance en matière de coiffure. Les colorations ou décolorations voyantes de la chevelure ainsi que les mèches de couleur vive et non naturelle, de même que les coiffures excentriques, sont à proscrire »)¹⁵⁰.

Cheveux longs et stéréotypes de genre

S'il paraît a priori justifié d'exiger une coiffure soignée et non négligée des personnels, surtout lorsqu'ils sont en contact avec la clientèle ou les usagers du service public, cette question peut donner lieu à discussion quand les exigences diffèrent selon les sexes notamment. Si la longueur des cheveux a pu jouer un rôle social de signe d'intégration ou de rébellion face aux normes, la signification donnée en particulier au port des cheveux longs pour les hommes varie en fonction des contextes, des époques et des civilisations. Dans de nombreuses cultures, les cheveux longs chez les hommes ont été considérés comme un signe de puissance et de virilité¹⁵¹. Le chignon était d'ailleurs couramment porté par les samourais tandis que les cheveux longs des hippies répondaient à des revendications idéologiques¹⁵². Désormais, en France tout du moins, le port de cheveux longs par les hommes, lâches ou coiffés en chignon, topknot ou catogan, figure de plus en plus dans les codes esthétiques actuels et semble correspondre à un véritable phénomène de mode.

Ont ainsi été jugés injustifiés :

- le refus de promotion d'un attaché commercial en matière de téléphonie du fait qu'il portait une queue de cheval à un poste sur les gros systèmes et qu'il refusait de se

¹⁴⁷ CA Reims 6 mars 1998, *Juris-Data* n° 04654.

¹⁴⁸ TA Amiens 3 juin 1986, *Seckel, Rec.*, p.589

¹⁴⁹ Arrêté du 8 avril 2015 fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers

¹⁵⁰ Article 1.3.13.4. de l'instruction n° 18000/DEF/DCSSA/AA/PAPS relative aux différentes tenues revêtues par le personnel militaire du service de santé des armées du 13 octobre 2015

¹⁵¹ Par ex, les peuples germaniques (Francs, Goths, Saxons, Vikings...), les Indiens d'Amérique, les Asiatiques (Chinois, Japonais, peuples turco-mongols).

¹⁵² Depuis le XIX^e siècle, la coupe courte est obligatoire pour les hommes dans l'armée. Mais la Vieille Garde sous Napoléon portait les cheveux longs en deux tresses nouées sur la nuque et poudrées de blanc/gris, attachées avec un cordonnet frappé d'une grenade d'argent ou à l'Aigle. Chaque soldat de la Vieille Garde portait, à chaque oreille, un anneau d'or de la taille d'un écu.

couper les cheveux¹⁵³. La cour d'appel a retenu que la société, qui n'alléguait aucun motif impérieux justifiant cette exigence au regard des nécessités de l'emploi, avait commis un manquement à son obligation d'exécution loyale du contrat.

- le licenciement d'un employé de supermarché du fait qu'il portait une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille, en dépit d'une clause du règlement intérieur exigeant des salariés une tenue propre et correcte¹⁵⁴.

Toutefois, il ressort de la jurisprudence tant civile qu'administrative que les différences de traitement entre les hommes et les femmes concernant le port de cheveux longs, dans des règlements intérieurs d'entreprises privées ou dans des textes de nature réglementaire en matière d'emploi public, n'ont à ce jour pas été considérées comme discriminatoires en raison du sexe.

Ainsi, l'interdiction faite aux policiers de sexe masculin de porter des cheveux longs, alors que cela est permis pour les policiers de sexe féminin à condition qu'ils soient coiffés en chignon, a été jugée justifiée en 2009 et confirmée par la cour administrative d'appel de Marseille en 2011¹⁵⁵. Selon les termes mêmes de cet arrêt de la Cour, la « différence de perception sociale de l'apparence des genres masculin et féminin, notamment en termes de figures d'autorité », constituait une différence objective de situation entre policiers des deux sexes agissant en uniforme, même s'ils exerçaient des fonctions similaires, de nature à justifier la formulation d'exigences spécifiques en ce qui concerne les soins à apporter à leur coupe de cheveux. Toutefois, la sanction d'exclusion de 12 mois dont 9 avec sursis à l'encontre d'un sous-brigadier qui continuait à porter des cheveux longs jusqu'aux épaules, malgré un blâme et des mises en garde réitérées, a été jugée excessive¹⁵⁶.

Par ailleurs, le conseil de prud'hommes de Bobigny a également considéré qu'en se bornant à se conformer à l'usage généralement admis à une époque donnée concernant une différence de coiffure entre les hommes et les femmes permettant, par exemple, aux femmes d'avoir des cheveux longs et non aux hommes, n'était pas non plus discriminatoire à raison du sexe¹⁵⁷.

Compte tenu de l'évolution de la société, cette approche des juges du fond correspond à des codes datés et pourrait donc être remise en cause à l'avenir :

- D'une part, elle s'appuie sur un « numéro d'équilibrisme consistant à faire d'une 'perception sociale' (appréciée en toute subjectivité) une condition 'objective' justifiant une différence de traitement »¹⁵⁸. Or, ceci paraît contestable au regard de l'économie du droit de la non-discrimination d'autant plus que « seules des considérations très fortes peuvent permettre de justifier des différences de traitement en raison du sexe »¹⁵⁹.
- D'autre part, dans les deux affaires précitées, le CPH de Bobigny et la CAA de Marseille prennent le soin de préciser que leurs décisions se justifient à la lumière de la société et de l'époque actuelles. Elles n'ont donc pas vocation à être figées dans le temps et peuvent évoluer.

¹⁵³ CA Rennes 12 octobre 2011, n° Jurisdata 2011-030066.

¹⁵⁴ CA Versailles 8 juillet 1994, n° 93-6638.

¹⁵⁵ CAA Marseille, 27 janv. 2009, n° 06MA03390 et n° 06MA03389 et CAA de Marseille du 29 novembre 2011, n° 11MA00838

¹⁵⁶ CE 11 février 2011 N° 326604 et CAA de Marseille du 29 novembre 2011, n° 11MA00838

¹⁵⁷ CPH Bobigny 16 juin 2014 *Traoré c/ Air France*, n°12/00262

¹⁵⁸ Olivier Guillaumont, « Quelle coupe de cheveux pour les policiers de sexe masculin ? », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n° 27, 29 Juin 2009, 2161

¹⁵⁹ CEDH, G.C. 22 mars 2012, *Konstantin Markin c. Russie*, Req. n° 30078/06

Enfin, la Cour de cassation a jugé discriminatoire le licenciement d'un serveur au motif que son « statut au service de la clientèle ne permettait pas [à son employeur] de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme qu'[il est] ». La haute juridiction a jugé que le licenciement avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe. Or, l'employeur ne justifiait pas sa décision de lui imposer d'enlever ses boucles d'oreilles par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination¹⁶⁰. *Mutatis mutandis*, l'autorisation ou non de certaines coiffures en fonction du sexe ou de l'identité et expression de genre devrait donc être analysée au cas par cas en fonction des professions et au regard des normes de présentation actuelles sans renforcer des stéréotypes de genre (des présentations différenciées s'appuyant sur des stéréotypes de genre).

Compte tenu de ce qui précède, le Défenseur des droits considère qu'a priori, les différences de traitement sur la base de l'appartenance à un sexe donné s'agissant des règles de présentation et de coiffure figurant dans les règlements intérieurs et autres mesures réglementaires¹⁶¹ sont discriminatoires. L'égalité des sexes étant un droit fondamental, ces différences ne pourraient être admises que de manière exceptionnelle et dans des circonstances particulières où l'employeur aura justifié qu'elles poursuivent un objectif légitime et qu'elles sont nécessaires, appropriées et proportionnées.

Cheveu texturé (afro, tresses etc) et discrimination fondée sur l'origine

L'expression générique « cheveu texturé » désigne le cheveu afro-antillais, bouclé, frisé ou crépu, porté lâche ou coiffé en tresses, twists, dreadlocks ou autre.

Historiquement, le cheveu texturé fait l'objet d'une représentation négative qui trouve ses origines au XVI^e siècle lors de la mise en esclavage des Africains et de la Traite négrière transatlantique¹⁶². Les esclavagistes considéraient le corps noir et le cheveu texturé comme devant être « civilisés ». Aujourd'hui encore, le cheveu texturé peut être stigmatisant¹⁶³ car toujours confronté à des stéréotypes le considérant comme « peu professionnel »¹⁶⁴. Ainsi, certains employeurs exigent qu'il soit « discipliné ». De nombreuses femmes adoptent des stratégies de camouflage (port de postiches, perruques, mouchoirs de tête etc) ou se voient contraintes de lisser leurs cheveux¹⁶⁵. Une étude révèle qu'aux États-Unis, une femme noire sur cinq se sent obligée de lisser ses cheveux dans le cadre professionnel¹⁶⁶.

Ces exigences sont différentes de celles qui peuvent paraître légitimes et qui sont liées à une apparence soignée (particulièrement en cas de contact avec la clientèle ou les usagers) ou aux règles d'hygiène et de sécurité dans certains secteurs (ex : cheveux attachés ou couverts dans l'industrie alimentaire ou les métiers de bouche). Aujourd'hui, dans de nombreux pays, y compris en France, des personnes noires dénoncent le racisme qui s'exprime à travers le traitement de leurs cheveux¹⁶⁷.

¹⁶⁰ Cass. Soc. 11 octobre 2012, N° 10-28213

¹⁶¹ V. la circulaire n°DGN/Cab/N18-00164D du 12 janvier 2018 du Directeur général de la police nationale, l'instruction n° 18000/DEF/DCSSA/AA/PAPS relative aux différentes tenues revêtues par le personnel militaire du service de santé des armées du 13 octobre 2015, l'instruction n° 201710/DEF/SGA/DFP/FM/1 d'application du décret relatif à la discipline générale militaire, du 4 novembre 2005, le règlement intérieur de l'École nationale d'administration pénitentiaire du 1^{er} mars 2017 qui opèrent des distinctions concernant les coiffures des hommes et des femmes.

¹⁶² Juliette Sméralda, « Le modèle de beauté qu'on vend aux femmes du continent n'est pas africain », Jeune Afrique, 6 novembre 2014, <http://www.jeuneafrique.com/41020/societe/juliette-smeralda-le-mod-le-de-beaut-qu-on-vend-aux-femmes-du-continent-n-est-pas-africain/>

¹⁶³ V. par ex, <https://www.lci.fr/societe/tu-ressembles-a-un-ours-noires-et-metisses-elles-sont-discriminees-a-cause-de-leurs-cheveux-1508293.html>; <https://metro.co.uk/2018/07/08/ive-learned-to-embrace-my-afro-with-confidence-but-employers-are-still-discriminating-against-black-hair-7689886/>; <https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/ballah-zara-discrimination-hairstyle-1.3527977>

¹⁶⁴ The Perception Institute, The « Good Hair » Study : Explicit and Implicit Attitudes Toward Black Women's Hair, fév. 2017

¹⁶⁵ Voir le documentaire « Ouvrir la voix » d'A. Gay ; https://www.youtube.com/watch?v=NaHib_Pf_CU

¹⁶⁶ The Perception Institute, *opt. cit.*

¹⁶⁷ En 2011, une affiche publicitaire réalisée par NIVEA représentant un homme noir au crâne rasé, s'apprêtant à lancer au loin la tête d'un homme noir arborant une coupe afro et surmontée d'un slogan « Recivilisez-vous » a déclenché une vive controverse <https://media.nouvelobs.com/ext/uri/ureferentiel.nouvelobs.com/file/15999985.jpg> ; en novembre 2017, une actrice mexico-kenyane a

L'Equal Employment Opportunity Commission (EEOC)¹⁶⁸, l'homologue américain du Défenseur des droits en matière de lutte contre les discriminations dans l'emploi, a élaboré un code de conduite en 2006 selon lequel l'interdiction du port de tresses ou de dreadlocks est discriminatoire en raison de la race¹⁶⁹. Selon l'EEOC, l'appartenance à une race inclut non seulement la texture du cheveu mais également le style de coiffure qui est physiquement ou culturellement lié à la texture capillaire des personnes noires¹⁷⁰. Il ressort également de la jurisprudence de divers tribunaux américains fédéraux que la politique d'un employeur interdisant les coiffures afro, issues de la croissance naturelle des cheveux, constituerait une discrimination raciale¹⁷¹.

Le 3 juillet 2019, la Californie est devenue le premier État américain à interdire toute « discrimination raciale fondée sur les cheveux » en promulguant une loi autorisant le port de la coupe afro, des tresses ou des dreadlocks à l'école ou sur le lieu de travail. L'Etat de New York lui a emboîté le pas le 12 juillet 2019. Cette nouvelle loi précise que « les traits historiquement associés à la race, notamment la texture des cheveux et les coiffures protectrices » sont couverts par la loi interdisant les discriminations raciales. Ce faisant, elle consolide les directives introduites en février dernier par la Commission des droits de l'homme de New York, interdisant aux employeurs de la ville de New York de limiter ou d'interdire le port de coiffures habituellement associées aux personnes noires (coupe afro, tresses, twists et dreadlocks), ou d'imposer une modification de la nature du cheveu (lissage, défrisage...).

Dans le domaine de l'éducation, la High Court britannique a jugé qu'un collégien afro-caribéen portant des tresses avait été indirectement discriminé à raison de son origine ethnique faute d'avoir respecté le règlement intérieur de son école imposant des coupes de cheveux courtes au niveau de la nuque et sur les côtés. Le juge anglais a relevé que les coutumes sociales et familiales pouvaient être englobées comme faisant partie de l'origine ethnique¹⁷².

Au-delà de la qualification de discrimination, l'injonction faite aux salariés d'altérer la nature de leurs cheveux est également susceptible de porter atteinte au bien-être moral et physique de la personne. L'usage répété de produits lissants peut engendrer des brûlures du cuir chevelu et lésions¹⁷³, le port prolongé d'extension ou tissages peuvent causer une alopecie de traction¹⁷⁴. Ainsi, au regard de l'obligation de sécurité de l'employeur, l'altération de la nature du cheveu texturé ne devrait pas pouvoir être exigée par l'employeur.

La HALDE, à laquelle le Défenseur des droits a succédé, s'était déjà prononcée à ce sujet dans sa délibération n° 2011-16 du 4 avril 2011¹⁷⁵ concernant une procédure disciplinaire à l'encontre d'un membre du personnel navigant d'une compagnie aérienne au motif qu'il

dénoncé la version britannique de Grazia, qui a retouché sa photographie pour faire disparaître ses cheveux crépus de la couverture, pour selon l'actrice « les conformer à une vision eurocentrée de la beauté » ; https://twitter.com/Lupita_Nyongo/status/928815665862942720 ; voir également le documentaire d'Amandine GAY précité, le court-métrage de Josza ANJEMBE, *Le bleu blanc rouge de mes cheveux*, réalisé en 2016 ; v. également https://www.lemonde.fr/big-browser/article/2017/11/17/une-coupe-de-cheveux-declenche-un-tolle-sur-twitter_5216565_4832693.html

¹⁶⁸ L'agence américaine pour l'égalité des chances dans l'emploi

(¹⁶⁹) EEOC, "Race and Color Discrimination." The Manual Section provides guidance on analyzing charges of race and color discrimination under Title VII of the Civil Rights Act of 1964, 19 April 2006, https://www.eeoc.gov/policy/docs/race-color.html#N_154

¹⁷⁰ EEOC Dec. No. 71-2444, 1971 WL 3898, 4 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 18 (1971) et EEOC Dec. No. 72-979, 1972 WL 3999, 4 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 840 (1972) V. aussi <https://www.eeoc.gov/eeoc/litigation/briefs/catastrophe.htm>

¹⁷¹ *Rogers v. American Airlines*, 527 F. Supp. 229, 232-34 (S.D.N.Y. 1981) <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/527/229/2369655/> affaire jugée par la cour fédérale du district Sud de l'Etat de New York au sujet de l'interdiction des tresses par American Airlines (ce code ayant toutefois été modifiée dans les années 90) ; voir toutefois au sujet des dreadlocks, *EEOC v. Catastrophe Management Solutions*, No. 14-13482 (11th Cir. Sept. 15, 2016)

¹⁷² V. l'affaire *G v St Gregory's Catholic School* (2011) ; V. toutefois, le refus du tribunal d'appel de qualifier le mode de vie rastafarien, caractérisé extérieurement par le port de cheveux en dreadlocks, comme un groupe ethnique ; *Dawkins v/ Department of Environment*, [1991], ICR, 584 ; cité par S. Fredman, *Discrimination Law* : Oxford, Oxford University Press, 2002, spécialement p. 71-72

¹⁷³ Lauren A. Wise, Julie R. Palmer, David Reich, Yvette C. Cozier, and Lynn Rosenberg, « Hair Relaxer Use and Risk of Uterine Leiomyomata in African-American Women », *American Journal of Epidemiology*, Vol. 175, n° 5, 2012, pp.432-440

¹⁷⁴ Venessa Simpson, « What's Going on Hair?: Untangling Societal Misperceptions That Stop Braids, Twists, and Dreads From Receiving Deserved Title VII Protection », *Southwestern Law Review*, Vol.47, n°1, 2017, pp.265-289

¹⁷⁵ V. en ce sens la délibération de la HALDE n° 2011-16 du 4 avril 2011 ; *contra* CPH Bobigny 10 juin 2014, *Traoré c/ Air France*, n°12/00262

portait des tresses collées. Elle avait relevé que les photos figurant en illustration dans le guide des procédures représentaient des hommes ayant les mêmes caractéristiques physiques (blancs - cheveux lisses) et se référaient donc à un modèle stéréotypé de représentation masculine sans prendre en considération la diversité physique des personnes susceptibles d'exercer cette fonction, à l'image du réclamant. La HALDE avait également reproché à l'employeur de n'avoir pas démontré en quoi la coiffure du réclamant portait un préjudice à l'image de marque de la compagnie. Elle avait recommandé à la compagnie aérienne de réexaminer les normes de présentation imposées au personnel en contact avec la clientèle et de se rapprocher du réclamant afin de trouver une solution conforme au principe de non-discrimination en raison de l'apparence physique.

Selon le Défenseur des droits, des restrictions concernant la coiffure du cheveu texturé ou des exigences de coiffure obéissant à des normes euro-centrées sont susceptibles de caractériser des discriminations fondées sur l'apparence physique rapportée à l'origine ethnique.

Annexe 4 : Barbes

La barbe est un attribut masculin qui prend, selon les époques et les continents, une signification différente. Elle est tantôt symbole de noblesse, de pouvoir, de sagesse, de virilité, tantôt un signe de bestialité, d'animalité et de barbarie¹⁷⁶. Ainsi, le poil a été et n'a cessé d'être « un marqueur de comportement, un signe politique, un indice social, éthique et religieux »¹⁷⁷. Le fait d'être mal rasé pouvait, à certaines époques, être perçu comme un marqueur de manque d'hygiène et de soin dans le cadre professionnel.

Ces dix dernières années, la barbe est toutefois devenue un véritable phénomène de mode notamment en France alors que les décennies précédentes, elle était un attribut des seniors. A la faveur du mouvement *Movember* initié en Australie¹⁷⁸, le port de la barbe est revenu en force d'abord celle de 3 jours pour arriver aujourd'hui à celle du « hipster ».

Selon un sondage réalisé par Opinionway pour la marque de rasoir Bic en 2018¹⁷⁹, 92% des hommes de 25-34 ans et 78% des hommes de moins de 35 ans portent désormais une barbe. Les plus de 35 ans porteraient la barbe à 47% contre 40% pour les hommes de plus de 60 ans.

Cette évolution a conduit à une révision des codes professionnels. Tel est le cas de la police qui a récemment revu sa réglementation¹⁸⁰. Interdit depuis 1974¹⁸¹, le port de la barbe par les policiers était toléré en fonction des chefs de service pour être finalement autorisé en juin 2015, à la suite d'une forte demande du terrain et de deux ans de négociations avec les syndicats¹⁸². La circulaire n°DGP/Cab/N18-00164D du 12 janvier 2018 du Directeur général de la police nationale précise désormais que « les moustaches ou la barbe doivent demeurer courtes, soignées et entretenues, sans fantaisie, compatibles avec le port des coiffes de service. (...) ». Il s'agit ainsi d'adapter la police aux évolutions de la société tout en gardant une présentation correcte.

L'interdiction des discriminations fondées sur l'apparence physique devrait permettre de protéger les hommes contre une interdiction de porter la barbe dans le cadre professionnel, public ou privé. Ce principe n'est toutefois pas absolu et des restrictions peuvent être posées si elles sont liées à l'hygiène, à la santé et à la sécurité et, dans le secteur public, à la conciliation avec les devoirs de réserve, de neutralité et l'obligation de dignité de tout agent public.

¹⁷⁶ Par ex, les Assyriens et les Perses utilisaient la barbe pour différencier les classes sociales, la barbe n'étant portée que par les nobles. Dans l'Égypte antique, elle est un attribut du pouvoir des pharaons qui sont les seuls à la porter sous forme de postiche. Elle était le symbole de la sagesse et de la virilité dans la Grèce antique. Les Dieux de l'Olympe, les héros comme Hercule, les philosophes ou encore les souverains portaient la barbe alors que les esclaves étaient rasés pour stigmatiser leur indignité. Les Romains, par opposition aux barbares, et aux Gaulois se rasaient pour marquer le fait qu'ils étaient "civilisés". La barbe sera plus tard interdite en Europe du XIII^e au XV^e siècle. La Russie de Pierre le Grand institua même un impôt sur la barbe au XVIII^e siècle. En Angleterre, la Reine Élisabeth I soumit aussi son port à une taxe spéciale, réservant ainsi le privilège de la barbe à la noblesse. Pour un aperçu historique, v. Samir HAMMAL, « Le pouvoir du poil en politique », *L'Express*, 12 janvier 2014

¹⁷⁷ Joël Cornette & Marie-France Auzépy, *Histoire du poil*, Poche, 2017

¹⁷⁸ Il s'agissait pour les hommes de se laisser pousser la moustache en novembre dans le but de sensibiliser l'opinion publique à la question des maladies masculines telles que le cancer de la prostate. Il s'agissait de « changer le visage de la santé au masculin ». Rapidement, la moustache a été remplacée par la barbe jugée plus moderne.

¹⁷⁹ Opinion Way, « Barbe : toujours au poil ? », Juin 2018, <https://www.opinion-way.com/fr/component/edocman/opinionway-pour-bic-shave-club-les-francais-et-les-pratiques-de-rasage-juin-2018/viewdocument.html?Itemid=0>

¹⁸⁰ « Barbe, tatouages, piercings... La police nationale autorise officiellement les looks moins barbants », 13 janvier 2018 ; https://www.francetvinfo.fr/societe/barbe-tatouages-et-piercings-la-police-nationale-diffuse-ses-consignes_2559745.html

¹⁸¹ « Les fonctionnaires soumis au présent règlement doivent veiller à ce que la coupe de leurs cheveux demeure soignée et compatible avec le port de coiffures de service. Le cas échéant, il en est de même pour les moustaches qui doivent être soigneusement entretenues. Le port de la barbe est interdit, sauf autorisation spéciale du directeur compétent » (art. 11 du règlement intérieur d'emploi des gradés et gardiens de la police nationale du 7 mai 1974)

¹⁸² Les policiers ont enfin le droit d'être barbus et tatoués, 9 juillet 2015, https://www.francetvinfo.fr/societe/les-policiers-ont-enfin-le-droit-d-etre-barbus-et-tatoues_990855.html; Clarisse JOSSELINE, « Les policiers peuvent désormais porter la barbe, si elle est bien taillée », 8 juillet 2015, <https://www.force-ouvriere.fr/les-policiers-peuvent-dormais-porter-la-barbe-si-elle-est-bien?lang=fr>

Le principe de compatibilité de la barbe avec l'obligation de dignité des fonctionnaires et des agents publics et l'image de marque

Par principe, rien ne permet d'établir que l'absence de rasage, pratique, voire phénomène de mode courant depuis quelques années, soit de nature à porter atteinte à l'image de marque d'une entreprise privée¹⁸³. Il est en principe abusif d'exiger des salariés qu'ils se rasent la barbe.

Ont ainsi été jugés illégaux les licenciements :

- d'un employé de supermarché respectant les prescriptions vestimentaires mais portant une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille alors que le règlement intérieur exige des salariés simplement une tenue propre et correcte¹⁸⁴;
- d'un salarié d'origine maghrébine, réceptionniste veilleur de nuit dans un hôtel, fondé sur le port d'une barbe¹⁸⁵ ;
- d'un conducteur de car fondé sur son refus de raser son bouc, cette forme n'étant pas la marque d'une présentation peu soignée¹⁸⁶.

De même, le refus pour une agence d'intérim de recruter un agent aéroportuaire portant une barbe est susceptible d'être discriminatoire à raison de l'apparence physique dans la mesure où l'employeur ne parvient pas à justifier sa décision par des éléments objectifs (à savoir le prétendu moindre niveau d'anglais de la victime dont il apparaît qu'il est en fait supérieur à celui d'autres personnes embauchées)¹⁸⁷.

De la même manière que pour l'emploi privé, le port d'une barbe soignée ne devrait pas être incompatible avec l'exercice des fonctions d'un fonctionnaire ou d'un agent public. On ne voit pas en quoi elle dénaturerait ou compromettrait la relation de l'agent avec les usagers.

Toutefois, l'administration peut exiger de ses agents une présentation correcte, ni choquante ni provocante, notamment lorsque l'agent est en contact direct avec les usagers. Elle doit néanmoins évaluer son approche au regard de l'évolution des mœurs, des modes et de la société et le cas échéant, sanctionner toute infraction de manière appropriée et proportionnée.

Les restrictions admises :

- **Le caractère soigné et entretenu des barbes**

Il a été jugé que des remarques non vexatoires rappelant une exigence de présentation soignée dans un métier commercial sont justifiées par des éléments objectifs¹⁸⁸. De même dans la fonction publique, divers textes applicables notamment aux policiers, aux militaires ou aux sapeurs-pompiers rappellent que la barbe ou la moustache doivent être soignées et entretenues.

L'apparence physique d'un soignant mal rasé a également pu être entendue comme ne participant pas à l'image de « la plus grande propreté corporelle » requise par le règlement intérieur d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes¹⁸⁹. Elle peut

¹⁸³ CA Paris 24 janvier 2013 n° 11/04162

¹⁸⁴ CA Versailles, 8 juillet 1994, n° 93-6638.

¹⁸⁵ CA Orléans, 21 juin 2007, n° 06/01917

¹⁸⁶ CA Paris, 5 mars 2004, n° 02-32907.

¹⁸⁷ Décision du DDD n° MLD-2013-21 du 22 mars 2013 ; *contra* Tribunal correctionnel de Bobigny 21 novembre 2013 qui estime notamment que la responsabilité personnelle de l'agence d'intérim ne peut être engagée et que l'élément intentionnel n'est pas rapporté en l'espèce malgré la reconnaissance du caractère fallacieux et erroné des motifs allégués mais n'excluant pas le simple défaut d'organisation de la société quant à la gestion des intérimaires.

¹⁸⁸ CA Orléans, 21 juin 2012 n° 486/12, 11/01875

¹⁸⁹ CA Versailles 31 août 2011 n° 10/03526

donc conduire à justifier en partie une procédure de licenciement fondée sur un ensemble de griefs liés au comportement fautif d'un salarié¹⁹⁰.

En 2019, le Défenseur des droits a rejeté la réclamation d'un candidat à un poste d'animateur de vente de téléphonie mobile en contact avec la clientèle au motif que l'employeur exigeait qu'il taille sa barbe afin de se conformer à l'image de marque de la société. Lors de son enquête, l'employeur avait justifié que certains de ses salariés portaient des barbes taillées et entretenues alors que le réclamant s'était présenté avec une barbe imposante et non taillée et portait une tenue décontractée ne correspondant pas aux exigences de présentation soignée requises par l'image de marque au poste convoité.

- **les exigences de sécurité**

Est justifié le licenciement d'un salarié travaillant dans une société de démantèlement et de logistique nucléaire qui refuse de raser sa barbe au mépris de consignes de sécurité dument justifiées et proportionnées¹⁹¹. En l'espèce, le salarié intervenant sur des installations nucléaires de base et sous rayonnements ionisants, était comme tel soumis au strict respect de normes de sécurité imposées par l'Autorité de sûreté nucléaire et fixées dans son contrat de travail ainsi que le règlement intérieur. Ces consignes de sécurité avaient été régulièrement portées à la connaissance du salarié au moment de son embauche et rappelées lors des entretiens informels accordés au salarié avant la rupture de son contrat. Selon ces règles, le salarié devait porter un masque sous peine d'être exposé à des rayonnements lors de son travail dans une centrale nucléaire. Le port d'une barbe était incompatible avec cette consigne car elle compromettrait, tout comme les favoris ou les branches de lunettes, l'étanchéité du masque de sécurité. L'employeur avait d'ailleurs démontré qu'il était en outre dans l'impossibilité d'adapter les équipements de santé sans risquer une exposition du salarié à des rayons nocifs.

De même, est justifié et non discriminatoire le licenciement d'un agent administratif chargé de l'entretien d'une piscine municipale qui refuse de couper sa barbe alors que son port était incompatible avec celui d'un masque de protection respiratoire¹⁹².

Divers textes réglementant certaines professions mentionnent également des contraintes de sécurité pour limiter ou interdire le port de la barbe en lien avec le port de certains équipements. Afin d'assurer leur compatibilité avec le principe de non-discrimination fondé sur l'apparence physique, ces diverses mesures d'interdiction doivent néanmoins être dument justifiées et proportionnées au regard de la nature de l'activité ou des conditions de l'exercice professionnel.

- S'agissant des policiers, « afin de respecter les exigences de sécurité et la nécessaire étanchéité du matériel prescrite par le fabricant, le port de la barbe ou des favoris ne pourra pas être autorisé lors de l'utilisation des équipements spéciaux de la tenue NRBC [nucléaire, radiologique, biologique et chimique] à l'exception des entraînements et exercices » (circulaire n°DGPN/Cab/N18-00164D du 12 janvier 2018 du Directeur général de la police nationale)
- S'agissant des compagnies républicaines de sécurité, compte tenu des exigences de la sécurité et du port des équipements spéciaux, le port de la barbe est « interdit sauf autorisation spéciale du chef du Service Central des CRS » (art. 90 du règlement intérieur).

¹⁹⁰ CAA Versailles 19 décembre 2017, n° 15VE03582

¹⁹¹ CA Nîmes 21 juin 2016 n° 14/04558

¹⁹² CAA Versailles 19 févr. 2008, n° 06VE02005

- S'agissant des sapeurs-pompiers, « Pour des raisons d'hygiène et de sécurité : (...) le rasage est impératif pour la prise de service ; dans le cas particulier du port de la barbe ou de la moustache, celles-ci doivent être bien taillées et permettre une efficacité optimale du port des masques de protection » (art. 8 de l'arrêté du 8 avril 2015, fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers)¹⁹³.
- S'agissant des militaires, le port de la barbe est « soumis aux exigences de l'hygiène, de la sécurité et du port des effets et équipements spéciaux » (article D4137-2 du Code de la Défense)¹⁹⁴.
- Enfin, s'agissant du personnel pénitentiaire, « la longueur et l'épaisseur de la barbe doivent permettre les apprentissages liés au port du matériel ARI [appareil respiratoire isolant] » (art. 26.7 du règlement intérieur de l'Ecole nationale d'administration pénitentiaire du 1er mars 2017).

Barbe et expression religieuse

La barbe peut, dans certaines circonstances, être analysée comme un signe religieux si elle constitue la manifestation sincère de la foi de celui qui la porte¹⁹⁵. La liberté de porter la barbe est protégée non seulement par le droit de la non-discrimination fondé sur l'apparence physique mais également celui fondé sur les convictions religieuses.

Quatre agents de sécurité de l'aéroport d'Orly, musulmans pratiquants, ont contesté leur licenciement pour faute grave pour avoir refusé de raccourcir leur barbe, après les attentats du 13 novembre 2015. Ils détenaient un agrément délivré par le préfet et par le procureur pour travailler en « zone réservée. Pour justifier leur licenciement, leur employeur invoquait la méconnaissance du « code référentiel » de l'entreprise exigeant que « les boucs, les moustaches et les barbes doivent être courts, taillés, soignés et entretenus ». A la connaissance du Défenseur des droits, l'affaire est actuellement pendante devant le juge départiteur, le conseil de prud'hommes de Bobigny ayant décidé de lui confier l'affaire en janvier 2018¹⁹⁶.

A toutefois déjà été jugé discriminatoire le licenciement fondé sur le port d'une barbe perçue comme de nature religieuse d'un consultant sûreté exerçant des fonctions de défense et de sécurité au profit d'organismes publics et privés à l'étranger¹⁹⁷. En l'occurrence, le salarié avait refusé une mission au Yémen au motif de menaces de mort. Or, l'employeur estimait qu'il ne pouvait pas le réaffecter sur une autre mission, dès lors que sa « barbe, taillée d'une manière volontairement très signifiante aux doubles plans religieux et politique, ne pouvait être comprise que comme une provocation par le client, susceptible de compromettre la sécurité de son équipe ». La cour d'appel saisie de l'affaire a sanctionné ce licenciement car l'employeur :

- n'avait produit aucun règlement intérieur ni aucune note de service précisant la nature des restrictions nécessaires en raison des impératifs de sécurité invoqués;
- ne précisait ni la justification objective de cette appréciation, ni quelle façon de tailler la barbe aurait été admissible au regard des impératifs de sécurité invoqués et

¹⁹³ Par mesure de sécurité, de nombreux services départementaux d'incendie et de secours (SDIS) se sont toutefois récemment prononcés en faveur de l'interdiction pure et simple du port de la barbe (Seine-et-Marne, Oise, Rhône, Vaucluse, Côte d'Or), au motif qu'elle empêcherait une bonne étanchéité avec le masque de protection des sapeurs-pompiers.

¹⁹⁴ V. article 1.3.13.4. de l'instruction n° 18000/DEF/DCSSA/AA/PAPS relative aux différentes tenues revêtues par le personnel militaire du service de santé des armées ; instruction n° 362/DEF/EMM/RH/CPM modifiant l'instruction n° 1/DEF/EMM/RH/CPM du 15 juin 2004 relative aux uniformes et tenues dans la marine du 23 juin 2006 ; instruction n° 201710/DEF/SGA/DFP/FM/1 d'application du décret relatif à la discipline générale militaire, du 4 novembre 2005

¹⁹⁵ CAA Versailles, 21e chambre, 27 Septembre 2018 – n° 17/02375

¹⁹⁶ « Affaire des employés barbus de Securitas: les prud'hommes n'ont pas tranché », *L'Express*, 11 janvier 2018

¹⁹⁷ CA Versailles 27 septembre 2018, n° 17/02375

- ne justifiait pas davantage le type d'exigences provenant de ses clients¹⁹⁸.

A l'inverse, dans l'emploi public, où le principe de neutralité s'applique, la confusion possible entre barbe et signe religieux peut constituer une faute de nature disciplinaire justifiant l'adoption d'une sanction. Toutefois, « le port d'une barbe, même longue, ne saurait à lui seul constituer un signe d'appartenance religieuse en dehors d'éléments justifiant qu'il représente effectivement, dans les circonstances propres à l'espèce, la manifestation d'une revendication ou d'une appartenance religieuse »¹⁹⁹. On ne saurait donc présumer une violation du principe de neutralité du simple port de la barbe par un agent public.

La résiliation du stage dans la fonction publique hospitalière d'un médecin égyptien en raison de son refus de tailler sa barbe particulièrement imposante et perçue comme la manifestation ostentatoire d'une appartenance religieuse a ainsi été considérée comme non disproportionnée²⁰⁰. Il n'était pas nécessaire que cette manifestation soit accompagnée d'un acte de prosélytisme ni de réaction négatives des usagers. En l'occurrence, la cour a estimé que « l'environnement multiculturel de l'établissement rendait l'application des principes de neutralité et de laïcité du service public d'autant plus importante ». Cet arrêt a toutefois été largement critiqué par la doctrine²⁰¹ et fait actuellement l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat.

¹⁹⁸ L'entreprise aux prises avec le fait religieux : l'ombre de la discrimination, Cabinet Geoffrey Barthélémy Cennamo, <https://www.boursorama.com/actualite-economique/actualites/l-entreprise-aux-prises-avec-le-fait-religieux-l-ombre-de-la-discrimination-83142257b1164b21aaead13c96086e2>

¹⁹⁹ CAA Versailles 19 décembre 2017, n° 15VE03582

²⁰⁰ *Ibidem*

²⁰¹ V. par exemple, « La barbe d'un praticien hospitalier peut-elle être qualifiée de signe religieux ? », Note sous arrêt par Samuel Etoa, *La Semaine Juridique, Edition Générale* n° 7, 12 Février 2018, 188 ; M. Touzeil-Divina, « Barbus s'abstenir ! L'ordre moral est de retour à la CAA de Versailles », *JCP A*, 2018, act. 68.

Définitions

Tatouage (signe visible inscrit à même la peau grâce à l'injection d'une matière colorée dans le derme) et piercing (percement de la peau pour y poser un bijou, un anneau, une petite barre, etc.)²⁰² sont aujourd'hui devenus « des mises en récit de soi à travers la peau »²⁰³.

Aperçu historique

Historiquement, le corps était conçu comme inaltérable et les modifications corporelles étaient proscrites par diverses religions. Elles permettaient plutôt de stigmatiser certaines catégories de populations²⁰⁴. Le tatouage a ainsi longtemps été associé à la criminalité et au milieu carcéral, ou encore à certaines communautés perçues comme tribales, dissidentes ou marginales²⁰⁵. « Avant les années 1980, le tatouage est perçu comme un signe distinctif des marginaux qui affichent leur volonté de rupture avec les codes de la respectabilité. (...) Depuis cette période, nous sommes passés d'une pratique à l'honneur dans les contre cultures ou les sous-cultures à une pratique diversifiée ou, pour le dire vite, du mouvement transgressif punk à la normalisation de la mode »²⁰⁶. Désormais, les jeunes générations se sont réappropriées ces marques corporelles qui tendent à se généraliser et à se normaliser.

Chiffres clés

Le tatouage est devenu un phénomène de masse. Un récent sondage IFOP de 2018²⁰⁷ révèle qu'en France, 18% des personnes majeures ont déjà été tatouées, contre 14% fin 2016, et 10% en 2010, avec une surreprésentation chez les jeunes de moins de 35 ans (29%). Cette tendance s'observe également au Royaume-Uni où 21% des Britanniques sont tatoués ou aux Etats-Unis où 31% des Américains le sont. Alors que dans les années 80 la France ne comptait qu'une vingtaine de salons de tatouage, il en existe aujourd'hui entre 4000 et 5000.

Un quart des actifs ont déjà porté un tatouage. Ce taux monte à 38 % chez les ouvriers, catégorie la plus représentée. Les cadres et professions libérales se situent en-dessous de la moyenne française avec 19 % de personnes tatouées. Enfin, aujourd'hui, le tatouage attire plus les femmes (20%) que les hommes (16 %).

S'agissant des piercings, il n'y a pas de statistiques récentes pour la France mais 10% des adultes en Grande-Bretagne ont au moins un piercing tandis qu'aux Etats-Unis, 16% des adultes, soit environ 48 millions de personnes, arborent au moins un piercing. 15 à 25% des collégiens aux Etats-Unis ont un piercing « non traditionnel » (c'est-à-dire qui ne se situe pas au niveau du lobe de l'oreille).

202 Il existe également d'autres techniques de modifications corporelles qui pourraient se développer à l'avenir. Ex : le stretching (élargissement du piercing pour y mettre une pièce plus volumineuse), les scarifications (cicatrices ouvragées pour dessiner un signe en creux ou en relief sur la peau avec un éventuel ajout d'encre), le cutting (inscription de figures géométriques ou de dessins à l'encre sur la peau sous forme de cicatrices ouvragées grâce au scalpel ou à d'autres instruments tranchants), le branding (cicatrice en relief dessinée sur la peau par l'application au fer rouge ou au laser d'un motif), le burning (impression sur la peau d'une brûlure délibérée, rehaussée d'encre ou de pigment), le peeling (enlever des surfaces de peau) ou les implants sous cutanés (incrustation de formes en relief sous la peau) etc.

203 D. Le Breton, Signes d'identité. Tatouages, piercings et autres marques corporelles, Ed. Métailié, Coll. Traversées, 2002, 228 p.

204 La Grèce antique marquait les esclaves en fuite repris ou les étrangers coupables de sacrilège. En France, au XIV^{ème} siècle, la lettre « M » était imprimée sur le front des mendiants professionnels incarcérés. La peau était également marquée au fer rouge pour les condamnés (fleur de lys, « GAL » pour les galériens, V pour les voleurs etc).

204 Citation de Tatiana Dailler, « La propriété de la peau », Colloque de l'université de droit de Limoges, 6 juillet 2019

205 Ex : le tribalisme, les mouvements punk, hardrock, techno, grunge, les bikers, les gays etc

206 M. Philippe LIOTARD, « Apparences concrètes et discriminations discrètes », colloque à Lille, du 16 novembre 2009, sur « L'apparence physique motif de discrimination ».

207 Sondage réalisé en ligne par l'Ifop du 9 au 20 août 2018 auprès d'un échantillon représentatif de 1.013 personnes âgées de 18 ans et plus en France, en Grande-Bretagne et aux États-Unis.

Dans un sondage réalisé sur Twitter en 2015 par *Le Figaro*, 71% des internautes disaient assumer leur tatouage dans le cadre professionnel mais 29% préféreraient le dissimuler de peur que cela ne les défavorise. En effet, lorsque le tatouage ou le piercing sont visibles, ils risquent de « modifier le rapport social »²⁰⁸.

Même si le tatouage ou le piercing ne constituent plus aujourd'hui des marqueurs sociaux anticonformistes, certains secteurs de l'emploi restent réfractaires voire hostiles à ces modalités d'expression corporelle. On observe en la matière un écart générationnel où les plus âgés restent encore imprégnés par les stéréotypes et images négatives associées à ces modifications corporelles. À l'inverse, les influenceurs, les secteurs jeunes et branchés en font parfois une marque de fabrique.

Il revient à l'employeur de définir avec précision les exigences requises en matière d'apparence corporelle. Ainsi, les formulations ambiguës visant à interdire les tatouages et piercings (ex : « être présentable, « avoir une présentation de bon goût ») ou des interdictions trop larges (ex : interdiction générale pour tous les postes en toutes circonstances) apparaissent arbitraires et subjectives et sont susceptibles d'être discriminatoires.

Tatouage et image de l'entreprise ou obligation de dignité

Les considérations générales liées à l'image de l'entreprise privée ou à l'obligation de dignité des fonctionnaires et agents publics ne permettent pas, en tant que telles, de justifier des restrictions générales et absolues en matière de tatouage et de piercing. Les employeurs privés et publics doivent dûment justifier le caractère approprié et proportionné de ces restrictions.

L'ampleur des tatouages et des piercings dans les sociétés occidentales a ainsi conduit diverses entreprises et acteurs publics à revoir leurs codes vestimentaires, la plupart du temps sous la pression :

- En 2014, une pétition comportant 25000 signatures a conduit la chaîne Starbucks à admettre les tatouages appropriés²⁰⁹.
- Les armées américaine, britannique et française²¹⁰ faisant face à des difficultés de recrutement notamment parmi les jeunes ont également décidé d'assouplir leur réglementation en admettant tatouages et piercings.
- L'administration allemande a été condamnée en 2017 pour avoir refusé de recruter un policier qui portait un tatouage représentant un lion imposant (20 X 14 cm) sur son avant-bras. La cour administrative de Düsseldorf a estimé que les tatouages ne pouvaient pas être interdits en tant que tels et que cela dépendait de ce qu'ils représentaient. Or, une tête de lion ne représentait pas un défaut absolu d'aptitude²¹¹.

La cour d'appel du Québec a jugé qu'un centre de la petite enfance exigeant d'une éducatrice de couvrir son tatouage, sans considération de ce qu'il représentait, violait son droit à la vie privée et à sa liberté d'expression²¹². Bien qu'admettant la nécessité de protéger les enfants contre des images dégradantes, la juridiction a estimé que l'employeur aurait alors dû limiter son obligation de couvrir les tatouages aux signes sexistes, racistes, incitant à la violence ou

²⁰⁸ 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* ».

²⁰⁹ Ce qui exclut en fait les tatouages sur le visage ou la gorge ou qui comportent des messages injurieux ou violents par exemple.

²¹⁰ V. l'article 1.3.13.4. de l'instruction n° 18000/DEF/DCSSA/AA/PAPS relative aux différentes tenues revêtues par le personnel militaire du service de santé des armées du 13 octobre 2015 et l'instruction N° 362/DEF/EMM/RH/CPM modifiant l'instruction n° 1/DEF/EMM/RH/CPM du 15 juin 2004 relative aux uniformes et tenues dans la marine du 23 juin 2006 selon lesquelles « les tatouages doivent être discrets et si possible non visibles ».

²¹¹ Verwaltungsgericht (VG) Düsseldorf, Beschl. v. 24.08.2017, Az. 2 L 3279/17

²¹² Cour d'appel du Québec, 12 sept. 2011, n° 2011 QCCA 1620 ; Joseph Jehl, « Québec : tatouage et liberté individuelle », *La Semaine Juridique*, Edition G. n° 40, 3 Octobre 2011, 1060

faisant la promotion de la drogue ou de l'alcool. En interdisant tout type de tatouages, l'employeur avait adopté une restriction trop large et emprunte de préjugés dans une société où le tatouage est désormais banalisé et ne peut plus être associé à la criminalité.

En 2011, la HALDE avait résolu par la voie amiable le refus d'embauche d'un candidat à un poste de vendeur dans un magasin de jouets qui avait accepté de recouvrir son tatouage afin de ne pas effrayer les enfants.

De même, en 2013, au Canada anglophone, la politique d'un hôpital exigeant de ses personnels de couvrir leurs tatouages de grande dimension n'a pas été admise au motif que les tatouages se sont banalisés. Même si certains patients peuvent avoir une première impression plus négative d'un employé tatoué que s'il n'était pas tatoué, et même si l'absence de plainte ne signifie pas qu'il n'y a pas de malaise, le lien fait par l'employeur entre cette possible perception et les objectifs de l'hôpital n'a pas permis de justifier sa politique²¹³.

Du fait de leur banalisation et de leur ampleur au XXI^{ème} siècle, les tatouages discrets et non choquants devraient donc être tolérés dans le cadre professionnel pour les personnes en contact avec la clientèle ou les usagers du service public. A priori, les postes sans contact avec la clientèle ne devraient pas être concernés par ce type de restriction.

Il est donc nécessaire pour l'ensemble des employeurs, qu'ils soient privés ou publics, de réinterroger leurs exigences à la lumière des évolutions de la société et éventuellement réviser leurs codes vestimentaires à cet égard.

Les restrictions admises

En revanche, les exigences du poste lui-même peuvent justifier des restrictions.

Le refus d'un hôte d'accueil touristique devant revêtir un costume d'époque de retirer ses piercings justifie la rupture de sa période d'essai, compte tenu du caractère anachronique de ce type d'accessoire.²¹⁴

Les tatouages comportant des images ou des messages violents ou offensants (ex : « mort aux vaches », squelettes sanguinolents), racistes, antisémites, (ex : « croix gammée »), sexistes (ex : femme nue dans une position suggestive), qui sont contraires à la morale ou à l'ordre public (ex : tatouage faisant la promotion de la consommation de stupéfiants) peuvent être interdits sur le fondement de l'obligation de santé et de sécurité exigeant d'interdire la violence, le harcèlement et la discrimination ou encore sur le trouble à l'ordre public. C'est en ce sens que doivent être entendues par exemple les réglementations applicables :

- à la police : Les tatouages portant « atteinte aux valeurs fondamentales de la nation » sont interdits²¹⁵.
- aux sapeurs-pompiers: « les tatouages apparents doivent être compatibles avec l'exercice de leurs fonctions et ne doivent pas attenter à la discrétion ainsi qu'au devoir de réserve du porteur de la tenue »²¹⁶.

Le Conseil d'Etat a également admis que soit mis un terme aux fonctions d'un surveillant pénitentiaire stagiaire engagé dans un groupuscule extrémiste revendiquant une idéologie raciste et qui en avait fait publicité notamment en arborant sur les réseaux sociaux un tatouage

²¹³ Ottawa Hospital and CUPE, Local 4000, Re, 2013 CarswellOnt 130, Mr. Lorne Slotnick Member, 14 janvier 2013

²¹⁴ CA Paris 3 avril 2008, N° 06-10076, 21e ch. B, Sabato c/ Sté Euro Disney

²¹⁵ Circulaire n° DGPN/Cab/N18-00164D du 12 janvier 2018 du Directeur général de la police nationale relative au port des tatouages, barbes et moustaches, bijoux ou accessoires ; v. également au Canada l'affaire *Fraternité des policiers et policières de Saint-Jean-sur-Richelieu* du 9 septembre 2016 où il a été jugé que la politique d'une municipalité qui exigeait de ses policiers à n'avoir qu'un seul tatouage visible et de petite dimension, qui leur interdisait les tatouages sur la nuque, derrière les oreilles, et qui exigeait l'approbation préalable de la direction avant de se faire tatouer a été déclarée contraire aux droits à la vie privée et à la liberté d'expression. http://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/05/fraternite-vs-Ville-StJean_TI_TA.pdf

²¹⁶ Article 7 de l'arrêté du 8 avril 2015, fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers

figurant un symbole nazi. Pour la haute juridiction, ceci était incompatible avec les fonctions d'agent de l'administration pénitentiaire²¹⁷.

Les tatouages visibles qui manifestent une appartenance « à une organisation politique, syndicale, confessionnelle ou associative » peuvent être interdits dans la mesure où ils contreviennent à l'obligation de neutralité et de réserve des fonctionnaires et agents publics.

Piercings et image de marque

S'agissant des piercings²¹⁸, une cour d'appel a pu juger, il y a dix ans, que, dans le contexte d'une activité de photographe d'une petite ville d'une région essentiellement rurale, dont la clientèle est présumée attachée à des valeurs traditionnelles, le fait pour l'employeur d'exiger d'une apprentie, nécessairement en contact avec les clients, qu'elle renonce à certains signes extérieurs (piercing et foulard bandeau qualifié par l'employeur de foulard islamique), susceptibles de susciter une appréciation défavorable, ne peut être considéré comme une atteinte illicite aux droits et aux libertés individuels de la salariée et encore moins comme du harcèlement moral²¹⁹.

Cependant, la tendance actuelle démontre que les juridictions sont devenues nettement plus permissives y compris concernant des postes où les salariés sont en contact avec la clientèle voire dans des métiers de représentation. Même si l'appréciation se fait au cas par cas, les juges exercent un strict contrôle afin d'apprécier si les restrictions des employeurs sont légitimes et proportionnées en matière de piercings.

Ont été jugés abusifs :

- le licenciement d'une vendeuse de meubles qui avait refusé d'ôter son piercing nasal²²⁰ ;
- le licenciement d'une hôtesse d'accueil dans un bowling portant un piercing nasal discret au motif qu'il occasionnerait des désagréments à la clientèle²²¹ ;
- 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 travail²²².
- 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 magasin²²³.
- Le licenciement d'une esthéticienne-conseillère vendeuse qui portait un piercing, l'employeur n'ayant pas justifié en quoi cette atteinte à la liberté individuelle était rendue

²¹⁷ CE 4 juillet 2018, n° 419180

²¹⁸ Les boucles d'oreilles sont traitées comme des bijoux ; v. nos développements relatifs aux tenues vestimentaires et notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 10 janvier 2012 où l'employeur, un restaurant gastronomique, fondait le licenciement d'un serveur portant des boucles d'oreilles au motif que « votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes ». La Cour a jugé que le licenciement avait pour cause l'apparence physique du salarié rapportée à son sexe, donc un motif discriminatoire.

²¹⁹ CA Besançon 9 octobre 2009 Dancoisne/ Bignossi, n° 08/01684

²²⁰ CPH Tours, sect. comm., 2 mai 2000, n° 99/0822.

²²¹ CA Metz 7 Avril 2008, N° 05/00808

²²² Cass. Soc. 23 Juin 2010, N° 08-43.866 qui casse l'arrêt de la CA de 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.

²²³ CA Aix-en-Provence 29 Novembre 2012 – n° 11/02547

nécessaire par la nature de la tâche qu'elle devait accomplir et proportionnée au but recherché²²⁴.

Piercings et restrictions en matière d'hygiène et de sécurité

En revanche, d'autres objectifs légitimes peuvent conduire les employeurs à valablement interdire ou limiter les piercings tels que les exigences d'hygiène et de sécurité. Tel est, par exemple, le cas des policiers et des CRS qui ne peuvent porter de piercings lors de leurs interventions sur le terrain.

Mais, même dans ce cas, l'employeur doit toujours être en mesure de justifier que les restrictions sont nécessaires et proportionnées²²⁵.

²²⁴ CA Paris 21 Janvier 2016, n° 15/06255

²²⁵ Par exemple, il a été jugé au Canada que l'avertissement adressé à un cuisinier du fait qu'il refusait de retirer son piercing à l'arcade sourcilière n'était pas justifié par des considérations d'hygiène ou de sécurité. Le piercing ne pouvait être enlevé que par un spécialiste à l'aide de pinces spéciales et ne risquait donc pas de tomber dans les préparations culinaires ; Aliments olympus (Canada) inc, 26 avril 2015, http://blogue.soquij.qc.ca/wp-content/uploads/2018/05/union_vs_Olympus_TI_TA_2015.pdf