



L'APPARENCE PHYSIQUE AU TRAVAIL

Mémoire de recherche présenté par Sophie LARTISIEN
Sous la direction de Madame Céline LEBORGNE-INGELEARE

Master Droit social, parcours Droit du travail

Faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales

Université de Lille

2021 - 2022

SOMMAIRE

Remerciements.....	5
Introduction.....	7
Partie 1 – L'apparence physique : une notion appropriée par le droit du travail.....	15
Chapitre 1 – La discrimination du salarié en raison de son apparence physique	17
Chapitre 2 – L'apparence physique comme liberté individuelle du salarié.....	35
Partie 2 – L'apparence physique : une notion applicable dans l'entreprise.....	51
Chapitre 1 – Les limites de cette liberté individuelle : une justification par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché	52
Chapitre 2 – L'atténuation au principe de non-discrimination : la réponse à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante	79
Conclusion.....	105

REMERCIEMENTS

Dans un premier temps, je tiens à remercier ma directrice de mémoire, Madame Céline LEBORGNE-INGELEARE, Maîtresse de Conférence HDR en droit privé à la Faculté des Sciences Politiques, Juridiques et Sociales (FSJPS) de Lille, pour ses précieux conseils et sa bienveillance.

Je remercie le Professeur Bernard BOSSU, Responsable du Master 1 Droit Social et du Master 2 Droit du travail de Lille, pour ses enseignements et son accompagnement durant ces deux années de Master, ainsi que l'ensemble des professeurs, des intervenants et de l'équipe pédagogique de la faculté, qui m'ont accompagné durant ces 5 années d'études.

J'adresse également mes remerciements à l'afpc (Association pour la Formation Professionnelle Continue) de Marquette-Lez-Lille dans laquelle j'ai eu la chance de réaliser mon contrat de professionnalisation cette année.

Enfin, j'adresse mes remerciements à ma famille, mes amies et mes proches, pour leur soutien dans la réalisation de ce mémoire et la réussite de cette année.

INTRODUCTION

Notre société, celle d'aujourd'hui mais également celle d'hier, a toujours accordé beaucoup d'importance à l'apparence physique, l'apparence extérieure, celle qui se donne à voir au premier abord, accordant davantage de crédit à une belle apparence plutôt qu'à une apparence disgracieuse. Il n'y a qu'à se référer aux différentes périodes de l'Histoire pour s'apercevoir que l'apparence physique a toujours été un vecteur catégoriel permettant de dissocier les individus les uns des autres. Le beau et le laid sont incontestablement des notions subjectives dépendant des goûts de chacun ; ce qui est beau pour l'un ne le sera pas forcément pour l'autre et *vice versa*. Malgré ce constat, chaque époque a créé ses propres idéaux physiques à atteindre en créant ses propres « *canons de beauté* ». D'ailleurs, le terme « *canon* » est dû au sculpteur grec Polyclète (IV^eme siècle), qui est le premier à avoir rédigé une règle de beauté parfaite en créant une statue dénommée *Le Canon*. Cette statue devait permettre à tous les hommes de son siècle d'avoir sous les yeux la représentation d'un corps aux proportions idéales, divines. Le moche sera par conséquent tout ce que cette statue n'est pas¹.

Nombreux sont les préjugés tenant à l'apparence physique des individus et de multiples adages tentent une mise en garde sur cette première impression. On y retrouve notamment « *l'habit ne fait pas le moine* », « *tout ce qui luit n'est pas de l'or* », de même « *les apparences sont souvent trompeuses* » ou encore « *il ne faut pas juger un livre à sa couverture* ». D'autres adages invitent à la tolérance à l'égard des personnes moins séduisantes, on y retrouve : « *tous les goûts sont dans la nature* », ou « *on trouve toujours chaussure à son pied* ». La lecture de ces proverbes semble imposer l'idée qu'il ne serait pas convenable, ni juste ou équitable de s'en tenir à l'apparence pour juger des individus. Paradoxalement, une telle défiance par rapport aux apparences confirme l'importance et la force des stéréotypes liés à l'apparence² ; à ce titre on peut y dénoncer une dictature de l'apparence. En effet, nous sommes exposés à une tyrannie de l'apparence qui ne cesse d'être entretenue à travers le temps et les époques. En Occident,

¹ Valérie AIDER, *L'apparence physique mise à nu : histoire et actualités d'une discrimination*, Respect Mag.

² J-F AMADIEU, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, éd. Odile Jacob, mars 2005

l'époque actuelle en est d'ailleurs un parfait exemple puisqu'elle a engendré une société grossophobe³ qui prône les corps sveltes et sportifs. Cette tyrannie de l'apparence est insidieuse et nous impacte dès le plus jeune âge. Le sociologue et directeur de l'Observatoire des discriminations, Jean-François AMADIEU, l'affirme, cela commence dès le berceau. Les regards qui se portent sur le nourrisson ne sont pas neutres puisqu'un bébé beau attirera les sourires alors qu'un enfant moins séduisant créera une certaine gêne chez les adultes. Mais les choses n'iront pas mieux en grandissant, le « *lookisme* » continuera ses effets.⁴ Les personnes qui ne sont pas perçues comme étant belles auront davantage de difficultés que d'autres dans plusieurs aspects de leur vie quotidienne, tels que l'accès au logement, les services dans les restaurants, l'obtention de lettre de recommandation ou de prêts bancaires, etc. Cela est d'autant plus vrai pour les personnes obèses ou simplement en léger surpoids que la société perçoit comme étant fautives et responsables de leur état.⁵

Autre constat désolant, le « *lookisme* » se manifestera également au moment de la recherche d'un emploi et au cours d'une carrière professionnelle alors que le monde du travail devrait être un espace dénué de toute partialité. Cependant, rares sont les juristes, sociologues, économistes ou psychologues qui ont vraiment prêté attention à cette question négligée, dévalorisée, ou ignorée⁶. Cette problématique est initialement peu abordée dans le cadre du travail et des politiques de gestion des ressources humaines et de la diversité au sein d'une entreprise. On note ainsi beaucoup de recherches, d'actions en justice, de dispositifs légaux et réglementaires qui se sont intéressés au handicap, au sexe... mais beaucoup moins concernant directement l'apparence physique, souvent traitée sous un autre angle. Si les mouvements sociaux ont pu battre les inégalités les plus criantes (mouvements de femmes, de lutte contre le racisme, des homosexuels, etc.), il reste encore des domaines où la discrimination demeure taboue⁷. Celle qui concerne l'apparence physique en fait manifestement partie. Pourtant, selon un sondage

³ Anais MARIOTTI KAMPER, *La beauté à travers les différents continents*, Calaméo

⁴ Lookisme, de l'anglais « *look* » (apparence) auquel l'on rajoute le suffixe à connotation péjorative « *ism* ». Le lookisme est donc une néologie entre beauté et racisme

⁵ Jabbour, Rhéa. *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme), en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*. Thèse de doctorat, droit – Université Panthéon Sorbonne, 2013.

⁶ J-F AMADIEU, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, éd. Odile Jacob, mars 2005

⁷ Les cahiers de face, Spécial apparence physique, n°1, décembre 2012, Hérault

réalisé par l'observatoire des discriminations en 2015, 82% des sondés considéraient que le look, la façon de s'habiller et de se présenter entraient en compte dans le choix entre deux candidats à compétences et qualification égales. Ce sondage présentait également le mérite de mettre en exergue une situation particulièrement alarmante : la prédominance de l'apparence physique générale (look, allure physique) sur les facteurs lourds de discrimination tels que le racisme ou l'homophobie. Ainsi, s'il s'agit d'un critère certes, moins fort que ces derniers, il n'en demeure pas moins qu'il est très courant. Dans ce sens, seulement 30% des sondés avaient été, soit victimes, soit témoins, ce qui est particulièrement alarmant. Ainsi, ce n'est pas un hasard si aujourd'hui, l'apparence physique s'installe comme le troisième critère perçu comme possiblement discriminatoire⁸. Au-delà de ces données préoccupantes datant de 2015, cela ne s'améliore pas avec le temps, les enquêtes qui ont suivi n'ont cessé de mettre en évidence la dynamique des discriminations au travail, qui révèle des attitudes liées à des préjugés ou encore des stéréotypes et des pratiques inégalitaires pour certains groupes sociaux. A ce titre, 70% des personnes victimes de discrimination dans l'emploi pensent qu'il est probable qu'elles le soient à nouveau au cours de leur carrière, et 22% ont préféré renoncer à soumettre leur candidature à une offre d'emploi alors qu'ils avaient les compétences nécessaires pour obtenir le poste.⁹

D'une manière générale, les stéréotypes accentuent le phénomène de la tyrannie de l'apparence physique. Un stéréotype consiste en une stigmatisation simpliste et réductrice d'un ensemble de personnes liées par une même caractéristique ; en outre une croyance probabiliste que l'on utilise pour catégoriser les individus. Le rapport de la professeure de droit Lida Hamilton Krieger intitulé « Stéréotypes et lutte contre les discriminations » nous permet de comprendre la place de la catégorisation mentale dans le développement psychique et son impact dans la relation professionnelle : dès l'enfance, nous apprenons à repérer et à classer les formes de notre environnement via des jeux éducatifs. Ce processus de simplification permet à l'enfant de comprendre la complexité du monde environnant et de mieux s'y repérer. Ainsi, notre tendance à catégoriser s'active dans notre perception d'autrui. En simplifiant les caractéristiques perçues,

⁸ 8ème baromètre de l'OIT, Perception des discriminations dans l'emploi, Enquête auprès des demandeurs d'emploi, janvier 2015.

⁹ 13^{ème} baromètre de l'OIT, Perception des discriminations dans l'emploi, des préjugés aux discriminations : des conséquences durables pour les individus, décembre 2020

se forme une représentation, qui va s'activer par la suite au contact d'un individu portant les mêmes similarités. C'est de cette façon que se forme un stéréotype communément partagé, en dehors de toute réalité objective et ce phénomène d'ancrage fonctionne, à longueur du temps, comme des messages subconscients. C'est donc un jugement dont il n'est pas évident de se défaire. Ainsi, lorsqu'on identifie un individu dans une certaine catégorie, on lui attribue faussement des traits spécifiques. En cela, le code des apparences fournit des stéréotypes de référence.

Hors contexte professionnel, l'apparence physique a un impact certain, c'est un fléau qui s'abat au quotidien dans chacune de nos décisions. Une étude très réputée permettra d'en comprendre l'ampleur. Lors de cette étude, des chercheurs américains¹⁰ ont demandé à des adultes de juger des enfants de sept ans accusés d'avoir blessé un camarade avec une boule de neige. Le jugement opéré était alors impressionnant. Il s'est avéré que les personnes interrogées étaient plus tolérantes envers les enfants les plus beaux, en outre la même faute était jugée plus légèrement lorsque le fautif était séduisant. La gravité des faits et leur qualification différaient donc selon l'apparence physique du jeune coupable. Pire encore, ces adultes étaient convaincus que les beaux enfants récidiveraient moins que les autres, parce qu'ils seraient moins asociaux, feraient moins de bêtises, par opposition aux derniers qui leur paraissaient malhonnêtes et déplaisants. Il faut dire et redire à quel point les préjugés tenant à l'apparence physique sont regrettables et surtout dommageables. Ainsi, *« non seulement le « laid » est jugé plus responsable de sa faute que le « beau », mais, de surcroît, cette faute apparaissant comme inscrite dans sa nature profonde, elle est susceptible d'être répétée. »*¹¹

De la même façon, dans une Université de Toronto au Canada, quand il a été demandé aux étudiants leur opinion sur un lien éventuel entre la présomption de culpabilité et l'attrance physique, ces derniers ont répondu avec conviction que l'attrait physique ne devait jouer dans le verdict. Or, en leur présentant les dossiers comportant tantôt la photo d'un prévenu séduisant,

¹⁰ K.K DION, *Physical Attractiveness and Evaluation of Children's Transgressions*, Journal of personality and social psychology, 1972, p.207-213

¹¹ J-F AMADIEU, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, éd. Odile Jacob, mars 2005

tantôt celle d'un prévenu plus laid, ils ont estimé, à dossier pourtant identique, que les plus beaux étaient moins souvent coupables...¹²

Rappelons dans ce sens, le retentissement médiatique incroyable autour de l'arrestation d'un criminel (vol à main armée) sauvé... par son physique. Sa photo d'identité judiciaire avait été publiée sur la page Facebook de la police de Stockton, et avait généré plus de cent mille « like » et partagée par plus de treize mille utilisateurs. Le détenu aurait même signé un contrat de mannequinat depuis sa prison¹³. C'est dire la puissance de l'apparence physique primant sur les qualités ou défauts d'un individu.

Dans un cadre professionnel, l'apparence physique a un impact et cela à tous les stades de la relation professionnelle. De prime abord, au niveau du recrutement, l'entretien d'embauche constitue une étape inévitable pour accéder à l'emploi. Cependant, la subjectivité de l'apparence physique lors de l'entretien s'avère très présente. En effet, l'entretien lui-même se joue pour le candidat dès le premier instant, avant même que le moindre mot n'ait pu être prononcé, sur une impression globale que le recruteur se forge très rapidement eu égard à son apparence. Globalement, on estime à 65% la part d'informations qui passent par des perceptions visuelles¹⁴. Selon le professeur Albert Mehrabian, l'impact que nous avons sur quelqu'un dépend à 55% de notre seul visage, à 38% de notre voix, et seulement à 7% de ce que nous disons.¹⁵ C'est ainsi d'abord à partir de traits visibles que les candidats seront analysés. Les spécialistes du recrutement le reconnaissent : les aspects non verbaux ont la même incidence que le langage verbal lors de l'entretien. Ce sont l'aspect physique, l'habillement, la coupe de cheveux, les gestes et la posture d'ensemble. L'apparence de chaque postulant est ainsi décrite et jaugée par le recruteur lors de l'entretien. A titre d'exemples, nous pouvons citer quelques

¹² M. G. EFRAN, *The effect, of physical appearance on the judgment of guilt, interpersonal attraction, and severity of recommended punishment in a simulated tury task*, Journal of experimental research in personality, 1974, p.45-54.

¹³ Mathilde GOLLA, *Un détenu sexy décroche un contrat de mannequinat*, Le Figaro, 2 juillet 2014

¹⁴ M. L. KNAPP et J.A. HALL, *Non verbal communication in human interaction*, Psychology, Vol.2, 5th éd. Octobre 2011

¹⁵ Albert MEHRABIAN, M. VIENER, *Decoding of inconsistent communications*, Journal of personality and Social Psychology, 6, 1967, p.109-114.

liens établis par certains recruteurs entre l'apparence et la personnalité d'un candidat¹⁶. Les mains moites, les gestes parasites, le fait de bouger beaucoup trop souvent sont ainsi interprétés comme étant un signe de nervosité, un manque d'aisance et d'assurance. Un visage tendu, les bras entre les jambes, un corps raide représentent à leur tour une attitude de fermeture, de mise à distance. Les mains molles, la lenteur des gestes et de l'élocution désigneront quant à eux un manque de réactivité, de dynamisme et même de nonchalance. Tandis qu'une poignée de main ferme, les mains sur la table, le regard vif seront synonymes de bons contacts, de confiance, d'affirmation de soi, et d'attitude participative. L'entretien de recrutement est donc une sorte de scène sur laquelle on a tendance à accorder une énorme importance aux déguisements et accessoires¹⁷. Cette première impression empêche alors le recruteur d'appréhender de façon neutre et objective les caractéristiques réelles d'un individu. De plus, les employeurs ou recruteurs attachent un prix important au sentiment initial inspiré par un candidat car ils estiment que les clients éprouveront probablement le même. Les études menées par l'Observatoire des discriminations montrent qu'une simple photo sur un curriculum vitae peut faire la différence.

Les beaux sont jugés plus intelligents, plus ambitieux, plus chaleureux, plus sociables, équilibrés et moins agressif. C'est pourquoi les individus séduisants occupent en plus grande proportion des postes qui impliquent des tâches de négociation, de formation, de supervision, de divertissement, d'accueil. Ces stéréotypes conduisent à une discrimination dont pâtissent ceux dont l'apparence est moins agréable.

Ceci se constate également pendant l'emploi et dans toute la carrière de l'individu que ce soit lors de formation professionnelle, des conditions de travail, d'accès à une promotion, de l'attribution des tâches ou encore à l'occasion d'un reclassement, d'une mutation, d'un renouvellement ou d'une suspension de contrat de sanctions disciplinaires et surtout, au moment d'un licenciement. Les inégalités qui résultent de l'apparence sont considérables et, de plus, souvent ignorées. Ces inégalités et discriminations atteignent même des domaines que

¹⁶ Article publié par un ancien DRH de la CNAV, Jean Marc le Gall, *Equilibre du jugement et jugement de l'équilibre : les faits, les mots, le corps dans l'entretien de recrutement*, RGRH, 2000, p.69 à 83.

¹⁷ J-F AMADIEU, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, éd. Odile Jacob, mars 2005

l'on ne soupçonnait jamais, tel que le salaire. Une étude économique¹⁸ a ainsi pu dresser le tableau de la dure réalité. On s'aperçoit en effet que les individus les plus beaux ne gagnent pas beaucoup plus que la moyenne nationale. En revanche, du côté des moins séduisants, les résultats sont assez décourageants. Ces derniers perçoivent un salaire inférieur de 15% pour les hommes et 11% pour les femmes. C'est ce qu'on appelle, en d'autres termes, une discrimination liée à l'apparence physique. En outre, les hommes de grande taille (au-dessus de la moyenne) gagnent 5% de plus que les autres personnes et les personnes de plus petite taille (en dessous de la moyenne) sont quant à elles pénalisées de 5%. Les femmes obèses perdent également 5%. Dans certaines activités, l'apparence physique frappe encore plus fort : un beau vendeur gagne 13% de plus et un vendeur de grande taille 25% de plus. Dénonçant cette discrimination, le professeur Barry Harper concluait son étude en demandant à la classe politique de réorienter la lutte contre les discriminations. L'écart de salaire entre les individus les plus attirants et ceux qui le sont moins est donc très significatif. La beauté serait ainsi une sorte de diplôme ou du moins un passeport humain¹⁹, que le marché du travail reconnaît, de manière discriminatoire.

Toutes ces études nous amènent à un constat : l'apparence physique donne à voir ce qui se cache et met à jour une réalité du phénomène des discriminations, par elle, motivées. On ne devrait pas en principe se poser de questions sur l'apparence physique puisqu'on ne choisit pas nécessairement celle-ci. Il devrait s'agir d'une notion déconnectée du monde professionnel et *a priori* l'employeur n'a rien à en redire. Pour autant, la question se pose dans le monde du travail et il convient au droit du travail de se l'approprier afin d'éviter les excès. De plus, la discrimination liée à l'apparence physique d'une personne est d'autant plus délicate à objectiver qu'il n'y a rien de plus subjectif que la beauté. Le beau ne peut se définir rationnellement. L'apparence physique est une notion complexe, polysémique pour ainsi dire sujette à de nombreuses interprétations. Il peut être question d'une conception restreinte aux caractéristiques corporelles, telle que le poids, la taille, la musculature, la couleur de peau, la

¹⁸ B. HARPER, *Beauty, Statute and the labour market : a british cohort study*, Oxford Bulletin of Economics and Statistics, décembre 2000, p. 773-802

¹⁹ J-F AMADIEU, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, éd. Odile Jacob, mars 2005

forme et les caractéristiques du visage. Mais elle peut aussi être relative à une conception plus élargie telle que la propreté de la personne, son allure générale incluant également sa tenue vestimentaire, sa coiffure, la façon dont elle se maquille, le port de bijoux, de piercings, de tatouages ; etc.

La question de l'apparence physique en milieu de travail pose donc, sur le plan juridique, une double problématique du point de vue du salarié : d'une part, elle met en cause le droit du salarié de choisir sa tenue vestimentaire et, d'autre part, elle peut être révélatrice d'une discrimination fondée sur l'apparence physique, c'est-à-dire une distinction imposée au salarié dans le cadre de son emploi en raison d'une caractéristique personnelle apparente. Par ailleurs, du point de vue de l'employeur, l'apparence physique du salarié se heurte au pouvoir de direction de celui-ci qui le légitime, sous certaines conditions, à imposer des restrictions en la matière. Mais jusqu'où l'employeur est-il admis à exiger de ses salariés de se conformer à ses attentes ? Quant au salarié, jusqu'où peut-il faire valoir sa liberté individuelle pour refuser de se soumettre à ces exigences ?

Dès lors, s'il s'agit d'élément en principe intime, sur lequel l'employeur n'a pas de main mise, d'un élément lié à l'intimité ou la vie privée de la personne, aujourd'hui on assiste à une appropriation par le droit du travail croissante, de cette possibilité par l'employeur de sanctionner l'apparence de son salarié. Paradoxalement, alors qu'à l'origine, il s'agit d'un critère profondément intime et déconnecté de la vie professionnelle, il semble intéressant de se demander comment le droit du travail concilie-t-il la nécessaire protection de l'apparence physique du salarié et les impératifs liés au bon fonctionnement de l'entreprise ?

Pour y répondre de manière analytique, il conviendra d'étudier comment le droit du travail s'est approprié cette notion afin de dresser l'état actuel de l'apparence physique dans les dispositifs de lutte contre les discriminations, et de comprendre quelle est la nature de l'apparence physique en tant que liberté du salarié (Partie 1). Par ailleurs, après l'analyse de l'aspect théorique nécessaire pour mener à bien cette étude, nous constaterons son application au sein de l'entreprise privée nous permettant ainsi de soulever les problématiques inhérentes à l'apparence physique au travail (Partie 2).

PARTIE 1 – L’APPARENCE PHYSIQUE : UNE NOTION APPROPRIÉE PAR LE DROIT DU TRAVAIL

Le législateur est intervenu par la loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations afin d’allonger le catalogue édifié par l’article L.1132-1 (ancien article L.122-45) du Code du travail, en y ajoutant « l’apparence physique ». Cette notion, très large, se retrouve sujette à de nombreuses interprétations, faute de définition précise nous l’avons vu²⁰. S’agit-il de prendre exclusivement en compte les caractéristiques physiques de la personne qui échappent largement à sa volonté (poids, taille, couleur des yeux, de peau, des cheveux...) ou faut-il, en plus, y inclure la tenue vestimentaire ? L’apparence peut, en effet, être intrinsèque à l’individu, il s’agit alors de l’apparence « subie », celle qui échappe à sa volonté. Mais l’apparence peut également être « choisie », extrinsèque à l’individu, celle-ci renvoie à tous les éléments accessoires²¹ qui contribuent à délibérément adapter, modifier voire transformer l’apparence du salarié tel que la coupe de cheveux, les vêtements, les tatouages, le port d’une kippa, la gestuelle ou même les parfums. En outre, sous le vocable « apparence physique », on y désigne le corps, sa présentation, sa représentation, les caractères physiques et les attitudes corporelles.

Mais l’apparence physique, au-delà d’un critère de discrimination, est le premier élément visible de l’identité de l’individu. Le choix d’un habillement, de l’apparence de la personne est, en effet, une façon comme une autre d’afficher sa personnalité,²² et à ce titre, « *la manière de se vêtir est de l’essence de la liberté individuelle* ». En outre, du point de vue du salarié, la question de l’apparence physique en milieu de travail remet en cause le « droit » dont il dispose pour choisir sa tenue vestimentaire et son apparence personnelle pendant son temps de travail.

A ce titre, prendre en compte l’apparence physique en milieu de travail peut être révélatrice d’une discrimination fondée sur cette apparence, et, la reconnaissance de l’apparence physique

²⁰ Alain POUSSON, *La liberté de se vêtir n’est pas une liberté fondamentale*, D.2004, p.176

²¹ J-P LHERNOUD, *L’homme aux boucles d’oreille : liberté ou égalité ?* Dr. Soc. 2012. p.346

²² J-P LHERNOUD, *L’homme aux boucles d’oreille : liberté ou égalité ?* Dr. Soc. 2012. p.346

comme motif discriminatoire (Chapitre 1), confortée par la consécration de l'apparence physique en tant que liberté individuelle (Chapitre 2), même si non fondamentale, est une façon de reconnaître que la vie professionnelle n'échappe pas à l'influence croissante de l'apparence.

CHAPITRE 1 – LA DISCRIMINATION DU SALARIE EN RAISON DE SON

APPARENCE PHYSIQUE

La discrimination est définie dans la Convention n°111 de l'OIT de 1958 comme « *toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité de chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* »²³. L'utilisation de l'expression « *qui a pour effet de détruire ou d'altérer* » permet de couvrir l'ensemble des situations de discriminations, qu'elles soient directes ou indirectes. En effet, l'apparence physique influence consciemment, et parfois inconsciemment, les décisions en matière de recrutement ou d'avancement de carrière. Son impact concret n'est pas négligeable. De nombreuses personnes sont victimes de discrimination au travail. La discrimination en raison de l'apparence physique représente non seulement une atteinte à l'un des droits principaux de l'Homme mais elle a également des conséquences sociales et économiques. La discrimination entrave le développement et accentue les tensions et les inégalités sociales. Vaincre toutes sortes de discriminations est essentiel et indispensable pour parvenir au travail décent et au respect de l'égalité et de la dignité de chaque salarié.

En ce sens, par l'introduction originale de la discrimination en raison de l'apparence physique, la France fait figure de pionnier (Section 1). Toutefois, le Défenseur des droits n'enregistre que peu de réclamations sur ce critère alors que ce type de discrimination pénalise lourdement les travailleurs, ce qui amène à interroger sur la pertinence de ce critère (Section 2). Il n'est pas évident de traiter la question de l'apparence physique au travail, mais aborder la question permettra d'alimenter sa compréhension, sa construction ainsi que sa consécration eu égard aux faits.

²³ C111 – Convention (n°111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 25 juin 1958

Section 1 – La consécration originale de l'apparence physique comme motif de discrimination prohibé

Depuis l'année 2020 – année marquée par un contexte inédit d'état d'urgence qui n'a cessé d'être prolongé - le Défenseur des droits s'est attaché à maintenir la continuité de ses activités. Dans le cadre de sa mission contre la lutte des discriminations et la promotion de l'égalité, le Défenseur des droits a reçu 7 096 réclamations en 2021, c'est une évolution de 22,2 % qui est constatée par rapport à 2020 (5 807 réclamations).²⁴

Face à ce constat, le droit du travail place la lutte contre les discriminations au cœur de ses préoccupations. A ce titre, le droit français a décidé d'introduire l'apparence physique en tant que motif discriminatoire, ce qui semble être original (§1) eu égard au fait que le droit européen et international semble l'évincer (§2).

§1 – L'introduction du principe de non-discrimination lié à l'apparence physique en droit français

Le 16 novembre 2001²⁵, le législateur décide d'introduire dans le Code pénal ainsi que dans le Code du travail, l'interdiction des discriminations en raison de l'apparence physique de la personne. En effet, l'article 1^{er} de la loi introduit cette interdiction parmi la liste des discriminations illicites fixées à l'article L.1132-1 du Code du travail. Cette interdiction est donc posée au même titre que les discriminations fondées sur l'âge, l'orientation sexuelle, le sexe, etc. Mais, pourquoi avoir choisi d'introduire ce motif en droit français ?

²⁴ Rapport annuel d'activité 2021 – Défenseur des droits

²⁵ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, JORF n°267

De prime abord, le choix de l'introduction d'un critère dans un système juridique répond toujours à une idée de justice ayant plusieurs origines²⁶. Pour la France, après avoir ratifié la Convention de New York de 1966 et adopté la loi dite « Pleven » du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme, il peut s'agir d'une volonté politique forte pour lutter contre des comportements jugés particulièrement nuisibles à la société. A ce titre, la loi de 1972 a créé les délits de discrimination fondés sur l'origine, l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une race ou une religion déterminée au sein de l'ancien article 416 du Code pénal (devenu aujourd'hui l'article 225-1 du même code).

L'introduction d'un nouveau critère dans le droit national peut également se faire par la transposition d'une norme du droit de l'Union. A ce titre, nous pouvons citer l'introduction du critère du sexe dans les dispositions relatives à l'égalité des hommes et des femmes dans le Code du travail par la loi du 13 juillet 1983²⁷ transposant en partie la directive 76/207/CEE²⁸ ou encore l'âge et l'orientation sexuelle de la loi du 16 novembre 2001 transposant les directives 2000/43/CE et 2000/78/CE²⁶.

Par ailleurs, l'introduction d'un nouveau critère peut aussi être le fruit de l'évolution de la société comme ce fut le cas pour l'état de santé et le handicap par la loi du 12 juillet 1990²⁹, suite aux pressions exercées sur le gouvernement par les associations de défense des malades du SIDA.

Enfin, et c'est le cas pour l'apparence physique, l'introduction d'un critère peut résulter de réaction vive et immédiate d'un groupe parlementaire à des faits divers selon Madame Laurence PERU-PIROTTE, maître de Conférences en droit privé. C'est à ce titre que le critère a été introduit par la loi du 16 novembre 2001. Le rapporteur de l'Assemblée nationale, Monsieur Philippe VUILQUE, afin d'appuyer ceci, avait mis en lumière des cas scandaleux comme le

²⁶ Laurence Péru-Pirotte, *L'historique, la signification et la pertinence du critère de l'apparence physique dans notre droit*, colloque du 18 novembre 2009 à Lille sous la Direction d'Eric Pélisson

²⁷ Loi n°83-635 du 13 juillet 1983, portant modification du code du travail et du code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, JORF 1983

²⁸ Directive 76/207/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, JO n°L.039 du 14/02/1976

²⁹ Loi n°90.602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, JORF n°161 du 13 juillet 1990

licenciement d'une vendeuse d'un rayon de fromagerie au motif *qu'elle « ne correspondait pas, en raison de la couleur de sa peau, à l'image du rayon »* ou l'offre d'emploi pour le service entretien d'une entreprise spécifié *« profil : race blanche »* avec *« une bonne tête »*³⁰. Face à cela, il se demande si *« notre arsenal juridique est-il aujourd'hui suffisamment performant pour lutter contre ces formes de discriminations ? Avec l'article [L.1132-1] du Code du travail et les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal, notre législation est importante. Elle est toutefois incomplète dans la mesure où elle ne répond que partiellement à l'ampleur du phénomène discriminatoire. Font ainsi défaut dans la législation française certains motifs de discriminations, comme l'orientation sexuelle, l'apparence physique ou le patronyme et, plus encore, certaines formes de discriminations »*. Il ajoute *« on craint la réaction de la clientèle, des usagers, on renonce donc à employer, ou tout au moins dans un endroit visible, un salarié en raison de l'origine ou de sa couleur de peau. On demande au salarié à l'état civil trop « typé » d'adopter dans le milieu professionnel une nouvelle identité plus « française » : pour les clients, Farida devient Fabienne »*. A ce titre, il conclut qu'*« il paraît opportun d'étendre la liste des motifs de discriminations [...] à l'apparence physique. Le récent contentieux ayant opposé la compagnie United Airlines à certaines de ses hôtesses témoigne de l'existence souvent méconnue ou niée de discriminations fondées sur ce dernier critère »*.

Les faits évoqués à l'appui de cet argumentaire ont le mérite d'être convaincant et de présenter l'importance de la prise en compte de l'apparence physique tant que celle-ci autorise et légitime l'exclusion d'une catégorie de personne selon des critères sans lien avec les compétences et aptitudes professionnelles basées notamment sur des préjugés. Depuis, ce critère figure dans la quasi-totalité des textes de lutte contre les discriminations en droit français. Premièrement, dans l'article L.1132-1 du Code du travail interdisant toute discrimination dans l'emploi, ainsi que dans l'article L.1231-3 alinéa 3 du même Code, qui rejette tout contenu discriminatoire au sein du règlement intérieur. Ensuite, ce critère se retrouve également à l'article 225-1 du Code pénal définissant le délit de discrimination ainsi que dans l'article 225-3 dudit Code, relatif aux différences de traitement possibles lorsque le critère en question *« constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et*

³⁰ AN, rapport n°2609, 10 octobre 2000 par M.Philippe Vuilque

l'exigence proportionnée ». Pour poursuivre sur cette lancée, l'apparence physique a également été intégrée dans les articles 6 et 6bis de la loi portant droit et obligations des fonctionnaires, dites loi « Le Pors »³¹, ainsi que dans l'article 1^{er} de la loi visant à améliorer les rapports locatifs, dites loi « Mermaz ».³²

Pour terminer, la loi du 27 mai 2008³³ est venue limiter le champ d'application de l'injonction de discriminer aux critères figurant dans les directives qu'elle transposait, au nombre desquels ne figure pas le critère de l'apparence physique.

Ainsi, on peut constater que l'apparence physique a été largement diffusée comme motif discriminatoire dans le dispositif de la lutte contre les discriminations en 2001. Mais qu'en est-il au niveau du droit international et européen ?

§2 – L'originalité du principe de non-discrimination en raison de l'apparence physique face à son absence en droit international et européen.

Lors de son introduction en droit français, le critère de l'apparence physique a pu être qualifié de critère atypique, original, notamment eu égard au fait que les textes internationaux les plus cités en la matière ne l'évoque quasiment jamais.

En effet, hormis la mention de la couleur de peau comme motif discriminatoire – élément par nature propre à l'apparence physique – dans la Convention n°111 de l'OIT du 23 juin 1958³⁴, ainsi que dans la Convention Internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination du 7 mars 1996 – plus connu comme étant la Convention de New York –, les

³¹ Loi n°83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, JORF du 14 juillet 1983

³² Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986, JORF du 8 juillet 1989

³³ Loi n°2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF du 28 mai 2008

³⁴ Article 1 a. « Aux fins de la présente convention, le terme « discrimination », comprend : toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine raciale, qui a pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession »

textes internationaux et européens ne semble pas l'évoquer directement. Dans le même sens, on y retrouve l'article 14³⁵ de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales du 4 novembre 1990, ainsi que les articles 20 et 21³⁶ de la Charte sociale des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 septembre 2000.

Cependant, même si la couleur de peau est un élément par nature propre à l'apparence physique d'une personne, dans ces textes, on comprend aisément que ce critère permet d'identifier les comportements discriminatoires de type raciste. Or le critère de l'apparence physique, malgré sa complexité à le définir, englobe des discriminations beaucoup plus larges d'où son originalité et son utilité, et non simplement la couleur de peau ou plus généralement des comportements racistes.

Dans le cadre de la lutte contre les discriminations, de l'égalité de traitement sans distinction de race ou d'origine ethnique et de l'égalité en matière d'emploi et de travail, deux directives européennes³⁷ définissent un ensemble de principe garantissant à toutes personnes de l'Union Européenne un niveau minimal, commun, de protection juridique contre la discrimination. Pour autant, ces deux directives ne font que lister six critères sans énoncer celui de l'apparence physique : l'appartenance ou non, vraie ou supposée à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle, le sexe, la grossesse et la maternité, notamment en ce qui concerne les conditions d'accès aux activités salariales et non salariales.

Si l'on s'attache à faire un peu de droit comparé entre les Etats de l'Union, on constate que les Pays Bas n'invoquent pas ce critère mais ont cependant une liste ouverte, ce qui laisse la possibilité de l'intégrer un jour. L'Allemagne, quant à elle, transpose les directives européennes avec sa loi du 18 août 2006, ce qui reste donc limitatif. Il en est de même pour la loi espagnole

³⁵ Article 14 « *Interdiction de discrimination. La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

³⁶ Article 20 « *Toutes les personnes sont égales en droit* »

Article 21, al 1 « *est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques, ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion, ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

³⁷ Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 et Directive 2000/78/CE du 21 novembre 2000

du 30 décembre 2003 qui se borne à transposer les directives européennes sans évoquer le critère relatif à l'apparence physique. De son côté, la Belgique propose une notion se rapprochant de notre motif prohibé. En effet, un critère de « *caractéristiques physiques* » a été adopté lors de 3 lois en date du 10 mai 2007. Ce critère a été défini par le Centre pour l'Égalité des Chances et la Lutte contre le Racisme (CECLR) comme incluant les caractéristiques innées ou apparues indépendamment de la volonté de la personne, c'est-à-dire les taches de naissance, les brûlures, les cicatrices chirurgicales, les traces de mutilations, etc. Cette notion se rapproche de ce fait grandement de notre critère en droit français. Néanmoins, nous nous devons de nuancer puisque la Belgique exige que la caractéristique en cause ne résulte pas d'un choix volontaire de la personne, cela exclut ainsi les tatouages, les piercings, les coiffures, etc. Ce critère belge est donc beaucoup moins large que notre critère de l'apparence physique en droit français.

Toutes ces constatations amènent à nous poser une question : l'apparence physique ayant un impact fort dès la naissance et tout au long de la vie, son exclusion – *ou son oubli* ? – parmi les dispositifs européens démontre une négligence et revient à nier l'impact de l'apparence physique au sein du monde professionnel. Ainsi, le système de liste est-il justifié et si oui, ne devrait-il pas s'agir d'une liste ouverte ? Ce faisant, quiconque s'estimerait lésé à raison de son apparence pourrait agir en justice et demander réclamation.

De prime abord, il convient de rappeler que le système de liste s'impose aux Etats de l'Union puisque le droit Européen exige la transposition expresse de la liste des motifs prohibés par les directives. Ensuite, il est vrai qu'aujourd'hui, eu égard à l'engorgement des tribunaux, une liste fermée semble plus adéquate afin d'éviter de nombreux litiges puisqu'elle permet une lisibilité des comportements interdits.³⁸ Dans l'objectif d'améliorer la protection des discriminations relatives à l'apparence physique, la meilleure solution reste donc, au-delà de l'ouverture des listes, de permettre l'introduction de l'apparence physique comme motif de discrimination au niveau européen, pour renforcer sa portée qui est jusqu'ici peu consacrée. Compte tenu de la

³⁸ Stéphane BRISSY, JCP éd, T,17-11, n°3

primauté des textes internationaux sur la loi nationale conformément à la hiérarchie des normes, ceci aurait un impact réel.

La France fait ainsi preuve d'originalité au regard du droit international et européen en prenant la décision de placer l'apparence physique au même niveau que les autres critères de discriminations prohibées. Même si, force est de constater qu'il existe un lien entre cette notion et les autres critères de discriminations, ce qui amène à nous interroger sur sa pertinence.

Section 2 – La pertinence de l'introduction du critère de l'apparence physique comme motif de discrimination prohibé

Le dispositif de lutte contre les discriminations existantes n'était-il pas suffisant pour traiter de tels cas ? Si non, l'adoption par la loi d'un nouveau critère était-elle la solution appropriée ? L'utilité de ce critère a, en effet, pu être remise en cause, toutefois, il n'en demeure pas moins que l'adoption de l'apparence physique comme motif prohibée est justifiée (§1) et emporte de nombreuses conséquences tant au niveau civil qu'au niveau pénal (§2).

§1 – La pertinence du principe de non-discrimination en raison de l'apparence physique

L'apparence physique comme motif de discrimination prohibé est un critère original, mais ce critère est-il nécessairement pertinent ? L'introduction de ce motif prohibé en droit est une façon de marquer les esprits puisque désormais, la prise en considération d'un tel critère pour sanctionner une personne n'est plus permis. Ainsi, l'introduction de ce critère répondrait au besoin de pallier une carence concernant la répression des comportements discriminatoires liés à l'apparence physique.

L'apparence physique englobe certes la taille, le poids, l'esthétique... mais la question persistante aujourd'hui est de savoir si elle englobe également les tenues vestimentaires, les coiffures, la barbe, les tatouages, les piercings, etc. La Cour de cassation ne s'est pas réellement

prononcée à ce sujet. Elle n'a fait référence qu'une seule fois au critère de l'apparence physique dans un arrêt du 11 janvier 2012 concernant le licenciement d'un salarié masculin au motif qu'il portait une boucle d'oreille. La Cour a alors jugé cette rupture comme discriminatoire en raison de l'apparence physique du salarié, mais ceci rapporté à son sexe.³⁹

Ainsi, en regardant ce critère de plus près, le champ d'application semblait déjà être couvert par d'autres motifs discriminatoires. En effet, à ce jour le contentieux basé uniquement sur l'interdiction des discriminations en raison de l'apparence physique est très faible voire inexistant. Il s'agit d'un critère très rarement relevé seul et donc souvent rattaché à un autre critère comme le poids, la santé ou encore le handicap.

Pour illustrer ces propos, reprenons l'exemple du salarié masculin licencié pour le port de sa boucle d'oreille. Il s'agit, en effet, d'une discrimination en raison de son apparence physique, le port de sa boucle d'oreille, mais aussi en raison de son sexe puisque l'employeur ne concevait pas qu'un homme puisse porter une boucle d'oreille. Ici, le critère du sexe pouvait parfaitement couvrir la discrimination en cause.

Prenons d'autres cas concrets, lorsqu'une candidate est écartée d'une procédure de recrutement en raison de son apparence physique, il s'agit bien d'une discrimination conformément à l'article L.1132-1 du Code du travail. Cependant, il est possible que le recruteur ne souhaitait pas d'une candidate femme, dans ce cas il s'agit d'une discrimination sur le sexe. Il est également possible que le recruteur, raciste, ne souhaite pas d'une candidate noire de peau, dans ce cas la discrimination fondée à l'appartenance vraie ou supposée à une et ethnies, une nation, une race ou encore l'origine pourraient être des motifs soulevés. Si cela relève d'une alliance qu'elle porte, on peut relever le critère de la situation familiale. Si c'est la jeunesse de la candidate qui est en cause, il peut s'agir de l'âge. Si c'est parce qu'elle est enceinte, l'état de grossesse peut être soulevé.

Les exemples sont nombreux. La formule utilisée par la Cour de cassation dans son arrêt de 2012 laisse penser que les aspects extérieurs à la personne ne constituent pas un motif

³⁹ Cass, soc., 11 janvier 2012 n°10-28.213

discriminatoire autonome, ainsi déjà protégées au titre des autres motifs prohibés existants⁴⁰. De plus, l'apparence physique se trouverait également protégée par le respect nécessaire d'autres droits et libertés telle que la vie privée par exemple. En ce sens, pourquoi avoir introduit ce critère comme motif discriminatoire si ce n'est pour alourdir le dispositif existant ? L'apparence physique est un critère pertinent répondant à une réalité concrète et l'analyser comme un critère qui ne fait que doubler les autres semble restrictif. Par ailleurs, placer des comportements discriminatoires motivés uniquement par l'apparence physique sous d'autres critères reviendrait à détourner ces critères de leurs finalités. Ainsi, la discrimination d'une personne en obésité n'est pas nécessairement justifiée pour des raisons de santé, mais parce que le discriminant n'adhère pas à l'apparence du discriminé. De plus, certaines notions relèvent seulement de l'apparence physique, notamment pour ce qui est de l'apparence « choisie » (piercing, tatouage, maquillage, coiffure, port d'une barbe, style vestimentaire...). Comment protéger une personne pour ce qui relève de l'apparence « choisie », si ce n'est pas par la notion d'apparence physique ? Ainsi, la définition de l'apparence physique englobant ce qui relève de l'apparence « subie » (couleur de peau, maladie génétique et visible, sexe...) et ce qui relève de l'apparence « choisie », paraît cruciale.

Par exemple, la Cour d'Appel d'Orléans⁴¹ a annulé un licenciement motivé par l'apparence physique du salarié. En effet, lors de l'entretien préalable au licenciement, l'employeur avait fait mention du changement de l'aspect physique du salarié. La Cour a alors retenu que le motif déterminant de l'engagement de la procédure de licenciement et de la décision prise tenait au fait que le salarié portait désormais une barbe.

Le Défenseur des droits retient une conception large de ce motif. Dans une décision cadre du 2 octobre 2019 sur la discrimination en raison de l'apparence physique⁴², celui-ci indique aux employeurs les principes applicables et bonnes pratiques à adopter. Notons que si le Défenseur

⁴⁰ Colloque du 18 novembre 2009 à LILLE : *l'apparence physique motif de discrimination, entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, sous la direction d'Eric PELISSON

⁴¹ CA Orléans, 21 juin 2007, n°06/01917

⁴² Décision-cadre, Défenseur des droits, n° 2019-205, 2 octobre 2019

des droits juge nécessaire d'apporter quelques conseils aux employeurs sur un sujet qui semble extérieur au droit du travail et complexe à appréhender, c'est que cela devait être nécessaire. En effet, le Défenseur des droits a pu remarquer à diverses reprises que certains employeurs estimaient que l'apparence physique reflétant une identité sociale, pouvant être utilisé comme éléments d'information dans le processus d'embauche et ainsi, écarter certains candidats en raison de son apparence physique. Ainsi, le Défenseur des droits recommande aux employeurs de définir dans un document écrit, les contraintes et restrictions en matière d'apparence physique et de présentation en lien avec la nature de l'emploi occupé et de la tâche à accomplir, en respectant le principe de proportionnalité dans la définition de ces exigences.⁴³

Aujourd'hui, la vie quotidienne fournit la preuve de l'importance du paraître⁴⁴, même si on ne veut pas l'admettre en France car cela n'est pas glorieux. Ne serait-ce que dans les décisions patronales lors du recrutement par exemple, ou seules compétences professionnelles devraient être prises en compte, pour autant, des prérequis corporels les amène à écarter les personnes jugées « trop grosses » ou « trop laides ». Une réelle discrimination existe envers ces personnes aussi bien dans la vie sociale que dans la vie professionnelle. La mondialisation et la diffusion des « normes esthétiques » à travers le monde n'aident pas, même si aujourd'hui l'accent est mis sur le « *body positive* » et sur l'acceptation de soi, les mœurs sont ancrées dans notre société et on considère que chacun est responsable de l'image qu'il donne à lui-même. Tout cela rejoint le besoin de protéger les discriminations liées à l'apparence physique, notamment l'apparence « choisie ».

Dès lors, le critère de l'apparence physique comme motif prohibé répond à une réalité courante de discriminations fondées sur sa prise en compte qui se doit d'être sanctionné, nous ne pouvons qu'approuver sa légitimité.

⁴³ Semaine Lamy, n°1913 du 22 juin 2020 – Covid 19 actualités, Discrimination « Une année dense pour le Défenseur des droits »

⁴⁴ Jean-François AMADIEU, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, Ed. Odile JACOB, mars 2005

§2 – Les conséquences civiles et pénales de la discrimination en raison de l'apparence physique

L'article L.1132-2 du Code du travail précise qu'« *aucun salarié ne peut être licencié, sanctionné ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte [...] en raison [...] de son apparence physique [...]* ». En ce sens, un salarié ou un candidat à un emploi, à un stage ou à une formation, ne peut subir des mesures affectant son embauche, sa carrière ou ses opportunités professionnelles en raison de son apparence physique. Ainsi, les discriminations en lien avec l'apparence physique, compte tenu de leur gravité, sont réprimées tant au plan civil qu'au plan pénal.

Sur le plan civil, la lutte contre les discriminations a pour objet de protéger individuellement la dignité du salarié et de garantir collectivement le respect sur le lieu de travail des valeurs fondant l'Etat de droit. Ainsi, suite à un dialogue entre le droit de l'UE et le droit interne, l'arsenal normatif déployé en ce sens est aussi conséquent que diversifié⁴⁵. Parmi les dispositifs mis en place figure notamment le droit de la preuve. La reconnaissance d'une mesure discriminatoire a été facilitée par « l'inversement de la charge de la preuve ». Selon l'article 1315 du Code civil, il appartient à celui qui allègue un fait d'en apporter la preuve. Cependant, il est difficile de prouver l'existence et la réalité d'une mesure discriminatoire pour le salarié victime, c'est pourquoi le législateur a ouvert une voie spécifique à cela. Ainsi, suite à un aménagement jurisprudentiel de la charge de la preuve en matière de discrimination⁴⁶ intervenu dans la lignée d'une directive européenne sur l'égalité entre les Hommes et les Femmes⁴⁷, le législateur a modifié la solution jurisprudentielle par la même loi ayant consacré l'apparence physique comme motif prohibé de discrimination, à l'article L.122-45 devenu aujourd'hui l'article L1134-1 du Code du travail⁴⁸. A ce titre, l'administration de la preuve de

⁴⁵ Vanessa MONTEILLET, *Voyage au centre de la preuve, périple sur le chemin probatoire de la discrimination à l'occasion d'un licenciement*, Revue Lamy Droit des affaires, 2014, 90

⁴⁶ Cass, soc., 28 mars 2000 ; Bull. civ. 2000, n°126

⁴⁷ Article 8 de la Directive Européenne 2000/43/CE du 29 juin 2000 « *Dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement* »

⁴⁸ Article L.1134-1 « *Lorsque survient un litige en raison d'une méconnaissance des dispositions du chapitre II, le candidat à un emploi, à un stage ou à une période de formation en entreprise ou le salarié présente des éléments*

discrimination est aménagée en deux temps. Lorsque survient un litige lié à la méconnaissance des dispositions relatives au principe de non-discrimination, il appartient au salarié lésé de présenter « *des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte* ». Dans un second temps, « *au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse [l'employeur] de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* ».

Dans un contexte de subordination entre salarié/employeur, l'instauration d'un tel régime probatoire était nécessaire puisqu'il était difficile pour le salarié d'obtenir les éléments de preuve pertinents⁴⁹. Pour autant, ce partage de la preuve est parfois analysé comme un renversement de la charge de la preuve au détriment de l'employeur⁵⁰. En effet, concrètement le salarié « présente » les éléments de faits laissant supposer une discrimination, alors que l'employeur « prouve » l'absence de discrimination.⁵¹ Cela signifie donc que le salarié (ou candidat) n'a pas une obligation d'apporter la preuve complète de la discrimination⁵², toutefois, il doit établir une différence de traitement significative⁵³, de simples allégations ne sauraient être suffisantes⁵⁴. Puisque les règles de preuve ont été aménagées dans un sens favorable au demandeur, il lui incombe d'établir la matérialité des éléments de faits. Par la suite, il appartient de ce fait à l'employeur d'établir que la différence de traitement constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'apparence physique⁵⁵.

La Cour de cassation s'appuie bien souvent sur un comparatif, en fonction d'autres salariés placés dans une situation professionnelle semblable pour qualifier ou non le fait

de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. Le juge forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles »

⁴⁹ Favennec-Héry F., *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur*, Dr soc. 1985, p173

⁵⁰ Chiss. R. *Le contentieux de la discrimination et la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes*, JCP éd S. 2010, 1339, p.15

⁵¹ Vanessa MONTEILLET, *Voyage au centre de la preuve, périple sur le chemin probatoire de la discrimination à l'occasion d'un licenciement*, Revue Lamy Droit des affaires, 2014, 90

⁵² Cass, soc., 27 novembre 2002, n°00-44.736 / Cass, soc., 26 avril 2000, Bull, civ 2000 n°151

⁵³ Cass, crim., 3 avril 2007 Jurisdata n°2007-038633

⁵⁴ Cass, soc., 3 avril 2002, RJS 2002, n°697

⁵⁵ Cass, soc 2 juin 2004, n°02-41.261

discriminatoire⁵⁶. Ainsi, le salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire à raison de son apparence physique devrait établir une comparaison avec d'autres salariés afin d'établir la différence de traitement. Cependant, dans cette situation, nous comprenons la difficulté d'apporter un comparatif dans un domaine complètement subjectif. Il n'est parfois pas aisé pour le salarié qui se dit discriminé en raison de son apparence physique moins flatteuse, d'apporter un comparatif. Comment déterminer que l'employeur favorise uniquement les personnes aux caractéristiques physiques plus attrayantes ? Ce qui est beau pour l'un ne l'est pas forcément pour d'autres. C'est pourquoi la comparaison avec d'autres salariés n'est pas une obligation pour établir une discrimination. Il appartient aux juges du fond de rechercher si les autres éléments de faits fournis par le salarié laissent supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte⁵⁷. Le recours aux comparatifs est surtout utilisé en matière de rémunération ou de classification ou encore dans le déroulement de la carrière professionnelle du salarié (par exemple pour les discriminations syndicales, avant/après la prise d'un mandat).

Dès lors que la discrimination est avérée, le juge prononce sa sanction. En vertu de l'article L.1132-4 du Code du travail, toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions relatives aux discriminations est nul de plein droit. Dans ce cas, contrairement à celui du licenciement sans cause réelle et sérieuse, la réintégration n'est plus une sanction facultative dont dispose le juge, c'est un droit appartenant au seul salarié qui appréciera l'opportunité de cette option. La sanction de la nullité entraîne des conséquences bien connues telles que la réintégration du salarié en cas de licenciement mais aussi le rappel de salaire pour la période non travaillée du fait de licenciement discriminatoire. A ce titre, il faut noter que l'action à l'encontre d'une discrimination se prescrit selon un délai de cinq années à compter de la révélation de la discrimination⁵⁸. Au-delà de la nullité de l'acte, les juges peuvent ordonner le versement de dommages et intérêts pour compenser le préjudice résultant

⁵⁶ Cass, soc., 24 octobre 2012 n°11-12.295 « *la comparaison concernant le déroulement de carrière doit être faite avec d'autres salariés engagés dans des conditions identiques de diplôme et de qualification et à une date voisine* »

⁵⁷ Cass, soc., 10 novembre 2009, n°07-42.849

⁵⁸ Article L.1134-5 du Code du travail « *L'action en réparation du préjudice résultant d'une discrimination se prescrit par cinq ans à compter de la révélation de la discrimination.*

Ce délai n'est pas susceptible d'aménagement conventionnel.

Les dommages et intérêts réparent l'entier préjudice résultant de la discrimination, pendant toute sa durée. »

de la discrimination. Dans l'hypothèse où le salarié ne désire plus continuer à travailler au sein de l'entreprise après avoir fait l'objet d'un licenciement discriminatoire, il aura droit à une indemnité pour rupture du contrat de travail, une indemnité de préavis et/ou à des dommages et intérêts pour le dommage moral subi par le salarié.

Cependant, dans le cadre de notre sujet, une différence de traitement fondée sur une caractéristique physique ne constitue pas pour autant une discrimination lorsqu'en raison de la nature de l'activité professionnelle ou des conditions de son exercice, la caractéristique en cause constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée. Cette dérogation peut donc jouer lors de la sélection à l'embauche ou lors du choix d'un salarié pour une promotion interne. Elle peut également jouer lorsque le législateur fixe des conditions d'accès à certaines professions. C'est notamment l'exemple des mannequins, il ne s'agit pas d'une discrimination basée sur l'apparence physique étant donné qu'il est légitime pour cet employeur de ne pas embaucher une personne en surpoids pour présenter des vêtements correspondant à la taille exigée. Dès lors, dans un tel cadre, les sanctions prévues pour le cas de licenciement n'ont pas lieu à s'appliquer.

Les sanctions sont plus sévères en matière pénale. En effet, le régime probatoire plus favorable aux salariés échappe à la matière pénale. En revanche, lorsque la discrimination est jugée vérifiée, les sanctions sont d'autant plus lourdes. Selon l'article 225-1 du Code pénal, « *constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de [...] leur apparence physique [...]* ». Mais une telle discrimination n'est réprimée par le droit pénal que si elle est commise à l'occasion de l'un des comportements prévus de façon limitée à l'article 225-2 du Code pénal, à savoir dans le cadre de notre étude, lorsque la prise en compte de l'apparence physique a conduit à refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne, ou à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage, ou une période de formation en entreprise. Toutefois, l'application de l'inversement de la charge de la preuve est écartée devant les juridictions pénales. L'exclusion de ce mécanisme s'explique en raison des règles particulières de la matière pénale, liée à la présomption d'innocence et plus généralement au droit de la défense. En effet, toute personne suspectée est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. En application de cette règle, c'est à la partie poursuivante de

rapporter la preuve des éléments constitutifs de l'infraction de discrimination en raison de l'apparence physique devant le juge pénal. Il incombe donc au ministère public et à la partie civile d'établir, en premier lieu, l'existence d'élément matériel et moral du délit de discrimination.

De plus, en matière pénale, l'article 427 du Code de procédure pénale prévoit que « *or les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction* ». S'agissant de ces moyens de preuve, la chambre criminelle a marqué un premier infléchissement en admettant, par un arrêt du 11 juin 2002, la recevabilité de la preuve par testing⁵⁹. La loi du 31 mars 2006⁶⁰ a consacré cette jurisprudence à l'article 225-3-1 du Code pénal qui prévoit que « *les délits [de discrimination] sont constitués même s'ils sont commis à l'encontre d'une ou plusieurs personnes ayant sollicité l'un des biens, actes, services ou contrats mentionnés à l'article 225-2 dans le but de démontrer l'existence du comportement discriminatoire, dès lors que la preuve de ce comportement est établie* ». La liberté de la preuve est donc comprise de façon très large.

S'il est évident que les autorités de droit commun sont chargées de relever les infractions pénales, ce ne sont pas les mieux placées afin de mettre en exergue les éléments de preuves relatives aux discriminations. Cette mission relève surtout des inspecteurs du travail « *peuvent se faire communiquer tout document ou tout élément d'information, quel qu'en soit le support, utile à la constatation de faits susceptibles de vérifier le respect de l'application des dispositions relatives aux discriminations...* », comme le précise l'article L.8113-5 du Code du travail.

Sur le plan pénal, la répression de la discrimination en raison de l'apparence physique, commise à l'égard d'une personne physique est plus sévèrement puni que sur le plan civil. En effet, l'auteur risque jusqu'à trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende lorsque la

⁵⁹ Consiste à reproduire artificiellement une situation propice à la discrimination pour voir comment réagit une structure soupçonnée de pratiques des « préférences coupables ». Dans le cas le plus simple, on construit artificiellement des couples de demandeurs d'emploi dont les deux membres ne diffèrent que par une et une seule caractéristique

⁶⁰ Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances, JORF n°79 du 2 avril 2006

discrimination consiste, dans le cadre du travail, à refuser l'exercice normal d'une activité économique quelconque, à embaucher, sanctionner ou licencier une personne, à subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise, en raison de l'apparence physique⁶¹. L'entreprise peut également être tenue responsable et encourir une amende quatre fois supérieure à celle prévue pour une personne physique, ainsi qu'une interdiction d'exercer directement ou indirectement l'activité dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Notons à cet égard que l'action dans le but d'obtenir une sanction auprès du tribunal correctionnel se prescrit par trois ans.

Cependant, tout comme sur le plan civil, ces dispositions ne sont pas applicables aux discriminations fondées sur l'apparence physique lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle, essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée.

Ainsi, la prise en compte de l'apparence physique pour prendre une décision au sein du travail est désormais réprimée civilement comme pénalement, l'apparence physique étant, en effet, un critère prohibé de discrimination en droit français. Au-delà de cela, pouvoir se présenter à son poste de travail avec l'apparence physique que l'on souhaite est également une liberté. Il existe ainsi deux façons d'appréhender l'apparence physique au travail.

⁶¹ Article 225-2 du Code pénal

CHAPITRE 2 – L’APPARENCE PHYSIQUE COMME LIBERTE INDIVIDUELLE DU SALARIE

Comme le dit l’adage « *l’habit ne fait pas le moine* », en revanche, selon la Cour de cassation, l’habit peut faire le salarié. En effet, selon les juges du Quai de l’Horloge, le salarié se doit de respecter et de porter une tenue vestimentaire adéquate à la tâche à accomplir et approprié à ses fonctions. C’est notamment ce qui ressort de l’affaire dite du « bermuda », en date du 28 mai 2003⁶². Dans cet arrêt, la Cour énonce le principe selon lequel « *la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu de travail n’entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales* », elle en conclut ainsi que le licenciement du salarié n’ayant pas respecté les multiples demandes de sa hiérarchie quant au port d’une tenue vestimentaire appropriée, ne constitue pas un trouble manifestement illicite qu’il a eu lieu de faire cesser. Pour autant, il nous faut préciser que la tenue vestimentaire est une composante évidente et non contestable de l’apparence physique, c’est pour cela qu’il nous faut appréhender la liberté vestimentaire sous le même plan que la liberté dans son apparence physique. (Section 1).

L’arrêt précité est novateur puisqu’il affirme pour la première fois un principe apportant des précisions importantes aux codes de conduites en matière vestimentaire et plus largement, en matière d’apparence physique sur le lieu de travail, ce qui ne manque pas de retenir l’attention de nombreux auteurs et juristes. Dès lors, si en principe le salarié demeure libre dans son apparence physique, cette liberté est loin d’être absolue et n’est pas protégé au même titre qu’une liberté fondamentale.

Cette distinction parmi les libertés conduit à une hiérarchisation contestable opérée par la Cour de cassation, tandis que la doctrine souhaiterait que celle-ci soit reconnue en tant que liberté fondamentale (Section 2).

⁶² Cass, soc 28 mai 2003, n°02-40273.

Section 1 – L'apparence physique : une notion placée au second plan

En la matière, il semble qu'il ne faille pas attacher une importance à la distinction entre la liberté vestimentaire et l'apparence physique, le terme apparence physique englobant ainsi celui de la liberté vestimentaire (§1). A ce titre, considérer que la liberté vestimentaire n'est pas fondamentale, revient à reléguer l'apparence physique au temps et au lieu de travail au même rang (§2).

§1 – La liberté vestimentaire encré dans la notion d'apparence physique

La notion d'apparence physique est une notion aux contours flous qui divise certains auteurs. Cependant, la majorité considère qu'il s'agit d'un terme générique, comprenant la liberté de se vêtir. Avant tout propos, puisqu'il existe des imprécisions quant à la définition de l'apparence physique, il convient de soulever les interrogations liées aux contours de cette notion qui effectivement, englobe la liberté vestimentaire.

Rappelons que la loi relative à la lutte contre les discriminations a posé l'interdiction des discriminations en raison de l'apparence physique, à l'article L.1132-1 CT. Pour autant, cette notion n'a pas été définie, et est aujourd'hui sujette à de nombreuses interprétations. Devons-nous considérer qu'il s'agit exclusivement des caractéristiques physiques de la personne, c'est-à-dire celles qui échappent à sa volonté telle que son poids, sa taille, sa couleur des yeux, etc. ou devons-nous y intégrer la tenue vestimentaire et tout ce qui est accessoire à celle-ci tel que le maquillage, la coiffure, les bijoux, etc ?

Face à ces questionnements, certains auteurs considèrent que l'apparence physique vise uniquement les caractéristiques physiques de la personne, excluant ainsi toute tenue vestimentaire et autres accessoires. Selon eux, elle ne concernerait *que « les composantes de la personnalité apparente, totalement indépendantes de la volonté de l'individu, [qui] ne pourraient absolument pas être prise en considération par un employeur, et ce à aucun moment*

de la vie professionnelle du salarié »⁶³. Selon cette conception stricte ⁶⁴, les caractéristiques physiques innées de la personne suffiraient à comprendre la notion d'apparence, sans y ajouter quoi que ce soit. En ce sens, les autres composantes de l'apparence relevant de la volonté de la personne, pourrait faire l'objet de limitations de la part de l'employeur.

Pour autant, l'ensemble de la doctrine⁶⁵ considère que cette notion ne peut se limiter uniquement aux corps et caractéristiques innés de la personne. Le concept d'apparence physique doit, en effet, être largement entendu : il s'agit de l'aspect extérieur de l'individu⁶⁶ dont les vêtements, mais encore les déformations physiques, les bijoux, etc. Ainsi, derrière la notion de l'apparence, on met la liberté de se vêtir (*habit, bijoux, tatouage, piercing, maquillage...*) mais aussi les aspects corporels (*cheveux, taille, poids, corpulence...*). C'est d'ailleurs en ce sens que le Conseil de Prud'hommes de Paris⁶⁷ a interprété la notion d'apparence physique face à un employeur soutenant fermement la prétendue volonté du législateur de ne faire référence qu'au corps du salarié. Le Conseil a déclaré très clairement que « *si le législateur avait entendu limiter l'apparence physique au corps, il pouvait évoquer simplement l'apparence corporelle ou de manière plus restrictive la physionomie [...] lorsqu'un salarié se présente, c'est son aspect extérieur général qui est vu, c'est-à-dire aussi bien sa physionomie, sa constitution physique, et sa tenue vestimentaire. Il y a donc lieu de considérer que la notion d'apparence physique renvoie à l'ensemble de ces éléments* ». La tenue vestimentaire, et donc plus largement la liberté vestimentaire, fait donc incontestablement partie de l'apparence physique puisqu'elle procède évidemment à « l'apparence »⁶⁸.

⁶³ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd. E., n°38, 18 sept 2003, 1328

⁶⁴ Alain POUSSON, *La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale*, D.2004, p.176

⁶⁵ Notamment Jean SAVATIER, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique*, Dr. Soc p 357 / Amélie BOISGIBAUT-de-BRYAS, *La tenue vestimentaire du salarié*, JCP éd . E, n°23, 5 juin 2003, 861 / J-P LHERNOUD, *L'Homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ?* Dr. Soc. 2012. 346 – Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. 2003, P. 808

⁶⁶ Bernard BOSSU, *Interdire le port de boucles d'oreilles à un homme constitue une discrimination*, JCP éd S, 10 avril 2012, p27

⁶⁷ CDPH Paris, 17 décembre 2002

⁶⁸ Pascal LOKIEC, *Tenue correct exigée*, Dr.Soc. 2004, p.132

La liberté vestimentaire est la liberté dans le choix de son apparence⁶⁹. Le vêtement évoque un ensemble d'objets fabriqués pour couvrir le corps humain, le cacher, le protéger, le parer⁷⁰. Son choix renvoie logiquement aux libertés individuelles ainsi qu'à l'image que l'individu veut bien donner de lui-même⁷¹. Ainsi, le salarié dispose en principe d'un libre arbitre en ce qui concerne la tenue qu'il souhaite porter dans l'exercice de son travail. La tenue vestimentaire est une façon comme une autre d'afficher sa personnalité. A ce titre, « *la manière de se vêtir est de l'essence de la liberté individuelle* »⁷². Certains auteurs soutiennent également que la liberté vestimentaire est une forme de liberté d'expression⁷³.

Dans ce cadre, si la bataille du pantalon a été gagnée par les femmes, celle du bermuda a été perdue par les hommes⁷⁴, une défaite confirmée par la Cour de cassation lors d'un arrêt précité en date du 28 mai 2003 dans lequel elle refuse à la « *liberté de se vêtir à sa guise* » la qualification de liberté fondamentale.

§2 – L'exclusion de la liberté de se vêtir et de l'apparence physique en tant que liberté fondamentale.

La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale mais une liberté ordinaire d'après la Haute Juridiction. Ainsi, les libertés se trouvent désormais assortie d'une distinction entre d'un côté, les libertés ordinaires et de l'autre, les libertés fondamentales. La Cour aurait renoncé à ériger la liberté vestimentaire en liberté fondamentale au profit de l'utilisation de l'article L.1121-1 du Code du travail sans céder par conséquent, à cette « *mode assez ridicule et vaine qui consiste à voir des « libertés » partout* »⁷⁵.

⁶⁹ G. LYON CAEN, *Les libertés publiques et l'emploi*, rapport doc. fr.1992, n°169, p157

⁷⁰ Le petit Robert, Dictionnaire universel des noms communs

⁷¹ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd. E., n°38, 18 septembre 2003, 1238

⁷² Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd. E., n°38, 18 septembre 2003, 1238

⁷³ Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. 2003, p.808

⁷⁴ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd. E., n°38, 18 septembre 2003, 1238

⁷⁵ Jean HAUSER, *Vie privée et vie en société : le bermuda, la manche, la tige et l'accordéon*, RTD civ. 2003, 680

En tout état de cause, à ceux qui pensaient que toutes libertés étaient fondamentales, la Cour de cassation répond par une distinction⁷⁶ des plus discutables entre les libertés. Il s'agit de l'affirmation principale de la Cour de cassation dans cet arrêt, c'est pourquoi nous rappellerons les faits d'espèce afin de comprendre au mieux l'intérêt de cette jurisprudence. En l'espèce, le 21 mai 2001, un salarié de la société SAGEM se présente à son poste d'agent technique des méthodes habillé d'un bermuda sous sa blouse de travail habituelle. Selon le règlement intérieur de l'entreprise, dont la légalité ne fait l'objet d'aucune contestation, les salariés doivent porter une blouse blanche fermée, une talonnette afin d'éviter les problèmes liés à l'électricité statique et un badge. Alors que la hiérarchie de ce salarié lui demande d'abord à l'oral, puis à l'écrit, de porter un pantalon sous sa blouse, le salarié persiste les jours suivants et continue de venir en bermuda. Par conséquent, le 22 juin 2001, ce salarié fait l'objet d'une mesure de licenciement pour « avoir manifesté à l'égard de sa hiérarchie une opposition forte et persistante à l'application d'une consigne simple (le port du pantalon) » et « avoir donné à son comportement et à son opposition une publicité décrédibilisant la hiérarchie et avoir fait peser sur la société un risque important de perte d'images auprès des clients de l'entreprise fréquemment présents sur le site ». Le salarié, s'estimant victime d'une discrimination sexiste étant donné que le pantalon n'est pas imposé aux femmes, saisit la formation de référé du Conseil de Prud'hommes pour obtenir l'annulation de son licenciement et sa réintégration dans l'entreprise. Débouté de sa demande⁷⁷, le salarié fait appel en invoquant, cette fois, non plus le manquement au principe d'égalité entre les hommes et les femmes, mais la violation de l'article L.1121-1 du Code du travail. Cependant, pour la Cour d'Appel de Rouen⁷⁸, le fait d'interdire le port du bermuda aux hommes ne constitue pas une pratique discriminatoire liée au sexe puisque « la société française réserve le port de certains vêtements aux femmes » ainsi « la situation n'est donc pas identique entre les sexes en matières vestimentaires ». Par ailleurs, la Cour d'Appel ajoute que l'interdiction du port du bermuda ne porte pas atteinte à une liberté fondamentale et un licenciement prononcé en raison de la résistance de l'intéressé ne saurait être considéré comme un trouble manifestement illicite. Le salarié se pourvoit alors en cassation

⁷⁶ Pascal LOKIEC, *Tenue correct exigée*, Dr. Soc. 2004, p132

⁷⁷ CPH Rouen 30 août 2001 : RJS 2001, n°1252

⁷⁸ CA de Rouen, 13 novembre 2001 : RJS 2002, n°8

mais en vain. En effet, celle-ci confirme la position des juges du fonds et rejette le pourvoi affirmant dans un premier attendu, que « *la liberté de se vêtir à sa guise* » ne doit pas être hissée au rang des libertés fondamentales.

A la lecture de cet arrêt de principe, des questions se posent inévitablement : que faut-il entendre par liberté fondamentale ? Quelle est la conséquence d'une telle solution ? Quelle est la portée de cette nouvelle distinction ?

La définition des libertés fondamentales constitue une notion floue⁷⁹ à la sémantique complexe⁸⁰, considéré comme « *insoluble* » pour le Doyen Colliard⁸¹. Dans le même sens pour le Doyen Madiot, « la notion de droit fondamentaux, énervante pour le juriste parce que fuyante et mouvante, porte en elle quelque chose de « magique » qui défie les critères de l'analyse juridique »⁸². Ainsi, nous brandissons constamment l'incertitude d'une notion qui ne serait définie nulle part, qui ne porterait même pas une définition unique à elle-même.⁸³

Il faut dire que cette notion n'est pas spécialement vieille comme a pu le témoigner Jean Rivero « *aux temps, lointains peut-être, mais enfin pas encore préhistoriques, ou je faisais mes études de droit, personne ne m'a jamais parlé de l'existence de droits fondamentaux* »⁸⁴. Or aujourd'hui, le concept est incontestablement entré dans nos mœurs juridiques. Nous devons notamment sa promotion au contexte international postérieur à la seconde guerre mondiale. En effet, dans le préambule de la charte du 26 juin 1945, en réaction aux atrocités de la guerre, les peuples des Nations Unies affirment leur foi « *dans les droits fondamentaux de l'Homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine* ». Autres exemples, le 23 mai 1949, la Loi Fondamentale de la République Fédérale d'Allemagne est adoptée et son Titre I consacre « *Die Grundrechte* », c'est-à-dire les droits fondamentaux. Les libertés fondamentales sont alors à

⁷⁹ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd. E., n°38, 18 septembre 2003, 1238

⁸⁰ Pascal LOKIEC, *Tenue correct exigée*, Dr. Soc. 2004, p132

⁸¹ A. COLLIARD, *La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire*, 7^{ème} congrès international de droit européen, Bruxelles. Cf compte rendu de M. Melchior, CDE, 1976, p468

⁸² Y. MADIOT, *Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit*, La protection des droits fondamentaux, Actes du colloque de Varsovie, PUF, 1993, p.35 et s.spéc. p58

⁸³ Bernard BOSSU, *Le retour de l'affaire du « bermuda »*, JCP éd. S, n°19, 5 mai 2009, 1200

⁸⁴ Jean RIVERO, *Rapport de synthèse, Cours Constitutionnelles et droits fondamentaux*, Actes du 2^{ème} colloque d'Aix en Provence, 1982, p.515

juste titre considérées comme « *l'expression la plus manifeste du développement des systèmes juridiques depuis la seconde moitié du XXème siècle* »⁸⁵.

Néanmoins, il est possible de relever que plusieurs éléments sont fréquemment mis en avant nous permettant de développer les contours approximatifs de ce concept⁸⁶. En effet, les libertés fondamentales sont « *des libertés protégées contre l'exécutif ou le législatif, en vertu des textes constitutionnels ou internationaux, par le juge constitutionnel (ou le juge international)* »⁸⁷. Pour identifier ces droits, Philippe WAQUET, conseiller doyen de la chambre sociale de la Cour de cassation, a proposé deux critères cumulatifs : l'un formel, la source du droit à savoir sa valeur constitutionnelle ou sa consécration dans des traités internationaux ; l'autre matériel, son objet doit être la protection de la vie et de la dignité de la personne humaine⁸⁸. Ainsi, pour qu'une liberté soit qualifiée de fondamentale, il faudrait qu'elle dispose d'une assise constitutionnelle ou européenne et que « *ces droits et libertés tendent à protéger la vie et la dignité de la personne humaine* ». Ainsi, sont répertoriés comme libertés fondamentales, les droits garantis à titre principal par les normes du bloc de constitutionnalité et par la CESDHLF notamment. En dehors de ces droits à valeur constitutionnelle, la catégorie des droits fondamentaux est large⁸⁹.

Par conséquent, les libertés individuelles font-elles partis des libertés fondamentales ? Certaines d'entre elles sans doute, mais aucun texte ne les qualifie ainsi. Ainsi, la Cour d'Appel de Rouen, confirmée par la chambre sociale de la Cour de cassation, se sont donc attelées à donner une réponse négative en ce qui concerne la liberté vestimentaire. Précision qui s'avère être importante puisqu'elle engendre des répercussions importantes en place cette liberté au second rang, avec d'autres libertés ordinaires.

⁸⁵ P.A MOLINARI, *La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique*, in Mélanges J-M. Auby, Dalloz, 1992, p771 s, spéc. p772. Dans le même sens, M. Gauchet, *Quand les droits de l'homme deviennent une politique*, Le Débat 2000, n° 110, p258

⁸⁶ Bernard BOSSU, *Le retour de l'affaire du « bermuda »*, JCP éd. S, n°19, 5 mai 2009, 1200

⁸⁷ L. FAVOREU, *Droit de la constitution et constitution du droit*, RFDC, 1990, p.71

⁸⁸ Philippe WAQUET, *Les libertés dans l'entreprise*, RJS, 2000, p.336

⁸⁹ Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. 2003, p.808

Section 2 – L'apparence physique : pour la reconnaissance d'une liberté fondamentale

La distinction opérée par la Cour de cassation entre les libertés, celles fondamentales d'un côté, celles ordinaires de l'autre, conduit à une reconnaissance de liberté dites « de second rang », dont partie la liberté vestimentaire et plus globalement, l'apparence physique. Dès lors, cette hiérarchisation des libertés paraît discutable puisqu'elle tire sa motivation dans un objectif inavoué des juges, celui d'écarter la nullité d'une mesure attentatoire à l'apparence physique au travail (§1). Pour autant, reconnaître l'apparence physique en tant que liberté fondamentale permettrait de renforcer la prohibition des discriminations sur l'apparence physique (§2).

§1 – Une hiérarchisation des libertés contestable motivée par l'enjeu de nullité

La hiérarchisation opérée par la Cour de cassation au sein de la catégorie des libertés est d'une mise en œuvre délicate, la frontière entre les libertés fondamentales et les libertés ordinaires n'étant pas évidente. En effet, la « liberté de se vêtir à sa guise » n'est, certes, pas protégée par le droit constitutionnel français ou les textes internationaux, mais dans certains cas, elle constitue le prolongement d'une liberté fondamentale⁹⁰. A ce titre, la liberté vestimentaire se présente, en effet, comme le reflet de « *libertés plus larges auxquelles personne ne dénierait le caractère de libertés fondamentales* »⁹¹. L'exemple par excellence est celui de la liberté religieuse qui implique la liberté d'exprimer et de manifester sa religion. Cette manifestation passe donc par des signes, par des tenues vestimentaires, etc. Mais comment distinguer les limites entre le « religieux » et le « pittoresque »⁹² ? Nous pouvons voir des signes religieux dans des objets, comme des bagues, des médailles représentant un édifice religieux, un collier etc. Prenons l'exemple d'une femme, non baptisée chrétienne, qui porterait une croix sans même penser à la signification religieuse de cet objet, mais simplement à sa beauté. Dans ces circonstances, faut-il se positionner sur le terrain de « *la liberté de se vêtir à sa guise* », liberté non fondamentale, ou sur celui de la religion, liberté fondamentale proclamée

⁹⁰ Guy Patrice QUETANT, Les cahiers du DRH, 2003, 84

⁹¹ Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. 2003, p.812

⁹² Philippe WAQUET, Cyril WOLMARK, *Convient-il d'interdire le port de signe religieux dans l'entreprise ?* RDT 2009, p.485

et réaffirmée à plusieurs reprises au niveau national et international ? La difficulté est donc réelle, d'autant plus lorsque nous traitons de cas plus délicat tel que le port du voile, port du turban sikh... au travail.

Ainsi, nous pouvons légitimement nous interroger sur l'intérêt de cette distinction, non pas qu'elle soit dépourvue de tout intérêt. L'article L.521-2 du Code de justice administrative donne à l'administratif des référés la possibilité d'ordonner « *toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale* ». Cette disposition contraint donc la Haute Assemblée à opérer une distinction, certes difficile, entre libertés fondamentales et libertés non fondamentales.⁹³

La doctrine de son côté considère que toute liberté, qu'elle soit fondamentale ou non, peut-être réduite dans le respect des conditions posées par l'article L.1121-1 du Code du travail. La recherche de la qualification de la liberté de se vêtir perd, par conséquent, beaucoup de sa pertinence⁹⁴. La solution est d'autant plus étonnante que l'article L.1121-1 du Code du travail protège toutes les libertés, il n'opère aucune distinction entre les libertés fondamentales et les autres libertés⁹⁵, et ce texte fait preuve d'un usage abondant dans les tribunaux aujourd'hui. Ceci est paradoxal étant donné que nul ne sait précisément à quelles libertés il s'applique, une fois de plus les contours demeurent assez flous⁹⁶. Cet article qui « *ouvre un vaste champ d'expérimentation pour les juristes* » suscite donc des interrogations quant à sa portée.

Cependant, à partir du moment où la Cour de cassation a considéré cette liberté au nom des libertés individuelles et des droits à la personne se plaçant ainsi sur le terrain de l'article susvisé, il était inutile de se prononcer ensuite sur la qualification de la liberté de se vêtir. En effet, dès lors que la chambre sociale avait décidé que la restriction à la liberté de se vêtir du salarié était à la fois justifiée et proportionnée au but recherché, il importait peu que la liberté concernée

⁹³ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc. 2004, 132

⁹⁴ Alain POUSSON, *La liberté de se vêtir à sa guise n'est pas une liberté fondamentale*, D.2004, p.176

⁹⁵ Bernard BOSSU, *Le retour de l'affaire du « bermuda »*, JCP éd. S, n°19, 5 mai 2009, 1200

⁹⁶ Charlotte d'Artigue, *La liberté de se vêtir : une liberté certes, mais pas fondamentale*, Lexbase, n°16669CK8

soit fondamentale ou non⁹⁷. Cette qualification n'ajoutait rien au débat et ne pouvait en modifier la solution.

Cette orientation de la Cour paraît donc assez dangereuse⁹⁸ puisqu'elle conduit directement à l'édifice d'un catalogue de libertés, dont certaines seraient fondamentales et d'autres non. Or, à défaut de tout critère certain et efficace, la Cour se heurte elle-même à des difficultés considérables évoquées précédemment. Concernant la liberté vestimentaire, nous pouvons concevoir une telle solution dans un domaine où des restrictions justifiées et proportionnées peuvent, en effet, être légitimement décidées, mais décider d'établir cette hiérarchisation parmi les libertés et la difficulté de mise en œuvre qui en découle ensuite est bel et bien contestable. Il semble ainsi, de prime abord difficile de comprendre la motivation de la Cour de cassation. Cependant, cette solution est loin d'être anodine et force est de constater que l'enjeu de la distinction se situe avant tout sur le terrain des sanctions et plus précisément celui des nullités. En effet, les licenciements prononcés en violation de l'article L.1121-1 du Code du travail sont dépourvus de cause réelle et sérieuse tandis que l'atteinte portée à l'article L.1132-2 du même Code se traduit par la nullité du licenciement. Ce concept permet donc à la Cour de cassation de ne faire appliquer la règle de la nullité que dans les cas – qu'elle estime – les plus graves⁹⁹. Là, se situe l'enjeu essentiel de l'arrêt qui cherche à résoudre la question des sanctions du non-respect de l'article L1121-1 du Code du travail, laissée sous silence par le législateur¹⁰⁰. Dès lors, cette hiérarchisation a pour seul intérêt la détermination du régime juridique des sanctions qui seraient applicables en cas de mesure attentatoires. A ce titre, parce que la sanction est révélatrice de la règle, la question de la nullité du licenciement contribue à la compréhension de la catégorie des libertés¹⁰¹. Nous savons bien que la nullité, qui constitue pourtant la sanction traditionnelle de l'illicite, est cantonnée qu'à des domaines bien restrictifs. Il s'agit là de la perspective que l'on pouvait donner à l'arrêt Clavaud¹⁰². En effet, la chambre sociale avait décidé dans cette affaire que l'exécution du contrat de travail d'un salarié, licencié

⁹⁷ Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. p.812

⁹⁸ Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. p.812

⁹⁹ Bernard BOSSU, *Le retour de l'affaire du « bermuda »*, JCP éd. S, n°19, 5 mai 2009, 1200

¹⁰⁰ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc. 2004, 132

¹⁰¹ G. COUTURIER, *Les nullités du licenciement*, Dr. Soc. 1977, p.215

¹⁰² Cass, soc., 28 avril 1988, n°87-41.804

à la suite de la publication dans un quotidien d'un article rapportant des déclarations qu'il avait faites à un journaliste sur ses conditions de travail, devait être poursuivie, sous astreinte. Pour la première fois, alors qu'aucun texte ne le prévoyait, il s'agissait de reconnaître la nullité d'un licenciement prononcé en violation d'une liberté fondamentale : la liberté d'expression. Par la suite, la Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que cette jurisprudence conservait toute sa valeur, que si le principe « *pas de nullité sans texte* » devait recevoir application dans le domaine du licenciement, ce n'était qu'à « *défaut de violation d'une liberté fondamentale* »¹⁰³. Ainsi, depuis l'affaire Clavaud, un licenciement dont le motif est attentatoire à une liberté fondamentale est sanctionné par la nullité, et cela même en l'absence de texte express. Pour la doctrine, la cause est entendue : « *il n'est plus discuté aujourd'hui que la violation d'une liberté fondamentale doit être sanctionnée par la nullité* »¹⁰⁴.

L'enjeu de la Cour de cassation était donc d'éviter le prononcé d'une nullité chaque fois que la liberté vestimentaire, et plus largement l'apparence physique, serait mis en cause. Ainsi, l'arrêt du 28 mai 2003 apparaît comme un recul dans cette évolution favorable au prononcé de la nullité face à une violation de liberté. En ce sens, le professeur RAY a pu indiquer que depuis l'arrêt du 13 mars 2001, la nullité ne peut être prononcée qu'en présence d'un texte express « *ou de violation d'une liberté fondamentale, dont la liste n'est pour l'instant pas d'une aveuglante clarté* »¹⁰⁵. Il semblerait que pour la Cour de cassation, toutes les libertés, qu'elles soient individuelles ou collectives, tous les droits de la personne « *ne méritent pas d'entrer dans le cercle hautement protégé des libertés fondamentales* » et cela, peu importe la liberté et le droit d'être soi-même quant à son apparence physique, puisqu'elle relègue cette liberté au « *second rang* ».

La solution ressortant de l'affaire du bermuda est d'autant moins satisfaisante qu'elle conduit à sanctionner différemment une même disposition, l'article L.1121-1 du Code du travail, en fonction de la catégorie de libertés à laquelle il est porté atteinte. Cependant, comment justifier un régime de sanctions différentes selon la prétendue importance de la liberté considérée, jugé

¹⁰³ Cass, soc., 13 mars 2001, RJS 5/01 n°590

¹⁰⁴ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 5^{ème} édition, 2006

¹⁰⁵ Jean Emmanuel RAY, *Le Droit du travail, droit vivant*, 30^{ème} édition, septembre 2021.

arbitrairement par la Cour de cassation ? De plus, importance qui peut varier selon l'évolution des mœurs et des mentalités¹⁰⁶. Cela est d'autant plus vrai dans le domaine de la liberté vestimentaire et de l'apparence physique, rappelons-nous de l'interdiction faite à un avocat de se présenter à l'audience au motif qu'il portait une moustache¹⁰⁷, ou hors contexte de travail, le refus d'entrer à l'opéra pour une personne portant un pantalon de golf¹⁰⁸. Cette distinction entre les libertés abouties par conséquent sur un système de nullité déséquilibré et discriminatoire.

A travers sa décision, l'enjeu de la Cour de cassation dans cet arrêt était louable, même si décevant dans ses conséquences. D'autant plus que reconnaître une liberté sur l'apparence physique permettrait d'appuyer le critère de la discrimination sur l'apparence physique, étant donné qu'aujourd'hui, nous l'avons vu, beaucoup préfèrent utiliser d'autres critères de discrimination que celui de l'apparence physique, ou alors préfère le soulever en l'accompagnant d'un autre critère.

§2 – La reconnaissance d'une liberté sur l'apparence physique pour consolider la discrimination sur l'apparence physique

S'agissant de la « *liberté de se vêtir à sa guise* », il faut se demander si la résistance de la Cour de cassation à l'égard de la nullité ne peut pas être levée en s'appuyant sur l'article L.1132-1 du Code du travail qui inclut l'apparence physique. Nous l'avons dit, l'apparence physique et la liberté vestimentaire doivent être entendues de manière générique. Or, la sanction d'un acte discriminatoire motivée par ce critère est la nullité. Ainsi, une contradiction apparaît lorsque la Cour d'Appel de Rouen, confirmée par la Cour de cassation, dissocie l'apparence physique de la tenue vestimentaire. Pourtant, la Cour d'Appel de Paris dans un arrêt du 16 mars 2001, faisait expressément référence s'agissant du port du voile, à l'apparence. Dans pareil cas,

¹⁰⁶ Philippe WAQUET, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr.Soc. 2003, p.808

¹⁰⁷ Cass, req. 6 août 1844, D. 1844, 1, p.354

¹⁰⁸ T. civ. Seine, 20 février 1952, D. 1952, Jur. p.353

la nullité pourrait être encourue sur le fondement de l'article L.1132-1 du Code du travail sans qu'il soit nécessaire d'invoquer une quelconque liberté fondamentale.

Ce constat nous amène à penser quelque chose, l'éventuel allongement de la liste des cas de différenciation illicite ne saurait augmenter le catalogue des libertés fondamentales¹⁰⁹. Pourtant, la reconnaissance de la liberté sur l'apparence physique pourrait permettre de renforcer le critère de discrimination prohibé.¹¹⁰ L'interdiction des différences de traitement sur la base d'aspect extérieur à la personne – qu'il s'agisse de l'apparence subie ou de l'apparence choisie – n'est pas nouvelle. Néanmoins, le critère de l'apparence physique est peu relevé, nombre sont ceux qui préfèrent invoquer d'autres critères de discriminations prohibées tels que la race, le sexe ou la religion. De ce fait, la reconnaissance d'une liberté sur l'apparence physique permettrait d'appuyer, d'enrichir ce critère de discrimination prohibé en raison de l'apparence physique. Sur le même principe que « *la discrimination sur la base des convictions religieuses protège la liberté de religion, la discrimination sur l'apparence physique protégerait la liberté sur l'apparence physique* »¹¹¹. Cette consécration ainsi faite pourrait amener à un essor de ce critère par les victimes, sans qu'il soit nécessaire pour elle de passer par le chemin d'autres critères. La consécration d'une telle liberté sur l'apparence physique permettrait d'appuyer la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle promulguée le 18 novembre 2016¹¹², étant donné que cette loi vient étendre le champ d'application de l'interdiction des discriminations sur l'apparence physique aux domaines de la protection sociale, de l'éducation, de la santé et des avantages sociaux. En outre, la consécration d'une liberté sur l'apparence physique pourrait protéger et consolider la discrimination sur l'apparence physique et ainsi amener une réflexion sur les outils de prévention de la discrimination – notamment l'annulation du CV anonyme.

Quoi qu'il en soit, si un licenciement fondé sur l'exercice d'une telle liberté doit être interdit, toute sanction illicite ne découle pas de la violation d'un droit qui mérite, selon la Cour de

¹⁰⁹ Julien RAYNAUD, *Entreprise et droit fondamentaux*, JCP éd. E, n°10, 4 mars 2004, 334

¹¹⁰ Julie MATTIUSI, *L'apparence de la personne physique pour la reconnaissance d'une liberté*, RDLF 2017, thèse n°05

¹¹¹ Julie MATTIUSI, *L'apparence de la personne physique pour la reconnaissance d'une liberté*, RDLF 2017, thèse n°05

¹¹² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF 19 novembre 2016, art. 86 I.

cassation, d'accéder à la fundamentalité¹¹³. Si tous les droits fondamentaux sont soumis à l'encadrement de l'article L.1121-1 du Code du travail (pouvant ainsi faire l'objet de restrictions proportionnées et justifiées), toutes les prérogatives susceptibles d'être assujetties par cette disposition ne constituent pas pour autant des libertés fondamentales.

Les approches par l'égalité et par les libertés ne représentent pas les mêmes enjeux pour les salariés. Tandis que les discriminations sont sanctionnées par la nullité, la violation des libertés (non fondamentales) sont sanctionnées par un licenciement sans cause réelle et sérieuse et donc en simples dommages et intérêts pour le salarié. Le régime probatoire de l'atteinte est également distinct, l'employeur aura plus de difficultés pour établir un objectif étranger à toute discrimination que pour justifier une atteinte à une liberté sur le fondement de l'article L.1121-1 du Code du travail. Réciproquement, le salarié restera mieux protégé par les discriminations que par les libertés¹¹⁴. Consacrer une liberté sur l'apparence physique pourrait ainsi éviter cela.

Pour terminer sur l'affaire du bermuda, au-delà de l'exclusion de la liberté vestimentaire en tant que liberté fondamentale, la solution adoptée par la Cour de cassation est en elle-même très discutable. Pendant longtemps, les tribunaux ont contribué à préserver le caractère sexué des vêtements, c'est ainsi qu'a été reconnue la légalité d'un arrêté municipal interdisant aux femmes le port du pantalon considéré comme exclusivement masculin¹¹⁵. Néanmoins – et heureusement – cette époque semble révolue tant aujourd'hui la mode unisexe règne en maîtresse des corps et des esprits¹¹⁶. Cependant, si la bataille du pantalon a été gagnée par les femmes, celle du bermuda a été perdue par les hommes¹¹⁷ ; une défaite confirmée par la Haute juridiction en date du 28 mai 2003. A la lecture de cet arrêt, nous pourrions apercevoir une volonté des juges de restaurer un dualisme ancien. En l'espèce, était critiquable non pas le fait que le salarié soit à plusieurs reprises venu travailler en vêtements associés aux vacances, mais plutôt la menace de donner aux clients avec lesquels il était en relation, une image de l'entreprise peu flatteuse et

¹¹³ Julien RAYNAUD, *Entreprise et droit fondamentaux*, JCP éd. E, n°10, 4 mars 2004, 334.

¹¹⁴ Jean Philippe LHERNOUD, *L'homme aux boucles d'oreille : liberté ou égalité ?* Dr. Soc. 2012, p.346

¹¹⁵ Article 1^{er} du décret du 8 brumaire an II qui réputait chacun « libre de porter tel vêtement et ajustement de son sexe que bon lui semble » (29 octobre 1973)

¹¹⁶ Alain POUSSON, *La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale*, D.2004, 176

¹¹⁷ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd. E., n°38, 18 septembre 2003, 1238

manquant de sérieux. La Cour de cassation ne censure pas le raisonnement de la Cour d'Appel de Rouen qui a pour unique argument de dire que ce vêtement aurait été « *susceptible de donner une mauvaise image auprès des clients* ». Certes, le bermuda est plutôt une tenue de vacances au soleil, mais la grande variété qui règne en matière de vêtement à notre époque ne rend pas inimaginable le porte d'un tel vêtement au mois de mai. Il semblerait plutôt que les juges soient soucieux de ne pas heurter la sensibilité de certains clients pouvant être choqués de voir un salarié habillé d'une blouse dont dépassaient seulement deux jambes nues¹¹⁸. Cependant, en laissant à l'employeur tout pouvoir pour définir ce que sont les attentes de la clientèle, la Cour limite une fois de plus beaucoup la protection des libertés autorisée par l'article L.1121-1 du Code du travail.

En définitive, il apparaît que l'adoption de l'apparence physique comme motif discriminatoire a été largement diffusée dans le corpus juridique de la lutte contre les discriminations. Cependant, les incompréhensions suscitées par ce critère conduisent les juges, très souvent, à se positionner sur le terrain des libertés des salariés lorsque l'apparence physique est invoquée comme un droit et une liberté. Afin d'éviter de telle confusion, reconnaître la liberté sur l'apparence physique pourrait être une solution, permettant de donner davantage de crédibilité au critère de la discrimination sur l'apparence physique. La Cour de cassation a ainsi pu se prononcer, de manière certes indirecte, sur le champ de compétence de ce motif prohibé de discrimination en excluant la liberté vestimentaire d'une manière surprenante compte tenu de l'avis uniforme de la doctrine sur ce sujet. Par la même occasion cependant, les juges du Quai de l'Horloge ont pu consacrer, de manière plus explicite cette fois, la liberté vestimentaire et par ricochet l'apparence physique – selon nous – comme une liberté individuelle. En effet, il ne s'agit pas d'une liberté fondamentale, mais une liberté considérée comme contractuelle, individuelle à la personne, reconnu par le droit du travail et auquel un principe important de non-discrimination doit être consacré et respecté, au risque pour l'employeur de se voir attribué

¹¹⁸ Bernard BOSSU, *Le retour de l'affaire du « bermuda »*, JCP éd. S, n°19, 5 mai 2009, 1200.

des sanctions car cela porterait atteinte aux droits des salariés. Cette consécration n'est donc pas sans conséquence dans la pratique puisqu'elle permettra à l'employeur d'y apporter des restrictions sous certaines conditions. Pourtant, il en va parfois de l'identité et de la dignité des salariés.

PARTIE 2 – L’APPARENCE PHYSIQUE : UNE NOTION APPLICABLE DANS L’ENTREPRISE

Chaque salarié, en principe, choisi librement l’image qu’il veut donner de sa personne. Or la croissance de la diversité des apparences devient parfois problématique en milieu de travail et peut générer un conflit important entre le désir de l’employeur d’avoir le plein contrôle de l’image de son entreprise et celui du salarié d’afficher une apparence reflétant pleinement sa personnalité. Au niveau de l’entreprise, l’apparence physique peut être invoquée ou appréhendée sur le terrain des libertés individuelles, ou sur celui des discriminations. Toutefois, lorsque l’apparence physique est traitée non pas sur le terrain des discriminations mais sur celui des libertés individuelles, la question devient sensible puisqu’elle est au cœur de l’articulation entre le pouvoir de l’employeur et l’articulation des libertés individuelles des salariés.

Deux régimes juridiques différents sont ainsi mis à l’épreuve : si d’un côté, l’employeur ne peut restreindre cette liberté que si cela est justifié et proportionné au regard de la tâche à accomplir par le salarié comme l’énonce l’article L.1121-1 du Code du travail (Chapitre 1) de l’autre, il s’agira de démontrer que la différence de traitement répond à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. En tout état de cause, l’article L.1133-1 du même code précise que l’objectif devra être légitime et l’exigence proportionnée (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 – LES LIMITES DE CETTE LIBERTE INDIVIDUELLE : UNE JUSTIFICATION PAR LA NATURE DE LA TACHE A ACCOMPLIR ET PROPORTIONNEE AU BUT RECHERCHE

Qu'il s'agisse d'une volonté de se démarquer ou d'une volonté de se conformer, dans les deux cas, l'apparence physique constitue un mode d'expression pouvant aller jusqu'à percuter les « habitudes de l'entreprise »¹¹⁹. Si l'apparence physique et ainsi la liberté vestimentaire, relèvent désormais incontestablement des libertés individuelles des salariés, l'employeur quant à lui, dispose d'un pouvoir de direction qui l'habilite à exiger des salariés de se conformer aux restrictions lui semblant nécessaire au bon fonctionnement de son entreprise (Section 1). Ce pouvoir est d'autant plus important qu'il est largement légitimé par les juridictions, et conforté par un pouvoir disciplinaire ainsi que par les dispositifs de l'article L.1121-1 et L.1321-3 du Code du travail. Dans de pareil cas, nous comprenons que les exigences des uns puissent se heurter aux attentes des autres. Pour légitimité ses restrictions, l'employeur doit donc respecter le principe de nécessité et de proportionnalité imposé par le Code du travail auxquels cas celui-ci s'exposera à des conséquences certaines. (Section 2)

Section 1 – La maîtrise de l'apparence physique des salariés par l'employeur justifiée par son pouvoir de direction

Le lien de subordination qui caractérise le contrat de travail autorise l'employeur à user, envers ses salariés, de son pouvoir de direction. Inhérent à sa qualité de chef d'entreprise, ce même pouvoir justifie que ses salariés se plient aux exigences patronales en matière de tenue vestimentaire ou, de manière générale, d'apparence physique. Ceci est d'autant plus vrai lorsque la contrainte figure dans une clause contractuelle, cosignée par le salarié, ou lorsque la contrainte résulte du règlement intérieur établi par l'employeur. Certains observaient à ce propos qu'on « *parvient donc à la conclusion, assez troublante, que l'employeur, personne*

¹¹⁹ Michel PIERCHON, *La liberté de se vêtir au travail sans dessus-dessous ?* JSL, 2002, 102

privée, dispose dans son entreprise d'un pouvoir autonome de réglementation par une sorte de délégation implicite du législateur »¹²⁰.

L'employeur est donc admis à donner des directives, des consignes en matière de tenue vestimentaire de son salarié (§1) et plus généralement dans son apparence physique, dans le « look » qu'il entend avoir (§2). Les restrictions apportées à l'apparence physique des salariés sont motivées par des exigences tenant notamment à l'hygiène, la santé ou la sécurité, mais encore de l'intérêt de l'entreprise.

§1 – Les restrictions liées à la tenue vestimentaire des salariés

La tenue est tiraillée entre la liberté de l'individu et les exigences de l'emploi¹²¹. L'employeur ne peut pas intervenir sur la tenue vestimentaire sauf à considérer que d'éventuelles restrictions soient justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionné au but recherché, il s'agit-là de l'application stricte de l'article L.1121-1 du Code du travail. Les tolérances vestimentaires évoluent en fonction des modes, mais l'habit et plus généralement, l'apparence physique, reste sous le contrôle de l'entreprise sur le fondement de l'hygiène, de la sécurité, de la décence (A) ou de la nécessaire neutralité dans l'entreprise notamment en cas de contact direct avec la clientèle (B).

A – Restrictions fondées sur l'hygiène, la sécurité et la décence

La contrainte vestimentaire peut naturellement être justifiée par des impératifs d'hygiène, de santé et de sécurité¹²². En effet, les restrictions à la liberté de choisir ses vêtements et son apparence, liées à la sécurité du personnel ou des tiers, sont autorisées par l'article L.4221-1 du Code du travail qui dispose que « *les établissements et locaux de travail sont aménagés de manière à ce que leur utilisation garantisse la sécurité des travailleurs. Ils sont*

¹²⁰ Conclusion de Alain BACQUET, CE 1^{er} février 1980, Dr. Soc 1980, p.310

¹²¹ Michel PIERCHON, *La liberté de se vêtir au travail sans dessus-dessous ?* JSL 2002

¹²² Gérard LACHAISE, *Conditions de restrictions vestimentaires imposées par l'employeur*, JCP éd. E. n°48, 28 novembre 2002, 1732

tenus dans un état constant de propreté et présentent les conditions d'hygiène et de salubrité propres à assurer la santé des intéressés ». A ce titre, l'employeur peut valablement imposer le port d'un uniforme. La règle est cependant toujours la même : des vêtements de protection (blouse, casque, gants, chaussures), pour des raisons d'hygiène et de sécurité, ne peuvent être imposés que s'ils sont « *justifiés par la nature de la tâche à accomplir* » et « *proportionnés au but recherché* », soit celui d'éviter tout risque d'altération de la santé du salarié, d'un tiers ou d'un accident¹²³. Nous pouvons donc comprendre que le port d'une blouse blanche soit imposé à des infirmiers¹²⁴ comme nous pouvons aisément admettre l'obligation de porter des tenues spécifiques pour des raisons de sécurité : par exemple, licenciement licite pour un chef de chantier ayant refusé à plusieurs reprises de porter son casque : « *mieux vaut être chômeur que mort* »¹²⁵. Autre exemple, il a été jugé que le port d'une tenue déterminée et d'un badge s'impose pour le personnel d'une centrale nucléaire chargée d'assurer la sécurité des personnes et des installations nucléaires. La jurisprudence est uniforme à ce sujet. Dans la même lignée, les circulaires du 15 mars 1983 et du 10 septembre 1991¹²⁶ posent le principe de la légalité des prescriptions qui imposent le port de certains vêtements pour des raisons de sécurité. Dans ces cas-là, la restriction au regard de l'article L.1121-1 du Code du travail ne présente pas de difficulté. C'est toujours la nature du travail qui justifie une protection spécifique, notamment contre les rayonnements ionisants, des substances ou des machines dangereuses ou à l'occasion de l'accomplissement de travaux comportant des risques de chutes ou de projections de matériaux, ou encore lors de la manipulation de denrées alimentaires exigeant d'importantes précautions sanitaires¹²⁷.

Dans un tel contexte, des prescriptions vestimentaires paraissent légitimes compte tenu de l'obligation de sécurité et de santé du salarié sur son lieu de travail qui incombe à l'employeur.

¹²³ Henderson-Vu Thi Ming, *Libertés et vie privée du salarié sur le lieu de travail, lorsque le principe de proportionnalité fait loi*, Semaine sociale Lamy, 21 mai 2007, p.6 à p.9

¹²⁴ Cass, soc., 18 février 1998 : « *le fait pour un salarié de refuser de porter une blouse blanche ne peut être fautif que si l'obligation du port de ce vêtement est justifiée par la nature de la tâche à accomplir* »

¹²⁵ Jean Emmanuel RAY a l'occasion d'un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation le 23 mars 2005, *Entreprise, droits fondamentaux et droits sociaux*, Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel, 2011/2, n°31

¹²⁶ Circ. DRT, n°83-5 et Circ. Min. DRT n°91-17

¹²⁷ Gérard LACHAISE, *Conditions de restrictions vestimentaires imposées par l'employeur*, JCP éd. E. n°48, 28 novembre 2002, 1732

Cette obligation implique par conséquent le droit mais surtout l'obligation à l'employeur de fournir aux salariés les tenues vestimentaires appropriées notamment dans le cas de travaux particulièrement insalubres ou salissants, en application de l'article R.4321-4 du Code du travail¹²⁸. Il s'agit de protéger le salarié contre toute atteinte à son intégrité physique mais également de sauvegarder les intérêts de l'entreprise dont le responsable peut être poursuivi pour faute inexcusable en cas de négligence de sa part.

La contrainte vestimentaire peut également naturellement être justifiée pour des raisons de « décence » – notion mouvante et évolutive¹²⁹ – et de bonne mœurs, invitant ainsi le salarié dont l'habillement pourrait être de « *nature à susciter un trouble dans l'entreprise* » ou de choquer la clientèle, à adopter une tenue moins suggestive. Prenons l'exemple fortement médiatisé de cette salariée licenciée pour avoir laissé deviner « *ce que son chemisier n'avait pas pu, ou voulu, cacher* »¹³⁰. En effet, constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement le refus de cette dernière mise en garde à plusieurs reprises par l'employeur, de modifier sa tenue, en l'occurrence une blouse transparente, sans soutien-gorge, sur une nudité complète du buste, alors qu'elle était amenée « *à se déplacer dans les bureaux de l'entreprise* »¹³¹. Nous comprenons l'embarras des juges dont la décision, comme s'est plu à le constater Monsieur LAPOYADE, « *est nettement plus habillée que l'appelante* »¹³², l'arrêt rendu se justifiant abondamment en précisant que la nudité de la poitrine n'est actuellement entrée dans les mœurs que sur les plages ou dans les entreprises spécialisées (cabarets notamment). De même, l'argument de l'indécence a été retenu pour une ambulancière qui porte une jupe (trop) courte et des « *tee-shirts si échancrés qu'on voyait son soutien-gorge* ». A l'inverse du cas précédent, la salariée était en contact direct avec la clientèle et témoignait parfois d'épanchements

¹²⁸ Article R.4321-4 du Code du travail « *l'employeur met à la disposition des travailleurs, en tant que besoin, les équipements de protection individuelle appropriés et, lorsque le caractère particulièrement insalubre ou salissant des travaux l'exige, les vêtements de travail appropriés* ».

Ces équipements sont « *fournis gratuitement par l'employeur* » en vertu de l'article R.4323-95 du même Code.

¹²⁹ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu du travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP ed. E, n°38, 18 septembre 2003, 1328

¹³⁰ Antoine JEAMMAUD, *Licenciement pour motif personnel. Règlement intérieur. Restriction à la liberté individuelle du salarié. Contrôle judiciaire*. Dr. Soc. 1998, p.506.

¹³¹ Cass, soc., 22 juillet 1986, n°82-43.824

¹³² Ch, LAPOYADE DESCHAMPS, *Liaisons sociales*, n°5844, p.7

« sentimentaux » peu compatibles avec sa fonction¹³³. Aussi, est justifié par une faute grave le licenciement d'une vendeuse en boulangerie, ayant au moins deux mois d'ancienneté, son attitude désagréable avec la clientèle et une tenue vestimentaire inadaptée en raison de ses contacts avec la clientèle ; il s'agissait en l'espèce de jupes très courtes, de décolleté laissant apparaître ses sous-vêtements alors que son contrat de travail mentionnait l'engagement de porter « *en toutes circonstances une tenue correcte et de type classique* »¹³⁴. Une même sanction est applicable à l'ouvrier qui accomplit sa prestation de travail torse nu et qui refuse de se revêtir¹³⁵.

Ainsi, face à ces exemples, le préjudice subi par l'entreprise peut également consister en un trouble au sein de son personnel lié à l'indécence de la tenue de l'un(e) de ses salarié(e)s. « *C'est un véritable contrôle des conventions sociales qu'opèrent les juges [...] ils passent ainsi au crible de la normalité un certain nombre de vêtements* » disait M. LOKIEC¹³⁶. La notion de tenue décente n'est pas toujours d'appréhension aisée. En effet, à partir de quand peut-on considérer une jupe comme étant trop courte, un décolleté comme étant trop profond, un torse comme étant trop nu ? Quelle est la mesure appréciée pour la décence ? La plus grande incertitude règne sur cette dernière question, le degré de la décence pouvant varier à l'appréciation souveraine des juges, ouvert ou fermé sur le sujet, en fonction du secteur professionnel, du métier de la personne, du contact ou non avec la clientèle, voire même de la morphologie du salarié. Une importante part de subjectivité est laissée entre les mains de l'employeur mais également entre celles des juges du fond. Il a notamment pu être jugé que « *lorsque la tenue vestimentaire d'un salarié, chargé de relation clientèle est constituée, en période de canicule exceptionnelle, d'un débardeur échancré et d'un pantalon type treillis, au regard tant des circonstances climatiques particulières de l'époque que des caprices de la mode, une semblable mise ne présente pas, en elle-même, le caractère « inconvenant » prohibé par un article du règlement intérieur et s'avère donc « usuelle » au sens de ce texte* »¹³⁷. La tenue échancrée justifie donc un licenciement pour faute dans un cas, et ne le permet pas dans

¹³³ Cass, soc., 18 mai 1999, n°2296

¹³⁴ CA, Douai 30 septembre 2010, n°09/0345

¹³⁵ CPH, 14 novembre 1995, JurisData n°1995-765088

¹³⁶ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc, 2004, p.132.

¹³⁷ CA Paris, 9 septembre 2005, n°04-36314

un autre. C'est-à-dire que l'appréciation du trouble tient compte des mœurs de l'époque mais également des modes. Toutefois, une nouvelle problématique se pose lorsque nous constatons à la lecture jurisprudentielle que la question des tenues décentes concerne majoritairement les femmes. La tenue de ces dernières serait-elle davantage scrutée que celle des hommes ? Il est vrai que la garde-robe des femmes offre plus de possibilités et accentue le risque de « déviance », c'est pourquoi il convient pour les employeurs de respecter scrupuleusement les termes de l'article L.1121-1 du Code du travail.

Au-delà des restrictions fondées sur l'hygiène, la sécurité et la décence, l'employeur peut également imposer des contraintes à ses salariés eu égard à l'intérêt de son entreprise, à l'image de celle-ci notamment pour les salariés en contact direct avec la clientèle.

B – Restrictions fondées sur l'intérêt de l'entreprise et le nécessaire contact avec la clientèle

La contrainte vestimentaire peut également être justifiée par l'intérêt de l'entreprise et le contact avec la clientèle. Même si le monde de l'apparence a profondément évolué, le vêtement reste un « véhicule » comme un autre à l'image de l'entreprise et une entreprise ne peut demeurer insensible à la tenue et à l'apparence de ses salariés. L'employeur a, en effet, parfois des intérêts légitimes, comme celui de diffuser une image de marque avantageuse, justifiant l'imposition de directives vestimentaires précises à son personnel. Il est important de concilier les impératifs du travail et la liberté individuelle des employés et, ni le salarié, ni l'employeur ne peuvent faire ce qu'ils veulent en matière d'habillement et d'apparence au travail. Partant de ce principe, l'employeur peut aisément imposer des contraintes vestimentaires lorsque le salarié est en contact direct avec la clientèle tout comme il peut exiger du personnel d'avoir une présentation propre, correcte, soignée, adaptée à leur poste et à l'image de marque de l'entreprise. Ici, toutes restrictions trouvent son explication dans la stratégie commerciale de l'entreprise ou plus globalement, dans l'intérêt de celle-ci. Dans ce cadre,

l'intérêt de l'entreprise apparait alors comme un intérêt supérieur qui transcende¹³⁸ celui du salarié puisqu'il en va de la prospérité de l'entreprise, voire de sa survie et en conséquence de l'intérêt des autres salariés. Or, cette notion d'intérêt de l'entreprise est difficile à définir et se heurte à l'impossibilité pour le juge de se substituer à l'employeur quant à la pertinence de ses décisions ; ceci d'autant plus que l'employeur apparait être le « *seul juge de l'opportunité des décisions nécessaires à la bonne marche de l'entreprise* ». Dans de telles circonstances, le pouvoir de l'employeur d'édicter des directives en matière vestimentaire se trouve renforcé.

En ce sens, il a été jugé qu'en exigeant que les salariés d'un salon de coiffure soient correctement habillés, dans une tenue dont la couleur rappelle celle de l'enseigne de l'entreprise et qu'ils soient correctement coiffés, l'employeur ne pouvait se voir reprocher d'apporter au principe de la maîtrise de l'apparence physique des restrictions non justifiées par la tâche à accomplir ou disproportionnées au but recherché : celui de servir au mieux sa clientèle¹³⁹. Ainsi, le non-respect de porter une tenue en harmonie avec les couleurs de l'enseigne, et d'être correctement coiffés dans une entreprise qui tire exclusivement son profit d'une clientèle soucieuse de soigner son apparence, paraît contestable car elle participe en quelque sorte à l'exécution du contrat de travail¹⁴⁰. Il en est de même pour un employé de parc d'attraction, dont les fonctions l'amenaient à revêtir des costumes d'époques, ainsi porter des piercings est jugé incompatibles car totalement anachronique avec les costumes d'époque¹⁴¹.

Toutefois, il convient de préciser que le port de vêtements spécifiques ne peut être imposé que si la fonction exercée par le salarié correspond à celle qui justifie cette restriction. Ces restrictions, liées aux fonctions des salariés, ne sauraient s'appliquer à l'ensemble du personnel, mais seulement à ceux en contact avec la clientèle. A ce propos, notons qu'en cas de litige, il appartient aux juges du fond d'apprécier souverainement si la tenue vestimentaire du salarié est, ou non, compatible avec ses fonctions et ses conditions de travail. A titre d'exemple, ont ainsi été justifiés les licenciements motivés par – nous l'avons vu – le port persistant du

¹³⁸ Serge FARNOCCHIA, *Liberté religieuse du salarié et intérêt de l'entreprise*, Recueil Dalloz, 1998, p.546

¹³⁹ CA Nancy, 6 février 2013, n°12/00984

¹⁴⁰ Laurent GIMALAC, *La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels*, Petites Affiches, 20 décembre 2002 n°254, p.11 à 19.

¹⁴¹ CA Paris, 3 avril 2008, n°06/10076

bermuda, dès lors que les fonctions et les conditions de travail du salarié pouvaient le mettre en contact avec la clientèle¹⁴² ; le port, malgré l'interdiction qui lui en avait été faite, d'un survêtement par une salariée d'une agence immobilière, en contact avec la clientèle¹⁴³ ; le fait pour un vendeur de matériel informatique de porter des jeans, tee-shirt et basket, au surplus mal entretenus, ne correspondant pas à la politique commerciale de l'entreprise¹⁴⁴ ; le comportement du salarié d'une entreprise de sécurité et de surveillance, qui se présente chez un client (un ministère) dans une tenue particulièrement négligée (jeans troués, tee-shirt et veste de treillis)¹⁴⁵ ; le refus persistant d'un vendeur d'un magasin de prêt-à-porter, en contact direct avec la clientèle, de porter les tenues de la marque, fournies par l'employeur, afin de représenter avec élégance la marque commercialisée¹⁴⁶ etc. les exemples sont nombreux.

Le motif de l'intérêt de l'entreprise ou plus précisément du contact avec la clientèle permet donc à l'employeur d'imposer des restrictions admises par la jurisprudence. Nous comprenons bien que, compte tenu des préférences d'une clientèle, certaines tenues ou choix d'apparence puissent être préjudiciables aux intérêts de l'entreprise. Toutefois, nous devons émettre une réserve : trop d'exigences risquent de sacrifier trop facilement la liberté de l'individu à des considérations qui ne sont pas celles de tous les clients ou qui ne sont pas légitimes¹⁴⁷. Par exemple, chez Chronodrive, entreprise de grande distribution, les salariés au contact de la clientèle étaient soumis à une réglementation assez sévère en matière d'apparence physique : jeans bleu brut, coupe droite, visage imberbe, cheveux courts et soignés. Si un salarié avait le malheur de se présenter avec un visage velu à son poste de travail, le rituel était toujours le même, le salarié était reconduit, avec une lame de rasoir, en salle de pause afin de se conformer à l'image de marque de l'entreprise. Ces conditions ont fort heureusement été assouplies et désormais, il a été décidé que tout salarié en contact avec la clientèle pourra porter un pantalon, coupe jeans, quelle que soit la matière, d'une couleur unie foncée de son choix, sous réserve

¹⁴² Cass, soc., 28 mai 2003, n°02-40273

¹⁴³ Cass, soc., 6 novembre 2001, n°99-43.988

¹⁴⁴ CA Reims, 12 janvier 2000, n°96/02399

¹⁴⁵ CA Paris, 25 janvier 2011, n°09-2207.

¹⁴⁶ CA Metz, 3 mars 2009, n°06-247

¹⁴⁷ Antoine JEAMMAUD, *Licenciement pour motif personnel. Règlement intérieur. Restriction à la liberté individuelle du salarié. Contrôle judiciaire*. Dr. Soc. 1998, p.506.

que le pantalon soit en bon état et propre, en excluant les pantalons de type « joggings », « treillis », « baggy » ou « sarouel ». Des exigences générales de ce type restent moins intrusives et plus respectueuses de la personne du salarié. Il convient dès lors de faire la part des choses, une prise de recul semble nécessaire en la matière afin de ne pas excéder le strict nécessaire aux intérêts de l'entreprise et de préserver la liberté du salarié.

En définitive, il existe plusieurs raisons qui permettent à l'employeur de s'immiscer dans l'apparence physique du salarié. Dans ce contexte, nul ne peut contester une telle immixtion en matière de sécurité et de santé, ces notions, qui renvoient directement à une altération du corps, justifient logiquement une altération de ce qui est porté par ce même corps. Par ailleurs, nul ne peut non plus être sensible à l'intérêt de l'entreprise, les intérêts économiques sont tout à fait légitimes, ce qui n'est pas le cas cependant, des atteintes injustifiées aux libertés individuelles des salariés. En effet, s'il va sans dire que l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, puisse imposer des restrictions vestimentaires ou liées à l'apparence physique de ses salariés, il faut toutefois veiller, dans chacune de ses décisions, à respecter les exigences de justification et de proportionnalité. Dans le même sens, pour des raisons d'hygiène et de sécurité, l'employeur pourra également restreindre la liberté de son salarié de porter des bijoux, une barbe ou les cheveux longs...

§2 – Les restrictions liées au « look » des salariés (barbe, cheveux, bijoux...)

Comme la jurisprudence a pu en témoigner, le contrôle par l'employeur des barbes, cheveux et autres accessoires du salarié relatifs au « look » qu'il choisit d'avoir, se justifie avant tout pour les raisons d'hygiène(A). Ce contrôle peut être amené à s'accroître dans certains corps de métiers (B).

A – Une justification par l'hygiène

Pour des raisons d'hygiène, mais également de sécurité, il est admis que lorsque le salarié est en contact avec des machines ou des produits toxiques, celui-ci doit s'attacher les cheveux, ôter sa cravate ou ses bijoux, ou tout autres éléments qui seraient de nature à engendrer un quelconque accident. Ainsi, un pâtissier a été licencié pour des raisons évidentes d'hygiène

parce qu'il refusait de se couper les cheveux qu'il portait sales et longs, et refusait même de les dissimuler sous une coiffe¹⁴⁸. De même, dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Caen, il a été jugé que l'exigence de port d'un masque bucco-nasal est exclusive de toute notion de discrimination et d'atteinte à la liberté individuelle des salariés sur l'apparence physique puisque cette mesure est imposée à tout salarié portant la barbe ou la moustache lors des interventions sur les aliments, précisément pour des raisons objectives d'hygiène. Par conséquent, le refus du salarié barbu de mettre un masque a été jugé comme constitutif d'une faute grave¹⁴⁹. *A contrario*, un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Metz a estimé que le port d'un piercing nasal discret par une hôtesse d'accueil dans un bowling ne contrevenait pas aux règles d'hygiène et de sécurité au travail¹⁵⁰.

B – Un contrôle approfondi dans certains métiers

Pour certains métiers, les exigences en la matière franchissent un pas en termes de précision, ce qui peut en dire long sur les attentes des employeurs concernant le « look » de leur salarié. En effet, par exemple l'article 8 intitulé « Pour des raisons d'hygiène et de sécurité » de l'arrêté du 8 avril 2015 relatif au métier de sapeur-pompier¹⁵¹, précise que le port de bijoux apparents (dont les boucles d'oreilles et les piercings) n'est pas autorisé ; que les cheveux doivent être d'une longueur compatible avec le port d'une coiffe ou être attachés ; que 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 doivent permettre une efficacité optimale du port des masques de protection. Ces exigences sont quasiment similaires pour les ambulanciers à qui l'on demande d'avoir une hygiène corporelle parfaite, c'est-à-dire des cheveux lavés régulièrement et maintenus attachés pendant les heures de travail, ainsi qu'une barbe courte et propre. Là encore, la liste n'est pas exhaustive.

¹⁴⁸ CA Paris, 28 mars 1989.

¹⁴⁹ CA Caen, 7 mars 2014, n°11-03138

¹⁵⁰ CA Metz, 7 avril 2008, n°08-262

¹⁵¹ Arrêté du 8 avril 2015 fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers, JORF n°0094 du 22 avril 2015

Dans certains secteurs où l'hygiène est plus que jamais mise au premier plan, les consignes se veulent encore plus précises. Ainsi, dans le domaine de l'industrie alimentaire ou trouver un cheveu dans le produit ou dans l'emballage peut amener au drame médiatique, l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture recommande la chose suivante : « *le seul procédé de protection consiste à porter une coiffe. Celle-ci, pour être efficace, doit envelopper toute la chevelure. Dans le cas de port de cheveux très longs, il est indispensable pour éviter leur mobilité, et de ce fait la dispersion des bactéries, de les pincer avec deux barrettes, l'une située le plus près possible de la tête et l'autre à l'extrémité des cheveux* ». Concernant la barbe, son port « *n'est pas conseillé aux personnes en contact permanent avec les denrées alimentaires non emballées. Aussi bien entretenue soit-elle ; la barbe supporte toujours de nombreuses bactéries* »¹⁵². Il est donc possible d'imaginer que cette recommandation puisse s'étendre à tous les métiers de bouche, notamment aux cuisiniers et aux serveurs. D'une manière plus générale, concernant le port de la barbe, les recherches sur le sujet nous indiquent de nombreux litiges entre employeurs et salariés, il existe même à ce titre des décisions contradictoires, la barbe étant devenue un phénomène de mode conduisant à une révision des codes professionnels. A ce titre, la Cour d'Appel de Versailles a jugé qu'un salarié de supermarché portant une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille, ne constitue pas une cause réelle et sérieuse de licenciement¹⁵³. A l'inverse, le licenciement d'un cuisinier ayant les cheveux sales et gras est aisément justifié¹⁵⁴. Les exemples sont nombreux, une fois de plus, est justifié le licenciement d'un salarié travaillant dans une entreprise de démantèlement et de logistique nucléaire refusant de raser sa barbe alors même que les consignes de sécurité autant justifiées et proportionnées soit-elle l'impose¹⁵⁵.

Concernant les tatouages et piercings, pour le défenseur des droits, « *les considérations générales liées à l'image de l'entreprise privée [...] ne permettent pas, en tant que telle, de justifier des restrictions générales et absolues en matière de tatouage et de piercing. Les employeurs privés [...] doivent dûment justifier le caractère approprié et proportionné de ces*

¹⁵² FAO, L'hygiène dans l'industrie alimentaire

¹⁵³ CA Versailles, 8 juillet 1994 n°93-6638

¹⁵⁴ CA Colmar, 15 janvier 2013, n°11/05558

¹⁵⁵ CA Nîmes, 21 juin 2016, n°14/04558

restrictions »¹⁵⁶. Le Défenseur des droits renvoie ainsi à l'application stricte de l'article L.1121-1 du Code du travail. Chez les soignants, il n'a pas été démontré de risques infectieux liés aux piercings, mais la crédibilité et la confiance qu'un patient peut avoir envers un praticien serait altérée par le port d'un piercing (nasal par exemple), raison pour laquelle les coutumes de la profession recommandent, si ce n'est de ne pas en avoir, du moins de recouvrir les piercings avec le masque et la coiffe, notamment pour le personnel travaillant dans des blocs opératoires.

Si certains litiges peuvent être tranchés en faveur de l'employeur, encore faut-il que ces impositions, qu'elles concernent la tenue vestimentaire, les accessoires ou le port de cheveux long et/ou d'une barbe, répondent aux exigences de justification et de proportionnalité. Dans le cas contraire, les impositions de l'employeur seraient considérées comme abusives. Ces exigences textuelles sont donc considérées comme des remparts nécessaires à l'arbitraire du pouvoir patronal en la matière. Cependant, au vu de la jurisprudence, il s'avère que ces exigences soient assez limitées.

Section 2 – Le respect du principe de nécessité et de proportionnalité imposé par le Code du travail et ses conséquences

Les restrictions apportées à l'apparence physique des salariés motivées par des exigences tenant à l'hygiène, la santé ou la sécurité ou encore l'intérêt de l'entreprise doivent faire l'objet d'un contrôle afin d'éviter les abus de la part de l'employeur. Toutefois, si elles sont majoritairement aisément admises, (§1) dans certains cas, ces restrictions ne sont pas sans contrepartie grâce aux avancées jurisprudentielles et législatives. Ainsi, le coût de l'entretien des tenues, ou les temps d'habillage et de déshabillage peuvent faire l'objet d'une prise en charge par l'employeur, néanmoins sous certaines conditions désormais bien encadrées (§2).

§1 – Le contrôle de l'apparence physique du salarié dans l'entreprise

Si l'apparence physique constitue un droit pour les salariés, il ne s'agit pas d'un droit absolu. Dès lors, il est possible d'y apporter des restrictions notamment par l'article L.1121-1

¹⁵⁶ Décision-cadre, Défenseur des droits, n° 2019-205, 2 octobre 2019

du Code du travail qui dispose que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* » (A). Cet article figure dans un titre II intitulé « Droit et libertés dans l'entreprise », lui-même situé dans le livre 1^{er} du Code du travail intitulé « Dispositions préliminaires ». Le salarié persistant dans son refus peut se voir opposer une mesure de sanction pouvant aller jusqu'à son licenciement. (B).

A – Des restrictions aisément admises eu égard à l'ambivalence de l'article

L'articulation entre le pouvoir de direction et les libertés individuelles des salariés était – nous l'avons vu – au cœur de l'arrêt du 28 mai 2003 dit « l'affaire du bermuda »¹⁵⁷, consacrant le pouvoir de l'employeur d'imposer des contraintes vestimentaires à ses salariés en même temps qu'il reconnaît leur « *liberté de se vêtir à sa guise* »¹⁵⁸. En effet, en soulignant sur le fondement de l'article L.1121-1 du Code du travail que l'employeur ne peut imposer aux salariés des contraintes qui ne soient pas justifiées et proportionnées, la Haute Juridiction admet l'existence d'un pouvoir de l'employeur sur la tenue vestimentaire de ses salariés.

A ce titre, transparaît de l'article un double jeu : d'une part, il annonce une disposition protectrice des libertés du salarié, mais d'autre part, il se révèle être un instrument puissant de légitimation du pouvoir patronal¹⁵⁹. En outre, cette disposition ambivalente limite le pouvoir de l'employeur en même temps qu'elle le consacre. En effet, si ce texte a contribué à la reconnaissance des libertés du salarié et est généralement analysé sous cet angle, il n'en constitue pas moins le principal fondement juridique du pouvoir de l'employeur en lui permettant d'apporter aux libertés du salarié, notamment relative à son apparence physique, des restrictions justifiées et proportionnées. Affirmer que « *nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* », signifie tout simplement que toute restriction est légitime dès lors qu'elle répond à cette double condition.

¹⁵⁷ Cass, soc 28 mai 2003, n°02-40273.

¹⁵⁸ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc, 2004, p.132

¹⁵⁹ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc, 2003, p.132

Cette lecture fait de cette disposition l'un des principaux supports du pouvoir patronal. Dans ce sens, la Cour d'Appel de Paris reconnaît ce pouvoir de manière explicite dans un arrêt du 16 mars 2001 en relevant que « *l'employeur est seul apte à juger de l'apparence d'une vendeuse en contact avec la clientèle dès lors que son exigence s'exerce dans le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs et est fondée sur une cause objective liée à l'intérêt de l'entreprise* »¹⁶⁰. Cette solution ne peut que conforter le pouvoir de direction de l'employeur à l'égard de l'apparence physique de ses salariés.

Cependant, ce pouvoir est à magner avec prudence sous peine de dérive et d'atteinte à la liberté des salariés. Les conditions posées par l'article L.1121-1 du Code du travail pour que la restriction soit justifiée sont telles qu'il s'agit d'un sujet de controverse pour le juriste, en raison de la complexité qui caractérise les idées de proportionnalité et de justification¹⁶¹. A l'étude de la jurisprudence, nous pouvons constater que les tribunaux font une application très souple des exigences de justification et de proportionnalité prévues par ledit article.

La première exigence est la justification de la restriction « *par la nature de la tâche à accomplir* ». L'employeur doit ainsi fournir au salarié et aux juges des éléments objectifs permettant de légitimer l'atteinte ou la restriction, la justification fait l'objet d'une appréciation concrète en fonction des tâches que le salarié s'est vu confier par son contrat de travail. La seconde exigence répond de sa proportionnalité par rapport au « *but recherché* ». Théoriquement, le principe de proportionnalité se définit comme « *le caractère des grandeurs qui sont ou restent proportionnelles entre elles* »¹⁶². Cette vérification implique en réalité la vérification de trois critères : le premier étant le critère de pertinence, le juge doit regarder que le moyen choisi soit propre à atteindre le but visé, le second critère est celui de la nécessité, en outre la mesure prise par l'employeur doit être indispensable, le juge doit vérifier si l'objectif ne peut pas être atteint par un moyen plus respectueux de la liberté du salarié. Enfin, le critère de proportionnalité, le juge doit analyser si la gravité des effets de la mesure choisie sur la situation du salarié n'est pas disproportionnée par rapport au résultat escompté.

¹⁶⁰ CA Paris, 16 mars 2001, RJS 11 janvier n°1252

¹⁶¹ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc. 2004, 132

¹⁶² CORNESSE, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001, p.161 et suivants.

Dans le cadre de notre étude, la Cour de cassation se livre à un contrôle des justifications très peu étayées. L'employeur devrait démontrer en quoi la tâche confiée au salarié exige de restreindre la liberté vestimentaire du salarié. Or dans « l'affaire dit du bermuda », la Cour de cassation se contente, limitativement, de souligner que la tenue vestimentaire du salarié était « incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail ». L'arrêt du 6 novembre 2001¹⁶³ est encore plus étonnant dans sa solution, la Cour de cassation se contente de relever que « s'il est exact que la restriction de la liberté individuelle de se vêtir doit être justifiée par la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché, la Cour d'appel, qui a constaté que la salariée était en contact avec la clientèle de l'agence immobilière, a pu décider que la décision de l'employeur de lui interdire de se présenter au travail en survêtement était justifié ».

Cette légèreté dans le contrôle peut s'expliquer par la rédaction assez maladroite du texte. Comment déterminer le but recherché à moins de sonder l'intention de l'employeur ou de procéder à une analyse objective conduisant à assimiler « but recherché » et « intérêt de l'entreprise » ?¹⁶⁴ Le contrôle opéré par les juges s'agissant des contraintes vestimentaires imposées aux salariés est d'autant plus faible que la justification de la restriction par rapport à la nature de la tâche à accomplir fait l'objet d'un simple jugement de normalité¹⁶⁵. Il apparaît, en effet, à l'étude de la jurisprudence, et ceci depuis de nombreuses années, que la restriction à la « liberté de se vêtir à sa guise » devient légitime lorsque la tenue présente un caractère « normale »¹⁶⁶, ou est « inhabituelle »¹⁶⁷. Les juges confrontent ainsi l'apparence physique du salarié à ce que la clientèle peut « normalement » attendre. A ce titre, parfois les juges s'engagent dans une analyse sociologique de la clientèle de l'entreprise. La difficulté est de savoir ce qu'est la norme ? D'un groupe social à un autre, d'un individu à un autre, et même d'un juge à un autre la norme se présente-t-elle de manière identique ? Ces interrogations demeurent complexes aujourd'hui et engendrent une certaine gêne.

¹⁶³ Cass, soc., 6 novembre 2001, n°99-43.988

¹⁶⁴ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc. 2004, 132

¹⁶⁵ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc. 2004, 132

¹⁶⁶ Cass, soc., 22 juillet 1986, n°82-43.824

¹⁶⁷ CA Rouen, 13 novembre 2001, RJS 1/02, n°8

Dès lors, si le salarié n'entre pas dans le cadre de cette « normalité » apprécié souverainement par les juges du fond – et par l'employeur –, le salarié persistant dans son refus peut se voir opposer une mesure de sanction pouvant aller jusqu'à son licenciement.

B - Le refus de subordination du salarié soldé par un licenciement

Existe le principe selon lequel l'apparence physique du salarié en temps et lieu de travail ne peut en elle-même constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement. Cependant, il est possible que l'employeur donne l'ordre à un salarié d'abandonner une pratique vestimentaire ayant une cause objective, notamment liée à la protection de l'intérêt de l'entreprise, à la sécurité ou à la décence. Ceci est largement admis en jurisprudence et amène à considérer que les éléments constitutifs de la faute grave soient réunis lorsque le refus de la contrainte est plusieurs fois manifesté. Au-delà de l'apparence du salarié, c'est son insubordination qui motive alors les juges à ne pas écarter la qualification de la faute grave. Certaines circonstances peuvent même avoir pour conséquences d'accentuer le caractère de la gravité de la faute commise, qu'il s'agisse du fait que le salarié, ayant 10 ans d'ancienneté, ne pouvait ignorer qu'il était tenu au respect de certaines obligations dans le domaine vestimentaire ou encore le candidat à l'emploi, prévenu au moment de son recrutement, que le profil du poste proposé justifiait des exigences concernant la tenue de travail¹⁶⁸. Parfois, le comportement isolé de celui qui résiste à la contrainte et aux règles patronales alors que les autres salariés se plient volontiers à la discipline de l'entreprise peut constituer une circonstance aggravante ; il en est de même si la personne concernée juge utile de donner à son attitude une publicité telle qu'elle jette à la fois un discrédit sur la hiérarchie et sur l'image que les clients doivent avoir de l'entreprise, selon les termes de la Cour de cassation dans « l'affaire dit du bermuda ». En outre, dès que la décision de l'employeur est destinée à tendre au bon fonctionnement de l'entreprise, les juges restent rarement sourds aux griefs invoqués.

¹⁶⁸ Gérard LACHAISE, *Conditions des restrictions vestimentaires imposées par l'employeur*, JCP éd. E, n°48, 28 novembre 2002, 1732

Toutefois, force est de constater que le malaise éprouvé face aux ruptures de contrat de travail justifié par l'apparence physique se révèle également par le régime juridique de cette rupture. En effet, au-delà de la recherche de la faute grave, c'est la cause réelle et sérieuse du licenciement qui est mise en avant pour le justifier, outre la liberté sous-jacente.¹⁶⁹ Il s'agit ici d'une illustration parfaite du glissement qui s'opère des libertés vers celui du pouvoir, puisque c'est dans la finalité même de son pouvoir, soit dans l'intérêt de l'entreprise, que l'employeur est invité à puiser le motif de licenciement¹⁷⁰.

Ainsi, l'employeur dispose d'un pouvoir assez fort, qu'il tient légitimement de son pouvoir de direction, d'intervenir dans les choix vestimentaires de ses salariés, conforté par son pouvoir disciplinaire. Cette intervention passe parfois par l'imposition d'une simple tenue correcte, ou plus encore, d'un « uniforme ». Cependant, la restriction à la liberté individuelle du salarié quant à son apparence physique ne peut-elle pas, dans ces conditions, trouver une contrepartie de la part de l'employeur ? Le coût de ces tenues, ou le temps passé à les revêtir, ne peuvent-ils pas être compensés ? La réponse à ces questions a été donnée par la Cour de cassation, au fur et à mesure de sa jurisprudence, de manière favorable au salarié de prime abord, puis en y apportant une certaine nuance par la suite, revenant à réaffirmer le pouvoir de direction de l'employeur.

§2 – Les restrictions admises à la liberté vestimentaire encadrées d'une contrepartie

Nous l'avons vu, le pouvoir de direction de l'employeur, conforté par son pouvoir disciplinaire et par l'article L.1121-1 du Code du travail est habilité à imposer des restrictions tenant à l'apparence physique du salarié. Toutefois, imposer le port d'une tenue spécifique peut suggérer des coûts d'entretien, et même un temps d'habillage et de déshabillage assez conséquent selon la tenue à revêtir par le salarié. Dans ce cadre, la jurisprudence a pu, à bon droit, considérer que ces frais devaient être assumés par l'employeur, sous certaines conditions,

¹⁶⁹ Antoine JEAMMAUD, *Licenciement pour motif personnel. Règlement intérieur. Restriction à la liberté individuelle du salarié. Contrôle judiciaire*. Dr. Soc 1998, p.506

¹⁷⁰ Pascal LOKIEC, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc 2004, 132

avant de laisser les modalités de cette prise en charge entre les mains de l'employeur (A). Concernant les temps d'habillage et de déshabillage, ces derniers ne constituent pas du temps du travail effectif et ne peuvent donc, à ce titre, être rémunérés comme tels sauf à remplir des conditions légales que la Cour interprétait *a priori* de manière assez favorable aux salariés dans un premier temps, puis ensuite revenir à une lecture plus stricte du texte (B).

A – Le coût de l'entretien à la charge de l'employeur

L'employeur peut imposer à ses salariés le port d'une tenue vestimentaire qui se justifie en principe par des questions d'hygiène et de sécurité. Une telle obligation peut aussi tout à fait être imposée à des fins commerciales, comme les tenues à l'effigie de la société telles que celle que peuvent porter les caissières ou serveurs dans la restauration alors qu'ils n'ont aucun rapport avec la sécurité ou l'hygiène. Mais, si ces salariés doivent porter une tenue de travail spécifique, doivent-ils pour autant en assurer, en plus, le nettoyage ? L'employeur n'est-il pas, au contraire, tenu d'assumer la charge de l'entretien des tenues vestimentaires qu'il impose à ses salariés ?

Ces questions avaient suscité de nombreuses contestations de la part des employeurs qui invoquaient vivement l'absence de disposition légale ou conventionnelle prévoyant l'obligation, à leur charge, de l'entretien de la tenue vestimentaire des salariés. Saisi de la question, la Cour de cassation a apporté une réponse claire et non équivoque dans un arrêt de principe en date du 21 mai 2008¹⁷¹. En l'espèce, plusieurs catégories de salariés se voyaient imposer le port de tenues vestimentaires professionnelles dans un supermarché de la société Carrefour. C'est ainsi que les bouchers, caissières, employés commerciaux, managers de rayon, poissonniers, boulangers, vendeurs et vendeuses du rayon traiteur et les pompistes étaient astreints au port de ces vêtements fournis gratuitement par la société. En revanche, seul l'entretien de la tenue des bouchers était pris en charge par la société. Les syndicats ont donc engagé une action contre la société afin d'obtenir la prise en charge de l'entretien desdites tenues de tous les salariés pour qui le port était obligatoire également. Le TGI¹⁷² de Nanterre a

¹⁷¹ Cass, soc., 21 mai 2008, n°06-44.044

¹⁷² Depuis le 1^{er} janvier 2020, les TGI n'existent plus. En effet, le TGI a fusionné avec le tribunal d'instance pour être remplacé par le tribunal judiciaire et le tribunal de proximité.

dans un premier temps reconnu que l'obligation du port de vêtements spécifiques ne faisait pas difficulté en application de l'article L.1121-1 du Code du travail. Puis, dans un second temps, les juges se sont appuyés sur l'article L.4122-2 du même Code lequel prévoit que « *les mesures concernant la sécurité, l'hygiène, et la santé au travail ne doivent en aucun cas entraîner des charges financières pour les travailleurs* ». Se trouvait ainsi justifiée l'obligation pour l'employeur de prendre en charge l'entretien des tenues d'une certaine catégories de salariés : les bouchers, les poissonniers et autres pompistes ont certainement l'obligation de porter des vêtements professionnels pour des raisons d'hygiène voire de sécurité.

Face à ce jugement, la société décide d'interjeter appel tandis que les syndicats, pour leur part, demandaient à ce que la décision soit étendue à toutes les catégories de salariés dont le port de vêtement professionnel était obligatoire. La Cour d'Appel de Versailles a repris, de la même manière, pour les salariés exposant leur sécurité, leur santé ou leur hygiène au travail le raisonnement des juges de Nanterre. Pour les autres salariés, les juges avaient accédé à la demande des syndicats. La solution était claire : « *la société ne peut sans fondement valable refuser la prise en charge de l'entretien des vêtements de travail dont elle impose le port à ses salariés tant pour des raisons d'hygiène et de sécurité inhérentes aux tâches exercées par certaines que pour des raisons de simple stratégie commerciale au regard des tâches exercées par d'autres* ». « *Le jugement sera en conséquence confirmé sauf en ce qu'il a dit que la société n'était pas tenue d'assurer l'entretien des tenues de travail des autres salariés astreints au port de vêtement professionnels* ».

A son tour, la Cour de cassation affirme, sans ambiguïté, le principe selon lequel l'employeur doit assumer le coût de l'entretien des vêtements de travail dont il impose le port à l'ensemble des salariés, que ce soit pour des raisons d'hygiène et de sécurité, ou pour des raisons de simple stratégie commerciale.

Certes, aucune obligation légale ou conventionnelle ne prévoyait cette obligation à la charge de l'employeur – qui d'ailleurs n'a pas hésité à soulever le grief – si ce n'est l'article L.4122-2 du Code du travail précédemment cité. Ainsi, selon l'employeur, si le Code du travail ne contient que des dispositions lui imposant d'assumer le coût de l'entretien des vêtements de travail effectuant des travaux particulièrement salissants ou insalubres, *a contrario*, cela signifie que le législateur n'avait pas souhaité imposer aux employeurs de prendre en charge des autres tenues de travail. L'employeur contestait dès lors que puisse être mis à sa charge l'entretien des

tenues imposées à ses salariés, pour au moins une partie des travailleurs concernés comme les employés commerciaux par exemple.

Mais l'employeur n'avait pas tenu compte d'une règle de principe édictée depuis une dizaine d'années par la Cour de cassation¹⁷³. En effet, dans une affaire en date du 25 février 1998¹⁷⁴, la Cour avait dégagé un principe – confirmé à de multiples reprises par la suite¹⁷⁵ - selon lequel « *les frais qu'un salarié justifie avoir exposés pour les besoins de son activité professionnelle et dans l'intérêt de l'employeur doivent lui être remboursés sans qu'ils ne puissent être imputés sur la rémunération qui lui est due* ». Or, l'entretien de la tenue vestimentaire imposée par l'employeur à l'ensemble de ses salariés, pour quelques raisons que ce soit, entre manifestement dans la catégorie des frais professionnels. Par conséquent, une telle solution de la part de la Cour de cassation n'était pas surprenante¹⁷⁶. La Cour de cassation a déjà pu faire application de son principe mais en le rattachant directement à la règle de l'article 1135 du Code civil selon lequel les parties s'engagent non seulement à ce qui est exprimé dans le contrat, mais aussi aux suites que l'équité donne à l'obligation née du contrat¹⁷⁷.

Il suffisait donc à la Cour, en l'espèce, de reprendre ces solutions et de les appliquer à la question de la prise en charge de l'entretien des vêtements de travail obligatoires pour les salariés afin de résoudre le problème dont elle était saisie. Ainsi, la Cour de cassation a fondé sa solution juridiquement sur une application cumulative des règles de droit du travail et de droit civil. En effet, elle ne s'est pas bornée à évoquer l'article L.4122-2 du Code du travail pour une raison simple : cette disposition justifierait seulement de mettre à la charge de l'employeur l'entretien des tenues pour des raisons d'hygiène et de sécurité. Or, lorsque l'on impose à des salariés de porter une tenue spécifique, quelle qu'en soit la raison, tous les salariés subissent la même contrainte. Il y aurait dès lors une certaine inégalité à ce que certains soient exonérés des charges liées à l'entretien du port obligatoire de ces tenues selon le motif pour

¹⁷³ Jean Emmanuel TOURREIL, *L'employeur doit assumer les frais d'entretien de la tenue de travail qu'il impose aux salariés de porter*, JSL, n°23, 3 juin 2008, 238

¹⁷⁴ Cass, soc., 25 février 1998, n°95-44.096

¹⁷⁵ Cass, soc., 9 janvier 2001, n°98-44.833 / Cass, soc., 15 novembre 2006, n°04-48.689 / Cass, soc., 13 février 2007 n°04-45.389

¹⁷⁶ S. MAILLARD, *Cout de l'entretien des vêtements de travail*, 4 juin 2008

¹⁷⁷ Cass, soc., 10 novembre 2004, n°02-41.881

lequel l'employeur impose la tenue. Ainsi, les Hauts Magistrats ont fondé leur solution sur le droit commun des contrats, et plus particulièrement l'article 1135 du Code civil selon lequel « *les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* ». Et cela, parce que le contrat de travail est soumis au droit commun des contrats et donc à l'article 1135 du Code civil en vertu de l'article L.1221-1 du Code du travail.

Le silence de la loi en matière de prise en charge de la tenue vestimentaire imposée au salarié n'a donc pas empêché le juge, dans son habit d'interprète¹⁷⁸, d'user de l'équité afin d'élargir le contenu du contrat de travail, dans une perspective de rééquilibrage de la situation.¹⁷⁹ En droit, la décision est intéressante parce qu'elle renoue avec une application cumulative des règles du Code civil et du Code du travail, toutes les fois que le droit civil peut enrichir le droit du travail¹⁸⁰.

Par ailleurs, à ces arguments s'ajoute une autre justification, tirée cette fois de l'article L1121-1 du Code du travail. La condition à ce qu'une liberté individuelle du salarié, telle que celle de se vêtir, puisse être atteinte par l'employeur, serait qu'elle soit justifiée mais aussi proportionnée au but recherché. On peut comprendre ces conditions la manière suivante : l'atteinte portée à la liberté doit être nécessaire, mais elle doit être la plus limitée possible. Ainsi, décharger les salariés des frais impliqués par l'entretien des vêtements professionnels imposés par l'employeur en vertu justement de cet article paraît répondre parfaitement à cette exigence, la nécessité c'est le port de la tenue, raison pour laquelle le port est rendu obligatoire ; mais l'atteinte ne doit pas aller jusqu'à faire supporter le coût de cette mesure aux salariés.

Toutefois, notons que la Cour de cassation, non lassée de façonner un cadre juridique à la question des obligations vestimentaires du salarié, a par la suite censuré une cour d'appel imposant à un employeur de « *mettre en place un système de ramassage, de lavage et de repassage chaque semaine des tenues sales, et de remise à disposition, la semaine suivante, des*

¹⁷⁸ Sébastien TOUNAUX, *L'entretien des tenues vestimentaires professionnelles à la charge de l'entreprise*, Hebdo éd. S n°228 du 21 septembre 2006, n°LXB : N2883ALD

¹⁷⁹ S. MAILLARD, *Coût de l'entretien des vêtements de travail*, 4 juin 2008

¹⁸⁰ Jean MOULY, *Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique*, Etudes offertes à Claude LOMBOIS, 2004, p. 359 et suivantes

tenues propres dans les casiers prévus à cet effet ». En effet, selon la Cour de cassation, certes le juge prud'homal est compétent pour ordonner à un employeur de respecter son obligation d'assumer le coût de l'entretien des tenues, cependant, c'est à l'employeur, dans le cadre de son pouvoir de direction, de définir comment il souhaite prendre en charge cet entretien, et non au juge¹⁸¹. Pour les Hauts Magistrats, juger le contraire irait à l'encontre du pouvoir de direction de l'employeur et plus généralement, du principe fondamental de la liberté d'entreprendre. Le juge n'a pas à s'immiscer dans la gestion de l'entreprise en prenant des décisions à la place des dirigeants. L'employeur peut donc décider de rétribuer la clause d'entretien de la tenue ou bien décider de s'acquitter de son obligation en nature. Par cette décision, nous retournons ainsi dans le pouvoir incontestablement fort de l'employeur, celui de direction. Si les salariés ont gagné la bataille de la prise en charge des coûts de la tenue vestimentaire imposée, il n'en reste pas moins que les modalités de celle-ci seront fixées par l'employeur.

Un autre débat intermédiaire avait, depuis longtemps, occupé les spécialistes du droit du travail : celui des opérations d'habillage et de déshabillage des salariés imposés de porter une tenue spécifique. En effet, selon le costume, l'uniforme, ou la tenue que le salarié doit revêtir – notamment chez Disneyland – l'habillage ou le déshabillage peut prendre un certain temps. Dès lors, se posait la question de savoir si ce temps pouvait constituer du temps de travail effectif et être rémunéré à ce titre.

B – Le temps d'habillage et de déshabillage à la charge limitée de l'employeur

Cette question avait suscité beaucoup de débat, notamment lors de l'élaboration de la Loi du 19 janvier 2000¹⁸² relative à la réduction négociée du temps de travail, dites Loi « Aubry II » qui a posé la règle. Le texte de l'article L.3121-3 du Code du travail est particulièrement clair, dès lors, le temps nécessaire aux opérations d'habillage et de déshabillage d'une tenue imposée par des dispositions légales ou conventionnelles, par le règlement intérieur ou le

¹⁸¹ Cass, soc., 12 décembre 2012, n°11-26.585

¹⁸² Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000 relative à la réduction négociée du temps de travail, JORF n°16 du 20 janvier 2000

contrat de travail, peut donner lieu à des contreparties soit sous forme de repos, soit sous forme financière lorsqu'il s'assimile à du travail effectif. Le législateur a voulu faire en sorte que la clarté du texte élimine toute tentative d'interprétation du juge.

Cependant, la Cour de cassation a interprété dans un premier temps de manière souple et favorable aux salariés, les dispositions de l'article L.3121-3 du Code du travail. Ainsi, dès lors que le port d'une tenue était rendu obligatoire par l'employeur, la Haute juridiction concluait systématiquement que les opérations d'habillage et de déshabillage devaient se dérouler dans l'entreprise ou sur le lieu de travail¹⁸³. Il n'était donc pas nécessaire de rechercher si les salariés avaient ou non la latitude de s'habiller à leur domicile ou s'ils avaient ou non un motif légitime de refuser de porter leur « uniforme » en dehors du temps de travail¹⁸⁴. Puis, dans un second temps, la Cour de cassation est revenue à une lecture plus littérale et plus fidèle du texte de l'article L.3121-3 du Code du travail par décision en date du 26 mars 2008¹⁸⁵. Le revirement de jurisprudence opéré privait ainsi le salarié de contrepartie s'il n'avait pas été expressément astreint par son employeur à se changer sur son lieu de travail.

La nouvelle position de la Cour n'a cependant pas mis tout le monde d'accord et les juges du fond ont fait résistance. Ceci a conduit la cour à les censurer par deux fois¹⁸⁶ avant de figer définitivement la règle en assemblée plénière¹⁸⁷ réaffirmant solennellement que « *selon l'article L.3121-3 du Code du travail, les contreparties au temps nécessaires aux opérations d'habillage et de déshabillage sont subordonnées à la réalisation cumulative des deux conditions qu'il édicte* ». C'est également la position du Ministère du Travail de l'époque qui, lors des débats parlementaires, a affirmé que « *d'une part, le salarié doit porter une certaine tenue de travail, d'autre part, il doit la mettre sur le lieu de travail. La condition est double* »¹⁸⁸.

L'esprit de l'arrêt du 26 janvier 2005 avait reçu un avis favorable de la doctrine. La lecture minimaliste des dispositions de l'article L.3121-3 du Code du travail avait le mérite de mettre

¹⁸³ Cass, soc., 26 janvier 2005, n°03-15033

¹⁸⁴ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *Rémunération du temps d'habillage et de déshabillage*, semaine juridique sociale n°8, 19 février 2013, 1088

¹⁸⁵ Cass, soc., 26 mars 2008, n°05-41476

¹⁸⁶ Cass, soc., 10 novembre 2009, n°07-45296 / Cass, soc., 17 février 2010, n°08-44343

¹⁸⁷ Cass, plen., 18 novembre 2011, n°10-16491

¹⁸⁸ Martine AUBRY, AN 2^{ème} séance, 1^{er} décembre 1999 présidé par Philippe HOUILLON

à mal les « *stratégies de détournement* »¹⁸⁹ de certains employeurs, à qui il suffisait de ne pas imposer aux salariés de revêtir leur tenue sur le lieu de travail pour s'exonérer de la contrepartie légale. A l'opposé, il était néanmoins permis de s'interroger sur les raisons légitimes qui pouvaient conduire un employeur à s'acquitter d'une contrepartie sans que la deuxième condition du texte ne soit réunie dans la mesure où, par principe, tout salarié se trouve contraint de revêtir une tenue pour se présenter sur son lieu de travail, peu importe qu'elle soit uniforme. Dès lors, le retour à une lecture plus stricte dudit article a pu faire renaître un débat que la Cour avait souhaité clore en se réunissant en assemblée plénière. L'exigence de la double condition légale aurait, en effet, pu être la cause de la privation systématique de la contrepartie, faute pour les salariés d'être obligés de procéder aux opérations d'habillage et de déshabillage sur leur lieu de travail.

C'est ainsi tout l'apport d'une autre décision du 21 novembre 2012¹⁹⁰. Sans remettre en cause sa jurisprudence, la Cour y apporte un sérieux tempérament en considérant que la deuxième condition de l'article L.3121-3 du Code du travail est nécessairement remplie lorsque le salarié se trouve contraint, pour des raisons d'hygiène, de revêtir sa tenue de travail et de l'enlever sur son lieu de travail. Ainsi, l'obligation de se changer sur le lieu de travail peut se déduire des conditions de travail, lorsque les conditions d'insalubrité dans lesquelles le salarié exerce son activité lui imposent de revêtir et d'enlever sa tenue de travail sur le lieu de travail. Les salariés manipulant des produits dangereux ou salissants (risque de brûlures de la peau et des yeux par le ciment, l'asphalte coulé, l'enrobé, le bitume ou les adjuvants de béton) ou exposés à des projections, n'ont pas véritablement le choix : ils doivent se changer sur place. Il n'est pas envisageable qu'ils puissent le faire à leur domicile, ou quitter l'entreprise revêtus d'une tenue devenue notamment insalubre. D'ailleurs, cela est aussi le cas lorsque la nature de l'équipement de travail, combinaison, casque, gants et chaussures de sécurité, empêche le salarié d'arriver ainsi équiper sur son lieu de travail¹⁹¹. La solution est de bon sens, tant il apparaît évident que certains vêtements de travail ne sont pas « exportables » hors de l'entreprise. Il existe, en effet, des contraintes de fait inhérentes à certains secteurs – agro-alimentaire, nucléaire, parc

¹⁸⁹ Cass, soc., 26 janvier 2005, n°03-15033

¹⁹⁰ Cass, soc., 21 novembre 2012, n°11-15696

¹⁹¹ CA Paris, 10 janvier 2012, n°12/00397

d'attraction, etc. – ou la nature de l'activité rend nécessaire le changement de tenue sur le lieu de travail. Nul besoin d'une adjonction de l'employeur, son caractère obligatoire se déduit des circonstances et des contraintes liées à l'emploi¹⁹².

Indubitablement, la précision de la Cour donne au texte une efficacité et une cohérence qu'il n'a jamais reçue. L'évolution de la position de la Cour était prévisible et annoncée dans des arrêts antérieurs restés « confidentiels »¹⁹³. C'est ainsi que le 23 novembre 2011¹⁹⁴ la chambre sociale a confirmé la décision des juges du fond selon lesquels lorsque « *le port de chaussures de sécurité s'impose aux salariés concernés tant en application du règlement intérieur que des règles de sécurité propres aux postes occupés par ces derniers [...], ils devaient les mettre et les retirer dans les locaux de l'entreprise* ». C'est en terme quasiment identiques, invoquant « *des règles de sécurité propres aux postes d'agent de production [...] ainsi que la nature de leurs fonctions qui les amenaient à utiliser des produits chimiques et se révélaient salissantes* », que la Cour de cassation déduit « *qu'ils devaient mettre et retirer leur tenue de travail dans les locaux de l'entreprise* »¹⁹⁵. Dès lors qu'il y a une absence d'obligation express de se changer sur place, les salariés doivent percevoir une contrepartie en temps ou en argent.

Nous pouvons penser que l'exception posée par la Cour ne se limitera pas aux raisons d'insalubrité et d'hygiène invoquées au cas d'espèce mais plus généralement, à toute circonstance qui contraint le salarié à se changer sur le lieu de travail. La décision du 21 novembre 2012 pourrait être ainsi étendue aux activités qui, pour des raisons de sécurité ou de santé, imposent que les opérations d'habillage ou de déshabillage se réalisent sur le lieu de travail. Sont concernés, les vêtements ou accessoires de protection individuelle, les combinaisons intégrales, les costumes à thème dans les parcs de loisir et d'attraction, mais également certains uniformes dont le port sur le trajet domicile-travail peut exposer à des risques pour la sécurité des intéressés.

¹⁹² Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *Rémunération du temps d'habillage et de déshabillage*, semaine juridique sociale n°8, 19 février 2013, 1088

¹⁹³ Danielle CORRIGNAN-CARSIN, *Rémunération du temps d'habillage et de déshabillage*, semaine juridique sociale n°8, 19 février 2013, 1088

¹⁹⁴ Cass, soc., 23 novembre 2011, n°10-20.570

¹⁹⁵ Cass, soc., 11 juillet 2012, n°11-21.192

Notons, tout de même que, si l'employeur est très souvent admis à imposer ses contraintes s'agissant de l'apparence physique de ses salariés, il semblerait que les dérives et abus aient conduit les juges du fond à devenir plus rigoureux sur le sujet. Ainsi, alors que l'employeur était jusqu'alors « *seul juge des conditions esthétiques de ses salariés en contact avec la clientèle* »¹⁹⁶, tel n'a pas été l'avis de la Cour d'Appel en date du 7 juin 1990¹⁹⁷. En l'espèce, l'employeur qui n'autorise les caissières de son magasin à porter un pantalon uniquement s'il est dissimulé par de hautes bottes interdit en réalité le port de ce vêtement notamment pendant la période estivale. En invoquant « *de simples considérations esthétiques* », la Cour a jugé que l'employeur apportait une restriction trop excessive aux droits et libertés individuelles ou collectives, qui n'était pas justifiée par la nature de la tâche des salariées, le port de ce type de vêtement pouvant par ailleurs représenter à leurs yeux l'un des symboles de l'égalité des deux sexes. Les salariées averties, mises à pied, puis licenciées pouvaient en conséquence prétendre à des dommages et intérêts. Dans ce sens, il a aussi été jugé qu'un employeur ne pouvait interdire à une apprentie-serveuse de porter un piercing à l'arcade sourcilière, dont le port n'était pas incompatible avec l'exercice de ses fonctions et n'avait provoqué aucune réaction de la clientèle¹⁹⁸. La même solution avait été adoptée concernant un formateur à qui l'employeur avait reproché de venir travailler en maillot de football, cette tenue n'étant pas incompatible avec ses fonctions¹⁹⁹. Ces exemples permettent ainsi de nuancer nos propos. Cependant, force est d'admettre que l'employeur demeure toutefois généralement admis, lorsque celui-ci invoque l'intérêt de son entreprise, à imposer des directives s'agissant de l'apparence physique de ses salariés, quand bien même les restrictions seraient attentatoires aux libertés du salarié.

A ce stade, les principes en matière d'apparence physique au travail sont clairs : si « la liberté de se vêtir à sa guise » est reconnue aux salariés, celle-ci reste une liberté individuelle non considérée comme fondamentale. Nous l'avons vu, par conséquent l'employeur à la

¹⁹⁶ CA Paris, 6 mai 1982, n°21221

¹⁹⁷ CA Paris, 7 juin 1990, n°90-30904

¹⁹⁸ CA Toulouse, 11 octobre 2001, n°2001/00557

¹⁹⁹ CA Paris, 7 juin 2007, n°06/00269

possibilité de lui apporter des restrictions à condition que ces dernières soient justifiées et proportionnées au regard de la nature de la tâche à accomplir par le salarié, ce qui sera le cas si ces restrictions répondent à des objectifs d'hygiène et de sécurité ou encore si elles sont mises en œuvre dans l'intérêt de l'entreprise. Nous avons d'ailleurs constaté que nombre de décisions donne raison à l'employeur. Néanmoins, en la matière, les préférences de l'employeur concernant l'apparence physique de ses salariés peuvent amener à une discrimination du fait des considérations purement personnelles de celui-ci. Il ne faut pas voir une discrimination dans toutes restrictions à l'apparence physique de la part de l'employeur, celui-ci en vertu de l'article L.1133-1 du Code du travail peut à nouveau être amené à restreindre l'apparence physique du salarié tant que cela répond à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. Auquel cas la discrimination ne sera pas « justifiée ».

**CHAPITRE 2 – ATTENUATION AU PRINCIPE DE NON
DISCRIMINATION : LA REPONSE A UNE EXIGENCE PROFESSIONNELLE,
ESSENTIELLE ET DETERMINANTE**

Plusieurs doctrines structurent le droit du travail : les doctrines libérales, les doctrines révolutionnaires et les doctrines du Bien commun. Selon cette dernière doctrine, l'entreprise est perçue comme une institution pérenne ou les différents organes œuvrent dans un même but. A ce titre, la finalité de l'entreprise, autrement dit son projet, doit conduire à admettre des différences de traitement au regard des critères aptes à atteindre l'objectif recherché qui s'inscrit dans l'intérêt de l'entreprise. Cette solution a déjà été admise par la Cour de cassation qui a considéré qu'une prime d'expatriation induisant une différence de traitement entre salariés français et étrangers n'était pas discriminatoire ni contraire au principe d'égalité lorsque l'inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle scientifique international²⁰⁰.

Ainsi, et afin de généraliser la prise en compte du projet d'entreprise sur lequel reposent les décisions, un parallèle peut être établi avec l'article L.1133-1 du Code du travail, issu de la loi du 27 mai 2008 relative à l'interdiction des discriminations²⁰¹ qui fait obstacle aux différences de traitement lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante. C'est toujours au regard du projet de l'entreprise que la valeur de ces exigences doit être appréciée pour tenir compte de l'impact de la présence et de l'activité du salarié dans l'organisation de l'entreprise. Ainsi, une discrimination peut, en quelques sortes, être justifiée et ceci au détriment du salarié qui se retrouve face à une différence de traitement sur laquelle il n'a pas main mise (Section 1). Pour autant, la frontière est fine entre ce qui relève d'une

²⁰⁰ Cass, soc., 9 novembre 2005, n°03-47720

²⁰¹ 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, JORF n°0123 du 28 mai 2008.

discrimination et ce qui relève des restrictions imposées par l'employeur mais admises et licite (Section 2).

Section 1 – Une discrimination justifiée par l'intérêt de l'entreprise au détriment de l'intérêt du salarié

Les limites apportées à l'égalité entre les salariés dans le cadre de la promotion de l'intérêt de l'entreprise peuvent être de deux ordres. En effet, l'inégalité de traitement pourra soit être justifiée par une exigence de conformité à l'image de l'entreprise (§1), soit être justifiée par le fait que les salariés portent des tenues indécentes (§2).

§1 – L'exigence de conformité à l'image de l'entreprise

L'image de l'entreprise est en grande partie reflétée par les salariés qui y travaillent. Il paraît donc logique que l'employeur puisse maîtriser cette image et cela passe notamment par le contrôle de l'apparence physique de ses salariés. Il existe à ce titre des cas très particuliers relatifs aux mannequins ou acteurs, pour lesquels certaines demandes dès l'embauche peuvent être licitement discriminantes (A). Hormis cela, d'une manière plus générale et plus restreinte au sein de l'entreprise privée, le salarié peut être perçu, par les employeurs, comme un moyen de séduction potentielle vis-à-vis de la clientèle (B).

A – L'apparence physique des salariés : une discrimination à l'embauche licite pour les mannequins et acteurs

S'il existe un principe selon lequel l'employeur privé est libre d'engager le candidat qui convient le mieux à l'emploi proposé, il est évident que le refus d'embaucher ne doit pas reposer sur un motif discriminatoire. En ce sens, ont été jugées discriminatoires car fondées sur l'origine ou la nationalité des candidats, les mentions suivantes : « jeune femme, 18 à 22 ans – taille maxi 40 – BBR », ce dernier sigle signifiant « bleu, blanc, rouge », utilisé pour indiquer que la

personne à recruter devait être de race blanche²⁰² ; ou encore, la mention « carte d'électeur obligatoire, ce qui excluait d'office les candidats étrangers qui n'ont pas le droit de vote²⁰³.

Pourtant, il existe des secteurs d'activités pour lesquels il est possible de pratiquer une discrimination à l'embauche sur ce type de caractéristiques et ce, en toute légalité. Il s'agit des artistes appelés à interpréter un rôle féminin ou masculin et des mannequins chargés de présenter des vêtements ou accessoires, modèles féminins ou masculins²⁰⁴. Il est évident que ces catégories de personnes sont embauchées pour promouvoir un produit particulier ou interpréter un rôle bien spécifique, ils doivent donc véhiculer une image et il est peu surprenant qu'une sélection soit faite en amont. En effet, prenons l'exemple de la promotion d'une crème anti-ride : le directeur de casting va vouloir faire appel à des personnes d'un âge avancé, ridés, afin de donner davantage de crédit à sa publicité, ainsi des acteurs de moins de 30 ans n'auront rien à apporter pour la promotion de ce produit. Autre exemple tout aussi parlant, un metteur en scène recherchera un acteur masculin pour interpréter Cyrano de Bergerac au théâtre ou au cinéma, un tel rôle n'étant pas prévu pour une actrice féminine de prime abord... Pour le métier de mannequin à nouveau, qui répond à une certaine image sociétale d'un stéréotype de personne mince et grande, la jurisprudence a donc considéré qu'un mannequin devait répondre « à des mensurations adéquates ». Par exemple, la Cour d'Appel de Paris a indiqué que « le licenciement d'un mannequin embauché pour la pose de modèle est justifié dès lors que l'intéressé ne présente plus les mensurations adéquates en raison d'un changement de morphologie et à défaut de respecter impérativement la taille 40 exigée pour les mesures industrielles. En l'absence de détournement de pouvoir établi à l'encontre de l'employeur qui, au surplus, s'était réservé la possibilité d'utiliser le mannequin en haute couture, le licenciement a une cause réelle et sérieuse »^{205 206}.

Dans ces secteurs d'activités – heureusement limités – l'employeur est en droit d'avoir des attentes très pointues en ce qui concerne l'apparence physique de ses salariés. Si les acteurs ou

²⁰² Cass, crim., 23 juin 2009, n°07-85.109

²⁰³ Cass, crim., 20 janvier 2009, n°08-73.710

²⁰⁴ Francis LEFEBVRE, Memento social, 2021,

²⁰⁵ CA Paris, 14 mars 1989, n°88-35597

²⁰⁶ Décision cadre MLD n°2016-058 du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

mannequins ont indéniablement un rôle de représentation qui justifie ces discriminations, les salariés « lambdas » d'une entreprise privée peuvent à leur tour être perçus comme vecteurs de séduction potentielle vis-à-vis de la clientèle.

B – L'apparence physique des salariés : un vecteur de séduction potentielle vis-à-vis de la clientèle

Nous l'avons vu, l'employeur est en droit d'imposer certaines tenues à ses salariés lorsque l'image de son entreprise auprès de la clientèle l'exige. L'exemple le plus percutant en la matière est sans doute celui de l'entreprise américaine *Disney*, qui impose un « *Disney look* », probablement l'un des plus stricts du monde de l'entreprise. Il s'agit plus précisément d'un look « *propre, naturel, soigné, professionnel* » que ce soit pour les employés costumés ou non. Jusque-là, rien d'anormal, mais les restrictions sont ensuite détaillées sur le site de l'entreprise et elles sont pour le moins nombreuses. En effet, Disney impose aux salariés de bannir toute fantaisie dans leurs tenues vestimentaires : pas de lunette trop colorées, la tête rasée pour les hommes est acceptée mais pas pour les femmes, les teintures sont acceptées à condition qu'elles soient de couleurs naturelles, les ongles des hommes doivent être courts et propres, naturels ou avec un vernis neutre pour les femmes (pas de noir, doré, argenté, multicolore ou fluo), quant aux piercings et aux tatouages, ils sont tous simplement interdits, mis à part les boucles d'oreilles pour les femmes. Jusqu'en 2010, les femmes étaient obligées de porter des collants sous leur jupe et n'avaient pas le droit aux débardeurs, aujourd'hui, les bretelles de ceux-ci doivent mesurer au minimum 7,5 centimètre de large. Depuis 2012 néanmoins, il est désormais possible pour les hommes de porter une barbe – avant, seule la moustache était autorisée – mais à la condition que les poils ne dépassent pas une longueur de 6 millimètres. Les employés de Disney sont appelés des « *Cast Members* », il s'agit d'un terme habituellement réservé au cinéma ou au théâtre pour désigner les acteurs. Autrement dit « *ils organisent un casting de personnages plutôt qu'une embauche d'employés. Si la personne qui conduit le bus ressemble à un rockeur punk, ça ne correspond pas au spectacle qu'ils essayent de montrer* »²⁰⁷.

²⁰⁷ Slate.fr, Disney autorise la barbe, 25 janvier 2012

Cette imposition d'une tenue adéquate à l'intérêt de l'entreprise n'est pas propre aux grands groupes internationaux, elle se rencontre aussi bien dans les petites entreprises, la jurisprudence est foisonnante à ce sujet. En ce qui concerne les salariés en contact avec la clientèle, l'intérêt de l'employeur réside en la distinction de ses salariés parmi la foule pour que les clients puissent les reconnaître et, éventuellement, les interpeller. Ainsi, nous pouvons penser aux employés de magasin alimentaires par exemple ou encore aux salariés exerçant une fonction de « représentation de l'entreprise » tels que les cadres et les métiers d'accueil ou de vente. En ce sens, une hôtesse de caisse aux Nouvelles Galeries s'était abstenue de porter la tenue de travail fournie par l'employeur et a donc été licenciée²⁰⁸. La Cour de cassation avait retenu que cette tenue était imposée au personnel en relation avec la clientèle de ce grand magasin via un règlement intérieur et une note de service. Par conséquent, le manquement de la salariée constituait une faute disciplinaire justifiant le licenciement pour cause réelle et sérieuse.²⁰⁹ Dans la même idée, un tribunal a pu estimer justifié une sanction prise à l'encontre d'une assistante de réservation d'un hôtel de prestige refusant de porter son uniforme²¹⁰, mais tel n'a pas été le cas concernant le port d'un uniforme imposé à des agents de sécurité visionnant exclusivement des écrans vidéo et donc sans contact avec la clientèle : « *le port obligatoire de l'uniforme dans les sociétés dépendant de la Convention collective nationale des entreprises de prévention et de sécurité, ne concerne que les salariés en contact avec la clientèle, ce qui n'est pas le cas d'agents vidéo. Le licenciement de tels agents ne procédait pas, comme l'a justement décidé la Cour d'appel, d'une cause réelle et sérieuse* »^{211 212}. Dans ces différentes affaires, nous pouvons constater que le contact avec la clientèle est essentiel pour que l'imposition d'une tenue de travail soit considérée comme légitime.

Toujours dans l'idée de refléter une image positive par le biais de ses employés, il a été jugé que l'apparence physique d'un soignant mal rasé ne participait pas à l'image de « *la plus grande*

²⁰⁸ Cass, soc., 7 octobre 1992, Appino c/ Nouvelles Galeries

²⁰⁹ Jabbour, Rhéa. *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme), en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*. Thèse de doctorat, droit – Université Panthéon Sorbonne, 2013.

²¹⁰ Cass, soc., 6 novembre 2001, n°99-43.988

²¹¹ Cass, soc., 3 juin 2009, n°08-40.346

²¹² Décision cadre MLD n°2016-058 du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

propreté corporelle » requise par le règlement intérieur d'un établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes²¹³. De même que la présentation vestimentaire d'un salarié, mal rasé et sans cravate, a été jugée inadéquate pour un métier commercial, le directeur de ce salarié lui avait d'ailleurs fait plusieurs remarques au préalable, remarques qui ont été jugées justifiées par des éléments objectifs, à savoir la nécessité d'une bonne présentation dans un métier commercial²¹⁴. Pourtant, des décisions ont pu aller dans le sens contraire de celles précédemment évoquées. Par exemple, selon la Cour d'Appel de Paris « *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* »²¹⁵.

Correspondre à l'image que souhaite renvoyer l'entreprise, cela peut également passer par une maîtrise de son poids, éléments à part entière de l'apparence physique d'une personne. De prime abord, un employeur ne peut sanctionner ou refuser d'embaucher un individu eut égard à son poids, de la même manière, l'employeur ne peut demander à un salarié de perdre du poids ni de prévoir des clauses de ce type dans le contrat de travail. Pour certains métiers de pure présentation d'un produit ou d'un vêtement, il arrive que l'employeur estime que le salarié ne peut dépasser un certain poids car il ne répondrait plus à l'objet même de sa fonction de représentation. A ce titre, la question de l'insertion d'une clause de poids dans les contrats de travail d'animateurs/animateuses représentant des produits d'amaigrissement s'est posée. La jurisprudence semble varier sur ce point. En effet, la Cour d'Appel de Douai a pu préciser que « *l'aptitude à occuper un poste peut dépendre de facteurs d'ordre physique parmi lesquels il est concevable que figure le poids. La clause imposant un certain poids limite dit « poids santé » à une ancienne obèse animatrice d'un groupe de personnes prises en charge pour perdre du poids est licite en fonction de l'emploi occupé et de la nécessité d'être un exemple de l'état à atteindre et la preuve qu'il peut être atteint, sans pour cela constituer une atteinte à la vie privée* ». ²¹⁶ La Cour d'Appel de Chambéry a également estimé qu'une clause de poids n'était pas discriminatoire s'agissant d'une activité liée à une présentation de produits

²¹³ CA Versailles, 31 août 2011, n°10/03526

²¹⁴ CA Orléans, 21 juin 2012, n°486/12, 11/01875

²¹⁵ CA Paris, 24 janvier 2013, n°11/04162

²¹⁶ CA Douai, 20 octobre 1983, n°82-2265

d'amaigrissement, mais que la seule prise de poids d'une animatrice ne pouvait légitimer son licenciement. Il convient alors de démontrer que cette prise de poids avait effectivement terni l'image de l'entreprise et que la salariée, du fait de son poids, avait porté atteinte au fonctionnement de celle-ci et n'était plus apte à occuper son emploi²¹⁷. Dans une autre décision, *Weight Watchers*, du nom de la société internationale proposant un programme alimentaire destiné à favoriser la perte de poids, la Cour d'Appel de Douai décida que la clause de poids maximal dans un contrat de travail d'une animatrice *Weight Watchers* en contact direct avec la clientèle n'avait aucunement un caractère abusif, celle-ci étant directement liée à la nature de ses fonctions, à savoir la mission d'aider les clients à surmonter leur surcharge pondérale²¹⁸. En effet, le maintien du poids idéal du personnel est un moyen de démontrer l'efficacité de la méthode d'amaigrissement proposée et de promouvoir, par conséquent, l'image de marque de la société. Le poids de la salariée a joué un rôle déterminant dans son embauche et dans la conclusion du contrat et le dépassement de ce poids portait une atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise. Par la suite, cette affaire a été portée devant la Cour de cassation, laquelle a débouté la requérante en ce qu'elle a manqué à son obligation de maintien de poids, obligation essentielle au contrat, et a refusé de se soumettre au contrôle de celui-ci²¹⁹. En conséquence, cela constituait une cause réelle et sérieuse de licenciement, la preuve d'une volonté discriminatoire de l'employeur n'était pas rapportée. La Cour de cassation a également ajouté qu'en l'espèce, l'augmentation de poids ne pouvait pas être considérée comme une maladie ou un handicap, c'est pourquoi la clause de poids n'est pas abusive lorsqu'elle est liée à la nature des fonctions exercées, *a contrario*, si la prise de poids avait été due à un état déficient de santé, alors cette clause aurait été source de discrimination²²⁰.

²¹⁷ CA Chambéry, 1^{er} octobre 1996 n°94-3303 + Décision cadre MLD n°2016-058 du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

²¹⁸ CA Douai, 29 septembre 2004, n°00-523, *Dalle-Lepers c/ Sarl Weight Watchers Opérations France*

²¹⁹ Dans les faits, la requérante avait refusé d'être pesée de façon confidentielle dans la salle d'entretien individuel. Très en colère, elle s'est précipitée dans la salle de réunion où se trouvaient quelques adhérents et, à très haute voix, a déclaré qu'elle refusait de se faire peser par un responsable hiérarchique dans lequel elle ne reconnaissait aucune autorité puisqu'il avait, lui aussi, un problème de poids.

²²⁰ Décision-cadre du Défenseur des droits n°2019-205 relative aux discriminations dans l'emploi fondées sur l'apparence physique, Paris le 2 octobre 2019

Outre une certaine image de l'entreprise à renvoyer, certains salariés peuvent être rappelés à l'ordre voire licenciés en raison de leurs tenues négligées, indécentes et/ou trop exubérantes qui peuvent alors porter atteinte à la bonne marche de l'entreprise.

§2 – Le sort des tenues dites négligées, indécentes ou exubérantes

Tout manquement du salarié aux obligations le liant avec l'employeur est susceptible d'entrer dans un champ disciplinaire. Il s'en déduit que le licenciement trouvant son origine dans l'exercice d'une liberté ou d'un droit est illégal. En effet, le licenciement ne peut être déclaré légitime que si le comportement du salarié sème un trouble objectif au sein de la collectivité de travail²²¹. Le « trouble objectif » est une notion développée par le Doyen WAQUET qui s'apprécie notamment au regard des responsabilités exercées par le salarié, au vu de la tâche qui lui a été confiée et de la finalité de l'entreprise. Penser l'entreprise comme une communauté implique que les salariés qui y travaillent n'entravent pas la bonne marche de cette dernière. Rapporé à notre sujet, l'employeur peut ainsi restreindre la liberté de se vêtir de ses salariés lorsque leur tenue est susceptible de créer un trouble caractérisé par leur caractère jugé « indécent » et irrespectueux envers la clientèle. Des textes de loi existent pour encadrer le port – ou l'absence – de certaines tenues²²² ou de certains insignes particulièrement outrageants²²³, cependant, cette appréciation reste délicate du fait de la limite existant entre objectivité et subjectivité. Par conséquent le cas par cas s'impose au regard des décisions judiciaires diverses. Ces décisions peuvent porter sur des tenues provocantes, négligées (A) ou sur des tenues exubérantes (B).

²²¹ François DUQUESNE, *La discipline dans l'entreprise*, Droit du travail Lextenso, 2013 – chap.3 p.63-74

²²² Article 222-32 du Code pénal précise que « l'exhibition sexuelle imposé à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ».

²²³ Article R643-1 et R654-1 du Code pénal répriment le port de certains costumes, uniformes ou insignes réglementés par l'autorité publique et présentant une ressemblance de nature à causer une méprise dans l'esprit du public.

A – Les tenues provocantes et négligées

Dans certains secteurs jugés masculins, la féminité peut déranger, de même que la beauté féminine qui peut parfois être apparentée à de la bêtise, de la futilité, comme le laisse penser l'adage « *Sois belle et tais-toi* ». Si l'on peut déplorer cet état de fait, il ne faut néanmoins pas confondre « féminité » et « indécence ». Le cas le plus emblématique en la matière étant celui d'une aide-comptable venue travailler sans sous-vêtement, sous un chemisier transparent et ayant refusé à plusieurs reprises de mettre un soutien-gorge. Son licenciement a ainsi été justifié, sa tenue suggestive étant de nature à susciter un trouble dans l'entreprise²²⁴. De même, une salariée qui occupait le poste de Chef d'équipe d'une entreprise intervenant sur le site d'un client – en l'espèce il s'agissait d'un régiment de légionnaire – avait fait l'objet d'un avertissement fondé alors qu'elle exerçait ses fonctions en mini-jupe avec sa blouse de travail intégralement ouverte²²⁵. A également été jugé justifié le licenciement d'une vendeuse en boulangerie ayant porté à deux reprises une robe laissant apparaître ses sous-vêtements²²⁶.

Bien évidemment, l'indécence ne concerne pas que les femmes, ainsi dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel d'Orléans, il a été jugé que le fait pour un salarié de se mettre en sous-vêtement devant des subordonnées féminines constitue « *une attitude sans gêne et un geste indécent justifiant un licenciement pour faute grave* »²²⁷.

Par respect envers la clientèle, des salariés se sont vu sanctionnés pour leur tenue négligée. C'est notamment l'exemple d'une salariée d'agence immobilière chargée de l'accueil de la clientèle qui persistait à se présenter au travail en survêtement, celle-ci s'est donc faite licenciée²²⁸. C'est également le cas d'un employé de banque qui refusait de porter sa cravate : sa tenue négligée a été considérée comme allant à l'encontre des bonnes mœurs²²⁹.

Là encore, la négligence d'une tenue sera appréciée au regard du contexte et des circonstances, au regard également de la clientèle qui fréquente l'établissement. Par exemple, il semble

²²⁴ Cass, soc., 22 juillet 1986, n°82-43824

²²⁵ CA Nîmes, 18 mai 2010 n°08/03441

²²⁶ CA Douai, 30 septembre 2010 n°09/03045

²²⁷ CA Orléans, 25 mars 2010, n°205/10, 09/01890

²²⁸ Cass, soc., 6 novembre 2001 n°99-43.988

²²⁹ Cass, soc., 12 juillet 1989, n°86.40-987

logique qu'un vendeur de magasin au rabais qui se voit reproché de porter un jean ne soit pas sanctionné²³⁰, en effet, la juridiction a relevé qu'une telle tenue ne constituait pas « à l'heure actuelle une tenue susceptible de choquer la clientèle d'un rayon hifi-vidéo »²³¹.

Si les tenues indécentes et négligées peuvent porter atteinte à la bonne marche d'une entreprise et notamment à son image, tel est aussi le cas des tenues et looks très originaux, si ce n'est exubérant.

B – Les tenues exubérantes

En principe, le salarié peut aborder l'apparence physique qu'il souhaite mais l'employeur peut toujours exiger une présentation correcte, appropriée aux fonctions que ce salarié occupe. En l'occurrence, dans les affaires qui vont suivre, force est de constater que les looks qui sortent de la « norme », originaux voire exubérants, s'accommodent mal de certains postes. Les coiffures très osées font d'ailleurs partie de cela. Ainsi par exemple, la Cour d'Appel de Paris a estimé qu'un employeur pouvait exiger d'un chauffeur-livreur qu'il s'abstienne de se présenter, dans l'exercice de ses fonctions, sous un aspect exagérément fantaisiste, à savoir cheveux longs et boucles d'oreilles²³². Autre cas, un employé de banque qui avait la tête rasée sur les côtés surmontée d'une crête jaune gominée, et en contact avec la clientèle, a pu être légitimement licencié alors qu'il persistait dans son refus de « revenir à une coiffure plus discrète »²³³. Il a ainsi été considéré que l'apparence physique d'un salarié peut entraîner la rupture du contrat de travail si la coiffure excentrique adoptée est incompatible avec les fonctions occupées et nuit gravement aux intérêts de l'entreprise. En l'espèce, ce salarié avait une coupe à l'iroquoise²³⁴. La Cour a donc considéré que l'excentricité de la coiffure, soulignée par de nombreux témoignages, était incompatible avec les usages en vigueur dans les

²³⁰ Jabbour, Rhéa. *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme), en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*. Thèse de doctorat, droit – Université Panthéon Sorbonne, 2013.

²³¹ CA Versailles, 25 novembre 1994, n°3843/93

²³² CA Paris, 6 mai 1982, n°20019-82

²³³ CA Paris, 7 janvier 1988, Banque Bred c/ Tavier

²³⁴ CA Rennes, 6 septembre 2005, n°04-00.583

établissements dans lesquels ce dernier assurait ses prestations, concluant sur le fait que la société, soucieuse de son image de marque auprès de la clientèle, pouvait sans abus exiger de ses salariés qu'ils aient une présentation correcte, sobre et sérieuse²³⁵.

Quoi qu'il en soit, en la matière, la frontière reste fine entre l'objectivité du pouvoir disciplinaire de l'employeur et la subjectivité que peut naturellement ressentir ce dernier. En effet, les préférences de l'employeur en matière d'apparence physique de ses salariés peuvent très bien ne pas être neutres et relever de considérations purement personnelles. Dans ce cas, la discrimination liée à l'apparence physique, jusqu'ici justifiée et donc légitimée, deviendra injuste et condamnable.

Section 2 – Une fine frontière entre discrimination et restrictions admises

A la lecture de l'article L.1132-1 du Code du travail, on apprend l'interdiction faites à un employeur de prendre en considération un certain nombre de traits distinctifs de la personne du travailleur, qu'il soit fonctionnaire, salarié ou candidat à un emploi ou à un stage²³⁶. Dès lors, sont illicites des faits ou décisions qui, directement ou indirectement ou par association, affectent une personne « *en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation ou identité sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ».

La lutte contre les discriminations au travail est une priorité gouvernementale et un véritable enjeu de société. Ainsi par exemple, certains groupes ont fait la promesse d'œuvrer dans le sens

²³⁵ Jabbour, Rhéa. *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme), en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*. Thèse de doctorat, droit – Université Panthéon Sorbonne, 2013.

²³⁶ Gilles AUZERO, Emmanuel DOCKES, *Pouvoir et droits fondamentaux*, Droit du travail, 33^e éd. Dalloz, 2020, Chap2

de « toujours plus d'égalité » allant jusqu'à édicter des chartes éthiques, tandis que le gouvernement lance en avril 2016 une campagne de sensibilisation aux discriminations à l'embauche. Avant cela, la question avait déjà été traitée à de multiples reprises comme en témoigne la parution de nombreuses lois et décrets. Citons à titre d'exemple la loi du 16 novembre 2001 relative à la discrimination²³⁷, la loi du 30 décembre 2004 portant création de la HALDE (devenu depuis 2011 le Défenseur des Droits)²³⁸, la loi du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances²³⁹, le décret du 28 juillet 2006 relatif à l'Agence Nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (ACSE)²⁴⁰, la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations²⁴¹, le décret du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations²⁴², la loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes²⁴³, ou encore le plan de lutte contre les discriminations à l'embauche et dans l'emploi du 19 mai 2015.

²³⁷ Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations : elle reprend les principes énoncés par les directives européennes de 2000 et le Traité d'Amsterdam et modifie le Code du travail en renforçant le dispositif de la lutte contre les discriminations au profit des salariés et aménage la charge de la preuve dans la procédure civile.

²³⁸ Loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Cette autorité administrative a été créée pour traiter les situations de discrimination et promouvoir l'égalité de traitement. Elle a trois missions : informer, accompagner les personnes discriminées et valoriser et diffuser les bonnes pratiques. Aujourd'hui remplacée par le « Défenseur des droits », qui est Madame Claire HEDON depuis le 22 juillet 2020.

²³⁹ Loi n°2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances : elle offre de nouveaux outils pour lutter contre les discriminations et promouvoir la diversité. La loi légalise la pratique du « test de discriminations » comme moyen de preuve d'éventuelles discriminations. Cette dernière prévoit notamment la mise en place du CV anonyme dans les entreprises de plus de 50 salariés selon les modalités d'application fixé par le Conseil d'Etat.

²⁴⁰ Décret n°2006-945 du 28 juillet 2006 relatif à l'ACSE. L'ACSE se substitue au Fonds d'aide et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations (FASILD) et en partie à la Délégation interministérielle à la ville (DIV).

²⁴¹ 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, elle précise certaines notions et complète la liste des discriminations interdites.

²⁴² Décret n°2008-1344 du 17 décembre 2008 relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humaines et à la mise en place d'une commission de labellisation

²⁴³ Loi n°2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes

Malgré cet encadrement juridique et cette volonté d'éradiquer, du moins d'atténuer la pratique de la discrimination, force est de constater que le contentieux relatif à la discrimination au travail est relativement fourni.

Les discriminations au travail peuvent notamment être liées à l'apparence physique des salariés, et concernant ce point, une distinction peut être faite entre d'une part, l'apparence relative aux éléments intrinsèques de la personne – l'apparence « subie », origine, âge, taille, beauté, sexe – (§1) et d'autre part, l'apparence relative aux éléments extrinsèques de la personne – l'apparence « choisie », tenue vestimentaire, coupe de cheveux, port d'une barbe ou d'accessoires – (§2). Evidemment, toute exhaustivité en la matière serait impossible eu égard à la jurisprudence foisonnante en la matière, mais nous mettrons en lumière les jurisprudences symboliques des discriminations liées à l'apparence physique que peuvent vivre certains salariés, discrimination ne pouvant être légitimée par un motif quelconque.

§1 – Discrimination liée aux qualités intrinsèques de la personne

La discrimination, parce qu'elle n'est pas fondée sur un critère objectif, est particulièrement dégradante et traumatisante pour celui qui doit la subir. Tout le monde peut être victime de discrimination au cours de sa vie au travail, notamment par exemple les personnes étrangères qui sont à de nombreuses reprises victimes de discrimination raciale de la part de leurs employeurs (A). Outre les personnes étrangères, les femmes, hommes, enfants ou personnes plus âgées peuvent également être victime de discrimination par rapport à leurs âges, leurs tailles, leurs sexes ou leurs beautés d'une manière plus générale. (B)

A – L'entrave des relations de travail par les discriminations raciales

Les discriminations raciales constituent un véritable défi en droit français et sont – malheureusement – très nombreuses. Ainsi par exemple, une vendeuse d'un rayon de fromagerie a été licenciée au motif qu'elle ne correspondait pas « *en raison de sa couleur de*

peau, à l'image du rayon »²⁴⁴. De même, le licenciement d'une assistante de vente a été considéré sans cause réelle et sérieuse et discriminatoire en raison de l'apparence physique et la nationalité algérienne de la salariée. L'une des preuves avancées par cette dernière fut le changement de planning horaire occasionné par la visite sur le lieu de travail des membres de la direction de la société au motif que la collègue de la requérante « passait mieux ». La Cour a conclu à une discrimination en raison de sa nationalité ²⁴⁵. Autre exemple tout aussi aberrant, une vendeuse camerounaise a présenté à son employeur sa démission « contrainte et forcée » en invoquant le harcèlement moral dont elle était victime. Elle a précisé à ce titre que, selon des témoins, l'employeur avait énoncé à son propos qu'elle « *ne correspond pas à l'image de l'entreprise Cosmo* » en raison de sa couleur de peau, en ajoutant « *as-tu déjà vu une noire qui travaille chez Lancel ?* ». Après saisine de la HALDE, l'Autorité conclut à la présence d'éléments de fait laissant supposer l'existence d'un harcèlement moral en lien avec les origines et l'apparence physique de l'intéressée. Ces éléments sont repris par la Cour de cassation qui démontre à son tour l'existence d'une discrimination et d'un harcèlement moral en raison de l'origine et de l'apparence physique de la salariée. Ainsi la Cour de cassation ordonne la nullité du licenciement, ainsi qu'une indemnité pour discrimination et préjudice moral subi, comprenant nécessairement le « *préjudice affectif et racial ou social* »²⁴⁶. Toujours dans le même sens, des employeurs ont été sanctionnées sur le fondement de l'article 225-2 du Code pénal pour avoir, d'une part licencié un employé après avoir déclaré à plusieurs reprises que, dans un magasin, « deux blacks, ça ne va pas »²⁴⁷ et, d'autre part, pour avoir ouvertement déclaré vouloir « éviter le personnel de couleur noire »²⁴⁸.

Pour continuer sur les discriminations raciales, les discriminations à l'embauche liée à l'origine du candidat sont nombreuses en jurisprudence : à titre d'exemple, nous pouvons citer l'affaire du constructeur aéronautique *Airbus*, affaire très médiatisée pour discrimination raciale à l'embauche à l'encontre d'un intérimaire d'origine algérienne, et ceci suite à une enquête menée

²⁴⁴ Décision cadre MLD n°2016-058 du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

²⁴⁵ CA Paris, 9 septembre 2003, n°02-38013

²⁴⁶ CA Versailles, 11^e ch., n°688, 28 octobre 2010, RG n°09/02217

²⁴⁷ TC Paris, 28 mai 1998, Gazette du Palais, 1999

²⁴⁸ Cass, crim., 14 novembre 1989, JurisData n°1989-004192

par la HALDE qui avait démontré qu'Airbus avait choisi un candidat plus diplômé alors que la procédure de recrutement ne spécifiait pas la mention d'un diplôme spécifique²⁴⁹. Autre exemple, une jeune femme avait postulé à un emploi de vendeuse en boulangerie-pâtisserie mais a vu sa candidature rejetée au motif qu'elle n'avait « *pas la bonne couleur pour travailler dans sa boutique* », que « *la clientèle n'aurait pas appréciée* », et que « *même sa propre belle-fille de couleur ne pouvait travailler chez elle de par l'environnement de la boutique* ». Ces dires ont pu être rapportés dans la mesure où la gérante en avait informé le conseiller de l'Agence Nationale pour l'Emploi (ANPE)²⁵⁰ par téléphone en présence de l'intéressé qui par la suite, a saisi la HALDE.

Si les discriminations liées à l'origine de la personne sont nombreuses, celles liées au sexe de la personne, à son âge, sa taille, sa beauté en général le sont tout autant.

B – L'entrave des relations de travail par les discriminations en raison de l'âge, du sexe, de la taille et de la beauté

L'égalité hommes/femmes est un sujet très complexe en droit qui a engendré la rédaction de nombreux ouvrages. Il s'agit d'un sujet en constante évolution et très intéressant historiquement parlant. Cependant, malgré l'intérêt que ce thème suscite, celui-ci ne cadre pas tout à fait avec l'objet de notre sujet, ce pour quoi nous ne nous étendrons pas davantage sur le sujet. Nous ferons simplement référence à une affaire, non pas des moindres, concernant une discrimination fondée sur l'apparence physique rapportée au sexe : l'affaire de la « boucle d'oreille »²⁵¹. Cette affaire, à l'instar de l'affaire « bermuda » a défrayé la chronique. En l'espèce, il s'agissait d'un chef de rang de sexe masculin de restaurant gastronomique travaillant en arborant des boucles d'oreilles. Son employeur lui a demandé de les retirer pendant son service, ce que l'employé a refusé. Quelques semaines plus tard, celui-ci fut licencié. Au vu de la jurisprudence précédemment étudiée, nous pourrions croire que la Cour de cassation allait valider le raisonnement de l'employeur étant donné que le salarié était en contact avec une

²⁴⁹ Cass, soc., 15 décembre 2011, n°10-15873

²⁵⁰ En 2008, l'ANPE est devenue pôle emploi lors de sa fusion avec les Assédic délivrant les aides financières

²⁵¹ Cass, soc., 11 janvier 2012, n°10-283213.

clientèle « huppée » qui, sans doute, n'est pas accoutumée au port de ce type d'accessoire par un homme. Pourtant, la Haute juridiction ne va pas suivre son raisonnement habituel : ici pour condamner l'employeur, la Cour de cassation s'appuie sur la lettre de licenciement qui précisé au salarié, « *votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port d'une boucle d'oreille sur l'homme que vous êtes* » ; « *l'homme que vous êtes* », précision de trop qui permet à la juridiction de conclure à un licenciement pour motif discriminatoire dans la mesure où l'employeur fait référence à l'apparence physique et au sexe de son salarié. Si l'employeur n'avait pas précisé cet élément, il aurait simplement fait usage de son pouvoir de direction face à l'insubordination de son salarié, lui permettant d'exiger une tenue plus sobre lorsque le salarié est en contact avec la clientèle.

L'âge, autre élément qui participe à l'apparence physique d'une personne, peut également s'avérer être un frein dans une carrière. En témoigne à ce titre le nombre de personnes qui, passé un certain âge, ont davantage de difficultés à retrouver un emploi de nos jours. Cela n'est pas pour autant nouveau comme en témoigne un arrêt de 1996 dans lequel une danseuse d'opéra avait vu son contrat rompu pour survenance de l'âge conventionnel de la retraite. Cet âge étant de 45 ans pour les hommes et 40 ans pour les femmes, la rupture dudit contrat a été jugé contraire à la directive 76/207/CE du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement²⁵². De même, une employée de banque sous contrat à durée déterminée (CDD) depuis deux ans avait postulé pour un contrat à durée indéterminée (CDI) d'assistante de clientèle, une fonction qu'elle avait déjà exercée dans l'entreprise avant d'être écartée à l'ultime étape du processus de recrutement. Elle relèvera une discrimination en raison de son âge ce que la Cour d'Appel confirmera^{253 254}.

Plus surprenantes encore, les discriminations liées à la taille de la personne et plus précisément à la petite taille. Deux arrêts méritent d'être évoqués : le premier concerne une infirmière, diplômée d'Etat et détentrice du certificat de formation aux premiers secours en équipe, qui avait été déclarée inapte au poste d'infirmière chez les sapeurs-pompiers en raison de sa taille (1,50 mètre), la taille minimum requise étant de 1,60 mètre avec une tolérance de 3 centimètres

²⁵² Cass, crim., 29 septembre 1996, Gazette du Palais, 1997

²⁵³ CA Poitiers, 17 février 2009, n°08/00461

²⁵⁴ Jabbour, Rhéa. *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme), en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*. Thèse de doctorat, droit – Université Panthéon Sorbonne, 2013.

depuis un arrêté du 6 mai 2000 ²⁵⁵. Face à cela, le défenseur des droits est saisi et celui-ci considère que le critère de taille constitue une discrimination à raison du handicap et de l'apparence physique. Le Défenseur des droits contacte ensuite les services du Ministre de l'Intérieur aux fins de faire évoluer cette réglementation – à notre sens bien absurde – . Ce sera chose faite puisque, par un arrêté du 17 janvier 2013, la condition de taille exigée chez les sapeurs-pompiers a été purement et simplement supprimée²⁵⁶. Dans une autre affaire, une candidate à un poste de crêpière n'a pas été retenue en raison, là encore, de sa petite taille, l'employeur ayant fait valoir que ses installations ne permettaient pas à la réclamante d'occuper ce poste sans danger. Si l'objectif de sécurité poursuivi par l'employeur paraissait légitime, ce dernier n'a pas démontré que le rejet de la candidature de la requérante était proportionné au regard de l'objectif à atteindre. Par conséquent, la HALDE a conclu à une discrimination sur l'apparence physique²⁵⁷.

S'il y a des éléments auxquels il est difficile d'apporter des modifications, ce sont bien les traits du visage, leur finesse, l'harmonie de l'ensemble. En sommes, nous ne sommes pas tous équivalents en matière de beauté : certains sont plus avantagés que d'autres et cela est irréversible, raison pour laquelle une cour d'appel a jugé que l'« *on ne peut conseiller à une employée de recourir à la chirurgie esthétique* ». En l'espèce, le supérieur de la demanderesse lui avait fait des remarques désagréables sur ses problèmes de santé et sur son physique allant jusqu'à lui conseiller le recours à la chirurgie esthétique afin de refaire son nez et ses fesses qu'il jugeait trop flasques. « Pareille attitude, par sa nature et sa durée, justifie la prise d'acte par la salariée de la rupture du contrat de travail qui, dès lors, produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse » en conclut la Cour d'Appel²⁵⁸.

²⁵⁵ L'article 12 de l'arrêté du 6 mai 2000 fixe 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 prévoit notamment qu'au moment du recrutement, la taille doit être supérieure ou égale à 1,60 mètre mais tenant compte d'une tolérance de trois centimètres « *sous réserve qu'au moment de l'examen médical le sujet ait un rapport poids/taille harmonieux et une bonne condition physique et sportive, en vue de s'assurer de la capacité à accomplir les missions du service* ».

²⁵⁶ Délibération de la HALDE n°2011-44 du 28 février 2011 relative à l'exigence d'une taille minimale pour exercer les fonctions de sapeur-pompier professionnel ou volontaire – cas individuel.

²⁵⁷ Délibération de la HALDE n°2011-26 du 31 janvier 2011.

²⁵⁸ CA Montpellier, 16 mai 2007, n°06-06998

Ces discriminations sont donc liées aux qualités intrinsèques de la personne et comme nous avons pu le constater, elles ne peuvent être justifiées ni par une exigence professionnelle essentielle et déterminante ou par quelconques intérêts et image de l'entreprise. Cependant, ce type de discrimination se révèle aussi nombreux face aux qualités cette fois-ci extrinsèques à la personne qu'il s'agisse de la tenue vestimentaire, le port d'une barbe, d'un voile, d'une coiffure, d'un bijou etc...

§2 – Discrimination liée aux qualités extrinsèques de la personne

L'employeur est certes, en droit de restreindre la liberté de ses salariés eut égard à leur apparence physique mais uniquement si cette restriction est justifiée et proportionnée, ou répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante, ce qui injustement n'est pas toujours le cas. L'employeur doit pourtant faire preuve d'impartialité et de neutralité dans les rapports qu'il entretient avec ses salariés, et ceux au nom de l'égalité de traitement qui implique dès lors une rémunération identique lorsque les postes se valent, mais aussi au nom de l'avènement de « l'égalité liberté », deux exigences qui doivent se concilier et qui aboutissent à la prohibition des discriminations, c'est-à-dire aux distinctions fondées sur des critères illicites²⁵⁹. L'apparence physique peut, au-delà de désigner le physique proprement parlé, l'apparence « subie », être une apparence « choisie », qu'on peut modifier, travailler, soigner. Entre alors la coupe de cheveux du salarié, sa barbe éventuelle (A) ou encore sa liberté vestimentaire et le port de tout type d'accessoires et d'éléments pouvant déplaire à l'employeur et conduire à une pratique discriminatoire (B). Ces discriminations, parce qu'elles ne répondent pas à des objectifs d'hygiène et de sécurité, parce qu'elles ne sont pas justifiées ou proportionnées au regard des tâches déléguées au salarié, parce qu'elles ne répondent pas non plus à une exigence professionnelle essentielle et déterminante propre à l'intérêt de l'entreprise, ne peuvent être compatibles avec les enjeux de la lutte contre les discriminations au travail, raison pour laquelle il est important de les dénoncer.

²⁵⁹ Jean François CESARO, Pascal LAGESE, *L'égalité selon la loi, l'égalité selon le juge, L'égalité en droit social*, Lexis Nexis, 2012, Chap 1, p.3-40.

A – L'impossibilité de sanctionner le choix d'une coiffure, le port d'une barbe, le choix d'une tenue ou le port d'accessoires

Si pour certains métiers, la réglementation est très précise concernant la longueur des cheveux et/ou barbe des salariés, pour d'autres ces considérations n'ont pas à entrer en jeu sous peine de faire preuve de discrimination. Ainsi, un steward d'origine ivoirienne s'est vu refuser l'embarquement en raison de son apparence physique. Embauché en 1999 par une grande compagnie aérienne, à compter de 2002, il commence à porter des petites tresses africaines plaquées sur le crâne. En 2004, il fait l'objet de remarques de la part de sa hiérarchie qui considère que sa coiffure n'est pas conforme aux règles de présentation imposées aux personnels en contact avec la clientèle. Suite à une dépression, il reprend son travail en 2007 en portant, cette fois, des *dreadlocks* attachées en chignon, mais cachées sous une perruque lorsqu'il exerce son activité. Il considère alors à ce titre faire l'objet d'une discrimination en raison de son apparence physique. Si les critères de présentation peuvent paraître légitimes au regard de la nature de la tâche à accomplir, ces exigences ne doivent pas être disproportionnées au regard du but recherché. Cependant, le Défenseur des droits va remarquer qu'en l'espèce, les photos figurant en illustration dans le guide des procédures de la compagnie aérienne représentent des hommes ayant les mêmes caractéristiques physiques (blanc, cheveux lisse) et renvoient à un modèle stéréotypé de représentation masculine qui ne prend pas en compte la diversité des personnes susceptibles d'exercer la fonction du personnel navigant commercial (PNC). En tout état de cause, la société ne démontre pas en quoi la coiffure (tresses plaquées sur le crâne ou chignon) porte un préjudice à l'image de marque de la compagnie et n'apporte, de plus, aucun témoignage de réactions défavorables des clients à l'époque où le salarié effectuait ses vols avec ses tresses. Enfin, il est souligné qu'aucun élément ne démontre, au vu des codes esthétiques actuels, que sa coiffure présenterait aujourd'hui un risque de perte de clientèle ou serait susceptible de nuire à l'image de marque de l'entreprise. Par conséquent, le défenseur des droits conclut son rapport en recommandant à la compagnie de réexaminer, eu égard à la diversité de son personnel, les normes de présentation imposées à son personnel en

contact avec la clientèle et de se rapprocher du steward en question afin de trouver une solution conforme au principe de non-discrimination à raison de l'apparence physique.²⁶⁰

Pour un différend capillaire à nouveau, un attaché commercial a vu sa candidature pour une promotion de poste écartée en raison de son apparence physique. En effet, il portait les cheveux longs attachés en queue de cheval et à refuser de se les couper, ce qui a motivé le refus de cette promotion. Sa candidature ayant été rejetée au seul motif de son apparence physique, il demande la résiliation judiciaire de son contrat de travail. La Cour d'Appel accèdera à sa demande puisqu'elle va retenir que la société n'allègue aucun motif impérieux justifiant cette exigence au regard des nécessités de l'emploi, commettant de ce fait un manquement à son obligation d'exécution loyale du contrat d'une gravité suffisante pour justifier la rupture du contrat de travail. Des dommages et intérêts sont versés à la victime pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, sans omettre le préjudice moral subi du fait de cette discrimination²⁶¹.

Le port d'une barbe est également sujet à polémique : phénomène de mode, il n'en demeure pas moins incompris par certains employeurs, notamment parce que la barbe reste souvent, dans l'esprit collectif, associée à l'appartenance à une religion. A ce titre, quatre agents de sécurité de l'aéroport d'Orly ont contesté devant le conseil des prud'hommes leur licenciement pour faute grave en raison de la longueur de leur barbe. Ceux-ci ont refusé de raser leur barbe et l'employeur les a licenciés au motif qu'ils ne respectaient pas « *le référentiel vestimentaire* », à savoir que « *le visage doit être rasé de près ; les barbes, les boucs ou les moustaches doivent être courtes, taillés, soignés et entretenus.* ». Or ces licenciements interviennent peu de temps après les attentats du 13 novembre 2015 ayant frappé la capitale, sans omettre que ces salariés disent avoir subi des pressions quant à leur religion qu'est l'Islam, autres éléments laissant croire à une discrimination religieuse en lien avec l'apparence physique²⁶². Outre ces considérations religieuses, des hommes peuvent porter la barbe uniquement pour des raisons esthétiques, un choix qui parfois n'est pas aux goûts de certains employeurs. Ainsi, un réceptionniste d'hôtel a été licencié pour discrimination en raison de son apparence physique.

²⁶⁰ Délibération n°2011-16 du 4 avril 2011 relative au refus d'embarquement opposé à un steward en raison de son apparence physique.

²⁶¹ CA Rennes, 12 octobre 2011, JurisDate n°2011-030066

²⁶² Licenciés après avoir refusé de tailler leur barbe, des agents d'Orly aux prud'hommes, Le Figaro, 8 avril 2016.

En effet, lors de l'entretien préalable, l'employeur a fait mention de changement de l'aspect physique du salarié. La Cour retient alors que le motif déterminant de l'engagement de la procédure et de la décision prise de licencier le salarié tenait au fait que ce dernier portait désormais la barbe.²⁶³

En jurisprudence, plusieurs exemples concernent le licenciement ou la sanction injuste des salariés du fait de leurs piercings. En effet, si ces exigences restrictives ne répondent pas à des objectifs d'hygiène ou de sécurité ou ne relèvent pas d'une question de présentation vis-à-vis d'un certain type de clientèle, elles n'ont pas lieu d'être. Citons le cas d'une hôtesse d'accueil dans un bowling qui portait un piercing nasal. Son employeur a voulu le lui interdire, mais la Cour d'Appel viendra à l'encontre de cette décision au motif qu'aucune violation des règles d'hygiène n'avait lieu, de plus, cet accessoire a été considéré comme n'étant pas de nature à gêner la salariée dans ses fonctions en occasionnant des désagréments vis-à-vis de la clientèle.²⁶⁴ De même, un serveur avec un piercing au sourcil avait refusé de l'ôter et la Cour de cassation lui donnera raison au motif qu'il travaille dans un restaurant situé dans un centre commercial ; or, dans ce type de restaurant, les serveurs n'ont pas à adopter de tenue stricte. Les juges ont par ailleurs considéré que le port du piercing n'était pas contraire aux règles d'hygiène de la restauration²⁶⁵.

La justification de ces exigences restrictives évoquées ci-dessus est la même en ce qui concerne la tenue vestimentaire des salariés. Rappelons que si la « liberté de se vêtir à sa guise » n'est pas considérée comme une liberté fondamentale par la Cour de cassation, elle n'en reste pas moins une liberté que l'employeur ne peut entraver à sa guise. A titre d'exemple, aujourd'hui nombre de personnes portent des jeans, celui-ci est devenu l'uniforme de tout à chacun. Pour autant, malgré sa banalité et son côté passe-partout, certains employeurs ne l'acceptent pas. Ainsi, avait-il été reproché à une salariée de s'être présentée chez un client en jean et avec des bottes. Saisie de l'affaire, la Cour d'Appel retiendra qu'il s'agit là d'une tenue qui, « *de nos jours et dans un tel contexte, [n'est] ni incongrue, ni déplacée, mais demeure au contraire*

²⁶³ CA Orléans, 21 juin 2007, n°06/01917

²⁶⁴ CA Metz, 7 avril 2008, n°08-262

²⁶⁵ CA Toulouse, 28 février 2003, n°02-3428

parfaitement correcte, pour autant qu'elle soit normalement soignée », donnant ainsi raison à la salariée.²⁶⁶ De même, un employeur n'a rien pu reprocher à une salariée qui portait des vêtements trop moulants, son comportement ne présentant pas un abus préjudiciable à l'entreprise²⁶⁷. A contrario, là encore nous constatons que la frontière est fine entre ce qui est admissible et ce qui ne l'est pas, puisqu'au nom de la décence et des bonnes mœurs, le licenciement d'une femme se présentant au travail sans sous-vêtements sous son chemisier transparents a été validée par les juges²⁶⁸.

B – Les sanctions relatives aux convictions religieuses du salarié

Le critère de l'apparence physique n'est pas neutre du point de vue religieux. La liberté de se vêtir se présente comme le reflet de plusieurs autres libertés, comme notamment la liberté religieuse. L'apparence physique est un marqueur identitaire en matière de religion. Qu'il s'agisse d'une obligation propre à la religion professée ou d'une manifestation d'appartenance, le signe religieux revêt une importance fondamentale pour l'individu – salarié – dans l'affirmation de son identité. Aujourd'hui dans l'inconscient collectif, le port du voile ou de tout autre insigne est automatiquement lié à une religion. Le but de nos recherches n'étant pas de nous centrer sur la religion mais sur l'apparence physique, il convient donc dans cette étude de dissocier l'aspect religieux et centrer la question sur l'apparence physique. Il est vrai que la religion peut amener à avoir une apparence physique qui lui est propre, c'est pourquoi, le port du voile ou de tout autres insignes à un lien direct avec nos recherches. La liberté religieuse implique de surcroît la liberté de la manifester à travers son apparence physique, par des insignes ou vêtements et cela même en temps et en lieu de travail. Cependant, même si la liberté religieuse est une liberté fondamentale, il n'en est pas de même pour la liberté vestimentaire et à ce titre, les signes religieux peuvent être restreints pour des considérations de conformité avec l'image de marque de l'entreprise, ou de contrat avec la clientèle. L'interdiction ou la restriction de ces signes, comportant une très grande charge symbolique pour ses adeptes, peuvent être

²⁶⁶ CA Paris, 2008

²⁶⁷ CA Versailles 19 décembre 1994

²⁶⁸ Cass, soc., 22 juillet 1986, Morel C/ Siaco

vécues comme une véritable atteinte à l'identité et la dignité du salarié. Cette hostilité sera suspectée d'être inspirée d'une attitude raciste, et le salarié pourrait s'estimer discriminé.

A ce titre, la doctrine n'est pas uniforme sur la question du port d'un signe religieux apparent en entreprise, mais la jurisprudence non plus. Les décisions prises en la matière ne nous permettent pas de définir avec une précision absolue les conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique²⁶⁹ ou port de quelconque signe religieux de manière plus générale.

Ces dernières années, le contentieux s'est concentré sur la question du port du voile islamique. Peut-on interdire le voile islamique dans une entreprise privée ? La question est largement débattue en droit du travail depuis de nombreuses années. A ce titre, une affaire a fortement été médiatisé qu'elle en est devenue un feuilleton judiciaire, l'affaire « Baby-Loup »²⁷⁰. En l'espèce, une employée de crèche directrice adjointe avait été licencié pour avoir refusé d'ôter son voile pendant l'exercice de ses fonctions, en contradiction avec les dispositions du règlement intérieur. La question s'était posée de savoir si l'employeur pouvait à ce titre utiliser son pouvoir disciplinaire et si une telle clause du règlement intérieur était licite. La cour de cassation résonne en deux temps : premièrement elle casse l'arrêt d'appel qui avait considéré que le licenciement était justifié en s'appuyant sur le principe de laïcité et pose que le principe de laïcité instauré par l'article 1^{er} de la Constitution n'est pas applicable aux salariés des employeurs privés qui ne génèrent pas un service public. Sur ce premier élément de réponse, la solution est totalement approuvée. Ce principe n'est pas contraire à la liberté religieuse, il signifie au contraire que l'Etat est neutre pour mieux assurer le respect des convictions des uns et des autres. Dans un second temps, la Cour de cassation analyse le contenu du règlement intérieur et considère que celui-ci ne contient pas une clause suffisamment précise. En effet, la clause était trop générale et donc violait les textes du Code du travail, interdisant de porter atteinte aux droits et libertés sauf si cela est justifié et proportionné nous l'avons vu. A partir de ce constat, la Cour en déduit donc que le licenciement est fondé sur les convictions

²⁶⁹ Jean SAVATIER, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique* ; Dr. Soc, 2004, p.357

²⁷⁰ Cass, soc., 19 mars 2013, n°11-28.845 - affaire Baby Loup

religieuses de la salariée ce qui constitue une violation de l'article L.1132-1 du Code du travail interdisant les discriminations et en conséquence, le licenciement doit être annulé.

La première Cour d'Appel de renvoi (Paris), décide de faire de la résistance et affirme qu'une crèche est une entreprise de conviction et qu'à ce titre, elle peut exiger la neutralité de ses salariés. Ceci est d'autant plus étonnant que la neutralité n'est pas une conviction, mais une absence de conviction. Dès lors, le pourvoi arrive devant l'assemblée plénière de la Cour de cassation²⁷¹ qui réexamine à son tour le contenu du règlement intérieur. Elle relève que la clause interdisait de manifester ses convictions religieuses lorsque les salariés sont en contact avec les enfants ou les parents. Ainsi, elle décide, contrairement à la chambre sociale de la Cour de cassation, que cette clause est suffisamment précise et justifiée par la nature de la tâche à accomplir. Elle relève que l'entreprise est une petite structure (18 salariés) qui pouvait être en relation directe avec les enfants et ainsi exercer une influence sur les enfants. Dès lors, elle conclut au non-respect du règlement intérieur et valide le licenciement pour faute grave.

S'en est rapidement suivi une nouvelle affaire où la question du port du voile islamique resurgit mais dans un contexte différent.²⁷² Une salariée travaille pour une société de produit informatique et cette société vend ces produits à d'autres entreprises. Une des salariées porte le foulard islamique. Un des clients prévient son directeur qu'il ne veut pas être démarché par quelqu'un portant le voile islamique, sinon, il ne passera plus de contrat avec eux. L'employeur demande alors au salarié de retirer son voile lorsqu'elle exerce ses fonctions de démarchage auprès des clients, ce qu'elle refuse et s'ensuit par un licenciement pour faute grave. La Cour d'appel valide dans un premier temps le licenciement. La salariée s'estimant victime d'une discrimination fondée sur la religion forme alors un pourvoi en cassation. La Cour de cassation commence par rappeler l'interdiction des discriminations fondées sur la religion à l'article L.1132-1 du Code du travail et rappelle ensuite qu'il existe une exception à cela : une discrimination peut être justifiée par une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. Enfin, elle se pose la question suivante : le refus de la clientèle de voir une salariée portant le voile islamique constitue-t-il une exigence professionnelle, essentielle et déterminante ? La

²⁷¹ Cass, plen., 25 juin 2014 n°13-28.369

²⁷² Cass, soc., 9 avril 2015, n°13-19.855

Chambre sociale de la Cour de cassation n'ayant pas envie d'être désavoué une seconde fois – affaire Baby-Loup – elle saisit alors la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) afin de connaître sa position sur les directives en matière de discrimination. En renvoyant la question problématique à la CJUE, la Cour de cassation décide de jouer la carte de la prudence²⁷³ et adopte le bon réflexe, le réflexe européen.

La CJUE rend alors deux décisions suite à une affaire concernant la France, la seconde concernant la Belgique, quasiment similaire²⁷⁴. Dans l'affaire française, la Cour explique que la notion d'exigence professionnelle essentielle et déterminante renvoie à une exigence objective dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité. Cela ne renvoie pas à une décision que l'employeur peut prendre de manière subjective. L'exigence est intimement liée à la nature de la tâche à accomplir. Par exemple, une salariée qui serait employée comme modèle pour présenter des maillots de bain ne peut pas venir avec un foulard islamique, cela serait incompatible avec la nature même de l'activité de façon objective. En revanche, dans l'affaire en cause, aucun élément objectif ne justifie l'interdiction du port du foulard islamique. En conséquence, la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle, essentielle et déterminante. Dans l'affaire Belge, le règlement intérieur de l'entreprise interdisait « *le port visible de tous signe politique, religieux ou philosophique sur le lieu de travail pour les personnes en contact avec la clientèle* ». Il y avait donc un principe de neutralité imposé de façon générale. La Cour décide que cette règle ne viole pas le principe d'égalité de traitement parce que tous les salariés sont traités de la même façon, aucune distinction n'est faite entre les convictions religieuses, philosophiques ou politiques. La CJUE décide qu'au nom de la liberté d'entreprendre, un employeur peut imposer la neutralité.

La CJUE renvoie ainsi l'affaire devant la Chambre sociale de la Cour de cassation qui se prononce en date du 22 novembre 2017²⁷⁵ en reprenant à l'identique la décision de la CJUE.

²⁷³ Bernard BOSSU, *Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise*, la Semaine juridique sociale, n°25, 23 juin 2015, p.1224

²⁷⁴ CJUE, 14 mars 2017 – affaire belge C-157/15, G4S Secure Solutions – affaire française C-188/15, Bougnaoui et ADDH

²⁷⁵ Cass, soc., 22 novembre 2017, pourvoi n°13-19.855

Elle considère à ce titre que la discrimination est établie car il n'y a pas d'exigence professionnelle, essentielle et déterminante. En conséquence, elle annule le licenciement. La Cour de cassation la nécessité pour la clause de neutralité d'un « *objectif légitime, tel que la poursuite par l'employeur, dans ses relations avec ses clients, d'une politique de neutralité politique, philosophique et religieuse, pourvu que les moyens de réaliser cet objectif soient appropriés et nécessaires* »²⁷⁶. Dans son arrêt du 18 avril 2019, la Cour d'Appel de renvoi (Versailles)²⁷⁷, c'est alors incliné et a confirmé la position de la Cour de cassation – sans surprise – la nullité du licenciement est prononcée pour discrimination religieuse.

Cette affaire est importante puisqu'elle vient conforter la loi française. En effet, après l'affaire Baby Loup qui a suscité un déchaînement médiatique et politique, le législateur est intervenu par la loi dite « El Khomri » du 8 août 2016²⁷⁸ afin d'y ajouter un nouvel article dans le Code du travail sur le contenu du règlement intérieur. A ce titre, l'article L.1321-1-2 affirme que « *Le règlement intérieur peut contenir des dispositions inscrivant le principe de neutralité et restreignant la manifestation des convictions des salariés si ces restrictions sont justifiées par l'exercice d'autres libertés et droits fondamentaux ou par les nécessités du bon fonctionnement de l'entreprise et si elles sont proportionnées au but recherché.* »

En tout état de cause, il s'agit pour l'entreprise de gérer une coexistence équitable des sensibilités religieuses²⁷⁹. Dès l'origine de la relation de travail et dans le cadre d'une exécution loyale du contrat de travail, il est nécessaire d'instaurer avec les salariés un dialogue visant à trouver un point d'équilibre entre leur liberté de manifester, par leur apparence physique, leurs convictions religieuses, et les limites nécessaires, dans l'intérêt de l'entreprise, à la bonne exécution du contrat de travail.

²⁷⁶ Cass, soc., 22 novembre 2017, pourvoi n°13-19.855

²⁷⁷ CA Versailles, 18 avril 2019, n°18/02189

²⁷⁸ Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016

²⁷⁹ Isabelle DESBARATS, *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?* JCP éd. S, 28 juin 2011, 1307

CONCLUSION

comment le droit du travail concilie-t-il la nécessaire protection de l'apparence physique du salarié et les impératifs liés au bon fonctionnement de l'entreprise ?

En conclusion, l'apparence physique, notion qui, au premier abord paraît simple et facile à aborder, est en réalité une notion complexe et polysémique qui ne se laisse pas si aisément approcher. Cette notion, placée dans le monde du travail, amplifie les difficultés car, à y regarder de plus près, l'apparence physique au travail engendre l'apparition de plusieurs acteurs qui ont leurs mots à dire : l'employeur et le salarié en premier lieu, mais également le Défenseur des droits et les juges des prud'hommes, des Cours d'Appel et de la Cour de cassation.

L'adoption de l'apparence physique comme motif discriminatoire par la loi du 16 novembre 2001 paraissait être vouée à la réussite. Cependant, les imprécisions tenant à sa définition ont conduit les juges à faire primer les autres motifs discriminatoires, ou à sa position sur le terrain des libertés individuelles.

En effet, au-delà d'être un critère de discrimination prohibé, l'apparence physique avait depuis longtemps, été consacrée en tant que liberté individuelle. Si en principe le salarié est libre d'adopter l'apparence physique de son choix, cette liberté n'est pour autant pas une liberté fondamentale. Ainsi, les magistrats ont opéré à cette occasion une distinction parmi les libertés, entre celles dites ordinaires, dont fait partie la liberté vestimentaire, et celles fondamentales. Cette distinction amène inévitablement à une hiérarchisation des libertés et conduit à une consécration de « liberté de second rang » dont fait partie l'apparence physique. Cette solution n'est pas sans conséquence, elle renforce le pouvoir de l'employeur d'édicter des règles et d'exiger de ses salariés qu'ils adoptent une tenue correcte, voire même un uniforme, sur le fondement de divers motifs comme la santé, l'hygiène et la sécurité ; mais aussi la décence, l'intérêt de l'entreprise ou le contact avec la clientèle.

Dans ce cadre, les conséquences d'une atteinte avérée à une liberté fondamentale et à une liberté ordinaire ne sont pas les mêmes. Tandis que pour la première, la sanction est de droit la nullité de la mesure et la réintégration du salarié, pour la seconde, le salarié devra se contenter d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et donc de dommages et intérêts. La nuance apportée par la Cour de cassation au sujet de la liberté vestimentaire trouve ainsi son enjeu en la matière :

le salarié est libre, mais l'atteinte à sa libre apparence n'est pas protégée au titre des libertés fondamentales ni sanctionnée par la nullité.

Cette solution est difficile à comprendre lorsque l'on sait que l'apparence physique constitue un motif de discrimination prohibé. Or, une discrimination conduit à la nullité de la mesure discriminatoire. Il apparaît donc une sorte de contradiction ou d'incompréhension au sujet de cette notion, aux contours qui demeurent, finalement flous.

Par cette solution néanmoins, l'employeur se trouve conforté, toutefois au détriment de la vie personnelle du salarié. En effet l'apparence physique est une notion imbriquée dans de nombreuses thématiques du droit, tout aussi fondamentales les unes que les autres ; il s'agit en outre de la vie personnelle, de la dignité du salarié, de son droit à l'autonomie, à l'autodétermination ou encore la liberté religieuse. Cette notion, au-delà d'être un critère de discrimination prohibée et d'être une liberté individuelle renvoie à d'autres éléments tel que le besoin d'être reconnu, accepté ou du moins respecté dans son identité.

Il est donc important à ce titre pour l'employeur d'utiliser ce pouvoir de direction, qui reste légitime à nos yeux, dans le respect toutefois des exigences de l'article L.1121-1 et L1132-1 du Code du travail amenant ainsi à concilier la nécessaire protection de l'apparence physique du salarié tout en liant les impératifs de fonctionnement de l'entreprise. Les motifs qu'il peut invoquer au titre de son pouvoir de direction en matière d'apparence physique ne doivent pas constituer un moyen attentatoire à la vie personnelle, et encore moins à la dignité du salarié.

L'idéal pour l'employeur comme le salarié, et dans l'intérêt de l'entreprise et des droits et libertés du salarié serait de rechercher un compromis chaque fois que cela est possible. Il serait également préférable de retenir plus facilement la discrimination en raison de l'apparence physique lorsque celle-ci se rapporte à une liberté permettant ainsi une meilleure protection pour le salarié.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES, MANUELS ET DICTIONNAIRES

- ✓ **AMADIEU** Jean François, *Le poids des apparences, beauté, amour et gloire*, éd. Odile JACOB, mars 2005, 200p.
- ✓ **AUZERO** Gilles, **DOCKES** Emmanuel, *Pouvoir et droits fondamentaux, Droit du travail*, 33^{ème} éd. Dalloz, 2020, Chapitre 2
- ✓ **CESARO** Jean François, **LAGESE** Pascal, *L'égalité selon la loi, l'égalité selon le juge, l'égalité en droit social*, LexisNexis, 2012, Chapitre 1, 189p
- ✓ **COUTURIER** Gérard, *Droit du travail – Tome 1, Les relations individuelles de travail*, 3^{ème} édition, 2002
- ✓ **DUQUESNE** François, *La discipline dans l'entreprise*, Droit du travail Lextenso, 2013, Chapitre 3, p.63-74
- ✓ **LEFEBVRE** Francis, *Mémento Pratique social*, 2021
- ✓ **MAZEAUD** Antoine, *Droit du travail*, Montchrestien, 5^{ème} édition, décembre 2006, 640p.
- ✓ **RAY** Jean Emmanuel, *Le droit du travail*, Collection Droit vivant, éd. Liaisons, 30^{ème} édition, septembre 2021, 804p.
- ✓ Le Petit Larousse
- ✓ Le Petit Robert
- ✓ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2021-2022
- ✓ Code du travail 2022
- ✓ Code civil 2021

ÉTUDES DOCTRINALES ET ARTICLES

- ✓ **BACQUET** Alain, *Conclusion CE 1^{er} février 1980*, Dr. Soc 1980, p.310
- ✓ **BOISGIBAUT-DE-BRYAS** Amélie, *La tenue vestimentaire du salarié*, JCP éd. E, n°23, 5 juin 2003, p.861

- ✓ **BOSSU** Bernard, *Le retour de l'affaire du « bermuda »*, JCP éd. S, n°19, 5 mai 2009, p.1200
- ✓ **BOSSU** Bernard, *Interdire le port de boucles d'oreilles à un homme constitue une discrimination*, JCP éd. S, 10 avril 2012, p.27
- ✓ **BOSSU** Bernard, *Le voile islamique et la clientèle de l'entreprise*, la Semaine juridique sociale n°25, 23 juin 2015, p .1224
- ✓ **CHISS** R. *Le contentieux de la discrimination et la rupture d'égalité : réflexions sur l'inégalité des armes*, JCP éd S. 2010, 1339, p.15
- ✓ **CORNESSE** Isabelle, *La proportionnalité en droit du travail*, Litec, 2001, p.161 et s.
- ✓ **CORRIGNAN-CARSIN** Danielle, *La liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail n'est pas une liberté fondamentale*, JCP éd E, n°38, 18 septembre 2003, p.1328
- ✓ **CORRIGNAN-CARSIN** Danielle, *Rémunération du temps d'habillage et de déshabillage*, Semaine juridique sociale n°8, 19 février 2013, p.1088
- ✓ **COUTURIER** Gérard, *Les nullités du licenciement*, Dr. Soc. 1977, p.215
- ✓ **D'ARTIGUE** Charlotte, *La liberté de se vêtir : une liberté certes, mais pas fondamentale*, Lexbase, n°A6668CK8
- ✓ **DESBARATS** Isabelle, *Entre exigences professionnelles et liberté religieuse : quel compromis pour quels enjeux ?*, JCP éd. S, 28 juin 2011, p.1307
- ✓ **DION** K.K, *Physical Attractiveness and Evaluation of Children's Transgressions*, Journal of Personality and Social Psychology, Vol. 24, 1972, p.207-213.
- ✓ **EFRAN** Michael. G, *The effet of physical appearance on the judgment of guilt, interpersonal attraction, and severity of recommended punishment in a simulated jury task*, Journal of experimental research in personality, Vol. 8, 1974, p.45-54.
- ✓ **JEAMMAUD** Antoine, *Licenciement pour motif personnel. Règlement intérieur. Restriction à la liberté fondamentale*, JCP éd. E. n°38, 18 septembre 2003, p.1328
- ✓ **FACE** Hérault, *Les cahiers de FACE Hérault, Spécial apparence physique*, n°1, décembre 2012, 40p.
- ✓ **FARNOCCHIA** Serge, *Liberté religieuse du salarié et intérêt de l'entreprise*, Recueil Dalloz, 1998, p.546
- ✓ **FAVENNEC-HERY** Françoise, *La preuve face aux pouvoirs de l'employeur*, Dr.soc. 1985, n°3, p.173
- ✓ **FAVOREU** Louis, *Droit de la constitution et constitution du droit*, RFDC, 1990, p.71

- ✓ **GIMALAC** Laurent, *La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels*, Petites Affiches, 20 décembre 2002, n°254, p.11-19
- ✓ **HARPER B**, *Beauty, Statute and the labour market : a british cohort study*, Oxford Bulletin of Economics and statistics, déc.2000, p.773-802
- ✓ **HAUSER** Jean, *Vie privée et vie en société : le bermuda, la manche, la toge et l'accordéon*, RTD civ.2003, p.680
- ✓ **HENDERSON-VU** Thi Ming, *Libertés et vie privée du salarié sur le lieu de travail, lorsque le principe de proportionnalité fait loi*, Semaine sociale Lamy, 21 mai 2007, p.6 à p.9
- ✓ **KNAPP M.L, HALL J.A**, *Nonverbal communication in human interaction*, Psychology, Vol.2, 5th éd. October 2011
- ✓ **LACHAISE** Gérard, *Conditions de restrictions vestimentaires imposées par l'employeur*, JCP éd E. n°48, 28 novembre 2002, p.1732
- ✓ **LE GALL** Jean Marc, *Equilibre du jugement et jugement de l'équilibre : les faits, les mots, le corps dans l'entretien de recrutement*, RGRH, 2000, p.69-83
- ✓ **LHERNOUD** Jean Philippe, *L'homme aux boucles d'oreilles : liberté ou égalité ?* Dr.soc. 2012, p.346-350
- ✓ **LOKIEC** Pascal, *Tenue correcte exigée*, Dr. Soc. 2004, p.132
- ✓ **MAILLARD S.**, *Coût de l'entretien des vêtements de travail*, Dalloz Act, 4 juin 2008
- ✓ **MEHRABIAN** Albert, **WIENER M**, *Decoding of inconsistent communications*, Journal of personality and social psychology, 1967, p.109-114
- ✓ **MOLINARI P.A**, *La prestation des soins de santé et le respect des droits fondamentaux : esquisse d'une problématique*, in Mélanges J-M AUBY, Dalloz, 1992, p.771
- ✓ **MOULY** Jean, *Droit civil et droit du travail, une coexistence enfin pacifique*, Etudes offertes à Claude LOMBOIS, Pulim, 2004, p.359 et s.
- ✓ **MONTEILLET** Vanessa, *Voyage au centre de la preuve, périple sur le chemin probatoire de la discrimination à l'occasion d'un licenciement*, Revue Lamy Droit des affaires, 2014, p.90
- ✓ **PIERCHON** Michel, *La liberté de se vêtir au travail sans dessus-dessous ?* JSL, 2002, p.102

- ✓ **POUSSON** Alain, *La liberté de se vêtir n'est pas une liberté fondamentale*, D.2004, p.176
- ✓ **QUETANT** Guy Patrice, Les cahiers du DRH, 2003, p.84
- ✓ **RAYNAUD** Julien, *Entreprise et droit fondamentaux*, JCP éd. E, n°10, 4 mars 2004, p.334
- ✓ **SAVATIER** Jean, *Conditions de licéité d'un licenciement pour port du voile islamique*, Dr.soc. 2004, p.357
- ✓ **TOURNAUX** Sébastien, *L'entretien des tenues vestimentaires professionnelles à la charge de l'entreprise*, Hebdo éd. S, n°228 du 21 septembre 2006, n°LXB : N2883ALD
- ✓ **TOURREIL** Jean Emmanuel, *L'employeur doit assumer les frais d'entretien de la tenue de travail qu'il impose aux salariés de porter*, JSL, n°23, 3 juin 2008, p.308
- ✓ **WAQUET** Philippe, **WOLMARK** Cyril, *Convient-il d'interdire le port de signe religieux dans l'entreprise ?*, RDT 2009, p.485
- ✓ **WAQUET** Philippe, *Les libertés dans l'entreprise*, RJS, 2000, p.336
- ✓ **WAQUET** Philippe, *Le bermuda ou l'emploi*, Dr. Soc. 2003, p.808-812

THÈSES

- ✓ **JABBOUR** Rhéa, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme), en droit du travail français et américain. Approche comparatiste*. Thèse de doctorat, droit, sous la direction de Francis KESSLER. Paris – Université Panthéon Sorbonne, 2013, 357p.
- ✓ **MATTIUSSI** Julie, *L'apparence de la personne physique pour la reconnaissance d'une liberté*, Thèse de droit sous la direction de Grégoire LOISEAU soutenue à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, RDLF 2017, Thèse n°5, 445p.

LOIS, ARRÊTÉ, DÉCRETS et CIRCULAIRES

- ✓ **Arrêté du 8 avril 2015** fixant les tenues, uniformes, équipements, insignes et attributs des sapeurs-pompiers, JORF n°0094 du 22 avril 2015

- ✓ **Circulaire DRT n°1983/05** du 15 mars 1983 relative à l'application des articles 1 à 5 de la loi du 4 août 1982 concernant les libertés des travailleurs dans l'entreprise.
- ✓ **Circulaire n°91/17** du Ministère du travail du 10 septembre 1991
- ✓ **Décret n°2006-945 du 28 juillet 2006** relatif à l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances, JORF n°175 du 30 juillet 2006
- ✓ **Décret n°2008-1344 du 17 décembre 2008** relatif à la création d'un label en matière de promotion de la diversité et de prévention des discriminations dans le cadre de la gestion des ressources humains et à la mise en place d'une commission de labellisation, JORF n°0295 du 19 décembre 2008
- ✓ **Loi n°83-635 du 13 juillet 1983**, portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, JORF 1983.
- ✓ **Loi n°89-462 du 6 juillet 1989** tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n°86-1290 du 23 décembre 1986, JORF du 8 juillet 1989
- ✓ **Loi n°90.602 du 12 juillet 1990** relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, JORF n°161 du 13 juillet 1990.
- ✓ **Loi n°2000-37 du 19 janvier 2000** relative à la rédaction négociée du temps de travail, JORF n°16 du 20 janvier 2000
- ✓ **Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001** relative à la lutte contre les discriminations, JORF n°267
- ✓ **Loi n°2006-396 du 31 mars 2006** pour l'égalité des chances, JORF n°79 du 2 avril 2006
- ✓ **Loi n°2008-496 du 27 mai 2008** portant diverses mesures d'adaptation du droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, JORF du 28 mai 2008.
- ✓ **Loi n°2014-873 du 4 août 2014** pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JORF n°0179 du 5 août 2014
- ✓ **Loi n°2016-1088 du 8 août 2016** relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016
- ✓ **Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016** de modernisation de la justice du XXI^e siècle, JORF 19 novembre 2016

CONVENTION et DIRECTIVES EUROPENNES

- ✓ **Convention n°111** (C111) concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, 25 juin 1958.
- ✓ **Directive 76/207/CEE** du Conseil, du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle, et les conditions de travail, JOUE n°L.039 du 14/02/1976.
- ✓ **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, JOUE n°L.180 du 19/07/2000
- ✓ **Directive 2000/78/CE** du Conseil du 21 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JOUE n°L.303 du 02/12/2000

RAPPORTS OFFICIELS

- ✓ AN, rapport n°2609, 10 octobre 2000 par Philippe **VUILQUE**
- ✓ AN, rapport de la 2^{ème} séance, 1^{er} décembre 1999 présidé par Philippe **HOULLON**
- ✓ Défenseur des droits – Rapport annuel d'activité 2021
- ✓ Défenseur des droits, Décision-cadre n°2019-205 du 2 octobre 2019 relative aux discriminations dans l'emploi fondées sur l'apparence physique
- ✓ Défenseur des droits, décision-cadre MLD n°2016-058 du 12 février 2016 relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi
- ✓ Délibération de la HALDE n°2011-26 du 31 janvier 2011 relative à une discrimination en raison de la petite taille.
- ✓ Délibération de la HALDE n°2011-44 du 28 février 2011 relative à l'exigence d'une taille minimale pour exercer les fonctions de sapeur-pompier professionnel ou volontaire – cas individuel
- ✓ Délibération de la HALDE n°2011-16 du 4 avril 2011 relative au refus d'embarquement opposé à un steward en raison de son apparence physique.

- ✓ *La protection des droits fondamentaux par le pouvoir judiciaire*, A. **COLLIARD**, 7^{ème} congrès international de droit européen, Bruxelles. Compte rendu de M. **MELCHIOR**, CDE, 1976, p.468
- ✓ *Les libertés publiques et l'emploi* : Rapport au ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle par Gérard **LYON-CAEN**, 1992
- ✓ 8^{ème} baromètre de l'OIT, *Perception des discriminations dans l'emploi, Enquête auprès des demandeurs d'emploi*, janvier 2015
- ✓ 13^{ème} baromètre de l'OIT, *Perception des discriminations dans l'emploi, des préjugés aux discriminations : des conséquences durables pour les individus*, décembre 2020

COLLOQUES

- ✓ Colloque du 18 novembre 2009 à Lille, *L'apparence physique : motif de discrimination. Entre norme, code sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible*, sous la direction d'Eric **PELISSON**
- ✓ Acte du colloque de Varsovie, 1993, *Universalisme des droits fondamentaux et progrès du droit, La protection des droits fondamentaux*, Y. **MADIOT**, PUF, p.35
- ✓ Acte du 2^{ème} colloque d'Aix en Provence, 1982, *Rapport de synthèse, Cours constitutionnelles et droits fondamentaux* par Jean **RIVERO**, p.515

SITES INTERNET

- ✓ *Calaméo* : MARIOTTI KAMPER Anais, *La beauté à travers les continents*
- ✓ *FAO* : *L'hygiène dans l'industrie agroalimentaire*
- ✓ *Le Figaro* :
 - GOLLA Mathilde, *Un détenu sexy décroche un contrat de mannequinat*, 2 juillet 2014
 - AFP, *Licenciés après avoir refusé de tondre leur barbe, des agents d'Orly aux prud'hommes*, 8 avril 2016
- ✓ *Légifrance* : Textes réglementaires, Lois, Code du travail, Code civil, Code pénal, Code de procédure pénale, Code de justice administrative

- ✓ **Respect Mag** : AIDER Valérie, *L'apparence physique mise à nu : histoire et actualités d'une discrimination*
- ✓ **Slate.fr** : *Disney autorise la barbe*, 25 janvier 2012

TABLE DES JURISPRUDENCES

Sur la liberté de se vêtir au temps et au lieu de travail

- ✓ CPH Rouen., 30 août 2001 : RJS 2001, n°1252
- ✓ CA Rouen., 13 novembre 2001 : RJS 2002, n°8
- ✓ Cass, soc., 28 mai 2003, n°02-40273. Bull
- ✓ Cass, soc., 18 février 1998. Bull. civ. V, n°90

Sur les sanctions pour atteintes aux libertés fondamentales ou ordinaires

- ✓ Cass, soc., 28 avril 1988, n°87-41.804
- ✓ Cass, soc., 13 mars 2001, RJS 5/01 n°590

Sur les sanctions des tenues négligées, indécentes ou exubérantes

- ✓ Cass, soc., 22 juillet 1986, n°82-43.824, *Morel C/ Siaco*, publié
- ✓ Cass, soc., 18 mai 1999, n°2296
- ✓ CA Douai., 30 septembre 2010, n°09/0345
- ✓ CPH., 14 novembre 1995, JurisData n°1995-765088
- ✓ CA Paris., 9 septembre 2005, n°04-36314
- ✓ Cass, soc., 6 novembre 2001, n°99-43.988
- ✓ CA Reims., 12 janvier 2000, n°96/02399
- ✓ CA Paris., 25 janvier 2011, n°09-2207.
- ✓ CA Nîmes., 18 mai 2010 n°08/03441
- ✓ CA Orléans., 25 mars 2010, n°205/10, 09/01890
- ✓ Cass, soc., 12 juillet 1989, n°86.40-987
- ✓ CA Versailles., 25 novembre 1994, n°3843/93
- ✓ CA Paris., 6 mai 1982, n°20019-82
- ✓ CA Paris., 7 janvier 1988, *Banque Bred c/ Tavier*
- ✓ CA Rennes., 6 septembre 2005, n°04-00.583

Sur la maîtrise de l'apparence physique du salarié par l'employeur

- ✓ CA Nancy., 6 février 2013, n°12/00984
- ✓ CA Paris., 3 avril 2008, n°06/10076
- ✓ CA Metz., 3 mars 2009, n°06-247
- ✓ CA Caen., 7 mars 2014, n°11-03138
- ✓ CA Metz., 7 avril 2008, n°08-262
- ✓ CA Versailles., 8 juillet 1994 n°93-6638
- ✓ CA Colmar., 15 janvier 2013, n°11/05558
- ✓ CA Nîmes., 21 juin 2016, n°14/04558
- ✓ CA Paris., 16 mars 2001, RJS 11 janvier n°1252
- ✓ CA Paris., 6 mai 1982, n°20019-82
- ✓ CA Paris., 7 juin 1990, n°90-30904
- ✓ CA Toulouse., 11 octobre 2001, n°2001/00557
- ✓ CA Paris., 7 juin 2007, n°06/00269
- ✓ Cass, soc., 9 novembre 2005, n°03-47720. Publié, Bull.
- ✓ CA Paris., 14 mars 1989, n°88-35597
- ✓ Cass, soc., 7 octobre 1992, *Appino c/ Nouvelles Galeries*
- ✓ Cass, soc., 3 juin 2009, n°08-40.346. Publié, Bull
- ✓ CA Versailles., 31 août 2011, n°10/03526
- ✓ CA Orléans., 21 juin 2012, n°486/12, 11/01875
- ✓ CA Paris., 24 janvier 2013, n°11/04162
- ✓ CA Douai., 20 octobre 1983, n°82-2265
- ✓ CA Chambéry., 1^{er} octobre 1996 n°94-3303
- ✓ CA Douai., 29 septembre 2004, n°00-523, *Dalle-Lepers c/ Sarl Weight Watchers Opérations France*
- ✓ CA Metz., 7 avril 2008, n°08-262
- ✓ CA Toulouse., 28 février 2003, n°02-3428
- ✓ CA Versailles., 19 décembre 1994

Sur le coût et l'entretien des tenues vestimentaires

- ✓ Cass, soc., 21 mai 2008, n°06-44.044
- ✓ Cass, soc., 25 février 1998, n°95-44.096

- ✓ Cass, soc., 9 janvier 2001, n°98-44.833
- ✓ Cass, soc., 15 novembre 2006, n°04-48.689
- ✓ Cass, soc., 13 février 2007 n°04-45.389
- ✓ Cass, soc., 10 novembre 2004, n°02-41.881
- ✓ Cass, soc., 12 décembre 2012, n°11-26.585

Sur le temps d’habillage et de déshabillage au lieu de travail

- ✓ Cass, soc., 26 janvier 2005, n°03-15033
- ✓ Cass, soc., 26 mars 2008, n°05-41476
- ✓ Cass, soc., 10 novembre 2009, n°07-45296
- ✓ Cass, soc., 17 février 2010, n°08-44343
- ✓ Cass, plen., 18 novembre 2011, n°10-16491
- ✓ Cass, soc., 21 novembre 2012, n°11-15696
- ✓ CA Paris., 10 janvier 2012, n°12/00397
- ✓ Cass, soc., 23 novembre 2011, n°10-20.570
- ✓ Cass, soc., 11 juillet 2012, n°11-21.192

Sur la charge de la preuve en matière de discrimination

- ✓ Cass, soc., 28 mars 2000, Bull. civ. 2000 n°126
- ✓ Cass, soc., 27 novembre 2002, n°00-44.736
- ✓ Cass, soc., 26 avril 2000, Bull, civ 2000 n°151
- ✓ Cass, crim., 3 avril 2007 Jurisdata n°2007-038633
- ✓ Cass, soc., 3 avril 2002, RJS 2002, n°697
- ✓ Cass, soc 2 juin 2004, n°02-41.261
- ✓ Cass, soc., 24 octobre 2012 n°11-12.295
- ✓ Cass, soc., 10 novembre 2009, n°07-42.849

Sur la notion de « discrimination »

- ✓ Cass, soc., 11 janvier 2012, n°10-28.213. Publié, Bull
- ✓ CA Orléans., 21 juin 2007, n°06/01917

- ✓ Cass, crim., 23 juin 2009, n°07-85.109. Publié, Bull
- ✓ Cass, crim., 20 janvier 2009, n°08-73.710. Publié, Bull
- ✓ CA Paris., 9 septembre 2003, n°02-38013
- ✓ CA Versailles., 11è ch., n°688, 28 octobre 2010, RG n°09/02217
- ✓ TC Paris., 28 mai 1998, Gazette du Palais, 1999, *Chronique Dr. Crim. P.6 note DOUCET*
- ✓ Cass, crim., 14 novembre 1989, JurisData n°1989-004192, Bulletin criminel 1989, n°416
- ✓ Cass, soc., 15 décembre 2011, n°10-15873, Publié, Inédit
- ✓ Cass, crim., 29 septembre 1996, Gazette du Palais, 1997, conclusions Bonnet
- ✓ CA Poitier., 17 février 2009, n°08/00461
- ✓ CA Montpellier., 16 mai 2007, n°06-06998
- ✓ CA Rennes., 12 octobre 2011, JurisDate n°2011-030066
- ✓ CA Orléans., 21 juin 2007, n°06/01917
- ✓ CA Metz., 7 avril 2008, n°08-262

Sur le port du voile en entreprise

- ✓ Cass, soc., 19 mars 2013, n°11-28.845 - *affaire Baby Loup*
- ✓ Cass, plen., 25 juin 2014 n°13-28.369
- ✓ Cass, soc., 9 avril 2015, n°13-19.855
- ✓ CJUE., 14 mars 2017, C-157/15, *G4S Secure Solutions (affaire belge)*
- ✓ CJUE., 14 mars 2017, C-188/15, *Bouagnaoui et ADDH (affaire française)*
- ✓ Cass, soc., 22 novembre 2017, pourvoi n°13-19.855
- ✓ CA Versailles., 18 avril 2019, n°18/02189

TABLE DES MATIERES

Sommaire.....	3
Remerciements.....	5
Introduction.....	7
Partie 1 – L’apparence physique : une notion appropriée par le droit du travail.....	15
<hr/>	
<u>Chapitre 1 – La discrimination du salarié en raison de son apparence physique</u>	<u>17</u>
Section 1 – La consécration originale de l’apparence physique comme motif de discrimination prohibé.....	18
§1 – L’introduction du principe de non-discrimination lié à l’apparence physique en droit français.....	18
§2 – L’originalité du principe de non-discrimination en raison de l’apparence physique face à son absence en droit international et européen.....	21
Section 2 – La pertinence de l’introduction du critère de l’apparence physique comme motif de discrimination prohibé.....	24
§1 – La pertinence du principe de non-discrimination en raison de l’apparence physique.....	24
§2 – Les conséquences civiles et pénales de la discrimination en raison de l’apparence physique.....	28
<u>Chapitre 2 – L’apparence physique comme liberté individuelle du salarié.....</u>	<u>35</u>
Section 1 – L’apparence physique : une notion placée au second plan.....	36
§1 – La liberté vestimentaire encré dans la notion d’apparence physique.....	36
§2 – L’exclusion de la liberté de se vêtir et de l’apparence physique comme liberté fondamentale.....	38
Section 2 – L’apparence physique : pour la reconnaissance d’une liberté fondamentale.....	42
§1 – Une hiérarchisation des libertés contestable motivée par l’enjeu de nullité.....	42
§2 – La reconnaissance d’une liberté sur l’apparence physique pour consolider la discrimination sur l’apparence physique.....	46

Partie 2 – L'apparence physique : une notion applicable dans l'entreprise..... 51

Chapitre 1 – Les limites de cette liberté individuelle : une justification par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché 52

Section 1 – La maîtrise de l'apparence physique des salariés par l'employeur justifiée par son pouvoir de direction.....52

§1 – Les restrictions liées à la tenue vestimentaire des salariés.....53

A – Restrictions fondées sur l'hygiène, la sécurité et la décence.....53

B – Restrictions fondées sur l'intérêt de l'entreprise et le nécessaire contact avec la clientèle.....57

§2 – Les restrictions liées au « look » des salariés (cheveux, barbe, bijoux...)60

A – Une justification par l'hygiène.....60

B – Un contrôle approfondi dans certains métiers.....61

Section 2 – Le respect du principe de nécessité et de proportionnalité imposé par le Code du travail et ses conséquences.....63

§1 – Le contrôle de l'apparence physique du salarié dans l'entreprise.....64

A – Des restrictions aisément admises eu égard à l'ambivalence de l'article.....64

B – Le refus de subordination du salarié soldé par un licenciement....67

§2 – Les restrictions admises à la liberté vestimentaire encadrées d'une contrepartie.....68

A – Le coût de l'entretien à la charge de l'employeur.....69

B – Le temps d'habillage et de déshabillage à la charge limitée de l'employeur.....73

Chapitre 2 – L'atténuation au principe de non-discrimination : la réponse à une exigence professionnelle, essentielle et déterminante.....79

Section 1 – Une discrimination justifiée par l'intérêt de l'entreprise au détriment de l'intérêt du salarié.....80

§1 – L'exigence de conformité à l'image de l'entreprise.....80

A – L'apparence physique des salariés : une discrimination à l'embauche licite pour les mannequins et acteurs.....	80
B – L'apparence physique des salariés : un vecteur de séduction potentielle vis-à-vis de la clientèle.....	82
§2 – Le sort des tenues dites négligées, indécentes ou exubérantes.....	86
A – Les tenues provocantes et négligées.....	87
B – Les tenues exubérantes.....	88
Section 2 – Une fine frontière entre discrimination et restrictions admises.....	89
§1 – Discrimination liée aux qualités intrinsèques de la personne.....	91
A – L'entrave des relations de travail par les discriminations raciales.....	91
B – L'entrave des relations de travail par les discriminations en raison de l'âge, du sexe, de la taille et de la beauté.....	93
§2 – Discrimination liée aux qualités extrinsèques de la personne.....	96
A – L'impossibilité de sanctionner le choix d'une coiffure, le port d'une barbe, le choix d'une tenue ou le port d'accessoires.....	97
B – Les sanctions relatives aux convictions religieuses du salarié.....	100
Conclusion.....	105
<hr/>	
Bibliographie.....	107
Table des jurisprudences.....	115
Table des matières.....	119
Table des abréviations.....	122

TABLE DES ABREVIATIONS

A

- ACSE Agence national pour la Cohésion Sociale et l'Egalité des Chances
- ANPE Agence National pour l'Emploi (*devenu pôle Emploi*)

C

- CA Cour d'Appel
- Cass. Cour de Cassation
- Cass. soc., Cour de Cassation, chambre sociale
- Cass, crim., Cour de Cassation, chambre criminelle
- Cass, civ., Cour de Cassation, chambre civile
- CECLR Centre pour l'Egalité des Chances et la Lutte contre le Racisme
- CDD - CDI Contrat à Durée Déterminée / Indéterminée
- CEDH Cour Européenne des Droits de l'Homme
- CESDHLF Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
- CJUE Cour de Justice de l'Union Européenne
- CPH Conseil de Prud'homme
- CNAV Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse
- CV Curriculum Vitae

D

- D. Recueil Dalloz
- Dr.soc Revue Droit social Dalloz
- DRH Directeur des Ressources Humaines

H

- HALDE Haute Autorité de Lutte contre les Discrimination et pour l'Egalité (*devenu le Défenseur des Droits*)
- HDR Habilitation à Diriger des Recherches

