



HAL
open science

La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain : approche comparatiste

Rhéa Jabbour

► **To cite this version:**

Rhéa Jabbour. La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain : approche comparatiste. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2013. Français. NNT : 2013PA010310 . tel-01085673

HAL Id: tel-01085673

<https://theses.hal.science/tel-01085673>

Submitted on 21 Nov 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE PARIS 1

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT DE L'UNIVERSITÉ PANTHÉON-SORBONNE

**LA DISCRIMINATION À RAISON DE L'APPARENCE PHYSIQUE
(*LOOKISME*) EN DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS ET AMÉRICAIN
APPROCHE COMPARATISTE**

Présentée et soutenue publiquement par

RHÉA E. JABBOUR

LE 28 OCTOBRE 2013

Membres du Jury

Frédéric Géa, Professeur à l'Université de Nancy

Juline Icard, Professeur à l'Université de Valenciennes

Francis Kessler, Professeur à l'Université de Panthéon-Sorbonne Paris (I)

Yves Struillou, Conseiller à la Cour de Cassation

REMERCIEMENTS

Travailler sur cette thèse en un délai réduit fut un véritable défi. Je suis extrêmement heureuse d'avoir choisi ce sujet malgré les critiques de superficialité qu'on pourrait éventuellement lui adresser. Cette thèse me tient à présent beaucoup à cœur et fait désormais partie de moi.

Je tiens à remercier en premier rang mon directeur de thèse, Monsieur Francis Kessler, pour son esprit positif et ouvert, son écoute et ses encouragements continus. Merci de m'avoir conseillé de ne pas arrêter de travailler à Beyrouth et surtout merci d'avoir cru en moi et en mon sujet. J'ai eu énormément de chance d'avoir été votre thésarde, et je n'aurai pas eu le courage de terminer cette thèse si ce n'était pas grâce à vous.

Merci à ma chère famille et mes amis pour leur soutien moral continu. Je remercie tout particulièrement ma cousine Milia pour son hospitalité ainsi que ma mère, mon éternelle complice, qui m'a beaucoup incité à faire un doctorat. Merci de croire aussi fort en moi et en ma réussite à l'avance.

Enfin, je dédie cette thèse à mon plus grand modèle de vie et mon ange gardien depuis 17 ans déjà... Elias Jabbour. J'espère que tu es fier de moi !

Rhéal E. Jabbour

*« La beauté est une meilleure recommandation
que n'importe quelle lettre », ARISTOTE*

SOMMAIRE

INTRODUCTION

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LES SOURCES ET MANIFESTATIONS DU *LOOKISME*

CHAPITRE 1 : LE CADRE JURIDIQUE : LA PROHIBITION DES DISCRIMINATIONS

SOUS-CHAPITRE 1 : LE DROIT FRANÇAIS

SOUS-CHAPITRE 2 : LE DROIT AMÉRICAIN

CHAPITRE 2 : LES OBSTACLES JURIDIQUES À UNE LOI ANTI-*LOOKISME*, UN PHÉNOMÈNE DÉFIANT LE DROIT

CHAPITRE 3 : LES AUTRES OBSTACLES À UNE PROTECTION JURIDIQUE ABSOLUE CONTRE LE *LOOKISME*

CHAPITRE 4 : L'ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE

CHAPITRE 5 : LES SOLUTIONS FACE AU *LOOKISME*

CONCLUSION GÉNÉRALE

LISTE DES PRINCIPALES ABBRÉVIATIONS

§ : Paragraphe

BFOQ: Bona Fide Occupational Qualification

ADA: Americans with Disabilities Act

ADEA: Age Discrimination in Employment Act

Cass. 2e civ.: Arrêt de la deuxième chambre de la Cour de Cassation

Cass. Ass. Plén.: Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation

Cass. Crim. : Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation

Cass. Soc.: Arrêt de la chambre sociale de la Cour de Cassation

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

D.C : District Court

EEOC: Equal employment opportunity commission

FEHA: Fair Employment and Housing Act

HALDE: Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité

JCP : Juris-classeur périodique

LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence

Para. : paragraphe

U.S: United States

U.S.C: *United States Code*

INTRODUCTION

1. « *Ce ne sont que les personnes superficielles qui ne jugent pas les apparences. Le véritable mystère du monde est le visible et non pas l'invisible* »¹.

Il y a plus de trente ans, Oscar Wilde dénonçait, à sa manière, les différences conceptuelles de l'être et du paraître de tout individu. Si la beauté était alors pleinement considérée comme un atout, la non-beauté était quant à elle condamnée par la société. Une condamnation d'autant plus virulente qu'au 19^{ème} siècle, de nombreuses lois étaient appliquées pour sanctionner tout manque d'esthétisme flagrant. Les « *Ugly Laws* » ou « lois laides » punissaient civilement et pénalement les personnes au physique non attrayant par le biais d'arrestation, d'incarcération ou encore d'amende, pour une simple apparition en public². Au delà du physique, la tenue vestimentaire devait-elle aussi répondre aux normes sociétales en vigueur. En cas de non respect, la plupart des juridictions américaines n'hésitaient pas à prohiber les habits jugés indécents en public³.

Une chasse à l'apparence encore présente aujourd'hui. Nous le savons, notre apparence physique est cruciale puisqu'elle reflète, pour l'entendement commun, notre manière d'être. Mais ne dit-on pas pour autant que le masque est la face⁴ ?

2. En 2002, une enquête quantitative très intéressante fut conduite par un magazine auprès des lecteurs de nombreux pays (États-Unis, Australie, Afrique du Sud et dans différents pays européens). A la question « *A côté de qui aimeriez-vous être assis dans un avion ?* », la première

¹« [*i*]t is only shallow people who do not judge by appearances. The true mystery of the world is the visible, not the invisible », dans WILDE O., *The picture of Dorian Gray*, Isobel Murray edition, Oxford 1981. « *Nothing has so marked an influence on the direction of a man's mind as his appearance, and not his appearance itself, so much as his conviction that it is attractive or unattractive*», dans TOLMACH L., SCHERR R., *Face value: the politics of beauty*, 1984, p. 246.

² BERRY B., *The power of looks: social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 46. Voir aussi BURGDORF M., BURGDORF R., « A history of unequal treatment: the qualifications of handicapped persons as a 'suspect class' under the equal protection clause », *Santa Clara Lawyer*, vol. 15, 1975, p. 855, 863-864.

³ ANSPACH K., *The why of Fashion*, Iowa State University Press, 1967, p. 261. Voir aussi BOTELHO L., *Clothing*, in *2 Puritans and Puritanism in Europe and America: a comprehensive encyclopedia*, édition BERNER F., & WEBSTER T., 2006, p. 348.

⁴ « *Our manner of appearing is our manner of being. The mask is the face* », dans SONTAG S., *Against interpretation and other essays*, 1965.

réponse des personnes interrogées est sans appel : les *top model*. Une pole position, suivie ensuite par les *leaders* de pays, les artistes, les conseillers financiers...⁵

La beauté arrive donc en premier choix, avant le pouvoir, la créativité et la sécurité financière.

3. Il est de notoriété publique que les sociétés américaine et française prônent tout particulièrement le culte des apparences et de la beauté.

D'ailleurs, certains qualifient nos sociétés de sociétés 'de spectacle'. Les médias visuels et technologies, la réalité virtuelle, la projection de la *corporate image*, les jeux vidéo, le voyeurisme sur internet... renforcent l'importance des apparences dans les choses et surtout les personnes⁶. Résultat, le poids des apparences profite d'une attention toute particulière. Le culte, la fascination pour la beauté physique, ou encore la 'tyrannie' des apparences et de l'éternelle jeunesse (d'où le terme « *jeunisme* »), donnent un pouvoir grandissant à ceux dont l'atout principal est le physique.

4. Mais aujourd'hui, plus que jamais, l'apparence physique prend toute son importance.

Le développement croissant de l'industrie de la beauté (cosmétique, botox, produits et pilules pour minceur, gels, crèmes, régimes dangereux⁷ ...), de l'industrie de la mode, des professions médicales et dentaires tournées vers la chirurgie cosmétique et esthétique, et des services de régimes alimentaires,... en sont une preuve éclatante. Ces pratiques à haut risque, et pour la plupart extrêmement douloureuses, ne constituent plus une limite à l'entendement humain. Il s'agit, ni plus ni moins, du prix à payer pour être beau, toujours plus beau...

Aussi, aux États-Unis, pas moins de 115 milliards de dollars sont dépensés annuellement dans le secteur de la beauté (38 milliards de dollars pour les soins des cheveux, 24 milliards de dollars pour les soins de la peau, 20 milliards de dollars pour la chirurgie cosmétique et 15 milliards de dollars pour les parfums)⁸. Selon Madame Nancy Etcoff, les américains dépensent plus d'argent pour la beauté que pour l'éducation ou les services sociaux⁹.

⁵«Physical Attractiveness- Gender».
http://www.looksinfo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=195&Itemid=484&phpMyAdmin=javrIPWnWyiudgBbGOAfYJVitd.

⁶ TIETJEET S., « Is lookism unjust? », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, n°2, 2005, p. 31-50.

⁷SOLOVAY S., ROTHBLUM E., « No fear of fat », *Chronicle of Higher Education*, vol. 56, édition 12, 13 novembre 2009.

⁸ KUCZYNSKI A., *Beauty junkies: inside our \$15 billion obsession with cosmetic surgery*, 2006, p. 7-8.

⁹ ETCOFF N., *Survival of the prettiest: the science of beauty*, New York Anchor Books, 1991, p.6.

Une croissance qui s'est vue de nos jours renforcée par l'apparition de coachs ou de conseillers sur la bonne 'image' à avoir¹⁰, et des cabinets de *relooking* et de leur soin apporté au développement considérable de l'image professionnelle et des choix physiques à faire¹¹. En France, l'Agence nationale pour l'emploi (« ANPE ») a mis en place des ateliers sur le thème: "Communiquer par l'image", atelier de réflexion sur l'importance de l'image¹².

5. A n'en pas douter, la beauté, qu'elle soit ou non artistique dénonce un certain conformisme à un idéal esthétique commun. Une belle femme ou un belle œuvre d'art susciteront, raisonnablement, une admiration plus grande qu'une femme dénuée de grâce et de beauté et qu'une œuvre d'art ratée.

Mais si l'apparence physique était en réalité un des acteurs les plus insidieux de détermination sociale et de reproduction des inégalités ?

Certes les individus se présentent avec des tailles, silhouettes, traits et apparence physique différents, et les juger selon leurs apparences semble anodin en théorie. En théorie seulement car un tel jugement provoque des effets notables à long terme. Ceci car, de manière silencieuse et le plus souvent inconsciente, nous jugeons constamment autrui et sommes jugés par eux pour ce qui est de notre apparence physique.

Si le rejet de personnes au physique 'disgracieux' ou 'atypique' dans une relation amoureuse peut pour certains être considéré comme un critère normal de renoncement ; il n'en est pas ainsi dans tous les domaines. Le 'normal' se doit de devenir anormal dans des contextes supposément objectifs tel que celui du travail ou des décisions de justice, de la mode, ou encore de l'accès aux services et aux soins médicaux. Des lieux où paradoxalement, les discriminations ne font que s'amplifier.

¹⁰ CLIFT E., BRAZATIS T., « Madam President: shattering the last glass ceiling », *Social Science*, vol. 16, 2000, p. 318-324. Par exemple, comment avoir une voix basse, les dents alignées, les cheveux éclaircis,...

¹¹ CLIFT E., BRAZATIS T., « Madame president: shattering the last glass ceiling », *Social Science*, vol. 16, 2000, p. 318-23.

¹² Selon Jean-François Marti, l'un des responsables de ce service, « *Les candidats se focalisent et culpabilisent sur leurs compétences, alors qu'une bonne partie de l'embauche dépend d'abord d'une bonne image de soi* ». REMY J., LEBOURCQ S., COUSIN M., « Le vrai pouvoir de la beauté », *L'express*, 8 août 2002, www.lexpress.fr/informations/le-vrai-pouvoir-de-la-beaute_648962.html.

La 'beauté' en tant qu'atout purement personnel est désormais devenue un glorieux bonus ou une 'prime de beauté' aux yeux de la société. Dans ce contexte, il n'y a de prime que pour les personnes considérées 'belles'. *A fortiori*, la « laideur » ou le « *look* hors norme » est devenu quant à lui synonyme de pénalité et de lourd fardeau à porter, au point d'être parfois considéré comme un véritable handicap.

A) Le *lookisme*, objet de notre recherche

6. En théorie, la sagesse populaire nous dicte de ne jamais juger les choses ou les personnes selon leurs apparences et qu'*a fortiori*, une image extérieure ne devrait aucunement refléter des critères intrinsèques, aux niveaux personnel et professionnel. Or, malgré les injonctions proverbiales telles que « *Ne vous fiez pas aux apparences* » ou « *L'habit ne fait pas le moine* » ou encore « *Beauty is only skin deep* », « *Beauty is in the eye of the beholder* » (la beauté est dans les yeux de celui qui regarde), la tyrannie des apparences prend malheureusement le dessus, provoquant ainsi une réelle stigmatisation sociale. Or, toute stigmatisation se traduit par une discrimination.

Les sociétés occidentales sont nourries de préjugés contre toute notion de 'différence', affectés par des stéréotypes choquants, notamment ceux attachés au *look* et ces derniers font que nous sommes socialement stratifiés par notre apparence physique.

La beauté est donc injuste. Le regard social condamne la différence. Tout ce qui se traduit par une déviation par rapport à la 'norme' est systématiquement interprété négativement par les employeurs, les collègues ou les clients et est donc traduit par des inégalités, bien que non dévoilées, et qui ont de très fortes implications dans le cadre du travail¹³. Voilà la dictature des apparences ! En dépit des conventions, déclarations et chartes des droits de l'homme, les constitutions les lois et règlements, beaucoup de citoyens français et américains sont privés d'opportunités diverses en raison de leur apparence physique.

Ironie du sort, l'injustice de ce phénomène augmente en ce qu'il est héréditaire (à titre d'exemple une petite taille, une grosse musculature ou une morphologie large) dans la plupart des cas.

¹³DORTIER J-F., « La tyrannie de la beauté », http://www.scienceshumaines.com/la-tyrannie-de-la-beaute_fr_22384.html, 22 juin 2009.

Les discriminations sont nombreuses et reflètent une préoccupation mondiale. La lutte contre la discrimination est un combat mené sans relâche depuis des années par les institutions internationales au cœur des droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit, les commissions spécialisées, la sensibilisation publique.... Mais bien qu'il existe une politique de prévention des discriminations et une large mobilisation de tous les acteurs, les discriminations semblent persister.

La discrimination à l'emploi ayant un impact dans l'économique et le juridique est un processus systémique et dynamique trouvant son origine dans un problème social. La discrimination n'est pas considérée d'emblée comme illégitime, à moins qu'elle ne soit expressément interdite par un texte de loi. Malgré les prohibitions de principe, la conscience de l'absence de justification véritable et l'injustice d'un traitement de la sorte, les discriminations continuent de persister en France et aux États-Unis où elles sont particulièrement fréquentes dans le monde du travail. Si l'employeur n'est pas en droit de discriminer, il peut différencier et la frontière est mince et très nuancée. Les risques sont d'autant plus grands que le salarié se trouve en état de subordination vis-à-vis de l'employeur. C'est la raison pour laquelle la lutte contre les discriminations doit constituer une préoccupation constante des acteurs de la vie sociale. Elle est à la fois un impératif juridique et une obligation morale de nos jours.

En France, dans une enquête réalisée auprès de salariés montre que l'origine, l'apparence physique, le sexe, l'âge, sont par ordre décroissant, les principaux motifs de discrimination¹⁴.

7. L'apparence physique est au cœur des interactions sociales de la vie

Selon Monsieur Picard¹⁵, les interactions humaines seraient soumises à un code social normatif et les règles culturelles où le corps prend toute sa valeur et fournit une somme d'informations sociales sur les acteurs sociaux parce qu'elles résument partiellement ou concrètement l'identité sociale de ceux-ci.

¹⁴ Baromètre CSA, commandé par la HALDE et l'OIT ; *Liaisons sociales*, 23 décembre 2010, bref social, n°14757 : 37% estiment avoir été victimes d'une discrimination ethnique, 36 % eu égard à l'apparence physique ; 29 % quant au sexe et à l'âge.

¹⁵PICARD D., *Du code au désir, le corps dans la relation sociale*, éditions Dunod, 1983.

8. Ce ‘marqueur’ complexe et insidieux reste l’une des clés de la discrimination et de la reproduction des inégalités. L’objet de notre recherche est la discrimination à raison de l’apparence physique ou le *lookisme*¹⁶ dans le déroulement de carrière. Le « *lookisme* » composé de « *look* » (apparence) et « *-ism* », un néologisme entre beauté et racisme, a été utilisé pour la première fois dans le journal américain *Washington Post* en 1978 en référence aux « *fat people* » ou personnes de forte corpulence qui se battaient pour trouver des médecins compatissants, des employeurs heureux et des compagnons de vie¹⁷. Ce phénomène est dénommé aussi comme suit : ‘*lookphobia*’¹⁸, ‘*beautyism*’ ou ‘beautéisme’, ‘*facéisme*’¹⁹, ‘*appearance discrimination*’, ‘*image discrimination*’, ‘*beauty prejudice*’²⁰ ou ‘*beauty discrimination*’. (Nous adopterons le terme ‘*lookisme*’ aux fins de cette thèse).

Selon le Défenseur des droits en France, « *une discrimination à raison de l’apparence physique se fonde sur les traits ou caractéristiques physiques d’une personne pour prendre une décision qui lui est préjudiciable* »²¹.

De manière plus précise, le *lookisme* désigne la supposition que le physique d’un individu est un indicateur de sa valeur. C’est la construction d’un standard de beauté/attractivité ou *look* adéquat et l’oppression à travers des stéréotypes et des généralisations sur les personnes qui adhèrent ou n’adhèrent pas à ce standard²².

C’est aussi « *la hiérarchisation des individus sur la base de leurs traits corporels, qui sont évalués positivement ou négativement et par conséquent augmentent ou réduisent la valeur de l’individu* »²³.

¹⁶ <http://dictionary.reference.com/browse/lookismdiscrimination> or prejudice based on a person's physical appearance.

¹⁷ WARHURST C., VAN DEN BROEK D., HALL R., NOCKSON D., « *Lookism: The new frontier of employment discrimination?* », *Journal of Industrial Relations*, vol. 51, 2009, p. 131.

¹⁸ FRANK C., STEPHEN M., BAHAUDIN M., « *Appearance discrimination, “lookism” and “lookphobia” in the workplace* », *The Journal of Applied Business Research*, vol. 28, n°5, 2012.

¹⁹ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, p. 149.

²⁰ ZAKAS N., « *The eye of the beholder: Appearance discrimination in the workplace* », mémoire, sous la direction de Heidi Tarr Henson, Endicott College Van Loan School of Graduate and professional studies, 11 mai 2005.

²¹ <http://www.afmd.fr/-Programme-2012-2013-.html>.

²² « *It’s the belief that appearance is an indicator of a person’s value, the construction of a standard for beauty/attractiveness, and the oppression through stereotypes and generalizations of both those who do not fit that standard and those who do* », JENSEN E., « *The heroic nature of tax lawyers* », *University of Pennsylvania Law Review*, n°33, 1991, p. 367, 372.

²³ Urban Dictionary: lookism, www.urbandictionary.com/define.php?term=lookism.

Le *lookisme* est en réalité (i) la préférence pour un certain *look* ; et (ii) le biais contre les personnes au '*look inadéquat*'.

Le *lookisme* 'pur' peut être défini comme étant tout comportement *lookiste* strictement détaché de tout critère immuable tel que le sexe, le genre, la race, la couleur, l'ascendance nationale, l'origine sociale, le handicap ou l'âge. Il en résulte qu'il s'agit de la discrimination ou du traitement différentiel à raison d'un des critères suivants : l'attractivité ou la non-attractivité physique, la tenue vestimentaire, la coiffure, le maquillage, la qualité ou la couleur des cheveux, les piercings, les tatouages, l'odeur,...

9. Il convient de noter que très souvent, les perceptions entachées de stéréotypes liés aux critères de sexisme, racisme, d'orientation sexuelle et autres perceptions prohibées par des bases juridiques coïncident avec celles relatives au *lookisme*.

Par suite, le *lookisme* est dans la majorité des cas dédoublé de discriminations, on parle donc d'intersection de discrimination ou de discrimination cumulée. À titre d'exemple, deux mannequins dans l'émission télévisée américaine « *The price is right* » ont formé une action en alléguant qu'elles s'étaient faites licenciées en raison de leur grosseur et de leur âge quand bien même leur employeur était soucieux de leur poids et leur apparence physique générale²⁴. De plus, le sexisme, par exemple, est très souvent couplé de *lookisme*. Par exemple, il est plus unanimement toléré qu'un homme soit 'gros' plutôt qu'une femme²⁵. De plus, une femme de couleur noire et obèse pourrait se placer sous la défense de la discrimination en raison de la race. Aussi, une tenue vestimentaire provocante ou une cigarette à la main pourraient être défendues sur le terrain des bonnes mœurs²⁶.

Est-il facile d'obtenir gain de cause dans ces cas-là ? Si toute discrimination est interdite, il va de soi que toute discrimination cumulée est tout aussi interdite. Nous verrons dans la lecture de la jurisprudence, notamment la jurisprudence américaine, par quels moyens ces cas sont traités. Toutefois, selon certains, le passage d'un critère à l'autre ne résout probablement rien, si ce n'est à se replier sur des astuces purement hypocrites²⁷.

²⁴ «'Price is right' model discrimination lawsuit overturned », <http://abcnews.go.com/GMA/video/price-model-discrimination-lawsuit-overturned-brandi-cochran-ruling-18736667>, 15 mars 2013.

²⁵PATZER G., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York, Amazon, 2008, p. 149.

²⁶ À cet égard, voir PERU-PIROTTE L., « La lutte contre les discriminations approche critique », n°16, édition Septentrion, 2000.

²⁷ HAUSER J., RTD Civ. 2012 p. 288, note sur l'arrêt Cass. Soc., 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Dalloz* 2012, p. 290. MOIZARD N., MERCAT-BRUNS M., « L'apparence physique du salarié rapportée à son sexe » : l'émergence de la discrimination fondée sur le genre ? », *JCP*, 2012. I. 281.

10. Le *lookisme* a été qualifié de discrimination « *composite, complexe, offensive et destructrice* »²⁸. Étant un concept incertain, à la notoriété tout aussi incertaine, le *lookisme* dans le monde professionnel est une inavouable réalité. C'est une des formes de biais les plus anciens, subtils, masqués, et l'une des dernières formes de discrimination socialement tolérées.

Difficile à combattre car trop enraciné pour être visible, notamment quand il prend des formes insidieuses, le *lookisme* trouve son origine dans des 'mythes' sociaux de beauté ou *beauty myths*²⁹ ; mythes que nous exposerons au chapitre préliminaire.

11. Dans quels contextes observons-nous ce phénomène ?

Au-delà des remarques déplaisantes et des échecs amoureux, le *lookisme* prend forme dans l'accès à un certain nombre de droits économiques et sociaux : accès aux soins médicaux³⁰, aux services et soins publics, à la formation, aux droits politiques, à la citoyenneté, aux libertés publiques et aux clubs sociaux³¹, à l'éducation, l'évaluation des élèves par leurs professeurs³², aux préférences des candidats politiques³³, aux logements, dans les films cinématographiques³⁴, et va même jusqu'à affecter les jugements des tribunaux³⁵ !

Aussi, le *lookisme* s'observe-t-il majoritairement dans l'accès à l'emploi et à toutes les étapes de la vie professionnelle, objet de notre étude³⁶. De manière plus précise, le *lookisme* se retrouve en matière d'accès à l'emploi, de formation professionnelle et de travail, ainsi que dans les conditions de travail et de promotion professionnelle d'embauche, de rémunération, de

²⁸ DEMARET F., président du club FACE grand Lille, dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.

²⁹ « *If everyone were cast in the same mold, there would be no such thing as beauty* », dans BLUM V., *Flesh wounds: the culture of cosmetic surgery*, Bekeley, CA, University of California Press, 2003, p. 121-122.

³⁰ BAROXAS R., « Physical attractiveness and personal adjustment counseling », *Journal of Counseling Psychology*, vol. 21, 1974, p. 96-100.

³¹ WANN M., *Fat! So?*, Berkley: CA, Ten Speed Press, 1998, p. 154.

³² CLIFFORD M., WALSTER E., « The effect of physical attractiveness on teacher evaluation », *Sociology of Education*, vol. 46, 1973, p. 248.

³³ EFRAN M. G., PATTERSON, E., « Voters vote beautiful: The effect of physical appearance on a national debate », *Canadian Journal of Behavioral Science*, vol. 6, 1974, p. 352-356.

³⁴ SMITH, S. M., MCINTOSH, W. D., and BAZZINI D. G., « Are the beautiful good in Hollywood? An investigation of the beauty and goodness stereotype on film », *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 21, 1999, p. 69-80.

³⁵ EFRAN, M. G. « The effect 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.

³⁶ À titre d'exemple, voir WATKINS L.M., JONHSTON L., « Screening Job Applicants: the impact of physical attractiveness and application quality », *International Journal of Selection and Assessment*, vol. 8, 2000, p. 76-84.

formation, d'attribution de tâches, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotions professionnelles, de mutation, de renouvellement ou de suspension de contrat, de sanction disciplinaire et surtout de licenciement.

En effet, l'entreprise, environnement de concurrence permanente, a longtemps été le théâtre de diverses formes de discrimination, dont le fondement le plus récurrent est l'image de l'entreprise reflétée par certains individus³⁷. Compte tenu de la compétitivité extrême du marché du travail, les chefs d'entreprise ont l'embarras du choix et il en résulte que l'apparence physique devient un facteur critique. Par ailleurs, les stratégies marketing s'appuient souvent sur l'apparence des vendeurs ou personnes dans la scène³⁸ par exemple et expliquent cela par des processus psychologiques³⁹.

Une question fondamentale se pose : qu'entendons-nous par 'apparence physique' dans notre contexte ?

B) Définition de l'apparence physique

12. L'apparence physique désigne le corps, sa présentation, sa représentation, les caractères physiques et les attitudes corporelles.

Le concept de beauté ou le 'look adéquat' nous intéresse afin de mieux comprendre le phénomène du *lookisme*. Qu'est-ce que la beauté ? Le beau est-il quelque chose que l'on peut définir rationnellement, ou est-ce une appréciation dangereusement subjective ?

L'attirance exercée par le visage et principalement le corps humain, donne lieu à un important nombre de recherches. Selon Madame Catherine Hakim, l'apparence physique attrayante ou le « *capital érotique* » serait sans doute l'une des plus grandes armes qu'une femme puisse avoir⁴⁰. Elle distingue cinq types de « *capital érotique* » : la beauté physique ; l'attractivité sexuelle (le corps, les mouvements, le *sex appeal*,...); l'attractivité sociale (la grâce, le charme, les talents

³⁷ BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006.

³⁸ GREENHOUSE S., « A good-looking workforce can be an important asset in the competitive retail industry, going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003.

³⁹ DION K., BERSCHIED E., WALSTER E., « What is beautiful is good », *Journal of Personality & Social Psychology*, vol. 24, 1972, p. 285.

⁴⁰ HAKIM C., *Honey money: the power of erotic capital*, Publication Allen Lane, 2011.

sociaux et interactifs) ; la vivacité, l'énergie, la présentation sociale (les habits, parfums et bijoux,..) ; et enfin la sexualité (l'énergie, l'imagination,...). Madame Hakim soutient que le capital érotique serait un cinquième type de capital tout aussi précieux que le capital économique, culturel ou social. Il s'appliquerait dans les contextes de mariage, négociation et travail.

La définition même de l'apparence physique semble complexe et sujette à interprétation⁴¹ : cette notion est-elle uniquement restreinte aux caractéristiques corporelles ou bien est-elle étendue à la tenue vestimentaire, la propreté et l'allure générale ?

Selon Madame Hélène Garner-Moyer, c'est « *ce qui se présente à la vue* », ce qui recouvre deux dimensions : l'apparence corporelle, le physique (taille, poids, forme et caractéristiques du visage) et le *look* ou la façon de mettre en valeur ce physique (tenue vestimentaire, coiffure, maquillage,...)⁴².

Dans notre étude, l'apparence physique signifiera, de manière large, l'aspect extérieur de l'individu. Elle sera tantôt définie dans sa dimension de beauté-sédution, tantôt dans sa dimension d'apparence générale. Elle recouvrera notamment l'allure, les traits physiques, la taille, le poids, l'hygiène, la couleur de peau, les cheveux, la coupe de cheveux, la couleur des cheveux, la couleur des yeux, le style vestimentaire, la féminité, le maquillage, le port d'une barbe, et la présence ou absence de tatouages ou piercings ou badges.

L'apparence physique est un signe d'identification, de distinction dans les relations sociales et professionnelles, et un marqueur socio-économique, au même titre que le milieu d'origine ou le niveau d'études. En effet, les procédures chirurgicales, les habits à la mode, les produits de beauté, de minceur, les abonnements aux clubs sportifs sont coûteux.

Il sera observé que le poids est une partie importante de l'apparence physique. Mais surtout le rapport poids/taille importe encore plus⁴³, particulièrement aujourd'hui. C'est pourquoi nous

⁴¹ Physical attractiveness is how pleasing someone or something looks, www.looksinfo.com.

⁴² GARNER-MOYER H., « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pelession, animation et idée originale, Khalid Hamdani.

⁴³ PATZER GL. *Physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985.

nous attarderons sur la jurisprudence, notamment américaine très fournie en la matière, pour étayer ces constatations.

13. Une question subsidiaire se doit alors d'être posée : comment définir les standards de beauté ?

La beauté se définissait par le passé par l'habilité à ressembler à 'tout le monde'⁴⁴. Mais cette appréciation de la beauté varie selon les époques et les cultures. À titre d'exemple, dans quelques ethnies africaines, l'excès de poids, les cicatrices ou les tatouages sont considérés comme des critères de beauté⁴⁵, contrairement à d'autres pays de l'Occident surtout. Toutefois, à l'âge de la mondialisation actuelle des apparences, les avis semblent converger vers un consensus général⁴⁶. La notion de 'beauté', devenue objective (comme la race, le sexe, l'âge ou l'infirmité, qui sont extérieurement apparents)⁴⁷, mesurable et universelle, est définie de manière limitée en plus de s'être trop démocratisée, ce qui cause beaucoup d'angoisses, notamment chez les femmes⁴⁸. Tout d'abord, il apparaît qu'un petit nez et de grands yeux sont plus attractifs que d'autres, ce qui disqualifie les visages âgés aux traits complexes⁴⁹. De même, une peau claire, des cheveux lisses et des traits anglo-européens ont longtemps été perçus comme l'idéal de beauté auquel les minorités aspiraient⁵⁰. Enfin, des dents qui se chevauchent, de l'acné faciale, une grimace, ou des tâches seraient difficilement considérés comme des modèles de beauté⁵¹.

Nous pouvons aussi citer l'exemple du poids, point auquel nous nous attarderons. Historiquement, la signification et l'impact des silhouettes corporelles ont radicalement changé. Si l'excès de chair était jadis interprété comme étant un signe de fertilité, de santé et succès, il est aujourd'hui synonyme de marginalisation.

⁴⁴GREALY L., *Autobiography of a face*, New York, NY, Harper Perennial, 1994, p. 187.

⁴⁵ Deza Nguembock, dans « Comment l'apparence physique impacte la carrière », <http://orange.jobs/site/fr-actualites/Comment-lapparence-physique-impacte-la-carriere.htm>, diffusée le 18 juillet 2013.

⁴⁶ LANGLOIS J.H., KALAKANIS L., RUBENSTEIN A.J. Rubenstein., LARSON A., HALLMAN M., SMOOTH M., « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review », *Psychological Bulletin*, vol. 126.

⁴⁷ PATZER G., *The physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985, p. 148.

⁴⁸ PATZER G., *Looks, Why they matter more than you ever imagined*, New York: Amacon, 2008, p. 145.

⁴⁹ DORTIER J-F., « La tyrannie de la beauté », http://www.scienceshumaines.com/la-tyrannie-de-la-beaute_fr_22384.html, 22 juillet 2009.

⁵⁰ LEEDS M., « Ain't I a beauty queen? », *Black Women, Beauty, and the Politics of Race*, vol. 6, 2000. PATTON T., « Hey girl, am I more than my hair ? : African American women and their struggles with beauty, body image and hair », *Feminist Formations*, vol. 18, 2006, p. 24-25. PERRY I., « Buying white beauty », *Cardozo Journal of Law and Gender*, vol 12, 2006, p. 579.

⁵¹ DORTIER J-F., « La tyrannie de la beauté », http://www.scienceshumaines.com/la-tyrannie-de-la-beaute_fr_22384.html, 22 juillet 2009.

En effet, la société actuelle du *skinny world* ou le monde maigre, est la cause principale de l'augmentation des troubles alimentaires (anorexie, boulimie). Les personnes en surcharge pondérale sont maintenant ostracisées de la culture dominante. Elles constituent à tout le moins un groupe à part, perçu comme 'gros', et ce, indépendamment du degré de poids de chacun. La phobie de l'excès de poids est dénommée la « *grossophobie* » ou « *weightism* » ou encore « *weight stigma* »⁵².

14. Le thème de *lookisme* dans l'entreprise suscite quelques interrogations : Un chef d'entreprise a-t-il le droit de licencier une salariée car elle n'est pas suffisamment sexy ? A-t-il le droit d'exiger que les candidats à un poste soient particulièrement séduisants ? Les individus obèses devraient-ils courir le risque de perdre leur emploi quand bien même leur poids n'aurait aucun lien avec leur profession ?

15. Le monde du travail est souvent confronté à un conflit bipolaire : la liberté de choix et de gestion du chef d'entreprise d'une part ; et l'égalité de traitement et le droit à l'égalité d'opportunité d'autre part. La liberté de l'employeur n'est pas illimitée, et est de plus en plus encadrée par les législateurs français et américain, afin d'éviter les abus. Dès lors, comment mettre en balance ces droits et intérêts en matière de *lookisme*?

L'on peut aussi se poser les questions suivantes : Est-ce un naïf idéalisme que de vouloir rendre le monde meilleur à travers le droit ? Le droit peut-il nier une prédilection universelle en faveur du physique attrayant ? Pourquoi et dans quelle mesure le droit social devrait-il intervenir en matière de *lookisme* ? Quelles sont la place et les limites du droit ?

Dans quelle mesure le droit peut-il intervenir ? L'objectif du droit est non seulement d'établir une égalité formelle mais aussi et surtout de la traduire en réalité concrète⁵³. En revanche, dans cette thèse, nous suggérerons que cet objectif s'avèrera être une tâche excessivement difficile. Aujourd'hui, le besoin imminent de lutter contre les discriminations à travers le droit, mais aussi par le biais de tous les acteurs sociaux et économiques (entreprises, associations, syndicats,...) est indéniable.

⁵² « Weight bias and stigma », http://www.yaleruddcenter.org/what_we_do.aspx?id=10,

⁵³ ATTAL-GALY Y., « Droits de l'homme et catégories d'individus », 2004, p. 91, collection thèse bibliothèque de droit public, ISBN : 978-2-275-02445-5, Tome 237.

16. En effet, le droit n'est pas une matière isolée, notamment en matière de discrimination. Le *lookisme* est ainsi à la frontière entre les droits civils et les constructions sociales⁵⁴. Ce phénomène se situe à la croisée de diverses disciplines⁵⁵ telles que la psychologie, la psychologie juridique, la psychologie sociale, la morphopsychologie⁵⁶, l'économie, l'économie industrielle, la psychologie industrielle, la sociologie⁵⁷, la sociologie juridique, l'anthropologie⁵⁸, l'éthique d'entreprise, et enfin le droit, première discipline à relier discrimination et apparence physique.

Les recherches dans ce domaine méritent une attention toute particulière car le plus souvent, les conclusions contredisent toute logique et bon sens⁵⁹. Parfois, bien que les individus interrogés lors de statistiques prétendent que l'apparence physique n'affecte pas leur jugement et leur perception des autres, les résultats sont bien différents⁶⁰.

En outre, la problématique de la discrimination fondée sur l'apparence physique est un objet de recherche extrêmement complexe en perpétuelle mouvance. Si ce sujet est relativement récent en France, la littérature anglo-saxonne, a quant à elle fait couler beaucoup d'encre.

17. De toute évidence, certains considèrent qu'il serait inopportun d'aborder la discrimination fondée sur le *look* sous couvert de protéger les personnes non attrayantes ; les discriminations fondées sur le sexe, la race, l'origine nationale, l'orientation sexuelle ou la religion étant constamment médiatisées et au cœur des débats sociaux-juridiques. En sus, étant donné les problèmes plus 'sérieux' : viols de femmes, violence domestique, pauvreté, salaires inéquitables entre femmes et hommes, violation des droits de l'homme⁶¹, pourquoi donc traiter ce sujet, somme toute si superficiel en comparaison ?

⁵⁴STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal*, vol. 27, n°41, 20 juin 2005. Aussi, par exemple, des adultes avec un gros crane, de grands yeux ronds, des joues ballonnées, un nez court et un petit menton ont un 'faciès de poupon' et induisent une idée de dépendance et de fiabilité. On les jugera davantage naïfs, soumis, cordiaux et honnêtes que des personnes avec un visage mur. GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁵⁵ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁵⁶La morphopsychologie : le visage est la partie la plus voyante de l'apparence physique d'un individu et est par la suite très analysée. La morphopsychologie s'attache à analyser les formes corporelles et faciales afin de déduire des traits de caractères leur correspondant.

⁵⁷À cet égard, voir l'étude de Goffman: « *Les situations sociales fournissent le théâtre naturel dans lequel toutes les démonstrations corporelles sont jouées et dans lequel toutes les démonstrations corporelles sont lues* ».

⁵⁸PATZER G., *The physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985, p. 12.

⁵⁹BERRY B., *The power of looks: social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.86.

⁶⁰ PATZER G., *The physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985, p. 12.

⁶¹ RHODE D., « The injustice of appearance », *Stanford Law Review*, vol. 6, 2009, p. 1033.

En premier lieu, il convient de rappeler que cette problématique est relativement peu abordée dans le cadre du travail et des politiques de gestion de la diversité et des ressources humaines; alors même qu'elle traite une forme de discrimination des plus recherchées⁶². Toutefois, de plus en plus d'efforts de remise en cause sont effectués à ce sujet.

D'un point de vue purement rationnel, ce thème pourrait être perçu par certains comme superficiel ou anodin et inutile⁶³ car trop enraciné dans la nature humaine. Par ailleurs, de manière générale, il paraît embarrassant d'aborder des sujets sensibles et le *lookisme* en est un exemple frappant.

Toutefois, ignorer cette question reviendrait à nier une réalité flagrante car la problématique du *lookisme* est plus profonde qu'elle ne paraît. Malgré le fait qu'il n'existe pas de corrélation parfaite entre ce qui est considéré moralement faux et ce qui est juridiquement prohibé, une objection *morale* à ce type de discrimination est de mise car il mène à des injustices sociales et à la violation du principe de mérite et des droits à l'égalité d'opportunité ; contrairement à l'essence-même des sociétés justes et méritocratiques qui ne donnent de l'importance qu'à la valeur intrinsèque de l'individu.

En effet, le phénomène de « *physical attractiveness* » demeure un des plus marquants de l'histoire de la discrimination. Bien que nous soyons consciemment contre ce phénomène, nos sociétés le nourrissent continuellement. Devenu un phénomène de masse, il reste cependant une réalité non seulement largement occultée, mais relativement négligée alors même qu'elle présente des défis majeurs en droit. S'inscrivant dans la durée, ce phénomène ne fait que s'intensifier et évoluer, d'où l'intérêt de l'analyser en profondeur.

18. Pourquoi traiter ce sujet par une approche comparatiste entre le droit français et le droit nord-américain ?

A priori, l'on pourrait croire que ces deux modèles juridiques sont fondamentalement différents puisque le droit français protège sans conteste davantage le salarié ou le candidat à un emploi

⁶² ZAKAS N., « The eye of the beholder: Appearance discrimination in the workplace », mémoire, à l'Université de Endicott College Van Loan School of Graduate and professional studies, 11 mai 2005.

⁶³ Il convient de noter que dans les pays du Moyen-Orient, les apparences font toute la différence et ce phénomène ne préoccupe pas à ce jour les états.

que le droit américain (aux niveaux des congés annuels payés, des procédures et conditions de licenciement, etc...) et le juge aux États-Unis occupe une place plus importante dans l'interprétation et le façonnement du droit, contrairement au système français. Cette différence, bien que visiblement considérable, ne possède en réalité qu'une portée purement formelle dans notre contexte.

Il s'avère en effet qu'en ce qui a trait au *lookisme*, des similarités surprenantes entre les deux ordres juridiques sont constatables. C'est précisément ce que nous tenterons d'identifier.

19. Les problématiques juridiques de cette thèse sont les suivantes : Quelles sont les origines et manifestations du *lookisme* dans le travail dans les ordres français et américain ? Est-ce une réalité sociale qui dépasse la portée de la loi ou est-ce une forme de discrimination injuste qui devrait être juridiquement interdite ? Dans l'affirmative, devrait-on rendre le *lookisme* illégal de manière complète ? Dans quelle mesure les lois et la jurisprudence peuvent-elles réaliser un équilibre entre les droits et libertés en cause et établir l'égalité professionnelle en matière de *lookisme* ? Quels seraient les défis majeurs que le droit doit relever ? La société change-t-elle les lois ou les lois changent-elles la société ?

20. En réponse à ces questions, notre plan s'articule en trois temps. Nous verrons d'abord les sources ensuite les manifestations et puis le cadre juridique relatifs au *lookisme*. Ensuite, nous citerons les obstacles à une protection juridique complète contre le *lookisme*. Enfin, nous analyserons les réponses jurisprudentielles ainsi que les solutions juridiques, sociales et corporatives à ce type de discrimination.

De manière plus précise, il serait pertinent (i) dans un premier temps, de fournir des éclaircissements sur les stéréotypes et manifestations du *lookisme* dans le monde du travail ; (ii) avant d'étudier, dans un second temps, les principes d'égalité et de non-discrimination, et plus particulièrement la protection législative contre le *lookisme* dans les deux systèmes juridiques ; (iii) ensuite, nous chercherons les obstacles qui contreviennent à une protection juridique totale contre le *lookisme* tout en mettant en exergue les conflits d'intérêts en jeu ; puis (iv) nous relaterons et analyserons la jurisprudence en matière de *lookisme* et enfin, (v) nous proposerons des solutions visant à modérer ce phénomène.

Entre démonstration et dénonciation, cette thèse tentera d'établir un semblant d'équilibre entre les droits en jeu.

21. Il est important de noter que cette thèse se rapporte uniquement au *lookisme* et par suite nous n'explorerons pas les thèmes de délit de faciès⁶⁴, les questions de religion (port de voile islamique, etc.), ni celles relatives aux travestis et au transsexualisme⁶⁵ ; chacun de ces sujets méritant, sans conteste, une attention particulière, digne d'une thèse à part entière.

Où le *lookisme* trouve-t-il son origine ?

⁶⁴ Voir à titre d'exemple Cass. Crim., 10 juin 1997, n°95-85.149, inédit.

⁶⁵ À cet égard, voir l'arrêt Cass. Ass. Plé., 11 décembre 1992, *Bulletin Civil*, 1992, n°1, p.27. Dans le même sens, Cass. Civ., 18 octobre 2004, pourvoi n°93-10730, inédit. Voir aussi DEBET A., « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, n°131, 1 juillet 2004, p. 21.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LES SOURCES ET MANIFESTATIONS DU LOOKISME

Section 1 : Origine du lookisme : Les stéréotypes

22. Comme toute discrimination, le *lookisme* trouve son origine dans les stéréotypes ou préjugés par rapport à des membres d'un certain groupe.

Qu'est-ce qu'un stéréotype⁶⁶ ?

De manière simple, c'est une stigmatisation simpliste et réductrice d'un ensemble de personnes liés par une même caractéristique⁶⁷.

C'est une croyance probabiliste que l'on utilise pour catégoriser les individus⁶⁸. Au-delà de la définition donnée en sociologie, un stéréotype est une «*caractérisation symbolique et schématique d'un groupe, qui s'appuie sur des attentes et des jugements de routine* »⁶⁹. Les stéréotypes fonctionnent, à longueur de temps, comme des messages subconscients qui appuient et confirment les rôles sociaux traditionnels⁷⁰.

Cette attitude et/ou opinion négative comporte une dimension évaluative à l'égard d'un groupe social en l'absence d'information ou de pratique suffisante. C'est donc un jugement dont il n'est pas évident de se défaire⁷¹. Dès lors, lorsque l'on identifie un individu dans une certaine

⁶⁶ Les stéréotypes fonctionnent de trois manières: essentiellement négatifs de part leur nature, ils portent de fausses caractéristiques ainsi que des attentes et standards. Voir ARVEY R., « Unfair discrimination in the employment interview: legal and psychological aspects », University of Houston, *Psychological Bulletin*, vol. 86, n°4, 1979, p. 736-765. La formation d'impressions et de traits descriptifs de classes et de catégories d'individus et l'attribution de ces traits à des individus dès que l'on remarque son appartenance à une classe spécifique d'individus.

⁶⁷ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

⁶⁸ OTTARI V., YEUH-TING L., « Accuracy: a neglected component of stereotype research », dans « Stereotype accuracy, toward appreciating group differences », *American Psychological Association*, vol. 29, 1995.

⁶⁹ Grand dictionnaire encyclopédique Larousse, 1985.

⁷⁰ Aussi, dans leur forme 'innocente', les stéréotypes servent à économiser de l'énergie afin d'aider les individus à accomplir la tâche de traiter avec un monde social à peu près complexe incompréhensiblement, voir MACRAE N., MACRAE C., MILNE A., BODENHAUSEN G., « Stereotypes as energy-saving devices: a peek inside the cognitive toolbox », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 66, 1994, p. 37.

⁷¹ BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction ressources humaines », mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006. Pour plus de détails sur la notion de stéréotype, voir ASHMORE R., DEL BOCA F., « Sex stereotypes and implicit personality theory: toward a cognitive- social psychological conceptualization », Livingston College, Rutgers- the State University, 1979.

catégorie, on lui attribue faussement des traits spécifiques. Le code des apparences fournit des stéréotypes de référence⁷².

Il existe deux familles de stéréotypes paradoxaux en matière de *lookisme* : « *What is beautiful is good* »⁷³ ou « Ce qui est beau est bien » et the « *Beauty is beatsly effect* » ou « Beauté et bêtise ».

§ 1 : « *What is beautiful is good* » ou « Ce qui est beau est bien »

23. Stéréotyper c'est considérer un individu de forte corpulence paresseux, sans volonté et incompetent ; une personne à la peau acnéique comme étant négligente de son physique ; une personne de couleur noire comme incompetente ; une femme comme faible ; ou une personne homosexuelle comme immorale⁷⁴.

L'histoire des représentations de la beauté et de la laideur confirme les stéréotypes d'aujourd'hui. La laideur, associée à la souffrance, l'enfer, les monstres, l'obscène, le diable, la sorcellerie, le satanisme, le mal, la perversité et la maladie, entraîne répulsion et crainte⁷⁵. En effet, la laideur a souvent été assimilée à ce qui est tordu, courbé, ridé, balafre, difforme, petit, gros, gras et vieux⁷⁶. Elle suscite le dégoût, mais aussi la peur, la dérision, au mieux la compassion. Dans l'imaginaire populaire, la sorcière a depuis toujours été dépeinte comme une femme vieille, méchante et 'laide', au physique stigmatisé par un dos courbé, un nez crochu, un sourire maléfique et un menton marqué de prognathisme.

La beauté par delà le physique, agirait vis-à-vis de l'environnement comme le reflet de la beauté et surtout la valeur intérieures. Pour preuve, dans la philosophie Grecque ancienne, il existe une

⁷² GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁷³ DION K., « Physical attractiveness and evaluation of children's transgression », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 24, 1972, p. 207-213.

⁷⁴ PIETERSE M., « Discrimination through the eye of the beholder », *Social African Journal Human Rights*, vol. 16, 2000, p. 124. Voir aussi GRAHAM R., « who will fight the beauty bias? », <http://www.bostonglobe.com/ideas/2013/08/23/who-will-fight-beauty-bias/Kq3pbfOy4VRJtlKrmyWBNO/story.html>, 23 août 2013. the authors wrote, « *The power of appearance-based stereotypes is greater than any study has yet suggested* ».

⁷⁵ DORTIER J-F., « La tyrannie de la beauté », http://www.scienceshumaines.com/la-tyrannie-de-la-beaute_fr_22384.html, 22 juillet 2009.

⁷⁶ DORTIER J-F., « La tyrannie de la beauté », http://www.scienceshumaines.com/la-tyrannie-de-la-beaute_fr_22384.html, 22 juillet 2009.

relation fondamentale entre la beauté et les qualités positives inférant que les personnes belles sont de bonnes personnes⁷⁷.

24. La symétrie faciale, une peau parfaite et une poitrine plantureuse sont interprétées comme des signes de santé et de fertilité⁷⁸. La beauté, est ici perçue comme un indicateur de valeur reproductive où les personnes attractives seraient en meilleure santé que les autres⁷⁹. Dans cette optique, la beauté serait synonyme de certificat de santé⁸⁰.

En outre, nous avons tendance à associer les personnes considérées ‘belles’ à une santé mentale excellente, beaucoup d’ambition une belle carrière, des vies plus heureuses et des personnalités plus accomplies⁸¹. Par ailleurs, l’attractivité physique serait un indicateur de féminité pour les femmes et de masculinité pour les hommes⁸². Par suite, nous interprétons beauté en vertu, d’où l’adage « *Ce qui est beau est bien*⁸³ ».

Dans ce même esprit comparatif, les personnes ‘attrayantes’ auraient des qualités supérieures : mariage plus heureux, meilleur travail, vie plus facile, elles seraient mentalement plus équilibrées et socialement plus épanouies. En outre, elles auraient de meilleurs postes⁸⁴, une plus grande confiance en elles, plus de popularité et d’activité sexuelle⁸⁵, seraient plus productives et plus compétentes en général⁸⁶ et recevraient un plus grand respect⁸⁷. Elles seraient aussi plus

⁷⁷ LANGLOIS J., KALAKANIS L., RUBENSTEIN A., LARSON A., HALLAM M., SMOOT M., « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review », *American Psychological Association, Inc*, vol. 126, n°3, 2000, p. 390-423.

⁷⁸ CASH T., PRUZINKY T., FALLON A., « Culture in the mirror: sociocultural determinants of body image », dans *Body images: development, deviance, and change*, 1990, p. 80-82.

⁷⁹ THOMHILL R., MOLLE A.P., « Development stability, disease and medicine », *Biological Review*, vol. 72, 1997, p. 497-548.

⁸⁰ THOMHILL R., MOLLE A.P., « Development stability, disease and medicine », *Biological Review*, vol. 72, 1997, p. 497-548.

⁸¹ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, Editions Odile Jacob, 2002, p. 41-42.

⁸² <http://www.looksinfo.com/>.

⁸³ BAUDOIN J.-Y., TIBERGHEN G., *Ce qui est beau... est bien. Psycho-socio-biologie de la beauté*, Presses universitaires de Grenoble, 2004.

⁸⁴ LANGLOIS J., KALAKANIS L., RUBENSTEIN A., LARSON A., HALLAM M., SMOOT M., « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review », *American Psychological Association, Inc*, vol. 126, p. 390-423.

⁸⁵ FEINGOLD A., « Gender differences in mate selection preferences: a test of the parental investment model », *Psychological Bulletin*, vol. 112, 1992, p. 125-139. Cette recherche a conclu à la non corrélation avec la sociabilité, la manipulation ou l’égocentricité.

⁸⁶ ADAMS GR., « Physical attractiveness research: toward a developmental social psychology of beauty », *Human Development*, DOI:10.1159/000271558, p.217-219, 1977.

nobles, sincères, honnêtes ; et auraient plus de probabilité d'avoir des vies sociales et professionnelles accomplies⁸⁸ et un comportement plus coopératif⁸⁹. D'ailleurs, elles auraient une plus grande influence sociale ; seraient plus à même de donner des ordres et de veiller à ce que ceux-ci soient respectés⁹⁰ et auraient plus d'influence sur l'opinion des autres⁹¹.

D'ailleurs, les femmes grandes sont considérées comme étant plus exigeantes, plus décisives et ayant plus de pouvoir⁹². En outre, une étude démontre qu'être grand à l'adolescence facilite l'acquisition d'une sorte de capital humain tel que l'adaptabilité sociale, l'assurance et l'habilité à interagir socialement avec autrui⁹³.

Les 'belles' personnes sont perçues comme étant plus sensibles, gentilles, intéressantes, sociables et auraient tendance à avoir une éducation supérieure à celle des personnes jugées non 'attractives'⁹⁴. Il a même été démontré que les personnes 'belles' sont plus intelligentes⁹⁵ ! (cette enquête est controversée et a même été contredite⁹⁶). Une autre étude, menée par des auteurs italiens, a mis en exergue que les personnes jugées plus belles auraient de meilleures notes non seulement à l'oral, mais également à l'écrit. Par conséquent, il ne s'agirait pas de discrimination, mais bien de productivité supérieure. Mais alors, comment expliquent-ils ce phénomène ? La plus grande productivité des 'belles' personnes pourrait découler des effets d'un traitement préférentiel égrené au fil des années, depuis leur tendre enfance. Le fait d'avoir été tout le temps favorisées par leurs parents, voire leurs instituteurs, leur aurait permis d'avoir une plus grande

⁸⁷ BERSCHIED E., WALSTER E., « Beauty and the beast », *Psychology Today*, vol.7, 1972, p. 119-189.

⁸⁸ EAGLY A.H., ASHMORE R.D., MAKHIJANI M.G., LONGO L.C., « What is beautiful is good, but...: a meta-analytic review of research on the physical attractiveness stereotype », *Psychological Bulletin*, vol. 110, 1991, p. 109-128.

⁸⁹ MULFORD M., ORBELL J., SHATTO C., STOCKARD J., « Physical attractiveness, opportunity, and success in everyday exchange », *American Journal of Sociology*, vol. 103, n°6, 1998, p. 1565-1592.

⁹⁰ CHAIKEN S., « Physical appearance and social Influence », *Physical Appearance Stigma and Social Behavior*, vol. 3, 1986.

⁹¹ BERRY B., *The power of looks: social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.95.

⁹² HATFIELD E., SPRECHER E., *Mirror, mirror ...: The importance of looks in everyday life*, SUNY Press, Albany, 1986.

⁹³ PERSICO N., POSTLEWAITE A., SILVERMAN D., « The effect of adolescent experience on labor market outcomes: The case of height », *Journal of Political Economy*, vol. 112, 2004, p. 1019-1053.

⁹⁴ CLIFFORD M.M., WASTLER E., « The effect of physical attractiveness on teacher expectations », *Sociology of Education*, vol. 46, 1973, p. 248-258.

⁹⁵ JACKSON L.A., HUNTER J.E., HODGE C.N., « Physical attractiveness and intellectual competence. A meta-analytic review », *Social Psychology Quarterly*, vol. 58, 1995, p. 108-122. Voir aussi GOEBEL B.L., CASHEN V.M., « Age, sex and attractiveness as factors in student ratings of teachers: A developmental study », *Journal of Educational Psychology*, vol. 71, 1979, p. 646-653.

⁹⁶ LANGLOIS J., KALAKANIS L., RUBENSTEIN A., LARSON A., HALLAM M., SMOOT M., « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review » *American Psychological Association, Inc*, vol. 126, n°3, 2000, p. 390-423.

confiance en elles que les autres, d'être donc plus motivées à réussir, et par conséquent à être plus productives⁹⁷. Toutefois ces auteurs insistent sur le fait qu'il s'agit d'hypothèses se devant d'être vérifiées⁹⁸.

Les personnes belles auraient donc une prédisposition à la réussite, voire même à piloter un avion⁹⁹; et seraient mieux évaluées sur leur travail¹⁰⁰.

Résultat : ces stéréotypes nous font juger les individus et leurs accomplissements de manière erronée¹⁰¹. Certains suggèrent même que la confiance en soi et le statut social augmentent lorsque l'on s'associe avec des personnes belles¹⁰²!

Il est important de noter que bien que ces études en sciences sociales ne soient pas toujours conclusives, il existe une sorte de 'consensus' quant aux conclusions exposées ci-dessus.

25. En revanche, les études ci-dessus ont été contredites par certains, tel que le psychologue Monsieur Alan Feingold. Aussi suggère-t-il dans son article *Good-looking people are not what we think*¹⁰³, que les attributs positifs des personnes belles sont faux.

Il ne remarque aucune différence entre les personnes belles et les personnes moins belles s'agissant de leurs niveaux de sociabilité, leur dominance et leur santé mentale générale. Toutefois, il confirme que ces personnes sont moins seules, sont moins sujettes à l'anxiété sociale, et sont plus à l'aise dans l'interaction avec des personnes du sexe opposé¹⁰⁴. Par

⁹⁷ CIPRIANI G.P., ZAGO A., « Productivity or discrimination? Beauty and the exams », JEL: J71; I 20, Department of Economics, Université de Verona, Italie, 2005.

⁹⁸ CIPRIANI G.P., ZAGO A., « Productivity or discrimination? Beauty and the exams », JEL: J71; I 20, Department of Economics, Université de Verona, Italie, 2005.

⁹⁹ WEBSTER M., DRISKELL J.E., « Beauty as status », *American Journal of Sociology*, vol. 89, 1983, p. 140-165.

¹⁰⁰ LANDY D., SIGALL H., « Beauty is talent: Task evaluation as a function of the performer's physical attractiveness », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 29, 1974, p. 299.

¹⁰¹ LANDY D., SIGALL H., « Beauty is talent: Task evaluation as a function of the performer's physical attractiveness », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 29, n°3, 1974, p. 299-304. EAGLY A.H., ASHMORE R.D., MAKHIJANI, M.G., LONGO L.C., « What is beautiful is good, but...: a meta-analytic review of research on the physical attractiveness stereotype », *Psychological Bulletin*, vol. 110, 1991, p. 109-128.

¹⁰² LENNON J., « Social power and appearance management among women », dans *Appearance and Power*, Éditions Kim k.P. Johnson and Sharron J. Lennon, 1999, p. 153.

¹⁰³ FEINGOLD A., « Good looking people are not what we think », *Psychological bulletin*, vol. 111, n°2, 1992, p.304.

¹⁰⁴ FEINGOLD A., « Good looking people are not what we think », *Psychological bulletin*, vol. 111, n°2, 1992, p.304.

conséquent, le fait que ces stéréotypes soient faux confirme le besoin d'assurer une protection juridique spécifique au *lookisme*. Nous aborderons ce point au chapitre 5.

Il convient de signaler que les stéréotypes ainsi que leurs conséquences psychologiques sont expliqués par la *implicit personality theory*¹⁰⁵ ou la théorie de la personnalité implicite. Cette dernière explore la relation entre les attributs ou traits des individus et une série de présomptions à leur égard¹⁰⁶. Dans notre contexte, seuls certaines qualités ou défauts d'une personne établis à partir de l'unique observation de leurs caractéristiques physiques nous intéressent.

A) Le surpoids ou l'obésité

26. La société perçoit les personnes de forte corpulence ou obèses comme étant fautives et purement responsables de leur état. Le paradoxe est que nous blâmons une personne en surpoids pour son physique, plutôt qu'une personne présentant une calvitie par exemple !

La minceur est quant à elle synonyme de moralité et d'autodiscipline ; les personnes minces résisteraient mieux à la tentation et triompheraient contre leurs instincts basiques¹⁰⁷. À l'opposé, les personnes en surpoids sont considérées comme étant très dépressives, solitaires, anxieuses et toujours sur l'offensive quelque soit leur degré de qualification. Elles manqueraient d'autodiscipline ; baisseraient les bras plus facilement ; seraient moins propres, moins actives, moins productives, moins énergétiques, moins ambitieuses ; et seraient plus lentes physiquement et mentalement¹⁰⁸. De plus, les personnes obèses sont perçues comme n'ayant pas de potentiel de supervision¹⁰⁹. Elles auraient des facultés émotionnelles faibles et seraient socialement 'handicapées'¹¹⁰. Aussi, sont-elles perçues comme ayant fréquemment des absences (non reliées à des causes médicales), moins de conscience, pouvant causer des réactions négatives envers

¹⁰⁵ HEILMAN M., « Sex bias in work settings: The lack of fit model », *Research In Organizational Behavior*, vol. 5, 1983, p. 269.

¹⁰⁶ HOSODA M., « The effects of physical attractiveness on job-related outcomes: A meta-analysis of experimental studies », *Personnel Psychology*, vol. 56, 2003, p. 431, 434.

¹⁰⁷ BLUM V., *Flesh Wounds: the Culture of Cosmetic Surgery*, Berkley, CA: University of California Press, 2003, p. 121-122, 141.

¹⁰⁸ THERAN E., « Free to be arbitrary and ... capricious: weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 11, 2001, p. 113.

¹⁰⁹ FRIEDMAN R., « Weight bias: the need for public policy, Rudd Center for Food Policy & Obesity », <http://yalerudecenter.org/resources/upload/docs/wha/bias/weightbiaspolicyruddreport.pdf>, 2008.

¹¹⁰ NERYS W., « Addressing negative attitudes to weight », *Practice Nurse*, vol. 37, édition 3, 2009.

autrui¹¹¹. En outre, selon les perceptions communes, l'excès de poids équivaldrait à une indulgence envers soi, un déficit, un problème d'autocontrôle, une violation de l'espace et de l'ordre (!), ainsi que la transgression des limites et des mœurs sociales¹¹².

Quant aux femmes en surcharge pondérale, elles souffrent davantage de discrimination liée au poids que les hommes¹¹³. Elles sont considérées comme étant non féminines, non sexuelles, antisociales, hors de contrôle, hostiles et agressives¹¹⁴.

L'association immédiate traits physiques/traits de caractère est évidente. Or, puisque l'apparence physique ne tient pas compte du métier exercé, il est profondément injuste de discriminer quelqu'un en prenant ce critère comme fondement¹¹⁵.

B) Le lookisme dès l'enfance

27. La 'différence' est toujours condamnable, comme nous le prouve une fois de plus Monsieur Franck Demaret. Ce dernier imagine en effet une scène, somme toute courante, où des enfants s'amuse dans la cour de récréation à traiter leur camarade de 'poil de carotte', de 'gonzesse', de 'gros lard',...¹¹⁶. Pourquoi de telles moqueries ? Parce que les personnes obèses par exemple, renvoient aux enfants une image de saleté, de paresse, de stupidité et de négligence¹¹⁷. De plus, les enfants perçoivent très jeunes, les maîtresses plus jolies comme étant plus intelligentes¹¹⁸.

D'ailleurs, il a été démontré que les enfants, et même les bébés, voire même les nourrissons âgés de trois jours, fixent plus¹¹⁹, sont plus attirés et *a fortiori* plus interactifs avec des personnes ou

¹¹¹ROBERT P., TOWNSEND J., « Employment discrimination against the overweight », *Employee Responsibilities and Rights Journal*, vol. 8, n°2, 1995, p. 133-145.

¹¹²BERRY B., *The power of looks: social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.95.

¹¹³GRIFFIN A., « Women and weight-based discrimination », *Cardozo Law and Gender*, vol. 13, 2007.

¹¹⁴MILLMAN M., *Such a pretty face: being fat in America*, New York Norton, 1980.

¹¹⁵ADAMITIS E., « Appearance matters: a proposal to prohibit appearance discrimination in employment », *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, p. 195-197.

¹¹⁶DEMARET F., président du club FACE grand Lille, dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdani, 16 novembre 2009.

¹¹⁷BERRY B., *The power of looks: social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.23.

¹¹⁸GOEBEL B.L., CASHEN V.M., « Age, sex and attractiveness as factors in student ratings of teachers: a developmental study », *Journal of Educational Psychology*, vol. 71, 1979, p. 646-653.

¹¹⁹Selon Madame Scania de Schonen, psychologue française, directrice de recherche au CNRS, REMY J., LEBOURCQ S., COUSIN M., « Le vrai pouvoir de la beauté », *L'express*, 8 août 2002, www.lexpress.fr/informations/le-vrai-pouvoir-de-la-beaute_648962.html.

des photos de personnes au physique plaisant¹²⁰. Ils partagent donc un consensus général sur l'attractivité des adultes¹²¹.

Une enquête de la chaîne de télévision ABC News a de son côté suggéré que les enfants possédaient des idées reçues dès leur plus jeune âge quant à l'attractivité et la taille. Pour étayer cette affirmation, on a de ce fait demandé à des enfants d'associer des hommes de tailles différentes à des caractéristiques. Le résultat est assez révélateur : les enfants ont tous associé les mots « *fort* », « *beau* » et « *intelligent* » aux hommes de grandes tailles ; et les mots « *triste* », « *peureux* », « *faible* », « *bête* », « *dégoutant* » et « *sans amis*¹²² » aux hommes de petite taille.

En outre, des auteurs américains et canadiens ont prouvé que le *lookisme* faisait éruption dans la vie des écoliers dès leur plus bas âge. En effet, dès la plus tendre enfance, les enfants 'mignons' sont traités de manière positive car ils sont particulièrement choyés et regardés ; contrairement aux enfants au physique plus 'ingrat' qui sont d'emblée considérés plus querelleurs et turbulents¹²³. D'ailleurs, une recherche faite par l'Université d'Alberta conclut, suite à l'observation de 400 interactions entre parents et enfants au supermarché, que les enfants 'moins mignons' bénéficient d'une attention moindre de la part de leurs parents. La cause de ce constat ? L'évolution qui suggérerait un patrimoine génétique plus désireux de ce type d'enfant¹²⁴.

C) Les conséquences du *What is beautiful is good*

28. Les attentes quasi-irréalisables (notamment d'être grande, mince, attrayante et avoir des traits nord-européens), créent une sensation d'échec constant (chez les femmes surtout) ou une impression d'aliénation¹²⁵. Cela provoque des sentiments de honte, d'humiliation, de frustration et d'impuissance jusque dans la valeur intrinsèque de l'individu. La honte et la stigmatisation, résultant des traitements dérogatoires, se traduisent pour ces personnes en rejet social, en baisse de la confiance en soi, en mauvaise image corporelle. Des études psychologiques ont démontré

¹²⁰SCHICKMAN M., « Beauty and the best », *California Employment Law Letter*, 12 décembre, 2011.

¹²¹PATZER G., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York, Amacon, 2008, p. 149.

¹²²«The ugly truth about beauty», ABC NEWS, <http://abcnews.go.com/2020/story?id=123853&page=1>, 22 janvier 2005.

¹²³GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

¹²⁴STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal*, vol. 27, n°41, 2005.

¹²⁵BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.6.

qu'un comportement discriminatoire basé sur l'apparence physique pourrait avoir un effet négatif sur l'auto-développement et l'estime de soi¹²⁶, entraînant ainsi des répercussions médicales, psychologiques et économiques¹²⁷.

Par ailleurs, cela peut entraîner l'individu en surpoids dans un cercle vicieux et insidieux de prise de poids¹²⁸, allant même jusqu'à l'hyperphagie boulimique à cause d'une activité physique réduite.

Une discrimination qui s'avère en plus peu concluante puisque des études ont démontré que 80% des programmes de régimes étaient en réalité voués à l'échec. Pourquoi ? Parce qu'en réaction à ce type de régime, les personnes en surpoids ont au contraire tendance à manger davantage¹²⁹.

D'ailleurs, de nombreux auteurs ont démontré que les individus se conforment aux attentes qu'elles ont provoquées : c'est ce qu'on appelle '*l'effet pygmalion*' ou le mécanisme des '*prophéties auto réalisatrices*'.

Selon Monsieur Feingold, le mécanisme des prophéties auto-réalisatrices constitue la principale explication des perceptions positives attachées à la beauté physique. L'auto-évaluation et la perception qu'un individu a de son apparence physique affecte ses expériences individuelles et sa manière d'interagir avec le monde¹³⁰. Par exemple, les instituteurs s'attendent à de meilleurs résultats de la part des élèves 'beaux', voient plus de potentiel en eux et par suite, leur attribuent davantage d'attention¹³¹. Les victimes de ces réactions de mise à l'écart se retrouvent découragées à acquérir des compétences afin de les investir dans leur capital humain¹³².

¹²⁶ FEINGOLD A., « Gender differences in mate selection preferences: A test of the parental investment model », *Psychological Bulletin*, vol. 112, 1992, p.112, 125-139. Aucune preuve ne fut apportée quand au rapport entre l'attractivité et la sociabilité, l'autocontrôle, et l'excès sexuel chez les adultes.

¹²⁷ FRIEDMAN R., Rudd center For Food Policy & Obesity, « Weight bias the need for public policy », voir <http://yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/bias/weightbiaspolicyruddreport/pdf>, 2008.

¹²⁸ U.S. Department of health and human services., the surgeon general's call to action to prevent and decrease overweight and obesity, <http://www.surgeongeneral.gov/toppics/obesity/calltoaction/CalltoAction.pdf>, 2001.

¹²⁹ PUHL R., BROWNELL K., « Confronting and coping with weight stigma: an investigation of overweight and obese adults », *Obesity*, vol. 14, 2006, p.1802, 1812.

¹³⁰ FEINGOLD A., « Good looking people are not what we think », *Psychological Bulletin*, vol. 111, n°. 2, 1992, p.304-333.

¹³¹ HATFIELD E., SPRECHER E., *Mirror, Mirror ...: The Importance of Looks in Everyday Life*, SUNY Press, Alabany, 1986.

¹³² DE SCHUTTER O., « Discriminations et marché du travail », P.I.E. Peter Lang, Collection travail et société, n°28, Bruxelles, novembre 2001, p. 29.

La stigmatisation combinée au surpoids affecte dès lors les individus de deux manières : de manière interne d'une part puisqu'elle contribue à diminuer leur estime de soi ; et externe d'autre part, puisqu'elle diminue leur taux de mariage et leur situation socio-économique¹³³.

Par conséquent, les individus à l'apparence flatteuse ont plus confiance en eux, sont rarement agressifs et ont conscience de leur pouvoir de séduction. Comment cela est-il reflété dans le processus de recrutement ?

29. Le recrutement se fait dans un cadre *a priori* et hors contexte¹³⁴. Un entretien d'embauche permet, normalement, d'évaluer la qualité du travail du postulant de manière juste et équitable. Or, comme le gestionnaire de ressources humaines se trouve face à très peu de critères apparents, l'appui sur des conventions sociales existantes constitue un outil pertinent. En outre, selon une étude conduite à l'Université de Princeton, un dixième de seconde suffit pour regarder le visage d'une personne, avant de prendre une décision quant à ses qualités ou sa fiabilité, responsabilité et compétence¹³⁵. C'est « *l'effet halo* »¹³⁶ ou l'effet domino¹³⁷. Ainsi, les premières impressions comptent plus qu'on ne le croit.

L'effet halo se produit notamment durant l'entretien : une situation de 'séduction' s'installe entre les deux protagonistes où le candidat désirera 'vendre (au mieux) son image' et faire 'bonne impression'. Au cours de cette étape, le recruteur est en quelque sorte 'aveuglé' par son impression initiale, au point de ne pas véritablement remarquer les qualités et faiblesses manifestées par le candidat lors de l'entretien.

Lors d'un entretien, l'apparence physique constitue une catégorie à part de la communication non verbale du candidat, telle la photo sur le CV. En somme, selon les stéréotypes décrits ci-dessus, une caractéristique extrinsèque jugée positive ou négative a tendance à rendre plus positives ou négatives les autres caractéristiques de cette personne, en l'occurrence les capacités de performance et le caractère. Ainsi, l'apparence « s'instrumentalise » afin de réduire cette

¹³³GORTMAKER M., PERRIN S., DIETZ., « Social and economic consequences of overweight in adolescence and young adulthood », *The New England Journal of Medicine*, vol. 329, n°14, 1993.

¹³⁴GHIRARDELLO, A., « De l'évaluation des compétences à la discrimination : une analyse conventionnaliste des pratiques de recrutement », *Gestion des Ressources Humaines*, vol. 56, 2005, p. 36-48.

¹³⁵WILLIS J., TODOROV A., « First impressions », *Psychological Science*, vol 17, 2006, p 592.

¹³⁶ À cet égard, voir également la PENDRY L.F., MACRAE C.N., « Implicit personality theory: stereotypes and mental life: the case of the motivated but thwarted tactician », *Journal of Experimental and Social psychology*, vol. 30, 1994, p. 303-325.

¹³⁷ RAZA S.M., CARPENTER B.N., « A model of hiring decisions in real employment interviews », *Journal of Applied Psychology*, vol. 72, n°4, 1987, p. 596-603.

incertitude informationnelle. L'apparence physique est dès lors érigée en un support multi-informationnel quant à la valeur intrinsèque des individus. À ne pas douter, un 'face-à-face' peut largement jouer en faveur des personnes attractives (n'est-il pas plus facile d'obtenir une promotion si elle est demandée en face plutôt que par le biais d'un e-mail ?).

L'effet halo, purement inconscient provoque donc une discrimination non intentionnelle. Il peut donc se produire alors bien même les recruteurs sont certains de prendre des décisions purement objectives et impartiales. Il est indispensable de mentionner la *expectancy theory*, selon laquelle les perceptions qu'a un recruteur de l'image d'un candidat influencent ses attentes de ce candidat dans la position en question et par conséquent ont un impact inévitable sur la décision de recruter ou non¹³⁸.

A l'opposé, le « *Horns effect* » ou l'« *Effet Horns* » se produit vis-à-vis des personnes jugées non attractives, en leur associant des défauts tels que la méchanceté, la sournoiserie, la malhonnêteté et des attitudes ou des comportements antisociaux¹³⁹.

§ 2: The « *Beauty is beastly effect* » ou « *beauté et bêtise* »

30. « *Ce qui est beau est bien* » n'est pas toujours valable puisque selon certaines enquêtes, l'attractivité peut être une arme à double tranchant, comme en témoigne à l'inverse de l'hypothèse précédente, l'effet choquant du « *Beauté et bêtise* » ou the « *Beauty is beastly effect* » ou le « *Bimbo Effect* »¹⁴⁰. Ce cas de *reverse discrimination* suppose qu'un membre d'un groupe historiquement favorisé par une attrait favorable (en l'occurrence les personnes jugées trop attractives) subisse en retour une discrimination sur la base de cette même caractéristique. « *Sois belle et tais-toi* », une supposition qui vise les femmes, en grande majorité¹⁴¹, est une expression révélatrice des stéréotypes développés à l'encontre des femmes 'très belles' ; leur extrême beauté étant alors jugée incompatible avec une quelconque intelligence. Être belle signifie-t-il

¹³⁸ VROOM V., *Work and Motivation*, Wiley, New York, NY, 1964.

¹³⁹ KATZ S., « The importance of being beautiful », *Down to Earth Sociology*, vol. 8, 1995, p. 301-307.

¹⁴⁰ BENNETT J., « For women, beauty isn't always an advantage », <http://www.thedailybeast.com/newsweek/2010/08/10/for-women-beauty-isn-t-always-an-advantage.html>, 10 août 2010.

¹⁴¹ MERCIRIS Y., « Plus vous êtes beau, mieux vous êtes payé ! Sauf si vous êtes une femme », http://www.gentside.com/insolite/plus-vous-etes-beau-mieux-vous-etes-paye-sauf-si-vous-etes-une-femme_art48965.html, 11 mars 2013.

nécessairement être moins intelligente ? L'on pourrait penser que les femmes belles ont reçu tellement d'attention au cours de leurs vies qu'elles n'ont pas eu besoin de s'auto-développer sur un plan intellectuel ou éducatif. Or, cela est faux.

L'actrice américaine Sharon Stone est même allée jusqu'à publier son quotient intellectuel, pour prouver au monde que cet adage est faux¹⁴² !

Le degré de la perception de la féminité produite par l'apparence diffère en fonction du stéréotype sexuel associé au poste et cela affecte les femmes qui choisissent de poursuivre des carrières traditionnellement réservées aux hommes.

En effet, les femmes remarquablement attractives seraient souvent désavantagées car on leur attribuerait des traits négatifs tels que l'égoïsme¹⁴³, le manque d'honnêteté et d'altruisme¹⁴⁴. Aussi, la beauté peut-elle être considérée comme une marque de légèreté, de futilité ou un manque de profondeur pour certaines fonctions¹⁴⁵. À titre d'exemple, les femmes aux poitrines exceptionnellement généreuses sont jugées comme étant moins intelligentes et moins efficaces¹⁴⁶. En outre, elles peuvent être perçues comme de potentielles victimes de harcèlement¹⁴⁷.

Une autre question se pose : quelle est la source de ces fausses généralisations ?

31. Le mécanisme du *lookisme* repose sur un cercle vicieux qui se présente de la manière suivante : les stéréotypes (négatifs de part leur nature) imaginaires ou culturels cultivés par notre environnement, notamment les images dans les médias, s'incrémentent dans les mentalités. Ceci conduit à porter des étiquettes, à opérer des traitements différentiels, et à marquer une rupture du principe de l'égalité dans différents contextes, rupture qui se traduit en discrimination. Or, c'est

¹⁴² JUDGE T., CABLE D., « The effect of physical height on workplace success and income: Preliminary test of a theoretical model », *Journal of Applied Psychology*, vol. 89, 2004, p. 428-441.

¹⁴³ GALLUCI N.T., MEYER R.G., « People can be too perfect: effect of subjects' and targets' attractiveness on interpersonal attraction », *Psychological Reports*, vol. 55, 1984, p. 351-360.

¹⁴⁴ EAGLY A.H., ASHMORE R.D., MAKHIANI M.G., LONGO L.C., « What is beautiful is good, but... A meta-analytic review of research on the physical attractiveness stereotype », *Psychological Bulletin*, vol.110, 1991, p. 109-128.

¹⁴⁵ GARNER-MOYER H., « Apparence Physique et GRH : entre choix et discrimination ».

¹⁴⁶ PATZER G., *The physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985, p. 145.

¹⁴⁷ ETCOFF N., *Survival of the prettiest: the science of beauty*, New York, Anchor Books, 1999, p. 84. Voir aussi BROWNE N., GIAMPETRO-MEYER A., « Many paths to justice: the glass ceiling, the looking glass, and strategies for getting to the other side », *Hofstra Labour and Employment Law Journal*, vol. 21, 2003, p. 61, 99.

ce traitement inégalitaire vis-à-vis d'un grand nombre de personnes qui, à son tour, contribue à nourrir et à intensifier davantage les stéréotypes et les préjugés, et ainsi de suite...

Toute discrimination a pour origine un problème d'exclusion sociale en raison de constructions sociales, désormais universelles. En matière de *lookisme*, les sociétés américaine et française ont défini un standard de beauté ou d'attractivité de manière arbitraire et restrictive, et ont transformé le 'manque d'attractivité' en un lourd handicap, entre autre sur le marché du travail. Reste alors à savoir d'où viennent ces préjugés et quelles sont les sources sociales du *lookisme*. C'est ce que nous allons brièvement aborder.

§ 3: La source première de stéréotypes

32. Véhiculées par la société, les représentations sociales liées à l'expérience de l'individu, sont les sources de ces préjugés. La société, la communauté et la culture déterminent des standards ou normes d'apparence de ce qui est beau ou attirant¹⁴⁸. Or, l'amour de la société pour la beauté a des conséquences économiques réelles sur les individus¹⁴⁹.

L'opinion publique est alors modelée à l'image du contenu projeté par les médias de masse (télévision, radio, presse). Les différents médias sont bien aujourd'hui les partenaires les plus importants de notre vie, et supplantent, en termes de temps, les relations interpersonnelles, que ce soit au travail ou dans la sphère privée. Leur rôle est important, à la fois dans la construction identitaire de chacun que dans leur vision du monde¹⁵⁰ et dans la construction de chacun de son monde intérieur¹⁵¹. Les médias sont bien des médiateurs du réel. L'image a le pouvoir de transformer le spectateur et peut entraîner le jeune lecteur ou auditeur à s'identifier au modèle proposé et le transformer en réalité. D'où l'importance des modèles d'identification. «*We live in a world constituted solely of images which are no longer seen to refer to anything beyond themselves but are themselves constitutive of what is taken to be real*¹⁵²».

¹⁴⁸ MAHAJAN R., « The naked truth: Appearance discrimination, employment, and the law », *Asian-American Law Journal*, vol. 14, 2007, p. 165-213.

¹⁴⁹ CORBETT W., « Hotness discrimination: Appearance discrimination as a mirror for reflecting on the body of employment discrimination law », *Catholic University Law Review*, vol. 60, 2011, p.625.

¹⁵⁰ Rapport sur l'image des femmes dans les médias, présenté par la commission de réflexion sur l'image des femmes dans les médias, Présidente : Michèle Reiser, Rapporteur: Brigitte Gresy, 25 septembre 2008.

¹⁵¹ TISSERON S., « Images violentes et violence des images » ; conférence prononcée en mai 2003, à Barcelone.

¹⁵² NEGRIN, L. « The self as image: A critical appraisal of postmodern theories of fashion », *Theory, Culture and Society*, vol. 16, 1999, p. 113.

Les médias servent dans un premier temps à intensifier davantage les préjugés avant de justifier par la suite l'injustice des apparences. Étant un outil puissant, ils vendent des stéréotypes et véhiculent des images qui s'ancrent dans l'inconscient collectif, au point de générer des messages très dangereux quant aux paramètres de perception de l'attractivité physique et des mythes de beauté. Ces stéréotypes véhiculés ainsi sont objectivés de manière générale et affectent principalement les femmes.

33. Les médias constituent l'outil parfait d'intensification mais surtout de 'normalisation' du *lookisme*. Comment le *lookisme* est-il reflété dans les médias ?

Le modèle de beauté est déterminé par Hollywood¹⁵³. Dans les magazines, les publicités¹⁵⁴, les films ou encore la télévision, les personnes 'belles' sont brillantes, très sociables, sensuelles et ont une vie amoureuse passionnante ; tandis que les méchants personnages ou les personnages aux rôles seconds ont un physique 'disgracieux', ou des habits démodés.

En outre, dans les séries télévisées et surtout les films, des commentaires très positifs sont faits concernant notamment des femmes très minces, qui sont à leur tour surreprésentées. *A contrario*, voici un exemple frappant extrait de l'épisode 2 de la saison 4 de la série américaine *Boston Legal*. Dans cet épisode, il s'agissait du licenciement d'une femme en raison de son surpoids. Le juge donne entièrement raison à l'employeur, sans nul besoin de justification légitime ou proportionnée du licenciement. Ironie du sort, le juge lui-même était obèse !

Les femmes de forte corpulence sont sujettes à des commentaires négatifs, supposément drôles¹⁵⁵. De plus, des commentaires négatifs ainsi que le *fat humour* contre des personnes obèses ou tout simplement 'en surpoids' entraînent les fous rires des audiences¹⁵⁶. En outre, à l'opposé de la 'laideur', la beauté semble difficile à délimiter et à identifier. En effet dans les

¹⁵³ BERRY B., *Beauty Bias: discrimination and social power*, London, Praeger Publishers, 2007, p. 31. L'auteur cite l'exemple d'une publicité américaine de bière dans laquelle des femmes extrêmement belles courent après des hommes très beaux. Or, les régulateurs des publicités ont redouté qu'on associe l'activité de boire à l'activité sexuelle irresponsable par suite, ils remplacent es hommes par des hommes 'laid'. Par suite, si le message que l'alcool apporte le succès sexuel et social disparaît.

¹⁵⁴ Voir RIBAUT A., « Les entreprises prennent-elles en compte des critères physiques mais également ethniques au sein de leurs publicités? », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009, p.69.

¹⁵⁵ FOUTS G., BURGGRAF., « Television Situation Comedies: Female Body Images and Verbal Reinforcements », *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 40, n°5, 1999, p. 473-481.

¹⁵⁶ FOUTS G., BURGGRAF., « Television Situation Comedies: Female Body Images and Verbal Reinforcements », *Sex Roles: A Journal of Research*, vol. 40, n°5, 1999, p. 473-481.

films ou émissions, des personnes au physique ‘ordinaire’ sont souvent qualifiées de ‘laides’. Par exemple, dans la série télévisée « *Ugly Betty* » ou « *Betty la laide* », Betty est jolie, mais comme elle est ‘ronde’, porte des lunettes épaisses et un appareil dentaire s’habille ‘très mal’, elle est considérée comme étant ‘laide’.

Enfin, nous observons clairement que les personnes non attractives n’ont jamais de rôle principal et jouent le plus souvent le rôle de la personne méchante ou pathétique, ‘lente’, ou très drôle mais en général relativement antisociale.

Les femmes (et aujourd’hui les hommes de plus en plus), inondées de messages publicitaires répétitifs glorifiant la beauté et l’éternelle jeunesse, ont transformé leurs vies en des quêtes continues d’attractivité physique, souvent aux dépens de leur santé¹⁵⁷. Les médias ont généré notamment auprès des femmes, une phobie, de la vieillesse et du *look* ‘différent’ en injectant des messages de fuite (« *Before and after* » ou « avant et après ») de la vieillesse, de l’excès de poids, d’une peau acnéique, ou du moindre défaut physique.

Les médias ont ainsi créé des attentes pratiquement irréalisables : celles d’être aussi ‘beau’ et surtout ‘belle’ (mince, grande, et souvent à traits faciaux nord européens) que nous l’impose la société et créent une mentalité selon laquelle si nous échouons à atteindre de pareils standards, nous tombons dans la case ‘aliénation’ et par suite l’échec¹⁵⁸. D’ailleurs, les images projetées créent des standards parfaits et inaccessibles de beauté, voués à l’échec. L’on mentionne aussi les émissions américaines sur la transformation physique à travers la chirurgie cosmétique telles que « *Extreme body makeover* », « *I want a famous face* ». Une émission diffusée en 2005 par TF1¹⁵⁹ démontre clairement l’attitude de la société de ‘taboo’ française. Le concept est simple. Le fiancé d’une femme, étant obèse, démontre un caractère obscène, vulgaire et populaire. Il s’agit d’un reflet éclatant des stéréotypes subis par les personnes en surpoids.

¹⁵⁷ Dans toutes les séries télévisées américaines, les stars maigrissent de saisons en saisons.

¹⁵⁸ Selon Etkoff, l’exposition prolongée à des messages médiatiques transforme notre idée d’un visage à la beauté ‘moyenne’. “In a plugged-in era in which I see Jennifer Lawrence’s face more than my own sister’s, my brain’s concept of “average” is skewed wildly far from reality. It’s up to us to put down the magazines”. GRAHAM R., « who will fight the beauty bias? », <http://www.bostonglobe.com/ideas/2013/08/23/who-will-fight-beauty-bias/Kq3pbfOy4VRJtlKrmYWBNO/story.html>, 23 août 2013.

¹⁵⁹ Diffusée également aux États-Unis par FOX, sous le titre “ *My Big Obnoxious Fiance* ” <https://www.youtube.com/watch?v=73Ivgja72wc>, associant explicitement l’obésité et le caractère haïssable, repoussant et odieux.

En Allemagne le titre « *MeinShrecklicherverlobter* » insiste sur le caractère haïssable et monstrueux du fiancé. Le titre de la télé-réalité française qui reprend très fidèlement le concept est moins explicite. « *Mon incroyable Fiance* ».

De manière concrète, qu'est-ce-que ces stéréotypes entraînent ?

Section 2 : Les manifestations du lookisme

34. Les réactions humaines non verbales face aux personnes belles sont multiples : des sourires, relèvements de sourcils, regards spécifiques, et mouvements de la tête¹⁶⁰.

35. Aujourd'hui, la beauté, devenue un capital en soi ou une possession précieuse¹⁶¹, est désormais largement institutionnalisée comme étant une condition d'embauche et de promotion en premier lieu. La beauté agit comme un véritable 'raccourci cognitif' au niveau des carrières¹⁶².

Monsieur Talcott Parsons a pu constater : « *Puisque vous voulez révolutionner la sociologie et peut-être la société, ... laissez-moi vous faire une suggestion... portez une cravate. Vous pourrez de la sorte vous y employer* »¹⁶³.

Il convient de noter que le *glass ceiling effect* ou l'effet du « plafond de verre » représente une métaphore décrivant les barrières invisibles que peuvent rencontrer les individus pour accéder aux postes élevés dans les hiérarchies professionnelles¹⁶⁴.

Dans un rapport de la Commission européenne de 2007, on interroge un groupe d'individus sur les critères qui pourraient désavantager une personne lorsqu'une entreprise a le choix entre deux

¹⁶⁰ PIETERSE M., « Discrimination through the eye of the beholder », *Social African Journal Human Rights*, vol. 16, 2000, p. 124. Par contre, les personnes non attractives sont souvent sujettes à un sens de l'humour dérisoire. BARKER R., GONICK M., WRIGHT B., Adjustment to physical handicap and illness: A survey of the social psychology of physique and disability, 1946, p.81-82.

¹⁶¹ FRANK C., STEPHEN M., BAHAUDIN M., « Appearance Discrimination, "Lookism" And "Lookphobia" in the workplace », *The Journal of Applied Business Research*, vol. 28, n°5, 2012.

¹⁶² GARNER-MOYER H., « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille, Direction Pelession, animation et idée originale, Khalid Hamdani.

¹⁶³ RIGGIOET R.E., THROCKMORTON RB., « The relative effects of verbal and non verbal behavior, appearance and social skills on evaluations made in hiring interviews », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 18, 1988, p. 331-348.

¹⁶⁴ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

candidats de compétences et de qualifications égales, les répondants désignent d'abord à 51 %, le *look* et la façon de s'habiller ou de se présenter du candidat¹⁶⁵.

Comment le niveau d'attractivité d'un individu peut-il autant influencer sur un déroulement de carrière ?

Les situations discriminatoires les plus récurrentes concernent les barrières à l'embauche, les salaires et les primes¹⁶⁶, les évolutions de carrière, ainsi que le travail au quotidien.

Selon une enquête américaine, l'apparence physique a été classée huitième facteur (sur 20) dans le succès dans les carrières¹⁶⁷.

§ 1: « What is beautiful is good » ou « Ce qui est beau est bien »

36. Il est extrêmement important de noter, aussi étonnant que cela puisse paraître, qu'aux États-Unis, le *lookisme* est largement manifesté dans les décisions de justice ! De plus, dans le contexte de l'éducation, à l'oral, le phénomène est évidemment encore plus marqué. L'apparence joue en faveur des plus beaux sans que les enseignants en aient conscience, bien évidemment¹⁶⁸. Aussi, des études suggèrent qu'une apparence physique agréable augmente les chances d'élection dans la fonction publique¹⁶⁹.

Par ailleurs, les avocats donnent des conseils très précis à leurs clients quant à leur apparence physique devant le jury. De plus, les avocats eux-mêmes veillent à ce que leur propre apparence physique inspire confiance, intelligence et habileté à convaincre¹⁷⁰. Quant aux défenseurs, une étude suggère que les personnes 'moins belles' sont plus prédisposées à être socialement déviantes¹⁷¹.

¹⁶⁵ « La discrimination dans l'Union européenne », eurobaromètre spécial de la commission européenne, janvier 2007.

¹⁶⁶ Baromètre sur la perception des discriminations dans le travail, principaux enseignements, janvier 2013, voir <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/barometre-discriminations-travail-ifop-ddd-principaux-enseignements.pdf>.

¹⁶⁷ NYKODYM N., SIMONETTI J., « Personal appearance: Is attractiveness a factor in organizational survival or success? », *Journal of Employment Counseling*, vol. 24, 1987, p. 69, 74.

¹⁶⁸ LANDY D., SIGALL H., « Beauty is talent: Task evaluation as a function of the performer's physical attractiveness », *Journal of Personality & Social Psychology*, vol. 29, n°3, 1974.

¹⁶⁹ JOHNSON S., KENNETH P., LOPBOYE R., GIBBONS E., « Physical attractiveness biases in ratings of employment suitability: tracking down the 'Beauty is Beastly' Effect », *The Journal of Social Psychology*, vol. 150, n° 3, 2010.

¹⁷⁰ PATZER G., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York, Amazon, 2008, p. 93.

¹⁷¹ DEITZS.R., BYRNES I.E., « Attribution of responsibility for sexual assault: the influence of observer empathy and defendant occupation and attractiveness », *Journal of Psychology*, vol. 108, n°108, 1981, p. 17-29.

En matière civile, dans une expérience simulée, il s'avère que les juges ordonnent moins de sanctions et des dommages-intérêts plus bas aux personnes présentant un physique agréable¹⁷².

Enfin, l'apparence physique d'un membre du jury ou du juge lui-même peut affecter ses jugements¹⁷³.

A) Embauche ou le « Hire-the-handsome phenomenon »

37. Les recruteurs considèrent de manière curieuse que les individus les plus séduisants correspondent mieux aux besoins de l'entreprise et qu'ils s'intègrent plus facilement, et que leur adéquation leur paraît par suite meilleure¹⁷⁴.

Selon une étude menée aux États-Unis, 60% des américains interrogés se considèrent victimes de discrimination en raison de leur apparence physique¹⁷⁵ comme le confirme une expérience de Webster et Driskell¹⁷⁶. Celle-ci proposait en effet à des étudiants de noter sur une échelle de 5 à 25 les compétences supposées d'individus estimées sur la base d'un CV et/ou d'une photo. Là encore, on constate l'existence d'une prime à la beauté : les très bons CV sans photos obtenaient une note de 19.2, les personnes belles (photo sans CV) 17,3, les très bons CV avec une photo de personnes laides 16.5, les mauvais CV avec une photo de personne belle 14.3, les gens laids 12.8, les mauvais CV sans photo 10.6. Des psychologues ont fait l'expérience de montrer à des recruteurs de faux dossiers de postulants pour un emploi de cadre. Des photos y avaient été jointes afin de pouvoir confronter les jugements portés sur le physique des candidats. Il en a résulté que les personnes minces étaient tenues pour les plus autoritaires - ce qui en l'occurrence, apparaissait plutôt comme une qualité - et qu'elles étaient vues comme de meilleurs chefs. On estimait aussi qu'elles seraient mieux acceptées par leurs collègues ou leurs subordonnés¹⁷⁷. Il a aussi été démontré que lorsqu'un CV était accompagné d'informations sur l'apparence physique

¹⁷² STEPHAN C.W., TULLY J.C., « The influence of physical attractiveness of a plaintiff on the decisions of simulated jurors », *Journal of social psychology*, vol. 101, 1977, p. 149-150.

¹⁷³ DERMER M., THIEL D.I., « When beauty may fail », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 31, 1975, p. 1168.

¹⁷⁴ RYNES S., GERHART B., « Interviewer assessments of applicant fit: and exploratory investigation », *Personnel Psychology*, vol 43, 1990, p. 13-35.

¹⁷⁵ « Employment Law Alliance, America at Work Survey », http://www.employmentlawalliance.com/pdf/ELALooksPollCharts2-3_16_2005.pdf, 2005.

¹⁷⁶ WEBSTER M. et DRISKELL J.E. « Beauty as status », *American Journal of Sociology*, 1983, vol. 89, p. 40-165.

¹⁷⁷ HANKINS N.E., « Effects of height, physique and cranial hair pm job-related attributes », *Psychological Reports*, vol. 45, 1979, p.853-854.

(taille, poids, habits,...), les candidats en surpoids étaient sous-évalués par rapport à leur potentiel de supervision, d'autodiscipline, d'apparence professionnelle, d'hygiène personnelle et de capacité à réaliser un travail physiquement exigeant¹⁷⁸.

Voici un exemple typique : suite à une série d'entretiens téléphoniques, une spécialiste en télécommunications diplômée d'un master en ingénierie informatique et forte de 16 ans d'expérience internationale, obtient une évaluation excellente de la part d'un chercheur de tête (« *I can get you any job you want* »). Toutefois, lorsqu'elle se présente personnellement (elle pèse 179 kilogrammes et mesure 1 mètre 66), on lui répond « *tu es trop grosse pour vendre* », sous-entendant qu'elle ne serait jamais recrutée¹⁷⁹.

Par ailleurs, la chaîne ABC News a mené une étude dans son émission '20/20' sur la discrimination lors de l'entretien d'embauche. Aussi embauchent-ils quatre candidats (deux femmes et deux hommes), dont un homme et une femme très 'beaux'. Pour que l'expérience soit valable, ils avaient recruté des candidats ayant suivi la même formation et possédant les mêmes qualifications. L'unique critère de différenciation était l'apparence physique. Non seulement les beaux candidats obtiennent le travail mais ils sont sus traités de manière plus chaleureuse et aimable que les deux autres¹⁸⁰. Une autre étude démontre que les entretiens conduits avec les candidats 'beaux' sont beaucoup plus courts. De plus, au cours de ces entretiens, le recruteur ne leur demande pas d'apporter des preuves de leurs qualifications, ni des diplômes qu'ils prétendent avoir obtenus¹⁸¹.

La beauté physique augmente donc sans conteste les chances d'être embauché(e)¹⁸². Les personnes séduisantes bénéficient de ce qu'on appelle le 'bénéfice du doute' et de plus d'indulgence de la part des évaluateurs¹⁸³. Plus précisément, les femmes attirantes sont évaluées

¹⁷⁸ EROTHBLUM D., MILLER C.T., GARBUTT B., « Stereotypes of obese female job applicants », *International Journal of Eating Disorders*, vol. 7, n°2, 1988, p. 277-283.

¹⁷⁹ JETTER A., « Don't hate me because I'm fat », *Good Housekeeping*, vol. 24, 2005.

¹⁸⁰ STOSSEL J., « Lookism: The ugly truth about beauty », *ABC News*, <http://abcnews.go.com/2020/story?id=123853&page=1>, 12 février 2005

¹⁸¹ FATT J.P.T., « Attractiveness and outcomes of job interviews », *Management Research News*, vol. 23, 2000, p. 11.

¹⁸² HOSODA S-R., COATS G., « The effects of physical attractiveness on job-related outcomes: a meta-analysis of experimental studies », *Personnel Psychology*, vol 56, 2003, p. 431-463.

¹⁸³ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

sur leur performance de manière supérieure aux femmes moins belles¹⁸⁴ ; et les femmes minces atteignent de meilleures positions dans leurs carrières¹⁸⁵.

En outre, une étude suggère que bien que l'attractivité physique ne soit pas le facteur le plus important dans la prise de décision, elle constituerait un facteur déterminant lorsque les recruteurs se trouvent face à un choix difficile¹⁸⁶. Aux États-Unis, 50% des employeurs déclarent qu'une apparence physique séduisante est un critère important pour occuper le poste pour lequel ils viennent de recruter (11% jugent que c'est très important et 39% que c'est plutôt important)¹⁸⁷. En France, une enquête¹⁸⁸ par questionnaire menée auprès de 120 cabinets de recrutement français donne un aperçu de l'ampleur du phénomène. L'apparence compte donc énormément si on compare ces critères à d'autres. Un aspect peu soigné a quasiment le même impact qu'un trou d'un an, ou plus dans un CV¹⁸⁹.

De manière générale, il est prouvé que les hommes de grande taille ont davantage de succès professionnel au cours de leur carrière que les hommes de taille moyenne ou petite¹⁹⁰. De plus, une autre expérience, toute aussi intéressante, montre que si l'on demande à des managers de choisir parmi les photos de quatre femmes celle qui aurait le plus de chance de devenir vice-présidente, 73% d'entre eux choisiraient la plus attrayante. Cela démontre le phénomène du « *hire-the-handsome* »¹⁹¹.

Par ailleurs, une étude intéressante conclut également que les beaux avocats ont tendance à diriger leurs carrières vers le secteur privé, tandis que les avocats moins beaux se dirigent davantage dans le secteur public¹⁹².

¹⁸⁴ LANDY D., HAROLD S., « Beauty is talent: task evaluation as a function of the performer's physical attractiveness », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 29, 1974, p. 303.

¹⁸⁵ JAEGER M., « A thing of beauty if a joy forever? Returns to physical attractiveness over the life course », *Social Forces*, vol. 89, 2011, p. 983, 985-986.

¹⁸⁶ HOSODA S.R., COATS G., « The effects of physical attractiveness on job-related outcomes: a meta-analysis of experimental studies », *Personnel Psychology*, vol. 56, 2003, p. 431-463.

¹⁸⁷ HOLZER H., *Multi-City Study of Urban Inequality*, East Lansing, Michigan State University, 1993.

¹⁸⁸ Enquête de *Capital* cité dans AZZOPRDI G., *Les nouveaux tests de recrutement*, Paris, Marabout, 1995.

¹⁸⁹ Critère arrivant au 4^e rang de motif de rejet- AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, p. 110.

¹⁹⁰ JUDGE T., CABLE D., « The effect of physical height on workplace success and income: preliminary test of a theoretical model », *Journal of Applied Psychology*, vol. 89, n°3, 2004, p. 428-441.

¹⁹¹ SCHICKMAN M., « Beauty and the Best », *California Employment Law Letter*, 12 décembre 2011.

¹⁹² BIDDLE, J. E., HAMERMESH D.S., « Beauty, productivity, and discrimination: lawyers looks and lucre », *Journal of Labor Economics*, vol. 16, 1998, p. 172-201.

Enfin, il convient de mentionner que selon certains, il existe une confusion majeure quand on parle de discrimination liée à l'apparence physique. Il ne s'agit pas d'attractivité ou de beauté mais de présentation physique propre, décente, professionnelle (cheveux, ongles, maquillage, hygiène, vêtements,..) et confiante¹⁹³. La présentation physique, contrairement à la beauté, est cruciale¹⁹⁴ et lors de l'entretien, les habits et le maniérisme sont d'importance majeure¹⁹⁵. En les managers de recrutement considèrent à l'unanimité qu'une tenue vestimentaire (par exemple le port d'un jeans) ou une coiffure négligées sont synonymes de manque de prise au sérieux et surtout de respect à l'entreprise, au comité de l'entretien et à la position¹⁹⁶. De plus, une apparence soignée est signe de professionnalisme, d'autodiscipline et d'engagement¹⁹⁷.

38. Qu'en est-il en matière de 'jeunisme' ?

En France, un sondage portant sur la question de l'embauche selon l'âge démontre indéniablement la forte discrimination fondée sur l'âge dans l'entreprise¹⁹⁸.

De la même façon, une enquête a été réalisée aux États-Unis auprès de personnes spécialistes en gestion de carrière¹⁹⁹ : 75% des experts ont admis que dans l'économie d'aujourd'hui, avoir l'air jeune donne aux hommes un avantage sur le marché du travail et dans leur entreprise. En sus, 70% affirment que leur apparence a un impact sur leur salaire et qu'avoir l'air jeune est important pour l'avancement et les promotions et 65% indiquent que leurs clients masculins avaient perdu des occasions professionnelles parce qu'ils paraissaient trop vieux.

¹⁹³ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH New York, 5 août 2013.

¹⁹⁴ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH New York, 5 août 2013.

¹⁹⁵ Entretien téléphonique avec Monsieur Charles Busutill, *Americas Director, Employee Relations* chez White and Case LLP, New York, le 11 septembre 2013.

¹⁹⁶ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment Officer* à l'UNDP (United Nations Development program, Beyrouth le 23 août 2013.

Entretien téléphonique avec Monsieur Samir Mirza, *Human Resources and Organisation Director*, chez M1 Group, le 27 août 2013.

¹⁹⁷ Entretien avec Monsieur Walid Chahine, *Chief Operating Officer* chez Azadea Group, Beyrouth, le 6 septembre 2013.

¹⁹⁸ L'inégalité des chances (Source Ipsos 11-12 janvier 2001). AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, p. 133. Dans le sondage précédent on apprenait que les signes qui révélaient l'âge élevé étaient: les vêtements qui ne sont pas à la mode (73%), le manque d'enthousiasme ou d'énergie (67%), les cheveux gris (58%), les rides (50%) et un poids excessif (40%). En France aussi, nous sommes attentifs aux vêtements pour évaluer l'âge d'une personne: 70% des Français déclarent ainsi qu'un homme qui suit la mode est moderne. Il n'est pas étonnant dans ces conditions qu'il faille faire jeune et "branché" pour plaire aux recruteurs.

¹⁹⁹ National Family Opinion (NFO), "Strategies for job success", *survey*, juillet 2001.

39. Il convient enfin de noter que les décisions d'embauche dépendent du sexe du recruteur. À titre d'exemple, les hommes sont plus enclins à recruter la candidate séduisante, contrairement aux femmes²⁰⁰. De même, quand il s'agit de choisir un candidat, les individus ayant une haute estime et image d'eux-mêmes sont plus enclins à passer outre quelques insuffisances professionnelles en contre partie d'un physique agréable. Ces recruteurs accordent une grande importance au *look* afin d'être en conformité avec l'image que souhaite projeter l'entreprise²⁰¹.

Par ailleurs, la prime de beauté se transforme en prime salariale. Cette prime de beauté aurait un impact économique comparable aux différences de race et de sexe dans le marché du travail américain !

B) Différences de salaires²⁰²

40. Il existe un lien entre la beauté du visage, les standards physiques de taille et de poids et le revenu. En effet, des preuves stupéfiantes de la disparité de salaires ont été apportées²⁰³ entre des individus exerçant le même métier et ayant une apparence physique comparable²⁰⁴.

Une étude démontre que des caractéristiques aussi neutres que l'obésité, la taille ou la beauté seraient des prédicateurs de salaires futurs²⁰⁵. De plus, selon une étude relativement récente menée aux États-Unis, les salariés plus 'beaux' que la moyenne toucheraient 10 à 15% de plus que les salariés au physique 'moyen'²⁰⁶. D'autres études démontrent qu'embaucher des

²⁰⁰ RAZA S.M., CARPENTER B.N., « A model of hiring decisions in real employment interviews », *Journal of applied psychology*, vol.72, n°4, 1987, p.596-603.

²⁰¹ SYNDER B., MATWYCHUK A., « Orientations toward personnel selection: differential reliance on appearance and personality », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, n°6, 1988, p.972, 979.

²⁰² BARON R.A., MARKMAN G.D., « Effects of entrepreneur's appearance on their financial success: evidence of positive effects for both genders », *Les notes du Lirhe*, note 344, 2001.

²⁰³ PERRONI P., « *Cook v. Rhode Island*, Department of Mental Health, Retardation & Hospitals: The First Circuit tips the scales of justice to the overweight », *New England Law Review*, vol. 30, 1996, p. 993, 994, 1004. Voir aussi HAMERMESH D., BIDDLE J., « Beauty and the labor market », *American Economic Review*, vol. 84, n° 5, 1994, p.1186. Voir aussi FRIEZE I.H., OLSON J.E., et RUSSEL, J., « Attractiveness and income for men and women in management », *Journal of Applied Social psychology*, vol. 21, 1991, p. 1039-1057. Voir aussi MOYER-GARNER H., « Apparence Physique et GRH: entre choix et discrimination ».

²⁰⁴ TOSZELL., KENNEDY., GRABB., « Physical attractiveness and income attainment among Canadians », *Journal of Advertising Research*, vol. 16, 1989. Voir BARRO R., « So you want to hire the beautiful, well, why not? », *Business Week*, vol.18, 1998.

²⁰⁵ BOWLES S.H., GINTIS H., OSBORNE M., « Determinants of earnings: A behavioral approach », *Journal of Economic Literature*, vol. 39, 2001, p. 1137-1176.

²⁰⁶ HAMERMESH D.S., BIDDLE J.E., « Beauty and the labor market », *The American Economic Review*, vol. 84, n°5, 1994, p. 1174–1194.

personnes ‘belles’ constitue une stratégie brillante pour certaines entreprises. En effet, cette étude observe 250 agences de publicité et réalise que celles qui ont de ‘beaux’ managers font plus de profits²⁰⁷. Dans une autre étude²⁰⁸ menée sur plusieurs échantillons représentatifs de la population nord-américaine, l’on constate que les hommes jugés ‘très laids’ ou simplement plus ‘laids’ que la moyenne (soit environ 9% de l’échantillon total), étaient fortement pénalisés. Ils recevaient un salaire horaire inférieur de 9% à celui dont ils auraient dû bénéficier compte tenu de leur instruction, de leur origine ethnique, de leur expérience et ancienneté, de leur situation matrimoniale, de leur état de santé (handicap éventuel), de la taille de leur entreprise, de la région, ou de la ville où ils se trouvaient et du secteur d’activité de leur entreprise. Les hommes au physique supérieur à la moyenne ou très séduisants (soit 32%) gagnaient par contre 5% de plus qu’ils n’auraient dû compte tenu des mêmes facteurs mentionnés ci-dessus (les plus beaux gagnent 9% de plus soit environ 25000 dollars de plus par an en moyenne). Pour les femmes, la « pénalité » due à un désavantage physique n’était que de 4% mais la ‘prime de beauté’ restait de 5%²⁰⁹.

En outre, une étude conduite sur des élèves de MBA (*master in business administration*) constate que dix ans après la graduation, les élèves les plus ‘beaux’ (hommes et femmes) avaient des salaires supérieurs²¹⁰.

Aussi, aux États-Unis, le Professeur Ellen Berscheid a calculé sur un échantillon de 7000 salariés les rémunérations des personnes plus séduisantes et a constaté qu’elles étaient supérieures de 15% à celles des employés jugés peu attirants²¹¹. De même, une enquête conduite en 1994 montre que 9% des hommes jugés ‘laids’ touchent un salaire inférieur de 9% ; alors que 32% des hommes ‘beaux’ touchent 5% de plus que la moyenne. Les femmes les plus attractives touchent 4% de plus que la moyenne et les « moins belles » 4% de moins que la moyenne. En quinze ans de carrière, un physique attrayant augmente les revenus de 10,000 dollars l’année²¹² !

²⁰⁷ SALTAU C., « Discrimination by appearance-the ugly truth, and It’s not pretty », <http://www.rense.com/general12/notp.htm>, 21 août 2001.

²⁰⁸ HAMERMESH D.S., BIDDLE J.E., « Beauty and the labor market », *American Economic Review*, vol 84, n° 5, 1994, p. 1174-1194.

²⁰⁹ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, 138.

²¹⁰ FRIEZE I., OLSEN J., RUSSEL J., « Attractiveness and income for men and women in management », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 21, n°3, 1991, p. 1039-1057.

²¹¹ BERSCHIED E., « Appearance prejudice: impression management or discrimination? », dans Smith et Hanebury, *issues in the work place: Human resource dilemmas*, New York, Dame Publications Inc. 1996.

²¹² SCHICKMAN M., « Beauty and the best », *California Employment Law Letter*, 12 décembre 2011.

Selon Monsieur Daniel Hamermesh, économiste à l'Université de Texas, sur une période de vie et en se basant sur les salaires actuels, un salarié américain au physique 'beau' toucherait 230,000 dollars de plus que ses collègues au physique 'normal'²¹³.

En outre, aux États-Unis, les femmes entrepreneurs dans le secteur des cosmétiques touchent plus lorsqu'elles sont belles : 20% des plus séduisantes gagnent 20% de plus que les 20% les moins attrayantes. Ce constat semble, si l'on en croit certaines études, pouvoir aussi s'appliquer aux hommes entrepreneurs et dans des secteurs comme l'industrie minière où la beauté joue *a priori* un moindre rôle²¹⁴.

D'autre part, les hommes ayant une taille plus grande que la normale touchent environ 6% de plus que les hommes de taille moyenne ; alors que les hommes plus petits que la moyenne touchent 4% de moins²¹⁵. De plus, selon une autre étude, un beau vendeur gagnerait 13% de plus, et un vendeur de grande taille 25% de plus²¹⁶ !

Dans le même esprit, les femmes de très petites de tailles seraient moins bien payées que les femmes de taille moyenne²¹⁷. Enfin, les femmes grandes de taille toucheraient même plus que les femmes de taille moyenne²¹⁸.

Quant au métier d'avocat, il n'est pas indifférent au phénomène du *lookisme*. En effet, des études concluent que le tarif horaire des avocats beaux était lui aussi nettement supérieur²¹⁹.

²¹³HAMERMESH D., *Beauty pays: Why attractive people are more successful*, Princeton University Press, 2011 p. 47.

²¹⁴ Dans une autre étude, ce sont les pourboires obtenus par les serveurs d'un restaurant mexicain de Houston au Texas qui ont été observés: ceux qui sont séduisants touchent de meilleurs pourboires que leurs collègues moins attirants. Ainsi, l'apparence physique a autant d'importance qu'un bon service aux clients. Quant aux serveuses, l'effet beauté était encore plus fort et comme pour les serveurs, c'était surtout le soir que les pourboires dépendaient le plus de la séduction. Voir LYNN M., SIMONS T., « Predictors of male and female server's average tip earnings », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 30, 2000, p. 241-252.

²¹⁵ELMER E., HOURAN J., « Physical attractiveness in the workplace: customers do judge books by their covers », *Beauty in Business*, vol. 14, 2020 Skills <http://www.2020skills.com/asts/Physical_Attractiveness_In_The_Workplace.pdf>.

²¹⁶ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, Editions Odile Jacob, 2002, p. 136. Voir aussi HAMERMESH D.S., BIDDLE J.E., « Beauty and the labor market », *American Economic Review*, vol. 84, 1994, p. 1174-1194. De plus, une étude Chinoise confirme que les maris de femmes moins 'séduisantes' touchent 10% de moins que les autres. Voir RHODE D., *The Beauty Bias: the injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011.

²¹⁷ CASH Y., TRIMER C., « Sexism and beautyism in women's evaluations of peer performance », *Sex Roles*, vol. 10, 1984, p. 87-96.

²¹⁸ LOH E., « The economics effects of physical appearance », *Social Science*, vol. 74, 1994, p. 420-430.

²¹⁹ BIDDLE, J. E., HAMERMESH D.S., « Beauty, productivity, and discrimination: lawyers' looks and lucre », *Journal of Labor Economics*, vol. 16, 1998, p.197.

Dénonçant cette discrimination, le Professeur Barry Harper concluait son étude en demandant à la classe politique et au milieu des affaires de réorienter la lutte contre les discriminations²²⁰.

41. Pourquoi cet écart de salaires ? Malgré des incertitudes scientifiques, les chefs d'entreprise semblent croire que les personnes 'attractives', surtout les dirigeants, contribuent directement au succès de leurs compagnies²²¹. En effet, des études marketing mettent en avant les avantages commerciaux que peut apporter un individu séduisant à l'entreprise. Les consommateurs seraient sensibles à l'apparence physique du vendeur ce qui entraînerait des performances commerciales élevées²²². Une autre manière de justifier cet écart est le fait que les personnes séduisantes auraient plus confiance en elles²²³, un niveau supérieur d'éducation, une personnalité plus forte²²⁴, et de meilleures qualités orales et sociales²²⁵ ce qui contribuerait à faire augmenter leurs salaires. En effet, selon une autre étude, les directeurs plus 'beaux' dans des boîtes de publicités aux Pays-Bas rapporteraient plus de revenus aux entreprises et par conséquent seraient mieux payés²²⁶.

En outre, l'attractivité physique augmente les chances de promotion, lorsque la performance est médiocre²²⁷ et les personnes 'belles' recevraient aussi de meilleures évaluations²²⁸.

42. Il convient de mentionner qu'au-delà des comportements discriminatoires, on peut même être victime d'attitudes discriminatoires, quand bien même les candidats finissent par être

²²⁰ BARON R.A., MARKMAN G.D., « Effects of entrepreneur's appearance on their financial success: evidence of positive effects for both genders », Les notes du Lirhe, note 344 (01-07), 2001.

²²¹ TIETEET L., CRESAP S., « Is lookism unjust? », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, n°2, 2005, p. 31-50.

²²² BLANCHARD L., MCNICOLL R., *Les normes de beauté féminines*, Webzine, Quebec, 2002. Voir également REIGEN P.H., KEMAN J.B., « Social perception and interpersonal influence: some consequences of the physical attractiveness stereotype in a personal selling setting », *Journal of Consumer Psychology*, vol. 2, n°1, p.25-38.

²²³ MARKUS M., ROSENBLAT T., « Why beauty matters », *American Economic Review*, vol. 96, n° 1, 2006, p. 222-235. Voir aussi BENABOU R., TIROLE J., « Self-confidence and personal motivation », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, 2002, p. 871-915.

²²⁴ HAKIM C., « Erotic capital », *Europe Sociology Review*, vol. 26, n° 5, 2010, p. 499-518.

²²⁵ MARKUS M., ROSENBLAT T., « Why beauty matters », *American Economic Review*, vol. 96, n° 1, 2006, p. 222-235.

²²⁶ PFANN GA., BIDDLE JE., HAMERMESH D.S., BOSMAN C.M., « Business success and business' beauty capital », *Economics Letters*, vol. 67, 2000, p. 201-207.

²²⁷ CHUNG P-P., LEUNG K., « Effect of performance information and physical attractiveness on managerial decisions about promotions », *The Journal of Social Psychology*, vol. 128, n° 6, 2001, p. 791-801.

²²⁸ DROGOSZ L., LEVY P., « Another look at the effects of appearance, gender, and job type on performance-based decisions », *Psychology of Women*, vol. 20, 1996, p. 437.

embauchés: rendez-vous annulé sans prévenir, attente longue avant l'entretien, pas de présentation du recruteur, pas de regard au candidat, entretien peu orienté vers le poste,...

Ces disparités sont d'autant plus flagrantes s'agissant des individus en surpoids²²⁹.

C) Surcharge pondérale²³¹

43. L'obésité a atteint les proportions d'une épidémie mondiale (2,8 millions de personnes au moins décédant chaque année du fait de leur surpoids ou de leur obésité)²³².

Les individus dont le physique 'sort de la norme' souffrent de stigmatisation, de commentaires blessants, de mal-être général et par conséquent d'opportunités de travail limitées.

Voici, sous forme de schéma circulaire, par quoi passe une personne en surpoids. En premier lieu, une interaction sociale se crée, elle définit en deuxième lieu le statut de la personne (on colle une étiquette), en troisième lieu la société justifie ce statut en discriminant cette personne, pour qu'en quatrième lieu l'individu obèse intériorise cette discrimination et il se sent responsable de ce qui lui arrive et donc il va refuser les aides psychologiques ou autres par perte de l'estime de soi et de honte²³³, et il ressentira finalement la volonté de changer d'apparence physique pour appartenir à dans la 'norme'.

Aux États-Unis, une attention particulière est portée à la *grossophobie* qui est une réalité flagrante²³⁴, sachant que l'obésité touche des millions d'américains et ne fait qu'augmenter²³⁵. Selon la directrice executive de la *National Association to Advance Fat*

²²⁹ GARNER-MOYER H., « La discrimination à l'épreuve du droit », Barreau de Paris 21 avril 2005.

²³⁰ FIKKAN K., ROTHBLUM E., « Weight bias in employment », dans BROWNWELL K., OUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight bias: nature, consequences, and remedies* New York: Guilford Press, 2001, p. 20.

²³¹ Voir CARMICHAEL M., « Do we really need a law to protect fat workers? », [http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2007/08/05/do we really need a law to protect fat workers/](http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2007/08/05/do_we_really_need_a_law_to_protect_fat_workers/), 5 août 2007.

²³² <http://www.who.int/features/factfiles/obesity/fr/>.

²³³ Colloque « L'apparence physique : motif de discrimination, entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », Lille, mercredi 18 novembre 2009.

²³⁴ THERAN E., « Free to be arbitrary and ... Capricious': weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol.11, 2001, p. 136.

²³⁵ L'expansion de l'obésité ne se restreint à aucune race, ethnicité, statut socio-économique ou culture. Une personne est en surpoids si son indice de masse corporelle ou body mass index se situe entre 25 et 29.9. Lorsque ce

Acceptance, « *The same stereotypes you heard 20 or 30 years ago about blacks or Hispanics are being said about fat people today* »²³⁶.

La demande d'être de plus en plus mince augmente alors que paradoxalement, le taux d'obésité ne fait que s'intensifier, ce qui dénote une relation 'perverse'²³⁷.

Il y existe un paradoxe flagrant. D'une part, la présence d'un environnement « *obésogénique* » avec des portions énormes et des plats gras²³⁸ ; et d'autre part, une véritable phobie du poids ou *fat phobia*²³⁹. (L'obésité, notamment chez les enfants, est un thème qui tient à cœur à la première dame des États-Unis, Madame Michelle Obama, qui en a fait l'objet de sa campagne « *Let's move* »²⁴⁰).

Les personnes obèses ne répondent pas à l'idéal de beauté français ou américain. Loin de là. Elles vivent dans un monde qui détermine ce qui est juste et faux, beau et dégoûtant, un monde où le blâme se dirige vers des personnes qui ne se conforment pas aux normes sociétales. Elles sont perpétuellement obsédées par cette préoccupation qui domine leur vie : comment perdre du poids et éviter la stigmatisation²⁴¹. À la vue d'une personne obèse dans la rue, dans un restaurant ou dans un magasin, nous nous posons instinctivement cette même question : pourquoi ne perd-elle donc pas de poids ?! Qu'elle souffre ou non de condition chronique ou d'une prédisposition génétique, nous ne pouvons nous empêcher de la blâmer.

De manière générale, nous ne sommes particulièrement pas tolérants envers les personnes en surpoids. Selon Esther Rothblum, psychologue, professeure et expert en discrimination, les personnes en surpoids sont jugées comme manquant d'autocontrôle²⁴². En effet, le blâme des

dernier est supérieur ou égal à 30, il est obèse. SABLOSKY K., « Probative "Weight": Rethinking evidentiary standards in Title VII sex discrimination cases », *New York University Law Review and Social Change*, vol. 30, p. 325-328.

²³⁶ VOBORIL M., « Obese starting to fight back against fat jokes, prejudice », *Seattle Times*, <http://community.seattletimes.nwsourc.com/archive/?date=19931223&slug=1738432>, 23 décembre 1993.

²³⁷ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 58.

²³⁸ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.24.

²³⁹ SOLOVAY S., ROTHBLUM E., « No fear of fat », *Chronicle of Higher Education*, Vol. 56, édition 12, 13 novembre 2009, Vol. 56, édition 12.

²⁴⁰ <http://www.letsmove.gov/>.

²⁴¹ STUNKARD., *The pain of obesity*, Palto Alto, California, Bull publishing company, 1976, p. 1.

²⁴² JETTER A., « Don't hate me because I'm fat », *Good Housekeeping*, vol. 241, édition 4, 3 Octobre 2005.

personnes obèses est constant et fortement dénoncé par certains en raison de la grande tentation qui les entoure²⁴³.

Or, le poids reflète une interaction complexe entre des facteurs physiologiques, comportementaux²⁴⁴, psychologiques, socio-économiques et culturels²⁴⁵. Il en résulte que le poids ne relève pas toujours de l'autocontrôle et que les personnes en surpoids ou obèses ne devraient pas être tenues pour responsables. De plus, il convient de signaler que le poids augmente avec l'âge²⁴⁶, et par conséquent, le *lookisme* se dédouble d'*agéisme*²⁴⁷. De plus, les personnes au statut socio-économique bas et les femmes particulièrement, sont plus touchées par l'obésité²⁴⁸. Enfin, l'obésité est supérieure de 10% chez les afro-américains et mexico-américains et l'extrême obésité affecte deux fois plus les femmes afro-américaines que les femmes blanches ou mexico-américaines²⁴⁹.

44. Selon diverses enquêtes menées aux États-Unis, près de 90% des individus obèses affirment être victimes de commentaires humiliants de la part de leurs amis, famille et collègues²⁵⁰. La stigmatisation de l'obésité se place au même rang que le sida, la dépendance aux drogues, voire même les comportements criminels²⁵¹.

La *grossophobie* est présente dans divers domaines tels que l'accès aux logements²⁵²(les propriétaires d'immeubles ont plus tendance à refuser des loyers aux personnes en surpoids

²⁴³ BENFORADO A., HANSON J., YOSIFON D., « Broken scales: obesity and justice in America », *Emory Law Journal*, vol. 53, 2004, p. 1645.

²⁴⁴ RHODE D., « The injustice of appearance », *Stanford Law Review*, vol. 61, 2009, p. 1033.

²⁴⁵ National Institute of health et al., *The practical guide: Identification, evaluation, and treatment of overweight and obesity in adults*, 2000.

²⁴⁶ BAUM C., FORD W., «The wage effects of obesity: A longitudinal study », *Health Economics*, vol. 13, 2004, p. 885, 886.

²⁴⁷ BAUM C., FORD W., «The wage effects of obesity: A longitudinal study», *Health Economics*, vol. 13, 2004, p. 885, 886.

²⁴⁸ SOLOVAY S., ROTHBLUM E., Esther « No fear of fat », *Chronicle of Higher Education*, vol. 56, édition 12, 13 novembre 2009. Voir aussi le site de l'Organisation Mondiale de la Santé <http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2008/pr29/fr/>

²⁴⁹ WANG Y., BEYDOUN M., « The obesity epidemic in the United States - gender, age, socioeconomic, racial/ethnic, and geographical characteristics: A systematic review and meta-regression analysis », *Epidemiologic Review*, vol. 29, 2007, p. 6, 8.

²⁵⁰ KOLATA G., *Rethinking thin: the new science of weight loss and the myths and realities of dieting*, Farrar, Straus et Giroux, New York, 2007, p. 69.

²⁵¹ LATNER J., STUNKARD A., WILSON T., « Stigmatized students: Age, sex, and ethnicity effects in the stigmatization of obesity », *Obesity Research*, vol. 13, 2005, p. 1226 (démontre que la discrimination envers les personnes en surpoids est supérieure à celle envers les personnes handicapées).

²⁵² WANN M., *Fat! So?*, Berkley: CA, Ten Speed Press, 1998, p.154.

qu'aux personnes minces²⁵³), le service dans les restaurants, l'obtention de lettres de recommandations par les professeurs et l'admission dans des prestigieux collèges²⁵⁴, ou encore des demandes de prêt bancaire²⁵⁵. En outre, le domaine de la mode est fortement discriminatoire : alors même que la taille moyenne d'une femme américaine est 16, les magasins de grandes marques refusent de vendre des tailles grandes²⁵⁶, mais nous verrons que des progrès se produisent.

De plus, la *grossophobie* est pesante dans les médias et les films surtout. Étonnamment, le *lookisme* est dédoublé de sexisme car dans le domaine du divertissement télévisuel par exemple, il est plus communément admis pour les hommes d'être en surpoids, alors que cela est quasiment interdit aux femmes²⁵⁷. Par ailleurs, une étude menée aux États-Unis démontre que les élèves de secondaires en surpoids avaient considérablement moins de chance d'être admis dans les universités sélectives ; alors même que leurs compétences et réalisations académiques, leur motivation et leur classe économique étaient similaires aux autres étudiants²⁵⁸. Dans ce même esprit, est-il possible de croire que les hommes et surtout les femmes obèses ont plus de difficultés à adopter des enfants²⁵⁹ ?

Les attitudes anti-poids existent même avec le corps médical ! En premier lieu, des études démontrent que 50% des médecins de soins primaires reconnaissent que les patients obèses sont non attrayants, paresseux et non complaisants²⁶⁰. Ensuite, une autre étude établit que les professionnels de santé passent moins de temps (de 20 à 30% de moins) avec les patients obèses. Même les professionnels spécialisés dans le domaine de l'obésité ont des attitudes négatives vis-à-vis de leurs patients²⁶¹ ! En outre, 80% des patients extrêmement obèses affirment très souvent,

²⁵³ WANN M., *Fat! So?*, Berkley: CA, Ten Speed Press, 1998, p.154.

²⁵⁴ MILLMAN M., *Such a Pretty Face: Being Fat in America*, New York: Norton, 1980.

²⁵⁵ GOLIGHTLY C., HUFFMAN D., BYRNE D., « Liking and loathing », *Journal of Applied Psychology*, vol. 71, 1986, p. 421-425.

²⁵⁶ THERAN E., « Free to be arbitrary and ... capricious: Weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 11, 2001.

²⁵⁷ PATZER G., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York, Amacon, 2008, p. 149.

²⁵⁸ Voir CANNING., MAYER., « Obesity- its possible effects on college acceptance », *New England Journal of Medicine*, vol. 275, 1966, p. 1172, 1173.

²⁵⁹ JETTER A., « Don't hate me because I'm fat », *Good Housekeeping*, vol. 241, édition 4, octobre 2005.

²⁶⁰ FABRICATORE A., « Bias in HealthCare Settings », dans FABRICATORE A.N., WADDEN T.A., FOSTER, *Weight Bias: nature, consequences, and remedies*, New York: Guilford Press, 2001p. 31.

²⁶¹ BROWNWELL K., OUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight Bias: nature, consequences, and remedies*, New York: Guilford Press, 2001, p. 33.

pour ne pas dire toujours, recevoir un traitement défavorable²⁶². N'est-ce pas surprenant ? Selon une étude menée auprès de médecins, 67% considèrent que les personnes obèses manquent d'autocontrôle, 39% pensent qu'ils sont paresseux et 34% considèrent qu'ils sont malheureux²⁶³. Par ailleurs, dans une étude menée en Grande-Bretagne auprès de diététiciens, on constate que les individus en surpoids auraient une confiance en eux réduite, seraient sexuellement moins attirants et seraient moins sains. D'une manière générale, l'évaluation des personnes obèses par les diététiciens semble clairement négative²⁶⁴.

45. Revenons au monde du travail. Les personnes en surpoids doivent supporter des plaisanteries et surnoms offensifs²⁶⁵ de la part de leurs collègues Voilà le stéréotype communément repris: « *Si tu ne peux pas contrôler ton propre corps, comment pourras-tu contrôler ton budget et ton équipe*²⁶⁶ » ?

Des recherches démontrent que la discrimination fondée sur le poids est supérieure à celle fondée sur le handicap physique²⁶⁷ !

Par le biais d'une expérience très intéressante, mettant en œuvre un remaniement des photos (la première étant celle d'un homme séduisant au visage mince et la seconde, d'un homme au physique « ordinaire » au visage très plein), il fut avéré que les personnes obèses avaient deux fois moins de chance d'être embauchées²⁶⁸.

Les individus obèses reçoivent 20% moins d'appels pour des entretiens que les personnes au poids normal²⁶⁹. Dans une enquête menée auprès de 81 employeurs (incluant des professionnels de ressources humaines), on constate que 15.9% d'entre eux considèrent que les candidats obèses devraient être 'éliminés' du monde de travail et 43.9% pensent que l'obésité est une raison

²⁶² BROWNWELL K., OUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight Bias: nature, consequences, and remedies*, New York: Guilford Press, 2001, p. 33.

²⁶³ PRICE JH., DESMOND SM., KROL RA., « Family practice physicians' beliefs, attitudes and practices regarding obesity », *American Journal of Preventive Medicine*, vol 3, n° 6, 1987, p. 339-345.

²⁶⁴ HARVEY EL, SUMMERBELL CD., KIRK., SFL, HILL AJ., « Dieticians' views of overweight and obese people and reported management practice », *Journal of Human Nutrition Diet*, vol. 15, n° 5, p. 331-347.

²⁶⁵ GORTMAKER S., « Social and economic consequences of overweight in adolescence and young adulthood », *New England Journal of Medicine*, vol. 329, 1993, p. 1008-1011.

²⁶⁶ CAMPOS P., « The obesity myth: Why America's obsession with weight is hazardous to your health », 2004, p. 32-33.

²⁶⁷ KORN J., « Too fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, 2010.

²⁶⁸ AMADIEU J-F., « L'obèse: L'incroyable discriminé », Observatoire des Discriminations, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, septembre 2005.

²⁶⁹ DAN-OLOF R., « Evidence of unequal Treatment in hiring against obese applicants: A field experiment, Inst. for the study of lab », (Bonn, Germany), Paper n° 2775, mai 2007.

médicale valide pour ne pas employer un candidat²⁷⁰. En effet, toutes les études menées depuis les années 1950 convergent pour montrer sans aucune ambiguïté la perception extrêmement négative de la surcharge pondérale, en particulier quand il s'agit des femmes²⁷¹, notamment dans les catégories sociales défavorisées²⁷².

Le surpoids est visiblement un critère de non-embauche²⁷³, notamment pour les postes managériaux²⁷⁴. Une des découvertes de la *National Association to Advance Fat Acceptance* (Association à but non lucratif, fondée en 1969) est que sur 1200 questionnaires, 62% des femmes obèses, 31% des femmes en surpoids et 42% des hommes en surpoids n'étaient pas recrutés en raison de leur poids²⁷⁵. Monsieur Jean François Amadieu, sociologue et directeur de l'Observatoire des Discriminations, rappelle les difficultés de trouver un emploi en Europe si l'on est obèse (seulement 36% en trouvent) au même titre que le handicap (37%), la couleur de la peau (38%), l'âge (48%) et le *look* (48%)²⁷⁶.

Les français sont conscients d'une telle discrimination, sachant que 74% d'entre eux considèrent qu'une personne obèse a nettement moins de chance d'être embauchée qu'une personne aux compétences égales²⁷⁷. En effet, dans un *testing* (méthode de preuve qui sera exposée au chapitre 2) produit en 2005, il a été démontré qu'un candidat obèse a trois fois moins de chances de décrocher un entretien lorsqu'il s'agit d'un poste commercial ; et reçoit 24% moins de réponses positives pour un poste de télévendeur. Cela peut être interprété comme un désir de dissimuler cette 'catégorie' d'individus. Aussi a-t-il été prouvé que l'on attribue le plus

²⁷⁰ ROE D.A., EICKWORT KR., « Relationships between obesity and associated health factors with low employment among low-income women », *J Am Med Womens Assoc*, vol. 31, 1976, p.193-204.

²⁷¹BELLIZZI J.A., KLASSEN M.L., J.BELONAX, « Stereotypical beliefs about overweight and smoking and decision-making in assignment to sales territories », *Perceptual and Motor Skills*, vol. 69, 1989, p.419-429.

²⁷²AMADIEU J-F., « L'obèse : L'incroyable discriminé », Observatoire des Discriminations, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, septembre 2005.

²⁷³BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.41. Voir aussi GOLDBERG C., « Fat people say an intolerant world condemns them on first sight », <http://nytimes.com>, 5 novembre 2000.

²⁷⁴ MEECE M., « Mind-set: Only the svelte need apply », *New York Times*, mars 2000, G1 (une firme de recrutement nationale affirme que l'apparence est toujours un facteur important car les managers sont toujours devant de larges groupes).

²⁷⁵BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.41.

²⁷⁶Colloque « L'apparence physique : motif de discrimination, entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », Lille, mercredi 18 novembre 2009.

²⁷⁷ AMADIEU J-F., « L'obèse: L'incroyable discriminé », Observatoire des Discriminations, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne., septembre 2005.

souvent aux individus obèses des postes qui ne nécessitent pas de contact avec la clientèle²⁷⁸ et des tâches inférieures à celles de leurs collègues²⁷⁹. En outre, on leur administre une discipline plus sévère²⁸⁰.

La *grossophobie* est parfois tellement intense qu'elle affecte aussi des personnes tout simplement enveloppées.

Enfin, les individus obèses sont souvent privés de promotion, même lorsqu'ils le méritent²⁸¹, et ne se voient pas attribuer de tâches importantes²⁸².

S'agissant de harcèlement, dans une étude conduite à l'Université de Yale, 43% des personnes de forte corpulence affirment subir des discriminations de la part de leurs employeurs²⁸³. Plus de 50% affirment subir des harcèlements de la part de leurs collègues²⁸⁴. Les salariés désirent travailler le moins possible avec des personnes en surpoids²⁸⁵, ces dernières se trouvant pénalisées par rapport aux programmes de bénéfiques²⁸⁶. Selon une évaluation, il est moins souhaitable pour les salariés de travailler sur un même pied d'égalité avec des personnes de forte corpulence²⁸⁷. Fait surprenant : les employeurs expriment davantage d'hostilité envers les personnes en surpoids qu'envers les ex-criminels ou les ex-malades mentaux²⁸⁸ !

²⁷⁸KRISTEN E., « Addressing the problem of weight discrimination in employment », *California Law Review*, vol. 57, 2002, p. 64, 69.

²⁷⁹Image norms concerned with health or fitness may violate the provisions of the Americans with Disabilities Act.

²⁸⁰BELLIZZI JA., HASTY R.W., « Territory assignment decisions and supervising unethical selling behavior: The effects of obesity & gender as moderated by job-related factors », *Journal of Personal Selling & Sales Management*, vol. 18, n° 2, 1998, p. 35-39.

²⁸¹LEWIS D., « Overweight workers say they're often overlooked complain prejudice remains in workplace », *Boston Globe*, 21 septembre 2003, p. G1.

²⁸²BELLIZZI J.A., HASTY R.W., « Does successful work experience mitigate weight- and gender-based employment discrimination in face-to-face industrial selling? », *Journal of Business & Industrial Marketing*, vol. 15, 2000, p. 384-398.

²⁸³FRIEDMAN R., « Rudd Center for food policy & obesity, weight bias: the need for public policy », <http://yalerudecenter.org/resources/upload/docs/wha/bias/weightbiaspolicyruddreport.pdf>, 2008.

²⁸⁴*Hein v. All Am. Plywood Co.*, 232 F.3d 482, 485 (6th Circuit 2000) : Un chauffeur de camion subit des moqueries de la part de ses collègues.

²⁸⁵KLASSEN M.L., ASPER C.R., HARRIS R.J., « The role of physical appearance in managerial decisions », *Journal of Business & Psychology*, vol. 8, n° 2, 1993, p. 181-198.

²⁸⁶REESE S., « New concepts in health benefits: Employee incentives », *Business & Health*, vol. 18, n° 5, 2000, p. 21.

²⁸⁷ROEHLING M., « Weight based discrimination in employment », *Personal Psychology*, vol. 52, n° 4, 2006, p. 982-983.

²⁸⁸ROEHLING M., « Weight based discrimination in employment », *Personal Psychology*, vol. 52, n° 4, 2006, p. 982-983.

46. Par ailleurs, un corps 'gros' est associé à un salaire 'maigre'. En effet, aux États-Unis, selon une étude du bureau des statistiques de travail à l'Université de Stanford²⁸⁹, un moyen de compenser les potentiels coûts de santé trop élevés liés à l'obésité est de leur offrir des salaires nettement plus bas. Bien que le coût des soins médicaux soit plus onéreux, les disparités de salaires dépassent largement le montant desdits coûts. Cette différence de traitement s'apparente davantage à une sanction plutôt qu'à une différence pécuniaire justifiée. Il convient tout de même de mentionner qu'une étude conduite à l'Université de Duke a conclu que les personnes en surpoids ont treize fois plus de jours de congés-maladie²⁹⁰ et 7 fois plus de réclamations médicales que la normale²⁹¹. D'autres études américaines ont également fait ressortir le nombre grandissant d'actions en compensation en matière de poids parmi les obèses²⁹².

47. De plus, 17% affirment avoir été déjà menacés de se faire licencier²⁹³, avoir subi des pressions pour provoquer leur démission ou avoir eu leur travail suspendu à moins qu'ils ne perdent du poids, et ce, alors même qu'ils exerçaient leurs fonctions parfaitement²⁹⁴. Certains affirment même avoir été traités comme s'ils étaient mentalement handicapés²⁹⁵.

Certes, cela ne signifie pas que la minceur excessive soit nécessairement valorisée²⁹⁶, tout dépend des qualités recherchées pour l'emploi. Mais de manière générale, un corps modérément musclé et enveloppé sera associé à des stéréotypes plus favorables.

²⁸⁹BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.43. Voir aussi PAGAN JA., DAVILA A., « Obesity, occupational attainment and earnings », *Social Science Quarterly*, vol 78, 1997, p.756-770.

²⁹⁰ « Associated Press, Fat Staff Eat into Profits, Study Finds », *Boston Globe*, http://www.boston.com/yourlife/health/diseases/articles/2007/04/24/fat_staff_eat_into_profits_study_finds/; Truls Ostbye et al., Obesity and Workers' Compensation, 167 *Archives Internal Med.* 766, 769, 24 avril 2007.

²⁹¹ FRIEDMAN R., « Rudd Center for food policy & obesity, weight bias: the need for public policy », <http://yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/bias/weightbiaspolicyruddreport.pdf>, 2008.

²⁹² OSTBYE T., DEMENT JM., KRAUSE KM., « Obesity and worker's compensation: results from the Duke health and safety surveillance system », *Arch Intern Med*, vol. 23, 2007, p. 766-73.

²⁹³ PUHL R., BROWNELL K., « Bias, discrimination and obesity », *Obesity Research*, vol. 9, 2001, p. 788, 790.

²⁹⁴ Voir THISLE F., FRASER L., « A matter of weight-sizing up discrimination as some workers find laws, attitudes are slow to change », *Seattle Times*, 21 août, 1994. Voir <http://community.seattletimes.nwsourc.com/archive/?date=19940821&slug=1926319> (une directrice de relations publiques doit porter des habits noirs ou bleu foncé pour cacher ses rondeurs).

²⁹⁵ ROTHBLUM E., « Results of the NAAFA survey on employment discrimination », 1989, voir http://www-rohan.sdsu.edu/rothblum/doc_pdf/weight/ResultsoftheNAAFASurvey.pdf. (On leur interdit de s'asseoir sur les meubles par peur qu'ils ne se brisent).

²⁹⁶ Il existe à ce sujet une étude menée à l'Université de Missouri par le Professeur L.A. Mast qui souligne que tout dépend sans doute de l'image globale du candidat faite à la fois d'un visage (fin ou large) et d'un corps (mince ou enveloppé). Un corps plutôt enveloppé n'est pas nécessairement rejeté et la minceur ne suscite pas toujours des

Pour les femmes, le poids constituerait, selon une enquête, le troisième critère de discrimination (après le sexe et l'âge) ; contrairement aux adultes en général pour qui le poids arriverait en quatrième position (après le sexe, l'âge et la race)²⁹⁷.

Par conséquent, on parle du 'cercle vertueux de la beauté'. Les belles apparences entraînent une plus grande assurance, grâce à l'attention plus grande des parents et de l'entourage. Cela se traduit par de plus hautes chances pour les candidats d'être embauchés ainsi qu'une meilleure perception par leurs supérieurs hiérarchiques, leur permettant d'obtenir davantage de primes et de bonus²⁹⁸

§ 2: Un lookisme plus sévère pour les femmes

48. Les femmes constituent un groupe social dont le rôle historique a longtemps été nié, négligé, déformé par les préjugés. Il est communément admis qu'elles sont plus jugées par rapport à leur apparence physique que les hommes, ce qui affecte visiblement leurs opportunités de travail et leur déroulement de carrière. Selon Madame Naomi Wolf, il existe un poison caché qui empoisonne la liberté des femmes en les bombardant d'une profusion d'images médiatiques de beauté. Des images qui glorifient la jeunesse et l'obsession physique, causant par la suite un manque de confiance en soi et une honte sexuelle²⁹⁹. Et pour cause. Les mythes de beauté de la femme 'parfaite' les poussent à être aussi belles et aussi minces que possible afin d'atteindre, aux dépens de leur santé, le but tant convoité de la perfection physique où le corps représente une symbolique forte. D'ailleurs, lors d'une enquête, une grande majorité de femmes ont affirmé préférer avoir un cancer³⁰⁰ ou être écrasées par un camion plutôt que d'être en surpoids³⁰¹ ! Selon

sentiments positifs. MAST, L., « Impression formation: do facial features or body types have a greater influence on first impression? » Missouri Western State college, décembre 1996.

²⁹⁷ NORTON A., « Weight discrimination common, US survey finds », <<http://www.reuters.com/article/healthNews>>, 9 avril 2008.

²⁹⁸ SCHMOUKER O., « Etre plus beau rend-t-il plus productif ? », <http://www.lesaffaires.com/imprimer/blogues/olivier-schmouker/etre-beau-rend-il-plus-productif/549662>., 10 octobre 2012.

²⁹⁹ WOLF N., *The beauty myth*, New York: William Morrow and Company, Inc., 1991, p. 186.

³⁰⁰ BERRY B., *Beauty bias: discrimination and social power*, London, Praeger Publishers, 2007, p. 18.

³⁰¹ RHODE D., *The Beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011.

Madame Naomi Wolf, une grande partie des femmes américaines préfèrent perdre 4 à 7 kilogrammes au lieu de réaliser tout autre objectif³⁰².

Le marché du travail, a redéfini le *beauty myth* comme un moyen de légitimer la discrimination envers les femmes sur le lieu de travail³⁰³.

Le plus souvent, les femmes ignorent si elles sont victimes de discrimination en raison de leur sexe, leur âge, leur race, leur poids ou leur attractivité ; ou s'il s'agit d'une combinaison de tous ces facteurs³⁰⁴.

49. En matière d'embauche, de compensation, de promotion ou de licenciement, les femmes en surpoids subissent plus de discrimination que les hommes³⁰⁵. De plus, les femmes subissent un jugement plus sévère si elles sont en surpoids et ont moins de chance d'être embauchées, notamment par des personnes qui sont bien dans leurs peaux³⁰⁶. Conséquence : les employeurs ont plus de réticence à travailler avec des femmes en surpoids qu'avec des hommes en surpoids³⁰⁷.

En effet, une étude conduite à la *Maryland Commission on Human Relations* conclut qu'il est plus facile pour un homme de couleur noire et mince d'être embauché, qu'une femme de couleur blanche et en surpoids³⁰⁸.

En outre, les femmes subissent des discriminations fondées sur leur poids, alors même qu'elles ne seraient pas en surpoids ! Un exemple plus éclatant, celui des hôtesse de l'air, sera largement développé au chapitre 4 pour étayer ce constat.

Par ailleurs, les femmes subissent une pression supérieure puisque leur valeur diminue avec l'âge³⁰⁹. Aussi, alors que les présentateurs de télévision doivent simplement avoir une 'image professionnelle', les présentatrices doivent constamment faire preuve d'élégance

³⁰² WOLF N., *The Beauty myth*, New York: William Morrow and Company, Inc., 1991, p10.

³⁰³ WOLF N., *The Beauty Myth*, New York: William Morrow and Company, Inc., 1991, p.21.

³⁰⁴ GRIFFIN A., « Women and weight-based discrimination », *Cardozo Law and Gender*, vol. 13, 2007, p. 631-635.

³⁰⁵ ROEHLING M., ROEHLING P., PICHLER S., «The relationship between body weight and perceived weight-related employment discrimination », *Journal of Vocational Behaviour*, vol. 71, 2007, p. 311. Voir aussi GRIFFIN A., « Women and weight-based discrimination », *Cardozo Law and Gender*, vol. 13, 2007, p. 631-633.

³⁰⁶ PINGITORE R., DUGONI B.L., TINDALE R.S., SPRING B., « Bias against overweight job applicants in a simulated employment interview », *Journal Of Applied Psychology*, vol. 74, n° 6, 1994, p. 909-917.

³⁰⁷ ROEHLING M., ROEHLING P., PICHLER S., « The relationship between body weight and perceived weight-related employment discrimination », *Journal of Vocational Behaviour*, vol. 71, 2007, p. 309.

³⁰⁸ BAKER J., « The Rehabilitation Act of 1973: protection for victims of weight discrimination », *UCLA Law Review*, vol. 947, 1982 », p. 952-953.

³⁰⁹ SHEPPARD C., « Discrimination and the law », Notes de cours, Faculté de droit, Université de McGill, 2009.

‘professionnelle’. Ce double standard nous rappelle en permanence que les hommes ‘valent plus’, et qu’ils n’ont pas besoin de faire autant d’efforts que la gente féminine³¹⁰.

Enfin, selon Millman³¹¹, les femmes de forte corpulence ont une chance sur trois d’être admises dans des universités prestigieuses!

50. Le *beauty bias* est un véritable piège pour les femmes contre qui le *lookisme* est très marqué. Si les femmes sont victimes de *lookisme* de manière plus marquée que les hommes, la beauté peut être en sus une arme à double tranchant, au point de devenir un véritable handicap, d’où le phénomène de *Beauty is Beastly*³¹².

Dans l’entreprise, des études démontrent que l’on attribue le succès ainsi que les progrès des femmes très séduisantes à la simple chance, contrairement aux femmes moins belles³¹³. Une autre étude révèle que les personnes très attractives pourraient même recevoir des évaluations négatives. En effet, les superviseurs auraient plutôt tendance à attribuer l’échec des personnes très attrayantes à un manque d’effort alors que celui des personnes moins attrayantes était relié à un défaut de chance³¹⁴.

Ainsi, certaines études suggèrent que l’attractivité physique ralentit l’avancement professionnel des femmes³¹⁵. L’attrait physique constitue un avantage plus significatif pour les femmes occupant des postes peu élevés, et très désavantageux pour celles occupant des postes de direction³¹⁶. Ce phénomène entraîne l’absence quasi-totale de femmes très attractives dans les

³¹⁰WOLF N., *The Beauty myth*, New York: William Morrow and Company, Inc., 1991, p.49.

³¹¹MILLMAN M., *Such a pretty face: Being fat in America*, New York: Norton, 1980.

³¹²ILKKA R., « Applicant appearance and selection decision making: revitalizing », *Business Communication quarterly*, vol. 58, 1995, p.11-18.

³¹³HEILMAN M.E., STOPECK M.H., M.E., « Being attractive, advantage or disadvantage? Performance-based evaluations and recommended personnel actions as a function of appearance, sex, and job type », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 35, n° 2, 1985, p. 202-215.

³¹⁴SHAHANI-DENNING C., PLUMITAALLO D., « The influence of physical attractiveness and gender on disciplinary decisions », Fifth Annual Convention of the American Psychological Society, Hofstra College of Liberal Arts & Sciences, Chicago, 1993.

³¹⁵HEILMAN M., SARUWATARI L., « When beauty is beastly: The effects of appearance and sex on evaluations of job applicants for managerial and nonmanagerial jobs », *Organizational Behavior and Human Performance*, vol. 23, 1979, p. 360.

JOHNSON S., KENNETH P., LOPBOYE R., GIBBONS E., « Physical attractiveness biases in ratings of employment suitability: Tracking down the 'Beauty is Beastly' effect », *The Journal of Social Psychology*, vol. 150, n° 3, 2010, p. 301.

³¹⁶HEILMAN M., STOPECK M., « Being attractive: advantage or disadvantage? », *Organizational behavior and human decision processes*, vol. 35, 1985, p. 202-215.

postes managériaux, d'encadrement et de pouvoir. En effet, une étude suggère que les stéréotypes qui associent les femmes blondes à la bêtise, font que celles-ci sont très rarement promues à des postes managériaux, spécialement lorsqu'il s'agit de poste de CEO³¹⁷.

Enfin, il est beaucoup plus difficile pour les très belles femmes avocates de devenir plus vite associées dans leur carrière, contrairement aux hommes beaux³¹⁸. De plus, le travail risque fortement de perdre de sa crédibilité et de son sérieux s'il est réalisé par une personne séduisante, surtout s'il s'agit d'une femme³¹⁹.

Ainsi, le physique d'une femme joue contre elle plus elle avance dans la hiérarchie. Dans des emplois traditionnellement masculins (tels que chercheur en développement, manager financier, superviseur de construction ou encore ingénieur mécanique³²⁰), la séduction féminine semble inappropriée. Les recruteurs préféreront une apparence normale dans des métiers où l'élégance et le paraître sont mal perçus. Dans la fonction publique par exemple, la beauté sera considérée comme une marque de futilité et un manque de profondeur³²¹. (Les femmes fonctionnaires sont moins attentives à leur silhouette, à leur coiffure, à leur maquillage ou encore à leur parfum³²², cela s'explique par le fait que dans le privé, les salariées sont de manière générale plus jeunes et ont plus d'interactions avec les clients³²³).

En somme, ces perceptions négatives réduisent la légitimité en tant que *leader* de travailler avec les femmes, surtout exceptionnellement belles.

Il convient de noter que les recruteurs femmes, contrairement à leurs homologues masculins, ont plutôt tendance à embaucher des femmes au physique 'moyen' plutôt que des femmes très attirantes³²⁴.

³¹⁷ TAKEDA M.B., HELMS M.M.M KLINTWORTH P., SOMPAYRAC., « Hair Colour stereotyping and CEO selection: can you name any blonde CEOs? », *Equal Opportunities International*, vol. 24, n°1, 2005, p. 1-13.

³¹⁸ BIDDLE, J. E., HAMERMESH D.S., « Beauty, productivity, and discrimination: lawyers' looks and lucre », *Journal of Labor Economics*, vol. 16, 1998, p. 195.

³¹⁹ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, p. 118.

³²⁰ JOHNSON S., KENNETH P., LOPBOYE R., GIBBONS E., « Physical attractiveness biases in ratings of employment suitability: Tracking down the 'beauty is beastly' effect », *The Journal of Social Psychology*, vol. 150 n°2, 2010.

³²¹ ETALII S., « Orientations toward personnel selection: differential reliance on appearance and personality », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, 1988, p. 972-979.

³²² AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, Editions Odile Jacob, 2002, p. 123.

³²³ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment Officer* à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth, le 23 août 2013.

³²⁴ MACCARONE D., « Affirmative action for the attractive? », *Psychology Today*, vol. 36, n°1, 2003, p.18.

51. À ce jour, il existe très peu de jurisprudence à cet égard. Nous pouvons citer *Barnes v. Costle*³²⁵ dans laquelle il est jugé que si l'unique raison apportée par un employeur accusé de harcèlement sexuel est l'apparence physique de son employée- ses cheveux roux et sa grosse poitrine-, l'affaire ne tombe pas sous le Titre VII car il ne s'agit pas de harcèlement mais bien d'apparence physique, non protégée.

Un exemple récent est celui d'une employée qui a porté plainte en justice contre le géant Citibank en estimant qu'elle avait été licenciée en raison de son apparence physique trop attractive³²⁶. Mais le jugement n'a pas encore été rendu...

Dans une autre affaire récente, une assistante dentaire a été licenciée après dix ans de travail. Le motif de son renvoi ? La tentation sexuelle. En effet, son patron, après avoir admis lui avoir fait des avances qu'elle a toujours refusées, a décidé de renvoyer son assistante (de dix ans sa cadette) par crainte de tromper sa femme. Il convient de mentionner que pendant six mois avant la décision de licenciement, le dentiste et son assistante s'envoyaient des messages inappropriés et à connotation sexuelle. Lorsque l'épouse du dentiste découvre cette 'intimité naissante', elle le force à démissionner.

Si ce licenciement peut laisser dubitatif, il a pourtant été justifié de manière étonnante par la Cour Suprême d'Iowa. Cette dernière a justifié ce renvoi au motif que l'assistante représentait bien une menace pour le mariage du dentiste en raison de son excès d'attractivité 'irrésistible' et ce, alors même qu'elle n'avait pas eu d'attitude provocante. Sous le *Civil Rights Act* de Iowa, ce licenciement ne constitue donc pas une discrimination car la décision du patron était motivée par des sentiments et des émotions, non par le genre³²⁷ ! La Cour rappelle la doctrine de *employment at will* (qui sera développée au chapitre 3), et par conséquent, considère ce licenciement permis, bien qu'injuste ! « [W]e do not believe that Title VII authorizes courts to declare unlawful every arbitrary and unfair employment decision... Thus, while the loss of a job is often devastating to an employee, and at times unfair, these considerations do not play a role under our employment-at-will doctrine ».

En effet, il ne s'agit pas de harcèlement sexuel car la relation intime était parfaitement consensuelle, « ... Absent claims of coercion or widespread sexual favoritism, where an

³²⁵ *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983, 989 n.49 (D.C. Circuit 1977).

³²⁶ MCDONALD J., FISHER Jr., PHILIPS LLP, « Lookism”: the next form of illegal discrimination», *Bloomberg law reports*, vol. 4, n° 46, 2010.

³²⁷ SHAW J., « In Iowa, you can be fired for being too pretty », 22 Décembre 2012. *Nelson v. James H. Knight DDS, P.C.* #11-1857, 2013.

employee engages in consensual sexual conduct with a supervisor and an employment decision is based on this conduct, Title VII is not implicated because any benefits of the relationship are due to the sexual conduct, rather than the gender, of the employee ». Il est à supposer que l'assistante a écarté la possibilité d'agir en action pour harcèlement sexuel, ce dernier étant difficile à prouver.

Il n'en demeure pas moins que cette décision illustre de manière éclatante les failles de la loi. Failles qui nous poussent à réfléchir à une loi alternative qui remédierait à ces manquements juridiques.

Il convient de rappeler que si cette décision avait été rendue sous le droit français, le licenciement aurait été jugé nul car sans cause réelle et sérieuse.

Étudions dans le chapitre suivant les textes législatifs en matière de discrimination, et plus précisément d'apparence physique.

CHAPITRE 1 : LE CADRE JURIDIQUE : LA PROHIBITION DES DISCRIMINATIONS

Le *lookisme* est une des formes les plus anciennes et répandues de discrimination. A titre préliminaire, il convient de visiter cette dernière notion de manière approfondie.

Qu'est-ce-que la discrimination ?

Section 1 : La discrimination

52. La stigmatisation se traduit en discrimination.

La stigmatisation se définit comme un attribut qui discrédite un individu et le réduit d'une personne entière à une personne diminuée³²⁸. Selon la Convention n°111 de l'Organisation Internationale du Travail de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession³²⁹, le terme '*discrimination*' comprend : « (i) *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 des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession, et (ii) toute autre distinction, exclusion, ou préférence ayant pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession qui pourra être spécifiée par le membre intéressé après consultation des organisations représentatives d'employeurs ou de travailleurs, s'il en existe, et d'autres organismes appropriés. Les distinctions, exclusions, ou préférences fondées sur les qualifications exigées pour un emploi déterminé ne sont pas considérées comme des discriminations* »³³⁰. Si l'on interprète, ce texte, il semble que l'organisation soit ouverte à l'ajout de tout autre critère de non-discrimination.

³²⁸ GOFFMAN, E., *Behavior in public places*, Free press, New York, 1963.

³²⁹ [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO,C111-Discrimination \(Employment and Occupation\) Convention, 1958 \(n° 111\), Convention concerning discrimination in respect of employment and occupation \(Entry into force: 15 juin 1960\), Adoption: Geneva, 42 nd ILC session \(25 juin 1958\)- Status: Up-to-Date instrument \(Fundamental Convention\).](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312256:NO,C111-Discrimination+(Employment+and+Occupation)+Convention,+1958+(n°+111),+Convention+concerning+discrimination+in+respect+of+employment+and+occupation+(Entry+into+force:+15+juin+1960),+Adoption:+Geneva,+42+nd+ILC+session+(25+juin+1958)-+Status:+Up-to-Date+instrument+(Fundamental+Convention).)

³³⁰ Aussi, « *Equality of opportunity for social advancement should be given a powerful impetus by efforts at the international level to bring about a greater awareness of the basic principles to be observed and to outline suggestions which might be acted upon by the public authorities and the many occupational organizations and bodies concerned* », International Labor Organisation: The ILO and Human Rights- Report of the Director-General (Part I) to the International Labor Conference, 52nd session, 1968.

Autrement dit, plus simplement, la discrimination (*discriminatio* ou séparation en latin) consiste à faire subir des traitements inégaux et différenciés à des individus présentant des caractéristiques et des mérites identiques. La discrimination peut être analysée comme la résultante de l'utilisation de règles et/ou de représentations conventionnelles susceptibles d'engendrer des exclusions injustes et non pertinentes³³¹. Juridiquement, la discrimination désigne la démarche consistant à traiter différemment des personnes placées dans des situations comparables, en se fondant sur un ou plusieurs critères prohibés par la loi ou les engagements internationaux³³². C'est par suite un traitement de faveur en l'absence de toute justification légitime.

D'un point de vue sociologique, discriminer signifie distinguer un groupe de personnes d'un autre groupe et lui appliquer un traitement spécifique selon le critère qui sert à distinguer le groupe, sans lien objectif avec sa productivité ou sa 'valeur économique'³³³. L'essence même de la discrimination est donc la formation d'opinions sur autrui basée non pas sur leur mérite individuel mais sur leur appartenance à une classe, avec des caractéristiques présumées.

En d'autres termes, la discrimination est une inégalité de traitement fondée sur un caractère prohibé par la loi dans un domaine visé par la loi.

En gestion des ressources humaines, la discrimination se traduit par un accès plus difficile au marché du travail et/ou par un déroulement de carrière moins progressif en termes de rémunération et/ou de poste³³⁴ et de conditions de travail, points objets de cette thèse³³⁵.

La discrimination est un phénomène grandissant qui contrevient à la construction du principe même d'égalité, principe que nous élaborerons ci-dessous. C'est un mal, si ce n'est un fléau, qui

³³¹GHIRARDELLO A., « De l'évaluation des compétences à la discrimination : une analyse conventionnaliste des pratiques de recrutement », *Gestion des Ressources Humaines*, n°56, avril-mai-juin 2005, p. 36-48.

³³²FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 juillet 2007, n° 145, p. 4.

³³³En théorie, il existe une distinction entre la discrimination sur le marché et la notion de pré-discrimination, GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre Choix et Discrimination ».

³³⁴MOYER-GARNER H., « Apparence physique et GRH: entre choix et discrimination ».

³³⁵C'est un « *Traitement inégal fondé sur un critère illégitime* », « *La discrimination se traduit par un acte qui ne préjuge pas toujours d'une intentionnalité ... et qui, au sens juridique, porte sur un ou plusieurs des critères de discrimination sanctionnés par la loi*, DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

gouverne nos sociétés et nous contraint, plus que jamais, à nous mobiliser davantage afin d'en freiner l'évolution constante. Voilà pourquoi la question de la discrimination est au centre des ordres juridiques américains et français, notamment en matière de droit du travail.

La discrimination se compose toujours de trois éléments : le champ d'action (en l'occurrence, dans notre contexte, le travail), le critère de différenciation (dans notre contexte, l'apparence physique) et l'absence de motif légitime³³⁶. Nous verrons au chapitre 3 ce que l'on entend par motif légitime.

Une discrimination peut être soit consciente ou inconsciente, directe ou indirecte.

Une discrimination est directe lorsque sur le fondement de critères discriminatoires, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ou ne l'a été ou ne le serait à situation comparable, ou lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre pour des motifs interdits³³⁷.

Une discrimination est dite indirecte lorsqu'un traitement institutionnel en apparence neutre administré envers un groupe non homogène produit des effets inéquitables et discriminatoires envers un groupe déterminé (à titre d'exemple, les personnes handicapées) en raison d'une caractéristique généralement plus répandue chez les membres de ce groupe. Elle cause donc un effet disproportionné ou *disparate impact effect*. Le droit américain, par le biais de l'arrêt *Hardy v. Stumpf*³³⁸, n'exige pas que l'intention de discriminer soit nécessairement prouvée puisqu'elle est très difficile à déceler. Aussi ce genre de pratique est-il uniquement prohibé (i) si la pratique n'est pas reliée au métier ou n'est pas justifiée par une *business necessity* (notion que nous développerons au chapitre 3), ou (ii) s'il existait une alternative moins discriminatoire que l'employeur aurait refusé d'adopter³³⁹.

³³⁶ PERU-POTTE L., « Réflexions autour du critère de l'apparence physique », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009, p.10.

³³⁷ Article 2 directive européenne 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

³³⁸ *Hardy v Stumpf* 37 Cal App 3d 958, 112 Cal Rptr 739 (1974).

³³⁹ EEOC Directive transmittal, n° 9/5.003, 19 avril 2006.

En droit français³⁴⁰, la notion de discrimination indirecte a été transposée via les directives européennes³⁴¹ elles-mêmes influencées par les droits anglo-saxons à travers la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes (ci-après la « CJCE »). En effet, la discrimination indirecte constitue un des apports les plus essentiels du droit communautaire, textuel et jurisprudentiel³⁴². Elle peut s'exprimer de différentes manières : préférence familiale à l'embauche, recrutement géographique, compatissance d'un dialecte, tests culturels favorisant les locaux³⁴³, etc. Loi n°2008-496 du 27 mai 2008, portant sur diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans son article premier alinéa 2 définit la discrimination indirecte comme étant « *une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés* »³⁴⁴.

À titre d'exemple, nous verrons dans la jurisprudence américaine au chapitre 4, qu'en matière de poids et de taille, la discrimination indirecte envers les femmes est prégnante.

Selon certains, la discrimination peut émaner de soi-même. En effet, des individus peuvent intérioriser des sentiments et des situations en intégrant cette discrimination dans leur parcours professionnel. Des candidats peuvent ainsi s'auto-sélectionner pour des filières de formation en fonction de l'adéquation de leur apparence physique et des représentations en vigueur pour un métier précis³⁴⁵.

La discrimination peut être aussi négative ou positive (notion de *Affirmative Action*, non populaire en France, contrairement aux États-Unis). Elle consiste à donner un traitement de faveur aux membres de groupes minoritaires historiquement lésés : femmes, personnes de

³⁴⁰ Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *Gazette du Palais, Bulletin Législatif*, 2001, p. 448.

³⁴¹ La notion de discrimination indirecte est notamment utilisée par la jurisprudence aux Royaume-Uni a été transposée en droit français par les directives européennes. GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH: entre choix et discrimination ».

³⁴² COEURET A., GAURIAU B., MINE M., *Droit du Travail*, 2006, Dalloz, p. 413.

³⁴³ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

³⁴⁴ Une définition similaire est apportée par la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006.

³⁴⁵ HIDRI O., « À la conquête du look de l'emploi : Stratégies d'insertion professionnelle des cadres commerciaux », *Questions de Communication*, n° 8 juillet 2005.

couleur noire,...³⁴⁶ afin de garantir une égalité de chances. C'est lorsque « *la partie lésée doit être replacée, de façon aussi exacte que possible, dans la situation où elle se serait trouvée si le tort ne lui avait pas été causé* »³⁴⁷.

Il existe d'autres types de discrimination tels que la discrimination institutionnelle et la discrimination systémique. La première résulte du fonctionnement d'une institution (indirecte et non intentionnelle), c'est-à-dire lorsqu'un système participe à une vision discriminante des fonctions (par exemple, des fonctions occupées par les hommes et les femmes dans le cas de la discrimination à raison du sexe³⁴⁸). La seconde est quant à elle définie par la *Escala Employment Opportunity Commission* (que l'on mentionnera ci-dessous) comme étant une pratique ou une politique dans laquelle les discriminations alléguées ont un impact important sur une industrie, une profession, une compagnie ou une localité géographique³⁴⁹.

La discrimination apparente peut être le résultat rationnel et conscient de la part de l'employeur³⁵⁰. En revanche, la discrimination peut aussi et surtout être non intentionnelle ou une « discrimination par croyances ». Celle-ci se produit dans une situation d'incertitude, lorsque l'employeur risque d'éprouver des difficultés à identifier les caractéristiques intrinsèques et cherche, à travers des facteurs externes (sexe, race, âge, apparence physique), à réduire cette asymétrie d'information³⁵¹. On l'appelle aussi la discrimination statistique³⁵² et est causée par l'effet halo.

³⁴⁶Le droit anglais présente des progrès vis-à-vis des femmes, membres de conseil d'administration. Le 4 mai 2011, Gerlain SA et FES Consulting Empresariel, se sont engagées à augmenter le nombre de femmes sur les conseils d'administration. L'objectif était d'augmenter le pourcentage des femmes de 30% d'ici 2015 et 40% d'ici 2020. Cette initiative est ouverte à toute signature par toute compagnie cotée en bourse en Europe. « Gender balance in boardrooms: first two companies sign up to "Women on the Board pledge" », www.plc.com, 5 mai 2011.

³⁴⁷ Définition classique réaffirmée, dans le contexte de l'interprétation judiciaire du Titre VII, dans l'arrêt *Albamarle Paper co. v. Moody*, 422 U.S. 405, 1975, p. 420.

³⁴⁸ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

³⁴⁹Pattern or practice, policy and/or class cases where the alleged discrimination has a broad impact on an industry, profession, company, or geographic location, voir NOWAK J., « *EEOC* receives record number of charges of discrimination and secures highest amount of damages in financial year 2011 », <http://www.franczek.com/frontcenter-EEOC-Discrimination-Charges-Damages-2011.html>, 21 novembre 2011.

³⁵⁰ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

³⁵¹ GARNER-MOYER H., « La discrimination à l'épreuve du droit », 21 avril 2005.

³⁵² PHELPS E.S., « The statistical theory of racism and sexism », *The American Economic Review*, vol. 62, 1972, p. 659.

Section 2 : Le droit à l'égalité³⁵³ et à la liberté

53. Il convient de noter que dans le travail, nous prenons en compte les droits et libertés des citoyens.

Affirmer la dignité du travailleur, c'est rappeler que l'homme n'est jamais un moyen, mais toujours une fin³⁵⁴. La sauvegarde de la dignité de la personne humaine contre toutes les formes d'avertissement et de dégradation est un principe à valeur constitutionnelle³⁵⁵. La discrimination touche principalement la dignité de tout être humain³⁵⁶ ainsi que les valeurs reliées à l'égalité, l'égalité des chances, l'égalité de traitement³⁵⁷, le droit à l'égale opportunité (*equal opportunity right*), la *color blindness* (c'est-à-dire le fait que les actions des personnes publiques soient indifférentes à la couleur de peau³⁵⁸), le principe d'anti-subordination, l'inclusion, l'accommodation, la liberté, la démocratie et le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁵⁹. Nous ferons un bref aperçu sur les droits à l'égalité et à la liberté avant de développer le principe de non-discrimination.

Comme le souligne Monsieur le Président Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (ci-après la « HALDE »), le 23 juin 2005, « *L'égalité des chances est le fondement même de notre République* »³⁶⁰.

³⁵³ Pour plus de développements, voir HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux Etats-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004. WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, éditions Liaisons, 2003, p. 149.

³⁵⁴ VERKINDT P.-Y., *Le droit du travail*, édition Dalloz, 2005, p. 121.

³⁵⁵ Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, *Dalloz*, 1995, 237, note MATHIEU B.

³⁵⁶ FREDMAN S., *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002. Ce droit est consacré en droit français à l'article 1^{er} de la déclaration universelle des droits de l'homme, articles 3 et 4 de la convention européenne des droits de l'homme, article 225-14 du nouveau Code Pénal, article 16 du code civil. Il n'existe pas aujourd'hui, d'études systématiques de la dignité du travailleur, voir l'étude innovante de D. Tissot, 'pour une analyse juridique du concept de dignité du salarié', *Droit Social* 1995, p. 972. Voir aussi J.Le goff, *Droit du travail et société*, T.I. p. 485 et s., a. Mazeaud, *Droit du travail*, 3eme édition, n° 430, *Lamy Social* 2002, n° 147 et n°181 et suivants.

³⁵⁷ Voir l'arrêt Ponsolle, Cass. Soc., 29 octobre 1996, n° 92- 43.680, *Bulletin Civil V*, n° 359 sur le principe d'égalité salariale. Cet arrêt affirme la force juridique du principe « À travail égal salaire égal ».

³⁵⁸ HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux États-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004, p. 6.

³⁵⁹ CALVES G., « L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination positive », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, édition atelier national de reproduction des thèses, 1997.

³⁶⁰ Création de la HALDE, discours prononcé par le Monsieur le Président Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et Pour l'Égalité, <http://123territorial.fr/discourscreationdelahaldejacqueschirac23juin2005/>, 23 juin 2005, publié le 27 septembre 2008.

Il poursuit en disant que « *L'égalité n'est pas un principe gravé une fois pour toutes dans le marbre. C'est un principe vivant qu'il faut sans cesse affirmer et enrichir, défendre parfois. De sa vitalité dépend celle de notre contrat social* ».

Le principe de l'égalité devant la loi est un droit universel et est considérée comme le plus fondamental de tous les droits naturels³⁶¹.

C'est un droit renforcé par l'action de l'ONU, par la Convention concernant les discriminations de l'Organisation Internationale du Travail et par la Convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination de 1965 ratifiée par la France en 1971. On peut citer la Convention n°100 du 6 juin 1951 sur l'égalité de rémunération qui prévoit l'application à tous les travailleurs du principe de l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale. Cette disposition reprend en l'explicitant un principe fondamental affirmé dès la fondation de l'OIT en 1919, dans le traité de Versailles.

54. En droit communautaire, on entend par « principe de l'égalité de traitement » l'absence de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur l'un des motifs énoncés par ce droit³⁶².

Le droit à l'égalité d'opportunité se situe entre le droit à l'égalité formelle et l'égalité de résultat³⁶³. C'est un droit fondamental dans une société civile car à défaut de ce droit, les talents individuels ne pourront être exploités pleinement et la dignité humaine sera compromise³⁶⁴.

L'égalité est un terme qui a un sens conceptuel vague, constamment redéfini, riche en émotions et sujet à une constante redéfinition³⁶⁵. L'égalité est absolue en principe³⁶⁶. Il convient de distinguer trois expressions du droit à l'égalité : l'égalité formelle (égalité de traitement), l'égalité d'opportunité et enfin, l'égalité de résultats. On parle soit d'égalité « formelle », ou

³⁶¹ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

³⁶² MINE M., BOUDINEAU C., LE NOUVEL A., MERCAT-BRUNS M., SILHOL B., *Droit social international et européen en pratique*, Groupe Eyrolles, 2010.

³⁶³ FREDMAN S., *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002.

³⁶⁴ ELLIS E., *EU Anti Discrimination law*, Oxford University Press, 2005.

³⁶⁵ MCCRUDDEN C., « Equality and non discrimination », dans FELDMAN E., *English Public Law*, Oxford University Press, 2004. BARRET., « Re-examing the concept and principle of equality in EC law », *Yearbook of European Law*, vol. 22, 2003, p. 120.

³⁶⁶ WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, éditions Liaisons, 2003.

l'égalité de traitement dans le cas où des situations similaires devraient être traitées de manière similaire ; et des situations différentes, de manière différente ; par conséquent, deux personnes ayant les mêmes qualifications devraient avoir le même salaire. Soit on parle « d'égalité d'opportunité » où l'égalité se présente comme un droit fondamental inhérent à toute société civile.

C'est la devise de la République française et l'un des principes les plus anciens du droit public. Il est consacré à l'article premier de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit et les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune* ». Cette affirmation de principe parle de deux versions de l'égalité : (i) une version abstraite qui assure l'application des mêmes règles à toutes les personnes quelque soit leur situation particulière (comme l'égalité des citoyens devant la loi, l'égalité professionnelle) ; et (ii) une version concrète qui assure l'application de règles en tenant compte de la situation particulière des personnes. Il s'agit ici de l'égalité de traitement³⁶⁷.

On pourrait alors imaginer cette définition comme un continuum. La Cour Suprême des États-Unis a intégré la notion d'égalité, à partir de la clause d'égalité de protection (*equal protection clause* ou *due process clause*) du 14^{ème} amendement de la Constitution³⁶⁸. Ce faisant, la Cour Suprême a très tôt élargi le sens de l'égalité en instaurant la notion de *ColorBlindness*.

De plus, la Cour Suprême des États-Unis a étendu la définition classique de l'égalité dans le célèbre arrêt *Griggs v. Duke Power Co*³⁶⁹. Dans cet arrêt, elle affirme que l'employeur peut être tenu responsable des effets négatifs disproportionnés (sur la minorité noire) de politiques de recrutement ou de promotions professionnelles neutres en apparence sur les membres des minorités protégées par la loi. C'est la discrimination indirecte. Par suite, selon la *disparate impact theory* ou la théorie de l'impact disproportionné, la bonne foi de l'employeur n'empêchait pas la violation du principe d'égalité.

³⁶⁷ MINE M., *Droit du travail, La discrimination femme/homme*, collection dirigée par Bertrand Gauthey, 2001.

³⁶⁸ HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux États-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004.

³⁶⁹ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

55. D'une part, toute personne a droit à la liberté du travail. L'article 23 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre de 1948³⁷⁰, précise que « *Toute personne a droit au travail, au libre choix de son travail, à des conditions équitables et satisfaisantes de travail et à la protection contre le chômage* ». L'article 15 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁷¹ dispose que « *toute personne a le droit de travailler et d'exercer une profession librement choisie ou acceptée* ».

La liberté du travail implique le respect de l'égalité entre tous les individus qui se présentent sur le marché du travail et qui ont des aptitudes professionnelles équivalentes. Cette liberté est donc inséparable du principe d'égalité³⁷². Les discriminations non justifiées entre les travailleurs entraînent des exclusions qui portent atteinte à la liberté de travailler de ceux qui en sont victimes. Effectivement, le salarié bénéficie d'un certain nombre de libertés individuelles dans le cadre de son travail, à savoir, la liberté de penser, d'opinions politiques, religieuses, d'avoir une vie privée ou autres. Mais il bénéficie aussi d'une liberté d'expression qui comprend, selon certains, le fait de rester en principe maître de son image et de son apparence physique. Toutefois ces libertés se heurtent à des restrictions diverses et des intérêts supérieurs dans le cadre de la loi. Par exemple, la liberté de se vêtir ou de se coiffer peut être contraire aux codes posés par les chefs d'entreprise ou les ressources humaines. Il s'agit donc d'établir un équilibre entre ces deux intérêts, ce qui sera développé au chapitre 3.

56. Le principe d'égalité est intimement lié au principe de non discrimination. Ce dernier est envisagé de manière complémentaire mais distincte du principe d'égalité³⁷³. Certains considèrent même que le principe de non discrimination est la réaffirmation de l'essence même du principe d'égalité³⁷⁴. D'autres vont plus loin et affirment que la prohibition des discriminations ne se

³⁷⁰ <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/declara.asp#art23>. A/Res. 217 A(III), du 10.12.1948.

³⁷¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, C364/1, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf, 18 décembre 2000.

³⁷² SAVATIER J., « Liberté du travail », *Répertoire de droit du travail*, 2005.

³⁷³ LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque? », *Revue française de droit administratif*, 2010 p. 301. Ce texte est issu d'une communication à la journée-conférences, « Diversité et discrimination, d'une réalité à l'autre », organisée par l'Université d'Angers et la COPEC Maine-et-Loire, le 26 mars 2009.

³⁷⁴ CALVES G., « L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême : le problème de la discrimination positive », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, édition atelier national de reproduction des thèses, 1997.

fonde pas uniquement sur le principe d'égalité de traitement des salariés entre eux mais sur l'égalité des êtres humains entre eux³⁷⁵.

Section 3 : Le principe de non-discrimination

57. Les discriminations sont traitées à travers le principe de non discrimination. Un principe affirmé dans le droit international, le droit communautaire et enfin les droits français et américain, lesquels prohibent expressément certains types de discrimination. Cette protection mesurée contre les discriminations en droit du travail est couplée de sanctions civiles et pénales. Il y a quelques années, une amélioration sensible s'est produite dans les droits français et américain, en vue de protéger plus efficacement les personnes lésées au cours de leur vie professionnelle afin de rendre l'action judiciaire plus accessible aux salariés.

Nous devrions tous jouir de l'égalité, d'une justice équitable, d'une égale opportunité, et d'un égal droit à la dignité, sans aucune discrimination, dans tous les aspects de notre vie (ou presque)³⁷⁶. Le principe de non-discrimination repose dans les droits français et américain sur la volonté de rétablir une égalité des chances et est intimement lié à la notion de tolérance. Celle-ci n'étant autre que la possibilité de tout individu à vivre, et à interagir avec autrui en toute liberté, sans atteinte d'aucune sorte à sa dignité, à ses droits et libertés fondamentales³⁷⁷.

Les bases du principe de non-discrimination sont l'égalité, la liberté, la démocratie, le respect des droits de l'homme, et des libertés fondamentales.

Ce principe est un principe médiateur entre un système juridique et des situations empiriques de fait et de droit. Un individu ne doit subir aucune discrimination en ce qui concerne l'accès aux soins et aux biens sociaux, l'accès aux biens et aux services publics et privés, l'accès à l'éducation et la formation, l'accès aux soins médicaux, aux biens immobiliers et au travail. Plus

³⁷⁵ PELISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du Travail*, 2010, 25ème édition, Dalloz, p. 174.

³⁷⁶ «Whereafter all do universal rights begin? In small places close to home...yet they are the world of the individual person the neighbourhood he lives in, the school or college he attends, the factory, farm or office where he works. Such are the places where every man, woman and child seek equal justice, equal opportunity, equal dignity without discrimination. Without concerted citizen action to uphold them close to home, we shall look in vain for progress in the larger world », Roosevelt «In your hands», 27 mars 1958.

³⁷⁷ « Nouvelles formes de discrimination », message de Federico Mayor, directeur général de l'UNESCO, éditions A. Pedone, 1995, par Hamid Gaham (Chef du Service de la législation et de la prévention de la discrimination, Centre pour les droits de l'homme, Office des Nations Unies, Genève. 1 A/CONF. 157/23, I par. 15).

précisément, la discrimination est prohibée en matière d'accès à l'emploi, de conditions de travail, d'exécution du contrat de travail (rémunération, promotion, formation, etc...), d'accès à un stage ou à une formation en entreprise, d'assignation de tâches et de licenciement.

La prohibition des discriminations est d'ordre public et par suite, toute convention contraire est nulle de plein droit³⁷⁸.

Les critères les plus célèbres sont la race, le sexe, la religion, les mœurs et la situation familiale. Il est interdit d'y fonder quelque décision que ce soit durant la période joignant l'embauche à l'extinction du contrat de travail.

Dans sa déclaration de 1998, l'Organisation Internationale du Travail affirme le droit à la non discrimination comme un des quatre piliers du droit social international³⁷⁹.

Le principe de non-discrimination est renforcé par la Déclaration universelle des droits de l'homme, cette dernière, adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre de 1948³⁸⁰, qui dispose que « *Chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Déclaration, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation. De plus, il ne sera fait aucune distinction fondée sur le statut politique, juridique ou international du pays ou du territoire dont une personne est ressortissante, que ce pays ou territoire soit indépendant, sous tutelle, non autonome ou soumis à une limitation quelconque de souveraineté* ».

Ensuite, nous mentionnons les deux Pactes internationaux relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques³⁸¹, la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale³⁸², la Convention de l'Organisation Internationale du Travail concernant la discrimination dans le domaine de l'emploi et de la profession³⁸³, la Déclaration de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux³⁸⁴, la Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement³⁸⁵,

³⁷⁸ PANSIER F-J., *Droit du travail*, éditions Objectif Droit, 1998, p. 44.

³⁷⁹ <http://www.ilo.org/declaration/lang--fr/index.html>.

³⁸⁰ <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/declara.asp#art23>. A/Res. 217 A(III), du 10.12.1948.

³⁸¹ Adoptée le 21.12.1965, RTNU, vol. 993, p.3 et vol. 99, p.171.

³⁸² Adoptée le 21.12.1965, RTNU vol. 660, p.195.

³⁸³ Adoptée le 25.6.1958, Convention n° 111, reproduite dans International Labor Organisation, International Labour conventions and Recommendations, vol. I(1919-1962), Genève, 1992, p.702.

³⁸⁴ Adoptée par la conférence générale, 20e session, 27,27.1.1978.

³⁸⁵ RTNU, vol. 429, p. 93,14.12.1960.

la Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction³⁸⁶ et enfin, la Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques³⁸⁷.

Au niveau européen, La CJCE et la Cour Européenne des Droits de l'Homme ont consacré ce principe comme un droit fondamental sous ses différents aspects, bien que le Conseil Constitutionnel français n'ait jamais affirmé l'existence d'un principe constitutionnel de non-discrimination³⁸⁸. Deux décisions de la CJCE précisent le champ d'application des dispositions relatives à la lutte contre la discrimination. Les juges adoptent une interprétation extensive afin de sanctionner des comportements choquants : la première décision évoque des propos visant à dissuader les candidatures d'une catégorie de personnes, en raison de leur origine ; tandis que la seconde évoque les comportements de discrimination et de harcèlement fondés sur le handicap d'un proche³⁸⁹.

Nous mentionnons la Déclaration Européenne des Droits de l'Homme de 1968 et l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme « *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*

³⁸⁶ Résolution 36/55 du 25.11.1981.

³⁸⁷ Résolution 47/135 du 18.12.1992.

³⁸⁸ LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque? », *RFDA*, 2010 p. 301. Ce texte est issu d'une communication à la journée-conférences, « Diversité et discrimination, d'une réalité à l'autre », organisée par l'Université d'Angers et la COPEC Maine-et-Loire, le 26 mars 2009.

³⁸⁹ Le fait pour un employeur de déclarer publiquement qu'il ne recrutera pas de salariés ayant une certaine origine ethnique ou raciale constitue une discrimination directe à l'embauche au sens de l'article 2, paragraphe 2, sous a), de la directive n° 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, peu important donc qu'aucune victime ne puisse être identifiée. de telles déclarations étant de nature à dissuader sérieusement certains candidats de déposer leur candidature et, partant, à faire obstacle à leur accès au marché du travail. CJCE, 2^e chambre 10 juillet 2008, affaire C-54/07, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2008. 935, n° 1136; *JCP S* 2008. 1520, observations Cavallini. L'existence d'une telle discrimination directe ne suppose pas que soit identifiable un plaignant, victime d'une telle discrimination; mais même lorsqu'il n'y a pas de victime identifiable, le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées

Voir aussi la Cour estime, à juste titre, que de tels propos dissuadent une catégorie de la population de se présenter à l'embauche, ce qui suffit à caractériser l'acte de discrimination directe. La Cour fait remarquer de surcroît que l'ensemble des dispositions de lutte contre la discrimination a pour objectif de promouvoir un marché du travail favorable à l'insertion sociale. CJCE, gr17 juillet 2008 (affaire n° C-303/06)- handicap.

*ou toute autre situation*³⁹⁰» ainsi que l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne³⁹¹

La directive 2000/78/CE Conseil du 27 novembre 2000³⁹² portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail prohibe toute discrimination fondée sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou les orientations sexuelles, notamment en ce qui concerne les conditions d'accès aux activités salariales et non salariales.

Il convient de souligner le rôle déterminant de l'article 13 du traité instituant la Communauté européenne qui a débouché sur l'adoption d'importantes directives en 2000, 2002 et 2004 pour lutter contre les diverses discriminations³⁹³. On mentionne aussi le traité de Rome de 1957, modifié par les traités de Maastricht de 1992 et d'Amsterdam de 1997, la directive 2006/54/CE du parlement européen et du conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, et le principe d'égalité de traitement dans la directive européenne 76/207/CE du 9 février 1976.

Il convient de noter qu'en droit européen, la directive n°76/207/CEE du 9 février 1976, modifiée en 2002³⁹⁴, définit le harcèlement comme étant « *la situation dans laquelle un comportement non désiré lié au sexe d'une personne survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant* ». Elle définit le harcèlement sexuel comme étant « *la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement survient avec pour objet ou pour effet de porter*

³⁹⁰<http://sos-net.eu.org/etrangers/ddhc/cedh.htm>.

³⁹¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, C364/1, http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_fr.pdf, 18 décembre 2000.

³⁹² La directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Conseil Union européenne, directive n° 2000/78/CE, 27 novembre 2000: *Journal Officiel des communautés européennes* 2 décembre 2000, p. 0016-0022).

³⁹³ Voir les directives 2000/43/CE du 29 juin 2000 sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; 2000/78/CE du 27 nov. 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ; 2002/73/CE du 23 septembre 2002 concernant l'égalité de traitement entre hommes et femmes, ainsi que la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services. Il convient d'ajouter la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 concernant la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

³⁹⁴ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ». Nous verrons que le harcèlement peut être un cas de discrimination.

Nous voyons bien que le critère d'apparence physique ne figure dans aucun des textes internationaux. De plus, le rapport de 2013 sur la non discrimination en Europe (sur la race, l'origine ethnique, la religion, le handicap, l'âge et l'orientation sexuelle), ne contient aucune mention sur l'apparence physique³⁹⁵.

58. Pourquoi le principe de non-discrimination ?

*« Les discriminations sont un vrai poison pour notre démocratie et notre cohésion nationale. Elles ferment l'accès à l'emploi, au logement ou tout simplement aux loisirs. Elles nourrissent l'incompréhension, le ressentiment, la révolte. Elles marquent l'individu au plus profond de sa dignité en portant atteinte au respect auquel chacun a droit. Elles animent, notamment chez tant de jeunes, la foi dans les valeurs de la République et la fierté d'appartenir à notre communauté nationale. Car rien n'est pire, que l'affirmation de valeurs qui ne se traduisent pas dans la réalité »*³⁹⁶.

Ce principe vise d'abord à protéger le droit à l'emploi.

Le principe de non-discrimination vise à fournir une déclaration de politique publique non équivoque ; un support à ceux qui ne souhaitent pas discriminer mais se sentent obligés de le faire pour des raisons sociales ; et une protection et un redressement à un groupe minoritaire. Mais il vise également à réduire les préjugés en décourageant les comportements reflétant ces préjugés ; établir des standards de mesure des comportements publics et privés ; enfin, garantir des tribunaux spéciaux et des remèdes efficaces³⁹⁷. La particularité physique de chacun a

³⁹⁵ European anti-discrimination law review, n°16, juillet 2013. http://www.migpolgroup.com/wp_mpg/wp-content/uploads/2013/08/Review-16-EN.pdf

³⁹⁶ Création de la HALDE, discours prononcé par le Monsieur le Président Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, <http://123territorial.fr/discourscreationdelahaldejacqueschirac23juin2005/>, le 23 juin 2005, publié le 27 septembre 2008.

³⁹⁷ *Non Discrimination law : comparative perspectives*, édité par LOENEN T., RODRIGUEZ P., 1999, p. 427.

encouragé le législateur jouant le rôle de tuteur à agir pour la protection des individus exclus³⁹⁸. Pour certains, il s'agirait de « *protection promotionnelle* »³⁹⁹.

Il est indispensable de noter que la loi contre la discrimination ne vise pas à punir les personnes coupables, comme le droit pénal. Elle permet de fournir un recours à des personnes qui se considèrent lésées dans leurs droits civils par le gouvernement ou par des parties privées. Nous ne nous intéressons pas à l'intention de l'auteur de la discrimination⁴⁰⁰.

En outre, l'objectif des lois fédérales américaines est de garantir le respect et l'accès à l'emploi sur un même pied d'égalité.

« *One of the basic tenets in American society is that citizens are entitled to equal employment opportunities*⁴⁰¹. *Federal anti discrimination law was created to support this goal by removing artificial, arbitrary and unnecessary barriers to employment*⁴⁰² *and to neutralize widespread forms of prejudice that pervasively disadvantage persons based upon inaccurate judgments about their worth and capacities*⁴⁰³. *The goal of anti discrimination law is to ensure every citizen the opportunity for the decent self-respect that accompanies a job commensurate with one's abilities*»⁴⁰⁴.

Aux États-Unis, le droit contre la discrimination est enraciné dans l'idéologie que « *Toute personne capable ne devrait pas être empêchée de contribuer à l'économie et à la société. Il en résulte que toute personne a le droit de contribuer au développement de la société. Si elle en est*

³⁹⁸GITTARD V., « Protection de la personne et catégories juridiques: Vers un nouveau concept de vulnérabilité », thèse de doctorat à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, p. 159.

³⁹⁹ NOBLOT C., « La qualité du contractant comme critère légal de protection », Bibliothèque de droit privé ISBN : 978-2-275-02280-2, 2002, p. 18.

⁴⁰⁰THERAN E., « Free to be arbitrary and ... capricious: Weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 11, 2001, p. 113.

⁴⁰¹U.S. Constitution amendment XIV, para.1 (providing that no state shall 'deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws'). Selon la Cour Suprême, toutes les similarités doivent être traitées de la même manière, *City of Cleburne v. Cleburne Living Center.*, 473 U.S. 432, 439 (1985).

⁴⁰²*Criggs v. Duke Power Co.*, 401 US 424, 431 (1971) « *The objective of Congress in the enactment of Title VII .. was to achieve equality of employment opportunities and remove barriers that have operated in the past so favor... white employees over other employees* ».

⁴⁰³ POST R., « Prejudicial appearances: The logic of American antidiscrimination law », *California Law Review*, vol. 88, 2000.

⁴⁰⁴H.R. Rep. n° 92-238, at 5 (1971), as reprinted in 1972 U.S.C.C.A.N. 2137, 2141. "[T]he very purpose of Title VII is to promote hiring on the basis of job qualifications, rather than on the basis of race or color." Voir KIRKLAND A., « Think of the hippopotamus: Rights consciousness in the fat acceptance movement », *Law and Society Review*, vol. 42, 2008, p. 397, 401. Elle affirme que les lois contre la discrimination conceptualisent le droit de l'individu à être jugé sur le fondement de ses capacités et non pas des traits stigmatisés.

*capable, on s'attend d'elle à ce qu'elle le fasse. Tous les individus méritent le même accès aux opportunités d'emploi, le droit de travailler et de vivre sans harcèlement, et le droit de gagner un salaire égal pour leur travail »*⁴⁰⁵.

Le législateur édicte des dispositions d'ordre public, destinées à protéger certaines personnes en situation de faiblesse. Au-delà de la diversité, les régimes protecteurs dérogatoires de droit commun (c'est-à-dire les règles spéciales) se caractérisent tous par la création de catégories générales et abstraites d'individus présumés en situation de faiblesse⁴⁰⁶. Afin d'atteindre l'égalité réelle, le législateur doit désigner les personnes qu'il entend protéger en les classant par catégories. Une catégorie se définit comme étant « *un agrégat d'individus ayant au moins en commun une spécificité de nature intrinsèque comme l'âge, le sexe, l'état de santé, le handicap, ou extrinsèque comme l'extranéité* »⁴⁰⁷.

Selon Madame Danielle Lochak, les catégories juridiques sont « *des classes ou ensemble de faits, d'actes, d'objets auxquels la loi ou toute autre norme attache des conséquences juridiques* »⁴⁰⁸. Les textes ont donc développé des protections catégorielles, destinées à favoriser l'intégration économique et sociale de catégories d'individus vulnérables et victimes de discrimination⁴⁰⁹.

Existe-t-il une catégorie de personnes « non attrayantes ? » Nous verrons au chapitre 2, qu'il est extrêmement difficile de placer les individus susceptibles de discrimination dans une catégorie déterminée dont les contours sont bien délimités.

Le principe de non-discrimination connaît des exceptions que nous détaillerons dans les droits français et américain.

⁴⁰⁵PUHL R., BROWNWELL K., « Bias, discrimination, and obesity », *Obesity Research*, vol. 9, 2001, p. 788, 790, 801.

⁴⁰⁶ GITTARD V., « Protection de la personne et catégories juridiques: Vers un nouveau concept de vulnérabilité », thèse de doctorat à l'Université Panthéon-Assas Paris II, sous la direction de Mr. TERRE F., p.6.

⁴⁰⁷ Y. ATTAL-GALY, « Droits de l'homme et catégories d'individus », Bibliothèque de droit public, Tome 237, p.3 et s. Voir aussi LOCHAK D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », dans *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, Études réunies par A. Fenet et G. Soulier, L'harmattan, Paris 1989, p. 111 -184. « *Le droit n'en finit plus aujourd'hui de découper le corps social en catégories qu'il soumet à autant de régimes distincts* ».

⁴⁰⁸ LOCHAK D., « La race : Une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 27 et 28 mars 1992, p. 291.

⁴⁰⁹ GITTARD V., « Protection de la personne et catégories juridiques: Vers un nouveau concept de vulnérabilité », thèse de doctorat à l'Université de Panthéon-Assas Paris II, sous la direction de Mr. TERRE F., p. 7.

Sous-Chapitre 1 : Droit français

Section 1 : Textes généraux

59. Le principe d'égalité a une valeur supérieure car c'est un droit constitutionnel qui fait figure dans trois blocs de constitutionnalité, garanti par le droit social européen et international. Ce droit suprême se situe au plus haut de la pyramide des règles de droit et supplante par conséquent le droit national. Toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen de 1789 dispose que « *La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont le droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation, Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* »⁴¹⁰. À cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toute personne une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation⁴¹¹. Selon le préambule de la Constitution du 30 octobre 1946, « *Nul ne peut être lésé dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou ses croyances* ». Ce préambule énonce le droit à l'emploi : « *Chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi* ». Le principe de non discrimination proclamé à l'article 1^{er} de la Constitution du 4 Octobre 1958, garantit que la France « *assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion* ».

Sur ce point le droit est donc très clair : tout individu a le droit d'être protégé contre toute forme de discrimination fondée sur l'origine, la race ou la religion, l'appartenance à une nationalité, ou une ethnie. L'on remarque que dans les textes susmentionnés, le terme « apparence physique » ne figurait pas encore⁴¹².

⁴¹⁰ C'est dans la loi Pleven de lutte contre le racisme du 1er juillet 1972 que le « délit de discrimination » est introduit pour la première fois en France.

⁴¹¹ <http://www2.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>.

⁴¹² La loi n°2006-396 du 31 mars 2006 dans son titre II intitulé « *Mesures relatives à l'égalité des chances et à la lutte contre les discriminations* » porte sur l'égalité des chances et mentionne l'agence nationale pour la cohésion

Après avoir passé en revue les textes généraux, nous allons aborder ci-après plus en détail les textes spéciaux en la matière et passer ainsi d'une égalité abstraite à une égalité concrète.

Section 2 : Textes spéciaux

§ 1: Le principe de non-discrimination

60. Les textes juridiques français visent les inégalités de traitement dans l'emploi, le logement, l'éducation et la formation, l'accès aux biens et services, publics et privés, l'accès aux soins et aux services sociaux.

Le texte fondateur des libertés, est l'article L. 120-2 du Code du Travail, lequel dispose que « *Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». À la lecture de ce texte de loi, une question nous vient immédiatement à l'esprit : un salarié a-t-il la liberté de choisir son apparence physique ou ses vêtements par exemple ? La liberté vestimentaire est, selon certains, une forme de la liberté d'expression. Nous avons parlé de l'expression corporelle ; celle-ci résulte de la manière de se vêtir, de se peigner, de se raser...⁴¹³. Par conséquent, les libertés ne s'arrêtent pas en droit du travail, toutefois, les limitations justifiées et proportionnées sont les seules possibles⁴¹⁴.

61. La loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations⁴¹⁵ reprend essentiellement les termes de la directive européenne 2000/43 CE du Conseil du 29 juin 2000 dans le cadre de l'égalité professionnelle et de l'égalité de traitement.

L'objectif de cette loi était d'assouplir la législation française préexistante, d'élargir son champ d'application, d'infléchir les règles de preuve en la matière, et enfin de renforcer les possibilités

sociale et l'égalité des chances dans son article L. 121-14C'est un établissement national à caractère administratif qui se substitue au fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations.

⁴¹³ WAQUET P., « Le bermuda ou l'emploi », Cass. Soc., 28 mai 2003, *Droit social*, 2003 p. 808.

⁴¹⁴ WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, éditions Liaisons, 2003.

⁴¹⁵Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *Gazette du Palais, Bulletin Legislatif*, 2001, p 448.

d'actions des syndicats, des délégués du personnel et des inspecteurs de travail. Cette loi étend même les bénéfices nouvellement promulgués aux fonctionnaires⁴¹⁶.

Les principales avancées de cette loi ont été les suivantes :

(i) L'élargissement du champ d'application de la prohibition de la discrimination à quatre nouveaux critères, ajoutés aux préexistants :

- L'âge⁴¹⁷ ;
- L'orientation sexuelle⁴¹⁸ ;
- Le patronyme (devenu nom de famille) ; et
- L'apparence physique, objet de cette thèse.

(ii) Le rééquilibrage ou l'aménagement (et non pas l'inversion) de la charge de la preuve, prévu à l'article L. 1134-1, lequel sera analysé au chapitre 2.

(iii) L'extension du principe d'interdiction de prise de toute mesure discriminatoire, directe ou indirecte, à chaque situation de la carrière du salarié⁴¹⁹ et non pas seulement au refus d'embauche, à la formation, au reclassement, à la promotion professionnelle et à l'accès à un stage⁴²⁰. De même, le champ d'intervention des inspecteurs de travail a été étendu afin de pouvoir dresser des procès-verbaux à tous les champs de discrimination, et non pas seulement à l'égalité professionnelle.

(iv) Toute discrimination peut désormais être directe ou indirecte, apport essentiel de cette directive.

(v) L'élargissement du nombre de personnes susceptibles de saisir la justice. En effet, en principe c'est au salarié ou au candidat à l'emploi de saisir le Conseil des prud'hommes. Sachant que les salariés sont peu enclins à saisir la justice, le législateur a préféré étendre la possibilité d'ester en justice aux organisations syndicales⁴²¹, aux associations⁴²², aux délégués de personnel⁴²³ et aux inspecteurs de travail⁴²⁴.

⁴¹⁶ De plus, sur le plan pratique, le législateur donne un support législatif au service d'accueil téléphonique gratuit ayant pour but d'aider les victimes ou les témoins de discrimination. L'affichage des coordonnées d'accueil téléphonique (114) est désormais, obligatoire aux entreprises.

⁴¹⁷ Par référence à l'article 13 du Traité d'Amsterdam du 20 Octobre 1997.

⁴¹⁸ Par référence à l'article 13 du Traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997.

⁴¹⁹ Ces réformes ont été inscrites de même dans le cadre du harcèlement sexuel depuis la loi n° 2001-397 du 9 mai 2001.

⁴²⁰ Une enquête dirigée par l'Inspection Générale de l'Éducation Nationale a révélé des difficultés pour les jeunes d'origine étrangère à obtenir des stages en entreprise, l'intervention de l'établissement étant nécessaire dans plus de 50% des cas. (Voir le Rapport de l'Assemblée nationale, 1ère lecture n° 2609, p. 13).

⁴²¹ Voir article L.1134-3 du Code du Travail.

Une autre avancée notable est la possibilité d'inclure dans les conventions collectives une clause prohibant tout type de discrimination.

Cette loi constitue sans nul doute une remarquable avancée dans le droit des discriminations en France. Selon le rapporteur de la proposition de loi à l'Assemblée nationale, cet élargissement *« devait permettre de ne plus seulement s'attaquer aux formes les plus visibles de la discrimination, mais également, aux situations résultant de longues années de pratiques discrètes⁴²⁵ »*.

Pourquoi a-t-on ajouté le critère de l'apparence physique ? Le rapporteur de l'Assemblée nationale relevait des cas particulièrement choquants, tels que le licenciement d'une vendeuse d'un rayon fromagerie aux motifs qu'elle *« ne correspondait pas, en raison de la couleur de sa peau, à l'image du rayon »*, ou encore une offre d'emploi pour le service entretien d'une entreprise qui spécifiait *« profil : race blanche »* et demandait *« une bonne tête »⁴²⁶*. *« Notre arsenal juridique est-il aujourd'hui suffisamment performant pour lutter contre ces formes de discriminations ? Avec l'article L.122-45 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 discrimination, comme l'orientation sexuelle, l'apparence physique ou le patronyme et, plus encore, certaines formes de discriminations »*.

⁴²² Voir article L. 1132-3 du Code du Travail.

⁴²³ L'article L. 422-1 du nouveau Code du Travail prévoit un droit d'alerte des délégués de personnel en cas d'atteinte aux droits et libertés individuelles au sein de l'entreprise, non justifiées par la nature de la tâche à accomplir non proportionnées au but recherché. C'est donc une protection contre les discriminations, à tous les stades de la relation de travail. Selon l'article L. 422-1-1 alinéas 3 et 4, lorsque l'employeur et le délégué sont en désaccord sur l'existence d'une telle atteinte ou lorsque l'employeur n'y met pas fin, le délégué peut saisir le Conseil de Prud'hommes qui statue en référé. Le juge a la faculté d'ordonner des mesures propres à faire cesser cette discrimination ou prononcer des astreintes.

⁴²⁴ Auparavant, selon l'article L. 611-1 du Code du Travail, l'inspecteur de travail n'avait le droit de verbaliser que les sanctions, refus d'embauche et licenciement portant atteinte à l'égalité professionnelle. Désormais, selon l'article L. 422-1-1 du Code du Travail, les délégués du personnel, ont la faculté, en cas d'atteinte aux droits des personnes, à leur santé physique et mentale et aux libertés individuelles dans l'entreprise, d'intervenir en saisissant le Conseil des Prud'hommes si cette atteinte ne serait pas justifiée ou proportionnée au but recherché.

Aussi, l'inspecteur de Travail a la possibilité de communiquer tout document utile à la contestation de faits susceptibles de permettre d'établir l'existence d'une discrimination.

⁴²⁵ Voir le rapport Assemblée Nationale, 1^{ere} lecture. <http://www.assemblee-nationale.fr/11/pdf/rapports/r2609.pdf>.

⁴²⁶ VUILQUE P., rapporteur Assemblée Nationale, n° 2609, introduction, I. <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cr/html/20010013.asp>.

L'article fondateur en matière de condamnation des discriminations sur le marché du travail est l'article L. 1132-1 du Code du Travail (ancien article L. 122-45), issu d'abord de la loi du 4 août 1982 puis de la loi n°92-1446 du 31 décembre 1992. Depuis lors, il ne cesse d'être enrichi et complété. Ce texte n'avait alors pour vocation que de prohiber les discriminations sur le lieu de travail à trois occasions : le recrutement, les sanctions, et le licenciement⁴²⁷.

Cet article dispose comme suit : « *Aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, (L. n°2008-496, 27 mai 2008, art. 6,1) notamment en matière de rémunération au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation 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 ou en raison de son état de santé ou de son handicap* ». Cet article comporte par suite 18 critères de discrimination, ce qui le différencie bien du droit nord-américain, comme nous le verrons. Il convient de remarquer que l'adjectif 'notamment' donne un caractère simplement énonciatif à la liste et laisse ainsi une grande possibilité d'interprétation au juge. En outre, si nous constatons le flou du terme 'apparence physique', il convient de noter que les débats parlementaires précédant le vote de cette loi ont suggéré que cela recouvrait notamment le poids et la taille⁴²⁸.

Selon l'article L.1132-4 (ancien article L. 122-45, al. 5), toute disposition ou tout acte pris à l'égard d'un salarié en méconnaissance des dispositions du présent chapitre est nul. Lorsqu'un licenciement est prononcé par l'employeur en raison du trouble objectif causé, par le

⁴²⁷ Sa rédaction originale était la suivante : « *Aucun salarié ne peut être sanctionné ou licencié en raison de son origine, de son sexe, de sa situation de famille, de son appartenance à une ethnie, une nation, une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou de ses convictions religieuses* ».

⁴²⁸ GARNER-MOYER H., « L'esthétisation du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.

comportement du salarié, les dispositions des articles L. 1132-1 et suivants du Code du Travail ne sont pas applicables⁴²⁹.

La loi n°2008-496 du 27 mai 2008, portant sur diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, reprend les termes des directives et prévoit que « *toute discrimination directe ou indirecte fondée sur le sexe, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle... est interdite ... en matière ... de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié ...* ». Il en résulte que cette loi ne mentionne pas le critère d'apparence physique, ce qui est fâcheux ; d'autant qu'elle mentionne la provocation à la discrimination.

62. Le Code pénal français dans son article 225-1, modifié par loi n°2012-954 du 6 août 2012 (article 4) dispose comme suit : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques à raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille (L. n°2006-340 du 23 mars 2006, art. 13), de leur grossesse (L. n°2001-1066 du 16 novembre 2001), de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap (L. n°2002-303 du 4 mars 2002), de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs (L. n°2001-1066 du 16 Nov. 2001), de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée*».

« *Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales à raison de l'origine, du sexe, de la situation de famille (L. n°2001-1066 du 16 Nov. 2001), de l'apparence physique, du patronyme, de l'état de santé, du handicap, (L. n°2002-303 du 4 mars 2002), des caractéristiques génétiques, des mœurs (L. n°2001-1066 du 16 Nov. 2001), de l'orientation ou identité sexuelle, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales* ».

⁴²⁹ Cass. Soc., 14 novembre 2000, *Revue de jurisprudence sociale*, 1/01, n° 21.

L'article 225-2 du Code Pénal modifié par la Loi n°2012-954 du 6 août 2012 dans son article 3 réprime cette discrimination quand elle consiste notamment à : « (i) entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; (ii) refuser d'embaucher ou licencier une personne ; (iii) subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ».

Enfin, l'article 222-32 du nouveau Code Pénal permet de poursuivre et de condamner des tenues qui permettraient une exhibition sexuelle à la vue d'autrui.

Les articles suivants complètent le principe de non discrimination :

Les articles L.1141-1 et suivants du Code du Travail invoquent l'égalité professionnelle hommes et femmes.

S'agissant des témoins, l'article L. 1132-3 dispose qu'« *Aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements définis aux articles L. 1132-1 et L. 1132-2 ou pour les avoir relatés* ». L'employeur subit des sanctions s'il essaye de dissuader un témoignage.

Cette disposition est similaire à la solution prévue en matière de harcèlement moral et sexuel. Selon l'article 2 de la directive européenne⁴³⁰ de 2000, le harcèlement est considéré comme une discrimination.

L'article L. 1153-1 dispose que le harcèlement sexuel signifie : « *Les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits* ».

Quant au harcèlement moral, l'article L.1152-1 du Code du Travail dispose que : « *Aucun salarié ne doit subir les agissements répétés de harcèlement moral qui ont pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel* ». L'intention de nuire n'est pas exigée⁴³¹.

Nous verrons que le harcèlement coïncide souvent avec le *lookisme*.

⁴³⁰ Directive européenne de 2000 n° 2000/78/CE du conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail

⁴³¹ Cass. Soc., 10 nov. 2009, n° 08-41.497.

En conséquence, des méthodes de gestion peuvent caractériser le harcèlement moral dès lors qu'elles s'incarnent dans un ou plusieurs salariés⁴³². Le harcèlement moral peut se dérouler sur une brève période⁴³³. Il n'est pas nécessaire que l'employeur ait commis une faute personnelle pour que sa responsabilité soit engagée en raison de harcèlement imputable à l'un de ses salariés⁴³⁴. Le manquement à son obligation de sécurité de résultat est ainsi caractérisé⁴³⁵. Un seul fait ne suffit pas à caractériser le harcèlement moral⁴³⁶. L'article L. 1152-1 du Code du Travail stipule clairement que pour qu'un harcèlement moral soit reconnu, il faut pouvoir prouver des agissements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail portant atteinte à la santé, à la dignité ou aux droits du salarié. Cette définition est interprétée de manière souple par la Cour de Cassation⁴³⁷ puisqu'elle n'exige pas une intention de nuire pour caractériser un harcèlement moral⁴³⁸.

Le harcèlement constitue nécessairement une faute grave⁴³⁹ et porte atteinte à la dignité⁴⁴⁰.

Enfin, il convient de mentionner la loi n°83-634 portant droits et obligations des fonctionnaires, dite loi Le Pors⁴⁴¹. Cette dernière évoque le critère d'apparence physique dans ses articles 6 et 6 bis ainsi qu'à l'article premier de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989⁴⁴², tendant à améliorer les rapports locatifs.

§ 2 : Les sanctions

63. Les sanctions pénales encourues en cas de discriminations fondées sur l'apparence sont de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (article 225-2 du Code Pénal). Toutefois, si une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public a

⁴³² Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 07-45.321.

⁴³³ Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 08-43.152.

⁴³⁴ Cass. Soc., 21 juin 2006, n°05-43.914.

⁴³⁵ Cass. Soc., 3 février 2010, n°08-40.144.

⁴³⁶ Aussi, une rétrogradation contestée par une salariée, suivie d'échanges de courriers et du maintien de la position de l'employeur ne constituent pas des faits constitutifs de harcèlement moral, Cass. Soc., 9 décembre 2009, n° 07-45.521.

⁴³⁷ PESKINE E., WOLMARK C., *Droit du travail 2013*, Dalloz, 7ème édition, 2013, p. 225.

⁴³⁸ Cass. Soc., 10 novembre 1999, n° 08-41497, *Bulletin Civil*, V, n°248.

⁴³⁹ Cass. Soc., 5 mars 2002, n°00-40.717.

⁴⁴⁰ VERKINDT P-Y., *Le droit du travail*, édition Dalloz 2005, p. 122. WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, éditions Liaisons, 2003, p. 165.

⁴⁴¹ *Journal officiel de la République Française* 14 juillet 1983, p. 2174.

⁴⁴² *Journal officiel de la République Française* 8 juillet 1989, p.8541.

commis la discrimination définie à l'article 225-1, la sanction est plus lourde. Elle encourt cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, lorsqu'elle aura refusé le bénéfice d'un droit accordé par la loi ou bien entravé l'exercice normal d'une activité économique quelconque (Article 432-7 du Code Pénal) et les peines complémentaires d'interdiction des droits civils, civiques et de famille, d'interdiction d'exercice d'une fonction publique ou de l'activité ayant donné lieu à la condamnation, la confiscation, l'affichage ou la diffusion de la décision (Article 432-17 du Code Pénal). Les personnes morales auteurs des discriminations définies à l'article 225-2 du Code Pénal peuvent être quant à elles sanctionnées d'une peine de 225 000 € d'amende (Article 131-38 du Code Pénal) et de peines complémentaires : interdiction d'exercice de l'activité ayant donné lieu à la discrimination, placement sous surveillance judiciaire, fermeture, exclusion des marchés publics, confiscation de la chose ayant servi à l'infraction, affichage ou diffusion de la décision (Article 225-4 du Code Pénal). Lorsqu'elles sont auteurs d'une discrimination définie dans un autre texte, les personnes morales encourent une amende d'un montant cinq fois supérieur à celui prévu pour une personne physique (article 131-38 du Code Pénal).

64. En droit civil, les sanctions sont le versement de salaires pour la période où le salarié ne travaillait plus dans l'entreprise, le versement de dommages-intérêts pour dommage matériel, moral ou pour nullité du licenciement qui entraîne la réintégration du salarié, le rappel de salaire (c'est-à-dire) ou le rétablissement de carrière. Dans ce cas, contrairement au cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse, la réintégration n'est plus une faculté dont dispose le juge, c'est un droit appartenant au seul salarié qui peut ou non apprécier l'opportunité de cette option.

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, il aura droit à (i) une indemnité pour rupture du contrat de travail, une indemnité de rupture et une indemnité de préavis, et/ou (ii) à des dommages-intérêts pour le dommage moral subi par le salarié. Notons que cette indemnité ne saurait être inférieure à celle ordonnée en cas de licenciement pour absence de cause réelle et sérieuse.

§ 4: La HALDE ou le Défenseur des droits

65. La HALDE est une autorité administrative indépendante, c'est-à-dire un organisme administratif qui agit au nom de l'État et dispose d'un réel pouvoir, sans pour autant relever de l'autorité du gouvernement. Elle constitue l'expression de la volonté politique au niveau européen, de traiter identiquement et de façon globale toutes les formes de discrimination⁴⁴³.

Elle fut créée par la loi du 30 décembre 2004⁴⁴⁴. Elle est composée de 11 membres (dont un président) nommés par décret du président de la république. Le collège de la HALDE rend ses délibérations (certaines de ces délibérations seront d'ailleurs analysées cours de nos développements).

Elle peut être saisie directement par tout citoyen, membre parlementaire ou association (par courrier, en ligne ou à travers un correspondant local) ou peut se saisir elle-même de faits qui parviennent à sa connaissance, la victime devant en être informée et ne pas s'y opposer⁴⁴⁵. Suite à l'enquête de la HALDE, si la discrimination est avérée, le collège émet alors une délibération, puis tente d'opérer une conciliation entre les parties, et si besoin, impose une pénalité. La HALDE peut aussi faire des recommandations⁴⁴⁶ qui ne peuvent donner lieu à sanction. En cas d'échec, elle peut présenter ses observations devant le tribunal, transmettre le dossier au parquet, proposer une transaction pénale auprès des tribunaux civils (dommages-intérêts, restitution de carrière, réintégration, rappel de salaire,...), et correctionnels (amende, dommages-intérêts ou emprisonnement allant jusqu'à 3 ans),...

De plus, la HALDE peut proposer à l'auteur des faits une transaction consistant dans le versement d'une amende transactionnelle (cette transaction doit être homologuée par le procureur de la République). L'exécution de la transaction rend impossible l'action publique contre l'entreprise⁴⁴⁷. Une autre transaction pourrait être l'affichage d'un communiqué, dans des lieux qu'elle précise et pour une durée qui ne peut excéder deux mois. Les sanctions imposées par la HALDE sont nombreuses et variées (la transmission d'un communiqué au comité

⁴⁴³GARNER-MOYER H., « La discrimination à l'épreuve du droit », 21 avril 2005.

⁴⁴⁴ La loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité. Le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité.

⁴⁴⁵Loi n° 2004-1486, 30 décembre 2004, article 4.

⁴⁴⁶http://halde.defenseurdesdroits.fr/-Deliberations-347d.html?page=rubrique_domaine&id_mot=1.

⁴⁴⁷ FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 juillet 2007, n° 145, p. 4.

d'entreprise ou au délégué du personnel ; la diffusion d'un communiqué par son insertion au Journal officiel ou dans une ou plusieurs autres publications de presse ou par la voie de services de communication électronique sans que ces services de publication ou de communication puissent s'y opposer ou l'obligation de publier la décision au sein de l'entreprise). Dans le cas où ses demandes ne sont pas suivies, cette Autorité a la faculté de mettre en demeure les personnes sollicitées et de saisir le juge des référés en cas de refus⁴⁴⁸.

Le rôle de cet organisme va au-delà des cas particuliers. En effet, la HALDE a pour mission d'identifier et promouvoir les bonnes pratiques pour faire entrer dans les faits le principe d'égalité. Aussi, mène-t-elle des tests ou « *testings* » (voir le chapitre 2) pour débusquer les discriminations.

La HALDE a également pour rôle de faire évoluer le droit à travers des avis et des recommandations auprès des pouvoirs publics. Elle peut proposer des modifications législatives ou parlementaires sur tout projet de loi en matière de discrimination.

La HALDE mène des actions de sensibilisation et d'information, met des bonnes pratiques sur son site, et interroge annuellement les grandes entreprises sur les actions qu'elles mènent pour prévenir les discriminations et promouvoir l'égalité.

66. Depuis le mois de mai 2011, suite à la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011⁴⁴⁹, le Défenseur des droits succède à la HALDE, au Médiateur de la République, au Défenseur des enfants et à la Commission nationale de déontologie de la sécurité (CNDS). La mission du Défenseur des droits couvre (i) la lutte contre toute discrimination (directe ou indirecte) prohibée par les textes juridiques (lois, directives européennes, conventions internationales...) ou par un engagement international ratifié ou approuvé par la France⁴⁵⁰ ; (ii) la protection des droits de l'enfant ; et (iii) une mission déontologique pour la sécurité. Le Défenseur des droits a pour mission de rechercher la solution la plus appropriée. Pour ce faire, il utilise la voie de résolution à l'amiable en ayant recours soit au dialogue ou à une médiation formelle pour tenter d'amener les

⁴⁴⁸ GARNER-MOYER H., « La discrimination à l'épreuve du droit », 21 avril 2005.

⁴⁴⁹ Voir aussi le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits.

⁴⁵⁰ <http://www.defenseurdesdroits.fr/connaître-son-action/la-lutte-contre-les-discriminations/presentation>.

parties à un accord par l'intermédiaire d'un intervenant extérieur ; soit à des recommandations qui consistent à régler un problème ponctuel pour prévenir les risques discriminatoires. Il peut également intervenir comme expert en répondant aux demandes d'avis des juridictions ou en présentant de son propre chef des observations devant la juridiction.

Cet organisme peut être saisi par toute personne physique agissant pour son propre compte ou par une association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et se proposant, par ses statuts, de combattre les discriminations ou d'assister les victimes de discriminations, conjointement avec la personne s'estimant victime de discrimination et avec son accord.

Le Défenseur des droits publie des avis et accompagne les victimes dans la justice où il présente des observations devant les juridictions. Les juges sont largement influencés par le raisonnement du Défenseur des droits⁴⁵¹. En somme, le but ultime du Défenseur des droits est de concilier les rapports entre employeurs et employés, les faciliter et surtout leur éviter d'aller en justice.

Selon le rapport de l'année 2011, les plaintes concernant la discrimination en raison de l'apparence physique représentent un total de 1,7% des cas reçus (le plus haut pourcentage enregistré est celui lié à l'origine -23,5%-, suivi de très près par la santé et le handicap -23%).

Le Défenseur des droits a un rôle à jouer non seulement dans la lutte mais aussi dans la prévention contre les discriminations (voir le chapitre 5 à cet égard).

En 2011, 26,5% de ses plaintes étaient relatives à l'avancement de carrière dans le secteur privé, soit le plus haut taux parmi tous les autres domaines couverts par cet organisme. Nous tenons à mentionner que durant l'année 2011, la HALDE puis le Défenseur des droits ont reçu au total 8183 réclamations, soit une progression de 34,4% par rapport à l'année 2010. Une augmentation qui confirme que le rôle de cet organisme ne fait que s'affirmer de plus en plus. De toute évidence, nous pouvons ainsi supposer que si le Défenseur des droits communique davantage sur sa compétence dans la lutte contre les discriminations, le taux de réclamations augmentera également.

⁴⁵¹ Entretien avec Monsieur Yves Dautrioux, représentant du conseil d'État auprès du Défenseur des droits, Paris, le 21 mai 2013.

Sous-Chapitre 2 : Le droit américain

Section 1 : Au niveau fédéral

67. La déclaration de l'indépendance de 1776 affirme que « *Tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par leur Créateur de droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur. Les gouvernements sont établis par les hommes pour garantir ces droits et leur juste pouvoir émane du consentement des gouvernés* »⁴⁵².

Le principe de base est que les relations de travail établies pour une durée indéterminée peuvent prendre fin à n'importe quel moment, soit à la discrétion de l'employé soit sur simple décision de l'employeur. C'est la doctrine de *Employment at will*⁴⁵³ ou de l'emploi à discrétion.

Cette doctrine prévoit que l'employeur ou le salarié, dans les relations de travail à durée indéterminée et donc sans contrat, a le droit de licencier des employés pour une bonne ou une mauvaise raison, et va même jusqu'à accepter un licenciement qui n'est motivé par aucune raison. Dans un tel contexte, que le motif de la cessation d'emploi soit injuste ou immoral n'est guère pertinent dès lors qu'il n'y a pas eu violation d'une clause particulière du contrat de travail ou violation de dispositions législatives fédérales ou étatiques⁴⁵⁴, en l'occurrence le principe de non-discrimination. (Toutefois, les notions de *fair dealing* et *good faith* ou bonne foi sont tout aussi importantes). (Il convient de noter d'autres exceptions à cette doctrine telles que les règles d'ordre public, les contrats tacites, la bonne foi, dans quelques états américains⁴⁵⁵).

§ 1: Title VII of the Civil Rights Act of 1964

68. Le principe de non-discrimination, dont l'existence éclatante réside dans le Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964 prend toute son ampleur par l'interprétation qu'en fait la Cour

⁴⁵² HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux États-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004.

⁴⁵³ Voir *Payne v. W. & Atl. R.R.*, 81 Tenn. 507, 520 (1884) (« *All may dismiss their employee[s] at will, be they many or few, for good cause, for no cause or even for cause morally wrong, without being thereby guilty of legal wrong* ») Voir aussi SUMMER C., « Employment at will in the United States: The divine right of employers », *U. PA. J. LAB. & EMP. L.* 65, vol. 3, 2000, p. 85.

⁴⁵⁴ FOLSOM R., LEVASSEUR A., « Pratique du droit des affaires aux États-Unis », *Dalloz*, 1995, p.272.

⁴⁵⁵ MUHL C., « The employment at will doctrine: three major exceptions », Bureau of Labor Statistics, <http://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/art1full.pdf>, 6 février 2010.

Suprême⁴⁵⁶. Le Titre VII du *Civil Rights Act* of 1964⁴⁵⁷ est sans nul doute le texte législatif le plus important de l'histoire de la législation contre la discrimination ou la *discrimination law* aux États-Unis. La Cour Suprême a eu un rôle essentiel dans l'interprétation de cet acte, qui n'existerait pas sans elle⁴⁵⁸.

La lecture de ce Titre indique qu'il prohibe toute discrimination sur le fondement de la race, la couleur, le sexe, l'origine nationale ou la religion⁴⁵⁹ (contrairement au droit français qui couvre un plus grand champ de critères de non discrimination). Bien que le titre VII ne mentionne pas spécifiquement la question du harcèlement sexuel, les tribunaux fédéraux ont néanmoins conclu que le harcèlement sexuel est une forme de discrimination fondée sur le sexe et par suite couverte par ce texte⁴⁶⁰.

Cette prohibition couvre toute décision concernant l'embauche, l'offre d'emploi, le licenciement, la promotion, les opportunités de travail et la rémunération, fondée sur l'une des caractéristiques ci-dessus. Cet acte interdit d'utiliser des représailles (ou *retaliation*), qui signifie le fait de dissuader un individu de (i) former une plainte pour discrimination sous le *Civil Rights Act*, (ii) se plaindre auprès de leurs employeurs au sujet d'une discrimination au travail. Par exemple, un employeur n'a pas le droit de licencier un salarié pour s'être plaint auprès de son supérieur pour comportement discriminatoire de la part d'un autre supérieur, ou (iii) prendre part à une

⁴⁵⁶Voir aussi HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux Etats-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004, p. 6.

⁴⁵⁷42 U.S.C. para.2000e et seq. Title VII of the Civil Rights Act of 1964 (42 U.S.C. §§ 2000e et seq.) § 703(a) ;§ 703(e) (42 U.S.C.A. § 2000e-2(a, e)):

§ 2000e-2. « *Discrimination because of race, color, religion, sex, or national origin*

(a) *Employers.* It shall be an unlawful employment practice for an employer—

(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin ; or

(2) to limit, segregate, or classify his employees or applicants for employment in any way which would deprive or tend to deprive any individual of employment opportunities or otherwise adversely affect his status as an employee, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin.

(e) *Religion, sex, or national origin as bona fide occupational qualification.* . . . Notwithstanding any other provision of this title [42 U.S.C.A. §§ 2000e-2000e-17], (1) it shall not be an unlawful employment practice for an employer to hire and employ employees, for an employment agency to classify, or refer for employment any individual, for a labor organization to classify its membership or to classify or refer for employment any individual, or for an employer, labor organization, or joint labor-management committee controlling apprenticeship or other training or retraining programs to admit or employ any individual in any such program, on the basis of his religion, sex, or national origin in those certain instances where religion, sex, or national origin is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise. . . . »

⁴⁵⁸ HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux Etats-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004.

⁴⁵⁹«... the country where a person was born, or more broadly, the country from which his or her ancestors came», voir *Espinosa v. Farah Mfg.*, 414 U.S. 86 (1973).

⁴⁶⁰ *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 US 57 (1986).

procédure de discrimination ; telle qu'une enquête ou une action en justice⁴⁶¹ contre quelqu'un qui s'oppose (à travers la formation d'une plainte contre quelqu'un, un témoignage, ou l'assistance ou la participation à une investigation, procès ou audience concernant une violation alléguée du Titre VII) à des comportements discriminatoires sous le Titre VII.

En outre, le Titre VII du *Civil Rights Act* prohibe tout *disparate impact effect* ou discrimination indirecte.

Ce texte s'applique aux entreprises privées, et publiques (locales ou gouvernementales), ainsi que les institutions éducatives qui ont plus de 14 employés.

Selon ce Titre, rien n'empêche l'employeur de justifier de ses choix et procédures, à condition qu'ils soient inéluctablement un indicateur raisonnable de performance dans le travail⁴⁶². La notion d'« indicateur raisonnable » reflète clairement l'idée qu'a le législateur de la proportionnalité en termes de performance de travail. Il mentionne le *Bona Fide Occupational Qualification* (ci-après « *BFOQ* ») en tant qu'exception majeure au principe de non-discrimination, exception objective, nécessaire et appropriée ou objectivement et raisonnablement proportionnée à un but légitime. Nous aurons l'occasion de revenir longuement et plus en détail sur ce point au chapitre 3.

Si l'on interprète ce texte littéralement, les employeurs auraient le droit de fonder leurs décisions sur l'apparence physique ou plus encore, sur l'attractivité physique. Toutefois, notre étude de la jurisprudence au chapitre 4 montrera qu'il est toutefois possible de sanctionner le *lookisme* en se fondant sur ce Titre, par le biais d'autres critères.

§ 2: Le Civil Right Act of 1991⁴⁶³

69. Le *Civil Right Act* du 21 novembre 1991⁴⁶⁴ a substantiellement modifié le Titre VII en réponse à sept décisions de la Cour Suprême qui ont été interprétées comme modifiant

⁴⁶¹ <http://everydaypsychology.com/2012/03/what-is-workplace-retaliation-its-about.html>.
<http://humanresources.about.com/od/discrimination/g/retaliation.html>.

⁴⁶² POST R., « Prejudicial appearances: the logic of American antidiscrimination law », *California Law Review*, vol. 80, 2000, p. 1998-1999.

⁴⁶³ <http://www.eeoc.gov/eeoc/history/35th/1990s/civilrights.html>

substantiellement les paramètres de la loi contre la discrimination et remettant en question les précédents jurisprudentiels. En effet, dans l'arrêt de principe *Price Waterhouse v. Hopkins*⁴⁶⁵, une femme jugée trop masculine, 'macho' et agressive par ses collègues, prétend qu'on lui a refusé le statut d'associée en partie en raison de son sexe, alors qu'un homme exhibant un comportement identique n'aurait pas été licencié. Par suite, la Cour Suprême a décidé que même si le demandeur démontre que l'employeur avait entre autres pour motif la discrimination, il peut échapper à la responsabilité en persuadant la Cour qu'il aurait adopté une décision identique, se fondant sur un motif légitime et non discriminatoire. (Selon le juge, « *L'employeur doit convaincre la Cour que la décision aurait été la même sans prendre en considération le facteur illégal* », « *L'employeur doit démontrer que seule sa raison légitime l'aurait conduit à adopter la même décision* »⁴⁶⁶). Ce raisonnement déroge à la règle de la répartition des charges de preuve selon le schéma de *McDonnell Douglas* qui sera détaillé ci-dessous.

Quant à l'arrêt *Wards Cove Packing Co. v. Atoni*⁴⁶⁷, la Cour réinterprète la méthode de preuve de *disparate impact* ou discrimination indirecte et décide qu'un employeur peut éviter toute responsabilité en démontrant un *business justification*, et c'est au demandeur (salarié) de prouver le défaut d'une telle justification.

Il est par suite évident que ces deux arrêts réduisent les chances de réussite des demandeurs. Le *Civil Rights Act* de 1991 est alors venu renforcer les moyens de défense, et assouplir la charge de la preuve aux demandeurs. L'apport le plus fondamental de cet acte est la théorie des *mixed motives* ou motifs mixtes se rattachant à la preuve, qui sera élaborée au chapitre 2. Désormais, l'employeur peut être contraint à l'avenir de stopper l'utilisation du critère invalide et/ou serait contraint de formuler un critère de sélection non discriminatoire.

Cet acte codifie les notions de *disparate impact claim* ou action en discrimination indirecte ainsi que la notion de *business necessity*, dans sa section 105 « *burden of proof in disparate impact claims* ».

Cet acte modifie les statuts renforcés par la *Equal Employment Opportunity Commission*, de manière substantielle et procédurale. Auparavant, les *jury trials* n'étaient permis que pour les

⁴⁶⁴ «*This Act may be cited as the "Civil Rights Act of 1991"*». 42 US. Para.2000e, 2000e-1, 2000e-2, 2000e-4, 2000e-5, 2000e-6, novembre 1991.

⁴⁶⁵ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228, 1989.

⁴⁶⁶ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 US 228, 1989.

⁴⁶⁷ *Wardscope Packing Company v. Antonio* 400 USC 642, 109 S. Ct. 2115 (1989).

actions sous le *Equal Pay Act*⁴⁶⁸ et le *Age Discrimination in Employment Act*⁴⁶⁹. Désormais, les parties ont droit à des *jury trials*, ainsi que des dommages et intérêts compensatoires et punitifs sous le Titre VII et le *Americans with Disabilities Act*, pour les discriminations intentionnelles.

Les sanctions sont les suivantes : pour la compensation des pertes, perte de « joie de vivre », souffrances mentales, souffrances morales et dommages punitifs, le montant maximal est désormais de 300,000 dollars pour les entreprises les plus larges (plus de 500 employés)⁴⁷⁰. D'autres remèdes comprennent l'injonction, le rappel de salaire (*backpay*), la réintégration (*reinstatement*), le paiement des honoraires des avocats⁴⁷¹ ou le salaire à l'avance (*front pay*) est possible⁴⁷². En outre, cet acte codifie les notions de *business necessity* et de *job related* énoncés par la Cour Suprême dans *Griggs v. Duke Power Co.*⁴⁷³.

Aussi, cet acte a-t-il ajouté une sous-section au Titre VII en codifiant la théorie du *disparate impact* ou discrimination indirecte, en revenant à l'état préalable à l'arrêt *Wards Cove Packing Co. v. Atoni*⁴⁷⁴. Le demandeur pourrait avoir droit à un rappel de salaire ou un traitement préférentiel en embauche ou promotion, à moins que l'employeur ne prouve que le salarié en question n'aurait pas été embauché ou promu même sans discrimination⁴⁷⁵.

Cet acte a-t-il aussi fourni une protection pour les employés du Congrès, quelques nominés politiques.

Enfin, la protection du Titre VII et du *Americans with Disabilities Act* (développé ci-dessous) s'étendent afin d'inclure les employés américains et ceux contrôlés par des compagnies américaines à l'étranger.

Il convient de mentionner la « *sex plus* » *theory* ou *claim*. Cette théorie, issue de la jurisprudence et non du texte du *Civil Rights Act*, permet aux supposées victimes d'avoir recours à cette théorie si elles sont victimes de discrimination sexuelle en plus d'un autre critère (par exemple, si une

⁴⁶⁸ *Equal Pay Act*, 29 U.S.C.A. para. 206 (d) (2007) ; 29 CFR para. 1620 et seq. (2007).

⁴⁶⁹ *Age Discrimination in Employment Act* 29 USCA para.623 (2007).Premier entré en vigueur en 1967.

⁴⁷⁰ *Fashion Law : A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 178, note de bas de page n° 6.

⁴⁷¹ *Fashion Law : A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 178,

⁴⁷² *Pollard v. E,I, DuPont de Nemours & Co.*, 532 US 843 (2001).

⁴⁷³ *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).

⁴⁷⁴ *Wardscope Packing Company v. Antonio* 400 U.S.C 642, 109 2115 (1989).

⁴⁷⁵ *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 179.

entreprise ne recrute pas de femmes enceintes, alors que la grossesse est protégée par le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978⁴⁷⁶). De même, la théorie de « *race plus* » suit la même logique⁴⁷⁷.

C'est l'arrêt *Phillips v. Martin Marietta*⁴⁷⁸ qui apporte des précisions sur les situations dans lesquelles on peut avancer cette théorie : lorsqu'un employeur opère une discrimination en raison d'un critère inaltérable tel la race, l'âge, l'origine nationale ; ou (ii) lorsque qu'un employeur a une politique de recrutement différente pour les femmes et les hommes et la politique de distinction est fondée sur un droit fondamental (tel le droit de se marier ou d'avoir des enfants).

Malgré tous les progrès apportés par cet acte, il ne mentionne toujours pas l'apparence physique.

70. Comme nous l'avons souligné, le droit américain prohibe aussi catégoriquement toute discrimination fondée sur le harcèlement s'agissant de tout critère protégé. La Cour Suprême des États-Unis, dans l'arrêt de principe *Meritor Savings Bank v. Vincent*⁴⁷⁹, juge que le harcèlement sexuel constitue une violation du Titre VII. Il décrit deux formes de harcèlement susceptibles de constituer des violations des dispositions législatives : le harcèlement « *quid pro quo* » et le harcèlement dû à un environnement hostile⁴⁸⁰. Qu'est-ce qu'un environnement hostile ? Des plaisanteries offensantes, insultes, des agressions physiques, de l'intimidation, des menaces, de la ridiculisation, des objets ou photos offensants, et enfin l'interférence dans la performance du travail⁴⁸¹.

Les indices indicateurs d'un harcèlement sont : (i) la fréquence du comportement, (ii) la sévérité du comportement, (iii) le fait que le comportement est physiquement ou moralement menaçant,

⁴⁷⁶ 42 U.S.C..A para. 2000^e(k).(2007).

⁴⁷⁷ *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S.C. 542, 544 (1971) (Le refus d'embaucher des femmes qui ont des enfants en maternelle est discriminatoire en raison du sexe).

⁴⁷⁸ *Phillips v. Martin Marietta Corps.*, 400 U.S. 542 (1971).

⁴⁷⁹ *Meritor Savings Bank v. Vincent*, 477 US 57,106 S. Ct.2599 (1986).

⁴⁸⁰ Le « *hostile environment sexual harassment* » signifie une situation dans laquelle les employés sont sujet à un exposition de comportements sexuels non désirés de personnes distinctes des superviseurs ou managers directs, lorsque ces derniers ne prennent aucune mesure de prévention ou de sanction de tels comportements. Ce type de harcèlement se distingue du harcèlement sexuel «*quid pro quo*» dans lequel un superviseur direct demande des faveurs sexuelles en échange d'une promotion ou sous menace de licenciement. Le harcèlement *quid pro quo* a été reconnu par les cours comme condamnable depuis 1980. Dans l'arrêt *Burlington Industries v. Ellerth*, 524 US 742 (1998), la Cour Suprême minimise la différence entre ces deux types de harcèlement et affirme l'importance de la transformation de ces actes en une « *tangible employment action* » telles que « *'hiring, firing, failing to promote, reassignment with significantly different responsibilities, or a decision causing a significant change in benefits* ».

⁴⁸¹ *EEOC Directives transmittal*, n° 9/5.003, 19 avril 2006.

(iv) le fait que le comportement interfère dans le travail de manière irraisonnable, et enfin (v) le contexte dans lequel le harcèlement a eu lieu⁴⁸².

Les règlements de la *EEOC* ont défini le harcèlement sexuel comme consistant en « des avances sexuelles » ou encore « des expressions verbales » et des « comportements sexuels à connotation sexuelle ». Pour qu'il y ait violation du Titre VII, le type d'action susceptible d'être qualifié de harcèlement sexuel doit être relié à l'emploi et présenter l'un ou certains des critères suivants : (i) la soumission à ce type d'action ou genre de comportement est présentée, explicitement ou implicitement, comme une condition de l'emploi d'une personne, (ii) la soumission ou le refus d'une personne de se soumettre à ce comportement sert de fondement à des décisions patronales qui ont un impact sur cette personne, (iii) ce comportement a pour but ou pour effet de nuire indûment à la capacité de travail ou à la productivité de la personne en cause dans le cadre de son activité professionnelle, ou (iv) ce comportement crée une atmosphère d'intimidation, d'hostilité et d'agressivité dans le milieu du travail⁴⁸³.

§ 3: Le Americans with Disabilities Act

71. Le *Americans with Disabilities Act* (« ADA »)⁴⁸⁴ a eu des effets très positifs sur les attitudes et perceptions vis-à-vis des capacités des individus handicapés⁴⁸⁵. Cette loi fédérale prohibe toute discrimination intentionnelle ou non intentionnelle et couvre les employeurs privés, les États, les gouvernements locaux ainsi que les institutions éducatives.

Cette loi dispose Ce qui suit: «*It is unlawful for an employer to discriminate against a qualified individual with a disability because of the disability of such individual in regard to job application procedures, the hiring, advancement, or discharge of employees, employee compensation, job training, and other terms, conditions, and privileges of employment* ». Cet

⁴⁸² *EEOC Directives transmittal*, n° 9/5.003, 19 avril 2006.

⁴⁸³ FOSTER M., « Le droit du travail et de l'emploi », dans FOLSOM R., LEVASSEUR A., *Pratique des affaires aux États-Unis*, Dalloz, 1994, p. 294.

⁴⁸⁴ *Americans with Disabilities Act*, 42 U.S.C. A para. 12101 et seq. (2007).aq

⁴⁸⁵ ENGEL D., MUNGER F., *Rights of inclusion: Law and identity in the life Stories of Americans with Disabilities*, 2003, p. 241-245. STEIN M., « 15 years from implementation of ADA in the USA: From the perspective of employment and reasonable accommodation », [http:// www.dinf.ne.jp/doc/english/rights/050307/stein.html](http://www.dinf.ne.jp/doc/english/rights/050307/stein.html), 2009.

acte ne mentionne pas expressément l'obésité mais nous verrons que l'obésité malade peut être assimilée à un handicap.

Cet acte prohibe toute discrimination contre un individu qualifié pour le métier en question mais souffrant substantiellement d'un handicap et qui est capable de réaliser les fonctions essentielles de sa position, avec ou sans *reasonable accommodation*⁴⁸⁶. Il cite des moyens de *reasonable accommodation* ou accommodation raisonnable⁴⁸⁷. Il appartient à l'employeur de déterminer quelles sont les fonctions essentielles à la performance du métier en question⁴⁸⁸.

Un individu avec une *disability*, une infirmité ou un handicap est défini comme (i) ayant une déficience physique ou mentale limitant substantiellement une ou plusieurs activités de ses activités majeures, et/ou (ii) ayant un historique de cette déficience, et/ou (iii) étant considéré ou *perçu* comme ayant cette infirmité (*is regarded as having such an impairment*)⁴⁸⁹. Le ADA précise qu'un *impairment* n'inclut pas les caractéristiques ordinaires que sont le poids, la taille et la musculature car elles sont dans la marge normale et ne résultent pas d'une condition physiologique⁴⁹⁰. Les actions sous le ADA ne se limitent pas au poids, mais peuvent s'étendre au défigement cosmétique, auquel l'infirmité s'assimile⁴⁹¹.

En effet, toute défiguration sévère, cicatrices faciales très apparentes⁴⁹² ou extrême petitesse de taille⁴⁹³, peuvent être considérées comme un handicap sous cet acte.

⁴⁸⁶ Quel est le standard pour définir le « raisonnable »? « *Reasonable accommodations may include (i) making existing facilities used by the employees readily accessible to and usable by individuals with disabilities, (ii) job restructuring, (iii) part-time or modified work schedules* ». 42 USCA para.12111 (9) (2007). Voir *Fashion Law (A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 185.

⁴⁸⁷ 42 USC 12101.

⁴⁸⁸ 42 U.S.C.A para. 12111 (8) (2007).

⁴⁸⁹ 29 CFR para.1630.2(g) (2007).

⁴⁹⁰ ADAMITIS E., « Appearance matters: A proposal to prohibit appearance discrimination in employment », *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, p. 200.

⁴⁹¹ 29 C.F.R. §1630.2(h) (2005) (ADA regulations); 34 C.F.R. §104.3(j) (2005), 45 C.F.R. §84.3(j) (2005) (Rehabilitation Act regulations).

⁴⁹² TRUTER L., « Disability rights: Employment developments in Britain », *Journal of South African Law*, 1996, p. 658-660.

⁴⁹³ MILLER PS., « Coming up short: Employment discrimination against little people », *Harvard Civil Rights Liberties*, 1987, p. 231.

72. Un individu “*regarded as disabled*” ou perçu comme étant handicapé doit : (i) avoir une déficience qui ne limite par les activités substantielles de sa vie; ou (ii) avoir une déficience qui limite les activités substantielles de sa vie uniquement en raison de l’attitude d’autrui par rapport à cette déficience; ou (iii) n’a pas de déficience mais est traité par son employeur comme tel⁴⁹⁴. Toutefois, cette catégorie est assez floue pour les cours et la plupart des juges sont réticents à l’utilisation du ADA dans la protection de cette catégorie d’individus.

Il convient de souligner que ‘*is regarded as having such an impairment*’ émane de la *perceived disability theory*. Ainsi, le ADA protège aussi les personnes qui sont substantiellement limitées dans leurs activités principales en raison des mythes et peurs de la société vis-à-vis de l’handicap. Par suite, cela concerne directement l’apparence physique qui suscite des réactions chez les clients des entreprises⁴⁹⁵.

Par suite, selon cet acte, l’individu doit remplir deux conditions : être handicapé et être qualifié pour le travail en question. Dans l’affaire, *Talanda v. KFC National*⁴⁹⁶, le demandeur est licencié car il avait embauché un caissier au restaurant KFC à qui il manquait plusieurs dents. Le demandeur avait refusé de le transférer à un poste qui ne nécessitait pas de contact avec la clientèle. Le superviseur remarque que l’apparence de l’employé n’est pas ‘appétissante’ et pourrait repousser les clients. Selon le demandeur, cela est « *moralement et juridiquement faux* » d’obéir à un tel ordre. Il intente donc une action contre son employeur pour *retaliation* sous le ADA. Le *District Court* (« *Cour du District* ») considère que le fait d’avoir des dents en moins, dans ce cas spécifique, ne peut être interprété comme ayant un ‘*impairment*’ ou être perçu comme ayant un *impairment* si ce dernier ne limite pas substantiellement une ou plusieurs activités principales de la vie. Afin de satisfaire ces conditions, une personne doit être limitée de manière significative dans son habilité à réaliser une certaine classe de métiers. Puisqu’en l’espèce, il était uniquement interdit au salarié de travailler à la caisse, le demandeur n’aurait pas pu croire de manière raisonnable qu’il était *disabled*. Par contre, la Cour poursuit en disant que cela n’empêche pas que les défigurements faciaux ne puissent être considérés comme une

⁴⁹⁴ 29 C.F.R. §1630.2(l) (2006).

⁴⁹⁵ VO L., « A more attractive look at physical appearance-based discrimination: Filling the gap in appearance-based anti-discrimination law », *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 26, 2002, p. 339.

⁴⁹⁶ *Talanda v. KFC National Management Co.*, 140 F.3d 1090 (7th Circuit 1998).

disability au sens du ADA. Il suffit de démontrer que le *impairment* est sévère au point de limiter (ou être perçu comme limitant) les activités principales du salarié.

Le ADA est un fondement très efficace contre toute plainte concernant une embauche ou un licenciement⁴⁹⁷. Toutefois, l'on observe que la jurisprudence n'applique pas un standard consistant pour déterminer si l'obésité constitue ou non une infirmité.

73. Il est intéressant de noter que le ADA fut révisé par le *ADA Amendment Act* (« ADAA »)⁴⁹⁸ dans le but (i) d'élargir la définition de *impairment*, (ii) de définir « *substantially limited* » ou « substantiellement limité » comme une limitation considérable, et (iii) de préciser les « *major life activities* » en tant qu'activités centrales dans la vie d'un individu⁴⁹⁹.

Le ADAA ajoute que les salariés sont considérés *disabled* si les activités suivantes sont compromises en raison de leur obésité : prendre soin de soi, exercer des tâches manuelles, voir, entendre, manger, entendre, dormir, marcher, se tenir debout, porter, se pencher, parler, respirer, apprendre, lire, se concentrer, réfléchir ou communiquer⁵⁰⁰.

L'objectif du ADAA est de rétablir l'esprit initial du ADA et d'étendre autant que possible le nombre d'individus recevables en justice sous cette loi. Ainsi, le ADAA rejette expressément la notion étroite de *substantially limited* dans une majeure activité de la vie⁵⁰¹ ; et indique que ce terme doit être interprété de manière large. D'autre part, la Cour Suprême affirme que la déficience d'une personne doit être déterminée dépendamment de tout médicament ou outil d'assistance qu'il utilise⁵⁰².

⁴⁹⁷ *Americans With Disabilities Act*, U.S.C section 1630.2(I)-(3) (1990).

⁴⁹⁸ *Americans with Disabilities Act Amendments Act*, L. n° 110-325,122,Stat.355 (2008).

⁴⁹⁹ Voir l'affaire *Toyota Motor Mfg, Ky, Inc. V. Williams*, 534 US 184, 196-107 (2002).

⁵⁰⁰ The ADA Amendments Act of 2008, L. n° 110-325, § 2(a)-(b), 122 Stat. 3553, 3554.

⁵⁰¹ *Major life activities* sont définies incluant « *Caring for oneself, performing manual tasks, seeing, hearing, eating, sleeping, walking, standing, lifting, bending, speaking, breathing, learning, reading, concentrating, thinking, communicating and working* ». De plus, cela inclut les « *operations of major bodily functions* » telles que « *immune system, normal cell growth, digestive, bowel, bladder, neurological, brain, respiratory, circulatory, endocrine and reproductive functions* ». *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p.186.

⁵⁰² Voir *Sutton v. United Air Lined Inc.*, 527 U.S. 471 (1999). Dans cette affaire, des jumelles pilotes à la vision faible ne furent pas considérées comme substantiellement limitées dans les activités majeures de leur vie car elles avaient des lunettes ainsi que des lentilles de contact. En effet, la cour décide que les déficiences visuelles sévères corrigées qui permettent aux personnes atteintes de vivre normalement ne constituent pas un handicap. Selon le ADAA, la question de savoir si une personne est substantiellement limitée dans ses activités ne dépend pas des effets mélioratifs grâce à des mesures correctives, à l'exception des lunettes ou lentilles de contact.

74. Qu'en est-il de l'obésité ?

Alors même que les réformes baissent le standard à prouver, le *ADA* n'est pas un fondement toujours efficace pour la discrimination contre les personnes obèses. Il existe un débat autour de la question de savoir si l'obésité est ou non une *disability* ou un handicap.

Le *ADAA* nous intéresse car il est possible d'assimiler l'obésité malade à un handicap. Sous cet acte, la *morbid obesity* est une *disability* (sous la « *regarded as disabled* » clause) quand il y a une preuve d'un désordre physiologique causant directement l'obésité.

Dans une enquête, il a été conclu que parmi les actions reliées au poids qui ont obtenu gain de cause, 13% étaient menées sous le *ADA* et 4% sous d'autres lois sur la *disability*⁵⁰³.

Il convient de noter que nous allons insister sur l'obésité morbide assimilée à un handicap aux États-Unis car le terme apparence physique ne figure pas dans le droit fédéral, contrairement à la France. Cependant, il convient de signaler que la loi n°2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées a, dans son article 114 défini la notion de handicap : « *Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ».

Par suite, nous ne nous attarderons pas sur la question de savoir dans quels cas l'obésité morbide constitue un handicap en droit français. Nous signalons uniquement que la maison départementale des personnes handicapées détermine quand et si un travailleur obèse peut avoir le statut de « salarié handicapé »⁵⁰⁴ et par suite bénéficier de certains avantages.

Revenons au *ADA*. Les actions menées sous cet acte soulèvent des problématiques complexes. Les réclamants sont soit trop *disabled* pour être qualifiés pour le travail soit pas assez *disabled*

⁵⁰³ KATZ M., LAVAN H., « Legality of employer control of obesity », *Journal Workplace Rights*, vol. 13 2008, p. 59-67.

⁵⁰⁴Un salarié handicapé bénéficie de compensation, accommodation au travail et accès à des loisirs, culture,... http://www.mdpf.fr/index.php?option=com_content&view=article&id=115:annexe-2-5-du-code-de-laction-sociale-et-des-familles&catid=49:que-dit-la-loi-&Itemid=74.

pour mériter une protection juridique⁵⁰⁵. Par suite, malgré les progrès opérés par le ADA, ces réformes ne résolvent pas les barrières majeures.

Il convient de noter que l'application du ADA pose des problèmes complexes : de manière générale, les personnes obèses ne se considèrent pas *disabled* et par suite ne forment pas des actions en justice sous le chef du ADA. De plus, intenter une action en cas d'obésité pourrait intensifier les discriminations davantage, car cela reviendrait à assimiler les personnes obèses aux personnes handicapées⁵⁰⁶. De plus, la plupart des personnes qui se considèrent victimes ne sont pas suffisamment 'grosses' pour être qualifiés de *disabled* sous le ADA⁵⁰⁷.

La question de l'obésité s'apparentant à un handicap pour être protégée sous le ADA afin que l'action soit recevable est une question qui mérite notre plus vive attention. C'est la raison pour laquelle cette question sera examinée longuement au cours de l'analyse de la jurisprudence au chapitre 4.

75. Les remèdes proposés sous le ADA sont les injonctions judiciaires ordonnant aux employeurs de stopper toute discrimination, la réintégration, la promotion, le rappel de salaire, le paiement à l'avance, le paiement des honoraires des avocats, des honoraires des témoins experts, des honoraires des experts ainsi que les coûts des tribunaux. Des dommages-intérêts compensatoires et punitifs peuvent être aussi ordonnés à hauteur de 300,000 dollars⁵⁰⁸.

Quels sont les moyens de défense? Un employeur peut tout simplement alléguer que le demandeur n'est pas un individu qualifié selon les dispositions du ADA. Un autre moyen serait d'alléguer qu'un individu ne possède pas de critère directement relié à la *business necessity* et ne peut être satisfait par *reasonable accomodation* ou *accommodation raisonnable*⁵⁰⁹.

⁵⁰⁵(« *Either too disabled to be qualified for their jobs or insufficiently disabled to merit statutory protection* »). THERAN E., « Legal theory on weight discrimination », dans BROWNWELL K., PUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight bias: Nature, consequences, and remedies*, New York: Guilford press, 2005, p. 195, 206.

⁵⁰⁶ KORN J., « Too fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, 2010, p. 60.

⁵⁰⁷CARMICHAEL M., « Do we really need a law to protect fat workers ? », [http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2007/08/05/do we really need a law to protect fat workers/](http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2007/08/05/do_we_really_need_a_law_to_protect_fat_workers/), 5 août 2007.

⁵⁰⁸*Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 185.

⁵⁰⁹*Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorney*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 185.

Enfin, la grande majorité des procès pour handicap ou *disability* sous cet acte sont conclues en faveur de l'employeur.

§ 4: Autres textes

76. A) Le *Rehabilitation Act* de 1973⁵¹⁰, proscrit toute discrimination fondée sur un handicap par des départements ou agences gouvernementales. La définition d'un individu handicapé est la même que celle contenue dans le *ADA* : « *Any person who (i) has a physical or mental impairment which substantially limits one or more of such person's major life activities, (ii) has a record of such impairment, or (iii) is regarded as having such an impairment*⁵¹¹ ». Les sections 501 et 505 de cet acte ont été modifiées par le *ADA* et le Titre VII du *Civil Rights Act*. Les remèdes sous cet acte sont les mêmes que ceux offerts par le Titre VII du *Civil Rights Act*. Pour invoquer cet acte en matière de discrimination à l'embauche, le demandeur à l'action doit démontrer : (i) qu'il a postulé pour un poste; (ii) qu'à cette époque il souffrait d'un handicap connu; (iii) mais qu'il était toutefois qualifié pour la position en question; et (iv) qu'il ne fut pas embauché, uniquement en raison de son handicap.

A l'instar du *ADA*, cet acte adopte la *perceived disability theory*. Dans une affaire intéressante⁵¹², une employée, *perçue* comme substantiellement limitée, tombe sous la théorie de *perceived disability* sous cet acte. Pourquoi ? Parce que du fait qu'il lui manque des dents, les clients la trouvent repoussante. Ils la perçoivent comme étant en inadéquation avec le métier et donc limitée dans les activités principales de sa vie⁵¹³.

B) Le *Age Discrimination in Employment Act*⁵¹⁴ (le « *ADEA* ») prohibe toute discrimination contre des individus de 40 ans et plus, dans tout aspect du travail. Les moyens de défense sous le cet acte sont, à l'instar du *Civil Rights Act*, la *legitimate business justification* et le *BFOQ*.

⁵¹⁰*Rehabilitation Act of 1973* (L. 93-112).

⁵¹¹*Americans with Disabilities Act*, 29 U.S.C. § 706(8)(B) (1988).

⁵¹²*Hodgdon v. Mt. Mansfield Co.*, 624 A.2d 1122, 1132 (Vt. 1992).

⁵¹³ Le *ADA* protège les individus qui sont substantiellement limités dans des activités majeures de leurs vies. «*substantially limited in a major life activity [due to] . . . society's accumulated myths and fears about disability[ies] . . . [which] are as handicapping as are the physical limitations that flow from actual impairment*».

⁵¹⁴*Age Discrimination in Employment Act* 29 USCA para.623 (2007).Premier en 1967.

C) Le *Equal pay Act*⁵¹⁵ fait partie du *Fair Labor Standards Act*⁵¹⁶. Tel que révisé, il s'applique aux employeurs qui ont des commerces internationaux et prohibe la discrimination fondée sur le sexe.

D) Le *Pregnancy Discrimination Act* de 1978⁵¹⁷ a modifié le *Civil Rights Act* pour définir la discrimination sur le fondement du sexe afin d'inclure la prohibition de discrimination en raison de la grossesse, de l'accouchement ou de tout autre problème médical y lié, tant que la salariée en question est capable d'effectuer ses fonctions majeures lors de son travail.

E) Le *Genetic Information Non-discrimination Act* de 2008⁵¹⁸ interdit toute discrimination basée sur l'information génétique et s'applique à tous les individus couverts par le Titre VII du *Civil Rights Act* et certaines entités, incluant les compagnies d'assurances et les employeurs⁵¹⁹. Ce titre prohibe les employeurs, agences, organisations de travail, comités de travail et de management de contrôler les programmes d'apprentissage ou de training sur la base de l'information génétique ; d'user des représailles, de limiter, de ségréger ou de classer sur la base de l'information génétique ; de demander des informations génétiques (sauf exception) ; ou de dévoiler des informations génétiques, (sauf quelques exceptions)⁵²⁰. L'employeur peut toutefois dévoiler des maladies si elles relèvent de conditions manifestes et qu'elles sont non génétiques.

F) La *Equal Protection Clause* ou la *Due Process Clause*

Lorsque les salariés s'opposent à des prescriptions sur la politique vestimentaire, ils peuvent agir sous la garantie constitutionnelle de la liberté et plus précisément sous la *Due Process Clause* garantie par le 14^{ème} amendement de la Constitution américaine « *No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the US nor shall*

⁵¹⁵ *Equal Pay Act*, 29 U.S.C.A. para. 206 (d) (2007); 29 CFR para. 1620 et seq. (2007). Si un homme est mieux payé qu'une femme accomplissant le même travail, il y a violation du EPA et du *Civil Rights Act*.

⁵¹⁶ *Fair Labor Standards Act* 29 U.S.C.A para. 201 & seq. (2007).

⁵¹⁷ *Pregnancy Discrimination Act* 42 U.S.C..A para. 2000^c(k).(2007).

⁵¹⁸ 42 USC para. 1918a. Les mêmes sanctions que le *Civil Rights Act* et le *ADA* s'appliquent.

⁵¹⁹ La définition d'information génétique est toute information sur un individu ou sa famille, concernant les tests génétiques, analyses sur le ADN humain, chromosomes, protéines ... *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 178.

⁵²⁰ *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York, p. 178.

any State deprive any person of life, liberty or property, without due process of law, nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws»⁵²¹. En effet, la Cour Suprême offre une protection réduite pour l'intervention du gouvernement dans les choix de l'apparence physique⁵²².

La *Due Process Clause* requiert qu'aucun individu ne peut être privé de vie, liberté ou propriété sans procès équitable dans la loi⁵²³. Selon cette clause, dans certains cas, une régulation gouvernementale excessive de l'apparence physique est interdite car portant atteinte à la liberté.

Il convient de remarquer que la Cour Suprême a toujours admis que cette clause ne faisait pas obstacle à la création de différences de traitement lorsqu'elle vise des personnes différemment situées ou étaient justifiées par la poursuite d'un intérêt général⁵²⁴.

Les actions sous ce chef sont rarement couronnées de succès car les intérêts des salariés doivent être contre balancés avec ceux du chef d'entreprise ; lesquels dans la plupart des cas, prévalent et permettent aux managers de contrôler l'acceptabilité de l'apparence physique⁵²⁵.

G) Le *Fair Labor Standards Act*

Il est important de noter que la question du port d'uniformes est régie par la loi fédérale du *Fair Labor Standards Act*⁵²⁶ lorsqu'il s'agit de salaires et d'horaires gouvernant la plupart des employés dans des compagnies de commerces interétatiques⁵²⁷. Cet acte spécifie que dans l'hypothèse où l'employeur prescrit de manière générale une façon de s'habiller sans spécification précise et permet des variations dans les détails des habits, les vêtements portés par les salariés ne seront pas considérés comme étant des uniformes. En revanche, si un employeur

⁵²¹ U.S. Const. amend. XIV, § 1 (« [n]o state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law »).

⁵²² KLARE K., « Power/dressing: Regulation of employee appearance », *New England Law Review*, vol. 26, 1992, p. 1395, 1402.

⁵²³ U.S. Const. amend. XIV, § 1.

⁵²⁴ *F.S. Royster Guano Co. v. Commonwealth of Virginia*, 253 US 412.415 (1920).

⁵²⁵ KLARE K., « Power/dressing: Regulation of employee appearance », *New England Law Review*, vol. 26, p. 1992, p. 1395, 1402.

⁵²⁶ 29 USCA para. 201 et seq. (2007).

⁵²⁷ Pour être couvert par le *Fair Labor Standards Act*, un employeur doit être une entreprise engagée dans le commerce ou la production de biens pour le commerce, 29 USCA para. 203 (3) (s).

prescrit un type et un style spécifique (jaquette, jupe et blouse,...), ce sont des uniformes⁵²⁸. Ce point sera détaillé au chapitre 4.

Il convient de noter que l'obligation de non discrimination incombe à l'employeur ainsi qu'au cabinet de recrutement mandaté par lui.

Par conséquent, le droit fédéral n'offre aucune protection directe en matière de *lookisme* et plus spécifiquement en matière de *grossophobie*⁵²⁹. Qu'en est-il du droit des États fédérés ?

En matière de discrimination, la plupart des droits des États fédérés (à chaque État sa procédure et sa prescription) fournit davantage de protection que le droit fédéral.

Section 2 : Au niveau des États fédérés

§ 1: New York

77. Le *New York State Human Rights Law* prohibe toute discrimination fondée sur les critères suivants : race, croyance, couleur, origine nationale, genre, orientation sexuelle, infirmité, statut marital, statut militaire, caractéristiques génétiques prédisposées, casier judiciaire, statut en tant que victime de violence domestique, ou représailles fondées sur l'appartenance à une activité protégée juridiquement⁵³⁰. Aussi, le *New York City Human Rights Law* prohibe toute discrimination fondée sur les critères suivants : race, couleur, croyance, âge, origine nationale, extranéité ou statut de citoyenneté, genre (identité de genre, harcèlement sexuel, sexe actuel ou perçu, *auto-image*, *apparence*, comportement, et/ou expression), orientation sexuelle, infirmité, statut marital, statut de partenariat, casier judiciaire, statut de victime de violence domestique, harcèlements et offenses sexuelles⁵³¹, actuels ou perçus (*actual or perceived*).

⁵²⁸ Dans les hôtels, les hôpitaux, les gardiens, le personnel d'hygiène. Voir aussi le Department of Labor, Field operations Handbook 30c12(f).

⁵²⁹ ROEHLING M., « Weight discrimination in the American workplace: Ethical issues and analysis », *Journal of Business Ethics*, vol. 40, 2002, p. 177.

⁵³⁰ New York Exec. Law para.296 (2007).

⁵³¹ New York City Admin.Code para.8-107 (2006).

Les lois qui suivent prohibent spécifiquement la discrimination fondée sur l'apparence physique. Elles sont un exemple frappant du *wilfull blindness* ou aveuglement volontaire.

§ 2: Michigan

78. L'État de Michigan est le seul État aux l'États-Unis, à prohiber la discrimination à raison du poids et de la taille. Le *Elliot-Larsen Civil Rights Act*⁵³² proscrit toute discrimination fondée sur la religion, la race, la couleur, l'origine nationale, l'âge, le sexe, le poids, la taille, le statut familial ou le statut marital⁵³³. Cet acte autorise l'exception de *BFOQ*, uniquement lorsque le défendeur prouve que le poids ou la taille étaient des requis raisonnablement nécessaires à une opération ordinaire de l'entreprise. En 1999, Ombudsman explique la raison derrière cet acte :

« ... l'État de Michigan a ajouté le poids et la taille en 1975 ... et ceci car le poids est souvent lié à des groupes ethniques ou aux femmes, l'État a décidé qu'il était approprié d'ajouter le poids dans une politique contre la discrimination qui englobe un large éventail de critères ».

Cette loi a connu un succès assez faible⁵³⁴ et depuis 1975, il y a eu très peu d'actions en justice fondées sur ce critère. Cet ajout de critère n'a pas gêné les employeurs⁵³⁵.

Les sanctions comprennent la réintégration de la personne lésée, le versement de dommages-intérêts, le remboursement des honoraires des avocats et des amendes variant de 10,000 dollars à 50,000 dollars si la *Human Rights Commission* le demande ou si l'action civile est intentée par un individu.

§ 3: Santa Cruz (Californie)

79. En Californie, le *Fair Employment and Housing Act* (« *FEHA* »)⁵³⁶ détermine les règles contre la discrimination en matière d'emploi, d'habitat, d'accommodation et de services publics.

⁵³²Elliott-Larsen Civil Rights Act, MICH.COMP.LAWS § 37.2102 (2004).

⁵³³Elliott-Larsen Civil Rights Act, MICH.COMP.LAWS § 37.2102 (2004).

⁵³⁴ MANSON K., « Employment discrimination against the overweight », *University of Michigan Journal of Law Reform*, vol. 15, 1982, p. 337, 353-54. *DiCarlo v. Potter*, 358 F.3d 408 (6th Circuit 2004) (poids et âge) *Terry v. Daimlerchrysler Corp.*, n° 263339, (2005) WL 3479823, (Michigan Appeal, 20 décembre 2005); *Grech-Berry v. Way Bakeries, Inc.*, n° 248841, 2005 WL 415642.

⁵³⁵SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice: Fighting Weight-Based Discrimination*, Amherst, New York Prometheus Books, 2000, p. 245.

⁵³⁶ California Government Code para. 12960 et seq. (2007). Un employeur est responsable sous le *FEHA* dans les cas suivants : (i) s'il harcèle ou agit de manière discriminatoire envers un salarié protégé ; (ii) s'il omet de prévenir

Aussi, une ordonnance du conseil municipal de Santa Cruz prohibe toute décision reliée à l'emploi si elle est fondée sur l'âge, la race, la couleur, la croyance, la religion, l'origine nationale, l'ancestralité, l'infirmité, le statut marital, le sexe, le genre, l'orientation sexuelle, la taille, le poids et les caractéristiques physiques⁵³⁷.

Cette ordonnance définit la discrimination comme suit: « *'discriminate', 'discrimination' or 'discriminatory' means any act, policy, or practice which regardless of the intent, has the effect of subjecting any person to differential treatment as a result of that person's actual or perceived age, color, creed religion, national origin, ancestry, disability, marital status, sex, sexual orientation, gender identity or expression, weight or height*⁵³⁸ ». Cette ordonnance est le résultat d'une action en justice qui avait échoué malgré des faits en question⁵³⁹. Elle fut provoquée par un groupe d'activistes, le *Body Image Task Force*, et fut surnommée par les médias la « *purple hair ordinance* » ou la « *ugly ordinance*⁵⁴⁰ » ou encore « *the most far-reaching anti-discrimination law in the country*⁵⁴¹ ». Il s'agissait d'une publicité offensive pour un centre de fitness qui a entraîné de vives protestations, et des mouvements de support pour une ordonnance anti-discrimination. Les témoignages auprès de la Commission des droits de l'homme de San Francisco ont créé une sensibilisation sur la *grossophobie* pratiquée par les employeurs, les professionnels de santé et le manque d'installations appropriées à toutes les tailles et d'équipement médical⁵⁴². Cette affaire a provoqué un débat intense⁵⁴³ sur les mérites des lois *anti-lookisme*⁵⁴⁴.

un harcèlement ou une discrimination ; ou (iii) s'il use des représailles envers un salarié qui avance une plainte pour discrimination ou harcèlement, indépendamment du mérite de la plainte. Toutefois, le *FEHA* permet tout genre de discrimination s'il est fondé sur un *Bona Fide Occupational Qualification*⁵³⁶.

⁵³⁷Santa Cruz, Cal., Mun. Code § 9.83 (1992),

voir <http://www.genderadvocates.org/policy/Ordinances/Laws/Santa%20Cruz>.

⁵³⁸ « Tout acte, politique ou pratique qui, indépendamment de l'intention, a pour effet de faire subir à un individu un traitement différentiel en raison de son âge perçu ou réel, couleur, croyance, religion, origine nationale, ancestralité, handicap, statut marital, sexe, orientation sexuelle, identité ou expression de genre, poids ou taille ».

⁵³⁹*Cassista v. Community Foods, Inc*, 856 P. 2d 1143 (California Supreme Court, 1993).

⁵⁴⁰BROWN W., *States of injury: Power and freedom in late modernity*, 1995, p. 66.

⁵⁴¹GROVES M., « Looks won't mean a lot if anti-bias law is approved », *L.A. Times*, 24 janvier 1992, p. 3.

⁵⁴²SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice: Fighting weight-based discrimination*, Amherst, NY: Prometheus Books, 2000, p. 150.

⁵⁴³POST R., « California in brief; Santa Cruz; council backs ban on looks bias », *L.A. Times*, 13 février 1992, B8.

⁵⁴⁴Editorial, Santa Cruz' Weirddocracy, *Wash. Times*, Jan. 21, 1992, at F2.

Selon cette ordonnance, pour se défendre, le défendeur doit prouver (i) que la discrimination est en réalité un résultat inévitable du *BFOQ*, et (ii) qu'il n'existe pas un autre moyen non discriminatoire de satisfaire ce *BFOQ*⁵⁴⁵ ou qu'il s'agit d'un *reasonable business purpose*.

Les cours peuvent octroyer les compensations suivantes : dommages-intérêts compensatoires, honoraires des avocats, *equitable relief*, injonction envers le défendeur de stopper immédiatement toute pratique discriminatoire illégale⁵⁴⁶.

L'apparence physique est définie dans cette ordonnance comme suit: « *A bodily condition or bodily characteristic of any person which is from birth, accident, or disease, or from any natural physical development, or any other event outside the control of that person including individual physical mannerisms* »⁵⁴⁷.

Il est très intéressant de noter qu'à l'issue de protestations, le terme 'apparence' fut remplacé par le terme 'caractéristique' qui est défini comme suit : « *any condition which is from birth, accident, or disease, or from any natural physical development, or any other event outside the control of that person* ». Ainsi, cette ordonnance prohibe toute discrimination arbitraire fondée sur un aspect de l'apparence physique qui est au-delà du contrôle de quelqu'un.

Tout ce qui présente un danger pour la santé, le bien-être ou la sécurité n'est pas protégé.

Le message de cette ordonnance est d'embaucher la personne la plus qualifiée parmi les personnes qualifiées⁵⁴⁸. « *People should be judged on the basis of real criteria, their ability to perform the job or pay the rent, and that should be the sole criteria* »⁵⁴⁹.

Par ailleurs, certaines sources indiquent que des individus sont même allés jusqu'à déménager jusqu'à Santa Cruz pour être protégées contre toute discrimination liée au poids⁵⁵⁰.

§ 4: District of Columbia (Washington)

80. Le *District of Columbia Human Rights Act*⁵⁵¹ couvre un large éventail de fondements de discrimination. En plus des critères protégés par le *Civil Rights Act*, ce Code prohibe toute

⁵⁴⁵ Santa Cruz, Cal., County Code para. 8.52.080 (F)(2009).

⁵⁴⁶ Santa Cruz, Cal., Mun.Code para.9.83.120 (2)(c)(2008).

⁵⁴⁷ Santa Cruz, Cal., Mun. Code §§ 9.83.01, 9.83.02(13) (1992).

⁵⁴⁸ GROVES M., « Looks won't mean a lot if anti-bias law is approved », *L.A. Times*, 24 janvier 1992, p.A3.

⁵⁴⁹ PADDOCK R., « California album; Santa Cruz grants anti-bias protection to the ugly », *L.A. Times*, 25 mai 1992, p. A3.

⁵⁵⁰ SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice: Fighting weight-based discrimination*, Amherst, NY: Prometheus Books, 2000, p. 243.

discrimination fondée sur le *poids*, la *taille* et *l'apparence personnelle*, sauf exception si la discrimination est non intentionnelle, justifiée par une *business necessity* ou un *reasonable business purpose* ou *BFOQ*. La définition de *personal appearance* est la suivante: « *the outward appearance of any person... with regard to bodily condition or characteristics, manner or style of dress, and manner or style of personal grooming, including but not limited to, hair style and beards. It shall not relate, however, to the requirement of cleanliness, uniforms, or prescribed standards, when uniformly applied for admittance to a public accommodation, or when uniformly applied to a class of employees for a reasonable business purpose; or when such bodily conditions or characteristics, style or manner of dress or personal grooming presents a danger to the health, welfare or safety of any individual* »⁵⁵². Nous remarquons donc qu'ici, les caractéristiques physiques mutables (à titre énonciatif tenue vestimentaire et coiffure) sont protégées.

L'objectif de cet acte est de fournir une protection à toute discrimination non protégée sous le Titre VII du *Civil Rights Act*. Plus précisément, c'est la prise de conscience que certaines personnes sont désavantagées dans certains segments du marché du travail, du fait de leur handicap physique, de leur apparence disgracieuse ou de leur penchant homosexuel, qui a conduit à la rédaction de cet acte⁵⁵³. De plus, le poids et la taille sont inclus dans cette loi car l'on considère qu'ils sont liés à certains groupes ethniques⁵⁵⁴.

En matière de preuve, on utilise les mêmes schémas que le *Civil Rights Act* de 1991, que nous élaborerons au chapitre 2. Les demandeurs doivent uniquement prouver que c'est une *prima facie* case ou bien fournir une preuve directe de discrimination ; et ils doivent prouver que la

⁵⁵¹ *District of Columbia Human Rights Act*, D.C. Code Ann. § 2-1402.11 (2001).

⁵⁵² *District of Columbia Human Rights Act*, D.C. Code Ann. § 2-1402.11 (2001). « *L'apparence extérieure a une personne... en rapport avec ses conditions ou caractéristiques corporelles, sa manière ou style de se vêtir, incluant de manière numérative le style de cheveux ou de barbes. Toutefois, ce n'est pas en rapport avec les exigences reliées a la propreté, les uniformes ou les standards prescrits lorsqu'ils sont appliquées de manière uniforme pour accommodation publique ou lorsque ces caractéristiques ou conditions corporelles, style ou manière de se vêtir présentent un danger à la santé, bien-être ou sécurité de tout individu* ».

⁵⁵³ Le but de cet acte: «*Aware that there were certain classes of persons whose characteristics placed them at a disadvantage in some segments of the labor market, e.g., persons with physical handicaps, unprepossessing appearance, homosexual proclivities, or burdensome domestic obligations, the Council decided to add persons thus afflicted as well as others to the list of categories protected against employer disfavor*».

Nat'l Broad, Co., Inc. v. D.C. Comm'n on Human Rights, 463 A.2d 657, 661-62 (D.C. Circuit 1983).

⁵⁵⁴ SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice: Fighting weight-based discrimination*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2000, p. 245.

discrimination était l'un des facteurs motivant la décision de discrimination⁵⁵⁵. Élaborons. La première étape est la suivante : Le demandeur établit une *prima facie* case qui crée une présomption simple de discrimination que l'employeur s'est engagé dans des pratiques discriminatoires⁵⁵⁶. Ensuite, la charge de la preuve est déplacée vers le défendeur qui doit démontrer une raison légitime et non discriminatoire. La personne supposément victime doit alors à son tour démontrer que la discrimination est l'un des motifs de la décision⁵⁵⁷. Il est intéressant de noter que le *District of Columbia Human Rights Act* présente un schéma identique de transfert de charge de la preuve⁵⁵⁸. Par suite, la charge ultime de preuve réside dans la partie plaignante, en ce qu'elle doit prouver que l'employeur a voulu intentionnellement lui administrer un traitement discriminatoire⁵⁵⁹ pendant que les stades de transfert de preuve intermédiaires sont partagés entre l'employeur et la partie plaignante⁵⁶⁰.

Malgré la prohibition de discrimination fondée sur l'apparence physique, cet acte octroie le droit aux employeurs de réguler l'apparence en matière de propreté, uniformes ou standards. Les normes prescrites sont permises lorsque l'employeur démontre ce qui suit : (i) l'existence même d'une norme prescrite ; (ii) le fait que ce standard est appliqué de manière uniforme à une classe d'employés ; et (iii) le fait qu'il existe un *reasonable business purpose* pour ce standard prescrit⁵⁶¹. La jurisprudence a interprété cette exception de manière large⁵⁶².

⁵⁵⁵ *Byrnes v. Frito-Lay, Inc.*, 811 F. Supp. 286, 291 (Michigan 1993). Voir aussi *Ross v. Beaumont Hosp.*, 687 F. Supp. 1115, 1124 (E.D. Michigan 1988). (Applique l'analyse de discrimination fondée sur l'âge utilisée par la cour suprême de Michigan, *Matras v Amoco Oil Co*, 424 Mich 675; 385 NW2d 586 [1986], to a weight discrimination action under the Civil Rights Act). *Atlantic Richfield Co. v. DC Commission on Human Rights*, 515, A2d 1095, 1099 (D.C.1986).

⁵⁵⁶ *Atlantic Richfield Co. v. D.C. Comm'n on Human Rights*, 515 A.2d 1095, 1099-1100. (D.C. 1986). Voir aussi *Kennedy v. Dist. of Columbia*, 654 A.2d 847, 858 (D.C. Ciruiut 1994) (département de pompiers, code vestimentaire jugé discriminatoire).

⁵⁵⁷ *Atlantic Richfield Co. v. DC Commission on Human Rights*, 515, A2d 1095, 1099 (D.C.1986).

⁵⁵⁸ Voir *Atlantic Richfield Co. v. D.C. Comm'n on Human Rights*, 515 A.2d 1095, 1099 (D.C. 1986) (« [T]his court has adopted the Supreme Court's approach with respect to the allocation of the burdens of proof under Title VII of the Civil Rights Act of 1964... »).

⁵⁵⁹ *Tex. Dep't of Cmty. Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, 253 (1981).

⁵⁶⁰ *Atlantic Richfield Co. v. D.C. Comm'n on Human Rights*, 515 A.2d 1095, 1099 (D.C. 1986).

⁵⁶¹ D.C. Code Ann. Para.para. 2-1401.02 (22) (Lexis Nexis 2008).

⁵⁶² *Kennedy v. Barry*, 516 A.2d 176, 177 (D.C. 1986).

§ 5: San Francisco

81. En 2001, une loi est entrée en vigueur prohibant la discrimination basée sur le poids et la taille⁵⁶³. Les sanctions prévues sont des dommages-intérêts compensatoires, des amendes, les honoraires d'avocats, les frais judiciaires et les dommages punitifs⁵⁶⁴. Durant les huit premières années, seules deux actions furent intentées sous le chef de cette loi⁵⁶⁵.

§ 6 : Binghamton⁵⁶⁶

82. Cette loi locale interdit toute discrimination fondée sur l'âge actuel ou supposé, la race, la couleur de peau, la croyance, la religion, l'origine nationale, l'ancestralité, le handicap, le statut marital, le sexe, l'orientation sexuelle, l'identité de genre ou d'expression⁵⁶⁷, le *poids* ou la *taille*⁵⁶⁸.

Ces interdictions sont applicables au travail, à l'éducation, au logement et transactions immobilières, et aux accommodations publiques.

§ 7: Howard County, Maryland

83. Le Code Civil contient une prohibition de toute discrimination fondée sur « l'apparence personnelle ». Le Code la définit de manière à englober « *the outward appearance of a person with regard to hair style, facial hair, physical characteristics or manner of dress.* » Cela n'est

⁵⁶³ S.F., Cal., Admin.Code para. 12 A.I (2008)

⁵⁶⁴ S.F., Cal., Police Code para.3304, 3306, 3308 (2008).

⁵⁶⁵ Letter from Larry Brinkin, Senior Contract Compliance Officer, S.F. Human Rights Commission, to Sonia Moss, 5 avril 2007.

⁵⁶⁶ Adopté par the City Council of the City of Binghamton 12-15-08 by L.L. n° 1-2008.

⁵⁶⁷ « "Gender identity or expression" shall mean having a gender identity, self-image, appearance, behavior or expression whether or not that gender identity, self-image, appearance, behavior or expression is different from that traditionally associated with the sex assigned to that person at birth ».

⁵⁶⁸ « "Height" or an individual's unique physical composition of weight through body size, shape and proportions. "Weight" encompasses, but is not limited to, an impression of a person as fat or thin regardless of the numerical measurement. An individual's body size, shape, proportions, and composition may make them appear fat or thin regardless of numerical weight. Height is a numerical measurement of total body height, an expression of a person's height in relation to weight, or an individual's unique physical composition of height through body size, shape and proportions.

"Height" encompasses, but is not limited to an impression of a person as tall or short regardless of numerical measurement. The length of a person's limbs in proportion to the person's body may create an impression that the person is short, tall, or atypically proportioned, independent of numerical measurements of height ».

pas relié à la propreté, les uniformes ou l'uniforme prescrit, lorsque ces derniers sont uniformément appliqués. Les remèdes incluent des sanctions civiles telles qu'une amende de maximum 5,000 dollars⁵⁶⁹. Entre 2003 et 2007, 16 plaintes (dont une uniquement fondée sur l'apparence physique) furent déposées au *Office of Human Rights*. Les solutions étaient soit le paiement des indemnités soit de changer de politique⁵⁷⁰.

§ 8: Urbana, Illinois⁵⁷¹

84. L'état d'Urbana prohibe toute discrimination fondée sur l'apparence physique. Toutefois, aucune action n'a été intentée sous cet acte, probablement parce que les sanctions sont très réduites.

§ 9: Madison, Wisconsin

85. Cet État a connu le plus grand nombre de plaintes. Il prohibe toute discrimination fondée sur l'apparence physique en matière d'emploi, de crédit, d'habitat et d'accommodations publiques, à l'exception de tout standard de propreté, uniforme ou vêtement, si ces standards sont uniformément appliqués. Les remèdes incluent des dommages-intérêts compensatoires, des injonctions, les honoraires des avocats et des coûts judiciaires raisonnables⁵⁷².

Nous observons donc une certaine empathie du législateur envers une certaine 'catégorie' de personnes. Ces lois devraient sans nul doute servir de modèle au Titre VII du *Civil Rights Act* ainsi qu'aux lois des autres États américains⁵⁷³.

⁵⁶⁹ County of Howard, Md., Code para. 12.200 (II), 12.201 (XIV) (1992). Note : le *Office of Human Rights* refuse de divulguer des rapports sur des plaintes pour confidentialité, County of Howard, Md., Code para. 12.200 (II), 12.201 (XIV) (1992).

⁵⁷⁰ C. Vernon Gray, Report on Howard County MD office of Human Rights, 'Personal Appearance' Cases Filed Between January 1, 2003 and December 31, 2007 (19 septembre 2008).

⁵⁷¹ Urbana, Ill., Mun.Code § 12-37 (2007), <http://www.city.urbana.il.us/> (version en ligne adoptée en 1979).

⁵⁷² Madison, Wis., Code of Ordinances para. 39.03 (I), 39.03(2)(bb) (2007), para. 39.03 (10)(b)(7) (granting the Equal opportunities Commission the power to adopt necessary rules and regulation) ; Equal opportunities Commission, Madison, Wis., Rules of the Equal opportunities Commission para. 10 (2008), voir <http://www.cityofmadison.com/der/documents/Rules.pdf>.

⁵⁷³ Dans le même sens, voir ADAMITIS E., « Appearance matters: A proposal to prohibit appearance

Ces lois permettent à des personnes parfaitement qualifiées de continuer à travailler, et forcent les employeurs à changer leurs politiques discriminatoires, faisant ainsi triompher l'objectif national d'égalité d'opportunité⁵⁷⁴. Cependant, aucune juridiction n'a connu un flot d'actions en justice frivoles⁵⁷⁵.

§ 10: Massachusetts?

86. L'histoire des droits civils de l'État du Massachusetts indique que les lois contre la discrimination ont progressé⁵⁷⁶ même si les tentatives d'inclusion ont été soumises à de fortes oppositions⁵⁷⁷. Malgré certaines réticences à son égard⁵⁷⁸, le *Fair Employment Practice Act* de 1946 sert d'outil central pour la réalisation de l'acceptation et la tolérance en droit du travail⁵⁷⁹. Cet acte prohibe toute discrimination en raison de la race, la couleur, la religion, l'origine nationale, le sexe, l'âge, l'orientation sexuelle, l'information génétique ou ancestrale, en l'absence de *Bona fide occupational qualification*⁵⁸⁰.

En 2007, le représentant de Massachusetts Monsieur Byron Rushing introduit la législation afin de prohiber la discrimination fondée sur le poids et la taille en matière d'emploi, d'habitat et de biens immobiliers⁵⁸¹. Toutefois, chaque année, et jusqu'à aujourd'hui, cette proposition de loi n'a pas obtenu de vote. Selon lui, un changement devrait assurément se produire⁵⁸².

discrimination in employment », *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, p. 195, 196-97.

⁵⁷⁴KRISTEN E., « Addressing the problem of weight discrimination in employment », *California Law Review*, vol. 90, 2002, p. 102.

⁵⁷⁵RHODE D., *The beauty bias: the injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 126.

⁵⁷⁶ Voir Massachusetts Commission Against Discrimination, the history of the MCAD, <http://www.mass.gov/mcad/history.html> (2008).

⁵⁷⁷MAYHEW L., *Law and equal opportunity: A study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Harvard University Press 1968, p. 84. Massachusetts Commission Against Discrimination, The History of the MCAD, <http://www.mass.gov/mcad/history.html> (last visited Oct. 30, 2008).

⁵⁷⁸ En 1946, l'on craignait que cette loi ne soit interprétée comme un obstacle au business car les personnes appartenant aux catégories protégées pourraient provoquer de la mauvaise publicité au business, faisant par la suite de Massachusetts un mauvais cadre de travail. MAYHEW L., *Law and equal opportunity: A study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Harvard University Press, 1968.

⁵⁷⁹MAYHEW L., *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Harvard University Press 1968, p. 120.

⁵⁸⁰ Mass. Gen. Laws ch. 151B, § 4(1)(1B) (2000). Voir Massachusetts Commission Against Discrimination, Employment Discrimination Guidelines, <http://www.mass.gov/mcad/forEmployers.html> (last visited Oct. 30, 2008).

⁵⁸¹Voir H.R. 1844, 185th Gen. Ct., Reg. Sess. (Mass. 2007) (proposition d'ajouter le poids et la taille au statut de Massachusetts contre la discrimination).

⁵⁸² « *Is there is a growing number of people who think this should happen and an even larger number of people who think we should at least be talking about it* », dans ANDERSON L., « Lending heft to an anti-bias campaign: Massachusetts bill aims to stem discrimination against the overweight, but some don't want a 'green light' to be fat »,

Ainsi, ces lois prônent non pas l'égalité mais l'égle opportunité, c'est-à-dire qu'elles créent un terrain de compétition fondée sur des termes égaux permettant la prise de décisions fondées uniquement sur le mérite des individus les plus qualifiés en faisant triompher l'essence même des lois contre la discrimination.

Nous voyons qu'aujourd'hui aux États-Unis, les lois sont insuffisantes et permettent la prise de décisions irrationnelles dans lesquelles, par exemple, l'obésité modérée ou l'excès de poids n'affectent ni la performance du métier ni les activités majeures de la vie. De plus, se fonder sur la législation sur le handicap pour défendre des cas de *lookisme* n'est certainement pas la solution. Enfin, le *lookisme* pur est légal ou illégal dépendamment de l'État dans lequel on se trouve, ce qui nous paraît illogique.

Dans la pratique, les lois contre la discrimination ne devraient pas être interprétées de manière abstraite, mais plutôt imaginées dans une approche contextuelle ou sociologique⁵⁸³.

Section 3 : Equal Employment Opportunity Commission (« EEOC »)

87. Par le passé, cette commission s'appelait *Federal Employment Practice Commission*⁵⁸⁴. À l'origine, son rôle (commission sur l'égalité des chances dans l'emploi) était d'interpréter et de renforcer les dispositions du *Civil Rights Act*⁵⁸⁵.

Elle peut coopérer avec les agences régionales et celles des États dans leurs missions éducatives de promotion. Elle peut aussi assister les employeurs dans la mise en conformité de leurs pratiques d'emploi avec la loi. À partir des rapports établis par les employeurs sur l'état des discriminations dans leurs politiques d'emploi, la commission adopte des régulations destinées à aider les employeurs, bureaux de placement, syndicats et organismes de formation professionnelle à se conformer à la loi. Elle peut aussi faire une étude technique appropriée pour mettre en œuvre les politiques du Titre VII et publier les résultats de ces études.

Chi. Trib., 28 avril 2008, WLNR 7852996. MORRIS T., « Civil Rights/ Employment law-states carry weight of employment discrimination protection: resolving the growing problem of weight bias in the workplace », *Western New England Law Review Association, Inc.*

⁵⁸³ GREYD T., « Cover blindness », *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 65.

⁵⁸⁴ HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux Etats-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004, p. 47.

⁵⁸⁵ ARVEY R., « Unfair discrimination in the employment interview: legal and psychological aspects », *University of Houston, Psychological Bulletin*, vol. 86, n° 4, 1979, p. 736-765.

Par suite, ses pouvoirs se limitent au conseil, assistance et mise en œuvre volontaire du titre VII et autres lois contre la discrimination. De plus, la commission joue un rôle important dans l’instruction des plaintes des victimes de la discrimination et dans l’organisation de la procédure de conciliation.

La saisine peut se faire soit par la victime présumée soit par un membre de la commission ayant de sérieux soupçons quant à la violation de la loi de la part de l’employeur, du bureau de placement ou du syndicat. La *EEOC* informe par une lettre de détermination l’employeur et la partie plaignante. Si le défendeur refuse de coopérer avec la commission (refuse de communiquer des documents), la *EEOC* peut demander à la Cour du District compétente d’adopter une injonction ordonnant au défendeur de se conformer à ses demandes⁵⁸⁶.

Limitée à la négociation et à la conciliation, la *EEOC* n’a aucun pouvoir de sanction contre les employeurs. Cet organisme tente une conciliation entre les parties et leur propose une solution⁵⁸⁷. Les cours à leur tour peuvent enjoindre le requérant de cesser les pratiques de discrimination et ordonner toute mesure positive qu’elle estime appropriée qui pourra inclure la réintégration ou le recrutement d’employés avec ou sans arriérés de salaire⁵⁸⁸. Enfin, la section 707(a)⁵⁸⁹ habilite le ministre de la justice à intenter des recours au nom des États-Unis devant les Cours du District lorsqu’il y a de fortes présomptions concernant l’existence préalable de pratiques de discrimination généralisée (*pattern or practice discrimination*) qui ont pour but de priver les minorités visées par la loi de l’égalité des chances dans l’emploi. En effet, les *pattern of practice* sont un indice important dans l’évaluation d’une discrimination.

Sous le Titre VII et le *ADA*, la partie qui a déposé la charge peut demander une notice de droit de poursuivre en justice de la *EEOC* dans un délai de 180 jours après que la charge soit déposée et peut, dans un délai de 90 jours après avoir obtenu la notification, former une action en justice. Sous le *ADEA*, une action en justice peut être formée 60 jours après le dépôt de la charge auprès

⁵⁸⁶ Section 710(b), 42 USC 2000e-9(b).

⁵⁸⁷ Section 706(e), 42 USC 2000e-5(e). (Dans un délai de 30 jours à partir de la notification de la plainte à la commission, si cette dernière n’est pas parvenue à un accord amiable entre les parties en présence, la commission devra notifier à la victime l’échec de la procédure de conciliation. Sinon, elle notifie les parties et la partie qui a déposé la charge a l’option, dans un délai de 90 jours, de former une action en justice en son nom. Il est alors possible pour la victime, dans un délai de 30 jours à partir de la notification de l’échec de la procédure de conciliation, d’intenter une action en justice contre l’employeur, le bureau de placement ou le syndicat devant la *Cour de District* territorialement compétente)

⁵⁸⁸ Section 706 (g), 42 USC 2000e-5(g).

⁵⁸⁹ 42 USC 2000e-6(a).

de la *EEOC*, mais pas au-delà de 90 jours après obtention d'une notification de la *EEOC* démontrant qu'elle a complété sa mission s'agissant de la charge⁵⁹⁰.

Nous remarquons que les pays européens respectent davantage le droit à l'intimité et à la dignité⁵⁹¹ que les pays américains, notamment en matière de protection de l'image de l'entreprise⁵⁹². En droit allemand, on respecte le droit au 'développement libre de la personnalité, qui inclut le droit de s'exprimer à travers son apparence physique et ses habits, à condition que l'employeur prouve une *business necessity*⁵⁹³.

⁵⁹⁰<http://www.eeoc.gov/facts/qanda.html>.

⁵⁹¹ WHITMAN J., « The two western cultures of privacy: dignity versus liberty », *Yale Law School*, vol. 113, 2004.

⁵⁹² BERNSTEIN A., « Foreword: What we talk about when we talk about workplace privacy », *Louisiana Law Review*, vol. 66, 2006.

⁵⁹³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) (Basic Law), 23 mai 1949.

CHAPITRE 2 : LES OBSTACLES JURIDIQUES À UNE LOI ANTI-LOOKISME, UN PHÉNOMÈNE DÉFIANT LE DROIT

La protection juridique contre le *lookisme* soulève diverses séries de difficultés.

Section 1 : L'absence d'une catégorie prédéfinie

88. Afin de prévenir toute forme de *lookisme*, il est nécessaire de protéger les membres de la minorité en question. Qu'est-ce qu'une minorité ? Louis Wirth la définit comme suit : « *Un groupe de personnes, qui, en raison de leurs caractéristiques physiques ou culturelles, sont mises à l'écart de la société dans laquelle ils vivent et subissent un traitement inégal. Elles se considèrent par suite comme l'objet d'une discrimination collective* »⁵⁹⁴. Or, dans notre contexte, une difficulté surgit : comment définir la minorité ?

89. La délimitation d'une catégorie de personnes 'moins belles' que la norme, 'laidés', au physique 'ingrat', 'hors norme' ou 'inadéquat avec l'image de l'entreprise' ne manque pas d'ambiguïté.

En effet, l'élasticité de ces 'catégories' de personnes s'oppose de manière flagrante à la rigidité des catégories de race, genre, âge, origine nationale ou ethnique, religion et orientation sexuelle, la rigidité étant une condition essentielle au concept de discrimination.

Il est extrêmement difficile, voire impossible de délimiter une telle catégorie de personnes au 'beau' physique⁵⁹⁵, puisque cette notion est subjective. Une personne mince au visage 'non attrayant' ne peut être associée à une personne obèse. De même, une personne chauve est pour certains non attirante et pour d'autres non⁵⁹⁶. Qu'est ce qu'un physique 'attrayant' ? La notion même d'attractivité physique, qui implique des jugements subjectifs⁵⁹⁷ est au centre d'un débat

⁵⁹⁴ WIRTH, «The problem of minority groups, in the science of man in the world crisis use of aptitude tests to select employees ».347 (r. Linton ed. 1945).

⁵⁹⁵ À cet égard, voir CORBETT W., « The ugly truth about appearance discrimination and the beauty of our employment discrimination law », *Duke Journal of Gender and Policy*, vol. 14, 2007, p. 153, 165.

⁵⁹⁶ « Facial discrimination: Extending handicap law to employment discrimination on the basis of physical appearance », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1986, p.2035, 2036.

⁵⁹⁷ CUNNINGHAM M., « Their ideas of beauty are, on the whole, the same as ours: Consistency and variability in the cross-cultural perception of female physical attractiveness », *Journal of Personality & Social Psychology*, vol. 68, 1995, p. 261-262.

continu quant à la beauté, la laideur, la petitesse, la grosseur, etc... Par conséquent, il est immanquablement difficile d'y apporter des déterminations précises⁵⁹⁸.

L'incertitude de la définition d'une potentielle catégorie pose également problème en matière de poids. Il est possible médicalement de différencier les personnes de poids normal, les personnes obèses, et les personnes présentant une obésité morbide (*morbidly obese*). Toutefois, aujourd'hui les standards de poids ont changé, notamment en raison des médias. Résultat : une personne ayant des 'rondeurs' ou étant 'en surpoids', par exemple, pourrait subir un traitement *lookiste*, sans pour autant faire partie d'une catégorie précise.

Aussi étrange que cela puisse paraître, il existe de plus en plus un standard de beauté pour les femmes aujourd'hui⁵⁹⁹, comme nous l'avons mentionné dans l'introduction. Cela pourrait s'expliquer par le fait que grâce aux technologies de communication modernes, ainsi que l'acceptation commune de la mode et des styles de vie, le monde est devenu de nos jours une sorte de 'village global', entraînant par la suite ce standard universel d'attractivité physique⁶⁰⁰.

Néanmoins, il serait difficilement envisageable qu'une loi prenne en compte quelque standard que ce soit, quand bien même ce dernier serait accepté universellement.

On se demande si la *EEOC* explicitera un jour le standard de manque d'attractivité, étant donné la difficulté que la *EEOC* a connue dans sa tentative de définir qui est handicapé ou *disabled* au sens du *ADA*, cette option ne paraît pas très prometteuse⁶⁰¹.

Ainsi, un des nombreux arguments opposés à une loi anti-*lookiste* est l'incertitude de la définition d'une potentielle catégorie.

Section 2 : La subjectivité

90. L'avis qui suit peut en choquer plus d'un. L'argument est simple: « *Beauty is a universal part of human experience, and that it provokes pleasure, rivets attention, and impels actions that help ensure the survival of our genes. Our extreme sensitivity to beauty is hard-wired, that is, governed by circuits in the brain shaped by natural selection. We love to look at smooth skin,*

⁵⁹⁸ « Facial discrimination extending handicap law to employment discrimination on the basis of physical appearance », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 2035- 2051.

⁵⁹⁹ http://www.looksinfo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=195&Itemid=484&phpMyAdmin=javrIPWnWyiudgBbGOAfYJVVitd.

⁶⁰⁰ http://www.looksinfo.com/index.php?option=com_content&view=article&id=268&Itemid=200.

⁶⁰¹ MCDONALD J., FISHER Jr., & Philips LLP, « "Lookism", the new form of illegal discrimination », *Bloomberg law reports*, vol. 4, n° 46, 2010.

*thick shiny hair, curved waists, and symmetrical bodies because in the course of evolution the people who noticed these signals and desired their possessors had more reproductive success. We are their descendants*⁶⁰² ». L'être humain est donc attiré de façon innée par le beau.

Une difficulté de preuve majeure réside dans le caractère subjectif de l'entretien. L'entretien en face-à-face est souvent accusé d'ignorer la notion-même de *business necessity*, de ne pas mesurer adéquatement le *BFOQ* (notions qui seront détaillées au chapitre 3), et d'avoir des effets d'exclusion⁶⁰³. La nature personnelle de l'entretien favorise les préférences et les préjugés et affecte la prise de décision car cette étape est largement marquée par la subjectivité du recruteur, sa mentalité, sa personnalité, ses préférences, son sexe, son âge⁶⁰⁴ ou encore son origine nationale. Autant de facteurs qui ne permettent pas de savoir aisément sur quel critère le recruteur s'est appuyé pour opérer sa discrimination.

Des recherches ont constaté que le processus d'entretien met en jeu des jugements et évaluations sur des membres de groupes minoritaires, ce qui rend la probabilité de leur recrutement plus réduite que celle des membres de l'autre groupe, alors même que les membres des deux groupes ont des qualifications égales⁶⁰⁵.

Selon une étude, trois qualités entrent en jeu en matière d'employabilité du candidat : la sympathie, l'intelligence et la compétence. Or, ces qualités sont naturellement attribuées aux individus séduisants. Nous retrouvons ici l'effet halo, décrit au chapitre préliminaire.

Même les recruteurs très expérimentés et bien intentionnés peuvent être tentés d'évaluer l'attitude ou les attributs d'un candidat en se fondant sur son apparence physique. Si cette dernière ne correspond pas à l'image de l'entreprise, ils le placeront dans des catégories contenant des stéréotypes en l'excluant probablement de l'entreprise. Par conséquent, prendre la beauté ou la belle présentation comme critère d'embauche à CV égaux avec photos, fait que la personne la plus séduisante sera préférée dans la plupart des cas. Résultat, un candidat au physique moins avantageux qu'un autre sera écarté du poste alors même qu'il possédait lui aussi le potentiel et les compétences nécessaires pour obtenir ce travail.

⁶⁰²ETCOFF N., *Survival of the prettiest: the science of beauty*, New York, Anchor Books, 1999, p.24.

⁶⁰³AMACK., « Discriminatory effects on the face-to-face selection interview », *Law Info Forum*, 1995.

⁶⁰⁴RAZA S.M., CARPENTER B.N., « A model of hiring decisions in real employment interviews », *Journal of Applied Psychology*, vol. 72, n° 4, 1987, p. 596-603.

⁶⁰⁵ARVEY R., « Unfair discrimination in the employment interview: Legal and psychological aspects », *Psychological Bulletin*, vol. 86, n°4, 1979, p. 736-765.

Ce n'est pas tout. L'un des obstacles clés à la considération d'une loi anti-lookiste est la difficulté de preuve d'un comportement anti-lookiste dans le contexte du travail. En effet, les litiges en matière d'emploi constituent une question vivement complexe en droit, notamment en matière de preuve, point central de toute action judiciaire en matière de discrimination⁶⁰⁶.

Section 3 : La charge et les moyens de preuve du lookisme, une protection améliorée

91. La discrimination est une pratique difficile à mesurer et à identifier.

Prouver le *lookisme* tout en affirmant le principe de liberté contractuelle ainsi que l'autonomie de la volonté de l'employeur s'avèrent être un exercice intellectuel et méthodique délicat⁶⁰⁷. De plus, les divers facteurs en jeu dans les entretiens, les préférences variantes et subjectives à chaque personne, ainsi que la subtilité de la discrimination et le fait qu'on peut dissimuler facilement les intentions, rendent la preuve quasiment impossible à apporter.

En effet, aujourd'hui, il existe un sens de conscience juridique pour tous. Un employeur ou une autre personne devrait être totalement ignorant de la loi et de ses conséquences s'il se prononce comme suit : « *Je ne veux pas t'embaucher parce que tu es grosse* », ou bien « *Ton physique ne me plaît pas* », etc... d'où le défi supplémentaire. Par suite, il est très rare qu'un employeur ou un responsable des ressources humaines divulgue le motif véritable de licenciement ou de traitement inégal. En effet, les avocats conseillent clairement qu'il n'est absolument pas recommandable de mentionner clairement la raison du rejet d'une personne et conseillent d'utiliser des codes⁶⁰⁸.

En l'absence de remarques clairement discriminatoires, de questions durant l'entretien ou de preuve écrite, (tels que des remarques écrites sur la feuille de candidature ou une forme d'évaluation), il est inévitablement difficile de prouver l'exclusion d'une personne en raison de son apparence physique, surtout au niveau de l'embauche. De plus, un employeur ou un directeur des ressources humaines rejette souvent une candidature à cause de l'apparence physique sans même être conscient de la raison véritable de son choix, voilà une discrimination non

⁶⁰⁶ FAVENEC H., « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Droit Social*, 1985, p. 173.

⁶⁰⁷ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁶⁰⁸ EVERETT M., « Let our overweight person call on your best customers? Fat chance », *Sales & Marketing Management*, vol. 142, 1990.

intentionnelle. (Cela s'explique notamment par les stéréotypes enracinés dans les mentalités et les sociétés. Ainsi, une décision qu'un juge estimerait discriminatoire, serait considérée purement rationnelle et naturelle par le défendeur).

Quand bien même il en serait conscient, il serait extrêmement difficile de démontrer son intention discriminatoire, d'où la difficulté extrême de prouver l'acte.

Il conviendrait de porter notre attention sur les régimes de preuve dans les systèmes américain et français afin d'y apporter une analyse comparative.

Nous verrons que les deux modèles apportent des règles innovantes étonnamment similaires.

Sous-Section 1 : Droit français : l'évolution du régime probatoire

§ 1: Le *testing*

92. La méthode du *testing* ou des « *vérifications faites à l'improviste* »⁶⁰⁹ mérite notre attention. Le *testing* consiste à reproduire artificiellement une situation propice à engendrer des préférences illégitimes, afin de traquer des pratiques illégales, notamment les discriminations à l'embauche. Cette méthode reconnue par les tribunaux est de plus en plus utilisée pour traquer les discriminations. Le *testing* trouve sa source en France (La première utilisation de cette méthode s'était faite dans le cadre d'une boîte de nuit et se répand vite dans les associations, dont SOS racisme) ainsi que dans le logement et l'embauche, le camping, les contrôles à l'entrée des supermarchés, l'accès au crédit bancaire, les locations saisonnières, accès aux soins, etc.), et plus précisément à Paris, en 1939. Il fut adapté et utilisé aux États-Unis ainsi qu'en Grande Bretagne⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ Dictionnaire pratique RF, dictionnaire social, Groupe Revue Fiduciaire, 2011.

⁶¹⁰ « Un projet de loi pour l'égalité des chances », <http://www.senat.fr/rap/a05-214/a05-2142.html>. Dans l'enquête conduite en 2004 par l'Observatoire des discriminations sous la direction du professeur Jean-François Amadiou, fondée sur des réponses à 258 offres d'emploi, il apparaissait que le candidat handicapé recevait 15 fois moins de réponses positives qu'un candidat de référence, un homme d'origine marocaine 5 fois moins, et un candidat âgé de 50 ans près de 4 fois moins. *Rapport fait au nom de la commission des Lois par M. Jean-René Lecerf sur le projet de loi portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (première lecture, n° 65, 2004-2005).

La loi n° 2006-396 du 31 mars 2006 pour l'égalité des chances a légalisé le test en matière pénale en l'insérant à l'article L. 225-3-1 du Code Pénal⁶¹¹. Ce moyen de preuve est admis par la Cour de Cassation à propos du racisme à l'entrée des discothèques⁶¹². Dans notre contexte, le *testing* consisterait à répondre à des offres d'emploi en envoyant des candidatures qui sont relativement similaires et qui ne diffèrent que par la variable à tester, en l'occurrence, l'apparence physique (le poids, la taille, les cheveux, la tenue vestimentaire, la forme du nez ou des lèvres, etc...)⁶¹³.

Quel est l'aménagement en matière de la charge de la preuve ?

Le droit français a considérablement amélioré le régime de la preuve, en faveur du demandeur.

§ 2: La loi de 2001 sur la lutte contre les discriminations

93. Dans l'exécution du contrat de travail, la bonne foi contractuelle est présumée et il n'appartient pas au juge de rechercher si la décision de refus de l'employeur de faire bénéficier un salarié d'une promotion est conforme ou non à l'intérêt de l'entreprise⁶¹⁴.

En matière de discrimination, sachant que la victime n'a pas en général accès aux informations utilisées et est donc privée de moyens d'établir le principe d'égalité⁶¹⁵, la tâche se révèle très difficile.

Selon l'article 1315 du Code Civil, il appartient à celui qui allègue un fait d'en apporter la preuve. Or, la directive 97/80/CE du conseil du 15 décembre 1997⁶¹⁶ a modifié ce principe en matière de discrimination à raison du sexe. Désormais, le système est clair : « Le salarié établit, l'employeur prouve »⁶¹⁷.

⁶¹¹La preuve peut être avancée par un agent de la HALDE, spécialement assermenté et habilité à cet effet par le procureur de la République peut, via un procès-verbal de constat du délit de discrimination, (loi 2004-1486 du 30 décembre 2004, art. 2 modifié) avancer cette preuve.

⁶¹²Cass. Crim., 11 juin 2002, n° 01-85559.

⁶¹³ À titre d'exemple, un *testing* révèle qu'au niveau de la sélection sur CV, les plus discriminés sont l'homme de 50 ans, la jeune femme d'origine maghrébine habitant en banlieue, et la personne obèse.

⁶¹⁴ Cour d'Appel de Dijon, ch.soc., 25 janvier 2007, n° 06-1066, *Chiaoui c/ SA Adt France*.

⁶¹⁵ MINE M., *Droit du travail, La discrimination femme/homme*, collection dirigée par Bertrand Gauthey, 2001.

⁶¹⁶ Directive 97/80/CE du conseil du 15 décembre 1997, JOCE, 20 janvier 1998, L. 14, p. 16.

⁶¹⁷ LANQUETIN, M.T., « Discriminations à raison du sexe: Commentaire de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans des cas de discrimination à raison du sexe », *Droit Social*, 1998, p. 690.

En 2000, les réflexions des législateurs se sont orientées dans le sens d'une protection plus large et facilitant les actions en justice, sans toutefois renverser l'adage ci-dessus.

L'article 8 de la directive européenne 2000/43/CE du 29 juin 2000, a été source de grands changements en droit européen⁶¹⁸ : « *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* ». L'un des apports fondamentaux de cette directive est le rééquilibrage de la charge de la preuve, venant compléter l'ancien article L. 122-45 du Code du Travail, devenu l'article L. 1132-1 du Code du Travail posant le principe de non-discrimination. Ce rééquilibrage prévoit que le juge forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et au besoin après toutes mesures d'instruction utiles⁶¹⁹.

Quelle est la portée de la loi française n°2001-1066 du 16 novembre 2001⁶²⁰ ? Celle-ci est moins exigeante. L'article L. 1134-1 du Code du Travail fut élargi afin d'étendre aux litiges nés des comportements discriminatoires de la part de l'employeur, le régime de la preuve applicable au licenciement et à la sanction disciplinaire. Cet article dispose que « *En cas de litige relatif à l'application des alinéas précédents, le salarié concerné ou le candidat à un recrutement ou à un stage ou à une période de formation en entreprise présente des éléments 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. Toute disposition ou acte contraire à l'égard d'un*

⁶¹⁸ L'article 8 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique lit ce qui suit: "Member states shall take such measures as are necessary, in accordance with their national judicial systems, to ensure that, when persons who consider themselves wronged because the principle of equal treatment has not been applied to them establish, before a court or other competent authority the fact from which it may be presumed that there has been direct or indirect discrimination, it shall be for the respondent to prove that there has been no breach of the principle of equal treatment". L'article 19(1) de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 concernant la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail et l'article 10 (1) de la Equal Treatment Framework Directive 92000/78/EC) sur la discrimination sur d'autres fondements, vont dans le même sens.

⁶¹⁹ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH: entre choix et discrimination ».

⁶²⁰ Loi n°2001-1066 du 16 Novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *Gazette du Palais, Bulletin Legislatif*, 2001, p 448.

salarié est nul de plein droit ». Donc, la victime supposée peut étayer ses accusations par des faits qui vont être portés à l'appréciation du juge.

Ainsi, la différence entre le droit français et la directive du 29 juin 2000 est évidente. La loi française est moins exigeante que la directive en ce qu'elle impose au salarié, non pas d'établir les faits qui créent une présomption de discrimination, mais uniquement de soumettre au juge des éléments de fait. Il s'agit donc d'invoquer des faits mais non de les prouver⁶²¹.

Désormais, le droit français amorce la transposition de directives communautaires et vise à assurer une « égalité de traitement sans discrimination » dans les relations de travail⁶²².

Quelles ont été les réactions à l'encontre de ce changement du régime de preuve ?

Cette rédaction de l'Assemblée nationale a été fortement critiquée par les sénateurs, et l'expression « *éléments de fait laissant supposer...* » jugée fortement floue et sujette à interprétation.

La contre-proposition des sénateurs était de retenir une définition proche de celle édictée par l'article 8 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000.

Elle pourrait même selon certains aboutir à une attribution de la charge de la preuve à l'employeur, ce qui rendrait sa défense impossible en lui imposant d'apporter la preuve d'un élément négatif⁶²³ ; d'autant que l'on redoutait de transformer l'employeur en « bouc-émissaire » et d'engorgement des tribunaux⁶²⁴. Toutefois, la jurisprudence suivant 2001 a démontré que cela n'a pas été le cas.

§ 3: Le contentieux de la preuve de discrimination et le pouvoir d'appréciation du juge

94. Cet aménagement de la charge de la preuve existait en matière de discrimination sexuelle mais uniquement en matière civile, la réparation se faisant par le versement de dommages et intérêts. Il s'agit du rappel du principe de la nouvelle répartition de la charge de la preuve en

⁶²¹HENRY M., « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *Droit ouvrier*, mai 2001.

⁶²² MINE M., « La discrimination dans l'emploi. Aperçu de la jurisprudence communautaire et française. Les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *Semaine Sociale, Lamy*, n° spécial 1055 du 17 décembre 2001.

⁶²³ Voir le rapport Sénat, 1^{ere} lecture, n° 155, p. 20 et s.

⁶²⁴FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 juillet 2007, n°145, p. 4.

matière de discrimination telle qu'il a résulté d'un arrêt de principe du 23 novembre 1999⁶²⁵. Un arrêt qui avait apporté la précision suivante : « *Il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe* ».

Dorénavant, en cas de litige, la charge de la preuve est partagée entre la victime, qui ne doit avancer que de simples allégations de discrimination et une différence de traitement, et l'employeur ou le chargé de recrutement, qui doivent ensuite établir que la raison de leur décision repose sur des critères extérieurs, objectifs et étrangers au critère avancé par la victime (tels l'intérêt ou la bonne marche de l'entreprise, l'essence même du travail, les diplômes, le marché du travail en matière de salaires, etc...). Par conséquent, le risque de la preuve incombe à l'employeur⁶²⁶, quitte à perdre le procès⁶²⁷.

Dans la même lignée, dans un arrêt rendu le 28 septembre 2004⁶²⁸, la Cour de Cassation décide qu'en application de l'article 1315 du Code Civil, s'il appartient au salarié qui invoque une atteinte au principe « à travail égal, salaire égal » de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération, il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence.

Dans l'affaire récente *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, la Cour Européenne de Justice⁶²⁹, a décidé qu'un candidat qui ne répond pas aux caractéristiques requises pour une offre de travail, qui est rejeté lors d'un entretien ou même préalablement à l'entretien, n'a pas le droit de demander à l'employeur de lui dévoiler des informations sur le processus de recrutement.

⁶²⁵ Cass. Soc. 23 novembre 1999 : *Bulletin Civil*, n° 447 ; CSBP 2000, n°116 S. 21, observations F.-J. Pansier ; *Droit ouvrier*, 2000-03, n° 619, p. 97, note MINE M., D. 2000, IR p. 46.

⁶²⁶ Arrêt CJCE, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, dit « affaire Danfoss », du 17 octobre 1989, affaire n° 109/88.

⁶²⁷ Cass. Soc., 16 juillet 1998 n° 96-42.209, inédit; Cass. Soc.19 décembre 2000 n° 98-44.688, Inédit. Cass. Soc., 28 novembre 2000, n° 97-43.715 99-41.661, *Bulletin* 2000 V n° 395 p. 302.

⁶²⁸ Cass. Soc., 28 septembre 2004, 03-41.825 à 03-41.829 *Bulletin* 2004 V N° 228 p. 209, *Societe STAVS Transport de Voyageurs c. Joarau*.

⁶²⁹ Cour européenne de justice, *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, affaire C-415/10, 19 avril 2012. Dans cette affaire il s'agissait d'une offre à la recherche d'un software développer, pour laquelle Ms. Meister, de nationalité russe a postulé et a été rejetée à deux reprises, sans entretien, sans aucune justification. Elle forma donc une action devant la cour allemande de travail, sur les fondements de discrimination basée sur la race, le sexe, et l'âge.

Ainsi, en interprétant les directives européennes sur la discrimination⁶³⁰, la Cour conclut que les employeurs potentiels n'ont à leur charge aucune obligation positive de donner accès à toute information sur le processus de recrutement à des candidats refusés. Toutefois, la Cour ne s'arrête pas là. Elle poursuit en disant que ce refus par l'employeur de donner accès à des informations d'une telle nature pourrait être un des facteurs qu'une cour nationale pourrait prendre en compte afin d'établir une présomption de discrimination. En conséquence, la charge de la preuve de dénier toute discrimination sera déplacée vers l'employeur⁶³¹. Ainsi, dans l'établissement d'un cas de discrimination, le contexte factuel est d'une grande importance pour les juges nationaux. Ceci est une grande avancée dans le transfert de la charge de la preuve. Des arrêts de la Cour de Cassation⁶³² ont rappelé que la victime doit apporter des éléments susceptibles d'établir qu'elle a été victime d'une discrimination. Si les éléments qu'elle apporte sont trop limités, elle risque fortement de perdre son procès. Si les éléments sont sérieux et si l'employeur ne parvient pas à démontrer l'absence de discrimination, elle gagne le procès.

S'agissant des discriminations salariales⁶³³, la solution est constamment réaffirmée et motivée avec netteté sur la question de l'identité de situation⁶³⁴ sexuelles⁶³⁵ et syndicales⁶³⁶. Il incombe ainsi au salarié d'établir l'existence d'une distinction dans le traitement, mais également

⁶³⁰ L'article 8 de la Directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; l'article 19(1) de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 concernant la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail et l'article 10 (1) de la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail sur la discrimination sur d'autres fondements.

⁶³¹ Voir aussi *Kelly v. National University of Ireland*, affaire C-104/10, 21 juillet 2011. Dans cette affaire, un candidat dont l'admission universitaire en master, a été refusée, la Cour européenne de justice estime que le refus de donner accès aux informations ne viole pas les règles de l'Union européenne sur la charge de la preuve. D'autant plus que les cours nationales doivent prendre en compte, dans la considération d'applications universitaires, les lois de l'Union Européenne sur la protection des informations.

⁶³² Cass. Soc., 16 juillet 1998, Cass. Soc., 19 décembre 2000, Cass. Soc., 28 novembre 2000, Cass. Soc 23 novembre 1999.

⁶³³ Cass. Soc. 10 octobre 2000, *Bulletin Civil* n° 317 ; CSBP 2001, n° 126 S. 47, observations S. Dugué ; *Gazette du Palais*, recueil 2000, somm. p. 2795 ; Cass. soc. 9 avril 2002 : inédit, n° 99-44.534 - Cass. soc. 7 mai 2002 : inédit, n° 99-41.594.

⁶³⁴ Cass. Soc., 26 novembre 2002, *Bulletin Civil* n° 354.

⁶³⁵ Cass. Soc., 19 décembre 2000, *Bulletin Civil* n° 436.

⁶³⁶ Cass. Soc., 28 février 2000, n° 98-45.680 ; Cass. soc. 24 octobre 2001, n° 99-45.011 - Cass. soc., 27 novembre 200, n° 00-44.736. Discrimination syndicale «Attendu, cependant, qu'en présence d'une disparité de traitement non contestée, il appartient au juge, sans se substituer à l'employeur, de vérifier si celui-ci justifie d'éléments d'objectifs, étrangers à l'exercice d'un mandat syndical, qui ne sauraient résulter du seul exercice d'un pouvoir discrétionnaire ; qu'en statuant comme elle l'a fait la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. Cass. Soc. 28 septembre 2004.

d'identifier les salariés contre lesquels la discrimination est opérée⁶³⁷ à charge pour l'employeur d'apporter des éléments permettant de contester cette identité de situation⁶³⁸.

Les deux arrêts rendus par la Chambre sociale de la Cour de Cassation⁶³⁹ en date du 28 septembre 2004, reflètent le rôle du juge par rapport à la marge d'appréciation de l'employeur.

Le juge n'a pas la faculté de se substituer à l'employeur dans le cadre du contentieux sur la discrimination. Seul l'employeur ou le chargé de recrutement décide *in fine* en matière de recrutement, d'augmentation et de promotion ; et l'employeur est tenu de justifier objectivement sa décision. À titre d'exemple, il n'appartient pas au juge de rechercher si une décision de refus de l'employeur de faire bénéficier un salarié d'une promotion est conforme à l'intérêt de l'entreprise ; car il incombe au salarié de fournir des éléments de fait laissant supposer que cette décision a été prise en considération du critère illégitime⁶⁴⁰. L'employeur doit pouvoir avancer les arguments matériels permettant d'étayer sa décision, à défaut de quoi, la décision est purement subjective et présumée discriminatoire⁶⁴¹.

Enfin, s'agissant des commentaires, des propos tenus par un employeur « *Depuis que tu es embauchée, le chiffre d'affaires a baissé de 20% et les clients quand ils voient par la porte que c'est toi, ils ne rentrent pas* »⁶⁴², ont été estimés déplacés et désobligeants mais ne permettent pas de caractériser des faits de discrimination du fait de la race, sexe ou physique⁶⁴³.

⁶³⁷ Cass. Soc., 16 octobre 2002, n° 00-44.860.

⁶³⁸ Cass. Soc., 13 janvier 2004, *Bulletin Civil*, n° 1.

⁶³⁹ Cass. Soc., 28 septembre 2004, *Viel-Teneux c. SCS Idex et compagnie*, Cassation partielle (Cour d'appel Aix-en-Provence, 18e Ch., 18 décembre 2002 - Pourvoi n° T 03-42.624 - Arrêt n° 1698 PB).

⁶⁴⁰ *Chiaoui c/ SA Adt France*. CA, soc., Dijon, 25 janvier 2007, n° 06-1066.

⁶⁴¹ Voir Cass. Soc., 28 mars 2000, *Bulletin Civil* n° 126 ; CSBP 2000, n° 121 A. 26, observations C. Charbonneau ; RJS 2000 p. 350, n° 498 ; *Droit social*, 2000 p. 589, observations. Lanquetin ; *JCP* édition Entr. 2001, p. 233, note T. Aubert-Monpeyssen « *Attendu, cependant, qu'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat; Qu'en statuant comme elle l'a fait, alors que, d'une part, si le juge n'a pas à se substituer à l'employeur, il lui appartient de vérifier, en présence d'une discrimination syndicale invoquée, les conditions dans lesquelles la carrière des intéressés s'est déroulée, et alors, d'autre part, que la preuve de la discrimination n'incombait pas au salarié, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

⁶⁴² Cour d'Appel de Chambéry 17 octobre 2006, n°05-2439.

⁶⁴³ En l'espèce, Aicha avait eu recours à l'aide bénévole apportée par des tiers. Voilà donc une faute dans l'exécution du travail.

En matière de harcèlement moral, le régime probatoire est similaire à celui des discriminations au sens strict. Selon l'article L.1154-1 du Code du Travail, « *Le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement. Au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* ».

Le mode opératoire a été précisé par la Cour de Cassation : « *Lorsque le salarié établit la matérialité de faits précis et concordants constituant selon lui un harcèlement, il appartient au juge d'apprécier si ces éléments, pris dans leur ensemble, permettent de présumer l'existence d'un harcèlement moral et, dans l'affirmative, il incombe à l'employeur de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* »⁶⁴⁴.

Autrement dit, le juge doit statuer sur l'ensemble des éléments de fait apportés par le salarié et vérifier leur matérialité. Il doit ensuite qualifier les faits retenus.

Qu'en est-il du droit américain ?

Sous-Section 2 : Droit américain

95. Étudions l'évolution du droit américain contre la discrimination en matière de preuve.

Il existe deux manières de prouver une discrimination :

La première façon est la preuve directe de discrimination qui se fait la plupart du temps soit (i) à travers l'apport d'une preuve de politique discriminatoire pre-existante, soit (ii) à travers les commentaires flagrants des managers ou recruteurs. Les commentaires peuvent être oraux, ou écrits (notes, lettres, rapports, memos, etc..). « *Direct evidence can take the form of "proof of an existing policy which itself constitutes discrimination," or "oral or written statements on the part of a defendant showing a discriminatory motivation* »⁶⁴⁵.

⁶⁴⁴ Cass. Soc., 25 janvier 2011, n°09-42.766.

⁶⁴⁵ *Hall v. U.S. Dep't of Labor, Admin. Review Bd.*, 476 F.3d 847, 854-55 (10th Circuit 2007)

Or, il est extrêmement rare qu'un employeur ou manager expose expressément la raison véritable de l'acte contesté. D'où la seconde manière qui est les *circumstantial evidence* ou les preuves non conclusives. Les arrêts clés en la matière seront exposés ci-dessous.

§ 1: McDonnell-Douglas ou le Disparate treatment test ou discrimination directe

96. Dans l'affaire *McDonnell Douglas*⁶⁴⁶, un homme de couleur noire, activiste du mouvement des droits civils travaillait en tant que manufacturier d'avion chez McDonnell Douglas de 1958 à 1964. Il fut licencié dans le cadre d'une réduction générale des employés et protesta contre son licenciement abusif avec d'autres membres du Congrès en se fondant sur le principe d'égalité raciale. Une année plus tard, McDonnell envisage d'employer des mécaniciens et Green postule à nouveau pour ce poste. McDonnell refuse sa candidature car il avait participé à la manifestation. Par suite, Green intente une action en justice contre son ancien employeur en alléguant que ce dernier refusait de le réembaucher en raison de sa race et de son implication dans le mouvement des droits civils en violation des paragraphes 703 (a) (1) et 704 (a) du *Civil Rights Act*.

Le Cour du District considère que le refus de le réembaucher était uniquement fondé sur sa participation à la manifestation et que rien dans le paragraphe 704(a) ne protégeait l'activité illégale du demandeur. Comment prouver un *individual disparate treatment*, c'est-à-dire une discrimination directe sous le Titre VII du *Civil Rights Act* quand il n'existe que des *circumstantial evidence* d'intention de discriminer ?

Cet arrêt célèbre est à l'origine d'une analyse tripartite du schéma de *McDonnell Douglas* pour prouver un *individual disparate treatment* avec des *circumstantial evidence* d'une intention discriminatoire.

La première étape revient à établir, sur la base de *preponderance of evidence* (ou prépondérance de la preuve), une *prima facie case* (ou discrimination apparente) de discrimination en raison de son appartenance à une certaine race. Une *prima facie case* entraîne une présomption simple de discrimination.

Cela peut être effectué en apportant la preuve des éléments suivants (i) l'appartenance à une minorité raciale ; (ii) le fait d'avoir postulé et d'être qualifié pour le travail pour lequel l'employeur recherchait des candidats ; (iii) le fait d'être rejeté malgré ses qualifications ; et (iv)

⁶⁴⁶*McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973).

le fait qu'après son rejet, la position demeure ouverte et que l'employeur poursuit sa recherche de candidats dotés des mêmes qualifications que celles du demandeur en justice.

Dans une autre affaire⁶⁴⁷, on complète ce schéma. Établir un cas de *prima facie* revient à démontrer que la victime: (i) est un membre d'une classe protégée ; (ii) est qualifiée pour une position ; (iii) qu'elle a souffert d'une discrimination directe, et (iv) que les circonstances provoquent une présomption de discrimination⁶⁴⁸.

Il convient d'abord de souligner que pour évaluer ce type d'action, il faut se fonder sur le *reasonable employee standard*⁶⁴⁹, c'est-à-dire un standard excluant toute subjectivité inhérente. Le demandeur doit prouver qu'il a souffert matériellement de certains événements, tels que le licenciement, une réduction majeure de salaire ou une perte matérielle de certains bénéfices. Il est important de noter que le *adverse effect* doit être matériel et concret, c'est-à-dire non hypothétique. Cette notion exclut aussi les événements banals tels que la non-fourniture d'un ordinateur, le transfert à une autre fonction sans augmentation de salaire, une évaluation très moyenne,....

Le standard pour l'évaluation de la *adverse employment action* est celui du salarié raisonnable, excluant par suite toute perception inhérente et subjective de la notion-même de discrimination ou les sentiments d'avoir droit à une protection.

Revenons au schéma *Mcdonnell Douglas*. Un faisceau d'indices rapporté par les candidats malchanceux est suffisant pour présumer une discrimination en violation du Titre VII et de contraindre l'employeur à se justifier.

⁶⁴⁷ Traitement inégal en matière de droit du travail . «*To prove that one has suffered an adverse employment action, an individual must prove that he materially suffered from certain experiences; mere disruption stemming from the inconvenience of job alteration will not suffice. "[a] materially adverse change might be indicated by a termination of employment, a demotion evidenced by a decrease in wage or salary, a less distinguished title, a material loss of benefits, [or] significantly diminished material responsibilities*», voir *Galabya v. N.Y. City Bd. of Educ.*, 202 F.3d 636, 640 (2d Circuit 2000) (quoting *Crady Crady v. Liberty Nat'l Bank % Trust Co. of Ind.*, 993 F. 2d,132,136 (7th Circuit 1993).

⁶⁴⁸ *Weinstock v. Columbia Univ.*, 224 F.3d 33, 42 (2nd Circuit 2000).

⁶⁴⁹ *Lore v. City of Syracuse*, 583 F. Supp. 2d 345, 361 (New York 2008).

« *[A]n adverse employment action will be considered material if it is 'of such quality or quantity that a reasonable employee would find the conditions of her employment altered for the worse* ».

La seconde étape consiste en la charge de production de preuve, qui est transférée à l'employeur défendeur afin d'articuler une justification légitime et non discriminatoire⁶⁵⁰. Cette étape est similaire à celle appliquée en droit français.

La troisième étape est la suivante : Après que le défendeur ait avancé ou tenté d'avancer une raison apparemment légitime, objective et dénuée de toute intention de discriminer, la charge de production de preuve est à nouveau transférée au demandeur qui doit démontrer par une *preponderance of evidence* que la raison avancée par le défendeur n'est en réalité qu'un simple *prétexte* et artifice⁶⁵¹ servant à camoufler une raison purement discriminatoire. Comment prouver cela ? En prouvant que (i) la raison alléguée est incorrecte dans les faits, (ii) la raison alléguée est insuffisante pour avoir motivé la décision contestée, (iii) la raison alléguée est tellement erronée que l'employeur n'aurait pu en aucun cas se fonder dessus, (iv) l'apparence physique a eu un poids supérieur dans la motivation de la décision que la raison avancée, ou (v) la preuve directe ou *circumstantial evidence*⁶⁵² apportées en premier lieu sont plus convaincantes.

Voilà ce qu'on appelle la *burden-shifting analysis*.

Ce schéma extrêmement intéressant fut l'exemple suivi très fréquemment dans tous genres de discriminations aux États-Unis, jusqu'à aujourd'hui⁶⁵³, notamment en matière de discrimination fondée sur l'âge. En effet, dans l'affaire *Hertz v. Gap, Inc.*⁶⁵⁴, une femme de 61 ans intente une action contre le groupe Gap, Inc., la marque internationale de vêtements pour femmes, hommes et enfants. Elle soutient qu'à son arrivée à l'entretien, son employeur découvre son âge et ne passe qu'un entretien très bref avec elle. Pour les recruteurs, sa candidature n'a pas été retenue à cause de son manque de disponibilité aux heures d'ouverture du magasin. Dans cette affaire, ce qui est intéressant c'est que le juge décide que la demanderesse avait apporté suffisamment de preuve pour démontrer une *prima facie* case. (Elle faisait partie d'un groupe déterminé, elle postule à un poste pour lequel elle était qualifiée, mais fut rejetée par l'employeur sous couvert de circonstances pouvant mener à une présomption de discrimination illégale fondée sur l'âge).

⁶⁵⁰*Lore v. City of Syracuse*, 583 F. Supp. 2d 345, 361 (New York 2008).

⁶⁵¹*Weinstock v. Columbia Univ.*, 224 F.3d 33, 42 (2d Circuit 2000).

⁶⁵² <http://www.workplacefairness.org/generaldisc>.

⁶⁵³ À titre d'exemple, *Alam v. Reno Hilton Corp.*, 819 F. Supp. 905, 913 (D. Nev. 1993); *Allen v. Comprehensive Health Services*, 222 Mich.App. 426, 430, 564 N.W.2d 914 (1997); *St. Mary's Honor Center v. Hicks*, U.S. 502113 S.Ct. 2742, 25 juin 1993. *Simms v. Oklahoma ex rel. Dep't of Mental Health & Substance Abuse Servs.*, 165 F.3d 1321, 1327 (10th Circuit 1999).

⁶⁵⁴*Hertz v. Gap, Inc.*, n° 95 CIV. 10187, 1997 WL 777375 (S.D.N.Y., 1997).

Gap apporte une preuve légitime et non discriminatoire pour l'embauche, la Cour estime qu'il n'existe pas assez de faits matériels pour savoir si l'âge était ou non le vrai facteur de la décision et par suite, rejette la demande.

Par conséquent, l'arrêt *Mcdonnel Douglas* met en œuvre un raisonnement à motif unique, exigeant uniquement la preuve d'un motif : la discrimination.

§ 2: Griggs v. Duke Power Company ou Disparate Impact Test ou discrimination indirecte

97. Dans l'arrêt de principe *Griggs v. Duke Power Company*⁶⁵⁵, la Cour Suprême des États-Unis estime que le Titre VII du *Civil Rights Act* devait condamner des pratiques et des conditions de travail adoptées dans un but discriminatoire, mais également des pratiques ayant un effet discriminatoire sans pour autant dénoter d'une intention discriminatoire, et par suite cette dernière n'est plus un élément essentiel à l'établissement d'une discrimination. Ce faisant, le seul fait de maintenir sciemment une pratique ayant des effets discriminatoires sans avoir pour autant l'intention de discriminer, a été considéré comme suffisant par la Cour Suprême pour engager la responsabilité de l'employeur ou du recruteur. Nous parlons donc de discrimination indirecte. Cet arrêt devait reconnaître l'existence de deux causes d'action fondées l'une et l'autre sur le Titre VII :

Une cause d'action est fondée sur l'existence d'un *disparate treatment* ou traitement inégal c'est-à-dire d'une discrimination consciente, reflétant une intention de discriminer. La seconde cause est fondée sur la constatation d'un *disparate impact* ou effet inégal si l'effet est discriminatoire en l'absence d'intention de discriminer.

Lorsque la cause de l'action trouvait son fondement dans l'effet inégal résultant d'une pratique ou d'une condition de fait, il fallait, selon l'argumentation juridique développée dans cet arrêt, que la partie demanderesse rapporte la preuve que les faits faisaient état d'une *prima facie case*. En l'espèce, la preuve peut être apportée en démontrant que l'épreuve administrée à l'employé a conduit à créer un échantillon ethnique des candidats nettement différent de celui auquel la diversité de l'échantillon ethnique des candidats et employés aurait dû conduire⁶⁵⁶. En second lieu, la partie plaignante doit démontrer que les pratiques de travail contestées excluaient un

⁶⁵⁵ *Griggs v. Duke Power Company* 401 US 424, 91 S. Ct. 849 (1971).

⁶⁵⁶ FOSTER M., « Le droit du travail et de l'emploi », dans FOLSOM R., LEVASSEUR A., *Pratique des Affaires aux États-Unis*, Dalloz, 1994, p.289.

nombre important de personnes appartenant au groupe des minorités alors même que ces personnes étaient parfaitement capables d'accomplir les tâches qui leur incombait. Une fois ces étapes franchies, la charge de la preuve est transférée à l'employeur qui devait à son tour démontrer que les pratiques et conditions de travail en cause étaient objectives et *job related*, c'est-à-dire reliées à l'emploi et nécessaires pour la bonne marche de l'entreprise ou *business necessity*. Si l'employeur parvenait à justifier sa position et à rapporter la preuve attendue de lui, le demandeur à l'action pouvait encore porter plainte et même obtenir gain de cause en démontrant que les excuses et explications avancées par l'employeur n'étaient que de simples prétextes qui ne servaient aucune fin légitime. Par suite le schéma de *Griggs* est tout à fait identique à celui de *McDonnell*. La Cour Suprême tenta d'opérer un revirement de jurisprudence dans l'affaire *Wardscove Packing Company v. Antonio*⁶⁵⁷, mentionné au chapitre préliminaire, sans résultat.

Il convient de mentionner que les arrêts *Albemarle Paper Co. v. Moody*⁶⁵⁸ et *Raytheon Co. v. Hernandez*⁶⁵⁹ ont réaffirmé ce principe.

§ 3: Le revirement législatif opéré par le *Civil Rights Act* de 1991⁶⁶⁰

98. Le Congrès américain conclut que la charge de la preuve était trop lourde et lésait le demandeur à l'action. Par suite, le *Civil Rights Act* de 1991 reprend les termes de l'arrêt *Griggs*, c'est-à-dire la théorie de l'effet inégal ou *disparate impact*, qui exclut la nécessité de prouver l'intention discriminatoire.

Ainsi, l'état actuel aux États-Unis est le suivant :

D'abord la victime démontre que la partie défenderesse a commis une discrimination fondée sur un critère illégitime entraînant un effet inégal. Ensuite, dans le cas où l'employeur ne réussit pas à prouver que cette pratique était nécessairement *job related* ou reliée à l'emploi ou qu'elle est conforme aux exigences de la pratique des affaires, il obtient gain de cause.

Ceci est également valable si la partie demanderesse démontre que les mêmes résultats attendus par l'employeur auraient été réalisés sans entraîner d'effets discriminatoires certains⁶⁶¹.

⁶⁵⁷ *Wardscove Packing Company v. Antonio* 400 USC 642, 109 S. Ct. 2115 (1989).

⁶⁵⁸ *Albemarle Paper Company v. Moody*, 422 U.S. 405 (1975).

⁶⁵⁹ *Raytheon Co. v. Hernandez*, 124 S.Ct. 519 (2003).

⁶⁶⁰ 42 U.S.C. paragraphe 2000e-, 2000e-1, 2000e-2, 2000e-4, 2000e-5, 2000e-6; novembre 1991.

L'apport le plus important du *Civil Rights Act* de 1991⁶⁶² se trouve dans son article 107, en réponse à l'arrêt *Price Waterhouse v. Hopkins*⁶⁶³, qui dispose qu'une partie peut rapporter la preuve de la violation d'une loi selon la théorie des « *motifs mixtes* », c'est-à-dire qu'un seul et unique motif discriminatoire, parmi les motifs à l'origine de la décision du défendeur suffit à établir un cas de discrimination illégitime. Par suite, si une décision ou une pratique est en partie illégale, elle est condamnable. Selon la section 107, intitulée « *Clarifying prohibition against impermissible consideration of race, color, religion, sex or national origin in employment practices* », (m) elle précise que « *except as otherwise provided in this title, an unlawful employment practice is established when the complaining party demonstrates that race, color, religion, sex or national origin was a motivating factor for any employment practice, even though other factors also motivated the practice* ». Ainsi, l'employeur sera responsable et condamné pour injonction, honoraires d'avocats et coûts, même s'il prouve que la même décision aurait été prise en l'absence de motif discriminatoire !

Récapitulons. Le demandeur devrait être capable de prouver que l'employeur commet un acte illégal et discriminatoire envers lui. Cela peut se faire par une preuve directe démontrant que la discrimination était un facteur motivant de la décision

Dans un premier temps, une *prima facie case* ou preuve de discrimination apparente, ou une *preponderance of evidence*⁶⁶⁴ démontrerait que la caractéristique non désirable d'une personne est un facteur significatif dans la décision de refus de son embauche, malgré la qualification pour le travail en question (par exemple des propos par un manager montrant un motif illégal de décision, ou des insultes ...). Bien qu'elle ne soit pas essentielle, la preuve que l'employeur a continué de chercher des employés et n'emploie que ceux considérés 'beaux', serait un élément qui renforcerait l'argument. Cette méthode réduirait le potentiel excès de procès frivoles dénués de fondement juridique.

Dans un second temps, l'employeur est à son tour, requis d'apporter une raison légitime de refus, en prouvant un *Bona Fide Occupational Qualification* ou Qualités professionnelles établies de bonne foi ou la *Business Necessity* ou bonne marche de l'entreprise, détaillés au chapitre 3. Ce

⁶⁶²42 US. Para.2000e, 2000e-1, 2000e-2, 2000e-4, 2000e-5, 2000e-6; novembre 1991.

⁶⁶³*Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

⁶⁶⁴*Gul-E-Rana Mirza v. The Neiman Marcus Group, Inc.*, 649 F. Supp.2d 837 (2009); 2009 U.S. Dist. LEXIS 38102.

genre de défense a une portée efficace dans le cas où l'apparence physique est de toute évidence une condition indispensable à l'essence-même du travail. S'il réussit, c'est au demandeur de prouver que c'est un simple prétexte.

Comme nous l'avons mentionné, quand une victime supposée avance la preuve de commentaires discriminatoires, elle tente soit de prouver la discrimination de manière directe (par exemple : « *Je te licencie car tu es grosse* »), soit de prouver l'intention de discriminer par des *circumstantial evidence*. Selon la théorie des *mixed motives*, si les commentaires sont retenus par la cour comme étant discriminatoires, c'est alors à l'employeur de prouver qu'il aurait pris la même décision, même sans le facteur discriminatoire⁶⁶⁵.

Les états fédérés adoptent ces schémas. À titre d'exemple, *Elliott-Larsen Civil Rights Act*⁶⁶⁶ adopte l'analyse de transfert de charge de preuve similaire à celle exposée au chapitre 2⁶⁶⁷. Il faut apporter d'abord une *prima facie* case de discrimination, à travers des *circumstantial evidence*⁶⁶⁸, à savoir prouver (i) qu'on est membre d'une catégorie protégée, (ii) qu'il a souffert d'une adverse employment action, (iii) qu'on a été licencié alors qu'on est qualifié pour la position, et (iv) que les circonstances en cause créent une présomption simple de discrimination. Et le reste des étapes suit⁶⁶⁹.

Si le demandeur apporte une preuve directe de discrimination, c'est-à-dire qu'il prouve que la discrimination était un facteur motivant⁶⁷⁰, le schéma *mcdonnel douglas* ne s'applique pas⁶⁷¹. « *Direct evidence of discrimination consists of "evidence which, if believed, requires the conclusion that unlawful discrimination was at least a motivating factor in the employer's actions"* »⁶⁷².

⁶⁶⁵*Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989), superseded by statute as stated in *Landgraf v. USI Film Prods.*, 511 U.S. 244 (1994). Cette théorie est toujours appliquée, jusqu'à aujourd'hui. À cet égard, voir *Mt. Healthy Bd. of Ed. v. Doyle*, 429 U.S. 274, 287, 97 S.Ct. 568, 576, 50 L.Ed.2d 471 (1977); *East Texas Motor Freight System, Inc. v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 404, n. 9, 97 S.Ct. 1891, 1897, n. 9, 52 L.Ed.2d 453 (1977).

⁶⁶⁶*Elliott-Larsen Civil Rights Act*, MICH.COMP.LAWS § 37.2102 (2004).

⁶⁶⁷*Harrison v. Olde Financial Corp.*, 225 Michigan 601, 572 N.W.2d 679, 681 (Mich Ct. App. 1998).

⁶⁶⁸*Terry v. Daimlerchrysler Corp.*, n° 263339, 2005 WL 3479823, (Michigan, court of appeals decembre 2005).

⁶⁶⁹*Cross & Blue Shield of Michigan*, 469 Mich 124, 133-134; 666 NW2d 186 (2003).

⁶⁷⁰*Hazle v Ford Motor Co*, 464 Mich 456, 462-463; 628 NW2d 515 (2001).

⁶⁷¹*Grech-Berry v. Way Bakeries, Inc.*, n° 248841, 2005 WL 415642.

⁶⁷²*Jacklyn v Schering-Plough Healthcare Products Sales Corp*, 176 F3d 921, 926 (CA 6, 1999).

S'agissant des commentaires, quatre conditions doivent être réunies : (i) le commentaire doit être fait par la personne qui prend les décisions finales ou bien par quelqu'un qui le représente, (ii) les commentaires doivent être liés au processus de prise de décision, (iii) ils ne doivent pas être vagues, ambigus ou isolés, et (iv) ne doivent pas avoir été faits à une date proche de la décision contestée⁶⁷³. Par suite, cela dépend de l'auteur de ces commentaires, du contenu et du contexte.

Il a été jugé que le commentaire «*We are terminating you because of your height*», bien qu'il soit très révélateur et direct, ne suffit pas à établir un cas de discrimination. Ceci est justifié par la Cour d'Appel de Michigan du fait que l'employeur a clairement démontré que la taille de la pâtissière l'empêchait de performer ses tâches efficacement et mettait en danger la sécurité de la pâtisserie⁶⁷⁴, et a par suite apporté une raison objective.

En définitive, l'on doit prouver (i) d'abord que l'employeur est motivé par une intention discriminatoire (*discriminatory animus*) ; ensuite (ii) que cette intention est directement liée à l'acte de la personne qui a pris la décision en question. C'est alors à l'employeur de prouver une raison non discriminatoire à son action.

Bien que les arrêts de principe sur la preuve en droit américain ne concerne pas le *lookisme*, nous observons que ces méthodes s'appliquent souvent aux cas de *lookisme*.

§ 4: La jurisprudence en matière de preuve de discrimination fondée sur le poids

99. Qu'en est-il du cas spécifique des personnes *médicalement obèses* en droit américain ?

Comme nous l'avons évoqué au chapitre premier, selon le ADAA⁶⁷⁵, les demandeurs ont, afin d'être protégés sous cet acte, la charge de prouver que leur obésité est une infirmité (*disability*) directement causée par un trouble physiologique⁶⁷⁶. Une personne obèse, pour être légalement protégée, doit prouver l'origine médicale de son état d'obésité, afin d'éviter que les personnes

⁶⁷³ *Cooley v. Carmike Cinemas, Inc.*, 25 F.3d 1325, 1330 (6th Circuit 1994); voir aussi *Brown v. CSC Logic, Inc.*, 82 F.3d 651, 655 (5th Circuit 1996).

⁶⁷⁴ *Mary Carmen Grech-Berry & Clyde Berry v. Way Bakeries Inc., Perfection Bakeries Inc., and Allen J. Schortz*, n° 248841, Jackson Circuit Court, LC n° 02-001075- n° 22 février 2005.

⁶⁷⁵ ADAA de 2008, L. n° 110-325, 122 Stat. 3553 (2008). Cet acte a été signé suite à la loi du 25 septembre 2008 par George W. Bush et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2009.

⁶⁷⁶ Physiological disorder, voir KORN J., « Too Fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, 2010, p. 209.

dont le surpoids est une condition dans leur contrôle n'abusent de leur droit d'ester en justice, ce qui entraînerait processus coûteux pour les employeurs⁶⁷⁷.

Pour être considéré handicapé sous cet acte, une personne doit prouver qu'elle a « *un handicap physique ou mental qui limite substantiellement les activités essentielles de sa vie* »⁶⁷⁸. Une personne peut satisfaire les conditions de cette définition si elle subit cet état depuis ces années, ou bien est perçue comme ayant cette infirmité⁶⁷⁹. La définition de l'infirmité peut être complexe⁶⁸⁰. La vraie question est de savoir si la condition physique doit être considérée comme un handicap⁶⁸¹. Les tribunaux considèrent que pour que l'obésité soit un *impairment*, elle doit affecter le corps, résulter d'un trouble physiologique identifiable et établir une relation de cause à effet⁶⁸². Alors même qu'il est relativement facile d'établir l'effet de l'obésité sur le système corporel⁶⁸³, une grande difficulté surgit quant à la preuve de la cause de l'obésité, sachant que la plupart des populations ignorent la véritable cause de leur obésité.

Les cours américaines ont rarement interprété l'obésité comme étant un handicap⁶⁸⁴. Comme l'obésité augmente considérablement, les juges considèrent même la *morbid obesity* ou obésité malade, comme n'étant pas une *disability* en elle-même, à moins qu'elle ait une cause physiologique (par exemple la thyroïde⁶⁸⁵).

⁶⁷⁷ MORRIS T., « Civil rights/employment law- states carry weight of employment discrimination protection: resolving the growing problem of weight bias in the workplace », *Western New England Law Review Association, Inc*, 2010.

⁶⁷⁸ 42 U.S.C. paragraphe 12012 (1) (A) (2009).

⁶⁷⁹ 42 U.S.C. paragraphe 12012 (1) (B)- (C) (2009).

⁶⁸⁰ Les régulations de la *Equal Employment Opportunity Commission* définissent l'infirmité ou le *impairment* comme suit « *Any physiological disorder, or condition, cosmetic disfigurement, or anatomical loss affecting one or more of the following body systems : neurological, musculoskeletal, special sense organs, respiratory (including speech organs), cardiovascular, reproductive, digestive, genito-urinary, hemic, lymphatic, skin and endocrine. Voir 29 C.F.R. paragraphe 1630. 2 (h) (2009). Ils excluent « physical characteristics such as eye color, hair color, left handedness, or height, weight or muscle tone that are within 'normal' range and are not the result of a physiological disorder* », 29 C.F.R. paragraphe 1630, app. paragraphe 1630.2 (h). 29 C.F.R. paragraphe 1630.2 (h) (2009). Ils excluent « *physical characteristics such as eye color, hair color, left handedness, or height, weight or muscle tone that are within 'normal' range and are not the result of a physiological disorder.*

⁶⁸¹ Voir *Cox v. Carrier sales and Distributions*, n° 3: 04- CV- 527, 2006 WL 2038565, p.12. (Le diabète et l'hypertension sont des *impairment* mais l'obésité est-elle un *impairment*?).

⁶⁸² Voir *Andrew v. Ohio*, 104 F 3d 803,808 (6th Circuit 1997).

⁶⁸³ KORN J., «Too Fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, p. 209, 2010.

⁶⁸⁴ 42 U.S.C. paragraphe 12012 (1) (A) (2009).

⁶⁸⁴ Les cours ont en général rejeté l'obésité en tant qu'infirmité sous le *ADA*. Voir *EEOC v. Texas Bus Lines*, 923 F. Supp. 965, 975 (S.D. Tex. 1996). «*Obesity that is not caused by a physiological condition is not considered a disability under federal law*». *Cassista v. Cmty. Foods, Inc.*, 856 P.2d 1143, 1153 (California 1993). Voir aussi *Krein v. Marian Manor Nursing Home*, 415, 2d 793, 796 (1987) («*mere assertion that one is overweight or obese is not*” enough to qualify a claimant for statutory protection, and that “[s]omething more must be shown»).

⁶⁸⁵ *Greenberg v. Bellsouth Telecomm.*, 498 F. 3d 1258 (11th Circuit 2007).

En effet, selon le *EEOC Interpretation Guidance on the ADA*, l'obésité n'est pas un *disabling impairment* ou handicap excepté dans le cas rare⁶⁸⁶ où l'obésité malade est causée par un désordre physiologique, qu'une action peut être couronnée de succès sous l'égide de cet acte (excluant 95% des obèses)⁶⁸⁷. De manière générale, la plupart des actions échouent car il est très difficile de prouver qu'elles sont *substantilly impaired* ou que leur condition est causée par un désordre physiologique. Bien qu'il appartienne aux personnes qui s'estiment lésées de prouver que leur poids est l'une des raisons motivant le prétendu comportement discriminatoire, la condition de prouver l'origine de l'obésité est très difficile à remplir.

Observons la jurisprudence en la matière.

Dans une affaire intéressante, une femme est licenciée lorsque son employeur déménage dans un bureau plus petit. Son superviseur explique qu'il n'y avait plus de place pour une « *femme forte* ». Selon la Cour, elle n'a pas droit à une réintégration car elle n'a pas réussi à prouver que son obésité limitait ses activités ou que son employeur percevait son poids comme *disabling*⁶⁸⁸.

De même, dans l'affaire *EEOC v. Watkins Motor Lines, Inc.*⁶⁸⁹, le demandeur allègue que son employeur l'avait licencié en violation du *ADA*, mais il n'obtiendra pas gain de cause car il n'a pas réussi à prouver qu'il souffrait d'une déficience/insuffisance, au sens du *ADA*.

Dans l'affaire *Hein v. All Am. Plywood Co.*⁶⁹⁰, un chauffeur de tracteur échoue dans sa tentative d'établir une *prima facie case* de discrimination fondée sur le poids car il ne présente aucune preuve mettant en relation directe le point de vue de son employeur sur les individus en surpoids et la décision de le licencier. D'autant plus qu'il ne présente pas de preuve que son remplaçant est plus mince que lui.

En sus, dans l'arrêt *Francis v. City Meriden*⁶⁹¹, un pompier allègue qu'il subit une discrimination au sens du *ADA* et du *Rehabilitaion Act* car son poids, qui dépasse les exigences, est protégé par

⁶⁸⁶ 29 CFR pt. 1630 app. Para. 1630.2 (j) ('except in rare circumstances, obesity is not considered a disability').

⁶⁸⁷ Department of Health and Human Services, National Center for Health Statistics, « prevalence of overweight, Obesity, and Extreme Obesity among Adults: United States, Trends 1976-80 through 2005-2006 », 2008, voir <http://www.cdc.gov/nchs/data/hestat/overweight/over-weight-adult.pdf>.

⁶⁸⁸ *Hazeldine v. Beverage Media Ltd.*, 954 F. Supp. 697 (New York 1997).

⁶⁸⁹ *EEOC v. Watkins Motor Lines, Inc.*, 463 F.3d 436 (6th Circuit 2006).

⁶⁹⁰ *Hein v. All Am. Plywood Co.*, 232 F.3d 482, 490 (6th Circuit 2000).

⁶⁹¹ *Francis v. City Meriden*, 129 F.3d 281 (2^d Circuit 1997). Voir aussi *Smaw v. Commonwealth of Virginia Dep't of State Police*, 862 F.Supp. 1469, 1475 (E.D.Va. 1994) (« *the case law and the regulations both point unrelentingly to the conclusion that a claim based on obesity is not likely to succeed under the ADA* »).

les actes susmentionnés. Or, selon la Cour, il n'a pas eu gain de cause car il manquait à son obligation d'apporter la preuve d'un désordre physiologique relié au poids et par suite l'obésité ne peut être assimilée à un handicap.

La décision *Ross v. Beaumont Hosp.*⁶⁹², conclut que les références au comportement du demandeur incluses dans son dossier personnel, (dont de graves problèmes de comportement et peu de références à son poids), démontrent que le licenciement aurait eu lieu indépendamment du poids.

L'affaire *Freire v. First National*⁶⁹³ illustre bien la difficulté de preuve. La demanderesse travaillait dans le supermarché pendant 5 ans avant qu'une autre compagnie n'achète ce supermarché. Une fois le bien acquis, le nouveau propriétaire exige des salariés qui souhaitent garder leurs postes de re-présenter leur candidature. Durant son entretien, les deux recruteurs lui posent des questions standardisées, au point qu'elle considère que leur entrevue s'est bien passée. Néanmoins, elle apprend à la fin de son entretien qu'elle n'a obtenu que 3/5 pour l'enthousiasme, la communication verbale, l'orientation des clients, l'expérience au supermarché et l'apparence générale ; et que par conséquent ils ne désirent pas l'embaucher. Pour fonder sa défense sur la discrimination pour handicap, elle affirme que son superviseur a dit « *Je ne veux pas qu'une grosse dirige ma pâtisserie* ». Or, pour la Cour, elle n'a pas réussi à démontrer que son surpoids constituait un handicap car si le commentaire ci-dessus témoigne d'une certaine hostilité, il ne reflète pas la volonté de ne pas travailler avec elle en raison de son poids.

Quant à l'application de la théorie des motifs mixtes dans l'affaire *Lamoria v. Health Care & Ret. Corp.*⁶⁹⁴, la demanderesse avance les preuves suivantes : les affidavits des différents salariés affirmant que le manager avait des vues hostiles vis-à-vis des personnes en surpoids ; ainsi qu'un témoignage que deux de ses collègues en surpoids dont l'un a été licencié et l'autre forcé à démissionner sous le regard du superviseur en question. Par ailleurs, elle affirme que le superviseur de la partie plaignante lui avait fait des remarques critiques et dures concernant les personnes en surpoids, ce qui a amené ses collègues à croire qu'elle pourrait être licenciée⁶⁹⁵. La

⁶⁹²*Ross v. Beaumont Hosp.*, 687 F. Supp. 1115, 1125 (Michigan 1988).

⁶⁹³*Freire v. First National*, n° 964620, 1998 WL 1181751, (1998).

⁶⁹⁴*Lamoria v. Health Care & Ret. Corp.*, 584 N.W.2d 589, 593 (Michigan Court of Appeals 1998).

⁶⁹⁵*Lamoria v. Health Care & Ret. Corp.*, 584 N.W.2d at 595 (Michigan Court of Appeals 1998). Un chauffeur de camion fut licencié non pas à cause de son poids mais parce que son médicament de pression artérielle était fini pendant qu'il était hors de la ville. Il aurait pu renouveler sa prescription à l'avance mais ne l'avait pas fait.

Cour juge que ces propos constituent une preuve d'*animus* et une présomption selon laquelle la personne qui avait fait ces remarques pourrait et devrait cesser ces comportements discriminatoires. Ce faisant, la partie plaignante ayant pu prouver de manière directe que son poids était *un* facteur déterminant dans la décision de son licenciement, la Cour a conclu qu'elle avait effectivement établi un cas de discrimination sur le fondement de son poids⁶⁹⁶.

Toutefois, il est important de noter que de simples remarques vagues, moqueuses, ambiguës ou isolées ainsi que des rumeurs ou croyances subjectives, ne sont pas suffisantes pour établir une preuve crédible et directe de discrimination⁶⁹⁷.

En effet, dans l'affaire *Byrnes v. Frito-Lay, Inc.*⁶⁹⁸, la Cour conclut qu'un commentaire isolé (« *si jamais tu veux aller nulle part dans la compagnie, tu dois perdre du poids* ») ne suffit pas à conclure que son poids a joué un rôle dans son remplacement⁶⁹⁹, si en l'espèce il n'existe pas d'autres circonstances établissant le contraire. En effet, malgré le fait que l'employeur avait menacé le salarié de le licencier s'il ne perdait pas du poids, il fut promu régulièrement pendant 18 ans. Toutefois, en raison de son absence pour maladie pendant 4 mois, il fut remplacé. Cette solution nous paraît logique⁷⁰⁰. De plus, dans un arrêt, le commentaire « *fat boy* » ou « *gros garçon* », bien que considéré indécent, ne viole pas le Titre VII ; « *...fat boy" is needlessly cruel and offensive. Although it violates normal senses of decency (there seems not to be much decent about this graveyard crew) it does not violate Title VII* »⁷⁰¹.

En définitive, l'on reconnaît une discrimination grâce aux indices suivants : des commentaires ou remarques ; en comparant le traitement envers la supposée victime, à celui administré aux autres salariés ; en observant les événements préalables à l'acte contesté ; en cas de violation d'une disposition législative ou d'un règlement interne ; et enfin, des statistiques qui reflètent les pratiques générales de l'employeur.

Force est de constater le parallèle entre les approches américaine et française quant à l'aménagement du régime et la charge de la preuve en faveur du salarié. Malgré les réformes et

⁶⁹⁶ *Lamoria v. Health Care & Ret. Corp.*, 584 N.W.2d p. 594 (Michigan Court of Appeals 1998).

⁶⁹⁷ *Hein v. All Am. Plywood Co.*, 232 F.3d 482, 488 (6th Circuit 2000).

⁶⁹⁸ *Byrnes v. Frito-Lay, Inc.*, 811 F. Supp. 286, 292 (Michigan 1993).

⁶⁹⁹ *Byrnes v. Frito-Lay, Inc.*, 811 F. Supp. 286, 292 (Michigan 1993).

⁷⁰⁰ En matière de commentaires, voir aussi OSBOMEA T., « Proving age discrimination with ageist comments », *Association of Trial Lawyers of America Trial*, vol. 18, 1999, p. 35.

⁷⁰¹ *Doe v. City of Belleville*, 119 F.3d 563, 566 (7th Circuit 1997).

l'aménagement du régime de la preuve, établir avec certitude la preuve d'une discrimination, notamment à l'embauche, demeure particulièrement difficile, pour ne pas dire impossible (Le faible nombre de condamnations par rapport au volume des cas qui sont portés devant les tribunaux en témoigne) ; d'autant que dans la plupart des cas, le comportement est inconscient car trop enraciné dans nos cultures, d'où les arguments opposés à la protection juridique contre le *lookisme*.

Une autre objection envers les lois anti-*lookistes* pourrait être celle du questionnement du véritable rôle du droit. Le droit peut-il tempérer des mentalités encrées dans la société et dans la nature humaine ?

Section 4 : Autres arguments contre la protection législative contre le *lookisme*

100. Le débat sur la question de la nécessité de mettre en place une loi anti-*lookiste* se résume en ces termes: Désirons-nous réellement que les juges déterminent des standards objectifs de beauté ou d'apparence physique professionnelle? Est-ce le véritable rôle qui leur est attribuable ? De même, est-ce vraiment bénéfique pour les victimes de mettre en avant leur excès ou leur manque d'attractivité ou leur *look* inadéquat en justice⁷⁰² ?

101. Un grand nombre d'auteurs américains s'opposent catégoriquement à ce type de législation⁷⁰³. Selon certains, « *de bonnes intentions ne forment pas nécessairement de bonnes lois*⁷⁰⁴ ». De plus, on soutient que le rôle des lois contre la discrimination est d'éradiquer certaines formes de discrimination et non pas de transformer les organisations et les employés en

⁷⁰²CINO V., « Labor: beauty bias and the limits of the law » <http://www.insidecounsel.com/Exclusives/2010/9/Pages/Beauty-Bias-and-the-Limits-of-the-Law.aspx?k=discrimination+physical+appearance>, 27 septembre 2010.

⁷⁰³ TIETJE L., CRESAP S., « Is Lookism unjust?: The ethics of aesthetics and public policy implications », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, 2005, p. 31, 48. BARRO R., « So you want to hire the beautiful. Well, why not? », *Business Week*, 16 mars 1998, p. 18. JAMES R., « If you are attractive and you know it, please apply: Appearance based discrimination and employer discretion », *Valparaiso University Law Review*, vol. 42, 2008, p. 629-677.

⁷⁰⁴ MAGUIRE K., « Good intentions don't necessarily make for good legislation ». <http://www.metrowestdailynews.com/news/x23455798#ixzz1m52aox3D>, Gate House News Service, 17 mai 2007.

‘super humains’⁷⁰⁵ ni même d’abolir toute forme de subjectivité dans les choix. Certains penseraient même que résoudre le conflit en faveur du droit produirait des résultats absurdes⁷⁰⁶.

Il convient de lire la théorie du Professeur Robert Post. Selon lui, une loi fédérale anti-lookisme n’est pas la bonne solution. Il affirme que: « *Anti-lookism ordinances abstract so severely from everyday social life that it is difficult to imagine how they could possibly reconstruct any actual social practice* »⁷⁰⁷.

De plus, une loi de la sorte porterait atteinte au droit de l’employeur à l’indépendance et il serait extrêmement difficile de bien la rédiger. L’interprétation des cours serait très confuse. L’interprétation du terme ‘apparence physique’ serait très difficile et une telle loi ne protégerait pas les personnes qui le méritent.

De plus, quand bien même ces problèmes seraient résolus, il resterait un malaise général vis-à-vis d’une telle loi. L’apparence physique joue un rôle tellement important dans notre manière de nous percevoir qu’il serait pratiquement impossible de s’en détacher « *[i]n what sense does a person without an appearance remain a person ?* »⁷⁰⁸. En effet, Post se pose la question de savoir si l’on réalise véritablement ce que signifierait de rencontrer une personne et de la traiter comme si son visage, son corps, sa voix et ses gestes étaient non pertinents, comme s’il s’agissait d’une personne sans apparence physique. Demeurerait-elle une personne⁷⁰⁹ ? Il serait en effet irraisonnable de s’attendre des employeurs qu’ils agissent vis-à-vis des personnes belles de manière différente dans le milieu de travail et en dehors de ce milieu⁷¹⁰.

Enfin, comme le fonctionnement de la société dépend des stéréotypes, la société est réticente à se désister de la valeur qu’elle donne aux apparences physiques⁷¹¹.

⁷⁰⁵ CINO V., « Labor: Beauty Bias and the Limits of the Law » <http://www.insidecounsel.com/Exclusives/2010/9/Pages/Beauty-Bias-and-the-Limits-of-the-Law.aspx?k=discrimination+physical+appearance>, 27 septembre 2010.

⁷⁰⁶ Voir les commentaires de la conclusion de *Wilson v. Sw. Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292 (Texas 1981).

⁷⁰⁷ « *Les lois anti-lookisme en droit du travail diffèrent tellement des interactions de la vie quotidienne qu’il serait très difficile d’imaginer comment elles pourraient reconstruire des pratiques sociales préexistantes* ». POST R., « Prejudicial appearances: the logic of American antidiscrimination law », *California Law Review*, vol.88, 2000.

⁷⁰⁸ POST R., « Prejudicial Appearances: The logic of American anti-discrimination law », *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 12.

⁷⁰⁹ POST R., « Prejudicial appearances: The logic of American anti-discrimination law », *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 12.

⁷¹⁰ TOLEDANO E., « The glass mirror: Appearance-based discrimination in the workplace », From the Selected Works of Enbar Toledano, http://works.bepress.com/enbar_toledano/2, 2012.

⁷¹¹ POST R., « Prejudicial appearances: The logic of American anti-discrimination law », *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 12.

Les lois contre la discrimination seraient un mécanisme de transformation sociale et selon Post, ces lois seraient non pas une codification à aspiration d'équité, mais plutôt une « pratique sociale » qui régularise d'autres pratiques sociales influencées par les différences culturelles définies. Cette conception s'oppose à celle qui interprète les lois contre la discrimination en tant qu'une manière de contrer des décisions irrationnelles afin de garantir la prise de décisions basées sur le mérite⁷¹². Cette approche sociologique aurait pour objectif de changer non pas seulement la manière dont les personnes se traitent entre elles, mais également la manière dont elles se perçoivent⁷¹³.

Les théories basées sur la transformation sociale expliquent que le *lookisme* est juridiquement permis en raison de la conviction sociale selon laquelle le *lookisme* a une valeur supérieure aux coûts et critiques qui existent à son encontre. Une prohibition juridique contre le *lookisme* imposerait donc un changement majeur et radical dans la manière de penser et de se comporter les uns avec les autres. D'autant qu'ajouter l'apparence physique à la liste des attributs que les employeurs devraient ignorer, exclurait tout élément subjectif et entraînerait des conséquences morales négatives en ce que cela ôterait tout degré d'humanité dans les interactions humaines.

En effet, selon Post, les employeurs seraient amenés à considérer les candidats comme des instruments et non comme des êtres humains⁷¹⁴. Post poursuit en disant que de telles lois pourraient aboutir à des extrêmes, tels que la protection des voix trop aigües ou des comportements grognons.

Aussi, certains mentionnent la parodie d'une protection excessive qui entraînerait des résultats absurdes et durs à croire : «*By the time you've finished preventing discrimination against the ugly, the short, the skinny, the bald, the knobby-kneed, the flat-chested and the stupid, you're living in a totalitarian state* »⁷¹⁵.

Ces lois seraient un genre de *reductio ad absurdum* de la logique basique des lois américaines contre la discrimination qui s'applique aux critères de race ou de genre.

⁷¹²POST R., « Prejudicial appearances: The logic of American antidiscrimination law », *California Law review*, vol. 88, 2000., p. 12.

⁷¹³POST R., « Prejudicial appearances: The logic of American antidiscrimination law », *California Law review*, vol. 88, 2000 p. 12.

⁷¹⁴POST R., « Prejudicial appearances, the logic of American antidiscrimination law », *California Law review*, vol. 88, 2000, p.15.

⁷¹⁵SULLIVAN A., « The plump classes are on the roll », *Sunday Times*, 29 août 1999, p. 7.

102. En outre, les dissidents à toute loi anti-*lookisme* redoutent qu'elle impose des coûts cachés sur des affaires et réduise le support pour d'autres législations qui prohiberaient les discriminations effectivement insidieuses⁷¹⁶. En effet, ils partagent par exemple leur souci de voir que l'insertion du poids aurait un effet dissuasif pour l'établissement de nouvelles entreprises⁷¹⁷. Ils considèrent que la protection contre la *grossophobie* entraînerait des procès, un engorgement des tribunaux, des coûts nettement supérieurs aux employeurs, et supposément, une mauvaise publicité⁷¹⁸. Or, pour l'heure, il existe relativement très peu de procès en la matière. D'autres estiment que la protection contre la *grossophobie* en matière de travail changerait la direction des ressources visant à remédier aux discriminations fondées sur la race ou le genre⁷¹⁹.

103. Aussi, certains redoutent que des lois locales soient trop vagues ou qu'elles aient des termes trop larges, ce qui entraînerait des résultats inconsistants, voire même une appréhension de la part des employeurs⁷²⁰. En effet, dans certains domaines, l'apparence physique est centrale, et l'interdire entraînerait des dommages directs aux employeurs⁷²¹. De plus, les dissidents à une protection juridique contre le *lookisme* considèrent qu'une belle apparence physique est préférée par les clients et collègues, par suite, elle augmenterait la performance de l'entreprise et donc elle devrait être considérée comme une qualification légitime pour le métier voire même comme un *BFOQ*⁷²², notion que nous détaillerons au chapitre suivant. L'employeur devrait avoir la liberté de choisir les personnes compatibles avec l'environnement de son entreprise⁷²³. Il conviendra d'insister sur ce point au chapitre 5, chapitre dans lequel nous imaginerons une loi

⁷¹⁶ BYME P., « As a matter of fat », voir <http://www.sfweekly.com/2001-01-17/news/as-a-matter-of-fat/>, 17 janvier 2001. FROD R., *The race card: How bluffing about bias makes race relations worse*, New York: Farrar, Straus and Girous, 2008, p. 176.

⁷¹⁷ Voir Mass. weighs extending discrimination law, MSNBC, 17 mai 2007, <http://www.msnbc.msn.com/id/18725638/>.

⁷¹⁸ CARMICHAEL M., « Do we really need a law to protect fat workers? », *Boston Globe*, 5 août 2007, p.26.

⁷¹⁹ MAGUIRE K., « Legislation would expand law to protect short, fat people », *Associated Press*, www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2007/05/17/legislation_would_expand_law_to_protect_short_fat_people/, 17 mai 2007.

⁷²⁰ JAMES R., « If you are attractive and you know it, please apply: appearance based discrimination and employer discretion », *Valparaiso University Law Review*, vol. 42, 2008, p. 629-677.

⁷²¹ BARRO J., « So you want to hire the beautiful. Well, why not? », *Business Week*, 16 mars 2008, p.18.

⁷²² BARRO J., « So you want to hire the beautiful. Well, why not? », *Business Week*, 16 mars 2008, p.18.

⁷²³ VO L., « A more attractive look at physical appearance-based discrimination: Filling the gap in appearance-based anti-discrimination law », *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 26, 2002, p. 339.

idéale et équilibrée en matière de *lookisme*, recouvrant uniquement les traits qu'elle serait censée recouvrir.

De plus, certains estiment qu'une loi spécifique sur le *lookisme*, précisant les critères prohibés, tels que la taille, le poids et les traits faciaux pourrait créer un engorgement indésirable des tribunaux. Or les États du Michigan⁷²⁴, Santa Cruz et San Francisco⁷²⁵, ont prouvé que cela n'a pas été le cas ; d'autant plus que certains pourraient supposer qu'une telle loi augmenterait les coûts de procédure d'action en justice. Toutefois Santa Cruz par exemple, n'a pas eu à subir des coûts additionnels en matière de protection contre la discrimination en rapport avec le poids⁷²⁶.

104. Un autre argument est le suivant. Selon certains, les lois contre la discrimination, notamment celle du *Civil Rights Act*, sont fondées sur la notion de blâme et de faute. Elles responsabilisent les personnes qui ont des comportements injustes. Or, la discrimination fondée sur l'apparence ou l'orientation sexuelle par exemple, ne serait pas suffisamment grave pour être sanctionnée⁷²⁷.

En effet, selon certains, le *lookisme* n'est tout simplement pas injuste, et pas assez 'immoral' ou grave pour être défié par la loi. C'est un phénomène naturel et humain et il n'est pas du rôle de l'État de garantir la moralité⁷²⁸. En effet, certains argumentent que le fait que nous complimentons incessamment la belle apparence physique et non pas la blancheur de peau ou la santé physique prouve que le *lookisme* n'est pas immoral⁷²⁹.

D'ailleurs, selon Monsieur Feldman, la discrimination devient moralement inacceptable quand il s'agit de traiter une personne de manière moins favorable que les autres en se fondant sur une

⁷²⁴ SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice: Fighting weight-based discrimination*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2000, p. 25-26.

⁷²⁵ KUBILIS C., « Weighting for protection in Massachusetts: the myth of equal opportunity in employment », *Suffolk University Law Review*, vol. 211, 2008.

⁷²⁶ KUBILIS C., « Weighting for Protection in Massachusetts: the myth of equal opportunity in employment », *Suffolk University Law Review*, vol. 211, 2008.

⁷²⁷ THERAN E., « Free to be arbitrary and ... capricious: Weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 1, 2001.

⁷²⁸ TIETJE L., CRESAP S., « Is lookism unjust ? : The ethics of aesthetics and public policy implications », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, 2005, p. 31, 48.

⁷²⁹ TOLEDANO E., « The glass mirror: Appearance-based discrimination in the workplace », dans *Selected Works of Enbar Toledano*, 2012.

considération qui est moralement « impertinente »⁷³⁰. Les critères « moralement impertinents » sont ceux qui sortent du contrôle de l'individu, tels que le sexe, l'âge, la race, le handicap. Nous voyons bien que ces critères sont hors du contrôle de l'individu.

105. Aussi, est-il possible de soutenir que les victimes garderaient le silence ou ne se prononceraient que rarement par peur des représailles. En effet, selon le rapport de SOS racisme, les victimes de discrimination sont réticentes à faire valoir leurs droits devant des tribunaux et préfèrent rester anonymes : « *Souvent les victimes anonymes de discriminations raciales à l'embauche redoutent de participer à la procédure judiciaire ou de se constituer partie civile par peur de la justice et des complications. Elles ne souhaitent pas non plus s'investir dans une action qui va être longue et à l'issue incertaine* »⁷³¹. Cela s'applique aussi pour les témoins⁷³². Dans la plupart des cas, le silence ou le déni de ces personnes est justifié soit par leur ignorance des moyens auxquels ils peuvent avoir recours, soit en raison de la fragilité des situations sociales, par crainte de l'avenir, en l'absence de perspectives et donc par peur de perdre un emploi⁷³³.

Non seulement le problème de standard de 'beauté' ou 'laideur' se pose, mais aussi, imaginons un procès où l'employeur conteste l'appartenance du demandeur à la catégorie de 'physiquement sous la moyenne' et que la victime concède qu'elle y appartient effectivement⁷³⁴. Scénario réaliste ? Elle se sentirait probablement embarrassée d'en discuter devant un juge. C'est de l'autocensure préalable⁷³⁵.

⁷³⁰ FELDMAN D., *Civil liberties and human rights in England and Wales*, 2ème édition, Oxford University Press, 2002, p. 135.

⁷³¹ Voir BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p.28.

⁷³² Selon le rapport de SOS Racisme, « Un salarié de la société BASF a fait parvenir à l'association la copie d'un e-mail reçu en interne qui comportait des critères d'embauche discriminatoires. La personne a souhaité faire connaître ce délit mais elle a préféré taire son identité ». BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire. Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p.28.

⁷³³ BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire. Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion, 2006, p.29.

⁷³⁴ MCDONALD J., FISHER Jr., PHILIPS LLP., « "Lookism", the new form of illegal discrimination », *Bloomberg law reports*, vol. 4, n° 46, 2010.

⁷³⁵ Entretien avec Monsieur Yves Dautrioux, représentant du conseil d'État auprès du Défenseur des droits, Paris, le 21 mai 2013.

106. De plus, la différence entre l'attractivité et les autres critères protégés est que ces derniers sont immuables, inaltérables. L'apparence physique est, quant à elle, mutable dans une large mesure, et par suite, la discrimination à raison de l'apparence physique ne devrait pas être protégée⁷³⁶.

107. L'on pourrait se demander si une telle loi n'affecterait pas négativement l'attitude des employeurs. Le manque d'attractivité deviendra-t-il un critère pour une discrimination positive ? Les employeurs engagés dans la diversité au sein de l'entreprise seraient-ils fiers de recruter des personnes au physique 'en deçà de la moyenne' ? Certains vont même jusqu'à se demander si les personnes très attrayantes ne seraient pas tentées d'"enlaidir" leur apparence physique afin de ne pas se faire rejeter ! Les employés qui se sentiraient en danger, prendraient-ils du poids volontairement afin d'être protégés par la loi⁷³⁷ ? L'on va même jusqu'à croire qu'une loi anti-*lookisme* en matière de travail pousserait les personnes à blâmer leur échec au travail au motif de leur belle apparence physique ! Sans nul doute, cela va à l'extrême et est certainement absurde.

Le chemin à parcourir dans la lutte contre le *lookisme* demeure encore long et de nombreux obstacles persistent. Reste à définir lesquels...

⁷³⁶ Sur les modes d'altération du physique: maquillage, ... voir TOLEDANO E., « The glass mirror: Appearance-based discrimination in the workplace », From the Selected Works of Enbar Toledano, 2012.

⁷³⁷ MCDONALD J., FISHER Jr., PHILIPS LLP., « "Lookism", the new form of illegal discrimination », *Bloomberg law reports*, vol. 4, n°46, 2010.

CHAPITRE 3 : LES AUTRES OBSTACLES À UNE PROTECTION JURIDIQUE ABSOLUE CONTRE LE LOOKISME

108. La mise en application d'une loi apportant une protection juridique complète contre le *lookisme*, c'est-à-dire prévoyant et apportant des solutions à tous les cas de *lookisme*, se révèle être une démarche extrêmement complexe car elle implique de relever des défis juridiques et sociaux majeurs. Les obstacles à la légifération d'une telle protection comprennent notamment d'une part les difficultés en matière de preuve, la part possible d'arbitraire dans la détermination du *lookisme*, l'impossibilité de définir un standard objectif de 'beauté' ou de *look* idéal, le risque de surcharge de l'appareil judiciaire lié à un trop grand nombre d'actions en justice ainsi que celui d'une utilisation abusive du droit d'ester en justice, la problématique de redondance avec les sanctions des lois existantes et la difficulté de heurter des croyances enracinées dans la société. Par ailleurs, les violents conflits d'intérêt opposant les employés et employeurs, ces derniers disposant d'une protection juridique, semblent difficiles à trancher.

Appliquer un principe d'égalité absolue signifie proscrire toute distinction quelque en soit la justification. Or, le principe de non-discrimination revêt un objectif plus précis : il prohibe toute différence de traitement basée sur un critère illégitime. Et même dans ce dernier cas, il admet des dérogations si elles sont proportionnées ou répondent à une justification légitime. En principe, une discrimination fondée directement sur un critère prohibé ne peut pas être justifiée. Or, selon certains, les différences de traitement ne sont pas *a priori* prohibées car choisir revient à discriminer, et toute différence de traitement n'est pas nécessairement constitutive d'une discrimination⁷³⁸. Elle l'est si et seulement si la différence de traitement devient arbitraire.

Il existe sans nul doute, dans les droits français et américains de la discrimination, une contradiction entre le principe de liberté qui assure à chacun le libre choix de son comportement et le principe de non-discrimination qui, *a contrario*, impose ou prohibe certains comportements. Comment peut-on interpréter le principe de non-discrimination de manière à créer un équilibre, sans toutefois contredire le droit ?

⁷³⁸BAVENCOFFE C., « L'article L. 122-45 du Code du travail », Université de Lille II, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, mémoire de Diplôme d'études approfondies, Droit Privé sous la direction de Mr. Bossu, année universitaire, 1999-2000.

Dans le cadre d'un entretien d'embauche, bien qu'il soit déconseillé au recruteur de poser au candidat des questions relatives à son âge, son sexe, ses origines, son orientation sexuelle, sa religion ou son handicap, a-t-il pour autant le droit de se fonder sur des critères physiques lors de l'entretien pour déterminer son choix ? Le cas échéant, sur quel(s) fondement(s) pourrait-il s'appuyer ?

Section 1 : Le droit de l'employeur à l'autonomie de la volonté et la liberté de choix

109. La question du *lookisme* dans l'emploi crée une tension fondamentale entre les droits de l'homme du salarié et les droits de l'employeur. En effet, nous avons d'un côté les droits des employés ou candidats à l'emploi à l'égalité de traitement⁷³⁹, l'égle opportunité, l'égalité professionnelle, l'égal accès au travail et la dignité ; et de l'autre la liberté de l'employeur d'entreprendre, à valeur constitutionnelle⁷⁴⁰ et *a fortiori* la liberté contractuelle (à titre d'exemple, le libre choix des collaborateurs⁷⁴¹), la liberté d'organiser et de gérer⁷⁴² ou diriger (donner des ordres, faire des choix, édicter des sanctions ou même licencier un salarié), de promouvoir l'image de son entreprise⁷⁴³ et d'appliquer un pouvoir disciplinaire et de contrainte sur les salariés. Nous mentionnons aussi le droit, si ce n'est le devoir, de contrôler l'exécution des ordres et des instructions⁷⁴⁴. Ainsi, son pouvoir discrétionnaire, son droit d'établir son entreprise comme il l'entend, de créer des opportunités de travail, de générer des profits et de contribuer à une économie robuste, pourraient lui permettre de fonder ses décisions sur des motifs étrangers à l'unique exécution du contrat de travail.

⁷³⁹ SUPIOT (A), *Critique du droit du travail, Les voies du droit*. PUF, 1994, p.114.

⁷⁴⁰ Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, décision no 81-132, loi de nationalisation, considérant 16, Rec., p. 18, RJC I, p. 104, D.1983, p. 169, note L. Hamon, *JCP*, G 1982. II. 19788, note N. Quoc Vinh et C. Franck ; voir aussi Conseil Constitutionnel, 12 janvier 2002, décision No 2001-455 DC, *Recueil conseil constitutionnel*, p. 49, Dalloz 2002, 1469, observations B. Mathieu). Article 107 de la loi de modernisation sociale, *Journal Officiel* du 18 janvier 2002, p. 1053 (v. notamment les considérants 43 à 50).

⁷⁴¹ Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, décision No 88-244 DC, loi portant amnistie, Rec., p. 119. Le Conseil constitutionnel consacre ainsi le caractère *intuitu personae* du contrat de travail au profit de l'employeur qui, étant responsable de l'entreprise, doit pouvoir choisir ses collaborateurs.

⁷⁴² FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 juillet 2007, n° 145, p.4. PA 200714501.

⁷⁴³ Voir POST R., « Prejudicial appearances: the logic of American antidiscrimination law », *California Law Review*, vol.88, 2000.

⁷⁴⁴ WAQUET P., « L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié », éditions Liaisons, 2003, p. 163.

De plus, comme nous l'avons précédemment mentionné, le principe en droit américain est que l'employeur dispose d'une liberté totale de choix des candidats qu'il préfère, si tant est qu'il se base sur des qualifications égales et non sur des critères discriminatoires⁷⁴⁵ : c'est le principe de *employment at will* ou emploi à discrétion. À titre d'exemple, il a été jugé que la politique qui interdit aux hommes d'avoir les cheveux longs ne viole aucune promesse implicite de bonne foi et *fair dealing* dans le contrat de travail sous la théorie de *at-will employment*. En effet, quand bien même l'ancien employé, né en Alaska, aurait un droit constitutionnel protégé dans son choix personnel, l'employeur a lui aussi un intérêt légitime dans le choix de sa méthode de gestion de son entreprise⁷⁴⁶ et ce dernier l'emporte. De plus, la notion de *good cause* ou bonne cause, en matière de licenciement, à assimiler à la notion de motif légitime, est une illustration de cette théorie. Cette notion comporte deux sens :

Le premier consiste en une justification raisonnable de mettre un terme aux services d'un employé pour des causes tenant aux tâches assignées à cet employé, ses responsabilités, ou encore son comportement sur le lieu du travail, son rendement ou sa capacité de travailler⁷⁴⁷.

Le second consiste en l'exercice de bonne foi par l'employeur ou le chargé de recrutement d'un jugement raisonnable, fondé sur des objectifs économiques envisagés pour son entreprise, et les normes de recrutement imposées par l'entreprise, son image et ses exigences.

110. En outre, selon la Cour de Justice de l'Union européenne, l'employeur n'est pas tenu d'expliquer les raisons pour lesquelles il a choisi un candidat plutôt qu'un autre, toutefois son silence pourrait être interprété comme un élément permettant de présumer l'existence d'une discrimination⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵Voir National Labor Relations Act, 29 U.S.C. § 151 (2006) (« *It is hereby declared to be the policy of the United States to eliminate the causes of certain substantial obstructions to the free flow of commerce ... by protecting the exercise by workers of full freedom of association, self-organization, and designation of representatives of their own choosing, for the purpose of negotiating the terms and conditions of their employment or other mutual aid or protection* »). Cet acte prohibe l'exercice du droit d'embaucher ou de licencier uniquement lorsque ce droit est utilisé de manière discriminatoire. Voir aussi *NLRB v. Audio Indus., Inc.*, 313 F.2d 858, 861 (7th Circuit 1963).

⁷⁴⁶« *Employer had a legitimate interest in deciding how to run its business* », *Miller v. Safeway, Inc.*, 170 P.3d 655, 26 I.E.R. Cas. 1881, 155 Lab. Cas. (CCH) P 60516 (Alaska 2007); West's Key Number Digest, Labor and Employment Key Number Symbol83.

⁷⁴⁷<http://legal-dictionary.com/dict.aspx?rd=1&word=good+cause>.

⁷⁴⁸CJUE, 19 avril 2012, affaire n° 415-10, Meister.

111. Certains considèrent d'une part que les ordonnances trop extrêmes violeraient les droits des employeurs ou des chargés de recrutement en leur ôtant tout pouvoir légitime de discrétion⁷⁴⁹ ; tandis que d'autres considèrent d'autre part, au titre de ces droits, que l'employeur peut facilement tenter de détourner cette liberté et ce rapport de subordination en abus de pouvoir et ainsi déclencher des discriminations, la plupart du temps dissimulées par des « motifs légitimes » que l'on développera ci-dessous.

Il convient aussi de noter la liberté de l'employeur de choisir la stratégie de marketing de son choix. En effet, l'on ne peut nier l'avantage commercial du *look* « cool et séducteur » des vendeurs jeunes, le *look* sexy des vendeuses de produits cosmétiques ou de lingerie et les serveuses⁷⁵⁰. Une question se pose : et si la stratégie d'une entreprise est de n'embaucher que des personnes très attrayantes, quelles en sont les conséquences juridiques ?

112. Bien que l'employeur dispose d'une marge de manœuvre et d'un pouvoir discrétionnaire, sa liberté est encadrée par le législateur afin d'en limiter les abus ; on parle d'une liberté relative et limitée par les principes de proportionnalité et l'objectivité.

Section 2 : Les tempéraments au principe de non-discrimination ou les motifs légitimes ou faits justificatifs

113. En théorie, l'employeur ne doit prendre en considération que des faits ayant un rapport direct avec l'exécution de la prestation de travail afin de justifier ses décisions⁷⁵¹. Toutefois, une inégalité de traitement peut être permise lorsqu'elle repose sur des raisons objectives et étrangères à toute discrimination prohibée⁷⁵². Quelles sont ces justifications?

⁷⁴⁹ *Gerdom v. Continental Airlines, Inc.* 1982 692 F.2d 602, 609 (9th Circuit 1982).

⁷⁵⁰ STEINLE A., « Appearance and grooming standards as sex discrimination in the workplace », *Catholic University Law Review*, vol. 56, 2006, p. 262-263.

⁷⁵¹ SAVATIER J., note sous Cass. Soc. 17 avril 1991, Dr. Soc. 1991, p. 487.

⁷⁵² FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 juillet 2007, n° 145, p.4.

§ 1 : Le principe d'objectivité et de proportionnalité

114. De manière très restrictive, le législateur a posé l'exception de la proportionnalité, au principe de non-discrimination.

En droit européen, une telle dérogation n'est possible que si l'État la prévoit, « *dans des circonstances très limitées* » et en tout état de cause, « *ces circonstances doivent être mentionnées dans des informations fournies par les États membres à la Commission européenne* ». Ces dispositions s'inspirent largement de l'article 2-2 de la directive 76/207 sur l'égalité de traitement entre travailleurs féminins et masculins, largement interprétée par la CJCE. La jurisprudence communautaire a nettement précisé que la dérogation au principe de non-discrimination ne visait que des activités spécifiques et devait faire l'objet d'un examen objectif et transparent⁷⁵³. Par exemple, l'article 4-1 de la directive européenne de 2000/78⁷⁵⁴ dispose qu' « *une différence de traitement fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination lorsqu'en raison de la nature d'une 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* ».

La loi n° 2008-496⁷⁵⁵ a transposé ce principe de la manière suivante : « *Le principe de non-discrimination ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur l'âge lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Cette loi ne mentionne pas une liste d'activités spécifiques nommément désignées ou de dispositif spécifique à chaque critère qui, *a priori*, pourraient justifier des différences de traitement sous réserve du respect du principe de proportionnalité. Ainsi, le législateur semble avoir laissé une marge de manœuvre à l'employeur et/ou au chargé de recrutement ; le juge demeurant garant des droits de l'employé⁷⁵⁶.

⁷⁵³ La Cour de Justice Européenne, 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04.

⁷⁵⁴ La directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (Conseil de l'Union européenne).

⁷⁵⁵ La loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, *Journal officiel de la République Française* du 28 mai 2008, p. 778.

⁷⁵⁶ Voir les articles L. 1133-3 et L. 1133-2 sur l'âge. Selon certains, il est regrettable d'admettre ces excuses de "motif légitime" de discrimination, abandonnées dans les discriminations sexistes mais admises par exemple en matière de discriminations fondées sur l'âge, voir (P. Langlois, *Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge*: Dr. soc. 2006, p. 155).

S'agissant des discriminations indirectes, selon l'article 1^{er} de la loi du 27 mai 2008, « *Une différence de traitement est autorisée si la mesure est justifiée par un but légitime dès lors que les moyens pour réaliser ce but sont nécessaires et appropriés* »⁷⁵⁷.

Comme nous l'avons mentionné plus haut, l'article L. 120-2 du Code du Travail français précise 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* ». Ainsi, l'employeur ou le chargé de recrutement dispose d'un pouvoir de discrétion lui permettant d'apporter des restrictions aux libertés individuelles des salariés, à condition que ces restrictions soient proportionnées au but recherché.

Il est intéressant de noter que l'ancien article L. 122-35⁷⁵⁸ du Code du Travail énonce à propos du règlement intérieur que celui-ci « *ne peut contenir la clause contraire aux lois et règlements, ainsi qu'aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement. Il ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché* ». L'article L.1121-1 du Code du Travail 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* ».

Selon l'article 225-3 du Code Pénal tel que modifié par la loi de 2008, les dispositions de l'article 225-1 ne sont pas applicables :

« ... 3° *Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou 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 ...* ».

L'on revient toujours aux notions d'objectivité, de légitimité et de proportionnalité.

L'article L. 1133-1 du Code du Travail (ancien article 122-45-3) marque une nuance en ce que « *Les différences de traitement fondées sur l'inaptitude constatée par le médecin de travail en*

⁷⁵⁷ PESKINE E., WOLMARK C., *Droit du travail 2013*, Dalloz, 7ème édition, 2013, p. 219.

⁷⁵⁸ Modifié par Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 - article 1 *Journal officiel de la République Française* 17 novembre 2001 et abrogé par ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 - article 12 (VD) *Journal officiel de la République Française* 13 mars 2007 en vigueur au plus tard le 1er mars 2008.

raison de l'état de santé ou du handicap ne constituent pas une discrimination lorsqu'elles sont objectives, nécessaires et appropriées » (ancien article L. 122-45-4, al. 1).

En sus, le Code du Travail favorise la discrimination positive dans certains cas. En effet, l'article L. 1133-3 stipule que « *les mesures prises en faveur des personnes handicapées et visant à favoriser l'égalité de traitement, prévues à l'article L. 5213-6, ne constituent pas une discrimination (ancien article L.122-45-4, al. 2)* »).

§ 2: Le critère de *Bona fide occupational qualification* ou les qualifications professionnelles établies de bonne foi

115. La beauté, devenue un véritable capital⁷⁵⁹, est désormais largement institutionnalisée comme étant une condition d'embauche et de promotion. Les employeurs peuvent manipuler cette notion et la définir comme n'étant aucunement discriminatoire en soutenant que c'est une requête nécessaire pour un accomplissement correct du travail.

Le *BFOQ* ou la « *Qualification de beauté professionnelle* », ou encore le *Inherent Job Requirement*⁷⁶⁰, mérite notre plus vive attention. Le *BFOQ* est l'essence ou la mission centrale du business de l'employeur⁷⁶¹. Il est aussi défini comme étant un élément raisonnablement nécessaire à la bonne opération de l'entreprise⁷⁶².

Pour prouver qu'il s'agit d'un *BFOQ*, il faut démontrer que c'est un élément central à la performance du travail⁷⁶³.

En droit français, cette notion s'assimile à l'exigence professionnelle essentielle et proportionnée.

Au sens du *BFOQ*, la notion d'essence du *business* se concentre sur le service particulier, les tâches et les fonctions dans le métier ; et non sur le *business goal* ou l'objectif de l'employeur de faire des profits.

⁷⁵⁹BEAUDRILLARD J., *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, Gallimard, 1970.

⁷⁶⁰WOLF N., *The beauty myth: how images of beauty are used against women*, New York: Harper perennial, 2002.

⁷⁶¹*International Union, United Auto., Aerospace and Agric. Implement Workers of Am. v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187, 203 (1991).

⁷⁶²42 U.S.C.A. § 2000e-2(e) (2006).

⁷⁶³42 USC para. 2000e-2(e)(1),(k)(1)(A)(i)(2006).

Un exemple typique du *BFOQ* serait une politique interne interdisant aux femmes de travailler en tant que gardes de sécurité dans des prisons à haute sécurité, au motif que ce travail serait destiné aux hommes exclusivement⁷⁶⁴. Un autre exemple est celui des positions d'acteur ou d'actrice où l'authenticité exige l'engagement d'une personne d'un sexe déterminé⁷⁶⁵.

Dans le contexte du *lookisme*, et selon certains auteurs, l'apparence corporelle est une qualité rattachée à la définition-même du poste, à un critère objectif de recrutement s'agissant des postes commerciaux et plus généralement des postes en contact direct avec la clientèle⁷⁶⁶.

Par suite, très souvent, une belle apparence physique fait partie de la description de la position et est par suite un critère de bonne performance.

116. Madame Naomi Wolf mentionne la « *parodie du BFOQ* »⁷⁶⁷, notamment au regard des femmes. En effet avant que la femme n'intègre le monde du travail, il existait une classe spécifique de femmes payées pour leur 'beauté'. Les femmes dans les professions « visuelles » affichaient leurs corps : les mannequins, les actrices, les danseuses, les prostituées et les *escorts*⁷⁶⁸ étaient anonymes et avaient un statut social considéré inférieur. Au fur et à mesure, les hôtesse de l'air, les mannequins ainsi que les secrétaires exécutives furent sujettes à des standards de beauté spécifiques. La jeune femme salariée fut dès lors prise dans un engrenage d'un stéréotype alliant beauté et bêtise. En 1972, la 'beauté' devint une arme à double tranchant qui pouvait légalement faire qu'une femme obtienne ou perde son travail. Dans l'affaire *St. Cross v. Playboy Club of New York*⁷⁶⁹, la Cour d'appel des droits de l'homme de New York, est même allée jusqu'à affirmer que dans une profession très visible, la 'beauté' d'une femme est un *BFOQ* et qu'il existe un standard de perfection pour les femmes ! Il s'agissait de 'bunnies' dans un playboy. La Cour assimile leur travail à une « *production théâtrale* ». Leur tâche est de refléter un *sex appeal* et non pas seulement de servir des boissons. Par suite, n'embaucher que

⁷⁶⁴ *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, Fairchild Books, New York, 2010, p. 180.

⁷⁶⁵ 29 C.F.R. §1604.2(a)(2) (2005).

⁷⁶⁶ POLINKO N.K., POPOVICH P.M., « Evil thoughts but angelic actions: responses to overweight applicants », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 31, 2001, p.905-924.

⁷⁶⁷ WOLF N., *The beauty myth: how images of beauty are used against women*, New York: Harper perennial, 2002, p. 27.

⁷⁶⁸ WOLF N., *The beauty myth: how images of beauty are used against women*, New York: Harper perennial, 2002, p. 27.

⁷⁶⁹ *St. Cross v. Playboy Club*, Appeal n° 773, n° CFS 22618-70, New York Human Rights Appeal Board, 1971. Voir aussi *Weber v. Playboy Club*, Appeal n° 774, n°CFS 22619-70, New York Human Rights Appeal Board, 1971.

des femmes, et qui plus est que des femmes au physique séduisant est considéré raisonnablement nécessaire pour les opérations normales du *Playboy Club*. Par suite, une femme peut être licenciée si elle ne possède pas de physique adéquat, en sachant que la définition-même du physique adéquat demeure ouverte à interprétation. Nous verrons un arrêt au sens contraire au chapitre 4.

Ainsi, depuis 1972, le droit américain a reconnu un standard de perfection selon lequel une femme pouvait être jugée et même licenciée de manière légale et justifiée en cas de non-conformité à ce standard. Cependant, cela ne fut jamais appliqué aux hommes de manière aussi flagrante⁷⁷⁰. Ce phénomène repose sur un sexisme incontestable, en violation du Titre VII du *Civil Rights Act*⁷⁷¹. D'ailleurs, selon certains, l'ancien principe de l'illégalité de différenciation entre hommes et femmes aurait été substitué par le *BFOQ*, nouveau standard de distinction entre femmes et hommes⁷⁷². Comme nous le verrons dans l'étude de la jurisprudence au chapitre 4, les femmes victimes de *lookisme* ont souvent recours aux articles prohibant le sexisme, afin d'obtenir gain de cause.

117. Quels sont les fondements législatifs du *BFOQ* ?

D'abord, selon le Titre VII du *Civil Rights Act*⁷⁷³, l'exception au principe de non-discrimination est reconnue lorsqu'un employeur avance un *BFOQ* raisonnablement nécessaire à l'opération ou au fonctionnement nécessaire de l'entreprise « *a Bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of that particular business or enterprise* ». La jurisprudence nous indique que les employeurs peuvent agir de manière *lookiste* lorsque l'apparence constitue un *BFOQ* raisonnablement nécessaire dans les opérations normales du business⁷⁷⁴.

⁷⁷⁰WOLF N., *The beauty myth: how images of beauty are used against women*, New York: Harper perennial, 2002, p. 33.

⁷⁷¹TITLE VII of the *Civil Rights Act of 1964*, 42 U.S.C para. para. 2000e-2000e-17(2000).

⁷⁷²BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p.25.

⁷⁷³ *Civil Rights Act* 42 U.S.C. §2000e-2(e)(1) (2006).

⁷⁷⁴*Craft v. Metromedia, Inc.*, 766 F.2d 1205, 1213, 1215-17 (8th Circuit 1985). Voir aussi l'affaire de *Kolbe v. Cable News Network, et al*, n 1:03-cv-02650-CC, 2003l in the U.S. District Court for the Northern District of Georgia. Il s'agissait d'une présentatrice de météo, dont le contrat avec CNN n'a pas été renouvelé. Elle forme une action pour discrimination en raison de son âge et de sa race (blanche). Elle n'obtient pas gain de cause. DALY E-M., «Jury Sides Against Former CNN Anchor In Bias Suit», <http://www.law360.com/articles/40878/jury-sides-against-former-cnn-anchor-in-bias-suit>.

Ensuite, comme nous l'avons vu au chapitre 1^{er}, certaines lois américaines étatiques mentionnent la justification de *BFOQ*.

De plus, le *ADEA*⁷⁷⁵ reconnaît une exception similaire en matière d'âge. Afin d'établir une telle exception, l'employeur doit prouver que le critère de l'âge est directement lié à l'habilité de réaliser une fonction particulière et que ce critère est central à la fonction-même. Ainsi, si l'on transposait un raisonnement similaire dans notre contexte, l'apparence physique devrait avoir un caractère central dans la performance de l'obligation⁷⁷⁶.

En droit français, l'article L.1131-1 du Code du Travail dispose que « *L'article L. 1132-1 ne fait pas obstacle aux différences de traitement, lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* ». Dans le même ordre d'idées, l'article L. 1142-1 du Code du Travail dispose que « *Les emplois et activités professionnels pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants : artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit masculin, mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; modèles masculins et féminins* ». Nous mentionnons aussi l'article L. 1142-2 du Code du Travail : « *Lorsque l'appartenance à l'un ou l'autre sexe répond à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée, les interdictions prévues à l'article L. 1142-1 ne sont pas applicables* ». L'on remarque que si l'on interprète cet article de manière restrictive, celui-ci prévoit cette exception pour l'embauche, et non pas pour les autres comportements discriminatoires (le refus d'une promotion par exemple).

⁷⁷⁵29 U.S.C. § 623(0)(1) (2000).

« *It shall not be unlawful for an employer, employment agency, or labor organization-*

(1) to take any action otherwise prohibited., where age is a bona fide occupational qualification reasonably necessary to the normal operation of the particular business, or where the differentiation is based on reasonable factors other than age, or where such practices involve an employee in a workplace in a foreign country, and compliance with such subsections would cause such employer, or a corporation controlled by such employer, to violate the laws of the country in which such workplace is located ».

42 U.S.C. paragraph 2000 e- 2€, (1), (k)(1)(A)(i) (2006).

Dans notre contexte, quels sont les postes pour lesquels l'apparence physique est indéniablement une *BFOQ* ? L'on pourrait mentionner le mannequinat⁷⁷⁷, le domaine de l'hospitalité, le divertissement, la publicité et quelques autres domaines limitatifs⁷⁷⁸ dans lesquels l'apparence physique est étroitement liée à l'essence-même du travail et l'authenticité des produits ou services. Par ailleurs, certains postes mettant des individus en contact continu avec les clients bien que n'ayant pas l'apparence physique comme essence de la fonction, sont souvent regardés par les recruteurs comme nécessitant un physique séduisant, à l'inverse de la réalité. En effet, les stéréotypes s'attachant à ces professions sont tels qu'une apparence avantageuse est un critère implicite d'embauche, tels que les postes de réceptionnistes⁷⁷⁹, de secrétaires, d'hôtesse de l'air, de vendeurs, et tout autre poste en contact direct avec la clientèle.

Mais aujourd'hui, on va plus loin. Dans les restaurants⁷⁸⁰, les cabinets d'avocats⁷⁸¹, les casinos, bars, clubs, les frontières entre service et sexe sont floues⁷⁸².

Par suite, un homme qui mesure 1 mètre 55 pesant 70 kilogrammes ne peut pas légitimement se considérer être victime de discrimination s'il postule pour un poste de joueur de basket ball, mais est sans doute victime de *lookisme* si sa candidature pour un poste d'informaticien est rejetée en raison de son apparence physique.

L'argument de *BFOQ* pourrait entraîner des abus. Fort heureusement, la jurisprudence américaine a été très stricte sur l'admission du *BFOQ* en tant que justificatif. Pour avancer un argument de *BFOQ*, la partie défenderesse doit prouver que le critère de l'apparence physique est central à la performance du travail⁷⁸³ et cela ne s'applique qu'à des cas très spécifiques⁷⁸⁴.

⁷⁷⁷ Voir le Chapitre 5 sur les solutions face au *lookisme*, dans lequel nous exposons les tentatives d'affronter la *grossophobie*, dans le domaine de la mode.

⁷⁷⁸ « *Appearance, like race and gender, is almost always was an illegitimate employment criterion, and... it is frequently used to male decisions based on personal dislike or prejudicial assumptions rather than actual merit* », note, « *Facial discrimination: extending handicap law to employment discrimination on the basis of physical appearance* », *Harvard Law Review*, vol 100, 1987, p. 2035, 2035.

⁷⁷⁹ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, p 107.

⁷⁸⁰ SCHNEYER L., « *Hooting: public and popular discourse about sex discrimination* », *Johnston and Wales University*, vol. 31, Humanities Department Faculty Publications and Research, 1998, p.551, 565-568.

⁷⁸¹ DUFFY S., « *Pantsuits coming out of the closet? Philadelphia DA Tosses skirts-only policy* », *Legal Intelligencer*, 1 Décembre 2003, <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1069801652231>.

⁷⁸² KAMER G., KELLER E., « *Give me \$5 Chips, a jack and coke—hold the cleavage: A look at employee appearance issues in the gaming industry* », *Gaming Law Review*, vol.7, 2003, p. 335-345. Cet article constate que dans le domaine de la mode, on adopte l'adage « *sex sells* » ou « le sexe vend » quand bien même l'activité principale de l'industrie est celle de la vente de chambres et restaurants et jeux, et non pas des jeux sexuels.

⁷⁸³ 42 U.S.C. §2000e-2(e)(1), (k)(1)(A)(i) (2006).

⁷⁸⁴ *International Union, United Auto., Aerospace and Agric, Implement Workers of Am. v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187 (1991). (« *The wording of the BFOQ defense contains several terms of restriction that indicate that the*

Les caractéristiques requises pour un travail spécifique ont été jugées très restrictivement par les tribunaux. L'arrêt *Prewett v. United States Postal service* a établi un test en ce sens⁷⁸⁵.

La Cour Suprême, dans l'affaire *UAW v. Johnson Controls, Inc.*⁷⁸⁶, décide que cette exception doit être interprétée de manière très restrictive, selon des standards objectifs. Cette idée est étroitement liée à la notion de *functional rationality* ou rationalité fonctionnelle, c'est-à-dire percevoir une personne uniquement au regard de son apport dans un métier⁷⁸⁷.

Par exemple, dans l'arrêt *Capadanno v. City of Medford Police Department*⁷⁸⁸, la candidature du demandeur au poste de policier au *Medford Police Department* fut immédiatement rejetée en raison de son poids excessif, le poids étant considéré un *BFOQ* car la sécurité publique est en jeu, alors même qu'il existe une législation prohibant la *grossophobie*⁷⁸⁹.

En matière de sexisme⁷⁹⁰, la jurisprudence a développé un test sur le *BFOQ* afin de réduire la portée de cette notion. Effectué par les tribunaux, il identifie d'abord la nature du travail (*the essence of the business*), puis pose la question de savoir s'il est essentiel pour l'employeur de discriminer sur la base de l'apparence physique et aboutit à la conclusion de savoir si le traitement en question est permis⁷⁹¹.

À titre d'exemple, à moins que ce ne soit une profession de services ou de divertissement sexuels, le désir d'embaucher des personnes sexuellement séduisantes afin de répondre aux préférences des clients est un argument insuffisant et ne constitue certainement pas un *BFOQ*⁷⁹².

exception reaches only special situations.... Each one of these terms--certain, normal, particular--prevents the use of general subjective standards and favors an objective, verifiable requirement »).

⁷⁸⁵ *Prewett v. United States Postal service* 662 F. 2d 292 (5th Circuit 1981). La question était de savoir si un individu handicapé (en l'espèce, ayant un bras et une épaule à la mobilité réduite suite à un accident de guerre) qui répond à tous les critères de l'emploi peut exécuter les fonctions essentielles du poste en question, sans toutefois mettre sa santé, sa sécurité et celle des autres en danger.

⁷⁸⁶ *UAW v. Johnson Controls, Inc.*, 499 US 187, 201 (1991).

⁷⁸⁷ POST R., « Prejudicial appearances: the logic of American antidiscrimination law », *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 1998-1999.

⁷⁸⁸ *Capadanno v. Medford Police Department.*, 88BEM-0846, 1996 Mass. Comm. Discrim. LEXIS 95, p.12.

⁷⁸⁹ Voir le Chapitre 1er. La cour considère que « *It is undeniable that an agency charged with ensuring public safety should have exacting physical standards for job applicants seeking to become police officers* ».

⁷⁹⁰ Voir *Rosenfeld v. Southern Pac. Co.*, 444 F 2d. 1219(9th Circuit 1971). La cour donne l'exemple de *BFOQ* pour une femme en tant que « wet nurse », p. 1224.

⁷⁹¹ *International Union, United Auto., Aerospace and Agric, Implement Workers of Am. v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187 (1991). *W. Air Lines v. Criswell*, 472 U.S. 400 (1985). Voir aussi *Palmore v. Sidoti*, 466 US. 429, 432-33 (1984) (reference à *McLaughlin v. Florida*, 379 US 184, 196 (1964)). « *Within the area of federal constitutional law, state classifications based upon race are acceptable only if they are "justified by a compelling governmental interest and.. 'necessary to the accomplishment of their legitimate purpose'.* ».

⁷⁹² *Wilson v. Sw. Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292, 301 (Texas 1981).

§ 3: Les notions de *business necessity* ou de bonne marche ou intérêt de l'entreprise

118. Que signifie la notion de *business necessity* ou exigence dans la pratique des affaires? Cette exception ne saurait être justifiée par l'augmentation des coûts, l'efficience des affaires, les caractéristiques comparatives d'un groupe par rapport à l'autre, les caractéristiques ou stéréotypes attribués à un groupe ou les préférences de la clientèle, collègues, employeurs ou autres⁷⁹³. Cette notion est similaire à celle du bon fonctionnement ou intérêt de l'entreprise.

En droit français, les dispositions de l'article L.1132-1 du Code du Travail ne sont pas applicables lorsque le licenciement a été prononcé en raison du trouble objectif causé, selon l'employeur, à peine de nullité de la mesure, de pratiquer une discrimination, au sens de cet article. Il lui est permis dans *l'intérêt de l'entreprise* et dans l'exercice de son pouvoir d'individualisation de prendre des mesures disciplinaires et de sanctionner différemment des salariés qui ont participé à une même faute⁷⁹⁴.

La notion d'intérêt de l'entreprise se réfère à l'impossibilité pour l'employeur de faire fonctionner son entreprise sans l'existence du critère en question chez le ou les salarié(s) en question. La nécessité doit être très importante, centrale, voire même absolue à la position en question⁷⁹⁵. Pour des politiques neutres ayant toutefois un effet discriminatoire, un employeur doit prouver que le *lookisme* est une *business necessity*⁷⁹⁶.

S'agissant de l'apparence physique, selon certains, on ne peut parler de *business necessity* valide que si le produit vendu sert à augmenter la beauté⁷⁹⁷.

Dans un arrêt, il est clairement précisé que la meilleure manière pour les employeurs de justifier leurs décisions est d'utiliser l'argument de *rational business necessity* ou des considérations rationnelles de business⁷⁹⁸ : « *I mean to imply only that Title VII pushes very hard in the direction of forcing employers to explain their decisions in light of rational business*

⁷⁹³D.C. Code §2-1401.03(a) (LexisNexis 2001).

⁷⁹⁴ Cass. Soc., 15 mai 1991, *Bulletin Civil*, n° 236, *Dalloz* 1991. Cass. Soc. 14 novembre 2000, *Bulletin Civil*, n° 369, p. 283. Voir aussi Conseil Constitutionnel, 16 janvier 1982 et 7 janvier 1988, Conseil d'État, assemblée 1 Avril 1938, Recueil P. 337. Section 10 mai 1974, Denoyer & Chorques, Rec. p. 274.

⁷⁹⁵D.C. Code Ann. Para.201401.03 (a) (LexisNexis 2001).

⁷⁹⁶ 42 U.S.C. §2000e-2(k)(1)(A)(i).

⁷⁹⁷ BELLO, « Attractiveness as hiring criteria: Savvy business practice or racial discrimination ? », *Journal gender Race and Just*, vol. 8, 2004, p. 483, 486.

⁷⁹⁸ *EEOC v. Flasher Co.*, 986 F.2d 1312, 1319 (10th Circuit 1992).

considerations, as these will prove to be the most plausible and convincing defenses to charges of discriminatory animus ».

Il est très important de noter que l'exception de *business necessity* ne peut être avancée que s'agissant de discrimination indirecte ou *dispart impact*.

La preuve de la *business necessity* est plus dure à apporter que celle du *BFOQ*. Il serait donc peu probable de réussir à avancer une défense de non-discrimination sur la base de *business necessity* après avoir échoué dans la tentative de se protéger, sur le fondement de *BFOQ*.

Dans l'affaire *Carroll v. talman federal savings and loan association of Chicago*⁷⁹⁹, dans les faits, une salariée de banque porte plainte pour discrimination à raison du sexe car les femmes, contrairement aux hommes, sont obligées de porter des uniformes. Selon la compagnie défenderesse, les uniformes visent à créer une atmosphère professionnelle et par suite sont « *job related* » et « *reasonably necessary to the proper operation of the business* ». De plus, ils sont beaux, de bonne qualité, confortables et ne sont en aucune manière embarrassants ou dégradantes vis-à-vis des femmes. Enfin, les femmes peuvent porter des foulards, chaussures, chemises de leur choix. La Cour décide que cette politique ne fait pas obstacle à l'égalité d'opportunité (« *the dress code does not prevent employment opportunity* ») car elle répond à une *business necessity*.

La Cour d'Appel juge que les critères d'apparence physique imposés par l'employeur sont raisonnables lorsqu'ils répondent aux besoins de l'entreprise de l'employeur, et sont justifiés par des normes socialement acceptables.

L'employeur conserve pleinement le droit de régulariser l'apparence des employés, leur hygiène, leurs uniformes, à la condition de démontrer que l'uniformité des standards visent à remplir le *reasonable business purpose*⁸⁰⁰. Par suite, le pouvoir de l'employeur d'individualisation de sanction ne peut entraîner une discrimination, et ne peut avoir pour seul objectif que l'intérêt de l'entreprise.

⁷⁹⁹ *Carroll v. Talman Federal Savings and Loan association of Chicago*, 604 F. 2d 1028 (7th Circuit), n°78-1458, 21 août 1979.

⁸⁰⁰ *Willingham v. Telegraph Publishing Co.* 507 F.2d 1084, 1091 (5th Circuit) (1975).

La notion de perturbation objective de fonctionnement de l'entreprise⁸⁰¹ est souvent justifiée par la volonté d'éliminer les risques d'absentéisme allant à l'encontre du bon fonctionnement de l'entreprise⁸⁰². Cette notion peut également être utile en matière de discrimination fondée sur des critères de comportements extra-professionnels tels que les bonnes mœurs ou l'orientation sexuelle⁸⁰³.

Par un arrêt rendu le 20 juin 2006⁸⁰⁴, la Cour de Cassation affirme que s'agissant de la tenue d'une agente de propreté, « *A légalement justifié sa décision la Cour d'Appel qui a jugé le licenciement d'une salariée, au motif pris dans son refus de porter la tenue de travail de l'ensemble du personnel de l'entreprise travaillant sur le site d'un centre commercial où elle était affectée, sans cause réelle et sérieuse, dès lors qu'elle a fait ressortir que la contrainte vestimentaire imposée à la salariée n'était pas justifiée par la tâche à accomplir ni proportionnée au but recherché* ». L'interprétation *a contrario* de cette décision permet de conclure que l'intérêt de l'entreprise et la proportionnalité au but recherché sont deux conditions cumulatives, permettant à l'employeur de traiter les salariés de manière différente quant à leur apparence physique.

Seul, l'intérêt de l'entreprise ne semble pas être suffisant pour justifier des différences de traitement. L'atteinte aux libertés doit être nécessairement proportionnée au but recherché et justifiée par l'intérêt de l'entreprise. Ainsi, l'intérêt de l'entreprise exige parfois que l'on réduise les droits et libertés des salariés au sein de l'entreprise.

⁸⁰¹ Voir le salarié malade et absent, Cass. Soc., 16 juillet 1998, *Droit Social*, 1998, p. 950 ; 10 novembre 1998, RJS. décembre 1998, p. 869.

⁸⁰² FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, n° 145, 2007, p.4. PA 200714501. Toutefois, l'employeur ne peut pas prendre prétexte par le mauvais fonctionnement de l'entreprise pour refuser une augmentation à des salariés absents pour cause de maladie. Voir Cass. Soc., sociale, 7 février 2006, inédit : « *Attendu que le conseil de prud'hommes, qui a constaté que toutes les absences, autorisées ou non, n'entraînaient pas les mêmes conséquences, a exactement décidé que l'exclusion des salariés ayant été absents pour cause de maladie du bénéfice de l'augmentation salariale était une mesure affectant la rémunération des salariés en raison de leur état de santé et constituant une discrimination prohibée par l'article L. 122-45 du Code du Travail* ».

⁸⁰³ F. COURTRAY, « Normes sociales, droit et homosexualité », Thèse pour le doctorat en droit, à l'Université Aix-en-Provence 1996, p. 133. Conseil d'État 16 décembre 1994, n°112855, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle : RJS 2/ 95 n°128. Il a été jugé que dès lors que le port de la tenue de chantier comportant des vêtements de travail, un casque et des gants de manutention est justifié par la nature des tâches à accomplir ; et n'est pas disproportionnée par rapport à l'objectif de protection recherchée, les dispositions du règlement intérieur sont justifiées non pas par des motifs tirés de l'image de marque de l'entreprise, mais par des raisons de sécurité et ne méconnaissent aucunement les dispositions des articles L. 122-34 et L. 122-35 du Code du Travail.

⁸⁰⁴ *Société AAF La Providence c. Mme Marzouqi*, rejet (Cour d'Appel de Paris, 18^e Ch. D. 16 mars 2004- Pourvoi n° V04-43.067- Arrêt n° 1644 D).

Enfin, il est très important de remarquer que la notion de *BFOQ* trouve son origine dans la loi alors que celle de *business necessity* est purement jurisprudentielle, développée en tant qu'exception à la prohibition de discrimination indirecte.

§ 4: La protection de l'image de l'entreprise

A) L'image de l'entreprise

119. L'image de l'entreprise ou '*organizational image*' ou '*corporate image*' est définie comme la manière dont les personnes perçoivent une entreprise, par leur savoir, croyances et sentiments par rapport à cette entreprise⁸⁰⁵. Une autre définition de l'image de l'entreprise est la réaction au nom de la compagnie⁸⁰⁶ ou à un ensemble d'attributs de la compagnie⁸⁰⁷.

L'image de l'entreprise est étroitement liée à son succès. L'apparence physique affecte l'image que l'entreprise désire projeter afin de se différencier de ses concurrents. Et visiblement, l'attractivité vend⁸⁰⁸. Dans la plupart des industries, les employeurs ont la liberté du choix de l'image de l'entreprise et par suite partagent une stratégie d'affaires (ou *business strategy*) consistant à embaucher les personnes dont le *look* lance les campagnes de marketing et l'image de la compagnie. La grande majorité des employeurs sont parfois récalcitrants du fait de l'image qu'ils souhaitent refléter de leur entreprise.

Ils essayent de se conformer à la culture *lookiste* afin de survivre dans un marché extrêmement compétitif⁸⁰⁹ en s'assurant que les salariés créent une image vendable⁸¹⁰. Par exemple, le manager d'une marque d'habits de luxe doit avoir une apparence stylée, concordant avec cette

⁸⁰⁵ TOM V., « The role of personality and organizational images in the recruiting process », *Organizational Behavior and Human Performance*, vol. 6, 1971, p. 573-592.

⁸⁰⁶ GATEWOOD R.D., GOWAN M.A., LAUTENCSSLAGER G.J., « Corporate image, recruitment image and initial job choice decisions », *Academy of Management Journal*, vol. 36, 1993, p. 414-427.

⁸⁰⁷ BELT J.A., PAOLILLO J.G.P., « The influence of corporate image and specificity of candidate qualifications on response to recruitment advertisement », *Journal of Management*, vol. 8, 1982, p. 105-112.

⁸⁰⁸ STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal Employment Law*, vol. 27, n° 41, 20 juin 2005.

⁸⁰⁹ ZAKRZEWSKI K., « The prevalence of "Lookism" in Hiring Decisions: How federal law should be amended to prevent appearance discrimination in the workplace », *University of Pennsylvania Journal of Labour and Employment Law*, vol.7, 2005, p. 431-433.

⁸¹⁰ BARON S., « (Un)lawfully beautiful: The legal (de)construction of beauty », *Boston College Law Review*, vol. 46, 2006, p. 359, 365. Voir le rapport sur les stratégies d'augmentation de la concentration sur le recrutement basé sur l'apparence physique ou *hiring by looks* pour des objectifs de marketing dans les "upscale businesses", voir GREENHOUSE S., « Going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003, p 12.

marque. Un chef de cuisine pourrait être ‘enveloppé’, car cela reflète l’image du restaurant par exemple⁸¹¹.

Les salariés à l’esthétique séduisante peuvent être des atouts considérables dans l’industrie de la vente en détail par exemple. En effet, les jeunes consommateurs prendraient les vendeurs comme modèle et tenteraient de leur ressembler⁸¹². Ainsi, la clientèle d’une entreprise dicterait les recommandations d’apparence physique des employés de l’entreprise.

La jurisprudence, américaine notamment, a longtemps reconnu le droit des entreprises d’adopter une certaine image à projeter aux clients et à cette fin, imposent des standards d’apparence physique, notamment de tenue vestimentaire aux salariés, sans toutefois violer aucune loi fédérale.

Aujourd’hui, comme nous l’avons mentionné, la beauté devient de plus en plus catégorisée dans des domaines non affiliés aux professions d’exhibition à l’origine. Le critère de beauté ou d’attractivité physique s’applique non seulement aux mannequins et métiers de divertissement ou de distraction, de prostitution ou de service à la clientèle, mais aussi en tant qu’outil de satisfaction des clients, notamment s’agissant des acteurs, actrices, danseuses, serveurs et serveuses, des réceptionnistes, secrétaires et assistantes, des vendeurs et vendeuses et surtout des hôtesse de l’air et de toute personne qui fait des apparitions régulières à la télévision ou dans des films et dans tout domaine qui requiert du charme et des talents sociaux tels que la politique et le sport⁸¹³.

La jurisprudence américaine a longtemps reconnu le droit aux compagnies d’adopter une certaine image à projeter aux clients et à cette fin, d’imposer des standards d’apparence physique aux salariés, sans toutefois ne violer aucune loi fédérale.

À titre d’exemple, un ancien exécutif du géant *Google* affirme qu’il fut licencié injustement au motif qu’il ne correspondait pas à l’image corporative de culture jeune («*Youthful corporate culture*»)⁸¹⁴. Dans une autre affaire, le licenciement d’une femme est jugé légitime dans un centre

⁸¹¹ Entretien avec Monsieur Walid Chahine, *Chief Operating Officer* chez Azadea Group, Beyrouth le 6 septembre 2013.

⁸¹² GREENHOUSE S., « Going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003.

⁸¹³ GUTTMAN A, *The erotic in sports*, New York: Columbia University Press, 1996.

⁸¹⁴ KLEINER S., « New developments concerning age discrimination in the workplace », *Equal Employment International*, vol. 24, n°5/6, 2005, p.15-23.

de fitness car elle ne se mêlait pas assez à l'image de l'entreprise et manquait de discipline qui lui vaudrait le 'respect'⁸¹⁵.

Dans une affaire, la candidature d'un homme dans un centre de sport à Los Angeles a été refusée en raison de son poids⁸¹⁶ et ceci car la compagnie craignait qu'il ne projette une 'fausse image' et n'envoie un 'faux message'. Pour sa part, le demandeur n'a pas réussi pas à démontrer qu'il est handicapé au sens du ADA et donc n'obtient pas gain de cause.

Dans une affaire intéressante, il a été décidé que les salariés sikh qui portaient des turbans ou barbes ne pouvaient pas avoir des positions de superviseurs car le restaurant en question voulait projeter une image « *propre et nette* » et l'on redoutait que les clients ne les trouvent « *insalubres* »⁸¹⁷.

Ainsi, des femmes ont été requises de porter des *overalls*, bien que contraires à leurs croyances religieuses qui sont contre le fait que les femmes s'habillent comme les hommes⁸¹⁸. Des hommes ont été obligés de garder leurs cheveux courts, contrairement aux femmes⁸¹⁹. Des femmes ont été obligées de relever leurs cheveux afin de se conformer à l'image de « *Brooks Brothers* », que l'employeur désirait projeter⁸²⁰.

La question fut réexaminée dans l'affaire *Cloutier v. Costco Wholesale Corp.*⁸²¹, une affaire dans laquelle une caissière, Kimberly Cloutier, a été licenciée à cause de son refus d'ôter les piercings de son visage (la politique de Costco permettait uniquement les boucles d'oreille). Elle argumente que cela va de pair avec sa religion, l'« *église de modification du corps* » ou « *The church of body modification* ». Costco, de son côté, considère que cela va à l'encontre de l'image « *propre et professionnelle* » (*Neat, clean and professional image*) que les clients préféreraient. La Cour du District juge en faveur de Costco car le magasin avait raisonnablement accommodé la demanderesse en proposant qu'elle couvre ou remplace ses piercings durant ses heures de travail. En revanche, la Cour d'Appel approfondit son analyse et juge que Costco n'avait aucune

⁸¹⁵*Spigel v. Schulmann*, n° 03-CV-5088, 2006 WL 3483922, 14 (EDNY 30 Novembre 2006); *Goodman c. L.A. Weight Loss Centers Inc.*, No 04-CV-3471, 2005, US Dist. LEXIS 1455, 7 (E.D. Pennsylvania, 1 février 2005).

⁸¹⁶*Goodman v. L.A. Weight Loss Centers, Inc.*, n° Civ.A. 04-CV-3471, 2005 WL 241180, (2005).

⁸¹⁷*EEOC v. Sambo's of Georgia Inc.*, 530 F. Supp. 86, 89-90 (N.D. Ga. 1981); accord *Birdi v. UAL Corp.*, n° 99 C 5576, 2002 WL 471999, 1-2 (N.D. Ill, 26 mars 2002).

⁸¹⁸*Killebrew v. Local Union*, 1683, 651 F.Supp. 95 (W.D. Ky. 1986).

⁸¹⁹*Baker v. California Land Title Co.*, 507 F.2d 895 (9th Circuit1974).

⁸²⁰*Wislocki-Goin v. Mears*, 831 F.2d 1374 (7th Circuit1987).

⁸²¹*Cloutier v. Costco Wholesale Corp.*⁸²¹, 390 F 3.d 126 (1st Circuit 2004), cert. Filed, n° 04-9716 (2005).

obligation de *reasonable accomodation*, car cela créerait une charge inutile à l'encontre de Costco, et cela ne touchait pas l'argument des préférences de la clientèle⁸²². La Cour poursuit en disant que l'argument des préférences de la clientèle ne peut pas être utilisé en tant qu'excuse pour la discrimination dans l'emploi, pour refuser par exemple des vendeurs Hispaniques⁸²³.

Qu'en est-il du maquillage ? Dans l'affaire *Jesfersen v. Harrah 's Operating Co*⁸²⁴, le jury a rejeté l'action en discrimination apportée par la demanderesse, en raison de son licenciement. Dans cette affaire, la politique de la compagnie proposait durant des années aux *barwomen* de se conformer aux standards femmes-hommes, ce qui incluait le port de maquillage lors des heures de travail. Une proposition ensuite transformée en exigence. Il est important de noter que ce standard s'applique de manière générale et la demanderesse ne reçut pas de commentaires individuels. Elle refuse, en déclarant que cela la fait sentir « *pomponnée, dégradée et que cela la force à être féminine et rabaisse sa crédibilité envers les clients* ». Or, elle avait reçu d'excellentes évaluations de la part des superviseurs et des clients pendant ses 21 ans de service, malgré le fait qu'elle ne mettait pas de maquillage.

Est-ce une discrimination sexuelle sachant qu'une telle norme n'est pas imposée aux hommes ? Le 9ème Circuit note, que différencier entre femmes et hommes en matière de codes d'apparence physique ne constitue pas une discrimination sexuelle. En effet, le test pour établir une discrimination sexuelle n'était pas vérifié, vu qu'aucune charge inégale (*unequal burden*) n'était créée à l'encontre des femmes. Or, selon la Cour dans ce cas, les régulations étaient raisonnables. Cette solution nous paraît raisonnable.

Nous verrons par la suite que cette décision démontre les inconsistances de la jurisprudence américaine.

Enfin, les responsables de ressources humaines sont d'accord : un(e) salarié(e) à l'apparence propre et professionnelle, reflète l'image de l'entreprise et le produit qu'il/elle vend⁸²⁵.

⁸²² STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal Employment Law*, vol. 27, n° 41, 20 juin 2005.

⁸²³ *Cloutier v. Costco Wholesale Corp.*, 390 F.3d 126 (1st Circuit 2004), n° 04-9716 (2005), p. 136.

⁸²⁴ *Jesfersen v. Harrah 's Operating Co.*, 392 F.3d 1076 (9th Circuit 2004). Cette affaire mit en jeu un jury très divisé. La partie opposante marque une ressemblance avec l'affaire Price Waterhouse, « *when an employer takes an adverse employment action against a plaintiff based on the plaintiff's failure to conform to sex stereotypes, the employer has acted because of sex* ».

⁸²⁵ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment Officer* à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth, le 23 août 2013.

Les questions suivantes se posent: devrait-il y avoir une loi qui protège le droit à l'auto-expression, c'est-à-dire qui permette aux salariés d'exprimer leur propre image à travers leur apparence physique ? Cela voudrait-il signifier que Cloutier pourrait montrer ses piercings, à l'encontre de l'image propre de Costco, essence de la stratégie marketing? Est-ce véritablement le rôle du Titre VII⁸²⁶ ?

À l'inverse de l'hypothèse précédente, comme décrit dans le chapitre préliminaire, le phénomène de *Beauty is Beastly* n'échappe pas à notre analyse, comme en témoigne l'affaire d'une librairie de l'Université de Harvard dont la demande de promotion fut rejetée à plusieurs reprises en raison de son apparence jugée très jolie et « sexy ». Son superviseur lui affirme qu'elle ne correspond pas à l'image de la librairie et qu'elle ne sera jamais promue en raison de son apparence qui ferait la risée de tous⁸²⁷. La question était de savoir si le droit protège une personne jugée trop attrayante. À défaut d'autre base juridique, la demanderesse dénonce une discrimination sur les critères de race et de genre et n'obtiendra pas gain de cause⁸²⁸. Si le droit américain prohibait le *lookisme*, cette affaire aurait été qualifiée de *reverse discrimination*.

B) Les préférences de la clientèle. Existe-t-il un lien avec la productivité ?

1- Les préférences de la clientèle

120. Dans l'optique du groupe LVMH, les clients ne sont pas des *top models*. Par conséquent, ils ne s'attendent pas à ce que les vendeurs soient beaux. Ils désirent qu'ils soient intelligents, chaleureux, professionnels, engagés et qu'ils traitent les clients avec amabilité et courtoisie⁸²⁹.

Or, est-ce toujours le cas ?

Tout comme l'apparence physique affecte le jugement de l'employeur sur les qualifications des candidats, l'apparence affecte également la perception que les clients ont de l'entreprise ainsi que

⁸²⁶ STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal Employment Law*, vol. 27, n° 41, 20 juin 2005.

⁸²⁷ « Seen merely as a pretty girl who wore sexy outfits, low-cut blouses and tight pants ». Voir SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice*, Amherst, New York, Prometheus Books, 2000, p.33.

⁸²⁸ *Goodwin v. Pres. & Fellows of Harvard Coll.*, n° 03-11797JLT (D. Mass. Oct. 31, 2003). BALDAS T., « Appearance-based discrimination suits are on the rise », *National Law Journal*, 20 avril 2005, <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1113901508317>.

⁸²⁹ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH, New York, 5 août 2013.

de ses produits et services⁸³⁰. Par conséquent, les employeurs utilisent comme tactique de marketing le recrutement sur le fondement du physique. Un des exemples frappants est le choix des vendeurs d'habits au physique attirant pour attirer une plus large clientèle⁸³¹.

De plus, l'utilisation de la beauté ou l'attractivité physique est justifiée par le fait que les consommateurs français affirment à 53% juger l'apparence de la vendeuse importante ou très importante lors de l'acte de l'achat⁸³².

La notion de préférences de la clientèle est très étroitement liée à celle de l'image de l'entreprise. Souvent, les goûts et préférences des clients peuvent constituer des « pressions externes » selon l'employeur et se transformer en discrimination vis-à-vis de candidats ou d'employés. L'employeur peut anticiper une attitude discriminante de la part de ses clients, qu'elles soient avérées ou non⁸³³. Certains supposent que les clients sont prêts à payer davantage pour cette discrimination et supportent indirectement le coût de la discrimination (à savoir la perte de potentiels bons candidats) pesant sur l'entreprise⁸³⁴.

En effet, la clientèle peut se révéler capricieuse vis-à-vis de l'apparence physique de serveuses, réceptionnistes, vendeuses ou hôtesse de l'air, métier auquel nous attribuerons une attention particulière au chapitre suivant.

De plus, les collègues de travail collaborent plus volontiers et ont, comme les employeurs et les clients, une préférence marquée pour les personnes au 'joli' physique⁸³⁵.

À cette fin, les employeurs et le plus souvent les responsables de recrutement sont les mieux qualifiés à reconnaître des facteurs de productivité valides (la satisfaction personnelle des clients et celle des collègues), et sont en mesure d'anticiper des attitudes hostiles de la part des clients ou consommateurs. Ces pressions externes avérées ou non, n'ont normalement d'influence que pour les emplois en relation directe avec la clientèle, c'est-à-dire les métiers commerciaux.

⁸³⁰ CAVICO F.J., MUFFLER S.C., MUJTABA B.G., « Appearance discrimination in employment: Legal and ethical implications of "Lookism" and "Lookphobia" », *Equality, Diversity and Inclusion*, 2012.

⁸³¹ BELLO J., « Attractiveness as hiring criteria: Savvy business practice or racial discrimination? », *Journal of Gender Race and Justice*, vol. 8, 2004, p. 483, 486.

⁸³² GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁸³³ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁸³⁴ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

⁸³⁵ AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002, p. 104. Des sociologues ont même établi que les individus séduisants bénéficiaient d'un avantage considérable du fait que les autres personnes cherchaient leur compagnie ou leur partenariat, même si cela devait leur coûter quelque chose. Voir MULFORD M., ORBELL J., SHATTO C., STOCKARD J., « Physical attractiveness, opportunity, and success in everyday exchange », *American Journal of Sociology*, vol. 103, n° 6, 1998, p. 1565-1592.

121. Monsieur Gary Becker⁸³⁶ avance la théorie de la « *discrimination en termes de goûts* », variable personnelle, intégrée pour la première fois à l'analyse du fonctionnement du marché du travail. Cette théorie explique la raison pour laquelle certaines catégories de personnes (femmes, jeunes, noirs, en surpoids, etc...) sont sous-représentées sur le marché du travail. L'origine est tout simplement la volonté des employeurs d'écarter les individus sur lesquels ils portent des jugements négatifs. Cette théorie obscure s'interprète par la volonté de l'employeur et des salariés de ne pas travailler avec des personnes ayant un physique différent et ne correspondant pas à la 'norme' des codes des apparences contemporains, probablement afin de maintenir un 'équilibre' envisagé au sein de l'entreprise.

D'autre part, le goût des consommateurs (ou des clients ou des usagers) joue un rôle important, les consommateurs étant le facteur clé de la viabilité d'une entreprise. Ainsi, l'employeur ou l'intermédiaire de l'emploi avance cet argument en cas de refus d'embauche ou de licenciement et trouve un certain confort à rejeter la responsabilité sur les goûts des tiers (employés ou clients), procédé d'externalisation à l'origine de la discrimination.

De plus, selon certains, si l'apparence d'un employé est une valeur appréciée par la clientèle ou les collègues, alors ce devrait être un critère légitime de qualification car il augmente la performance dans un milieu de travail⁸³⁷. De plus, la performance des individus est intensifiée par la bienveillance dont ils bénéficient auprès des clients et de leurs collègues de travail.

Dans une affaire, un jury décide qu'il est légitime d'imposer une coiffure propre dans un service de concierge et d'interdire à un salarié d'avoir une queue de cheval et ceci car le désir d'un client d'avoir des concierges qui ont une apparence soignée en tous temps est une raison de *business* suffisante pour cette régulation⁸³⁸.

Comment marquer la frontière entre un comportement *lookiste* et une réaction uniquement liée aux affaires elles-mêmes ? Si une vendeuse au physique atypique apporte des résultats non satisfaisants et que son supérieur hiérarchique la licencie, est-il *lookiste*? La réponse selon certains, serait négative car il rompt un contrat en raison du manque de succès de ses affaires uniquement. En effet, le succès d'une entreprise est affecté par le « *embedded lookism* » imprégné dans une société consommatrice elle-même *lookiste*, en l'occurrence des clients

⁸³⁶ BECKER G., *The economics of discrimination*, Economic Research Studies, 1971.

⁸³⁷ 116 P.3d 1123, 1145 (California 2005).

⁸³⁸ *Turcios v. US Services Industries*, 680 A.2d 1023, 1024-25 (D.C. 1996).

lookistes envers les vendeuses⁸³⁹. Qui est à blâmer dans ce cas? Le point de vue de l'employeur est-il justifiable? Comment tempérer ce comportement? Dans quelle mesure les préférences des clients doivent-elles être considérées comme rationnelles et prises en considération? Devrait-on favoriser les préférences de la clientèle à avoir affaire à une personne au physique agréable⁸⁴⁰? L'étude des circonstances se fait au cas par cas.

Le *lookisme* est souvent engendré par l'envie d'embaucher des personnes qui auront une forte interaction avec les clients⁸⁴¹, toutefois l'exception du contact avec la clientèle connaît des limites. En effet, a été jugé discriminatoire le refus par une compagnie aérienne d'une candidature masculine à un emploi de *steward*, et ce, dans le souci de satisfaire les préférences de la clientèle pour un personnel féminin sur le fondement du motif légitime, au sens de l'article 416-3 alinéa 3 du Code Pénal, applicable en la cause dans sa rédaction antérieure à la loi du 13 juillet 1983⁸⁴².

Toutefois, cette justification connaît des limites. Il est à noter aussi que cet argument ne peut jamais être avancé en matière de discrimination raison de la race⁸⁴³.

Il convient d'abord de noter que selon la jurisprudence européenne, une politique discriminatoire à l'embauche fondée sur l'origine ethnique ou raciale ne peut avoir pour simple but de satisfaire la clientèle⁸⁴⁴. De plus, il a été jugé que la satisfaction du personnel n'est pas un objectif légitime permettant de justifier la mise à l'écart du processus de recrutement des personnes homosexuelles en raison de l'attitude négative du personnel hétérosexuel à leur égard⁸⁴⁵.

L'étude du peu d'arrêts en la matière démontre que les préférences des clientèles sont tolérées lorsqu'elles constituent une *business necessity* ou encore des exigences professionnelles essentielles. Souvent, la jurisprudence américaine a admis le critère de *BFOQ*, en rapport avec les préférences de la clientèle.

⁸³⁹ DESIR J., « Lookism: Pushing the frontier of equality by looking beyond the law », *University of Illinois Law Review*, vol. 629, 2010.

⁸⁴⁰ Tribunal Correctionnel, Mrlaix, 20 janvier. 1984, *Gazette du Palais*, 1984,1,121, note Doucet.

⁸⁴¹ GREENHOUSE S., « Going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003, p. 12.

⁸⁴² Tribunal Correctionnel, Mrlaix, 20 janvier. 1984, *Gazette du Palais*, 1984,1,121, note Doucet.

⁸⁴³ *Ray v. university of Ax*, 868, F. Supp., 104, 1126-27 (1994).

⁸⁴⁴ CJCE, 10 juillet 2008, affaire C-54/07.

⁸⁴⁵ CEDH, 28 septembre 1999, n° 33985/96 et n° 33986/96.

Nous constaterons dans l'étude de la jurisprudence que l'argument des préférences de la clientèle est admis de manière très restrictive.

Nous constatons que les notions de *BFOQ* en terme de qualifications en relation avec l'essence ou la nature du travail et de préférences de la clientèle sont intimement liées.

2- Conséquence : la productivité

122. Beaucoup de types de discriminations peuvent être « économiquement efficaces »⁸⁴⁶. D'un point de vue économique et du sens des affaires⁸⁴⁷, l'argument des préférences de la clientèle semble être le plus valable, s'il mesure la rentabilité par rapport à l'apparence physique. En effet, l'apparence physique semble être un indicateur valide de productivité, sachant que cette dernière se mesure par la satisfaction des clients ou des usagers, des collègues et des employeurs, à l'origine des profits. Certains estiment que la satisfaction des collègues serait la « *seule légitime mesure de productivité* » et un critère de qualification « *aussi légitime que l'intelligence, l'agilité, l'expérience professionnelle et la personnalité* »⁸⁴⁸; notamment dans le cas où l'apparence physique est directement liée aux gains engendrés par les industries telles que celles du divertissement ou de l'hospitalité⁸⁴⁹.

Selon Madame Naomi Wolf, sous un angle purement économique, l'apparence physique devrait être toujours considérée comme une *BFOQ*, tant que les clients ainsi que les collègues la considèrent comme étant essentielle⁸⁵⁰. En outre, selon certains, il est évident que les personnes attractives contribuent à la réalisation de profits, et il est par conséquent logique qu'ils aient droit à des rémunérations supérieures⁸⁵¹.

⁸⁴⁶ « Facial discrimination: extending handicap law to employment discrimination on the basis of physical appearance », vol.100, *Harvard Law Review*, 1987, p. 2035.

⁸⁴⁷ GREENHOUSE S., « Going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003, p. 12.

⁸⁴⁸ *116 P.3d 1123, 1145* (California 2005).

⁸⁴⁹ HAKIM C., *Honey money: The power of erotic capital*, Publication Allen Lane, 2011.

⁸⁵⁰ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 25.

⁸⁵¹ HAMERMESH D., *Beauty pays: Why attractive people are more successful*, Princeton University press, 2011.

L'arrêt *Craft v. Metromedia*⁸⁵² fut déterminant en matière de « *Professional Beauty Qualification* » et a provoqué la montée en flèche du métier de consultant de l'image⁸⁵³. Une présentatrice de télévision de trente-six ans fut reclassée à un poste derrière la caméra car l'équipe lui reprochait sa manière de s'habiller, son maquillage et son apparence physique générale. Elle intente une action en justice sur le fondement de discrimination fondée sur le sexe, unique recours qu'elle détient, en affirmant avoir été reclassée en raison de son apparence non attractive (elle fait l'objet du commentaire suivant «*Too old, too unattractive, and not deferential to men* »). Malgré le fait d'avoir été humiliée devant ses ex-collègues et les médias, elle n'obtiendra pas gain de cause. La Cour du District de Missouri considère qu'il ne s'agit pas de discrimination sexuelle car les standards étaient similaires entre femmes et hommes et poursuit en affirmant que la discrimination sexuelle ne doit pas interférer dans les régulations de l'apparence physique imposées par les employeurs privés. D'après la Cour, il ne s'agit pas de discrimination sexuelle mais de « *logique de marché* ». Comme elle n'aurait pas pu attirer une audience suffisamment grande, elle n'aura pas pleinement rempli sa fonction. Voilà une bonne illustration du lien manifeste entre le *BFOQ* et les préférences des « clients », en l'occurrence les téléspectateurs. Cette solution, que certains jugeraient injuste, émane indiscutablement de la taille, la couleur de ses cheveux, la forme de visage et de le sexe de Craft⁸⁵⁴. De manière implicite, la Cour reconnaît les préférences de la clientèle ou audience en tant que justification de régulations spécifiques adressées aux femmes uniquement⁸⁵⁵. La Cour, ne distingue pas entre la fonction de communiquer les informations et celle de générer une large audience.

Cette Cour considère que l'employeur a pleinement le droit de se fonder sur des stéréotypes sexuels s'agissant des belles femmes étant donné le marché conservateur à Kansas City⁸⁵⁶.

La Cour conclut que les exigences en question n'étaient pas guidées par des notions 'stéréotypiques' du rôle des femmes. Les standards en question sont le produit de considérations techniques et professionnelles, et par suite, des qualifications raisonnables des affaires

⁸⁵²*Craft v. Metromedia*, 766 F.2d 1205, 1215 (8th Circuit 1985) (« *As television is a visual medium, television networks and local stations clearly have a right to require both male and female anchors to maintain a professional appearance while on camera* »).

⁸⁵³ De plus, il convient de mentionner l'organisation "Dress for Success", « *Dress for Success, a charity that supplies low-income women with donated suits and office attire for job interviews* » http://www.dressforsuccess.org/whatwedo_pwgprogram.aspx.

⁸⁵⁴ NAOMI W., *The beauty myth: how images of beauty are used against women*, New York: Harper perennial, 2002, p. 57.

⁸⁵⁵ HYDE A., *Bodies of law*, Princeton University Press, 1997.

⁸⁵⁶ *Wilson v. Sw. Airlines Co*, 517 F. Supp 292 (Texas 1981), p. 1215.

(*reasonable business qualifications*). La Cour estime par conséquent que l'employeur a un « *besoin légitime* » et a pris une décision « *raisonnable* ».

La question qui se pose est celle de savoir pourquoi le fait de refuser une présentatrice de télévision en raison de son style démodé, son *look* 'banal' ou de son maquillage ne serait pas illégal ; alors même que licencier une présentatrice en raison de sa peau noire est qualifié de comportement raciste et par suite sujet à sanction. Si le dernier cas est une forme intolérable de discrimination, pourquoi le premier cas devrait-il être admis ?

En revanche, il est intéressant de noter qu'une étude sur l'impact de la beauté dans l'industrie de la publicité par Caballero démontre que bien que des groupes spécifiques réagissent de manière plus positive envers des promoteurs attirants, l'aspect physique de ces derniers n'est nullement suffisant à inciter les clients à acheter davantage le produit en question⁸⁵⁷. En effet, bien que des mannequins très séduisants aient une productivité satisfaisante dans la vente de produits de beauté, les individus à l'apparence physique 'moyenne' n'en sont pas moins compétents⁸⁵⁸. Cela est également vérifiable en matière de vente de produits de beauté⁸⁵⁹.

En conclusion, de manière générale, les tribunaux admettent la légalité d'une pratique de discrimination justifiée par les préférences de la clientèle ou par l'image de la compagnie dans des cas précis⁸⁶⁰, toutefois les résultats sont parfois inconsistants.

L'examen des droits français et américain reflète une similarité d'analyse de la discrimination, et implicitement du *lookisme*. En effet, la notion de *BFOQ* est très similaire à celle de l'exigence professionnelle essentielle et proportionnée à la nature du métier, ou *essence of the business*. En outre, la notion de *business necessity* est très similaire à celle d'intérêt ou de bonne marche de l'entreprise.

⁸⁵⁷CABARELLO MJ., HUMPKIN JR., MADDEN CS., « Using physical attractiveness as an advertising tool: an empirical test of the attraction phenomenon », *Journal of Advertising Research*, vol. 16, 1989, p. 20-21.

⁸⁵⁸GORDON P., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York: AMACOM, 2008, p. 140.

⁸⁵⁹GORDON P., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York: AMACOM, 2008, p. 149.

⁸⁶⁰ « *The only meaningful measure of productivity is the amount a worker adds to customer satisfaction and to the happiness of coworkers.* » BARRO R., « So you want to hire the beautiful. Well, why not? », *Business Week*, 1998, p.18.

§ 5: Les autres arguments avancés

A) La théorie de *role-modeling*

123. Qu'en est-il du cas où la personne qui exerce un métier doit être un exemple (de santé, de minceur, de glamour, d'élégance ou de propreté) aux clients ou consommateurs ou usagers ? L'apparence physique ne projette-t-elle pas des messages sur le genre de personne qu'un employé est ? Et serait par voie de conséquence celle prise en considération par l'employeur et les clients ? La notion de *role modeling* est aussi étroitement liée à celle des préférences et satisfaction des clients⁸⁶¹ qu'à l'image de l'entreprise. Cette notion relève d'une logique de *embedded personhood*, c'est-à-dire quelqu'un qui ne peut être entièrement compris sans tenir sérieusement compte de ses traits physiques⁸⁶². Parfois, incontestablement, notre apparence reflète qui nous sommes et la façon dont nous désirons être vus ou « interprétés » par notre clientèle et autrui. Les lois contre la discrimination de manière générale, notamment en matière de *lookisme*, sont en conflit avec la logique de *embedded personhood*.

Dans le cadre de certains métiers, tel que le mannequinat, l'apparence corporelle prend un usage symbolique et représente soit une marque de respect redevable aux interlocuteurs, soit relève du sérieux de la fonction et des responsabilités qui y sont rattachées. L'apparence physique devient ainsi un moyen pour convaincre, attirer, gagner la confiance, l'adhésion et le respect d'un public visé. Quelle que soit la raison psychologique ou physiologique, les employeurs considèrent que les individus qui n'ont pas l'air de prendre soin d'eux n'aspireront pas confiance chez les clients potentiels⁸⁶³, ce qui justifie le pouvoir des employeurs de 'contrôler' l'apparence physique des salariés et de poser des standards minimums d'apparence.

Par exemple, en matière de produits de luxe, il nous paraît logique que les personnes représentant ces marques, directement ou indirectement, aient une apparence physique soignée, hygiénique et bien entretenue (ongles bien soignés, cheveux propres et bien coiffés,...). Aussi, comment imaginer une vendeuse de produits dermatologiques à la peau acnéique par exemple ?

⁸⁶¹Cour d'Appel de Douai, chambre sociale, 29 septembre 2004 n° 00-523.

⁸⁶² KIRKLAND A., *Fat Rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008.

⁸⁶³ FOWLER-HERMES J., « Appearance-based discrimination claims under EEO laws », *Florida Bar Journal*, vol. 75, édition 4, avril 2001.

B) Les coûts engendrés par les salariés obèses

124. Les personnes obèses courent des risques élevés au niveau de la santé, de l'absentéisme et de la productivité basse⁸⁶⁴, de plus hauts risques de litiges judiciaires, de plus hauts coûts pour les employeurs et de la mauvaise publicité⁸⁶⁵.

L'obésité aux États-Unis coûte aux compagnies plus que 45 milliards de dollars (soins médicaux et absentéisme) selon un rapport de 2008⁸⁶⁶.

L'un des arguments les plus fréquemment utilisés en matière de *grossophobie* est le fait qu'embaucher des personnes « à risque » -en l'occurrence obèses- reviendrait à supporter des coûts supplémentaires de soins médicaux⁸⁶⁷ et en primes d'assurance-maladie. Les employeurs peuvent argumenter que les personnes en surpoids manquent de qualités essentielles comme par exemple l'agilité et qu'elles sont plus enclin à développer des éventuels problèmes cardiaques. En outre, les personnes en surpoids seraient davantage sujettes à des problèmes de santé, ce qui contribue à l'absentéisme et à la productivité réduite⁸⁶⁸. En effet, les tribunaux américains ont permis à certains employeurs de rejeter des candidats en surpoids, alors même que l'employé ne souffrait d'aucun problème de santé⁸⁶⁹.

D'autre part, il est intéressant de noter que les niveaux de poids couverts par l'assurance aux États-Unis pour tout traitement ou médicament baissent d'année en année. N'est-ce pas artificiel et arbitraire de baisser les index de poids de manière injustifiable ? N'est-ce pas injuste envers

⁸⁶⁴ BARRINGTON L., ROSEN B., « Weights & measures: What employers should know about obesity », *The Conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008.

⁸⁶⁵ ROELING M., « Weight discrimination in the American workplace: Ethical issues and analysis », *Journal of Business Ethics*, vol. 40, 2002, p.183. Voir aussi CARMICHAEL M., « We really need a law to protect fat workers ? », *Boston Globe*, 5 août 2007, p. 26. Voir MAGUIRE K., « Legislation would expand law to protect short, fat people, », *Associated press*, 17 mai 2007, http://www.boston.com/news/local/massachusetts/articles/2007/05/17/legislation_would_expand_law_to_protect_short_fat_people.

⁸⁶⁶ SWANTON M., « Weighty issues: Courts say workers comp covers weight reduction surgery, obesity epidemic raises both workers comp and ADA litigation risks for employers », 12 janvier 2009. <http://www.insidecounsel.com/Issues/2009/December-2009/Pages/Weighty-Issues.aspx?page=3>.

⁸⁶⁷ BARRINGTON L., ROSEN B., « Weights & measures: what employers should know about obesity », *The Conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008. Voir aussi WANN M., *Fat! So?*, Berkley:CA, Ten Speed Press, 1998, p. 154. Dans les années 1980, la compagnie U-Haul de location de voitures charge les personnes obèses de primes d'assurances plus élevées, contrairement aux fumeurs par exemple. Voir STEAMS P., *Fat history: Bodies and beauty in the modern west*, New York: Gotham Books, 2004, p.115.

⁸⁶⁸ BARRINGTON L., ROSEN B., « Weights & measures: What employers should know about », *The Conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008.

⁸⁶⁹ *Metro.Dade County v. Wolf*, 274 So.2d 584, 585 (Court of Appeal 1973).

les classes socio-économiques inférieures, dont le mode de vie est moins sain et engendre le surpoids⁸⁷⁰ ? En outre, si cet argument était valable, par un raisonnement d'analogie, ne devrait-on pas administrer le même traitement aux individus fumeurs, alcooliques et anorexiques ?

C) *Rational bias* ou la discrimination rationnelle

125. La théorie de *rational bias* ou encore « *la discrimination en termes de croyances* » ou « *discrimination statistique* » est uniquement relative à l'étape de recrutement. Cette théorie maintient que par manque d'informations fiables et objectives, les recruteurs ne se fondent que sur des informations imparfaites (à défaut d'avoir accès à la compétence, la ponctualité, l'ardeur au travail,...), à savoir l'apparence physique, composée de caractéristiques inaltérables (sexe, couleur de peau,...) et manipulables (coiffure, habits, ...). Ainsi, cette dernière constituera un indice contribuant aux choix des recruteurs. Par conséquent, cette explication conclurait à une décision non purement fondée sur des préjugés mais pouvant constituer une façon rationnelle, en procédant à la sélection de candidats, dans la mesure du temps et des moyens comptés. Suite à cette théorie, la discrimination se place dans un contexte d'économie heuristique, c'est-à-dire qu'à défaut d'avoir un accès aisé à des qualités invisibles telles que la compétence, l'intelligence, la loyauté ou l'ardeur du travail, l'employeur ou recruteur va se positionner par rapport à des critères visibles⁸⁷¹. Cette explication de la discrimination montre que ce comportement ne relève pas de pur préjugé mais pourrait être une manière rationnelle de sélectionner des candidats, au vu des éléments à la disposition du recruteur, notamment face à des moyens limités et dans un contexte d'économie en régression⁸⁷².

Il en est de même pour la théorie des filtres⁸⁷³, laquelle expliquerait la discrimination à l'embauche uniquement en raison d'une incertitude informationnelle. Ainsi, un critère discriminatoire, en l'occurrence l'apparence physique, agirait comme un filtre ou une présomption, permettant d'effectuer une sélection parmi les candidats à l'embauche.

⁸⁷⁰ CAMPBELL A., Health care and the law, notes de cours, Faculté de droit, Université de McGill, 2009.

⁸⁷¹ DE SCHUTTER (O), Discriminations et marché du travail (liberté et égalité dans les rapports d'emploi), édition P.I.E. –Peter Lang (Bruxelles), collection « Travail et Société », 2001, p. 29.

⁸⁷² EYMARD- DUVERNAY, F., MARCHAL E., *Façons de recruter, le jugement des compétences sur le marché du travail*, Paris, Éditions Métailié, 1997.

⁸⁷³ GARNER-MOYER H., « Apparence physique et GRH : entre choix et discrimination ».

De plus, selon Madame Bonnie Berry, la justification par la notion de discrimination 'rationnelle' expliquerait que la pression externe provenant des supérieurs, des collègues ou des clients constitue un argument nécessaire à la discrimination dans l'emploi. En d'autres termes, même si les employeurs désirent prôner l'égalité entre les employés indépendamment de tout critère physique, les pressions perçues de l'extérieur pourraient engendrer une discrimination dans l'emploi⁸⁷⁴. Ce qui importe selon cette approche n'est pas ce que l'évaluateur croit ou préfère, mais ce qu'il pense que les autres vont croire ou préférer⁸⁷⁵.

Or, on observe que c'est souvent un prétexte volontaire ou involontaire pour ne pas procéder à des recrutements ou ne pas faire évoluer professionnellement ces personnes.

D) L'argument « *It's for their own good* » ou « c'est pour leur propre bien »

126. Selon les partisans de cet argument, un licenciement ou un traitement sévère inciterait par exemple les personnes présentant une surcharge pondérale à perdre du poids. Les programmes prévenant la *grossophobie* seraient de ce fait contreproductifs en ce qu'ils diminueraient la motivation de perdre du poids⁸⁷⁶.

Cette perspective erronée tourne évidemment le vice en vertu.

E) *Valid discrimination* ou discrimination valide

127. Selon l'argument de la « discrimination valide », certains stéréotypes auraient selon certains des bases dans les faits et s'y référer aurait une fonction préventive⁸⁷⁷.

À titre d'exemple, il existerait au moins une part de réalité dans les présomptions stéréotypées selon lesquelles les personnes obèses ont un taux supérieur de problèmes de santé et d'absentéisme⁸⁷⁸. Or cette théorie pourrait être contredite par le fait que d'autres recherches

⁸⁷⁴BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 26.

⁸⁷⁵ GOMEZ, P.H. « Des règles du jeu pour une mondialisation conventionnaliste », *Revue française d'économie*, vol. 10, n°3, p. 137-171.

⁸⁷⁶BROWNWELL K., OUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight bias: nature, consequences, and remedies* New York: Guilford Press, 2001, p. 6.

⁸⁷⁷ ROEHLING M., « Weight-based discrimination in employment: Psychological and legal aspects », *Personnel Psychology*, 1999, p.1007.

⁸⁷⁸ROEHLING M., « Weight-based discrimination in employment: Psychological and legal aspects », *Personnel Psychology*, 1999, p.1007.

remettent en question le rapport santé-poids et suggèrent nettement que la *grossophobie* est infondée.

Quelle est la marge de manœuvre de l'employeur ? Aurait-il par exemple le droit d'exiger d'un salarié de se couper ou de s'attacher les cheveux, de se raser la moustache, de retirer un piercing, de perdre du poids ? Comment la jurisprudence établit-elle un équilibre entre la liberté de l'employé et l'intérêt, la bonne marche ou l'image de l'entreprise ?

Il serait intéressant d'apporter une illustration de la marge de restrictions et de prescriptions que peut légalement apporter un employeur en matière d'apparence physique. Quel est l'apport des jurisprudences françaises et américaines dans ce domaine ?

CHAPITRE 4 : L'ÉTUDE DE LA JURISPRUDENCE

128. L'employeur exerce son pouvoir de discipline et de contrainte sur ses salariés à l'intérieur de l'entreprise. Or, la tentation de détourner ce lien de subordination et cette dépendance juridique et d'en abuser est grande. La conciliation réside dans l'équilibre entre l'autorité indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise avec la protection des libertés des salariés. Il a donc fallu poser des règles encadrant le pouvoir de l'employeur sans pour autant porter atteinte à l'intérêt de l'entreprise⁸⁷⁹.

On rappelle que le principe est que le salarié est libre d'avoir l'apparence physique qui lui plaît : barbe, piercing, tatouage, cheveux longs, etc...⁸⁸⁰ Toutefois, ce principe n'est nullement absolu. L'employeur conserve pleinement le droit d'apporter des restrictions à la liberté de son personnel, et de prescrire des standards qui régularisent l'apparence des employés, leur tenue vestimentaire, leur hygiène, leurs uniformes, etc..⁸⁸¹. Ces régularisations doivent en tout temps répondre au « *reasonable business purpose* »⁸⁸² et être proportionnées au but recherché et à la nature du métier. La jurisprudence a maintes fois rappelé le large pouvoir de discrétion de l'employeur dans le contrôle de l'image de son entreprise.

Les développements qui suivent reflètent comment la jurisprudence est capable d'interpréter la loi afin de défendre le principe de non-discrimination en matière de *lookisme*. L'appréciation jurisprudentielle reste peu aisée quant à la détermination de situations discriminatoires ou non. Toutefois, de manière générale, il nous semble que les jurisprudences américaine et française nous apportent une lueur d'espoir car elles ont anticipé les législations et ont posé des sanctions contre les discriminations en raison de l'apparence physique avant même que la loi ne soit reformée complètement.

Nous verrons aussi, notamment dans la jurisprudence française, que les décisions se placent sur le terrain des notions suivantes : (i) l'image de l'entreprise, (ii) les préférences et intérêts de la

⁸⁷⁹BAVENCOFFE C., « L'article L.122-45 du code du travail », Université de Lille II, mémoire de Diplôme d'études approfondies, Droit Privé sous la direction de Mr. Bossu.

⁸⁸⁰ Dossier Pratique, « Droits et libertés dans l'entreprise de A à Z », éditions Francis Lefèvre 2009.

⁸⁸¹Le port d'un insigne ou d'un badge pour des raisons de sécurité ou en guise de protection de l'image de l'entreprise, notamment dans les rapports avec la clientèle. « L'apparence physique: concilier la liberté du salarié et l'intérêt de l'entreprise », <http://www.omnidroit.fr/omnidroit/afficher/Article>, 23 décembre 2009.

⁸⁸²*Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.*, 507 F.2d 1084, 1091 (5th Cir) (1975).

clientèle, (iii) les libertés individuelles, et (iv) le principe de proportionnalité, et très rarement directement sur la non-discrimination. Et la plupart des raisonnements dénotent, tout simplement, de la logique et du bon sens.

Section 1 : Lookisme pur ou tres composé

129. Les cas décrits sous cette section reflètent d'une part le *lookisme* pur tel que défini dans l'introduction ainsi que des cas de *lookisme* 'composé', c'est-à-dire les cas où l'apparence physique et divers autres critères sont à la fois pris en compte dans la décision contestée.

Sous-section 1 : Apparence générale

§ 1: Droit français

130. Selon la Cour d'Appel de Montpellier, on ne peut conseiller à une salariée de recourir à la chirurgie esthétique⁸⁸³. En outre, dans un arrêt très intéressant⁸⁸⁴, il s'agissait d'une opération de marketing pour des produits coiffants « *Fructis Style* » pour laquelle une annonce de recrutement de travail temporaire avait été diffusée. Le profil recherché était le suivant : « *Profil Fructis- jeune femme de 18 à 22-taille maxi 40- BBR* »⁸⁸⁵. Il s'agissait plus précisément, à l'initiative du groupe commercial, GemeyMaybelline Garnier, de constituer un réseau de

⁸⁸³ Cour d'Appel de Montpellier, 6 mai 2007, n° 06-06998.

⁸⁸⁴ Cass. Crim., *Sociétés Adecco travail temporaire, Ajilon Sales et Marketing, GemeyMaybelline Garnier, Mme Y c/ ministère public*, 23 juin 2009, n° 07-85109 (3725). En l'espèce, le parquet de Paris a poursuivi la société de marketing (Ajilon Sales et Marketing), l'entreprise de travail temporaire (Adecco) et le donneur d'ordre physique Mme. Thérèse Y. et la société GemeyMaybelline Garnier, propriétaire du groupe Garnier. L'association SOS Racisme s'est constituée partie civile. Avec la Cour d'Appel de Paris, 11^e chambre, 6 juillet 2007, condamnant les trois sociétés défenderesses à 30 000 Euros d'amende, la dernière a trois mois d'emprisonnement avec sursis et des intérêts civils. Dans les faits, les sociétés GemeyMaybelline Garnier, Adecco travail temporaire et Ajilon Sales et Marketing ainsi que Thérèse Y..., directrice générale adjointe au sein de cette société (anciennement dénommée Districom), ont été citées de comparaître devant la juridiction correctionnelle par le ministère public, sur le fondement de l'article L. 225-2, 3 du Code Pénal Français, pour avoir « à raison de leur origine ou de leur appartenance ou non-appartenance vraie ou supposée à une ethnie ou une nationalité déterminée, refusé d'embaucher des animatrices ou hôtesses lors d'une campagne d'animation –vente des produits coiffants 'Fructis Style'... ». PANSIER F-J., « Quand promotion rime avec discrimination », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1 septembre 2009, n° 213, p. 203, commentaire sur l'arrêt Cass Crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 (3725).

⁸⁸⁵ « BRB » signifier « bleu blanc rouge », à savoir de race blanche. Voir PANSIER F-J., « Quand Promotion rime avec discrimination », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1 septembre 2009, n° 213, p. 203, commentaire sur l'arrêt Cass Crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 (3725).

clientèle de produits coiffants, par des opérations (réunions et animations) organisées dans des supermarchés (notamment treize magasins Continent et vingt-et-un Carrefour), afin de créer une clientèle ciblée. Cette cible publicitaire est la justification avancée par le groupe pour avoir imposé des contraintes aux futures animatrices. Le rejet d'un nombre considérable de candidates les conduisit à poursuivre les groupes commerciaux en justice au motif d'une discrimination à raison de l'âge, la taille, la race (blanche) sur le fondement du délit de refus d'embauche prévu à l'article 225-3 du Code Pénal.

La Cour de Cassation, constatant plutôt l'existence d'un délit d'offre d'emploi discriminatoire, (en effet, la discrimination peut commencer par l'offre, puis par le recrutement et aller jusqu'au déroulement de la carrière en entier) rejette le pourvoi formé par les trois sociétés accusées. Cette Cour estime en effet que le refus d'embaucher des animatrices ou hôtesses lors d'une campagne d'animation-vente de produits coiffants, en raison de leur origine ou de leur appartenance, ou non-appartenance, réelle ou supposée, à une nationalité déterminée relève de l'article 225-2, 5 du Code Pénal. Pour elle, il s'agit d'un délit d'offre d'emploi discriminatoire puisque l'annonce excluait les personnes non européennes ou de couleur alors que les produits à promouvoir ne justifiaient pas cette exclusion. La Cour poursuit en disant que les personnes physiques ayant commis les agissements reprochés dans le cadre de leurs fonctions de direction au sein de ces sociétés ont agi en tant que représentantes desdites personnes morales. Aussi estime-t-elle que la Cour d'Appel n'a pas excédé sa saisine fondée sur l'article 225-2, 3 du Code Pénal concernant le délit de refus d'embauche, en donnant aux faits et agissements des personnes poursuivies leur exacte qualification, dès lors que sont établis les éléments constitutifs de l'infraction, y compris ceux intentionnels, et que le principe de contradiction a été respecté.

Le délit peut ainsi être reproché à (i) la société responsable de l'opération de promotion publicitaire dès lors que la responsable d'animations a donné des instructions et des consignes à la société de marketing ; (ii) à la société de marketing, dès lors qu'une personne occupant un poste élevé au sein de cette société a mis en œuvre les consignes discriminatoires ; et (iii) à la société de travail temporaire, dès lors que sa dirigeante a assuré l'exécution effective de cette opération spéciale.

Cette décision nous paraît largement justifiée car les critères imposés ne sont aucunement reliés au travail en question. Cet arrêt confirme la relation étroite entre les notions de *BFOQ*, d'essence du métier et le principe d'objectivité et de proportionnalité.

Dans le même esprit, la HALDE considère que les rubriques d'un questionnaire d'embauche d'hôtesse d'accueil, relatives à la taille, au poids, au tour de poitrine et à la taille de bonnet sont discriminatoires en raison du sexe et de l'apparence physique⁸⁸⁶.

Par ailleurs, la Cour d'Appel de Rennes a rendu un arrêt intéressant en matière de harcèlement sexuel⁸⁸⁷. En l'espèce, l'ensemble du personnel féminin a demandé à rencontrer le gérant pour solliciter le départ de Monsieur N. La raison de leur initiative se fondait sur les insuffisances professionnelles, mais aussi et surtout pour harcèlement sexuel au sens de l'article L 122-48 du Code du Travail. En l'espèce, Monsieur N. faisait part, de manière récurrente, de ses fantasmes et de ses commentaires déplacés à caractère sexuel au personnel féminin de l'entreprise. Plus précisément, le défendeur avait adressé à deux filles de l'équipe des propos portant atteinte à la dignité du personnel féminin, ainsi que des propos désobligeants et discriminatoires liés à l'apparence physique de l'une d'entre elles. Ses commentaires sur les revues pornographiques, remarques, regards insistants et déplacés et leur répétition étaient de nature à créer auprès du personnel féminin un malaise certain. De plus, il résulte de l'ensemble des témoignages des 7 salariées que Monsieur N. tenait régulièrement des propos déplacés et réflexions désobligeantes et dégradantes sur la poitrine et le postérieur de certaines salariées qui faisaient foi d'une discrimination basée sur l'apparence physique. Par conséquent, les faits de harcèlement ont manifestement provoqué un trouble au sein de l'entreprise. Tout cela justifie son licenciement pour faute grave.

Qu'en est-il de Miss France ?

Dans une délibération de la HALDE quelque peu originale⁸⁸⁸, une annonce pour le concours de Miss France précisait que : « *Sont admises à participer aux élections primaires (élections locales et/ou départementales), puis aux finales régionales précédant l'élection nationale de Miss France, les personnes nées de sexe féminin, françaises de naissance ou naturalisées, âgées de 18 à 24 ans à la date du 15 novembre de l'année en cours, d'une taille minimum d'1 mètre 70 sans talons, célibataires, ni divorcées, ni veuves, ni pacsées, sans enfant et ne vivant pas en*

⁸⁸⁶ HALDE-Délibération n°2006-78 du 10 avril 2006.

⁸⁸⁷ Cour d'Appel de Rennes, Chambre des Prud'hommes 08, 18 octobre 2007, n° 06/07715, SARL *Mediaculture c. M. Sebastien*.

⁸⁸⁸ HALDE- Délibération n° 2010-24 du 1^{er} avril 2010.

concubinage. L'inscription au concours est gratuite ». Le réclamant, âgé de 52 ans et mesurant 1 mètre 68, de nationalité tunisienne, est pacsé et vit en concubinage avec son compagnon. Il voit sa candidature refusée par le comité en raison de son sexe, de son âge, de sa nationalité, de son apparence physique et de sa situation de famille. Il décide alors de saisir la HALDE pour discrimination en invoquant les principes de non-discrimination et de proportionnalité. Selon la HALDE, le comité ainsi que le télédiffuseur n'auraient pas justifié toutes les limitations de l'article 1^{er} de leur règlement pour participer aux concours et aux émissions et n'auraient pas démontré en quoi le fait d'empêcher la participation de toute personne de plus de 34 ans, de sexe masculin, de nationalité étrangère, de petite taille et non célibataire était essentiel, déterminant, légitime et proportionné au regard de l'objectif de ces concours et de ces émissions.

Cet avis n'est-il pas exagéré ? En sommes-nous arrivés jusqu'à cet extrême ? Est-ce véritablement l'objectif du principe de non-discrimination ? En premier lieu, ce n'est pas une situation de discrimination sexuelle. L'on ne pourrait imaginer Miss France être un homme, ce serait aller à l'encontre de la définition même de Miss France. Ensuite, Miss France doit, par son essence, représenter la beauté de la France. Or, un homme de 52 ans ne répond aucunement à cette exigence. Par conséquent, il ne s'agit pas de *lookisme*.

Enfin, de manière générale, un employeur ne peut pas reprocher à une employée de bureau qui exerce des fonctions d'adjointe du chef de service du contentieux de dégager des odeurs nauséabondes, évoquant par un courrier : « *Mme X... auriez-vous une grave maladie, un ulcère qui pourrait, des incontinences, un cancer ?... quand je sors de votre bureau j'ai mes vêtements qui sont imprégnés des odeurs nauséabondes*⁸⁸⁹ ». La salariée allègue qu'elle avait été victime de harcèlement moral et de comportements portant atteinte à sa dignité. La Cour de Cassation constate que l'atteinte à la dignité de sa salariée constitue pour l'employeur un manquement grave à ses obligations, et casse l'arrêt de la Cour d'Appel.

§ 2 : Droit américain

131. Il existe une affaire en droit américain mêlant *look*, sexe, poids et tenue vestimentaire. En l'espèce, le contrat de deux ex-serveuses (« *Borgata Babes* »), travaillant dans un hôtel et casino,

⁸⁸⁹ Cass Soc., 7 février 2012, n° 10-18.686.

contient une clause leur imposant de garder « *clean smile, an hourglass figure and be height-and weight-appropriate* » Cette clause fut plus tard explicitée par le casino comme interdisant toute prise de poids de plus de 7%⁸⁹⁰. Une des serveuses demande une robe de taille plus grande en raison d'un problème médical au niveau de la thyroïde qui lui cause des fluctuations de poids. On lui répond qu'elle ne devait pas prendre du poids, (« *Borgata Babes don't go up in size* »⁸⁹¹), et que l'unique exception admise à cette clause était l'insertion d'implants mammaires qui donnaient droit à un plus grand bustier et à un congé-maladie payé⁸⁹². Or, cette politique a contribué à des désordres alimentaires et des difficultés mentales et physiques chez la serveuse⁸⁹³. Les demanderesses ont réussi à conclure une transaction de 7 millions de dollars. Bien que les termes de la transaction soient restés confidentiels, cette affaire a connu un immense succès médiatique (Les demanderesses sont apparues dans des émissions télévision, dans des journaux et les magazines).

Dans une affaire très récente, une serveuse au restaurant « *Hooters* », réputé pour ses serveuses au *look* très sexy, suite à une opération au cerveau, revient avec une apparence physique différente : cheveux courts et grande cicatrice à la tête. Le manager la force à porter une perruque mais cela la gêne et lui cause de graves souffrances internes⁸⁹⁴. Par suite, ses heures de travail diminuent et elle ne travaille qu'environ un jour par semaine. Elle se sent alors forcée à démissionner et forme une action pour discrimination en raison de son apparence physique. Va-t-elle gagner gain de cause ? À suivre...

Dans une affaire intéressante⁸⁹⁵, Brenna Lewis, est une responsable de service à la clientèle dans un hôtel. Elle reçoit deux augmentations de salaires basées uniquement sur le mérite et fut évaluée de manière très positive par les clients. Elle fut ensuite promue à un poste à la réception, mais sa nouvelle manager n'approuve pas son *look* qu'elle juge trop masculin, et qualifie

⁸⁹⁰The associated press, « “Borgata Babes” settle suit », http://www.nj.com/news/index.ssf/2008/07/borgata_babes_settle_lawsuit.html, 31 juillet 2008.

⁸⁹¹ CURRAN J., « Casino weight rule faces new attacks », *Philadelphia Inquirer*, 28 avril 2005.

⁸⁹² GROSS D., « Ex-servers sue Borgata », *Philadelphia Daily News*, 31 janvier 2006, p. 25.

⁸⁹³ FRIEDLIN., « Gaining weight cost me my job », *Marie Claire*, 1 octobre 2005, p. 153.

⁸⁹⁴ MUKHERJO A., «Hooters waitress fired for post-brain surgery look? », 9 avril 2013. BISSELL G., « Sandra Lupo claims discrimination after brain surgery », <http://www.ksdk.com/dontmiss/374273/193/Former-Hooters-waitress-claims-discrimination-after-brain-surgery>, 9 avril 2013.

⁸⁹⁵ *Lewis v. Heartland Inns of America, L.L.C.*, n° 08-3860 (8th Circuit 21 janvier 2010).

ouvertement son apparence physique de « *Ellen DeGeneres*⁸⁹⁶ *kind of look* » et affirme qu'il lui manque le « *Midwestern look* ». Elle porte des habits larges, ne met pas de maquillage et a les cheveux très courts. Elle a même été prise pour un garçon et a été qualifiée de 'tomboyish' ou 'masculine'.

(De plus, lorsque sa nouvelle manager donne un séminaire de formation aux employées qui travaillent à la réception, elle insiste sur le fait qu'elles doivent être 'belles'. Or, dans le manuel de l'hôtel, dans la description des salariées à la réception, on indique uniquement qu'ils doivent contribuer à une ambiance 'chaleureuse et accueillante').

Après avoir obtenu des évaluations excellentes de la part des clients et après un mois de travail dans cette position, sa nouvelle manager lui demande un second entretien pour « *confirmer sa position* », alors qu'elle n'avait jamais exigé un tel entretien auparavant. Durant cet entretien, la nouvelle manager demande à Lewis son opinion sur les nouvelles politiques (anti-tabac et autres) de l'hôtel.

Trois jours plus tard, elle est licenciée, et son ancienne manager est licenciée de même car elle refuse de retransférer Lewis à son ancienne position. Lewis est convaincue qu'elle est licenciée en raison de son apparence physique. Elle forme alors une action pour discrimination à raison de stéréotypes liés au genre, en violation du Titre VII. La manager prétend que son licenciement est dû à la mauvaise évaluation qu'elle a faite au sujet des nouvelles politiques de l'hôtel.

La Cour d'Appel renverse la décision de la Cour du District et considère que Lewis a bien apporté la preuve de discrimination en raison du sexe car (i) elle apporte une *prima facie* case (notamment à travers les commentaires 'anormaux' qui émanent de la personne qui a pris la décision contestée) ; et (ii) elle prouve que la raison apportée par sa nouvelle manager est un pur prétexte.

Enfin, dans l'affaire *Alam v. Reno Hilton Corp.*⁸⁹⁷, des employés de casino portent plainte pour discrimination à raison de l'apparence physique et de l'attractivité sexuelle. En effet, le casino n'employait que des femmes au *look* de « *Barbie doll* » ou poupée Barbie. Or, la Cour décide que cela n'est pas actionnable sous le Titre VII. La Cour poursuit en disant que le recrutement est subjectif et aucune cour n'a l'obligation de définir des standards de beauté ; « *No Court can be*

⁸⁹⁶ Actrice américaine à l'apparence physique 'peu féminine'.

⁸⁹⁷ *Alam v. Reno Hilton Corp.*, 819 F. Supp. 905, 913 (1993).

expected to create a standard on such vagaries as attractiveness or sexual appeal ». Voilà une illustration de la difficulté de définir les standards de beauté, malgré le consensus général. Comme les demandeurs ne démontrent pas en quoi les procédures de recrutement défavorisent une classe protégée par la loi, ils n'apportent donc aucune preuve de discrimination indirecte et par suite, perdent gain de cause.

Sous- Section 2 : Tenue vestimentaire⁸⁹⁸

132. Le commissaire du gouvernement Monsieur Alain Baquet observe :

« *On parvient donc à la conclusion, assez troublante, que l'employeur, personne privée, dispose dans son entreprise d'un pouvoir autonome de réglementation par une sorte de délégation implicite du législateur* »⁸⁹⁹.

Parmi l'un des traits physiques altérables, objet de choix personnels, le choix de l'habillement, attribut de la liberté individuelle vient en premier rang. Cette liberté est exercée *a priori* pleinement et donne lieu à une grande variété de tenues vestimentaires et d'allures extérieures⁹⁰⁰.

Les styles vestimentaires changent avec la mode, donc les habits 'beaux' sont sujets à confusion. Toutefois, une tenue appropriée ou décente est relativement objective.

Le chef d'entreprise n'est pas le seul habilité à réduire la liberté des salariés. Les partenaires sociaux peuvent, dans un accord collectif, prévoir que le personnel sera tenu de revêtir une tenue de travail et, même, un uniforme pendant le service⁹⁰¹.

Les employeurs régulent la manière de se vêtir au travail ainsi que la longueur des cheveux ou le maquillage obligatoire⁹⁰². Nous rappelons que les obligations imposées aux salariés doivent trouver leur justification dans la nature du travail effectué. Elles doivent être strictement proportionnées au but recherché.

⁸⁹⁸En droit anglais, l'on pourrait citer deux arrêts qui ont permis des standards de tenue vestimentaire différents pour les femmes et les hommes afin d'assurer une image 'conventionnelle' et promouvoir de fortes relations avec les clients. Voilà des « *reasonable business justifications* ». *Smith v. Safeway plc*, 1996 IRLR 456, CA <http://www.rubinsteinpublishing.com/default.aspx?id=1042254>, (cheveux courts pour les hommes dans un supermarché) ; *M Schmidt v. Austicks Bookshops Ltd*, 1977 IRLR 360 EAT, [http://www.xperthr.co.uk/law-reports/case/M-Schmidt-v-Austicks-Bookshops-Ltd-1977-IRLR-360-EAT/1790/jupes pour femmes libraires](http://www.xperthr.co.uk/law-reports/case/M-Schmidt-v-Austicks-Bookshops-Ltd-1977-IRLR-360-EAT/1790/jupes%20pour%20femmes%20libraires).

⁸⁹⁹Conclusions sous Cconseil d'État 1^{er} février 1980, *Droit social*. 1980, p. 310, spéc. p. 314.

⁹⁰⁰WAQUET P., « Le bermuda ou l'emploi », Cass., ch. sociale 28 mai 2003, *Droit social*, 2003, p. 808.

⁹⁰¹Cass. Soc., 16 janvier 2001, *Revue de Jurisprudence sociale*, 2001, n° 534.

⁹⁰²*Kelley v. Johnson*, 425 U.S. 238, 239-40 (1976). *Tamimi v. Howard Johnson Co.*, 807 F.2d 1550, 1554 (11th Circuit 1987) (maquillage).

En effet, les tentatives du chef d'entreprise de poser des codes vestimentaires sont soumises au contrôle du juge qui peut considérer qu'elles portent atteinte ou non aux libertés individuelles des salariés. La liberté vestimentaire, si elle ne peut être supprimée, peut toutefois, sous certaines conditions, être réduite. La jurisprudence interprète de la manière la plus étroite les restrictions à la liberté individuelle contenues dans le règlement intérieur. La jurisprudence est partagée en la matière. Les cas ci-dessous démontrent encore une fois comment la jurisprudence peut trancher des affaires sous l'angle des libertés individuelles et non de la discrimination.

§ 1: Droit français

133. Bien que l'ancien délit d'outrage public à la pudeur ait disparu, l'article 222-32 du nouveau Code Pénal permet de poursuivre et de condamner des personnes aux tenues qui permettraient une exhibition sexuelle à la vue d'autrui. C'est une limite, très étroite certes mais certaine, à un habillement à caractère trop provocateur. De même, on rappelle que la loi pénale réprime le port de certains costumes ou uniformes (art. R. 643-1 et R. 654-1 du nouveau Code Pénal).

La liberté de se vêtir ne figure expressément ni dans le Code du Travail français ni dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales parmi les libertés fondamentales qu'elle garantit, ni même dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁹⁰³.

En effet, le Conseil Constitutionnel, a créé la catégorie des « *Libertés et droits fondamentaux* »⁹⁰⁴ désignant ainsi les droits ayant une valeur constitutionnelle et qui ne contiennent pas la liberté de se vêtir à sa guise.

Le vêtement constitue souvent le prolongement de l'activité professionnelle. Dans le secteur privé, force est de constater l'émergence d'une jurisprudence reconnaissant le droit pour l'entreprise d'imposer une tenue qui soit conforme à son 'image de marque'. En ce sens, on pourrait presque opposer l'identité de l'entreprise face au droit d'expression des salariés. Des restrictions à la liberté des salariés sont traditionnellement admises pour des raisons tenant à l'hygiène et la sécurité. De plus, une tenue correcte, décente et professionnelle est de mise.

⁹⁰³ 18.12.2000 2000/C, 364/01, *Journal Officiel des Communautés Européennes*.

⁹⁰⁴ Conseil Constitutionnel, décisions du 22 janvier 1990 n° 89-259 DC; du 13 août 1993 n° 92-325 DC.

Comme nous l'avons mentionné, le juge détient le pouvoir d'examiner les tentatives des employeurs de contrôler la tenue vestimentaire de l'ensemble du personnel. Il peut, selon les circonstances, juger que les restrictions nuisent aux libertés individuelles⁹⁰⁵ des salariés ou bien, au contraire, les juger admissibles.

A) Jurisprudence en faveur du salarié

134. En droit français, l'interdiction faite à des salariées par le biais d'une note de service de porter un pantalon sous leur robe réglementaire a été jugée comme une restriction excessive non justifiée par la nature des tâches à accomplir⁹⁰⁶.

D'autre part, il était reproché au vendeur d'un magasin de rabais d'avoir porté un jean. Celui-ci conteste son licenciement au motif qu'aucune disposition du règlement intérieur ne prévoyait une telle interdiction. En effet, une charte recommandait simplement au personnel d'être « *relax* », et spécifiait que ce terme n'était pas synonyme de « *négligé* ». La juridiction a relevé qu'une telle tenue ne constituait pas « *à l'heure actuelle une tenue négligée susceptible de choquer la clientèle d'un rayon Hi-Fi-Vidéo* »⁹⁰⁷. Dans le même esprit, la Cour de Cassation a valablement refusé de considérer qu'un salarié travaillant en qualité de conducteur avait commis une faute en refusant de porter une blouse blanche car il n'était pas démontré que le port de ce vêtement était justifié par la tâche à accomplir et proportionné à l'objectif recherché⁹⁰⁸.

Il s'ensuit que la violation d'un ordre illicite ne peut constituer une faute imputable au salarié, ni une cause réelle et sérieuse de licenciement. Le refus par un menuisier de porter un uniforme dont il n'est pas démontré qu'il aurait une vocation spécifique de protection et alors qu'il n'est pas reproché à l'intéressé de porter dans le cadre de son travail une tenue qui ne serait pas adaptée à son activité, ne saurait dès lors être considéré comme une faute justifiant son licenciement⁹⁰⁹.

De plus, la Cour de Cassation a refusé de considérer qu'un salarié avait commis une faute en refusant de porter une blouse blanche car il n'était pas démontré que le port de ce vêtement était

⁹⁰⁵ Cass. Soc., 22 juillet 1986, pourvoi n° 85-45.325.

⁹⁰⁶ Cour d'Appel de Paris, 7 juin 1990, 21^e chambre, section B, *JCP*, édition E., 1991, II, 194, observations A. Chevillard.

⁹⁰⁷ Cour d'Appel de Versailles, 5^e chambre, B. du 25 novembre 1994, n° 3843/93.

⁹⁰⁸ Cass. Soc., 18 février 1998: *Bulletin Civil*, 1998, n° 90; *Gazette du Palais*, Recueil 1998, panor. Cass. p. 124; *Droit Social*, 1998, p. 506. Voir aussi Cass. Soc., 18 février 1998, n° 860 PB, *Bulletin Civil*, 1998, V, n° 90; *Gazette du Palais*, Recueil 1998.

⁹⁰⁹ Cour d'Appel de Toulouse, 7 juin 2001, n° 00-4707 : *Cau c. SARL Escaliers Dumas*.

justifié par la nature de la tâche à accomplir et proportionné à l'objectif recherché⁹¹⁰. La même solution a été retenue pour un chauffeur ambulancier auquel il était reproché de ne pas mettre la cravate alors que l'obligation de porter la blouse blanche prévue par le règlement intérieur avait été respectée. Cet arrêt a considéré comme excessive, au regard de la tâche à accomplir, la clause d'un règlement intérieur imposant au personnel d'une entreprise d'ambulances le port d'une cravate et prohibant les jeans et les baskets. En effet, la disposition du règlement intérieur était plus exigeante que celles de la convention collective qui prévoyaient pour le personnel ambulancier une tenue soignée et le port obligatoire d'une blouse blanche. Par conséquent, cette exigence constitue une restriction aux libertés individuelles qui n'était pas justifiée par la nature de la tâche à accomplir⁹¹¹. Aussi, a été jugé sans motif réel et sérieux le licenciement d'un salarié venant au travail en polo de couleurs vives à manches courtes et col ouvert. En effet, d'une part, son employeur ne l'avait pas astreint auparavant au port d'un costume et d'une cravate ; et d'autre part, il n'avait pas refusé de porter la blouse promise par l'entreprise mais elle ne la lui avait finalement pas été fournie⁹¹².

Dans le même sens, la Cour de Cassation a refusé d'élargir le domaine d'application d'un règlement intérieur à une catégorie du personnel qui n'était pas concernée par l'obligation de porter une tenue réglementaire. Selon la Haute juridiction, « *Le contrat individuel de travail (d'un gardien) ne pouvait comporter de restrictions plus importantes aux libertés individuelles que celles prévues par la convention collective nationale ... qui n'impose le port d'un uniforme qu'au personnel de la catégorie B, coefficient 166*⁹¹³ ».

Enfin, dans un arrêt de la Cour de Cassation⁹¹⁴, il s'agissait d'un employé d'exploitation qui avait été notifié d'un avertissement parce qu'il avait refusé de porter la tenue de l'entreprise et ses accessoires de sécurité ; un mois plus tard, une mise à pied disciplinaire lui avait été infligée pour les mêmes motifs. Ensuite, une nouvelle mise à pied disciplinaire a été prononcée pour non-présentation à la visite médicale obligatoire et quelques mois plus tard, il est convoqué à un entretien préalable à licenciement, mis à pied à titre conservatoire, et prend acte de la rupture de son contrat de travail le même jour. Selon la Cour de Cassation, la Cour d'Appel n'a pas vérifié,

⁹¹⁰ Cass. Soc., 18 février 1998, TPS, 1998, comm. n° 114, Jurisdata.

⁹¹¹ Cass. Soc., 19 mai 1998, *Société Europe Ambulance c. Bekhtaoui* ; *Gazette du Palais, Recueil* 1998, panor. Cass. p. 222, J. n° 232, 20 août 1998, p. 22.

⁹¹² Cour d'Appel, 18^e chambre A, Paris 23 novembre 1987 : *Société et Cie c. Mendez*.

⁹¹³ Cass. Soc., 16 janvier 2001, arrêt n°119, pourvois n° 98-44.252 et n° 98-44.253.

⁹¹⁴ Cass. Soc., 27 juin 2012, n°10-21.306.

comme elle l'aurait du, si, indépendamment de l'obligation du port de chaussures de sécurité, celle de porter l'uniforme de l'entreprise, restrictive de la liberté vestimentaire du salarié, était justifiée pour l'intéressé qui travaillait de nuit, sans aucun contact avec la clientèle. Ainsi, la Cour d'Appel a privé sa décision de base légale⁹¹⁵.

Nous voyons bien que ces raisonnements reposent uniquement sur les faits, la logique et le bon sens.

B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

135. Une jurisprudence abondante fournit des exemples concrets du traitement de cette question juridique délicate. La Commission Européenne des Droits de l'Homme défend le droit de la *London Education Authority* d'interdire à un salarié de porter une robe au travail. Dans l'examen du conflit d'intérêts entre d'une part la vie privée dans l'article 8(1) de la convention européenne des droits de l'homme ; et le droit de l'autorité d'améliorer l'image publique de l'employeur et de faciliter les contacts externes d'autre part, c'est cette dernière qui l'emporte⁹¹⁶.

En droit français, l'arrêt clé en matière de tenue vestimentaire est l'arrêt « Bermuda ». C'est ce vêtement que le demandeur, occupant un emploi d'agent technique, a revêtu pour se rendre à son travail avec une blouse blanche, imposée par le règlement intérieur pour des contraintes techniques. Il était occasionnellement en contact avec des clients. Sa tenue, qui faisait apparaître ses jambes nues, a fait sensation. Son supérieur hiérarchique lui a alors demandé de venir travailler désormais avec un pantalon. Or, le salarié s'obstine et répond par une lettre où il manifeste à l'égard de sa hiérarchie une opposition forte et persistante à l'application de l'exigence de port d'un pantalon par les hommes sur les lieux de travail. Or, son comportement et son opposition portent atteinte à la réputation de la société ce qui lui fait peser un risque important de perte d'image de marque auprès des clients de l'entreprise fréquemment présents sur le site. Le salarié saisit le juge des référés prud'homaux et allègue que son licenciement viole sa « *liberté fondamentale* » de se vêtir à sa guise. De plus, il soutient qu'il est victime d'une discrimination à raison de son sexe (ce deuxième argument ne fut pas discuté). Il demande la nullité de son licenciement ainsi que sa réintégration. La Cour d'Appel statue contre la nullité du

⁹¹⁵ Cass. Soc., 27 juin 2012, n°10-21.306.

⁹¹⁶ *Kara v. United Kingdom*, App. n° 36528/97, *European Human Rights Law Review* (London: European Commission on Human Rights, 1999, p. 232, 233).

licenciement car cette dernière n'est prévue que dans les cas définis par l'article L. 122-45 du Code du Travail. La Cour ajoute: « *Aucune disposition n'autorise d'étendre cette liste à d'autres libertés, comme celle de se vêtir à sa guise, qui n'apparaissent pas fondamentales* ». La Cour de Cassation observe que tenant compte de ce que le salarié était en contact avec la clientèle « *La tenue vestimentaire de Mr. X était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail* »⁹¹⁷. Si, en vertu de l'article L. 120-2 du Code du Travail, un employeur ne peut imposer à un salarié des contraintes vestimentaires qui ne seraient pas justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché, la liberté de se vêtir à sa guise au temps et au lieu du travail n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales.

L'employeur est en droit d'imposer certaines tenues vestimentaires à ses salariés lorsque l'image de son entreprise auprès de la clientèle l'exige. Un excellent exemple est celui de Disney, célèbre pour le « *Disney look* » « *propre, naturel, soigné, professionnel* »⁹¹⁸ imposant aux salariés de bannir toute fantaisie dans leur tenue vestimentaire, leur style de cheveux, leurs lunettes de vue et lentilles, la longueur de leurs ongles et des boucles d'oreilles (les tatouages et piercings étant interdits). En 1997, une socio-anthropologue note au sujet du parc Euro Disney que « *Parmi les critères d'une bonne performance se trouve l'apparence, c'est-à-dire la conformité à l'image Disney et l'employeur entend, pour le moins, donner à ces normes une valeur obligatoire* »⁹¹⁹.

Il a été jugé que l'employeur d'une salariée d'une agence immobilière en contact avec la clientèle peut lui interdire de se présenter au travail en survêtement. Selon la Cour de Cassation, « *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, donc la décision de l'employeur de lui interdire de se présenter au travail en survêtement est justifiée* »⁹²⁰.

⁹¹⁷ PANSIER F-J., « Port du bermuda au bureau », Cour de cassation, chambre sociale, 28 mai 2003, *Bulletin Civil*, V, n° 178; *Gazette du Palais*, Recueil 2003, p. 1716, J. n° 154, 3 juin, 2003. En revanche ; le décret 8 Brumaire An II énonce que « *Nulle personne de l'un ou de l'autre sexe ne pourra contraindre aucun citoyen ou citoyenne de se vêtir d'une manière particulière sous peine d'être considérée et traitée comme suspecte et poursuivie comme perturbatrice du repos public. Chacun est libre de porter le vêtement et ajustement de son sexe qui lui convient, sous réserve de respecter l'ordre public et les bonnes mœurs* ». En revanche, cette liberté ne saurait être absolue eu sein de l'entreprise.

⁹¹⁸ « The Disney look », <http://dlr.disneycareers.com/en/working-here/the-disney-look/>.

⁹¹⁹ « Disneyland autorise la barbe », <http://www.slate.fr/lien/49127/disney-autorise-barbe>, 25 janvier 2012.

⁹²⁰ Cass. Soc., 6 novembre 2001, n° 99-43.988, Publié au *Bulletin* 2001 V n° 337 p. 269.

S'agissant des règles d'hygiène et de sécurité imposées par la loi, les juges reconnaissent la « supériorité » des règles restrictives que peut poser l'employeur⁹²¹.

Qu'en est-il de l'hypothèse de l'obligation à l'égard des employés de se soumettre à une tenue vestimentaire non reliée à des impératifs sécuritaires mais plutôt à des impératifs commerciaux⁹²²?

Dans un magasin de mode d'articles féminins, l'exigence d'une tenue vestimentaire en rapport avec le type d'établissement permet de sanctionner une employée refusant, même pour des raisons religieuses, d'abandonner un type de vêtement la recouvrant de la tête aux pieds, et ceci car elle était en contact avec la clientèle. Dans ce cas, ces atteintes à la liberté sont justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché⁹²³.

De plus, constitue une faute disciplinaire le manquement à un règlement intérieur et à une note de service imposant le port d'une tenue au personnel en relation avec la clientèle⁹²⁴. En l'espèce, il s'agissait d'une caissière centrale travaillant au service de la société française des Nouvelles Galeries qui voulait se dispenser de porter la tenue fournie par l'entreprise conformément au règlement intérieur.

Un salarié représentant son entreprise vis-à-vis des clients ou fournisseurs est tenu d'en refléter une image positive⁹²⁵. Dans cet arrêt, la Cour d'Appel juge que « *Le fait pour une vendeuse en contact permanent avec la clientèle d'un magasin de mode d'articles féminins d'adopter à nouveau, comme l'ensemble du personnel, une tenue vestimentaire correspondant à ce type d'établissement n'est pas de nature à constituer un excès ou un détournement de pouvoirs ou de discipline...* ». Ici la vendeuse doit représenter un style de vêtements, c'est-à-dire l'image même du fonds de commerce. D'autant plus que dans les contextes des centres commerciaux, les articles du règlement intérieur imposant le port d'un costume de travail ont pour but notamment de permettre aux clients d'identifier immédiatement le personnel et d'améliorer ainsi l'image de marque de celui-ci. Cette mesure a logiquement été jugée comme n'apportant aucune restriction

⁹²¹ FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 juillet 2007 n° 145, p.4.

⁹²² GILLIER H., « Du bermuda à la jupe : retour sur la liberté de se vêtir », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1 décembre 2006 n° 185, p. 479.

⁹²³ Cour d'Appel Saint-Denis-de-la-Réunion, 9 sept. 1997, D. 1998.546, note S. Farnocchia.

⁹²⁴ Cass. Soc., 7 octobre 1992, *JCP*, 1993. II. 22148, note D. Corrigan-Carsin.

⁹²⁵ Cour d'Appel St-Denis-de-la-Réunion 9 septembre 1997, D. 1998, jsp, p. 546. Cet arrêt illustre parfaitement le conflit opposant la liberté religieuse d'une part et l'intérêt de l'entreprise d'autre part. Note S. Farnocchia D. 1998, jsp, p. 546.

aux droits et libertés d'un salarié, étant justifiée par la nature de la tâche à accomplir et proportionnée au but recherché ; et contraire ni aux lois et règlements ni aux dispositions des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise⁹²⁶.

A été considéré un licenciement fondé sur une cause réelle et sérieuse celui d'un salarié qui refuse de porter le tee-shirt de la marque organisatrice d'une animation d'un magasin où il travaillait. Alors même que son contrat de travail ne prévoyait pas une tenue vestimentaire obligatoire, ce refus d'obéissance porte atteinte à la bonne marche de l'entreprise et à la considération de cette dernière par les fournisseurs⁹²⁷. Aussi, dans un autre arrêt, la Cour de Cassation constate que l'employée, secrétaire, qui est en contact avec la clientèle d'une agence immobilière et qui se présentait devant la clientèle en survêtement, donne une raison légitime à l'employeur de lui interdire de se présenter de la sorte au travail⁹²⁸.

Enfin, dans un arrêt pertinent de la Cour d'Appel de Nancy, un salon de coiffure exige que ses salariés soient correctement habillés, dans une tenue dont la couleur rappelle celle de l'enseigne du salon de coiffure, et qu'ils soient également correctement coiffés. L'employeur a ainsi le droit d'apporter au principe de la maîtrise de l'apparence physique des restrictions justifiées par la tâche à accomplir ou proportionnées par rapport au but recherché, celui de servir au mieux la clientèle. Par suite, le grief tiré du non-respect de l'obligation faite à la salariée par le règlement intérieur de respecter le port d'une tenue en harmonie avec les couleurs de l'enseigne, la salariée portant des jeans bleus alors que seule la couleur noire était tolérée, ne peut être considéré comme revêtant un caractère discriminatoire au sens de l'article L. 1132-1 du Code du Travail.

S'agissant de tenue indécente⁹²⁹, dans une hypothèse selon laquelle une salariée a été licenciée parce qu'elle semait le trouble auprès de ses collègues en portant des chemisiers transparents montrant sa poitrine nue, la Cour d'Appel considère que cela allait à l'encontre des bonnes mœurs et de la décence. La Cour de Cassation rejette le pourvoi et juge dans le sens de la Cour d'Appel⁹³⁰. L'employeur peut ainsi sanctionner disciplinairement une salariée se présentant à un

⁹²⁶Cour d'Appel de Versailles; 11^e Ch. 21 septembre 1992, *Syndicat du Commerce 78 et c. société Carrefour Montesson*.

⁹²⁷Cour d'Appel de Montpellier 21 juin 1990 : *Société DMG Interpsport c. Clemens*.

⁹²⁸Cass. Soc., 6 novembre 2001, *Brunet c. Société LR Immobilier Droit social* 2002.110, observations J. Savatier.

⁹²⁹Cour d'Appel de Nancy, 29 novembre 1982, *Dalloz* 1985, jurisprudence page 354, note Lapoyade-Deschamps.

⁹³⁰Cass. Soc., 22 juillet 1986, non publié, cité par F.A. *Semaine Sociale Lamy*, 2 mars 1998. Voir dans le même sens l'arrêt Cass. Soc., 18 mai 1999, n^o 2296.

travail de bureau dans une tenue indécente⁹³¹. De plus, un employeur peut sanctionner une salariée se présentant en mini-jupe avec blouse de travail ouverte⁹³². D'ailleurs, se mettre en sous-vêtement devant des subordonnées féminines est une attitude sans gêne et un geste indécent justifiant un licenciement pour faute grave⁹³³.

De plus, une tenue négligée a été considérée comme allant à l'encontre des bonnes mœurs, à propos d'un employé de banque qui refusait de porter sa cravate⁹³⁴. Par suite, on ne mentionne pas la discrimination à raison de l'apparence physique.

Comme le souligne parfaitement Laurent Gimalac⁹³⁵, l'on ne saurait parler de liberté vestimentaire 'ad hoc' qui puisse être systématiquement opposée à l'entreprise.

Les restrictions doivent toujours être justifiées par une raison logique et indispensable⁹³⁶, objectives et proportionnées au but recherché.

§ 2: Droit américain

A) Jurisprudence en faveur du salarié

136. On admet les différences de règles vestimentaires à la condition qu'elles n'imposent pas des caractéristiques immuables, des droits fondamentaux, ni de charge supplémentaire sur un sexe et pas l'autre, comme par exemple imposer aux femmes d'être plus minces, plus attractives et de porter des uniformes⁹³⁷. C'est le principe de '*seperate but equal*'. Dans certains États tels que la Californie, les employeurs n'ont pas le droit de mettre en vigueur un code vestimentaire interdisant aux femmes de porter un pantalon sur le lieu de travail⁹³⁸. Lorsqu'un employeur ou

⁹³¹ Cour d'Appel de Nancy, 25 novembre 1982, D. 1985.354, note C. Lapoyade-Deschamps (une tenue excentrique, mais admissible). Cour d'Appel de Poitiers, 14 nov. 1973, D. 1974.68 ; CA Versailles, 8 juill. 1994, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 12/1994, n° 1359).

⁹³² Cour d'Appel de Nimes, 18 mai 2010, n° 08/03441.

⁹³³ Cour d'Appel d'Orléans, 25 mars 2010 n° 205/10, 09/01890.

⁹³⁴ Cass. Soc., 12 juillet 1989, pourvoi n° 86.40-987.

⁹³⁵ GIMALAC L., « La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels », *Droit social, Petites Affiches*, n° 254, 20 décembre 2002, p. 11.

⁹³⁶ Cour d'Appel de Paris, 7 juin 1990, 21^e chambre, section B, *JCP*, édition E., 1991, II, 194, observations A. Chevillard.

⁹³⁷ *Frank v. United Airlines, Inc.*, 216 F.3d 745, 853-855 (9th Circuit 2000); *Gerdorn v. Continental Airlines, Inc.*, 692 F.2d 602 (9th Circuit 1982), *Carroll v. Talman Federal Savings and loan Association*, 604 F.2d 1028, 1032-33 (7th Circuit 1979).

⁹³⁸ California Government Code para.12947.5 (2007).

plus précisément l'équipe de gestion d'une compagnie établit et adopte une politique vestimentaire, ils doivent s'assurer qu'elle est uniformément appliquée entre femmes et hommes, entre personnes de toutes les races et origines nationales, et donc ne se traduit pas en *disparate impact* ou discrimination indirecte⁹³⁹.

L'un des objectifs du *Civil Rights Act* de 1964 est de combattre la discrimination sexuelle et de briser ainsi les stéréotypes affectant les femmes. Par conséquent, en principe, les employeurs ne peuvent pas imposer des standards inéquitables aux femmes et s'ils le font, c'est une discrimination sexuelle⁹⁴⁰.

Dans un sens opposé à l'arrêt *St. Cross v. Playboy Club of New York*⁹⁴¹, dans la décision *Guardian Capital Corp. v. New York State Division of Human Rights*⁹⁴², une Cour d'Appel de New York retient que les efforts d'un employeur de transformer un hôtel restaurant en boîte de nuit/cabaret à soirées à thèmes en ne recrutant que des femmes obligées de porter des uniformes provocants, n'est pas justifiable : les habits provocants ne sont pas un *BFOQ*. En effet, un employeur n'a pas le droit d'agir de manière discriminatoire uniquement dans le but d'offrir des « titillations sexuelles » aux clients en plus de la nourriture. La Cour poursuit en disant que dans un restaurant, l'activité principale est uniquement de servir de la nourriture. Par conséquent, la stratégie marketing consistant à vêtir les femmes de costumes très provocants est discriminatoire et ne peut être justifiée par un *BFOQ*⁹⁴³.

Dans les faits de l'affaire *Atlantic Richfield Co. v. D.C. Commission on Human Rights*⁹⁴⁴, un superviseur critique constamment les blouses échancrées d'une salariée et compare son comportement à celui d'une prostituée. La commission note que son apparence physique est similaire à celle de ses collègues et la compagnie n'a pas de standard vestimentaire prescrit supporté par une *reasonable business purpose* et que par suite, elle est libre de s'habiller comme

⁹³⁹ *Fitzpatrick v. City of Atlanta*, 2F.3d 1112 (11th Circuit 1993).

⁹⁴⁰ *Carroll v. Talman Fed.Sav. & Loan Ass'n*, 604 F.2d 1032-1033 (7th Circuit 1979).

⁹⁴¹ *St. Cross v. Playboy Club*, Appeal n°773, Case n° CFS 22618-70 (New York Human Rights Appeal Board), 1971. Voir aussi *Weber v. Playboy Club*, Appeal n° 774, n°CFS 22619-70 (New York Human Rights Appeal Board, 1971).

⁹⁴² *Guardian Capital Corp. v. New York State Division of Human Rights* 360 N.Y.S.2d 937 (New York Appeals Division, 1974).

⁹⁴³ *Guardian Capital Corp. v. N.Y. State Div. of Human Rights*, 360 N.Y.S.2d 937, 938 (New York Appeals Division 1974. Voir aussi *Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc.*, 442 F.2d 385, 388 (5th Circuit 1971). BUCHMAN P., « Title VII limits on discrimination against television anchorwomen on the basis of age-related appearance », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 208-209.

⁹⁴⁴ *Atlantic Richfield Co. v. D.C. Commission on Human Rights*, 515 A.2d. 1095, 1100 (D.C. 1986).

elle l'entend. De plus, la Cour défend le droit d'une salariée dans une firme de télémarketing de porter un foulard sur la tête, malgré les objections de son employeur⁹⁴⁵.

Le Titre VII peut de même être utilisé pour combattre les stéréotypes sexuels réduisant les femmes à des objets sexuels exploitables pour le plaisir des hommes⁹⁴⁶. Exiger des femmes qu'elles aient un certain *look* peut être ou ne pas être acceptable, dépendamment du fait que la justification soit étroitement liée au *business*⁹⁴⁷. En outre, bien que cela soit courant dans les restaurants et les bars, exiger des femmes qu'elles portent des habits sexuellement provocateurs peut aisément les exposer à un harcèlement verbal ou sexuel et est donc interdit⁹⁴⁸.

S'agissant de la race et de l'ethnie ; il est admis aux États-Unis que l'employeur puisse imposer à ses employés des tenues vestimentaires indépendamment de leur race ou ethnie, tant que cette exigence est appliquée de manière uniforme à tous. Toutefois, l'employeur doit permettre le port d'habits raciaux ou ethniques en conformité avec les codes imposés⁹⁴⁹. À titre d'exemple, le Titre VII interdit aux employeurs d'interdire le port des habits traditionnels Hawaïens qui respectent les normes exigées⁹⁵⁰.

B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

137. Dans l'affaire *Schmitz v. ING Securities, Futures and Options, Inc.*⁹⁵¹, Schmitz portait des jupes et blouses qui étaient, selon son employeur, trop courtes ou révélatrices. Elle portait aussi une mini-jupe et des talons hauts, exposant une partie de sa cuisse. Le *Chief Finance Officer* lui avait demandé, de manière répétitive, de changer sons style, sans toutefois, avoir un comportement indécent, suggestif ou à caractère sexuel. Schmitz n'ayant pas obtempéré est finalement licenciée. Elle intente alors une action devant la Cour fédérale. Elle interjette appel de la décision de la Cour du District, et la Cour d'Appel se fonde sur les éléments de preuve suivants : en plus du *Chief Finance Officer*, deux superviseurs avaient, de manière informelle,

⁹⁴⁵ MICHAUD P., « Court allows french muslim woman to wear headscarf at work », *Arab News*, 19 décembre 2002.

⁹⁴⁶ Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17 (2000).

⁹⁴⁷ *EEOC v. Sage Realty Corp.*, 507 F. Supp. 599, 608 (New York 1981).

⁹⁴⁸ *EEOC v. Sage Realty Corp.*, 507 F. Supp. 599, 608 (New York, 1981).

⁹⁴⁹ De même, un employé dont les habits sont conformes aux codes vestimentaires ne peut être forcé de porter des habits culturels.

Voir *Bryant v. Begin Manage Program*, 281 F. Supp. 2d 561 (New York, 2003). Le jury décide qu'il y a discrimination raciale lorsqu'un superviseur afro-américain force son employé afro-américain de porter des habits ethniques, et face à son refus le remplace par un individu afro-américain qui porte ces habits.

⁹⁵⁰ *EEOC directives transmittal*, n° 9/5 003 19 avril 2006.

⁹⁵¹ *Schmitz v. ING Securities, Futures and Options, Inc.*, 1999 U.S. App. LEXIS 16942 (7th Circuit 20 juillet 1999).

fait des remarques à la demanderesse. Aussi, le fait que le *Chief Finance Officer* faisait des remarques à d'autres salariés sur leur manière de se vêtir de manière plus professionnelle est une preuve de l'absence de discrimination ou de harcèlement sexuel. La Cour conclut que les allégations de Schmitz sont « *l'exact opposé du scénario trop fréquemment observé de harcèlement sexuel* ».

Dans l'affaire *Caroll v. Talman Fed. Sav & Loan Ass'n of Chi*⁹⁵², la Cour juge qu'un employeur peut imposer aux employés des deux sexes l'obligation de porter des uniformes les différenciant, mais ne peut pas imposer le port d'uniformes aux femmes uniquement. Par ailleurs, dans une affaire intéressante, l'obligation pour les chauffeurs de taxi de porter des pantalons jusqu'aux chevilles est jugée non discriminatoire car elle crée un uniforme dans un but rationnel et c'est dans l'intérêt de la cité de promouvoir une image de sécurité. Par suite, c'est un moyen rationnel d'y parvenir⁹⁵³.

Dans l'affaire *Tardif v. Quinn*⁹⁵⁴, une école publique licencie une enseignante en raison de la longueur de sa jupe. Elle porte plainte en ce que cela allait à l'encontre de la clause de *due process* ou procès équitable de la Constitution. La première Cour juge que la longueur de la jupe était dans les limites raisonnables des standards et n'avait pas un effet négatif sur les élèves. Toutefois, la Cour d'Appel juge que l'intérêt du gouvernement à approuver l'image de la maitresse prévalait sur son intérêt personnel à définir sa propre apparence physique. La Cour insiste sur le renforcement des normes sociales de comportement. Cette solution nous semble juste.

Dans l'affaire *Seabrook v. City of New York*⁹⁵⁵, mettant en jeu des employés du *Female Department of Corrections officers*, les femmes et les hommes avaient l'obligation de porter des pantalons, contrairement à la volonté de certaines femmes, qui contestent cela en justice. Face à l'allégation de discrimination fondée sur les bases du 14ème amendement de la Constitution américaine (voir le chapitre 1^{er}) ainsi que la Constitution de New York, la Cour rejette à juste titre tout argument en ce sens car si les femmes portaient des jupes, elles ne seraient pas à même d'être en alerte en cas d'urgences.

⁹⁵²*Caroll v. Talman Fed.Sav & Loan Ass'n of Chi* 604 F. 2d 1028-1032 (7th Circuit 1979).

⁹⁵³U.S.C.A, Constitution Amendment, 14. *Branch v. Franklin*, 499 F. Supp. 2d 1321 (. 2007).

⁹⁵⁴*Tardif v. Quinn*, United States Court of Appeals, First Circuit.- 545 F.2d 761, (16 décembre 1967).

⁹⁵⁵*Seabrook v. City of New York*, 80 F.E.P. Cases 1453 (New York 1999), aff'd, 210 F.3d 355 (2000).

Le fait que les cours n'appliquent pas le même raisonnement en matière de tenue vestimentaire est, pour certains, désolant et reflète des inconsistances dans la loi⁹⁵⁶.

Sous-section 3: Piercings et insignes ou badges

§ 1: Piercings

1- Droit français

A) Jurisprudence en faveur du salarié

138. Dans un arrêt extrêmement intéressant de la Cour de Cassation⁹⁵⁷, un chef de rang dans un restaurant gastronomique a été licencié en raison de son refus d'ôter ses boucles d'oreilles portées d'avril 2007 à mai 2007 (on l'a mis en congés afin qu'il réfléchisse et à son retour, on l'a affecté au bar avant d'entamer la procédure de licenciement). Dans la lettre de licenciement, il est énoncé que « *Votre statut au service de la clientèle ne nous permettrait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes* ». Erreur grave ! Cela fait présumer que l'employeur ne tolère pas le port de tels bijoux chez un homme ; ce qui sous entend qu'il l'accepte parfaitement chez une femme, du fait que ses collègues féminines portaient effectivement des boucles d'oreilles sans que cela ne gêne ni l'employeur ni sa clientèle particulière. Ainsi exprimé, le motif du licenciement révèle une discrimination sur l'apparence physique rapportée au sexe⁹⁵⁸. C'est une discrimination directe par rapport aux autres membres du personnel de sexe féminin qui laisse entendre qu'il ne serait pas un homme en portant des boucles d'oreilles⁹⁵⁹. Dans ses écritures devant la Cour, l'employeur ne minimise pas cet élément mais insiste sur cette connotation sexuelle notamment quand il prétend que dans un restaurant d'une telle renommée,

⁹⁵⁶ WILLIAMSON E., « Moving past hippies and harassment: A historical approach to sex, appearance, and the workplace », *Duke Law Journal*, vol. 56, 2006, p. 681, 699.

⁹⁵⁷ Cass Soc., 11 janvier 2012, *Revue de Jurisprudence Sociale*, 3/12, n° 214 ; *JCP*, S 2012, 1164, note BOSSU B.

⁹⁵⁸ Or, selon certains, cela peut laisser à penser que l'apparence physique, tout au moins lorsqu'on évoque les aspects de cette apparence sur lesquels l'individu peut exercer sa volonté, n'est pas un motif autonome de discrimination mais doit, pour pouvoir être retenu, être relié à un autre motif de discrimination, tel le sexe, l'origine ou la religion. Voir PERRIN L., « Discrimination en raison de l'apparence physique : port de boucles d'oreilles », Cass. Soc. 11 janvier 2012, n° 10-28.213, *Dalloz Actualité*, 8 février 2012.

⁹⁵⁹ Cour d'Appel de Montpellier, chambre sociale, octobre 2010, n° 10-01174.

voir un salarié homme porter des boucles d'oreilles peut nuire à l'apparence de celui-ci et gêner la clientèle.

Ainsi, le motif du licenciement révèle une référence au sexe du salarié laissant supposer l'existence d'une discrimination directe par rapport aux autres membres du personnel de sexe féminin en laissant entendre qu'il ne serait pas un homme en portant des boucles d'oreilles. Or, dans son argumentation, l'employeur ne minimise pas cet élément mais insiste même sur cette connotation sexuelle.

La Cour d'Appel juge ce licenciement nul et condamne le restaurant au paiement de dommages-intérêts. Selon le pourvoi, il ne s'agit aucunement de discrimination car le pouvoir de l'employeur d'imposer des contraintes vestimentaires est possible si elles sont justifiées par la nature des tâches à accomplir et proportionnées au but recherché. Comme le restaurant gastronomique recevait une clientèle attirée par sa réputation de marque, laquelle impose une tenue sobre du personnel en salle, cela pourrait gêner la clientèle, vu que le serveur était en contact direct avec elle. C'est pourquoi le port de boucles d'oreilles pendant sa durée de service était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail. Il convient de noter que l'employeur apporte les éléments de preuve suivants : (i) des extraits des différents guides gastronomiques témoignant de la renommée de son restaurant, et (ii) des déclarations des trois clients, jugées purement subjectives et comme portant un jugement de valeur sur le port de boucles d'oreilles par un homme serveur dans un restaurant gastronomique⁹⁶⁰ ; qu'en conséquence, le licenciement du salarié fondé sur un motif discriminatoire doit être déclaré nul et de nul effet. Toutefois, la Cour de Cassation, en citant l'article L. 1132-1 du Code du Travail,

⁹⁶⁰ Un déclarant que la qualité de l'établissement est incompatible avec un service effectué par du personnel affublé de ces percings et autres boucles d'oreilles et allant jusqu'à dire que le salarié qu'il connaissait par ailleurs pour avoir été son assureur traversait un période trouble et que cet incident n'était que la suite logique que de ses errements notamment le retrait de son permis de conduire,

- le second, dirigeant de société précisant qu'« *il comprend que la présentation de l'employé qui porte des boucles d'oreilles et qui est en contact avec la clientèle puisse être préjudiciable à l'image et aux valeurs de l'établissement de renom car peut choquer certains de vos clients* » ;

- le dernier déclarant apporter tout son soutien au gérant et penser que le fait d'être servi par une personne dont la présentation et la tenue ne seraient pas adéquates et conformes, constituerait une faute dans la gestion du personnel fort dommageable, et « *si je devais dans l'avenir être servi par l'un de vos collaborateurs (masculin) porteur de piercing ou autres pendants , je demanderais bien évidemment que ce collaborateur soit attaché au service d'une autre table que la mienne* ».

- un courrier de Jean PLOUZENEC Président des Toques Blanches du Roussillon indiquant que dans les écoles et centres de formation ainsi que dans tous nos établissements est respecté un certain rigueur dans la tenue du personnel, rigueur quant au port de bijou ou autre boucle d'oreille en présence des clients et rigueur vestimentaire.

retient qu'il s'agit bien d'une discrimination sur l'apparence physique rapportée à son sexe, à défaut pour l'employeur de justifier le traitement par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination (et que le moyen est inopérant en ce qu'il se fonde sur l'article L. 1121-1 du Code du Travail dont la Cour d'Appel n'a pas fait application)⁹⁶¹.

Par conséquent, on ne saurait invoquer au titre des exigences professionnelles essentielles et déterminantes les préférences de la clientèle. Cet arrêt est une preuve éclatante du rôle primordial du juge, ministre de l'équité et garant des droits des salariés.

De la même façon, a été jugé légitime le refus d'un serveur d'ôter son piercing au sourcil dès lors que son employeur exploitait une chaîne de restaurants dans des centres commerciaux et ne pouvait se situer dans un créneau haut de gamme impliquant de la part du personnel une tenue vestimentaire particulièrement stricte⁹⁶². En l'espèce, les juges ont décidé que le port du piercing n'était pas contraire aux bonnes mœurs, ni aux règles d'hygiène applicables en restauration.

Aussi, un employeur ne saurait légitimement interdire à une hôtesse d'accueil d'un bowling le port d'un piercing nasal discret, car aucune violation des règles d'hygiène n'avait lieu, et ce port n'était pas de nature à la gêner dans ses fonctions en occasionnant des désagréments vis-à-vis de la clientèle⁹⁶³.

De même, un employeur ne peut exiger d'un vendeur en équipement auto-son d'ôter pendant son travail le petit diamant qu'il porte à l'oreille gauche, car aucune justification des considérations de présentation vis-à-vis de la clientèle n'était apportée, sachant qu'il s'agissait d'un bijou discret, couramment porté par les hommes de sa génération⁹⁶⁴.

Dans une affaire intéressante, antérieure à la loi de 2001, la Cour d'Appel de Toulouse décide que « *porter un bijou* » ne saurait être par principe interdit à une salariée dans l'exercice de ses fonctions, si ledit bijou ne paraît pas incompatible avec la nature des tâches qui lui sont confiées. De même, le port d'un anneau inséré dans l'arcade sourcilière, « *illustration d'une mode actuelle dite piercing ne saurait être regardé en lui-même comme procédant d'une attitude contraire ou incompatible avec l'activité de serveuse de restaurant qui était la sienne au moment des faits* ».

⁹⁶¹Cass. Soc., 11 janvier 2012, *Revue de Jurisprudence Sociale*, mars 2012, n° 214 ; *JCP*, S 2012, 1164, note BOSSU B.

⁹⁶²Cour d'Appel de Toulouse, 28 février 2003, n° 2-3428.

⁹⁶³Cour d'Appel de Metz, 7 avril 2008 n° 08-262.

⁹⁶⁴Cour d'Appel de Toulouse, 27 novembre, n°2011-5400.

litigieux ». En outre, le règlement intérieur ne comportait aucune indication relative au port de bijou dans le travail, et il n'est pas établi que la clientèle du restaurant ait été choquée ou effrayée par une serveuse arborant un tel bijou⁹⁶⁵. Il est certain que c'est sur le terrain de la liberté individuelle et non de la discrimination que cet arrêt fut tranché.

A) Jurisprudence en faveur de l'employeur

139. Contrairement à l'arrêt de la Cour de Cassation sus-mentionné⁹⁶⁶, les piercings seraient interdits dans l'hypothèse où ils donnent une allure générale de négligence et engendrent un trouble parmi les clients⁹⁶⁷. Il a été jugé qu'un restaurateur peut légitimement demander au chef de rang de retirer ses boucles d'oreilles et son piercing nasal pendant le service, ces accessoires étant de nature à choquer la clientèle d'affaire et familiale de l'établissement⁹⁶⁸. A également été jugée légitime l'interdiction de porter un piercing par un salarié qui avait pour fonction d'être hôte d'accueil touristique chargé de revêtir des costumes d'époque, un tel accessoire contemporain étant purement anachronique⁹⁶⁹.

2- Droit américain

140. Dans une affaire intéressante, la commission des droits de l'homme défend le code vestimentaire prescrit par *Pet World Warehouse outlet* qui prohibe aux hommes les tatouages, piercings, ou boucles d'oreilles visibles. Cela est justifié par le désir de l'entreprise d'assurer une « expérience de *shopping* plaisante » et ceci, selon la commission, est un *reasonable business purpose*⁹⁷⁰. Cela nous semble être une décision raisonnable.

Aussi, l'interdiction par la *American Association of Retired Persons* de boucles, de bijoux de visage ou d'accessoires, est considéré légitime dans le but de promouvoir une image conservatrice⁹⁷¹.

⁹⁶⁵ Cour d'Appel de Toulouse, 11 octobre 2001, n° 2001-00557.

⁹⁶⁶ Cass Soc., 11 janvier 2012, *Revue de Jurisprudence Sociale*, mars 2012, n° 214, *JCP*, S 2012, 1164, note Bernard Bossu.

⁹⁶⁷ « L'apparence physique : concilier la liberté du salarié et l'intérêt de l'entreprise », <http://www.omnidroit.fr/omnidroit/afficher/Article>, 23 décembre 2009.

⁹⁶⁸ Cour d'Appel, Versailles, 22 juin 2006 n° 05-3428.

⁹⁶⁹ Cour d'Appel de Paris, 3 avril 2008, n° 06-10076.

⁹⁷⁰ *EEOC* case n° 20042029, Luis James Burns (5 mai 2004).

⁹⁷¹ *EEOC* Case n° 20062112, Jill Watskey (2 mars 2007); *Sam's Club Inc. v. Madison Equal Opportunities Commission*, n° 02-2024, 2003 WL 21707207 (Wisconsin Court of Appeal, 24 juillet 2003).

D'autant plus que dans l'affaire *Kleinsorge v. Island Corp.*⁹⁷², un employé fut licencié en raison du port de boucles d'oreilles, en violation du règlement intérieur. En raison de la différence de restrictions portant sur l'aspect physique des hommes et des femmes, il allègue une violation du Titre VII. Or, la Cour du District rejette un tel argument car il n'a pas réussi à démontrer en quoi les standards différaient entre femmes et hommes ou en ce que d'autres employés masculins avaient le droit de porter des boucles d'oreilles. En effet, en citant *Citing Knott v. Missouri Pac. Ry. Co.*⁹⁷³, la Cour explique que « *des différences mineures dans la régulation de l'apparence physique, reflétant des mœurs et coutumes d'habillement ne constituent pas de discrimination basée sur le sexe au sens du Titre VII* » et rejette ainsi la demande. La Cour considère de manière raisonnable que tant que les hommes et femmes sont soumis à des standards similaires de professionnalisme, les différences entre sexes ne sont nullement discriminatoires, tant qu'elles reflètent des traditions et pratiques coutumières. C'est un point très important qui revient dans les cas de discrimination en raison de stéréotypes liés au sexe.

§ 2: Insignes et badges

141. La jurisprudence semble très rare au sujet des badges et insignes. La Cour d'Appel de Paris a jugé que le fait pour un enseignant de porter un pendentif représentant une fleur de lys ne constitue pas en soi et en dehors d'autres éléments d'identification, un insigne politique⁹⁷⁴.

En principe, une clause figurant dans le règlement intérieur et interdisant aux salariés le port d'un insigne ou badge serait nulle de plein droit⁹⁷⁵ car serait considérée comme étant contraire aux droits et libertés individuelles et collectives.

Des restrictions peuvent se faire, à condition encore une fois, d'être proportionnées au but recherché et justifiées par la nature de la tâche à accomplir. En d'autres termes, en cas de risque d'atteinte à la sécurité, la santé, l'hygiène ou à l'image de l'entreprise (notamment en matière

⁹⁷² *Kleinsorge v. Island Corp.*, 81 F.E.P. Cases 1601 (2000).

⁹⁷³ *Knott v. Missouri Pac. Ry. Co.*, 527 F.2d 1249 (8th Circuit 1975).

⁹⁷⁴ Cour d'Appel de Paris 23 mai 1997, n° 96/38690.

⁹⁷⁵ « L'apparence physique : concilier la liberté du salarié et l'intérêt de l'entreprise », <http://www.omnidroit.fr/omnidroit/afficher/Article>, 23 décembre 2009.

d'insignes ou de badges à caractères politiques ou religieux⁹⁷⁶), les employés en contact direct avec la clientèle sont tenus de respecter les directives en ce sens⁹⁷⁷.

En outre, l'employeur peut légalement exiger le port d'insignes, de badges ou la présentation de cartes d'identification professionnelles lors des déplacements des salariés à l'intérieur de l'entreprise. Le port d'un insigne n'est justifié que si l'employeur démontre que cela est bien lié à l'intérêt de la clientèle ou à l'exercice de fonctions ou à des nécessités en matière d'hygiène ou de sécurité. Le non-respect de ces directives par les salariés constitue une faute pouvant justifier un licenciement⁹⁷⁸.

Sous-Section 4 : Coiffure et barbes

142. Quand il s'agit d'impératifs de sécurité légitimes, l'employeur peut librement imposer des exigences quant à l'apparence physique. À titre d'exemple, dans certaines companies, lorsque le salarié ou la salariée est en contact avec des machines ou produits toxiques, il doit s'attacher les cheveux, ôter ses cravates ou bijoux. Les salariés obéissent de manière générale à ce type d'exigences⁹⁷⁹.

De plus, comme nous l'avons évoqué, l'employeur est en droit d'exiger une certaine allure correcte, ni choquante ni provocante, notamment lorsque l'employé est en contact direct avec la clientèle.

⁹⁷⁶ « L'apparence physique : concilier la liberté du salarié et l'intérêt de l'entreprise », <http://www.omnidroit.fr/omnidroit/afficher/Article>, 23 décembre 2009.

⁹⁷⁷ Par exemple, sont prohibés et passibles de sanctions pénales les insignes ou emblèmes rappelant ceux prônés par les membres d'une organisation déclarée par le Tribunal de Nuremberg tels la Gestapo ou le SS ou toute personne reconnue coupable contre l'humanité. « L'apparence physique : concilier la liberté du salarié et l'intérêt de l'entreprise », <http://www.omnidroit.fr/omnidroit/afficher/Article>, 23 décembre 2009.

⁹⁷⁸ Cour d'Appel de Paris, 9 octobre 2003, n° 01-37023.

⁹⁷⁹ Anonyme.

§ 1: Droit français

A) Jurisprudence en faveur du salarié

143. En principe, le règlement intérieur ne peut imposer aux salariés un type de coiffure car cela porterait atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles⁹⁸⁰. Dans une affaire très intéressante, par un raisonnement parfaitement logique, la HALDE s'interpose⁹⁸¹. En l'espèce, le réclamant d'origine ivoirienne, travaillait en qualité de personnel navigant commercial pour une grande compagnie aérienne. Trois ans après son embauche, il porte des petites tresses africaines plaquées sur le crâne. 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 au personnel en contact avec la clientèle. Il souffre d'une dépression nerveuse l'année d'après. Deux ans plus tard, il reprend son poste d'activité. Il porte alors des tresses attachées en chignon et effectue les vols avec une perruque. Travailler avec une perruque lui donne un sentiment d'humiliation. Il considère qu'il fait l'objet d'une discrimination à raison de son apparence physique. La HALDE va donc répondre à la question de savoir si les critères de présentation sont légitimes au regard de la nature de la tâche à accomplir, et si ces exigences ne sont pas disproportionnées par rapport au but recherché. Ce qui est intéressant en l'espèce, c'est que les photos figurant en illustration dans le guide des procédures de la compagnie représentent des hommes ayant les mêmes caractéristiques physiques (blancs - cheveux lisses) et se réfèrent donc à un modèle stéréotypé de représentation masculine. Par suite, la diversité physique des personnes susceptibles d'exercer cette fonction, à l'image du réclamant, n'est aucunement prise en compte. Or, selon le réclamant, la compagnie tolérerait sans réserve que les *stewards* atteints de calvitie se rasent entièrement le crâne alors même que était soit explicitement interdit pas le règlement intérieur. En outre, les femmes sont autorisées à porter des nattes africaines. En tout état de cause, la société ne démontre pas en quoi la coiffure du réclamant porte un préjudice à l'image de marque de la compagnie⁹⁸². En effet, aucun témoignage de réactions défavorables de clients, à l'époque où le

⁹⁸⁰ Circulaire DRT n° 5-83 du 15 mars 1983.

⁹⁸¹ Délibération relative au refus d'embarquement opposé à un steward en raison de son apparence physique n° 2011-16 du 4 avril 2011.

⁹⁸² Chapitre 50 du mémento du PNC que « *les cheveux doivent être coiffés de façon extrêmement nette, et que la coiffure doit être classique, limitée en volume et doit garder un aspect naturel. En conséquence, le port de tresses africaines n'est pas autorisé avec le port de l'uniforme masculin* ».

réclamant effectuait des vols avec ses tresses n'est avancé. En outre, selon la HALDE aucun élément ne démontre, au vu des codes esthétiques actuels, que sa coiffure présenterait aujourd'hui un risque de perte de la clientèle, ou serait susceptible de nuire à l'image de marque de l'entreprise. Le Collège de la HALDE recommande à la compagnie aérienne de réexaminer, eu égard à la diversité de son personnel, les normes de présentation imposées au personnel de la compagnie en contact avec la clientèle et de se rapprocher du réclamant afin de trouver une solution conforme au principe de non-discrimination à raison de l'apparence physique.

S'agissant d'un conducteur de car refusant de raser son bouc, la Cour rejette son licenciement car cette forme de barbe ne sous entend pas une présentation peu soignée⁹⁸³.

L'arrêt la Cour d'Appel de Rennes rendu en octobre 2011⁹⁸⁴, relate le cas d'un salarié qui, en qualité d'attaché commercial par la SAS La Téléphonie Centrale, a postulé pour un poste de gros systèmes. La condition était qu'il se coupe les cheveux, portés en queue de cheval. Son refus d'accepter cette condition a entraîné le refus de cette promotion. Sa candidature a donc été écartée au seul motif de son apparence physique. Il demande donc la résiliation judiciaire de son contrat. La Cour d'Appel donne raison au demandeur. Elle retient que la société défenderesse qui n'allègue aucun motif impérieux justifiant cette exigence au regard des nécessités de l'emploi, a commis un manquement à son obligation d'exécution loyale du contrat, d'une gravité suffisante pour justifier la rupture du contrat de travail. Par suite, la Cour condamne la société à verser au demandeur des dommages-intérêts d'un montant de 60,000 euros pour licenciement sans cause réelle et sérieuse y compris le préjudice moral lié à la discrimination.

En outre, il a été jugé sans cause réelle et sérieuse le licenciement d'un employé de supermarché au motif qu'il portait une barbe, des cheveux longs et une boucle d'oreille, même si une clause du règlement intérieur exigeait des salariés une tenue propre et correcte⁹⁸⁵.

Dans un arrêt intéressant de la Cour d'Appel⁹⁸⁶, l'objet de la demande de l'appelant est la nullité du licenciement car il prétend être victime de discrimination fondée sur son apparence physique, en raison de sa barbe. Son employeur prétend que son licenciement est dû à ses absences et retards injustifiés répétitifs. Selon un témoin, le gérant avait reproché au demandeur des

⁹⁸³ Cour d'Appel de Paris, 5 mars 2004, n° 02-32907.

⁹⁸⁴ Cour d'Appel de Rennes, chambre prud'homale, 12 octobre 2011, n° Jurisdata 2011-030066.

⁹⁸⁵ Cour d'Appel de Versailles, 8 juillet 1994, n° 93-6638.

⁹⁸⁶ Cour d'appel d'Orléans, chambre sociale, 21 juin 2007, n° 271107.

changements au niveau de son apparence physique (« *Je n'ai pas un hôtel à Saint Pierre des Corps*»), de l'utilisation personnelle du téléphone et du non-respect des horaires et que par conséquent, il n'accepte pas qu'il reçoive des clients avec sa barbe. Selon la Cour, l'observation « *Je n'ai pas un hôtel à Saint Pierre des Corps* » est révélatrice du fait que l'apparence physique est la raison du licenciement. La Cour ordonne la résiliation judiciaire du contrat et le paiement de dommages intérêts pour harcèlement moral ainsi que pour rupture du contrat, ainsi que des allocations chômage⁹⁸⁷.

B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

144. Un employeur est en droit de sommer un employé de banque ayant la tête rasée sur les côtés et surmontée d'une crête jaune centrale gominée de revenir à une coiffure plus discrète⁹⁸⁸.

La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 6 septembre 2005⁹⁸⁹, a 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 et nuit gravement aux intérêts de l'entreprise. La Cour a considéré que l'excentricité de la coiffure (coupe « à l'iroquoise »), soulignée par de nombreux témoignages, était en effet incompatible avec les usages en vigueur dans les établissements dans lesquels il assurait ses prestations. Elle estime que la société, soucieuse de son image de marque auprès de la clientèle, pouvait sans abus exiger de ses salariés une présentation correcte, sobre et sérieuse, en adéquation avec leurs fonctions.

La Cour d'Appel de Reims dans un arrêt du 6 mars 1996, a considéré que l'apparence physique d'un salarié, caractérisée par une coupe de cheveux excentrique, crâne rasé avec queue sur la nuque, pouvait conduire à la rupture du contrat de travail dès lors que son apparence créait pour l'entreprise un risque économique non négligeable, certains clients refusant d'être en contact le salarié⁹⁹⁰.

⁹⁸⁷ Voir aussi « 'Ginger' taunts about red hair could be next big form of workplace », <http://www.personneltoday.com/articles/04/07/2007/41336/ginger-taunts-about-red-hair-could-be-next-big-form-of-workplace-discrimination.htm>, 24 juillet 2007. Au Royaume-Uni, une serveuse recoit 17,618 pounds de dommages-interts en raison des moqueries subies sur sa chevelure rousse.

⁹⁸⁸ Cour d'Appel de Paris, 7 janvier 1998, n° 86-34010.

⁹⁸⁹ Cour d'Appel de Rennes, 6 septembre 2005, n° 04-00583.

⁹⁹⁰ Cour d'Appel de Reims, 6 mars 1998, Juris-Data n° 04654.

§ 2: Droit américain

145. Dans l'arrêt *Barker v. Taft Broadcasting Co.*⁹⁹¹, il est jugé que le fait d'imposer des cheveux courts aux hommes et non pas aux femmes (on n'imposait aucune longueur aux cheveux des femmes mais uniquement une manière de les relever), n'est pas discriminatoire au sens du Titre VII. « *Employer grooming codes requiring different hair lengths for men and women bear such a negligible relation to the purposes of Title VII that we cannot conclude they were at target of the Act* ».

Dans l'affaire *Fitzpatrick v. City of Atlanta*⁹⁹², il s'agissait d'un groupe de pompiers souffrant de la condition de pseudofolliculitis barbae (« *PFB* »)⁹⁹³. L'employeur refuse à ces pompiers le droit de porter des masques. La cour rejette la demande en dédommagement pour *disparate impact* car ce refus était justifié par un légitime *business necessity*. En effet, le défendeur réussit à prouver que les masques à porter ne conviennent pas aux hommes à barbe, et par suite les hommes à barbe ne pouvaient pas porter les masques de manière sécuritaire. En outre, les demandeurs se fondent sur le *Rehabilitation Act*. Or, la Cour donne un *summary judgment* en faveur de l'employeur, car les demandeurs n'ont pas démontré de *reasonable accomodation* à quelqu'un d'autre et que de toute manière, le *PFB* n'est pas un handicap au sens du *Rehabilitation Act*.

Une autre affaire relate du licenciement d'un employé de race noire car il avait manqué à son obligation de se raser la barbe. Or, il souffre de la condition de *PFB*, qui affecte plus de 50% des afro-américains et pour qui le rasage est très gênant, voire même impossible parfois. La Cour considère à juste titre que la politique de l'employeur impose de manière disproportionnée une tâche à un groupe, et par conséquent, viole le Titre VII. La Cour mandate l'employeur de faire des exceptions⁹⁹⁴.

Comme nous l'avons précédemment souligné, les normes différentes pour femmes et les hommes sont légitimes tant qu'elles (i) n'imposent pas de charge supérieure à un groupe, (ii)

⁹⁹¹ *Barker v. Taft Broadcasting Co.*, 549 F.2d 400 (6th Circuit 1977).

⁹⁹² *Fitzpatrick v. City of Atlanta*, 2 F. 3d 1112 (11th Circuit 1993).

⁹⁹³ Une condition qui augmente les poils faciaux frisés, et qui lors du rasage, ressortent sous la peau, causant des inflammations, cicatrices, et risques d'inflammation. Cette condition affecte généralement les hommes africains-américains.

⁹⁹⁴ *Bradley v. Pizzaco of Nebraska, Inc.*, 7 F.3d. 795, 796 (8th Circuit 1993).

sont justifiées par les normes sociétales et surtout, (iii) sont reliées aux besoins des affaires de l'employeur. Dans différents arrêts, il est admis d'exiger des hommes d'avoir les cheveux courts⁹⁹⁵.

En 1976, dans l'affaire *Kelley v. Johnson*⁹⁹⁶, la Cour Suprême défend les réglementations qui dictent la coiffure des hommes, et rejette l'argument fondé sur la restriction de liberté, selon la *Due Process Clause*. Selon la Cour, ces standards sont reliés de manière rationnelle à la sécurité publique-étant la première responsabilité des policiers- car ils permettent aux policiers d'être reconnaissables en public, et augmenteraient l'esprit de corps des forces. Cette réglementation n'est pas arbitraire et ne prive pas de la liberté.

De plus, il est décidé que le département de pompiers pouvait réguler les poils faciaux tant que les normes sont uniformément appliquées, et ceci malgré le fait que le *Department of Equal Opportunity* estime que cela n'est pas moral et n'a aucune explication rationnelle en matière de sécurité⁹⁹⁷.

On considère qu'un employeur peut interpréter une politique écrite de coiffure propre à une interdiction d'avoir des queues de cheval. Cette interdiction est jugée raisonnable par rapport à la politique écrite⁹⁹⁸.

Dans l'affaire *McManus v. MCI*⁹⁹⁹, une salariée africaine forme une action en justice pour discrimination fondée sur sa race et sur son apparence physique. Elle recevait quelques commentaires. Dix ans plus tard, elle fut licenciée. Elle allègue qu'en raison de ses habits de style africain et de sa coiffure en tresses africaines, elle avait subi une discrimination à double fondement : la race et l'apparence physique. Était-ce le cas ? Afin d'examiner la question de savoir s'il y a ou non discrimination, le juge fait des analyses comparatives et répond par la négative car elle fut remplacée par une femme afro-américaine et d'autres femmes de race

⁹⁹⁵ *Harper v. Blockbuster Entertainment Corp.*, 139 F.3d 1385 (11th Circuit 1998); *Tavora v. New York Mercantile Exchange*, 101 F.3d 907 (2^d Circuit 1996); *Knott v. Missouri R.R. Co.*, 527 F.2d 1249 (8th Circuit 1975); *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.*, 507 F.2d 1084 (5th Circuit 1975); *Batson v. Powell*, 21 F. Supp. 2d 56 (D.D.C. 1998); *Rivera v. Trump Plaza Hotel & Casino*, 702 A.2d 1359 (Court of Appeal Division 1997).

⁹⁹⁶ *Kelley v. Johnson*, 425 U.S. 238, 239-40 (1976).

⁹⁹⁷ *Kennedy v. District of Columbia*, 654 A.2d at 855-57 (D.C. Circuit 1994) (une réglementation est permise, à moins qu'elle ne soit discriminatoire).

⁹⁹⁸ *Turcios v. US servs. Indus.*, 680 A.2d 1023, 1027 (D.C.1996).

⁹⁹⁹ *McManus v. MCI*, 82 F.E.P.Cases (BNA) 1063 (D.D.C. 2000).

blanche avaient été licenciées de même¹⁰⁰⁰.

A contrario, cela laisse supposer qu'en l'absence de ce remplacement, elle aurait pu obtenir gain de cause. Une fois de plus, nous observons une appréciation factuelle, au cas par cas où les faits, et non les bases juridiques, aident incontestablement les cours à prendre parti.

Le licenciement de croupiers de casino qui avaient des queues de cheval cachées sous leur col¹⁰⁰¹ est dénoncé comme étant discriminatoire car ces choix n'affectent pas leur travail ou leur relation avec les clients. Or, selon la Cour, la longueur des cheveux ne constitue pas de discrimination sexuelle sous le Titre VII. En rejetant l'argument selon lequel les demandeurs affirmaient qu'ils avaient un droit constitutionnel d'avoir la longueur de cheveux qu'ils désiraient, la Cour affirme que ce droit constitutionnel n'appartenait qu'à des actions étatiques, et non aux employeurs privés (« *the protection of individual rights and liberties afforded under the Constitution of the United States only applies to state action and is not applicable to a private employer* »).

De manière générale, les cours américaines acceptent les politiques différentes entre femmes et hommes et le Congrès désire protéger l'égalité des opportunités d'emploi et non pas interdire les réglementations imposant aux deux sexes de se conformer aux *generally accepted community standard* ou standards généraux reconnus par la communauté¹⁰⁰².

Dans une affaire intéressante, le 9^e circuit conclut que la différenciation dans les exigences de longueur de cheveux ne constitue pas une discrimination au sens du Titre VII¹⁰⁰³. La même décision a été rendue s'agissant de cravate et barbes pour les hommes, et pantalons (interdiction) pour les femmes¹⁰⁰⁴.

L'arrêt *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.*¹⁰⁰⁵ défend la politique de l'employeur qui prohibe aux hommes salariés dans un journal, d'avoir les cheveux longs, et non les femmes. Le demandeur allègue qu'il s'agissait d'une « *sex plus discrimination* » la distinction étant fondée

¹⁰⁰⁰ *McManus v. MCI Commc'ns Corp.*, 748 A.2d 949, 952-54 (D.C.2000).

¹⁰⁰¹ *Rivera v. Trump Plaza Hotel*, 702 A.2d 1359 (N.J. Superior Court, Appeals Division, 1997). Affaire dans laquelle les demandeurs revendiquaient leur droit de porter des queues de cheval et alléguaient leur droit constitutionnel d'avoir la liberté de choix de leur coiffure. La cour rejette ce raisonnement.

¹⁰⁰² *Willingham v. Macon telephone publishing Co.*, 507 F.2d 1084, 1091-92 (5th Circuit 1975).

¹⁰⁰³ *Baker v. California land title Co.*, 507 F.2d 895, 896-97 (9th Circuit 1974); *Fagan v. Nat'l Cash Register Co.*, 481 F.2d 1115, 1117 (D.C. Circuit 1973).

¹⁰⁰⁴ *Fountain v. Safeway Stores, Inc.*, 555 F.2d 753, 756 (9th Circuit 1977) (cravates et longueur de cheveux); *Lanigan v. Bartlett & Co. Grain*, 466 F. Supp. 1388, 1391-92 (1979) (jupes); *Rafford v. Randle E. Ambulance Serv., Inc.*, 348 F. Supp. 316, 317-18 (S.D. Fla. 1972) (barbes).

¹⁰⁰⁵ *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co* 507 F.2d 1084 (5th Circuit 1975).

sur le genre et sur une caractéristique neutre (les cheveux courts)¹⁰⁰⁶. Or, la Cour conclut qu'il n'y avait pas de *sex plus* discrimination à moins que le critère « en plus » ne soit pas un droit fondamental ou un critère immuable, ce qui n'était pas le cas des cheveux courts¹⁰⁰⁷. Cette solution est logique et a été adoptée dans bien d'autres arrêts¹⁰⁰⁸. Ainsi, nous voyons bien qu'il est logique qu'un employeur dispose légitimement du droit d'imposer des standards différents répondant à des normes traditionnelles pour les genres.

Sous-Section 5 : Tatouages

146. En droit américain, dans l'affaire *EEOC v. Red Robin Gourmet Burgers, Inc.*¹⁰⁰⁹, il s'agit de discrimination fondée sur la religion, en raison d'un tatouage d'un salarié qui croit en le « Kemetecism ». Selon lui, couvrir intentionnellement son tatouage est un péché, mais cela n'empêche pas le fait qu'il soit licencié malgré ses explications, suite à la *dress code policy*. Selon la Cour du District, bien que l'affaire *Cloutier v. Costco Wholesale Corp.*¹⁰¹⁰ ait été résolue en faveur du défendeur dans ce cas, les faits en question sont différents. Comme le fait de garder le tatouage visible n'impose aucune charge à l'encontre de la compagnie, qu'aucun client ne s'était plaint du tatouage, et que le tatouage était petit comparé aux piercings faciaux visibles dans l'affaire *Cloutier*, le cas fut résolu par une transaction de 10,000 dollars. De plus, on impose à la compagnie l'obligation de mettre en vigueur des politiques et procédures anti-discrimination. Dans l'affaire *Swartzentruber v. Gunitite Corp.*,¹⁰¹¹ il s'agit d'un homme (membre de Ku Klux Klan) au tatouage montrant un homme en face d'une croix en feu. Ses collègues considèrent ce tatouage offensif et par suite, le management demande au salarié de le couvrir. Bien qu'il avait accepté de se conformer à cet ordre, le management découvre que ce n'est pas le cas. Il tente

¹⁰⁰⁶ *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co* 507 F.2d 1084 (5th Circuit 1975).1089.

¹⁰⁰⁷ *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co* 507 F.2d 1084 (5th Circuit 1975).

¹⁰⁰⁸ À titre d'exemple, voir *Harper v. Blockbuster Entertainment Corp.*, 139 F. 3d 1385 (11th Circuit 1998); *Bonner v. City of Prichard*, 661 F.2d 1206, 1209-1210 (11th Circuit 1981); *Longo v. Carlisle DeCoppet & Co.*, 537 F.2d 685, 685 (2nd Circuit 1976); *Earwood v. Continental Southeastern Lines, Inc.*, 539 F.2d 1349, 1351 (4th Circuit 1976) et *Barker v. Taft Broadcasting Co.*, 549 F.2d 400, 401 (6th Circuit 1977); *Dodge v. Giant Food, Inc.*, 488 F.2d 1333, 1336 (D.C. Circuit 1973).

¹⁰⁰⁹ *EEOC v. Red Robin Gourmet Burgers, Inc.*, n° 04-1291JLR (7 septembre 2005).

¹⁰¹⁰ *Cloutier v. Costco Wholesale Corp.*, 390 F.3d 126 (1st Circuit 2004).

¹⁰¹¹ *Swartzentruber v. Gunitite Corp.*, 83 F.E.P. Cases 181 (N.D. Ind. 2000). « *Some would certainly view a burning cross as 'a precursor to physical violence and abuse against African-Americans and . . . an unmistakable symbol of hatred and violence based on virulent notions of racial supremacy* ». (Citant *United States v. Hayward*, 6 F.3d 1241, 1251 (7th Circuit 1993).

une action pour discrimination fondée sur sa religion. Or, la Cour considère, à juste titre qu'il ne répond pas à son obligation de prouver une *prima facie* démontrant que ses croyances religieuses sont sérieuses, en conflit avec le *business* en question, et que même s'il l'avait fait, il aurait constitué une contrainte excessive et par conséquent, la Cour a rejeté sa demande.

Dans une autre affaire¹⁰¹², il est jugé qu'il est légitime de demander à un policier de couvrir ses nombreux tatouages sur ses bras et jambes, lorsqu'ils vont à l'encontre de son argument de libre expression. La Cour juge que ces tatouages projettent une image non professionnelle et par suite ne sont pas protégés par la loi. Dans une affaire similaire, il a été jugé de même, car l'intérêt de la ville était supérieur aux droits des policiers d'avoir des tatouages¹⁰¹³.

Section 2 : Poids et taille

§ 1: Droit français

A) Jurisprudence en faveur du salarié

147. Dans un cas récent et très intéressant, une infirmière diplômée d'État et titulaire du Certificat de Formation aux Premiers Secours en Equipe, est déclarée inapte au poste d'infirmière chez les sapeurs-pompiers en raison de sa taille (1, mètre 51). La taille minimale requise est de 1 mètre 60 avec une tolérance de 3 cm. Pourtant, elle avait réussi brillamment les épreuves d'admission. Elle saisit donc le Défenseur des droits qui considère que la condition de taille minimale constitue une discrimination à raison du handicap et de l'apparence physique et saisit les services du Ministre de l'intérieur pour faire évoluer la réglementation. Conformément aux recommandations du Défenseur des droits, la condition de taille exigée des sapeurs-pompiers est supprimée par un arrêt du 17 janvier 2013 du Ministre de l'intérieur. Aussi, dans une délibération de la HALDE¹⁰¹⁴, la Haute Autorité qualifie de harcèlement discriminatoire des propos humiliants à propos de la forte corpulence du réclamant, vexations répétitives et soumission à des sanctions à son encontre en représailles de sa dénonciation des faits de harcèlement discriminatoire auprès de l'inspection du travail, isolement et privation de

¹⁰¹² *Riggs v. City of Forth Worth*, 229 F. Supp. 2d 572 (Texas 2002).

¹⁰¹³ *Inturri v. City of Hartford*, 365 F. Supp. 2d 240 (D. Conn. 2005). Voir aussi *Stephenson v. Davenport Cmty. Sch. Dist.*, 110 F.3d 1303, 1307 n.4 (8th Circuit 1997).

¹⁰¹⁴ Délibération de la HALDE n°2007-251 du 1^{er} octobre 2007.

ses missions. De plus, la HALDE s'est saisie d'office de l'examen de la conformité au principe de non-discrimination de l'exigence d'une taille minimum de 1 mètre 60 pour l'admission dans le corps de commandement, dans le corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire. Par un arrêté, cette condition a été supprimée¹⁰¹⁵.

Un grand nombre d'arrêts en matière de poids sont rendus, notamment dans le domaine de l'emploi¹⁰¹⁶.

Dans l'arrêt de la Cour d'Appel de Douai¹⁰¹⁷, bien que la Cour juge que le licenciement de la demanderesse soit légitime et pour faute grave, elle constate de plus une discrimination fondée sur son apparence physique, plus précisément sur son poids. En effet, comme condition à son embauche en tant qu'assistance commerciale dans une société spécialisée dans l'assurance complémentaire santé, on lui demande de perdre du poids. Elle évoque les articles L. 1132-1 et L.1134-1 du Code du Travail. Comme l'indique ce dernier article, elle a effectivement apporté des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte (elle fait un régime draconien et perd 8 kilogrammes en 3 semaines, et ceci est confirmé par son amie ainsi qu'un certificat de son médecin attestant un malaise depuis son embauche). L'employeur, à son tour, conteste la réalité d'une telle discrimination, affirmant ne jamais avoir formulé une telle exigence, et souligne que la salariée ne s'était jamais plainte pendant toute la durée de la relation de travail. Toutefois, il ne produit aucun élément au soutien de sa thèse. Par conséquent, la demanderesse obtient gain de cause sur ce point.

Par ailleurs, en principe l'employeur ne peut pas demander à un candidat à un emploi des informations sur sa taille ou son poids par exemple, mais nous verrons que ce principe connaît des exceptions. En effet, si ces informations sont demandées, elles ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier la capacité du candidat à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles¹⁰¹⁸.

Dans une autre affaire, la candidature de la réclamante à un poste de crêpière a été rejetée en raison de sa petite taille. L'employeur fait valoir que ses installations ne permettent pas à la

¹⁰¹⁵ HALDE- Délibération n° 2010-272 du 13 décembre 2010.

¹⁰¹⁶ Par exemple, voir tribunal de Bobigny, du 16 Novembre 2007, affaire n° 06/0652, chambre 7/section 2. En l'espèce, on refuse à un passager obèse de prendre l'avion à moins d'acheter un billet supplémentaire. La compagnie Air France est jugée coupable pour faute grave de non information.

¹⁰¹⁷ Cour d'Appel de Douai, 20 avril 2012, n° 11/02790.

¹⁰¹⁸ Délibération Commission nationale de l'informatique et des libertés, n° 2002-17, 21 mars 2002, *Journal Officiel*, 16 juillet 2002.

réclamante d'occuper ce poste sans danger. Or, si l'objectif de sécurité poursuivi par l'employeur paraît légitime, l'employeur ne démontre pas que le rejet de la candidature de la réclamante était proportionné au regard de l'objectif à atteindre. Par suite, il s'agit d'une discrimination fondée sur l'apparence physique¹⁰¹⁹.

B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

148. Dans une affaire, une hôtesse de vente est déboutée de sa demande en dommages-intérêts pour discrimination à l'embauche au sens des articles L. 1132-1 et L. 1221-6 du Code du Travail car elle ne justifie d'aucun préjudice. En l'espèce, l'employeur lui avait demandé des informations sur son poids et sa taille pour pouvoir, en cas de besoin, leur fournir des tenues de travail. Il posait ces questions à chaque salariée¹⁰²⁰.

Dans l'arrêt *WeightWatchers*¹⁰²¹, la Cour décide que la clause de poids maximal dans un contrat de travail d'une animatrice *WeightWatcher* 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 clientes à surmonter leur surcharge pondérale. Par suite, elle ne doit pas être annulée. En effet, le maintien du poids idéal de 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 porte une atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise. La Cour de Cassation déboute la requérante de sa demande en ce qu'elle (i) a manqué à son obligation de maintien de poids, et a donc manqué à une obligation essentielle de son contrat, et (ii) a refusé de se soumettre au contrôle de son poids¹⁰²². En conséquence, cela constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement, la preuve d'une volonté discriminatoire de la part de l'employeur n'étant pas rapportée. Il est important de noter qu'ici comme la prise de

¹⁰¹⁹ HALDE- Délibération n° 2011-26 du 31 janvier 2011.

¹⁰²⁰ Cour d'Appel de Nancy, chambre sociale, 27 février 2009, n° 06/03224.

¹⁰²¹ Cour d'Appel de Douai 29 septembre 2004, n° 00-523, ch.soc., *Dalle-Lepers c. Sarl Weight Watchers Operations France*.

¹⁰²² Dans les faits, Mme Lepers a refusé d'être pesée de façon confidentielle dans la salle d'entretien individuel. Très en colère, elle se précipite dans la salle de réunion où se trouvaient quelques adhérents, et à très haute voix, elle déclare qu'elle refuse de se faire peser par un responsable hiérarchique dans lequel elle ne reconnaissait aucune autorité puisqu'il avait aussi un problème de poids.

poids ne présentait pas un caractère d'anormalité, elle ne peut par suite être assimilée à un état déficient de santé, qui serait source de discrimination.

La Cour relève cependant une nuance importante dans cette affaire. Elle différencie le poids de la salariée, un critère simplement mutable ; d'une maladie ou un handicap auquel cas, le licenciement, aurait été interdit, selon l'article L.122-45 du Code du Travail¹⁰²³, lequel ne retient pas les changements de morphologie comme étant un critère de discrimination.

Aussi, dans une affaire intéressante, le contrat de travail d'une salariée, animatrice d'un groupe de personnes obèses chargée de prendre en charge les obèses en vue de leur faire perdre du poids est suspendu car elle ne respecte pas la clause dans son contrat de travail qui stipule qu'en cas d'excès de poids au-delà du poids limite ou « poids-santé », elle sera licenciée. Cette clause est jugée légitime et ne porte pas atteinte à la vie privée de la salariée. Cela est justifié par la nécessité pour la salariée d'être un exemple pour les clients de l'employeur où les facteurs physiques, intellectuels ou professionnels sont tout autant susceptibles de déterminer la qualification requise pour occuper un emploi. En conséquence, la Cour rejette la demande en paiement d'une indemnité compensatrice de salaire¹⁰²⁴. Notons que cela relève de la *role model theory*, invoquée au chapitre 3. Nous verrons la contradiction sur ce point entre le droit français et le droit américain.

§ 2: Droit américain

A) Jurisprudence en faveur du salarié

149. Dans un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Iowa¹⁰²⁵, un salarié dans une compagnie d'assurance n'obtient pas de promotion malgré ses quinze ans de travail et ses excellentes évaluations. Son manager affirme expressément que son excès de poids « *ne correspondait pas à l'image corporative de l'entreprise* ». Le salarié prétend que son obésité était perçue comme un handicap par son employeur. Or, bien que la Cour admette que ce refus de promotion soit injuste, elle ne lui donne pas droit. Elle explique son raisonnement comme suit : Par définition,

¹⁰²³ En effet, l'article L. 122-45 dans son troisième alinéa marque une nuance, les actes ne constituent pas une discrimination, lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées par un objectif légitime, notamment par des faits objectifs de la politique de l'emploi et lorsque les moyens de réaliser cet objectif sont appropriés et nécessaires.

¹⁰²⁴ Cour d'Appel de Douai, chambre sociale, 20 octobre 1983, n° Jurisdata 1983-044112.

¹⁰²⁵ *Freregill v. Nationwide Agribusiness Ins. Co.*, 992 F. Supp. 1082, 1092 (S.D. Iowa 1997).

l'expression contenue dans le ADA "*regarded as having such an impairment*" signifie (i) a un handicap physique (son obésité) ou mental qui ne le limite pas substantiellement dans les activités majeures de sa vie (en l'espèce l'activité de travailler), mais est traité par l'employeur comme si ce handicap le limitait; ou (ii) a un handicap physique ou mental qui le limite substantiellement dans les activités majeures de sa vie uniquement en raison de l'attitude d'autrui face à ce *impairment*, ou (iii) n'a aucun des *impairment* ci-dessus mais est traité comme s'il possédait un *impairment* qui le limite substantiellement. Or, en l'espèce, il n'est pas clair que l'obésité est perçue comme un *impairment* car elle n'interfère en rien à la capacité de travailler. «*A person is substantially limited in the major life activity of working if [the person] is "significantly restricted in the ability to perform either a class of jobs or a broad range of jobs in various classes as compared to the average person having comparable training, skills, and abilities"*»¹⁰²⁶. De plus la définition de '*impairment*' ne comprend pas les critères physiques dans la norme, en l'occurrence son poids en l'espèce.

Dans une affaire récente, une serveuse au restaurant « Hooters » porte plainte en se fondant sur le *Elliot-Larsen Act*¹⁰²⁷ pour discrimination en raison de leur poids. Après deux ans de travail et de très bonnes évaluations, elle fut promue au poste de superviseur des serveuses. Elle pèse alors 65.7 kilogrammes. Elle affirme que son employeur lui conseille alors de faire un abonnement à la gym et de perdre du poids immédiatement, sous risque de se faire licencier car cela embarrasserait la compagnie. Plus précisément, on lui demande « *to join a gym in order to lose weight and improve her looks so that she would fit better into the extra small-sized uniform* »¹⁰²⁸. (Elle avait le choix entre des T-shirts de taille petite, très petite ou très très petites¹⁰²⁹). Aucun test de santé ou de nutrition ne lui avait été administré. De plus, on ne lui spécifie pas le nombre de kilogrammes qu'elle doit perdre. Elle perd alors environ six kilogrammes. Malgré cela, après sa 'période de probation', elle est licenciée car elle ne répond pas à la définition de '*Hooter Girl*'. Cette affaire fut réglée par une transaction.

¹⁰²⁶ 29 C.F.R. § 1630.2(j)(3)(I).

¹⁰²⁷ Elliott-Larsen Civil Rights Act, MICH.COMP.LAWS § 37.2102 (2004).

¹⁰²⁸ <http://blogs.wsj.com/law/2010/08/25/weight-discrimination-suit-at-hooters-proceeds/>.

¹⁰²⁹ *Cassandra Marie Smith v. Hooters of Roseville, Inc., & Hooters of America, Inc.*, n° 10-2213-CD, (24 mai 2010).

Dans une affaire très avant-gardiste, on refuse à une enseignante remplaçante qui pèse 100 kilogrammes sa licence d'enseignement uniquement en raison de son poids¹⁰³⁰. Alors même qu'elle avait obtenu une évaluation de performance excellente durant les trois années précédentes, le comité d'examineurs décide, que puisque son poids est supérieur de 40% aux standards de santé et d'aptitude physique, elle ne pourrait pas travailler. La Cour constate que ce 'calcul mathématique' entraîne des résultats erronés et n'est aucunement relié à la performance du métier de la demanderesse. Le comité répond que son poids dévie de la norme et que cela menace la sécurité de la maîtresse et de ses élèves, et qu'enfin, son obésité l'exposerait à des maladies, ce qui causera indéniablement des absences. Or, la Cour constate que ces faits sont basés sur des généralisations, ne sont pas spécifiques au cas de la demanderesse, et conclut que ce « *jeu de devinettes* » (« *guesswork* ») était « *arbitraire et capricieux* » et par suite, violait la constitution de l'État¹⁰³¹. Dans l'hypothèse où le poids de la demanderesse affectait effectivement sa performance dans le travail, le comité aurait eu raison de refuser de lui octroyer sa licence. Toutefois, l'obésité seule, n'est pas une cause raisonnable et rationnelle en rapport avec l'aptitude d'enseigner et de maintenir la discipline en classe. La Cour approfondit son raisonnement et avance un second argument. Comme aucun enseignant n'avait été rejeté en raison de son poids, il existerait des standards esthétiques, opposés aux standards de mérite et d'aptitude physique, uniquement aux femmes, et la discrimination serait par là-même cumulative. Par suite, cette discrimination pourrait aussi avoir pour fondement le Titre VII et/ou la loi étatique.

Par ailleurs, dans une affaire aux faits hors du commun, une danseuse à San Francisco porte plainte contre une école pour avoir refusé l'admission de sa fille de huit ans car elle n'avait pas le poids ni la taille adéquats¹⁰³². L'annonce définissait la candidate idéale comme suit : « *Enfant sain avec un corps proportionné et svelte* » (« *healthy child with a well-proportioned, slender body* »¹⁰³³). Elle accuse l'école d'avoir appliqué plus sévèrement et de manière plus injuste les standards poids/taille envers les candidates femmes. Cette décision provoque selon elle des problèmes psychologiques (névrose) ainsi que des désordres alimentaires (anorexie et boulimie)

¹⁰³⁰ *Parolisi v. Board. of Examiners*, 285 N.Y.S.2d 936, 937 (Supreme court 1967).

¹⁰³¹ N.Y. Const. art.V, § 6. The State Constitution required that individuals be tested on their own particular abilities to perform the duties of the job. *Parolisi*, 285 N.Y.S.2d at 937.

¹⁰³² *Krissy Keefer v. S.F. Ballet Ass'n/SF Ballet School* (S.F. Human Rights Commission, 13 novembre 2000).

¹⁰³³ Lettre de Emily E. Flynn, Pillsbury, Madison et Sutro, LLP à Larry Brinkin, Senior Contract Compliance Officer, S.F. Human Rights Commission, 6 décembre 2000.

chez sa fille. L'école nie d'abord ces accusations et cette affaire fut résolue à l'amiable. Toutefois, un entretien avec la demanderesse révèle que l'école a retiré le contenu de l'annonce et s'est engagée à conduire des forums d'information aux parents sur les dangers des désordres alimentaires. Cette action provoque indéniablement un éveil social sur ce problème.

Une autre affaire sous la loi locale révisée de San Francisco mérite notre attention.

En l'espèce, Jennifer Portnick avait obtenu toutes les qualifications pour être instructrice d'aérobic (elle donnait des cours d'aérobic depuis quinze ans) dans la *Aerobics and Fitness Association of America* et postule à la compagnie *Jazzercise, Inc.* Elle mesure 1 mètre 72, pèse 108 kilogrammes et son régime alimentaire est strictement végétarien. Or, la compagnie refuse sa candidature car son apparence physique « *ne correspond pas aux exigences de santé* »¹⁰³⁴. Cela est justifié par la compagnie par le fait que les instructeurs doivent être plus minces et musclés que les clients car ils doivent leur donner le bon exemple, selon la *role model theory of fitness* (voir la théorie de *role modeling* invoquée au chapitre 3). Elle forme une action en justice sous la législation¹⁰³⁵. Suite à une procédure de médiation avec la *San Francisco Human Rights Commission* et une grande publicité (Cette affaire suscite des protestations de femmes qui affirment vouloir suivre les cours des professeurs qui leur ressemblent), et après avoir avancé que la santé ne dépend pas du poids mais de la nutrition et de l'exercice physique, la compagnie accepte de modifier sa politique et exprime son désir de ne recruter désormais des candidats que sur le fondement de leurs capacités¹⁰³⁶.

Il est aussi jugé que les normes de poids et de taille chez les policiers sont susceptibles d'abus, notamment en ce qui est du stéréotype de l'autorité de l'homme large, basé sur une fausse équation entre la taille, la force, l'agilité et l'allure générale¹⁰³⁷. En revanche, nous avons vu des arrêts qui ont statué dans le sens contraire.

¹⁰³⁴ However, she states that "I wanted to be judged on my merits, not on my measurements... "I work out six days a week. I've weighed close to what I weigh now for most of my adult life. This is the body I have.", She adds that . "We need to be open to our bodies as they are while working to the best fitness level we can achieve. This is not about what the tape measure says when it goes around your waist."

FERNANDEZ E., « Exercising her rights to work: Fitness instructor wins weight-bias fight », *San Francisco Chronicle*, 2002, A-I.

¹⁰³⁵ S.F., California Administration Code para. 12 A.I (2008)

¹⁰³⁶ 539 U.S. 306(2003); 539 U.S. 244 (2003).

¹⁰³⁷ *Hardy v. Stumpf* (1974)37 Cal App 3d 958, 112 Cal Rptr 739. Voir aussi EEOC Décision n° 71-1418 (1971) CCH EEOC Décisions, 6223. S'agissant des travailleurs en industrie de production en ligne

Une affaire marque un tournant remarquable dans la jurisprudence américaine est à signaler¹⁰³⁸. En l'espèce, Bonnie Cook était assistante pendant cinq ans dans un centre résidentiel qui s'occupait d'enfants sévèrement retardés mentalement. Elle a dû démissionner en raison de la maladie de sa fille. Plus tard, elle essaie de re-postuler pour le même poste mais le centre refuse sa candidature. L'examen de pré-embauche révèle qu'elle est maladivement obèse. La demanderesse allègue qu'on refuse de l'embaucher en raison de sa *perceived disability*, et intente une action sous le chef du *Rehabilitation Act*. Le défendeur quant à lui allègue que son poids empêcherait son habilité à évacuer les patients en cas d'urgence et l'exposerait à de hauts risques sanitaires. La Cour rejette l'argument du défendeur qui assimile l'obésité à une caractéristique volontaire et mutable en se fondant sur la théorie de *perceived disability*. Elle affirme que l'obésité est un critère protégé sous la loi fédérale. Il convient de remarquer que la Cour considère que l'obésité pourrait être un handicap uniquement si le demandeur démontre: (i) que l'obésité constitue « *une condition immuable impossible à contrôler* », et (ii) que cette condition le limite substantiellement dans une ou plusieurs activités essentielles de la vie. La Cour va plus loin et rappelle que l'obésité est due à un métabolisme dysfonctionnel qui est une condition permanente. Enfin, comme les tâches de la demanderesse seraient les mêmes, la Cour juge que ce comportement n'est pas raisonnable et est, par conséquent, discriminatoire. La Cour décide que le *Rehabilitation Act* lui donne droit à la réintégration ainsi qu'à 110,000 dollars de dommages-intérêts¹⁰³⁹.

Cette opinion (i) contredit les croyances sociales considérant l'obésité comme une caractéristique volontaire, et (ii) contredit les assumptions traditionnelles sur l'obligation des femmes de posséder une certaine apparence physique, qui serait plus importante que leur capacité à travailler.

Dans les exemples de discrimination indirecte exposés ci-dessous, nous verrons comment la jurisprudence américaine utilise des statistiques et des études comparatives en matière de poids et de taille pour rendre des décisions. Cela a été initié par l'arrêt *Hazelwood School District v.*

¹⁰³⁸ *Cook v. Rhode Island, Department of Mental Health, Retardation and Hospitals*, 10 F.3d 17, 26 (1st Circuit 1993).

¹⁰³⁹ *Cook v. Rhode Island, Department of Mental Health, Retardation and Hospitals*, aff'd sub nom. *Cook v. RI Department of Mental Health Retardation and Hospitals*, 10 F.3d 17 (1st Circuit 1993). Selon Cook, « *People shouldn't judge others because of how they look. What's important is whether or not they can do the job* ».

*United States*¹⁰⁴⁰. Dans cette affaire, la cour examine les pourcentages de professeurs embauchés (ainsi que ceux qualifiés dans le marché du travail de la ville en question) et des étudiants de race noire par rapport aux autres et emploie cette méthode pour prouver une *prima facie case* de discrimination.

Dans l'affaire *Costa v. Markey*¹⁰⁴¹, on décide qu'une *prima facie case* de discrimination indirecte envers les femmes est établie dans un département de police car les normes de tailles excluaient davantage de femmes que d'hommes, quand bien même au moment de la présentation de la candidature, l'embauche ne se faisait que parmi des femmes.

La *EEOC* considère dans deux délibérations qu'il y a discrimination sexuelle au sens du titre VII (i) dans une affaire concernant des ouvriers dans une usine de containers, ou des normes de taille minimale de 1 mètre 67 conduit à une discrimination indirecte envers des femmes car 80% des femmes adultes mesurent moins d'1 mètre 65¹⁰⁴² ; et (ii) un code qui impose une taille minimale de 1 mètre 67 à 1 mètre 82 est discriminatoire envers les femmes¹⁰⁴³ car la taille moyenne des femmes aux États-Unis est de 1 mètre 60 à 1 mètre 52 alors que celle des hommes est nettement supérieure.

Dans l'affaire *Dothard v. Rawlinson*¹⁰⁴⁴, il est jugé que les standards de poids et de taille pour les gardiens de prison d'État sont discriminatoires car (i) ces normes excluent plus de 41% de femmes et moins de 1% d'hommes ; et (ii) une *prima facie case* de discrimination est apportée et n'est pas renversée par le fait que ces standards sont directement reliés à la force physique requise pour une bonne performance du travail.

Dans l'affaire *Meadows v. Ford Motor Co.*¹⁰⁴⁵, la Cour conclut que la politique imposant les 68 kilogrammes maximum pour les travailleurs de production industrielle en ligne de voitures, bien que neutre en apparence, avait un effet discriminatoire pour les femmes et violait par la suite le Titre VII. La Cour observe que 80% des femmes de la population américaine (population âgée de 18 à 24 ans) n'atteint pas la norme requise. De plus, aucun examen médical n'avait été fait pour voir si au-delà du maximum requis, la performance au travail serait ou non la même. Dans

¹⁰⁴⁰ *Hazelwood School District et al., petitioners v. United States*, 433 US 299 (1977).

¹⁰⁴¹ *Costa v. Markey*, 706 F.2d 1, 8 (1st Circuit 1983).

¹⁰⁴² *EEOC* Decision n° 71-1529 (1971) CCH *EEOC* Decisions, 6231.

¹⁰⁴³ *EEOC* Decision n° 72-0284 (1971) CCH *EEOC* Decisions, 6304.

¹⁰⁴⁴ *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).

¹⁰⁴⁵ *Meadows v Ford Motor Co.* (1973, DC Ky) 62 FRD 98, 29 ALR Fed 788. Voir aussi *United States v Chicago* (1976, DC Ill) 11 CCH EPD ou le minimum requis exclut 65% des femmes et uniquement 7.5% des hommes.

l'affaire *Craig v. County of Los Angeles*¹⁰⁴⁶, on considère que l'exigence d'une taille minimale est injuste car elle a un impact discriminatoire envers les mexico-américains.

Les femmes, comme nous l'avons observé au chapitre préliminaire, subissent des pressions sociales intenses quant à leur apparence physique et cela se traduit dans le monde du travail, notamment dans les professions relatives aux médias et à l'industrie des hôtels qui exigent que les femmes se conforment à certains standards particuliers de beauté et de féminité¹⁰⁴⁷.

Une profession est à l'origine de la « révolution juridique » contre le *lookisme*, celle des hôtesses de l'air, à laquelle la jurisprudence américaine porte une attention particulière dans les années 70 et 80¹⁰⁴⁸.

Les cours américaines reconnaissent de manière générale que les restrictions en matière d'apparence et de poids ne sont nullement reliées à des soucis de santé ou de sécurité, ou sur l'habilité des hôtesses à accueillir les passagers, pousser les chariots, bouger les bagages et peut-être fournir une assistance physique en cas d'urgence. Les standards d'apparence physique sont uniquement imposés afin de promouvoir des images corporatives de personnes dotées de qualités de propreté, santé, séduction et fierté de prendre part à leur travail. Bien évidemment, une image glamour est une notion limitative.

L'un des arrêts les plus marquants en matière de *lookisme* en droit américain est celui de *Wilson v. Southwest Airlines Co.*¹⁰⁴⁹ Dans cette affaire, la compagnie aérienne utilise des images sexuelles dans des publicités (voix suaves, habits provocateurs...), qui étaient l'image de marque de la compagnie. Tout le thème porte sur la « *love airline* » : « *love bites* », « *love potions* »... et le but était de promouvoir une image sexy et attrayante de « *spreading love all over Texas* ». La stratégie marketing était donc celle de la féminité, de l'amour et du *sex appeal* afin d'attirer les hommes.

La Cour rejette l'exception de *BFOQ* avancée par la compagnie aérienne, au motif qu'embaucher des femmes au fort *sex appeal* afin de promouvoir une image 'sexy' de la compagnie aérienne

¹⁰⁴⁶ *Craig v. County of Los Angeles*, 626 F.2d. 659, 666-68 (9th Circuit 1980).

¹⁰⁴⁷ *Craft v. Metromedia, Inc.*, 766 F.2d 1205, 1209 (8th Circuit 1985).

¹⁰⁴⁸ Par exemple, *Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc.*, 442 F.2d 385, 388-89 (5th Circuit 1971) et *Wilson v. Southwest Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292, 296 (N.D. Tex. 1981).

¹⁰⁴⁹ *Wilson v. Sw. Airlines Co* 517 F. Supp 292 (Texas1981).

afin d'augmenter ses revenus ne justifiait aucunement ce genre de discrimination¹⁰⁵⁰. L'employeur imposait le port de talons très hauts et de pantalons très serrés et révélateurs¹⁰⁵¹. La Cour délimite principalement les métiers où l'objectif primordial est de vendre la « sexualité attractive », tels que les *playboy clubs*¹⁰⁵². Or, la fonction primaire ou *primary function* d'une compagnie aérienne est uniquement de transporter des personnes de manière sécuritaire d'un lieu à l'autre et non pas de vendre du « *vicarious sex entertainment* ». La notion de fonction primaire est largement mise en valeur dans cet arrêt car l'attractivité physique et sexuelle n'avait aucun impact sur la fonction primaire d'une hôtesse de l'air. Aussi, l'apport fondamental de cet arrêt, extrêmement riche, est la distinction marquée par la Cour entre *la business necessity*, indispensable, et la *business convenience* (le cas en l'espèce)¹⁰⁵³.

Le succès de la compagnie dépend de l'image féminine et sexy et cela est selon la Cour spéculatif, d'où la notion de *business convenience*¹⁰⁵⁴. La cour ajoute que « *Where sex appeal is itself the dominant service provided... customer preference for one sex only... would logically be so strong that the employer's ability to perform the primary function or service offered would be undermined by not hiring members of the authentic sex or group exclusively* »¹⁰⁵⁵.

La Cour poursuit en considérant que la compagnie a adopté une image féminine à sa propre discrétion pour promouvoir un *business* qui n'a aucun rapport avec le sexe. La Cour rejette par conséquent l'idée même que la sexualité féminine puisse être exploitée en tant qu'outil de marketing, en raison de la préférence des hommes pour les femmes séduisantes. Malgré son opinion, la Cour poursuit en disant que les exigences liées à l'attractivité sont permises, tant qu'elles sont appliquées de manière similaire aux femmes et aux hommes¹⁰⁵⁶. C'est un retour à la case départ !

¹⁰⁵⁰ *Wilson v. Sw. Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292, 302-04 (Texas 1981).

¹⁰⁵¹ *Wilson v. Sw. Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292, 294-295 (Texas 1981).

¹⁰⁵² *Wilson v. Sw. Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292, (N.D. Tex 1981), p. 301.

¹⁰⁵³ Idée similaire dans *Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc.*, 442 F.2d 385, 388 (5th Circuit 1971), p. 388 (la cour note que la discrimination à raison du sexe est uniquement valable en tant que *business necessity* et non pas *business convenience*).

¹⁰⁵⁴ *Wilson v. Sw. Airlines Co.*, 517 F. Supp. 292, 302-04 (N.D. Tex. 1981), p. 303.

¹⁰⁵⁵ Lorsque le sexe appeal est le service dominant à fournir, il est normal que l'employeur choisisse des salariés d'un sexe déterminé.

¹⁰⁵⁶ *Craft v. Metromedia, Inc* 766 F.2d at 1209-10 (8th Circuit 1985). Voir aussi BARTLETT K., « Only Girls Wear Barrettes: Dress and Appearance Standards, Community Norms and Workplace Equality », *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, p. 2541, 2544 (noting that courts rationalize appearance requirements by reference to social and community norms that simply reinforce and legitimize gender stereotypes).

Dans l'affaire *Gerdom v. Continental Airlines, Inc.*¹⁰⁵⁷, la Cour juge inadmissible la discrimination sexuelle de l'employeur qui impose des « règles spéciales d'apparence », à savoir des directives strictes sur le poids permis, afin de promouvoir une réputation de 'minces et belles' hôtesse de l'air¹⁰⁵⁸. L'avis de la Cour de District¹⁰⁵⁹ était totalement différent. Il avait été jugé qu'un programme sur l'apparence et le poids, qui impose un poids proportionné à la taille, la structure osseuse et l'âge, ne s'appliquait pas de manière disproportionnée aux hommes et par suite, n'était pas en violation du Titre VII car il n'y avait pas un nombre proportionné de femmes et d'hommes employés en tant qu'hôtes de l'air. Voilà un raisonnement peu commun, qui fut heureusement renversé.

Cette affaire est un pilier dans l'histoire de la discrimination à raison du poids aux États-Unis.

Dans l'affaire *Diaz v. Pan American World Airways*¹⁰⁶⁰, la politique de la compagnie aérienne visait à favoriser les hôtesse de l'air et ceci en raison de la préférence des clients masculins en majorité, et du fait qu'elles contribuaient à un environnement physiquement plus plaisant. Pour se défendre, le défendeur retient que les femmes seraient plus performantes dans les tâches 'non-mécaniques', à savoir calmer les passagers anxieux (selon le médecin expert, les passagers passent par trois stades émotionnels durant le vol : d'abord l'appréhension, puis l'ennui et enfin l'excitation) et créer une atmosphère de confort et de bien-être. La partie défenderesse poursuit en disant que les femmes sont plus motivées que les hommes à fournir un meilleur service, avec une courtoisie continue.

La Cour constate que cette politique discriminatoire est non équitable car (i) les préférences des clients ne justifiaient aucunement une discrimination fondée sur le genre, et que (ii) l'atmosphère engendrée par la présence de femmes n'était en aucun cas, légitimement liée à l'essence même du travail en question et est uniquement tangente à l'essence-même du métier. Par conséquent, cette décision apporte une interprétation limitée de la notion d'essence.

¹⁰⁵⁷ *Gerdom v. Continental Airlines, Inc* 692 F.2d 602 (9th Circuit 1982).

¹⁰⁵⁸ *Gerdom v. Continental Airlines, Inc* 692 F.2d 602 (9th Circuit 1982). La cour, retient que les préférences de la clientèle ne peuvent pas justifier des pratiques discriminatoires.

¹⁰⁵⁹ *Gerdom v Continental Air Lines, Inc.* (1974, DC Cal) 8 CCH EPD 9788.

¹⁰⁶⁰ *Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc.,* 442 F.2d 385, 388 (5th Circuit 1971). « The clear import of this legislative history is that customer preference can provide a basis for an employer's selecting employees on the basis of their sex where the preference is a legitimate one, related to differences in the ways in which the work will be performed by persons of different sexes, and the mannerism which such performance will be received by the customer because of such differences ». « While a pleasant environment, enhanced by the obvious cosmetic effect that female stewardesses provide... [may] be important, [it is] tangential to the essence of the business involved ».

L'affaire *Laffey v. Northwest Airlines*¹⁰⁶¹ conclut à l'existence d'une discrimination fondée sur le sexe en violation du Titre VII car l'entreprise exige des femmes qu'elles subissent des examens de poids et leur impose un maximum de poids; alors même que de telles exigences ne sont pas appliquées aux hommes. Plus précisément, les femmes (i) devaient signer des contrats afin de conserver leur poids en deça du standard et (ii) étaient sujettes à un tableau de poids dans le manuel de l'entreprise. Si elles dépassaient le poids, elles devaient suivre un programme d'amaigrissement afin de perdre 4 kilogrammes par semaines ; (iii) étaient pesées au moins deux fois par an ; et (iv) étaient sujettes à la suspension de leur travail si elles prenaient temporairement du poids, au-delà de la norme requise et échouaient donc le programme susmentionné.

Cette affaire mérite notre attention. Visiblement avant-gardiste, cette décision reflète les efforts de la jurisprudence et prouve une fois de plus que la protection contre le *lookisme* dénote tout simplement du bon sens.

La Cour ordonne les sanctions suivantes contre la compagnie aérienne :

- (i) Injonction négative ou ordre judiciaire de ne pas commettre un certain acte¹⁰⁶² :

L'entreprise doit s'abstenir de : (i) peser les hôtesses de cabine ; (ii) menacer de sanctionner, suspendre ou licencier une hôtesse de cabine si elle ne maintient pas le poids requis ; (iii) imposer un poids spécifique à avoir ; et (iv) sanctionner, suspendre ou licencier un membre du personnel en raison de son poids, à moins que son poids ne la rende physiquement incapable d'accomplir ses obligations.

La Cour impose l'injonction positive suivante :

L'entreprise doit :

- (i) Notifier le personnel de cabine (femmes) qu'elle n'exécuterait pas les exigences de poids autres que celles permises sous le paragraphe de l'ordre de la Cour ;
- (ii) Notifier toute femme qui a signé un contrat avec une condition de maintenir le poids requis, que ces contrats ne seront plus exécutoires ;
- (iii) Effacer et interdire tout matériel en rapport avec le poids, en contradiction avec cet ordre ;

¹⁰⁶¹*Laffey v. Northwest Airlines, Inc.*, 366 F.Supp. 763, 790 (D.C.1973).

¹⁰⁶²A court order to refrain from undertaking an act,
www.oup.com/uk/orc/bin/9780199292240/01student/glossary/o&hellip.

- (iv) Offrir une réintégration systématique à toute femme licenciée à partir du 2 juillet 1965 ;
- (v) Immédiatement restaurer le statut d'hôtesse de l'air à toute femme dont le statut a été suspendu en raison de son poids ; et
- (vi) Effacer tout dossier contenant des réprimandes et ou ordres disciplinaires en rapport avec le poids (mais garder ces dossiers dans un endroit central afin de calculer les sommes des rappels de salaires sous les paragraphes mentionnés sous l'ordre).

Aussi, la Cour ordonne un rappel de salaire en calculant tous les salaires perdus depuis la date du licenciement jusqu'à la date de la réintégration ou la suspension.

En outre, l'entreprise ne peut pas désormais refuser d'embaucher le personnel de cabine (femmes) en raison de leur taille si elles ne sont pas plus grandes que le minimum requis pour les hommes.

Enfin, dans l'affaire *Frank v. United Airlines*¹⁰⁶³, des hôtesses de l'air portent plainte pour discrimination à raison du sexe et l'âge sous le *FEHA* (voir chapitre 1^{er}) le *ADA*, et le *ADEA* pour les raisons suivantes : la compagnie aérienne imposait des limites de poids dans les chartes de la compagnie d'assurance Metlife, nettement plus sévères aux femmes qu'aux hommes. En effet, le poids-limite pour femme se réfère à la femme au poids 'moyen', alors que celui des hommes correspond à l'homme 'large'. Dans le cas où les salariés ne respectaient pas ces limites, ils étaient assujettis à différentes formes de sanctions disciplinaires, dont la suspension du travail sans rémunération, voire même le licenciement. Pour se défendre, la compagnie défenderesse n'apporte aucune preuve de *BFOQ* (c'est-à-dire accueillir les passagers, pousser les chariots, placer les bagages et fournir une assistance en cas d'urgence) et par suite la Cour d'Appel renverse la décision de la Cour du District en invoquant l'intérêt de l'entreprise :

« United made no showing that having disproportionately thinner female than male flight attendants bears a relation to flight attendants' ability to greet passengers, push carts, move luggage, and perhaps most important, provide physical assistance in emergencies. The only evidence in the record is to the contrary. Far from being 'reasonably necessary' to the normal

¹⁰⁶³ *Frank v. United Airlines, Inc.*, 216 F.3d 845, 855 (9th Circuit 2000).

operation of United's business, the evidence suggests that, if anything, United's discriminatory weight requirements may have inhibited the job performance of female flight attendants».

(Il est intéressant de noter que les demanderesse invoquent subsidiairement une protection sous le ADA, car selon elles, l'exigence de poids-limite les force à avoir des 'désordres alimentaires' et par suite les « *limite substantiellement dans les activités majeures de leur vie* ». Toutefois, la Cour rejette cette demande pour manque de preuve à cet égard).

B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

150. Selon la jurisprudence, un salarié cherchant à être transféré à une position de pompier peut légitimement voir sa demande rejetée en raison de son surpoids. La Cour approuve le point de vue de l'employeur en ce que le salarié serait moins apte à être efficace, en sécurité, en bonne santé¹⁰⁶⁴. Dans ce cas, cette solution pourrait paraître légitime, car la nature du métier en question requiert une agilité et rapidité corporelle.

La Cour Suprême de New York fut consultée sur la question de savoir si l'utilisation de standards de poids pour les hôtesse de l'air constituait ou non une discrimination basée sur le handicap, l'âge ou le genre. La réponse fut que sous les lois New Yorkaise et fédérales, les employeurs ont le droit d'imposer des règles et des régulations gouvernant l'apparence de leurs employés¹⁰⁶⁵.

Dans l'affaire *Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English*¹⁰⁶⁶, Joyce English mesurait 1 mètre 72 et pesait 155 kilogrammes lorsqu'elle postule pour une position de représentante de service à la clientèle dans la compagnie *Philadeplia Electrics*. Elle passe tous les tests de pré-embauche et est soumise à un examen médical. La commission des relations humaines, auprès de laquelle cette affaire fut interjetée en appel, juge que la demanderesse était handicapée, appartenait à une classe de maladivement obèses et par suite, serait protégée juridiquement. Toutefois, le médecin conclut qu'elle n'était

¹⁰⁶⁴ *Greene v. Union Pacific R.R. Co.*, 548 F. Supp. 3, 5 (Washington 1981).

¹⁰⁶⁵ *Flight Attendants v. Delta Airlines* 45(New York 176, 1996).

¹⁰⁶⁶ *Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English*, (Pa. Common.223 1982) p. 68.

aucunement limitée dans ses fonctions corporelles et ne souffrait pas de problèmes de santé dont souffrent les personnes obèses en général. Par suite, la Cour de Pennsylvanie décide que Mme English ne répondait pas à la définition juridique de *disabled* ou d'infirmes, et rappelle de manière étonnante le droit inhérent à tout employeur de discriminer parmi ses candidats, en se basant sur le risque de perte de la compagnie et son droit d'éliminer ceux à haut taux d'absentéisme et à basse productivité¹⁰⁶⁷.

Voilà une parfaite illustration des failles de la loi qui protège les personnes jugées maladivement obèses donc handicapées, et non les personnes tout simplement de forte corpulence.

Dans l'affaire *Marks v. First of National Communications Association, Inc.*,¹⁰⁶⁸ Deborah Marks fut nommée « telemarketeur de l'année » mais on lui refuse sa demande d'être promue au poste de vendeuse, c'est-à-dire d'être en contact avec la clientèle ; une candidate plus « jolie et mince » ayant obtenu ledit poste. Lorsqu'elle porte plainte, son superviseur lui confirme que perdre du poids lui permettrait d'obtenir la promotion. Sa plainte, fondée sur le Titre VII, utilisait la théorie *sex plus*¹⁰⁶⁹ et alléguait que les standards d'apparence physique applicables aux femmes, notamment en matière de poids, ne s'appliquaient pas aux hommes. Or, elle ne réussit pas à apporter la preuve qu'un homme en surpoids travaillait dans le département de vente, et comme la compagnie ne recrutait jamais de personnes en surpoids, la Cour jugea qu'il n'existait pas de discrimination¹⁰⁷⁰.

Aussi, dans l'affaire *Comstock v. Eastern Airlines Inc.*¹⁰⁷¹, la Cour refuse la demande d'injonction faite par des hôtesses de l'air en raison d'un programme de contrôle de poids car on n'a pas pu prouver un effet adverse et disproportionné envers des femmes, à l'opposé des hommes. Bien que la Cour observe des normes différentes pour les hommes et les femmes, celles-ci étaient selon elle, justifiées par les différences médicalement reconnues entre les deux sexes.

D'autre part, la *EEOC* a défendu des normes de poids et de taille pour les camionneurs et les a considérés comme un *BFOQ*. En effet, en dessous d'une certaine taille, le camionneur ne

¹⁰⁶⁷ *Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English*, (Pa. Common.223 1982) p. 228. « *The employer's inherent right to discriminate among applicants for employment, based on risk of loss of the company, and to eliminate those who have high potential of absenteeism and low productivity* ».

¹⁰⁶⁸ *Marks v. First of National Communications Association, Inc.*, 72 F. Supp. 2d (New York 1999), 322, 327.

¹⁰⁶⁹ Voir la définition au Chapitre 1.

¹⁰⁷⁰ *Marks v. National Communications Association, Inc.*, 72 F. Supp. 2d (New York 1999), p. 330.

¹⁰⁷¹ *Comstock v Eastern Airlines, Inc.* (1975) 10 CCH EPD, 10392.

pourrait pas bien voir au-dessus du tableau de bord. Au-delà d'une certaine taille, il ne pourrait pas dormir de manière confortable derrière, et au-delà d'un certain poids, il ne pourrait pas bien s'asseoir derrière le volant¹⁰⁷².

Dans une affaire intéressante, la Cour décide que l'obésité de la demanderesse n'est pas un handicap sous le *FEHA* car il n'était pas lié à un problème physiologique qui affecte une des activités majeures de la vie¹⁰⁷³. La Cour retient que son rôle est de définir le handicap physique dans les limites de l'esprit de la loi et non pas dans ce que la Cour considère « *moralement juste ou socialement désirable* »¹⁰⁷⁴. Le fait que la demanderesse se considère en parfaite santé, indépendamment de son poids, a aidé la Cour à conclure qu'elle ne souffrait d'aucun handicap, physique ou mental. La Cour conclut que l'obésité est une condition transitoire, qui pourrait changer volontairement, contrairement à toute condition immuable ou irréversible¹⁰⁷⁵.

Dans la lecture de la décision, nous constatons que la Cour insinue en réalité que si le poids avait été protégé au plan fédéral ou étatique, elle aurait décidé différemment. C'est comme si la Cour encourageait la promulgation d'une nouvelle loi.

Une autre affaire similaire rendue sous le droit de Massachussetts relate le refus d'un entretien en raison du poids et de l'âge de la demanderesse. Or, comme elle ne réussit pas à démontrer que son poids constitue un handicap, à défaut d'avoir apporté la preuve d'une cause physiologique de son obésité, elle n'obtient pas gain de cause¹⁰⁷⁶.

En matière de grossesse, à Michigan, une serveuse enceinte de 7 mois est forcée à prendre un congé maternité prématuré, alors qu'elle était toujours apte à travailler (Au bout du 4eme mois de grossesse, son employeur réduit considérablement ses heures de travail). Des témoins affirment que ce dernier souhaitait qu'elle parte le plus tôt en raison de son apparence physique. (« *Getting too fat to work on the floor. She didn't look good for business*»). Un autre témoin affirme que l'employeur n'aimait pas « *les femmes grosses derrière le bar* »¹⁰⁷⁷. La *shifting burden analysis* s'applique ici. D'abord la demanderesse prouve une *prima facie case*, en ce que

¹⁰⁷²*United States v. Lee Way Motor Freight, Inc.* (1973, DC Oklahoma) 7 CCH EPD, 9066.

¹⁰⁷³California Government Code § 12900 (2005).

¹⁰⁷⁴*Cassista v. Community Foods, Inc.*, 856 P.2d 1143, 1147 (California 1993) 1146-47.

¹⁰⁷⁵*Cassista v. Cmty. Foods, Inc.*, 856 P.2d 1143, 1153 (California 1993) (qui estime qu'une personne obèse est handicapée).

¹⁰⁷⁶*Gauthier v. Saturn of Natick*, n° 94-BEM-0203, 1998 Mass. Comm. Discrim.LEXIS 61.

¹⁰⁷⁷*Knowlton v. Levi's of Kochville, Inc.*, n°190677, 1997 WL 33345022, I, 2 (Michigan Court of Appeal, 3 juin 1997).

son poids était au moins *une* raison motivant la décision de son employeur. Ensuite son employeur prétend que la raison pour laquelle il la force à partir est qu'il se faisait du souci pour sa santé ainsi que celle de son futur bébé, alors même qu'elle avait apporté un certificat médical montrant qu'elle était en parfaite santé. C'est alors que la Cour arrête l'analyse à ce stade et décide que l'employeur avance un prétexte et non une réalité et qualifie par suite son traitement de discriminatoire en raison du poids.

Dans l'affaire *King v. Hawkeye Community College*¹⁰⁷⁸, le Cour du District rejette une action sous le ADA. En l'espèce, King était obèse lorsqu'il fut embauché en tant que professeur à temps partiel et présentait des difficultés à marcher et à respirer. Progressivement, sa condition se dégrade et il s'absente très fréquemment. Il prend des congés payés pour se faire hospitaliser pour insuffisance cardiaque congestive. Il est licencié pendant son congé et par suite intente une action sous le ADA, pour intention discriminatoire. La Cour rejette sa demande et par un raisonnement atypique, décide, sans même examiner la question de savoir s'il est handicapé, raisonne au niveau des preneurs de décision. Comme c'est la même personne qui l'a engagé puis licencié, et l'une des personnes qui a largement encouragé son licenciement est elle-même obèse, son argument est infondé. La Cour poursuit en disant que même dans l'hypothèse où King était handicapé sous le ADA, son poids n'était certainement pas un facteur motivant dans la décision de licenciement.

Enfin, la Cour d'Appel de New York affirme que l'assimilation de l'obésité à une déficience est raisonnable et dénote du bon sens du statut¹⁰⁷⁹.

Il est important de noter que même dans le cas où le demandeur démontre que l'obésité est due à un problème physiologique, dans l'hypothèse où il subit un traitement médical pour soigner ce problème, il ne sera pas protégé par le ADA. À titre d'exemple, dans l'arrêt *Coleman*, la Cour rejette la demande d'un salarié qui soutient que le diabète est la raison de son obésité, et ceci car il traitait sa condition médicalement¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ *King v. Hawkeye Community College*, 10 AD Cases 203 (Iowa 2000).

¹⁰⁷⁹ *State Division of Human Rights ex rel. McDermott v. Xerox Corp.*, 480 N.E.2d 695, 698 (New York 1985).

¹⁰⁸⁰ *Coleman v. Georgia. Power Co.*, 81 F. Supp. 2d 1365 (N.D. Ga. 2000).

Section 3: Sexe

151. Une cour considère que le commentaire « *Tu fais encore ta blonde aujourd'hui* » (ou « *you're being a blonde again today* ») est une preuve de discrimination fondée sur le sexe¹⁰⁸¹.

Voici deux arrêts très prometteurs en droit américain. Dans l'affaire *Yanowitz v. l'Oreal USA Inc.*¹⁰⁸², Elysa Yanowitz, une manager en parfums et cosmétiques a refusé d'exécuter l'ordre répétitif de son supérieur hiérarchique qui consistait à licencier une vendeuse de parfums ayant une peau de couleur car elle n'était « *pas assez attrayante* », et de trouver quelqu'un de plus « *beau* ». Il affirme préférer les blondes au teint clair et force la demanderesse à trouver quelqu'un de plus séduisant (Une femme blonde au physique très sexy passe et il dit « *God damn it, get me one that looks like that.* » « *Get me somebody hot* »)¹⁰⁸³. Il lui demande à plusieurs reprises si elle a procédé au licenciement. C'est alors que la demanderesse lui demande répétitivement une justification. Il répond qu'elle était souvent critiquée devant ses subordonnés et avait obtenu de mauvaises évaluations. La demanderesse fut alors soumise à un environnement hostile qui la força à démissionner.

Elle forme une action pour représailles illégitimes ou *retaliation* sous le *FEHA* en estimant que ce qu'on lui demandait d'exécuter constituait raisonnablement une discrimination sexuelle. En analysant l'affaire, la Cour d'Appel de Californie affirme que la question centrale est de savoir si le refus de licencier est ou non une activité protégée. La Cour décide en faveur de *Yanowitz* et considère que le refus d'un salarié de se conformer à des ordres constitue une activité protégée sous le *FEHA*, même si le salarié ne spécifie pas à son superviseur qu'il estime que ce comportement est discriminatoire.

Ce qui nous importe est ce qui suit : la Cour juge l'ordre du superviseur comme une discrimination sexuelle illégitime sous le *FEHA*, à moins que ce comportement ne soit justifié par un *BFOQ*, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. La Cour écarte la question de discrimination fondée sur l'attraction physique ou sexuelle et ajoute qu'il existe une présomption que le

¹⁰⁸¹ *Lust v. Sealy, Inc.*, 383 F.3d 580, 583 (7th Circuit), 2004.

¹⁰⁸² *Yanowitz v. l'Oreal USA Inc.*, 32 California Representative 3d 436(California 2005).

¹⁰⁸³ Une femme blonde au physique très sexy passe et il dit « *God damn it, get me one that looks like that* ».

superviseur n'aurait pas ordonné le licenciement d'un salarié masculin car l'attractivité physique d'un homme n'aurait pas été problématique¹⁰⁸⁴ ! Cette affaire montre bien qu'il existe une cause d'action pour le *lookisme* sous le Titre VII. Nous observons que contrairement aux autres arrêts, la cour n'exige pas du demandeur d'apporter des exemples à l'appui (par exemple démontrer qu'un salarié 'moins beau' est recruté). La Cour n'exige dans ce cas qu'un standard très bas de preuve, ou un *reasonable belief* (ou croyance raisonnable) et non une preuve qu'une pratique est illégale dans les faits.

Dans l'arrêt *Price Waterhouse v. Hopkins*¹⁰⁸⁵, la Cour Suprême décide qu'une femme exerçant le métier de comptable jugée trop masculine et agressive (elle devait selon ses collègues « être plus féminine, mettre du maquillage, avoir les cheveux coiffés et porter des bijoux »), ne peut pas subir de discrimination uniquement en raison de stéréotypes liés au genre (*an adverse employment decision based on gender nonconforming behavior and appearance*). « *We are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group* ». Voilà un arrêt en sens contraire aux autres arrêts que nous avons exposés s'agissant des stéréotypes femmes/hommes.

Dans l'affaire *Laffey v. Northwest Airlines, Inc.*¹⁰⁸⁶, la Cour décide que la politique qui interdit aux femmes de porter des lunettes de vue, contrairement aux hommes, est discriminatoire à raison du sexe.

Section 4 : Race et ethnie

§ 1 : Droit français

152. Très souvent, les cas de *lookisme* sont reliés à des cas de racisme. Cela arrive lorsque l'on désire recruter non seulement une personne belle, mais une personne belle et de peau blanche¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸⁴ *Yanowitz v. L'Oreal USA Inc.*, 32 California Representative 3d 436(Ca. 2005), p 588.

¹⁰⁸⁵ *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989). Le Juge Justice Brennan conclut:

« *We are beyond the day when an employer could evaluate employees by assuming or insisting that they matched the stereotype associated with their group, for '[i]n forbidding employers to discriminate against individuals because of their sex, Congress intended to strike at the entire spectrum of disparate treatment of men and women resulting from sex stereotypes* ».

¹⁰⁸⁶ *Laffey v. Northwest Airlines, Inc.*, 366 F.Supp, 763, 790 (D.D.C.1973).

Dans un arrêt, le licenciement d'une assistante de vente, est considéré sans cause réelle ni sérieuse et discriminatoire en raison de l'apparence physique et la nationalité algérienne de la requérante. Une des preuves était le fait d'avoir imposé un changement de planning horaire à la salariée, changement lié à la visite sur le lieu de travail des membres de la direction de la société, au motif que sa collègue « *passait mieux*¹⁰⁸⁸ », ce qui est sans nul doute une mesure discriminatoire à raison de l'apparence physique.

Les arrêts suivants ont sanctionné des comportements sur le fondement de l'article 225-2 du Code Pénal : licencier un employé après avoir déclaré à deux reprises que dans un magasin, « *deux blacks, ca ne va pas* »¹⁰⁸⁹, se référant à des « considérations sociologiques » de par la nature de la clientèle¹⁰⁹⁰, vouloir ouvertement « *éviter le personnel de couleur* » lors de l'embauche¹⁰⁹¹.

Dans une affaire intéressante¹⁰⁹², une vendeuse camerounaise embauchée par la société Cosmo Paris subit un harcèlement moral. Selon un témoin, on a expressément dit à propos de la demanderesse qu'elle « *ne correspond pas à l'image de l'entreprise Cosmo* » ou « *As-tu déjà vu une noire qui travaille chez Lancel ?* ». De plus, elle invoque les faits suivants qu'elle considère être des moyens de pression pour démissionner : l'absence de sollicitation pour effectuer des heures complémentaires depuis son refus de démissionner, l'absence de formation relative à la clôture de caisse (malgré l'ancienneté et alors que des extras bénéficient de cette formation), la modification des horaires de travail alors qu'ils avaient été convenus afin de lui permettre de suivre un stage requis dans le cadre de son cursus universitaire. La Cour décide qu'il y a discrimination et harcèlement moral en raison de son origine et son apparence physique, et ordonne la nullité du licenciement ainsi qu'une indemnité pour discrimination et pour préjudice moral, comprenant nécessairement le « *préjudice affectif et racial ou social* ».

¹⁰⁸⁷ CORBETT W., « The ugly truth about appearance discrimination and the beauty of our employment discrimination law », *Duke Journal of Gender Law and Policy*, vol. 14, 2007, p. 153-183.

¹⁰⁸⁸ Cour d'Appel de Paris 9 septembre 2003, n° 02-38013, 18^e ch. D, *Baali Cherif c. Sté Proseca*.

¹⁰⁸⁹ Tribunal correctionnel, Paris, 28 mai 1998, *Gazette du Palais*, 1999, 1, chron. Dr. Crim, p.6 note Doucet.

¹⁰⁹⁰ Tribunal correctionnel, Paris, 28 mai 1998, *Gazette du Palais*, 1999, 1, crim. p. 6.

¹⁰⁹¹ Cass. Crim, 14 Novembre 1989, JurisData n° 1989-004192, *Bulletin Criminel* 1989, n° 416, Cour d'Appel de Paris, chambre Correctionnelle, 7 juin 2004: JurisData n° 2004-253423. Cour d'Appel Amiens, ch. Corr., 7 mars 2005: JurisData n° 2005-275461, TGI Nantes, 17 juillet 2006: JurisData n° 2006-309105.

¹⁰⁹² Cour d'Appel de Versailles, 11^e chambre, n° 688, 28 octobre 2010, RG n° 09/02217. Voir aussi l'arrêt de la Cour d'Appel d'Amiens, chambre sociale, 14 décembre 2011, n° JurisData 2011-031984, dans lequel il s'agit de discrimination à l'encontre d'une télé-conseillère à raison de l'apparence physique liée à l'origine. (« Délit de sale gueule »).

Aussi, il convient de mentionner une délibération de la HALDE¹⁰⁹³ où la réclamante a vu sa candidature rejetée au poste de vendeuse en Boulangerie-Pâtisserie au motif qu'elle est « *de couleur* ». L'employeur en informe le conseiller ANPE par téléphone en présence de l'intéressée. Au vu de l'ensemble des éléments recueillis dans le cadre de l'enquête, et du témoignage produit par le conseiller ANPE, le Collège de la haute autorité constate que cette pratique constitue une discrimination, un refus d'embauche délictueux, à raison de l'origine et de l'apparence physique de la candidate et donne mandat au Président pour engager une transaction en application de l'article 255-1 du Code Pénal.

Enfin, selon un arrêt rendu en faveur de l'employeur, selon la Cour d'Appel de Versailles¹⁰⁹⁴, le seul fait d'envoyer ce courriel à une chef costumière à l'occasion de clips, programmes courts, spots publicitaires: « *Peut-être faudra-t-il la coacher pour lui apprendre à sourire et à se détendre, quant au relooking, il est absolument indispensable ... de plus elle semble peu télégénique* » ne constitue pas une preuve de discrimination raciale et à raison de l'apparence physique (50 ans et d'origine asiatique). La cour considère que si un commentaire maladroit sur une faible télégénie a été fait, il ne présente pas de connotation raciale sérieuse. De plus, « *Les suggestions de 'relooking' et de 'coaching' ne sont pas péjoratifs s'agissant d'une émission télévisée avec ses exigences* ». L'on voit bien que dans le cas spécifique de ce type de métier, l'apparence physique est jugée essentielle.

§ 2: Droit américain

153. Des études¹⁰⁹⁵ démontrent que la race est souvent liée à des traits physiques spécifiques, tels que le grain de couleur de peau, les poils faciaux ou les cheveux frisés. À titre d'exemple, la *EEOC* intente une action contre un restaurant pub dans l'État de Georgia qui licencie les personnes qui ne correspondent pas à « *l'atmosphère festive* » de l'endroit, à savoir les personnes à la peau trop sombre¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹³ HALDE- Délibération n° 2007-107 du 2 avril 2007.

¹⁰⁹⁴ Cour d'Appel de Versailles, chambre 6, 8 juillet 2011, n° JurisData 2011-017091.

¹⁰⁹⁵ JAMES H., « If you are attractive and you know it, please apply: Appearance based discrimination and employer discretion », *Valparaiso University Law Review*, vol. 42, 2008, p. 629-677.

¹⁰⁹⁶ Equal Employment Opportunity Commission, Press Release, 26 septembre 2011.

Dans le même esprit, la *EEOC* intente une action contre un hôtel au West Hollywood en Californie, qui se résout par une transaction de plus d'un million de dollars. Il s'agissait d'une discrimination raciale pour avoir licencié des valets en raison de leur apparence « *trop ethnique* », qui ne correspondait pas au groupe « *hip* » de l'hôtel¹⁰⁹⁷.

De plus, la *EEOC* considère dans un avis qu'une politique interdisant les cheveux frisés est discriminatoire vis-à-vis des personnes afro-américaines, car la texture de leurs cheveux diffère de celles des personnes appartenant aux autres races¹⁰⁹⁸.

Une affaire intentée par la *EEOC* dans l'industrie aérienne démontre dans quelle mesure il est facile pour des politiques de recrutement de se transformer en discrimination raciale illégale¹⁰⁹⁹. Dans les faits, la réclamante, afro-américaine, se fait rejeter lors du premier entretien en raison de son apparence « *non attractive* » et ses « *grosses lèvres* ». La Cour constate que comme la taille de ses lèvres était un facteur substantiel dans la décision de refus, cela constitue une discrimination raciale.

La marque américaine *Abercrombie & Fitch* (ci-après « *A&F* »), mérite particulièrement notre attention.

Le magasin d'habits pour enfants, adolescents et jeunes adultes, cultive une image '*all American*' ou purement américaine, à savoir un physique beau, mince et blanc¹¹⁰⁰.

À l'entrée des magasins, des vendeurs aux corps parfaits accueillent les clients et vont même jusqu'à prendre des photos avec eux (torse nu !). À l'intérieur des magasins règne une ambiance de boîte de nuit (lumière tamisée, musique forte, des vendeuses qui dansent et demandent aux clients « *Hey, what's going on ?* » (« *Salut, quoi de neuf ?* »). En mai 2013, la marque retire de ses rayons femmes les tailles XL et XXL¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁷ GREENHOUSE S., « Looks aren't everything – unless you want a job », *The Miami Herald*, p. 2003.21A.

¹⁰⁹⁸ *EEOC* Decision n° 71-2444, 4 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 18, 19 (1971).

¹⁰⁹⁹ *EEOC* n°70-90, 1969 WL 2903,1969. La compagnie aérienne choisissait les hotesses selon leur poids, taille et autre mensuration, ainsi que le maquillage, les mains, les dents, les cheveux, la posture et l'attitude.

¹¹⁰⁰ « *A&F's policy states that all employees "represent Abercrombie & Fitch with natural, classic American style". Workers must wear a "classic hairstyle" with nails "no more than a quarter inch beyond the tip of the finger". They are urged to "look great while exhibiting individuality"». TOPPING A., « Disabled worker wins case for wrongful dismissal against Abercrombie & Fitch », <http://www.guardian.co.uk/money/2009/aug/13/abercrombie-fitch-employee-case-damages>, 13 août 2009.*

¹¹⁰¹ SHAHZAD A., « Le Défenseur des droits va enquêter sur la politique de recrutement d'Abercrombie & Fitch », http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/24/le-defenseur-des-droits-va-enqueter-sur-la-politique-de-recrutement-d-abercrombie-fitch_3452821_3234.html?xtmc=abercrombie&xtcr=1, 24 juillet 2013.

Le président directeur général de ce magasin avait affirmé dans un entretien qu'il ne désirait pas que ses habits soient portés par des enfants « *pas cool* » ou des femmes « *grosses* »¹¹⁰². Il poursuit en disant que les vendeurs sont supposés être des « *ambassadeurs de la marque* »¹¹⁰³. « *C'est pour cela que nous embauchons des gens beaux dans nos magasins. Parce que les gens beaux attirent d'autres gens beaux, et nous voulons nous adresser à des gens cool et beaux* », affirme le président directeur général dans un entretien accordé au magazine Salon, en 2006¹¹⁰⁴. L'annonce mentionne les exigences suivantes: « *Look great while exhibiting individuality... project energy and enthusiasm... make the store a warm, inviting place that provides an exciting and energetic social experience for the customer... greet and assist customers... maintain the store presentation* »¹¹⁰⁵.

Dans l'affaire *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores Inc.*¹¹⁰⁶, ce magasin fut l'objet d'un recours collectif (ou *class action*) formé de salariés, notamment des femmes, d'origine latine, africaine, et asiatique, pour violation du Titre VII du *Civil Rights Act* de 1964. En effet, le magasin avait des pratiques de recrutement en faveur des hommes blancs très séduisants et excluait les femmes et les minorités. L'image « *toute américaine* » mais aussi « *toute belle et attirante* »¹¹⁰⁷ a été jugée discriminatoire car les personnes appartenant à des minorités étaient amenées à postuler pour des postes dans des chambres de stockage et non pas pour des postes en interaction avec le public.

Cette affaire est un exemple frappant montrant que l'apparence physique ne peut être considérée comme un *BFOQ*, si aucune preuve que l'attractivité qui touche l'essence même du métier de vendeur(se) n'est apportée. Cette affaire fut résolue par un accord à l'amiable de 50 millions de dollars (excluant les couts et honoraires des avocats) et une obligation de changements fondamentaux dans les pratiques de recrutement. Il est intéressant de noter que le décret de consentement va au-delà de la prohibition de l'utilisation des standards d'apparence physique comme fondement pour l'embauche et l'attribution de tâches. Il contraint la compagnie à faire en

¹¹⁰² BRADY C., « Discrimination based on looks », <http://au.news.yahoo.com/today-tonight/lifestyle/article/-/17267568/discrimination-based-on-looks/>, 21 mai 2013.

¹¹⁰³ GREENHOUSE S., « Looks aren't everything – unless you want a job », *The Miami Herald*, 13 juillet 2003, p. 21A.

¹¹⁰⁴ SHAHZAD A., « Le Défenseur des droits va enquêter sur la politique de recrutement d'Abercrombie & Fitch », http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/24/le-defenseur-des-droits-va-enqueter-sur-la-politique-de-recrutement-d-bercrombie-fitch_3452821_3234.html?xtmc=abercrombie&xtcr=1, 24 juillet 2013.

¹¹⁰⁵ GREENHOUSE S., « Going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003.

¹¹⁰⁶ *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores Inc.*, n° CV-04-4731, SI (California 2004).

¹¹⁰⁷ GREENHOUSE S., « Going for the Look, but Risking Discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003.

sorte que tous les matériels de marketing reflètent bien la diversité raciale et ethnique et impose des règles, politiques et programmes internes afin de promouvoir et d'inciter la diversité dans l'entreprise, en prévenant notamment toute discrimination fondée sur la race ou le genre. Ceci est une première¹¹⁰⁸ ! Certains se sont même posé la question de savoir si la *EEOC* avait dépassé les limites de son mandat dans le combat contre la discrimination, en imposant de nouvelles stratégies de marketing à *A&F*¹¹⁰⁹. Nous pensons que les exigences de la *EEOC* sont parfaitement légitimes. D'autres obligations imposées à *A&F* seront développées au chapitre 5.

En France (où cette *A&F*, possède un magasin sur Champs-Élysées, et une boutique dans le centre commercial So Ouest de Levallois-Perret, Hauts-de-Seine), le Défenseur des droits, s'est auto-saisi de ce sujet le 15 juillet 2013 afin d'examiner les pratiques de recrutement de *A&F* Paris, soulignant que le géant américain « *semble fonder ses pratiques de recrutement sur des critères discriminatoires et notamment l'apparence physique* »¹¹¹⁰. Selon le Défenseur, « *Si des exigences professionnelles peuvent légitimer la prise en compte de l'apparence physique dans le cadre du recrutement de mannequins, il en est autrement pour des postes de vendeurs* »¹¹¹¹.

La marque nord-américaine a également été poursuivie, en 2009 au Royaume-Uni, par une étudiante handicapée. La jeune femme, née sans avant-bras gauche et qui portait une prothèse, avait négocié durant son embauche qu'on lui accorde la possibilité de porter un cardigan pour masquer son handicap, quand bien même cela allait à l'encontre du code vestimentaire estival. Toutefois cela a été remis en cause et la responsable du magasin lui a demandé de travailler en

¹¹⁰⁸ STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal, Employment Law*, vol. 27, n° 41, 20 juin 2005.

¹¹⁰⁹ STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal, Employment Law*, vol. 27, n° 41, 20 juin 2005.

¹¹¹⁰ Dominique Baudis du Défenseur des droits, SHAHZAD A., « Le Défenseur des droits va enquêter sur la politique de recrutement d'Abercrombie & Fitch », http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/24/le-defenseur-des-droits-va-enqueter-sur-la-politique-de-recrutement-d-abercrombie-fitch_3452821_3234.html?xtmc=abercrombie&xtcr=1, 24 juillet 2013.

¹¹¹¹ SHAHZAD A., « Le Défenseur des droits va enquêter sur la politique de recrutement d'Abercrombie & Fitch », http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/24/le-defenseur-des-droits-va-enqueter-sur-la-politique-de-recrutement-d-abercrombie-fitch_3452821_3234.html?xtmc=abercrombie&xtcr=1, 24 juillet 2013.

tee-shirt. Comme elle refusait, elle a été licenciée. La société avait été condamnée, à payer 9000 Pounds pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et pour dommage moral¹¹¹².

Section 5 : Âge

154. En droit français, la rupture de contrat d'une danseuse de l'opéra pour survenance de l'âge conventionnel de la retraite, alors que cet âge est de 45 ans pour les hommes et de 40 ans pour les femmes a été jugée contraire à la directive 76/207/CE du 9 février 1976 sur l'égalité de traitement¹¹¹³. Dans une affaire de la Cour d'Appel de Poitiers¹¹¹⁴, une personne qui travaillait depuis deux ans en contrat à durée déterminée pour une banque en y exerçant diverses fonctions successivement, avait postulé pour un contrat à durée indéterminée d'assistante de la clientèle, fonction qu'elle avait déjà exercée dans l'entreprise, mais elle avait été écartée à la troisième et dernière étape de la procédure de recrutement. L'intéressée allègue une discrimination en raison de sa forte corpulence et de son âge. La HALDE avait conclu à une discrimination fondée sur l'âge. Voici un cas de dédoublement ou d'intersection de discrimination : poids et âge. La Cour d'Appel de Poitier fait droit à sa demande, allant à l'encontre du jugement du Conseil de Prud'hommes qui avait écarté la discrimination au motif que le fait d'avoir invoqué d'abord la corpulence privait la candidate du droit d'appuyer sa demande sur l'âge, en fonction des résultats de la HALDE. (Au lieu de se placer sur le terrain de l'apparence physique, à tort, elle se place sur le terrain de l'âge).

En droit américain, dans une affaire récente, un gestionnaire de propriétés fait un licenciement collectif sans inclure une salariée de 53 ans. Toutefois, le lendemain de ce licenciement, elle reçoit une lettre de licenciement sous prétexte que sa position avait été éliminée, contrairement à

¹¹¹² SHAHZAD A., « Le Défenseur des droits va enquêter sur la politique de recrutement d'Abercrombie & Fitch », http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/24/le-defenseur-des-droits-va-enqueter-sur-la-politique-de-recrutement-d-abercrombie-fitch_3452821_3234.html?xtmc=abercrombie&xtcr=1, 24 juillet 2013. *The tribunal added that Dean's dismissal was a consequence of unlawful harassment arising "not from treating the claimant differently from non-disabled associates [in enforcing the 'look policy'], but in treating her the same in circumstances where it should have made an adjustment"*.

TOPPING A., « Disabled worker wins case for wrongful dismissal against Abercrombie & Fitch », 13 août 2009. <http://www.guardian.co.uk/money/2009/aug/13/abercrombie-fitch-employee-case-damages>.

¹¹¹³ Cass. Crim., 26 septembre 1996, *Gazette du Palais*, 1997, 1. 21, conclusions Bonnet.

¹¹¹⁴ Cour d'Appel de Poitier, 17 février 2009, arrêt n° 123, affaire n° 08/00461.

la réalité. Elle saisit donc la *EEOC*. Selon la Cour Fédérale de Oklahoma, le commentaire d'un CEO « *elle était trop vieille et laide* » pour « rencontrer » et « divertir » les (potentiels) locataires (« *who would want to lease from her?* »¹¹¹⁵) ainsi que l'affirmation qu'il recherchait une femme plus jeune et jolie pour la position sont une preuve directe de discrimination. La Cour se fonde sur le *ADEA* et sur la théorie des motifs mixtes, l'âge était *un* motif qui a contribué à la prise de la décision contestée¹¹¹⁶. La Cour mentionne l'« *agéisme* » et « *lookisme* », bien que ce dernier ne soit pas juridiquement contestable.

Enfin, il est jugé que des collègues habillés de manière très provocante qui se moquent d'une salariée dans une librairie, la traitent de 'vieille mère' et refusent de lui parler car elle avait institué le code vestimentaire des salariés, ne contribuent pas à un environnement hostile ou à un harcèlement fondé sur le sexe ou l'âge¹¹¹⁷.

Section 6 : Orientation sexuelle

155. En droit français, dans un arrêt de la Cour d'Appel de Douai¹¹¹⁸, le réclamant invoque un harcèlement par dévalorisation de sa personne, discrédit, allusions à son apparence physique (sa maigreur et sa 'fragilité') et à son orientation sexuelle. Les pressions exercées par le directeur ont eu pour effet d'altérer sa santé et de provoquer une dépression. La Cour conclut à juste titre qu'il y a harcèlement moral au sens de l'article L. 1154-1 du Code du Travail lorsque le salarié établit des faits qui permettent de présumer l'existence d'un harcèlement : discrétiser systématiquement le travail effectué, mettre la pression pour la réalisation d'une tâche et attendre au moins 3 ou 4 jours avant d'en prendre connaissance, refaire une même lettre 5 ou 6 fois, faire nettoyer les chaussures boueuses devant témoins, confier des travaux complexes à effectuer dans un temps irréalisable et refuser les congés payés très en retard et sans motif. À ces actes, s'ajoutent des propos insultants et humiliants. Il incombe à la partie défenderesse de prouver que ces agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement mais justifiés par des éléments objectifs

¹¹¹⁵ Qui voudrait louer de chez elle?

¹¹¹⁶ *EEOC v Kanbar Property Management, LLC*, District Court for the Northern District of Oklahoma, n° 12-CV-00422-JED-TLW, 23 août 2013.

¹¹¹⁷ *Civil Rights Act of 1964*, §§ 701 et seq., 42 U.S.C.A. §§ 2000e et seq.; *Age Discrimination in Employment Act of 1967*, §§ 2 et seq., 29 U.S.C.A. §§ 621 et seq. *McKeown v. Dartmouth Bookstore, Inc.*, 975 F. Supp. 403 (D.N.H. 1997).

¹¹¹⁸ Cour d'appel de Douai, ch. Sociale, 31 mars 2009, n° 546-09, RG 08/01639. Délibération HALDE n° 2007-252 du 1^{er} octobre 2007. La HALDE intervient par voie d'observation.

qui y sont étrangers. Or, le défendeur n'apporte pas une telle preuve. La Cour retient que la matérialité des faits était établie par des témoignages, l'enquête de l'inspecteur du travail et par la dégradation de la santé du salarié qui en a résulté.

Plus le poste est en contact avec le public, plus l'apparence physique joue un rôle important, alors même que fondamentalement elle ne constitue ni l'essence du métier, ni un critère d'embauche.

L'égalité professionnelle semble être un combat permanent et la problématique autour de la responsabilité de l'employeur face à un comportement qualifiable de discriminatoire et les arguments qu'il est à même d'avancer sont loin de trancher le débat. En effet, bien que le principe de non-discrimination ne saurait remettre en cause les droits de l'employeur, recourir à la discrimination pourrait revenir à malmenager cette liberté et aller à l'encontre du principe d'égalité.

La reconnaissance des principes fondamentaux des employés n'implique pas automatiquement la disparition des droits de l'employeur. Le point de départ, dans les jurisprudences américaine et française, est de toute évidence le contrôle de la proportionnalité au but recherché ainsi que l'objectivité dans le jugement qui efface tout caractère arbitraire de distinction. La définition de discrimination contient un critère de distinction illégitime et une absence de justification légitime. C'est ce critère de justification légitime, objectif et raisonnable, immédiatement relié aux objectifs de réaliser de « bonnes affaires » et aux caractéristiques directement liées à un objectif de business pur¹¹¹⁹, c'est-à-dire relevant de l'essence même du travail, qui est recevable par les juges.

Il s'agit d'établir un équilibre dans la plus large mesure possible. La tâche de différenciation entre les justifications légitimes ou illégitimes demeure un défi majeur pour les juges. En effet, la ligne de démarcation entre abus de pouvoir et discrimination de la part de l'employeur d'une part, et sa liberté d'autre part, reste fragile et sujette à interprétation. Tout l'enjeu est de réaliser une conciliation entre (i) la liberté de choix et l'autorité indispensable à l'intérêt et au bon

¹¹¹⁹*Furnco Constr. Corp. v. Waters*, 438 U.S. 567, 577 (1978). Of course, as a matter of technical law, « Title VII does not make unexplained differences in treatment per se illegal nor does it make inconsistent or irrational employment practices illegal. It prohibits only intentional discrimination based upon an employee's protected class characteristics ».

fonctionnement de l'entreprise et (ii) la protection des libertés fondamentales des salariés, leur droit au libre accès au travail, à l'égalité d'opportunité, et à des procédures objectives.

Nous concluons alors que la majorité des arrêts exposés précèdent les réformes législatives¹¹²⁰ en matière de *lookisme*. Les jurisprudences américaine et française, bien que parfois malaisées, tentent d'utiliser les exceptions de manière neutre¹¹²¹, mesurée, orientée vers l'intérêt de l'entreprise et non vers l'intérêt personnel de l'employeur.

La jurisprudence semble elle-même dépassée par ce phénomène. Nous devons attendre que la jurisprudence devienne plus fournie en la matière, ce qui ne tardera pas à se produire.

Cependant, la jurisprudence est prometteuse. Les raisonnements ci-dessus nous paraissent pertinents et équilibrés. Il ressort de l'examen de la jurisprudence américaine que dans l'hypothèse où un chef d'entreprise désire imposer des normes sur la coiffure, le poids, la taille, les uniformes,... ces normes doivent être appliquées de manière similaire aux femmes et aux hommes ainsi qu'aux salariés de toutes les races, origines nationales, religions, à moins que cela ne soit justifié par une *business necessity*¹¹²². L'application des standards doit être neutre, appliquée de manière consistante et surtout proportionnée au but recherché.

Il ressort de la jurisprudence française que l'utilisation de l'article L.1132 du Code du Travail est très rare. Les fondements sont assez aléatoires mais on observe une tendance générale à avoir une appréciation factuelle de l'affaire en s'appuyant sur le fondement fréquent des libertés individuelles, des bonnes mœurs ou tout simplement de la logique et du bon sens.

Le problème est loin d'être totalement résolu. Le droit ne résout pas la question à lui seul.

Quelle est la solution face au *lookisme* ? Est-elle juridique ? Interne aux entreprises ? Sociale ? éducationnelle... ?

¹¹²⁰ Voir le chapitre 1^{er}.

¹¹²¹ BOSSU B., « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre », *Droit social*, 1994, p.754.

¹¹²² EEOC, directive transmittal, n° 915.003, 4/19/06.

CHAPITRE 5 : LES SOLUTIONS FACE AU LOOKISME

156. Pourquoi est-il important de fournir des remèdes contre le *lookisme* dans le travail ?

Toutes les conditions pour la protection contre ce genre de discrimination sont réunies. Bien que cette affirmation pose tout le problème de la constitution d'une catégorie, il existe d'une part, un groupe bien déterminé de personnes. D'autre part, une chronologie historique d'évènements répétitifs et généralisés témoignant indéniablement d'un traitement discriminatoire vis-à-vis de ce groupe-là, bien que cette histoire de discrimination soit dure à mesurer vu que les données sont très rares. Par ailleurs, l'immutabilité d'une grande partie des caractéristiques physiques (comme pour toute discrimination sanctionnée), sauf en matière de poids, (sujet à débat continu), indique le besoin de protection. Enfin, l'indifférence de cette caractéristique dans l'exercice de la plupart des métiers et la productivité, sont flagrantes. (Nous avons vu toutefois que certaines caractéristiques sont mutables dans la sphère de contrôle et que par suite, poser des exigences en relation avec ces critères, n'est pas, dans la majorité des cas, discriminatoire). D'ailleurs, il est incontestablement nécessaire de sanctionner cette forme de discrimination car elle ne correspond de manière suffisamment identique à aucune cause de discrimination juridiquement protégée par un texte de loi, et ne garantit pas gain de cause. Enfin, prohiber le *lookisme* pourrait provoquer un changement majeur des mentalités dans la perception d'autrui et ira même jusqu'à prévenir d'autres formes de discriminations.

La propagation du *lookisme* dans les cultures occidentales actuelles pourrait faire de ce comportement un phénomène social universellement acceptable, approprié ou tout du moins inévitable. De plus, malheureusement, comme il a été observé au chapitre 4, les droits américain et français ne fournissent pas toujours de solution aux victimes du *lookisme* pur ; et la régulation des traitements adverses sur les bases d'apparence physique est extrêmement complexe.

Tolérer une telle discrimination signifie comme nous l'avons vu, méconnaître le respect de la dignité et de la liberté. Réduire un individu à son apparence physique revient à le dénier de sa valeur humaine. Les traits physiques sont des critères artificiels, dont la signification est dictée par la société. Or, ce *statu quo* ne devrait plus être toléré: aucun trait physique n'est supérieur ou inférieur à l'autre. L'apparence physique, telle que la race, la taille, le genre ou l'âge, ne rentre

pas dans la sphère de notre choix, et n'a aucun rapport avec les qualifications et capacités au travail.

Ensuite, juger les personnes sur leur apparence physique dans le monde du travail est irrationnel et ne peut qu'éliminer des talents potentiels, générer des coûts monétaires et transactionnels pour les entreprises, faire régresser la productivité et donc l'économie, la société et les individus. La communauté dans l'absolu souffre de l'inégalité car des individus sont 'cachés' et des résultats demeurent non réalisés.

En effet, certaines personnes ont un physique 'moyen' mais sont exceptionnelles dans d'autres domaines. Elles ont un plus grand apport dans la société que les personnes considérées très 'attractives' mais médiocres dans d'autres domaines. Par suite, la chance de se faire de l'argent et d'avoir un grand succès professionnel ne doit être limitée qu'aux seules personnes qui possèdent le talent et les capacités requises.

D'autant plus que les préjugés attribués par ceux qui déterminent qui aura accès au 'pouvoir' sont basés sur de fausses idées de faute, blâme, allocation de responsabilité personnelle, de mérite et de choix¹¹²³. Nous utilisons des signes visibles pour justifier une limitation des opportunités sociales quelle qu'en soit la pertinence. Or, comment blâmer quelqu'un en raison d'une caractéristique qui est hors de son contrôle ou en raison de sa non-conformité à ce qu'on considère un *look* normal ?

Tout ceci témoigne d'un besoin éminent de mettre en vigueur une loi sanctionnant la différenciation basée sur un goût personnel, faite arbitrairement et sans aucune justification¹¹²⁴. Il est aussi de mise de dépasser nos imaginaires discriminants, en combattant les préjugés et stéréotypes, pour sortir du déni et prendre conscience des conséquences induites par ces pratiques discriminantes. Il est aussi nécessaire de favoriser des politiques de sensibilisation pour promouvoir les principes d'égalité et de diversité¹¹²⁵. Comment est-il possible de réaliser des changements systémiques ? Est-ce un naïf idéalisme que de vouloir rendre le monde meilleur à travers le droit uniquement ? Dans quelle mesure le droit peut-il intervenir dans le contexte du

¹¹²³ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 24.

¹¹²⁴ *Association of Professional teachers v. Minister of Education* (16), 1048 1080G-I (1995).

¹¹²⁵ HAMMOUCHE S., EDIN V., *Chronique d'une discrimination ordinaire*, Gallimard, 2012.

lookisme ? Comment changer les perceptions et combattre les stéréotypes et représentations collectives ? Quels rôles peuvent jouer les politiques nationales et acteurs sociaux afin de promouvoir l'égalité et l'opportunité en vue d'éliminer les discriminations ? Comment sensibiliser les acteurs concernés ?

Combattre les préjugés sous-tendant les représentations sociales implique de supprimer l'appui que leur donnent certaines institutions de la société comme l'école ou le marché de travail¹¹²⁶ ou encore les médias audio-visuels.

Ce chapitre s'articule autour des solutions face au *lookisme*, et notamment la manière de déconstruire les stéréotypes et les préjugés.

Section 1 : La solution juridique

157. L'objectif est d'offrir à tous, à compétences et capacités égales, les mêmes possibilités dans l'emploi et dans son accès. À cet effet, le respect et la promotion du principe d'égalité des chances ou d'opportunité et de traitement doivent être au centre des préoccupations de l'ensemble des acteurs de la vie économique et sociale.

La question qui se pose est celle de savoir si le droit se suffit à lui-même pour changer la signification sociale et culturelle du poids des images corporelles afin de prévenir et de remédier au *lookisme* dans le monde du travail.

Aujourd'hui, comme nous l'avons mentionné au chapitre 2, il existe un débat aux États-Unis sur la question de savoir si l'on devrait ou non prohiber le *lookisme* au niveau de la législation fédérale.

§ 1: Critique du système juridique aux États-Unis : un raisonnement illogique

158. Beaucoup de contestations contre la régulation de la *grossophobie* ont été levées et l'on s'est posé la question de savoir si les personnes en surpoids constituent une catégorie homogène capable d'agiter les droits civils.

¹¹²⁶ MERTON R., *Social theory and social structure*, New York press, 1968.

Conseiller à des personnes simplement en surpoids de fonder leurs actions sur le *ADA* ou le *Rehabilitaion Act* afin de se ‘faire’ qualifier d’handicapé ou d’être ‘perçu’ comme handicapé est-elle la solution ?! Cela ne renforce-t-il pas davantage la stigmatisation ?

En réalité, l’ « obésophobie » n’est pas régulée de manière logique et l’on se demande si le *ADA* et le *Rehabilitaion Act* ne sont pas une part du problème ou de la solution. Quelques propositions¹¹²⁷ ont été avancées pour améliorer ce texte de loi. Afin de contourner l’obligation de prouver l’origine physiologique de l’obésité (voir le chapitre 2), Madame Anna Kirkland propose d’adopter une version plus facile de l’acte, plus large et moins tournée vers la médecine, sans toutefois définir l’infirmité (par exemple mettre en œuvre des tests montrant comment un individu fonctionne différemment de la norme, indépendamment de la cause). Cette solution demeure toutefois insatisfaisante car elle ne résout pas la véritable difficulté.

En effet, le raisonnement sous-tendant la protection juridique nous semble illogique : Comment un individu juridiquement perçu comme maladivement obèse-t-il est en théorie protégé ; tandis qu’une personne simplement en surpoids-notion floue et intrinsèquement subjective- ou qui ne réussit pas à prouver que son poids est un handicap, ne l’est pas¹¹²⁸ ?! Cela est absurde.

Le Congrès américain devrait être convaincu d’ajouter le poids dans les catégories protégées sous le Titre VII ; sans quoi, le poids demeurerait comparable au tabac, aux uniformes non hygiéniques ou au langage inapproprié, c’est-à-dire aux caractéristiques non désirables mais non protégeables.

Quelle est la solution juridique ?

§ 2: Une loi taillée sur mesure¹¹²⁹

159. Les législations américaine et française sont évidemment perfectibles. Le droit en tant que reflet de la société est fondé sur différentes valeurs fondamentales, dont certaines sont en conflit avec d’autres, en l’occurrence le droit à l’égalité d’une part et le droit à l’indépendance, à la

¹¹²⁷ KIRKLAND A., *Fat rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008, p. 156.

¹¹²⁸ Revoir le Chapitre 2 sur la preuve en matière d’obésité.

¹¹²⁹ Aux plans fédéral américain et européen, l’on devrait assurer une uniformisation et harmonisation des normes. BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006. p. 33.

génération de profits de l'autre et à la libre association de l'autre. Dans la plupart des cas, le droit, refusant de trancher entre une valeur (l'éradication de la discrimination) et une autre (d'importants objectifs sociaux), tente d'exécuter une portion de chacune¹¹³⁰.

Aux États-Unis, de nombreux auteurs élèvent leurs voix en faveur d'une prohibition juridique explicite contre le *lookisme*¹¹³¹.

L'économiste Monsieur David Monsieur Hammermesh par exemple, propose une protection juridique aux 'personnes laides' similaire à celle des minorités raciales, ethniques ou religieuses ainsi qu'aux femmes et aux handicapés. Il propose que 'la laideur' soit considérée de manière générale comme une *disability* devant être protégée par le *ADA*¹¹³². Aussi, le Professeur Jane Korn avance le besoin de prohiber par le *ADA* la discrimination à raison de l'obésité, indépendamment du lien avec la condition physiologique¹¹³³.

Selon Madame Deborah Rhodes, le droit doit impérativement prohiber le *lookisme* ; « *The most effective way of combating prejudice is to deprive people of the option to indulge in it ... We can legislate conduct and a half a century's experience makes clear that changes in attitudes can follow. Providing legal forums to expose injustice and break down racial segregation has helped to transform cultural perceptions and stereotypes* »¹¹³⁴. Elle assimile ce problème à celui de la discrimination contre les homosexuels, avant d'être juridiquement prohibée.

Par ailleurs, malgré le fait qu'il n'existe pas de corrélation parfaite entre ce qui est considéré moralement faux et ce qui est juridiquement prohibé, il convient d'insister sur une objection morale à ce type de discrimination.

De plus, certains expliquent le besoin d'une protection juridique de la manière suivante : fournir un remède juridique n'a pas de connexion avec une idée de blâme pour avoir commis quelque

¹¹³⁰ CORBETT W., « The ugly truth about appearance discrimination and the beauty of our employment discrimination law », *Duke Journal of Gender, Law and Policy*, vol. 14, 2007, p. 153, 165-66.

¹¹³¹ RHODE D., « The injustice of appearance », *Stanford Law Review*, vol. 61, 2009, p. 1033.

FLEENER H., « Looks sell, but are they worth the cost?: How tolerating looks-based discrimination leads to intolerable discrimination », *Washington University Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1295

¹¹³² HAMERMESH D., « Ugly? You may have a case », *New York Times*, 28 août 2011, SR12.

¹¹³³ KORN J., « Too fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, 2010, p. 209, 225.

¹¹³⁴ RHODE D., *The beauty bias: the injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 112.

chose de ‘faux’. L’unique objectif est de surveiller et tenter de prévenir des biais irrationnels sur les personnes visées¹¹³⁵.

Le droit remet en cause toute discrimination et renforce l’égalité ainsi que le respect de la personne, valeurs constitutionnelles et fondamentales en France, dans l’Union européenne et aux États-Unis. Le droit est une menace crédible et est susceptible de faire évoluer, à terme, les comportements, les pratiques, les habitudes, voire les représentations surtout dans le droit du travail. Porteur de valeurs, il dénonce les représentations sociales stéréotypées et permet dans une certaine mesure de rationaliser la gestion des ressources humaines¹¹³⁶ et les stratégies des entreprises. L’aspiration du droit est d’améliorer la qualité de vie. Il a un rôle fondamental dans la manière de forger les perceptions, comportements et attentes.

De manière générale, les auteurs proposent une des trois stratégies suivantes : D’abord, la réinterprétation des lois américaines actuelles afin de reconnaître l’apparence (surtout l’obésité) en rapport avec des catégories préexistantes protégées¹¹³⁷. D’autres pensent que l’on devrait assimiler l’obésité à un handicap et par suite la couvrir par le ADA¹¹³⁸. Enfin, certains considèrent que la meilleure solution est de fournir une protection au critère d’apparence physique sous la *perceived disability theory*¹¹³⁹.

Ils proposent ensuite d’adopter des lois étatiques et locales¹¹⁴⁰ telles que celles mentionnées au chapitre 1.

En effet, selon certains, il vaut mieux légiférer sur le plan étatique et non sur le plan fédéral car cette dernière possibilité serait irréaliste¹¹⁴¹. Il est en effet plus facile pour les États d’adopter des

1135 THERAN E., « Free to be arbitrary and ... capricious: Weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 11, p. 113.

1136 GARNER-MOYER, « La discrimination à l’épreuve du droit », 21 avril 2005.

1137 FLEENER H., « Looks sell, but are they worth the cost ? : How tolerating looks-based discrimination leads to intolerable discrimination », *Washington University Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1295. STEINLE A., « Appearance and grooming standards as sex discrimination in the workplace », *University Law Review*, vol. 56, 2006, p. 261.

1138 KORN J., « Too fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, 2010, p. 209, 225.

1139 Voir chapitre 2, « Facial discrimination: Extending handicap law to employment discrimination on the basis of physical appearance », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987, p. 2035, 2040-2042. Cet article rappelle que le terrain de la discrimination contre les handicapés est souvent utilisé en matière de *lookisme*.

1140 ADAMITIS E., « Appearance matters: A proposal to prohibit appearance discrimination in employment » *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, p. 200. BELLO J., « Attractiveness as hiring criteria: Savvy business practice or racial discrimination ? », *Journal for Gender Race and Justice*, vol. 8, 2004, p. 483.

lois larges et de les appliquer aux petites entreprises qui sont immunisées contre la discrimination en droit fédéral.

À titre d'exemple, contrairement aux lois fédérales qui donnent davantage d'importance à la non mutabilité des traits à protéger, les législateurs locaux ont une plus grande marge de discrétion et peuvent inclure les traits immutables et ceux mutables associées à l'apparence (tels que la tenue vestimentaire par exemple). Selon un auteur, les États et les localités ont plus de motivation à changer leurs lois car comme les entreprises sont en constante compétition, il est dans leur intérêt de protéger leurs citoyens contre les effets néfastes de la discrimination¹¹⁴².

Essayons de concevoir une nouvelle loi aux États-Unis.

Enfin, on propose de promulguer une nouvelle loi au plan fédéral afin d'y insérer l'apparence physique¹¹⁴³. C'est sur cette dernière proposition que nous allons nous attarder et ceci car modifier les lois étatiques entraînera des résultats inconsistants¹¹⁴⁴.

Dans la constellation du droit sur les discriminations en vigueur aux États-Unis et en France, les lois n'ont pas de valeur égale¹¹⁴⁵. Quelle devrait être l'envergure d'une loi anti-lookiste ?

Sachant qu'une loi contre la discrimination risque d'enfreindre gravement le droit de l'employeur à l'autonomie de volonté, on devrait introduire une loi modérée. Cette loi doit constamment faire des compromis et équilibrer deux objectifs : d'une part minimiser la discrimination ; et d'autre part, réaliser des buts sociétaux tels que le pouvoir de décision et la liberté d'association des employeurs et respecter les considérations personnelles des individus. Par conséquent, comme la logique des lois contre la discrimination vise à supprimer la discrimination en minimisant les traitements injustes, quitte à subordonner des buts à d'autres, cette loi devrait sanctionner les discriminations flagrantes et ne pas injustement aller à l'encontre de l'autonomie de l'employeur. Elle marquerait un semblant d'équilibre entre les droits des employeurs ou responsables des ressources humaines et des salariés. Il s'agit donc de créer un

¹¹⁴¹ ADAMITIS E., « Appearance matters: A proposal to prohibit appearance discrimination in employment, », *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, p. 200.

¹¹⁴² BELLO J., « Attractiveness as hiring criteria: Savvy business practice or racial discrimination ? », *Journal for Gender Race and Justice*, vol. 8, 2004, p. 483.

¹¹⁴³ ZAKRZEWSKI K., « The prevalence of "lookism" in hiring decisions: How federal law should be amended to prevent appearance discrimination in the workplace », *U. PA. J. LAB. & EMP.*, vol.7, 2005, p. 431.

¹¹⁴⁴ ZAKRZEWSKI K., « The prevalence of "lookism" in hiring decisions: how federal law should be amended to prevent appearance discrimination in the workplace », *U Pa.J.LAB & EMP.L.*, vol. 7, 2005, p. 452.

¹¹⁴⁵ CORBETT W., « The ugly truth about appearance discrimination and the beauty of our employment discrimination law », *Duke Journal Of Gender Law & Policy*, vol. 14, 2007, p.178.

équilibre entre les objectifs des droits de l'homme et du droit du travail et d'autres objectifs sociaux et des affaires.

Afin de remédier aux failles du droit, le titre VII du *Civil Rights Act* doit être modifié de manière à inclure l'apparence physique¹¹⁴⁶. Il devrait couvrir les caractéristiques physiques *immutable* ou inaltérables, c'est-à-dire les caractéristiques sur lesquelles un individu n'a aucun contrôle. Quelles sont ces caractéristiques ? L'attractivité générale, la taille, le poids, les cicatrices, la qualité de peau, les tâches de rousseurs, la forme du visage, du nez ou des oreilles, la voix, les brûlures faciales, les doigts ou membres amputés, et tout autre trait raisonnablement inchangeable.

Dans le même ordre d'idées, les caractéristiques telles que les tatouages, les piercings visibles, la longueur ou la couleur des cheveux, la coiffure, le style vestimentaire (lorsqu'il correspond à une *business necessity*), le port de talons, les ongles, l'hygiène, le maquillage pour les femmes, etc... qui ne rentrent pas dans cette catégorisation, sont aisément mutables (par exemple, les tatouages peuvent être couverts durant la journée) et ne sortent aucunement du domaine de contrôle d'une personne, et pourraient ne pas toujours être protégés juridiquement. En effet, étendre la prohibition de discrimination de manière absolue aux critères mutables serait une perversion de la loi car cela forcerait les employeurs à maintenir des pratiques et des politiques qui créeront des conflits¹¹⁴⁷.

Dans ce cas, la discrétion du juge entre en jeu, selon les circonstances en cause¹¹⁴⁸ et l'objectivité ainsi que la proportionnalité des exigences.

Dans le même esprit, s'agissant du droit français, bien que le terme 'apparence physique' figure dans le Code du Travail et le Code Pénal, cette notion doit être détaillée pour éviter les risques de confusion. Le fait que la jurisprudence française n'invoque que très rarement l'apparence physique sur le fondement de l'article L.1132 du Code du Travail et 225 du Code Pénal est dû au manque de précision du terme. Il serait plus utile de préciser cette notion tout en marquant la

¹¹⁴⁶DESIR J., « *Lookism: Pushing the frontier of equality by looking beyond the law* », *University of Illinois Law Review*, vol. 629, 2010.

¹¹⁴⁷DESIR J., « *Lookism: Pushing the frontier of equality by looking beyond the law* », *University of Illinois Law Review*, vol. 629, 2010.

¹¹⁴⁸Voir chapitre 4.

différence entre les caractéristiques mutables et immutables. De plus, il est indispensable de bien mettre en valeur le pouvoir discrétionnaire de l'employeur, qui peut opérer des différences de traitement, tout en invoquant des raisons objectives et proportionnées.

En définitive, dans les deux juridictions, le législateur devrait souligner les exceptions ou nuances telles que la bonne marche de l'entreprise *ou business necessity*, l'image de l'entreprise, et surtout le *BFOQ* ou l'essence ou de nature du travail, tout en mettant en relief l'interprétation stricte de ces notions.

Il convient enfin de souligner que Défenseur des droits joue aussi un rôle dans la réforme du droit¹¹⁴⁹, et pourrait, on le souhaite, se positionner en faveur d'une élaboration de l'article L. 1132 du Code du Travail.

§ 3: Discrimination positive ou affirmative action ?

160. Une autre politique de rééquilibrage serait la discrimination positive¹¹⁵⁰. A l'origine, le Président Kennedy refusait l'idée de quotas, estimant que la société américaine était « *trop mélangée pour commencer à être divisée en fonction de la race ou de la couleur de peau* » et qu'il était « *impossible de refaire le passé* »¹¹⁵¹.

Aujourd'hui, aux États-Unis, la lutte contre les discriminations prend essentiellement la forme de politiques de discrimination positive ou de *affirmative action*, en faisant prévaloir l'équité sur l'égalité. Elle demeure l'idée la plus impopulaire dans la politique anti-discrimination américaine¹¹⁵². La discrimination positive signifie la prise d'actions appropriées pour contrer les effets du passé ou pratiques récentes, politiques ou barrières aux opportunités égales d'emploi¹¹⁵³.

¹¹⁴⁹ Rapport annuel, 2011, Le Défenseur des droits, République Française, p. 113.

¹¹⁵⁰ « Positive Discrimination, Catwalk » <http://www.ykone.com/en/magazine/news/la-discrimination-positive-debarque-a-la-fashion-week-bresilienne>, quota de 10% de femmes mannequins doivent être noires ou d'origine ethnique (Alors que plus de 50% de la population brésilienne l'est)!

¹¹⁵¹ GRAHAM H.D., *The civil rights era, origins and development of national policy*, p. 106.

¹¹⁵² SCHUCK P., « Affirmative action: Past, present and future », *Yale Law Policy Review*, vol. 20, 2002. « *I know of so other public policy since the rise of the administrative state... that has remained so intensely unpopular yet has survived so long* ».

¹¹⁵³ EEOC Guidelines on Affirmative Action, 29 C.F.R. § 1608.1(c).

Le même problème se pose : même si on décidait de favoriser les personnes au *look* 'hors norme', comment les catégoriser¹¹⁵⁴ ? Par contre, cela serait possible en matière d'obésité.

En France, cette notion s'installe non sans difficulté¹¹⁵⁵. Comme nous l'avons mentionné au chapitre 1, les discriminations positives ont été expressément admises par la loi depuis 2005 (*ancien Code du Travail, article L. 122-45-4, rédaction L. n° 2005-102, 11 févr. 2005, art. 24*), au bénéfice des personnes handicapées. Le Code du Travail (article L. 1133-4) admet désormais les mesures appropriées au bénéfice de ces personnes visant à favoriser l'égalité des traitements. Toutefois, cette question n'est pas tout à fait tranchée en Europe et par suite il est fort peu probable que cette idée prenne forme en matière de *lookisme*¹¹⁵⁶.

En outre, certains qualifient la discrimination positive ou le système de quotas comme étant un « *mal nécessaire* » (les femmes n'aiment pas être considérées comme des quotas). Elle peut être considérée comme superficielle mais quand les choses ne progressent pas, elle oblige à l'action (ex : quota de femmes dans les conseils d'administration) en espérant que cela engendre un cercle vertueux¹¹⁵⁷.

Certains proposent cette idée en matière de *lookisme*¹¹⁵⁸. En revanche, une telle proposition peut susciter quelques réticences. Ce dispositif est controversé car c'est le droit lui-même qui institue une inégalité formelle¹¹⁵⁹ dans le but de réaliser une égalité concrète.

¹¹⁵⁴ TIETJE L., CRESAP S., « “ Is lookism unjust ? » *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, n° 2, 2005, p. 31-50.

¹¹⁵⁵ CALVES G., « L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination positive », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, édition atelier national de reproduction des thèses, 1997.

¹¹⁵⁶ La CJCE saisie à raison de l'interprétation de l'article 2 de la Directive du 9 février 1976, par l'arrêt Marschall du 11 novembre 1997, a jugé de la légalité du statut des fonctionnaires du Land de Nordrhein-Westfalen selon lequel, « *si, dans le secteur de l'autorité compétente pour la promotion, les femmes sont en nombre inférieur aux hommes au niveau de poste concerné de la carrière, les femmes sont à promouvoir par priorité, à égalité d'aptitude, de compétence et de prestations professionnelles, à moins que des motifs tenant à la personne d'un candidat ne fassent pencher la balance en sa faveur* ». CJCE, 11 novembre 1997, *Hellmut Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen*. Toutefois, deux ans plus tôt, la CJCE avait condamné le land de Breme dans une affaire de recrutement préférentiel au bénéfice d'une femme dans un service public car cela dépassait le principe d'égalité des chances consacré par le droit communautaire¹¹⁵⁶. CJCE, 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c. Freie Hansestadt Bremen*. Après avoir rappelé que le principe de l'égalité de traitement impliquait l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, la CJCE a estimé que le paragraphe 4 de l'article 2 de la directive de 1976 avait pour « *but précis et limité d'autoriser des mesures qui, tout en étant discriminatoires selon les apparences, visent effectivement à éliminer ou à réduire les inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale* ».

¹¹⁵⁷ Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckford, responsable du département de diversité chez Total SA, Paris le 31 juillet 2013.

¹¹⁵⁸ GRAHAM R., « Who will fight the beauty bias? », <http://www.bostonglobe.com/ideas/2013/08/23/who-will-fight-beauty-bias/Kq3pbfOy4VRJtIKrmyWBNO/story.html>, 23 août 2013.

¹¹⁵⁹ LOKIEC P., *Droit du travail*, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, 2011, p. 21.

En effet, comme le souligne bien Monsieur Jean-François Amadiou, ce n'est pas une solution de corriger une injustice par une autre. Selon lui, l'on ne saurait réduire un candidat à une particularité, qu'elle soit ethnique, sexuelle ou physique. Il faut uniquement juger les gens sur leurs compétences et l'unique façon d'y arriver, c'est de créer des conditions d'anonymat et d'objectivité qui désamorcent les discriminations¹¹⁶⁰. Ne remet-elle pas en effet en cause le système méritocratique de l'égalité des chances ?

Il est de toute évidence que l'on ne peut pas appliquer la discrimination positive aux personnes non attractives, mais pourquoi ne pas l'appliquer aux personnes obèses ou petites par exemple ? Nous avons quelques réticences vis-à-vis de cette solution. Ne serait-ce pas absurde ?

Par ailleurs, cette méthode peut être jugée à hauts risques, et pourrait même exacerber les ségrégations et les stéréotypes voire même justifier leur catégorisation au regard des autres¹¹⁶¹.

161. Par ailleurs, les difficultés pour les victimes de discriminations tiennent à l'action judiciaire pour qui un procès fait souvent peur. En outre, intenter une action en justice demande du temps, des dépenses et de l'énergie, et surtout provoque des craintes chez les personnes qui se considèrent victimes. Les chances de succès, se révèlent maigres à la lumière du chapitre 4 et par suite, les droits inhérents à la personne humaine sont difficilement concrétisés. D'autant plus que comme le souligne Monsieur Yves Doutriaux, les individus sont tentés par l'autocensure, et seront par la suite réticents à déposer une plainte pour discrimination à raison de leur apparence physique¹¹⁶².

Les recours en justice sont une approche pour remédier à ce fléau. La législation et les actions des agences fédérales pourraient ainsi atténuer le fardeau subi par les personnes reconnues comme non attrayantes. Toutefois, comme nous l'avons mentionné, une loi protectrice serait un défi immense et la jurisprudence a conduit à des résultats mixtes. La loi n'est pas en mesure d'aboutir seule à des réformes.

¹¹⁶⁰AMADIEU J-F., « Discrimination positive, mais injuste », http://www.lexpress.fr/emploi-carriere/discrimination-positive-mais-injuste_488104.html.

¹¹⁶¹BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p76.

¹¹⁶²Entretien avec Monsieur Yves Dautrioux représentant du conseil d'état auprès du Défenseur des droits, Paris, le 21 mai 2013.

En outre, dans l'hypothèse miraculeuse où les législateurs indiqueraient plus spécifiquement l'apparence physique et la définiraient minutieusement, cela ne résoudrait pas entièrement le problème des mentalités, des préjugés internes et des fausses généralisations. Ceux-ci sont inhérents à chaque individu, enracinés dans la culture et l'instinct, et sont difficilement tempérés par le droit. Par suite, se fonder uniquement sur la loi revient à ignorer les traditions sociales et à ne pas résoudre le problème entièrement.

De plus, l'accès à la justice ne signifie pas nécessairement l'accès à des cours de justice mais plutôt à une inclusion sociale égale.

De plus, le droit n'intervient qu'en dernier recours et uniquement en cas de formation d'action en justice¹¹⁶³.

Puisque le droit ne fera certainement pas de miracles, on ne peut pas légiférer ou inculquer une mentalité aux employeurs et aux juges, en s'attendant à ce que la société et les états d'esprit changent. Afin d'avoir des opportunités de travail purement méritocratiques, l'on devrait redéfinir la valeur humaine en modifiant, lentement mais sûrement les assumptions en les percevant sous un angle différent.

Selon Madame Laurence Reckford, responsable du département de diversité chez Total, on ne change pas forcément les mentalités par les lois mais par des engagements personnels, des exemples concluants et des bonnes pratiques qui banalisent par exemple un sujet¹¹⁶⁴.

Quels sont les autres moyens de prévention des discriminations ? Et surtout, comment bouleverser toute une manière de penser?!

¹¹⁶³ Entretien téléphonique avec Monsieur Laurent Depond, responsable de la diversité chez Orange, Paris, le 7 août 2013.

¹¹⁶⁴ Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckford, responsable du département de diversité chez Total SA, Paris, le 31 juillet 2013.

Section 2 : Solutions au sein de l'entreprise : processus de la promotion de l'égalité

162. Les entreprises sont des acteurs primordiaux de la lutte contre les discriminations et en faveur de la diversité. Comme le capital humain est une ressource stratégique majeure au sein d'une entreprise, la justice et l'égalité de traitement sont de mise. La sensibilisation des chefs d'entreprises, des lignes hiérarchiques, des salariés et de leurs représentants, conjuguée à celle des partenaires sociaux des branches professionnelles, à ce phénomène, constitue le préalable à toute démarche de changement. Cet éveil doit permettre de lever les obstacles sociaux et culturels et de mobiliser l'ensemble des acteurs¹¹⁶⁵. La promotion de l'égalité des chances et de traitement dans les entreprises relève de la prise de conscience de chacun et de la volonté de tous les acteurs de faire évoluer les mentalités, de lutter contre les stéréotypes et de mettre en œuvre des actions concrètes et rapides. Comment assurer la cohésion au sein de l'entreprise ? Quel est le rôle des ressources humaines dans la lutte contre le *lookisme* ?

En premier lieu, en France, on ne souligne jamais assez le rôle essentiel du Défenseur des droits. Ce dernier a un rôle à jouer non seulement dans la lutte mais aussi dans la prévention contre les discriminations, à travers des actions de formation, des chartes et conventions de bonnes pratiques, de bonne conduite avec les collectivités, mais aussi à travers des actions en direction des entreprises, tels que des colloques pour la promotion de l'égalité. Rien n'empêcherait de faire cela dans le futur en matière d'apparence physique¹¹⁶⁶.

Le Défenseur des droits est optimiste quant à l'existence de solutions concrètes. L'ensemble des mesures testées sont jugées efficaces par une majorité d'interviewés (entre 64% et 79%). Dans le privé (78%) comme dans le public (79%), la mise en place de systèmes d'alerte confidentiels et anonymes pour les victimes ou les témoins est perçue comme la mesure la plus efficace. Les syndicats et les représentants du personnel bénéficient d'un niveau de confiance élevé, en particulier dans la fonction publique : 70% des agents et 64% des salariés considèrent qu'ils peuvent aider efficacement les victimes. Le rôle central qu'ils doivent occuper dans la lutte

¹¹⁶⁵FAVENNEC-HERY F., « Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 47, 21 novembre 2006, 1914.

¹¹⁶⁶ Entretien avec Monsieur Yves Dautrioux représentant du conseil d'état auprès du Défenseur des droits, Paris le 21 mai 2013.

contre les discriminations fait en outre consensus : 94% des agents et 91% des salariés souhaitent qu'ils prennent part, dans le cadre du dialogue social, aux discussions relatives à la mise en place d'actions concrètes au sein des administrations et des entreprises¹¹⁶⁷.

L'entreprise doit mener des actions de sensibilisation aux enjeux sociaux de la diversité et de l'égalité auprès de ses salariés. Elle doit définir un programme de sensibilisation à la prévention et à la lutte contre les stéréotypes, les préjugés, les propos et pratiques discriminatoires.

§ 1: La notion de diversité de l'apparence physique

163. Qu'est-ce que la diversité au sein de l'entreprise ?

La diversité consiste à promouvoir une représentation diversifiée de la population dans les effectifs de l'entreprise¹¹⁶⁸ et constitue le prolongement de l'exigence de l'égalité des chances¹¹⁶⁹. Ce thème est très en vogue à l'heure actuelle.

« Nous sommes riches de notre diversité. Une diversité assumée, qui est au cœur de notre identité. Une diversité fondée sur l'affirmation de notre désir de vivre ensemble et sur un principe : celui de l'égalité des chances »¹¹⁷⁰. Monsieur le Président décrit les avantages de la diversité comme suit : « Elle est très importante pour que chaque client ou chaque usager puisse, en quelque sorte, se reconnaître aussi dans l'entreprise ... La diversité est également essentielle pour favoriser la créativité et l'innovation, pour accroître l'efficacité et pour améliorer la cohésion dans l'entreprise¹¹⁷¹».

La diversité est un concept de management des affaires selon lequel les employeurs promouvoient volontairement un environnement de travail inclusif. La culture du respect de la

¹¹⁶⁷ Baromètre sur la perception des discriminations dans le travail, principaux enseignements, voir <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/barometre-discriminations-travail-ifop-ddd-principaux-enseignements.pdf>, janvier 2013.

¹¹⁶⁸ VERKINDT P.Y., « L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1287, 2006, p. 6-9.

¹¹⁶⁹ LOKIEC P., Droit du travail, Tome I, *Les relations individuelles de travail*, Thémis droit, 2011, p. 22.

¹¹⁷⁰ Création de la HALDE, discours prononcé par le Monsieur le Président Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, le 23 juin 2005, <http://123territorial.fr/discourscreationdelahaldejacqueschirac23juin2005/>, publié le 27 septembre 2008.

¹¹⁷¹ Création de la HALDE, discours prononcé par le Monsieur le Président Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité, le 23 juin 2005, <http://123territorial.fr/discourscreationdelahaldejacqueschirac23juin2005/>, publié le 27 septembre 2008

différence permet d'attirer les talents, des idées de toutes les couches de la population et par conséquent, gagner un avantage compétitif dans l'économie globale¹¹⁷².

La diversité dans l'entreprise contribue à créer (i) un environnement créatif, innovant et collaboratif, (ii) une meilleure expérience pour les salariés, (iii) un esprit plus engagé des salariés, et (iv) un effet positif sur les clients qui peuvent s'identifier aux salariés¹¹⁷³. Aussi, selon certains auteurs, la diversité au sein de l'entreprise, diversité des apparences, est essentielle pour une meilleure productivité et en définitive, la diversité est avantageuse aussi bien pour les employeurs, que pour les employés et les clients¹¹⁷⁴.

L'objectif primordial du Titre VII est de promouvoir la diversité.

On parle de diversité ethnique, religieuse, culturelle. Qu'en est-il de la diversité physique ou corporelle ? Selon Madame Anna Kirkland, nous devons qualifier la « *différence corporelle* » de diversité¹¹⁷⁵. Certains estiment en effet que l'unique moyen de combattre le *lookisme* dans l'entreprise est de favoriser la diversité esthétique, c'est-à-dire permettre aux personnes au *look* différent d'avoir accès à des positions élevées¹¹⁷⁶. En effet, selon certains, le concept de diversité doit être compris de manière très large, et comprend l'apparence physique¹¹⁷⁷. On parle de « *looks diversity* », car cette notion représente, de manière indéniable, la population américaine¹¹⁷⁸.

En revanche, certains pensent qu'il est étrange de parler de « diversité esthétique ».

¹¹⁷² « Equal employment opportunity commission, 'best' equal employment opportunity policies, programs and practices in the private sector »7 (2ème édition), 1998.

¹¹⁷³ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH, New York, le 5 août 2013.

¹¹⁷⁴ FLEENER H., « Looks sell, but are they worth the cost?: How tolerating looks-based discrimination leads to intolerable discrimination », *Washington University Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1295, 1300-1301.

¹¹⁷⁵ KIRKLAND A., *Fat Rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008, p 31.

¹¹⁷⁶ VASQUEZ T., « Ending the beauty bias », <http://www.theglasshammer.com/news/2012/01/05/ending-the-beauty-bias/>, 5 janvier 2012.

¹¹⁷⁷ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment Officer* à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth le 23 août 2013. RODRIGUEZ K., « Lookism and weight-discrimination: ethnic and cultural awareness », Capella University, http://www.academia.edu/443646/Lookism_and_Weight-Discrimination_Ethnic_and_Cultural_Awareness.

¹¹⁷⁸ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH New York, le 5 août 2013.

164. Quels sont les moyens à mettre en œuvre pour promouvoir la diversité ? Quel est le rôle des ressources humaines ?

En France, la signature d'une charte de la diversité a été lancée en 2004. C'est un texte d'engagement proposé à la signature de toute entreprise, quelle que soit sa taille, qui condamne les discriminations dans le champ de l'emploi et décide d'œuvrer en faveur de la diversité¹¹⁷⁹.

Il convient de noter que ce texte, mentionne l'engagement à « *Respecter et promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes* ». Par suite, cela permet de supposer que l'on sous-entend l'apparence physique même si selon l'article 3, le signataire s'engage à chercher à refléter la diversité de la société française, notamment sa diversité culturelle et ethnique, dans notre effectif, aux différents niveaux de qualification.

La charte de la diversité favorise la cohésion sociale tout en répondant aux enjeux suivants: chaque entreprise qui signe cet engagement vise à (i) manifester son engagement en faveur de la non-discrimination et de la diversité, (ii) favoriser l'égalité des chances face à l'emploi, l'équité et la cohésion sociale, et (iii) améliorer la performance de l'entreprise¹¹⁸⁰. L'initiative de la promotion de la diversité est donc une démarche gagnant-gagnant.

1179

<http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-la-charte.php>.

« Favoriser le pluralisme et rechercher la diversité au travers des recrutements et de la gestion des carrières est un facteur de progrès pour l'entreprise. Une telle démarche contribue à son efficacité et à la qualité de ses relations sociales. Elle peut avoir un effet positif sur l'image de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, de ses prestataires extérieurs et de ses consommateurs, en France et dans le reste du monde.

La charte de la diversité adoptée par notre entreprise doit contribuer à la lutte contre toutes les formes de discrimination qu'elles soient notamment, fondées sur le patronyme, l'origine réelle ou supposée, le handicap, le sexe, l'âge ou l'orientation sexuelle. Elle a pour effet de témoigner de notre engagement en faveur de la diversité culturelle, ethnique et sociale au sein de notre organisation et sera donc affichée dans un endroit où elle bénéficiera de la meilleure visibilité.

En vertu de cette charte, notre entreprise s'engage à :

- 1- Sensibiliser et former nos dirigeants et collaborateurs impliqués dans le recrutement, la formation et la gestion des carrières aux enjeux de la non-discrimination et de la diversité.
- 2- Respecter et promouvoir l'application du principe de non-discrimination sous toutes ses formes et dans toutes les étapes de gestion des ressources humaines que sont notamment l'embauche, la formation, l'avancement ou la promotion professionnelle des collaborateurs.
- 3- Chercher à refléter la diversité de la société française et notamment sa diversité culturelle et ethnique dans nos effectifs, aux différents niveaux de qualification.
- 4- Communiquer auprès de l'ensemble de nos collaborateurs notre engagement en faveur de la non-discrimination et de la diversité et informer sur les résultats pratiques de cet engagement.
- 5- Faire de l'élaboration et de la mise en œuvre de la politique de diversité un objet de dialogue avec les représentants des personnels.
- 6- Inclure dans le rapport annuel un chapitre descriptif de notre engagement de non-discrimination et de diversité : actions mises en œuvre, pratiques et résultats ».

¹¹⁸⁰ <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-la-charte.php>.

Nous pouvons citer les entreprises suivantes : PSA Peugeot Citroën¹¹⁸¹, ADIDAS France, Michelin, GE Energy, Accenture, Air France, AXA France, Coca Cola Entreprises, L'Oréal,¹¹⁸² Total SA¹¹⁸³, Ikea Monde,¹¹⁸⁴ qui ont signé cette charte.

De plus, dans l'affaire *A&F*¹¹⁸⁵ mentionnée au chapitre 4, la transaction contenait des dispositions liées à la diversité dans les étapes de recrutement, d'embauche, d'attribution des tâches, des séminaires, des stages et des promotions (Le géant américain va assurer la promotion des minorités à des titres de manager sans discrimination)¹¹⁸⁶.

Un autre moyen serait de développer le concept de séminaire sur la diversité¹¹⁸⁷ à travers une formation psychologique du personnel.

En France, une bonne initiative est celle du « *Label Diversité* » est une marque de reconnaissance créée par Président de la République par décret du 17 décembre 2008, attribuée par l'Afnor certification. Ce label a pour objectif d'établir un standard pour la diversité dans le recrutement et dans la gestion des ressources humaines, dans les secteurs privé et public. Les employeurs doivent remplir un certain nombre d'objectifs dans le recrutement et le déroulement de carrière.

Ce label récompense donc les bonnes pratiques des entreprises en matière de recrutement, d'évolution professionnelle et de gestion des ressources humaines, en vue de promouvoir la

¹¹⁸¹ BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire. Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p. 41. Il est également prévu dans l'accord la création d'un observatoire paritaire de la diversité et la mise en place d'une campagne de communication auprès des salariés.

¹¹⁸² <http://www.charte-diversite.com/charte-diversite-recherche-signataire.php?offset=7&nbFiltres=3&max=30&sort=signNationale&sorttype=desc>

¹¹⁸³ Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckford, responsable du département diversité chez Total SA, Paris, le 31 juillet 2013.

¹¹⁸⁴ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

¹¹⁸⁵ Voir chapitre 4, *Gonzalez v. Abercrombie & Fitch Co.*, n° C 03-2817 SI et n° C04-4730, n° C04-4731, 2008, US Dist. LEXIS 64711 (N.D. California 12 août 2008).

¹¹⁸⁶ Le décret avait un effet immédiat sur la diversité (le magasin accepte de refléter la diversité, notamment raciale, dans les matériels de marketing) et un régulateur était nommé afin d'évaluer et d'établir des rapports sur la soumission de la partie défenderesse au décret. Lesdites provisions incluent des analyses comparatives pour recruter et promouvoir des femmes, plus précisément des femmes d'origine latine, afro-américaine ou asiatique-américaine. Les objectifs (et non des quotas) lient *A&F* et le soumettent à l'obligation d'établir des rapports réguliers sur de tels points. Or, ici il s'agit plutôt de diversité ethnique et non esthétique.

¹¹⁸⁷ KIRKLAND A., *Fat Rights: dilemma of difference and personhood*, New York, University Press, 2008, p. 34-35. Diverses entreprises ont développé des formations sur la diversité, afin d'essayer d'améliorer le traitement administré aux employés de couleur et de modifier les attitudes envers eux.

diversité et prévenir les discriminations¹¹⁸⁸. Il est délivré par un organisme de labellisation après avis d'une commission de labellisation¹¹⁸⁹. Plutôt qu'une récompense, le Label Diversité permet de « progresser en matière de ressources humaines en appliquant des principes d'amélioration continue »¹¹⁹⁰.

Les entreprises doivent piloter et déployer leur politique, rapporter la preuve de la concrétisation de leurs actions et mesurer les progrès accomplis¹¹⁹¹.

Le Titre II du *Civil Rights Act* ou le « *Glass Ceiling Act of 1991* », mentionne une commission pour « *Glass Ceiling Initiative* » qui vise à promouvoir la diversité dans le milieu de travail (femmes, minorités,..) et à sensibiliser le public. Cette commission examine la gestion des entreprises, les pratiques de développement des talents, les programmes de compensation. De manière générale, elle vise à élargir les opportunités à la portée des femmes et des minorités. Elle offre un « *national excellence award* » ou prix national aux entreprises dont les pratiques éliminent les barrières artificielles que rencontrent les femmes et les minorités, s'agissant des postes exécutifs et des postes de management.

§ 2: L'objectivation des ressources humaines et des processus internes

165. Les États devraient chercher à responsabiliser les compagnies qui sont des acteurs primordiaux dans la promotion de l'égalité. La notion de responsabilité sociétale des entreprises¹¹⁹², de responsabilité écologique et économique, s'inscrit dans le cadre d'un développement durable, de compétitivité et de cohésion sociale. Les entreprises sont

¹¹⁸⁸D. n° 2008-1344, 17 décembre. 2008, *Journal Officiel*, le 19 décembre 2008.

¹¹⁸⁹Les entreprises qui désirent obtenir ce label peuvent déposer un dossier. Voir www.afaq.org/label-diversite.

¹¹⁹⁰ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

¹¹⁹¹ Il convient de mentionner aussi le « Label Egalité », octroyé aux entreprises en matière d'égalité professionnelle entre hommes et femmes. <http://femmes.gouv.fr/dossiers/egalite-professionnelle/promotion-de-legalite-professionnelle/le-label-egalite/>.

¹¹⁹² La Responsabilité Sociale des Entreprises (RSE) est définie par la Commission européenne comme « l'intégration volontaire des préoccupations sociales et écologiques des entreprises à leurs activités commerciales et à leurs relations avec les parties prenantes ». DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

responsables vis-à-vis de la société et doivent par suite contrôler l'impact de leurs actions à l'encontre de la société¹¹⁹³ et assurer une égalité de traitement et d'opportunités. En outre, les entreprises ont tout intérêt à prévenir les pratiques de *lookisme* et à développer des politiques en faveur de l'égalité de traitement et d'opportunités afin d'éviter (i) d'en courir tout risque juridique et (ii) toute atteinte à leur image ou réputation. Quelles sont les bonnes pratiques à intégrer ?

Il est très important de souligner le besoin indispensable de formaliser le processus de recrutement et d'objectiviser de manière générale la gestion des ressources humaines, par le biais de procédures transparentes et non discriminatoires, la rédaction d'annonces avec minutie, etc... (Ne jamais écrire : « *candidat qui présente bien* », « *célibataire* », « *jeune cadre dynamique* », « *sans enfant* », « *voix agréable* »¹¹⁹⁴).

Trois choses sont essentielles : contrôler régulièrement le comportement des salariés ; les éduquer ; et renforcer les politiques. Les employeurs doivent aussi s'assurer que les décisions sont fondées sur des critères légitimes, non discriminatoires, et supportés par la documentation adéquate¹¹⁹⁵.

Dans l'affaire *Kolstad v. American Dental Association*¹¹⁹⁶, la Cour Suprême affirme la responsabilité sévère des managers, entraînant des dommages-intérêts punitifs à leur encontre, sous l'égide du Titre VII du *Civil Rights Act*, dans l'hypothèse où ils opèrent des discriminations intentionnelles, dans le cadre de leur emploi. De plus, la Cour Suprême crée un moyen de défense affirmatif (*affirmative defense*) dans ce cadre, afin de motiver les employeurs à dissuader les salariés de toute pratique de discrimination¹¹⁹⁷.

¹¹⁹³ BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p.51.

¹¹⁹⁴ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

¹¹⁹⁵ *The in-house Counsel's Essential Toolkit- Corporate compliance and ethics*, Tome V, p. 46.

¹¹⁹⁶ *Kolstad c. American Dental Association* 527, USC 526 (1999).

¹¹⁹⁷ *Kolstad c. American Dental Association* 527, USC 526 (1999). Lorsque les employeurs prennent toutes les mesures de prévention des discriminations, de bonne foi, ils ne seront pas tenus responsables sous le Titre VII si leurs employés ont des comportements discriminatoires.

Selon certains, le droit ne fournit qu'un simple cadre qui doit être bien défini d'abord puis complété ensuite par l'action des directions de l'entreprise (par un message du CEO par exemple) afin de sensibiliser et former les managers opérationnels et fonctionnels. En effet, ces derniers, contrairement aux membres des ressources humaines, ont besoin d'être guidés afin de faire évoluer leurs comportements. C'est la direction qui doit montrer l'exemple (montrer son engagement en faveur des seniors par exemple, ...) et doit œuvrer à sensibiliser et former les managers. Le rôle du service juridique interne est également important pour bien expliquer la loi et ses conséquences.

Selon la HALDE, « *L'objectivation des ressources humaines regroupe tous les moyens pour éliminer, ou à tout le moins limiter, les critères subjectifs dans la gestion des personnes... Tout l'enjeu est de rendre les procédures objectives et garder un certain degré de liberté au recruteur. L'objectivation de la gestion des ressources humaines consiste à privilégier les éléments professionnels dans tout processus de choix, en limitant ou même en excluant les éléments extra professionnels* »¹¹⁹⁸.

Par exemple, le groupe l'Oréal a signé une charte éthique en 2000 et une charte de la diversité en 2004, et mène depuis lors diverses actions pour l'égalité des opportunités et du traitement¹¹⁹⁹. L'Oréal porte une attention particulière aux immigrés (le forum « emploi et diversité »), seniors, handicapés (année de l'handicap à l'Oréal en 2008, « trophée initiatives pour le handicap », et mise en place d'audits des processus ressources humaines).

Il faut provoquer, au sein des compagnies, une plus grande vigilance sur les discriminations intervenant dans le déroulement de carrière. Les entreprises doivent mener de grandes campagnes de prévention à l'interne. Elles peuvent ensuite accrocher des affiches dans les lieux de l'entreprise, pour constamment rappeler les salariés des conclusions de la campagne. De plus, la lutte contre les discriminations se fait entre autres, par des diagnostics de situations, la formalisation et la transparence des procédures, la fixation d'objectifs clairs et le suivi des évolutions sur la base d'indicateurs pertinents, la vérification des normes et des organisations

¹¹⁹⁸ http://halde.defenseurdesdroits.fr/IMG/pdf/Guide_entreprise_HALDE.pdf.

¹¹⁹⁹ BALUSTRE-D'ERNEVILLE S., « Emploi et apparence physique : engagement de l'Oréal », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009, p. 66.

internes, l'information des salariés, et l'introduction dans l'évaluation des managers de nouveaux critères prenant en compte ces exigences¹²⁰⁰. On mentionne aussi l'auto-test de discrimination afin de vérifier l'objectivité des procédures de gestion des ressources humaines¹²⁰¹.

A) L'entretien

166. Le moyen le plus courant de recrutement est de toute évidence l'entretien, durant lequel l'apparence physique est indéniablement centrale. En effet, comme nous l'avons vu, des statistiques ont démontré que la beauté était le facteur le plus important dans la détermination et l'acceptation des individus pour un large éventail de postes, indépendamment du degré d'expérience des interviewers¹²⁰².

Comment garantir un processus de recrutement transparent et juste ? Il est impératif de neutraliser le recrutement en baissant la part de subjectivité¹²⁰³ et en ne se concentrant que sur les compétences, le potentiel, la motivation et les résultats. Selon certains responsables des ressources humaines, il faut se concentrer sur la tâche de rechercher des « *potentiels* », des individus à la faculté d'adaptation forte. Une compagnie « *intelligente* » est celle qui se concentre sur les résultats, à savoir les profits. Par conséquent, les managers qui recrutent ont la responsabilité de choisir les individus qui aideront la compagnie à accomplir ces objectifs¹²⁰⁴ Le comité de recrutement doit formuler des processus et stratégies préalablement au processus de recrutement.

¹²⁰⁰ « Lutte contre les discriminations dans les entreprises: nouvelle étude de la HALDE », étude n° 3 de la HALDE, 8 décembre 2008, S. Lavric. *Dalloz actualité* 11 décembre 2008.

¹²⁰¹ « Lutte contre les discriminations dans les entreprises: nouvelle étude de la HALDE », Étude n° 3 de la HALDE, 8 décembre 2008, S. Lavric. *Dalloz actualité* 11 décembre 2008.

¹²⁰² GATEWOOD T., LAHIFF J., DETER., HARGROVE., « Effects of training on the selection interview », *Journal of Business Communication*, vol. 17, 1985. ADAMITIS E., « Appearance matters: A proposal to prohibit appearance discrimination in employment », *Washington Law Review*, vol. 75, 2000, p.195.

¹²⁰³ Jean-Francois Amadiou, « Comment l'apparence physique impacte la carrière », <http://orange.jobs/site/fr-actualites/Comment-lapparence-physique-impacte-la-carriere.htm>, diffusée le 18 juillet 2013.

¹²⁰⁴ Entretien téléphonique avec Monsieur Russel D'Costa, *Human Resources Manager*, chez Johnson&Johnson ME FZ LLC, Dubaï UAE, le 26 août 2013.

Comment améliorer les méthodes d'entretiens afin que les candidats soient perçus pour ce qu'ils sont vraiment et non pas pour ce qu'ils sont perçus comme étant (« *Esse quam videre* »)¹²⁰⁵ ? Chez le groupe Total SA¹²⁰⁶ ainsi qu'aux Nations Unies¹²⁰⁷ par exemple, le recrutement est collégial afin d'éviter les biais et les décisions subjectives et inconscientes. En effet, aux Nations-Unies, le recrutement se fait par un comité de 4 personnes (en général deux femmes deux hommes : une personne des ressources humaines, le manager recruteur, un recruteur, et quelqu'un d'étranger au domaine en question)¹²⁰⁸. Aussi pouvons-nous proposer des moyens tels que des guides du recrutement où sont formalisées chaque étape. De plus, il est certainement logique d'avoir plusieurs étapes et donc plusieurs entretiens passés avec différentes personnes, préalablement à l'embauche.

Plus précisément, un moyen de modification des politiques et pratiques de recrutement est celui des entretiens structurés ou *structured interviews*¹²⁰⁹ qui a prouvé son efficacité dans la modération de la discrimination à raison du poids notamment¹²¹⁰. En effet, la standardisation de l'entretien implique une uniformité de procédure dans l'administration des notes. L'utilisation des mêmes questions posées dans le même ordre (on pose des questions sur les compétences, exactement les mêmes que celles de la description de la position¹²¹¹) est la manière la plus basique de transformer l'entretien d'une discussion en une mesure scientifique ou même un test¹²¹². Par ailleurs, poser les questions dans le même ordre peut augmenter la fiabilité car

¹²⁰⁵ HURLEY-HANSON, GIANNANTONIO C., « Recruiters perception of appearance: the stigma of image norms », *Equal Opportunities International*, vol. 25, n° 6, 2006, p.459. C'est-à-dire être au lieu de paraître.

¹²⁰⁶ Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckfiord, responsable du département de diversité chez Total SA, Paris, le 31 juillet 2013.

¹²⁰⁷ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment officer* à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth, le 23 août 2013.

¹²⁰⁸ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment officer* à l'UNDP (United Nations Development program, Beyrouth le 23 août 2013.

¹²⁰⁹ BRECHER E., BRAGGER J., KUTCHER E., « The structured interview: Reducing biases toward job applicants with physical disabilities », *Employment Respondent Rights*, vol. 18, 2008, p.155-170. Cette recherche portait sur l'évaluation de personnes handicapées et grâce à cette méthode, ces dernières furent évaluées de manière plus positive que les personnes non-handicapées.

¹²¹⁰ KUTCHER E., BRAGGER J., « Selection interview of overweight job applicants: Can structure reduce bias? », *Journal of applied psychology*, vol. 34, n° 10, 2004, p. 1993-2022.

¹²¹¹ Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, recruitment officer à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth le 23 août 2013. Entretien téléphonique avec Monsieur Samir Mirza, *Human Resources and Organisation Director*, chez M1 Group, le 27 août 2013.

¹²¹² GRAHAM R., « Who will fight the beauty bias? », <http://www.bostonglobe.com/ideas/2013/08/23/who-will-fight-beauty-bias/Kq3pbfOy4VRJtKrmYWBNO/story.html>, 23 août 2013.

différents interviewers poseront les mêmes questions aux candidats¹²¹³ et les réponses devront être évaluées de la même manière. De plus, il faut toujours s'assurer que l'entretien ne contient pas de questions sans rapport avec l'emploi ou qui affectent une minorité en particulier.

Afin de diminuer les discriminations au travail, nous suggérons l'utilisation des entretiens téléphoniques ou sur vidéo, une grille de tri des CV, une grille d'entretien, un compte-rendu d'entretien, des tests¹²¹⁴, etc...

Enfin, les entretiens en groupe ainsi que les séminaires offrant une description du contexte et de l'objectif de l'entretien, suivis par une discussion sur l'entretien même seraient une solution efficace¹²¹⁵.

B) Le CV anonyme

167. En France, le débat du CV anonyme, c'est-à-dire un CV sans photo qui ne mentionnerait ni l'âge, le sexe, le nom, le prénom, l'adresse, le téléphone du postulant... est à ce jour ouvert. En effet, il est désolant que le décret d'application de la loi n'ait toujours pas été signé. Toutefois, quelques compagnies l'appliquent (à titre d'exemple, L'Oréal, AXA, PSA-Peugeot Citroën¹²¹⁶) de manière facultative. Interdire les photos sur les CV permettrait aux évaluateurs de se concentrer sur les requis essentiels au travail¹²¹⁷. Certains considèrent cette idée inutile, voire même insultante car on ne devrait pas cacher des informations à propos de soi-même pour être recruté. Selon eux, cette initiative n'est pas un progrès car le jour ou la personne est face au recruteur, elle n'est de toute façon plus anonyme¹²¹⁸.

¹²¹³ Situational questions, past behavior questions, background questions and job knowledge questions. CAMPION M., PALMER D., « A review of structure in the selection interview », *Personnel Psychology*, vol. 50, 1997, p. 655.

¹²¹⁴ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

¹²¹⁵ ANDERSON R.C., « The guided interview as an evaluative instrument », *Journal of Educational Research*, vol. 48, 1954, p. 203-209.

¹²¹⁶ « CV anonyme », <http://www.jureka.fr/travail/encyclopedie-du-droit/cv-curriculum-vitae-definition/cv-anonyme>, Date d'actualisation le 20 avril 2011.

¹²¹⁷ AMACK L.O., « Discriminatory effects of the face-to-face selection interview », *Law Info Forum*, e. Voir aussi AMADIEU J-F., « L'obèse : L'incroyable discriminé », Observatoire des discriminations, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne., septembre 2005.

¹²¹⁸ Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckford, responsable du département de diversité chez Total SA, Paris le 31 juillet 2013. Entretien téléphonique avec Monsieur Samir Mirza, *Human Resources and Organisation Director*, chez MI Group, le 27 août 2013. Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment Officer* à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth, le 23 août 2013.

C) Formation des salariés

168. La solution se trouve également dans l'éducation professionnelle c'est-à-dire l'éducation des compagnies. Le training des cadres ressources humaines et des managers fonctionnels et opérationnels et des interviewers est un moyen efficace pour réduire les erreurs d'évaluations¹²¹⁹. Par exemple, le groupe Orange France, organise des séminaires de formation et de sensibilisation de l'agence interne de recrutement, afin de prendre conscience des stéréotypes (y compris ceux qui ont traits à l'apparence physique)¹²²⁰.

En outre, le cabinet américain White & Case LLP organise des séminaires de formation des recruteurs, dirigés par deux avocats qui présentent des scénarios hypothétiques d'embauche et expliquent les erreurs de jugement à éviter¹²²¹. De plus, aux Nations Unies, on oblige les salariés à prendre des formations en ligne sur les codes d'éthique, la prévention du harcèlement sexuel¹²²²... Ces formations devraient être obligatoires pour tous les recruteurs.

De plus, l'une des initiatives majeures de LVMH est le lancement de la mission « *diversity and inclusion* » ou « diversité et inclusion ». À travers cette mission, les chargés de ressources humaines assistent à des séminaires sur l'appréciation de la différence ou "*appreciating differences training*". L'objectif de ces séminaires est de les rendre conscients de tous les préjugés inconscients qu'ils ont, et par la suite, de leur apprendre à les écarter.

Par ailleurs, on devrait apprendre aux employés comment embellir leur apparence physique de manière à avoir un *look* professionnel et présentable¹²²⁴.

D) La communication et la sensibilisation des salariés

169. La communication et la sensibilisation au sein de l'entreprise sont indispensables¹²²⁵. Citons quelques démarches entreprises par des compagnies.

1219 WEXLEY K.N., SANDERS R.E., YUKL G.A., « Training interviewers to eliminate contrast effects in employment interviews », *Journal of applied psychology*, vol. 57, 1973, p. 233-236.

¹²²⁰ Entretien téléphonique avec Monsieur Laurent Depond, responsable de la diversité chez Orange, 7 août 2013.

¹²²¹ Entretien téléphonique avec Monsieur Charles Busutill, *Americas Director, Employee Relations* chez White and Case LLP, New York, le 11 septembre 2013.

¹²²² Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, Recruitment Officer à l'UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth, le 23 août 2013.

¹²²³ Entretien téléphonique avec Monsieur Charles Busutill, *Americas Director, Employee Relations* chez White and Case LLP, New York, le 11 septembre 2013.

¹²²⁴ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Ressources, Sourcing & Development* chez LVMH New York, 5 août 2013.

Nous pouvons proposer la signature d'accords d'entreprise pour l'égalité professionnelle ou l'élaboration de chartes déontologiques ou politiques anti-discrimination comportant le maximum de critères et anti-harcèlement dans les lieux du travail devrait contenir (i) une procédure à suivre par toute personne se considérant victime de discrimination ou de harcèlement, ainsi que (ii) les sanctions prévues à l'encontre de l'auteur de l'acte (action disciplinaire ou licenciement), visant à sauvegarder l'égalité d'opportunité¹²²⁶. La diffusion de l'engagement de l'entreprise en matière de nondiscrimination s'inscrit dans sa politique de communication interne.

E) L'avancement de carrière

170. L'on pourrait aussi recommander aux entreprises des politiques de salaires minimums, et des évolutions de carrière transparentes afin d'assurer l'égalité de rémunération. On peut proposer l'utilisation de grilles d'évaluation des compétences et un système de notes uniforme à tous.

De plus, l'entreprise Orange suit un modèle de leadership qui contient huit compétences et l'une de ces compétences est la capacité de manager des équipes diverses, dans leurs différences et singularités¹²²⁷.

¹²²⁵ Selon la HALDE, « *La communication interne invite les salariés à faire valoir leurs droits, s'ils s'estiment victimes d'éventuelles discriminations de la part de leur hiérarchie immédiate. Elle sensibilise le personnel déjà en place à la politique de l'entreprise en matière d'égalité des chances et plus généralement à la prévention des discriminations, donc à l'arrivée de candidats moins conformes aux schémas traditionnels* », BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire. Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p. 42.

¹²²⁶ The Committee on Corporate Counsel, *Equal employment opportunity policy* « The in-house counsel's essential toolkit committees on corporate Counsel» Volume 4, "Employment Law".

¹²²⁷ Entretien téléphonique avec Monsieur Laurent Depond, responsable de la diversité chez Orange, Paris, le 7 août 2013.

F) D'autres mesures efficaces

a) Les actions de diagnostic

171. Les entreprises doivent être prêtes à se remettre en question à travers la mise en place d'actions de diagnostic pour les écarts de rémunération ou d'évolution de carrière¹²²⁸. Cela pourrait permettre des refontes totales de stratégies de recrutement. Par exemple, le Canada est le pays de l'inclusion par excellence. Les employeurs de plus de cent salariés ont l'obligation de rendre un rapport annuel décrivant les mesures adoptées afin d'améliorer la diversité de leur effectif. Six indicateurs existent : l'effectif, les progrès accomplis dans les parts de recrutement, la répartition au sein des catégories socioprofessionnelles, la rémunération, la promotion et les efforts de l'entreprise pour fidéliser le personnel. Les employeurs les plus engagés par la promotion de l'équité au sein de l'entreprise sont récompensés publiquement par un prix d'excellence : le prix « vision »¹²²⁹. *Le fait pour une entreprise de diagnostiquer et d'améliorer son processus de recrutement, de gestion des carrières, de rémunération, de formation... et les outils qui y sont associés (fiches de poste, plan de formation...), afin de se prémunir de toute mention discriminante ou pratique discriminatoire, répond au principe d'égalité de traitement.*

b) Les procédures d'alerte et d'enquêtes sur le ressenti des salariés

172. Les entreprises devraient aussi mettre en place des dispositifs d'accueil et d'écoute et d'accompagnement pour les victimes de discrimination.

Les procédures d'alerte sont de mise dans les entreprises françaises et américaines. Les salariés qui se considèrent victimes de *lookisme* devraient avoir le droit de contacter les ressources humaines et de porter plainte. À titre d'exemple, la compagnie Essilor a mis en place une procédure d'alerte qui permet d'enclencher une phase de conciliation. Le service des ressources

¹²²⁸BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p. 42. p.41.

¹²²⁹BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006.

humaines constitue par la suite un dossier et la réclamation est présentée lors d'une commission interne¹²³⁰.

Par ailleurs, le droit technique ou *instrumental law* ne peut pas être perçu de manière isolée en matière de discrimination, d'où le besoin impératif d'être complété par d'autres disciplines. C'est ce qu'on appelle le *legal pluralism*, c'est-à-dire l'enrichissement du droit par d'autres normes¹²³¹ et par des ordres juridiques différents, opérant dans des contextes sociaux différents¹²³².

En effet, le droit, surtout en matière de discrimination (problème social par excellence), n'est pas une variable exogène agissant sur une société passive qui changerait automatiquement l'attitude des personnes en imposant des sanctions¹²³³. En conséquence, l'on ne peut pas légiférer en s'attendant à ce que la société se transforme. Le syndrome de « *Beauty Bias* » ne peut être éradiqué qu'en une seule et unique manière : que la société se dirige vers une tendance moins focalisée sur l'apparence physique.

En effet, le droit à lui seul peut difficilement combattre ce phénomène largement incrusté dans les mentalités. Il doit être complété par une réforme sociale. Le syndrome de « *Beauty Bias* » ne peut être véritablement éradiqué qu'à travers une manière, celle de l'orientation de la société (en conséquence les organisations et les employeurs) vers une tendance moins focalisée sur le culte des apparences.

Dans une société qui confond 'mince' et 'beau' avec 'bon' et 'compétent', comment garantir l'implantation des valeurs légales et sociales ? Comment changer ce *statu quo* ? Comment contrôler un acte qui est la plupart du temps non intentionnel, enfoui dans le plus profond

¹²³⁰BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Mémoire de Master 2 Professionnel, Ressources Humaines, Promotion 2006, p. 42.

¹²³¹MCDONALD R., « Recognizing and legitimating aboriginal justice: Implications for a reconstruction of non-aboriginal legal systems in Canada », dans *Aboriginal People and the Justice System*, Ottawa: Royal commission in aboriginal peoples, 1993, p. 244.

¹²³²MCDONALD R., « Recognizing and legitimating aboriginal justice: Implications for a reconstruction of non-aboriginal legal systems in Canada » in *Aboriginal People and the Justice System*, Ottawa: Royal commission in aboriginal peoples, 1993, p. 245.

¹²³³SANTOS S., « On modes of production of law and social power », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 13, 1985, p. 299.

subconscient des individus ? Comment gagner une approche personnelle et socialement fonctionnelle sur l'inégalité ? Comment promouvoir une société méritocratique ?

Section 3 : Les moyens non juridiques

173. Aujourd'hui, la réalité est la suivante : l'apparence physique prend une telle ampleur dans la psychologie des personnes qu'elle affecte l'accès au monde du travail et aux opportunités. Être conscient de ce type de préjugés et reconnaître que nous y succombons tous, c'est déjà faire un pas vers des comportements moins irrationnels¹²³⁴. Afin d'éliminer le *lookisme*, il est impératif d'atténuer le culte des apparences et de la beauté et les stéréotypes qui en découlent. Comment procéder à cela ?

§ 1: Les stratégies proposées

174. Madame Hélène Garner rappelle des solutions qui pourraient être transposées en matière de *lookisme*, telles que la mise en place de commissions, l'instauration de groupes d'études sur les discriminations et le fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations. Ces initiatives marquent selon elle le passage d'une politique d'intégration à une politique de lutte contre les discriminations¹²³⁵.

Madame Anna Kirkland propose différentes solutions ou stratégies. La première serait d'affirmer que les membres du groupe en question peuvent « *fonctionner* » aussi bien que toute autre personne ; et que le critère les identifiant devrait être ignoré puisque les stéréotypes sont faux et absurdes. Voilà la logique d'individualisme fonctionnel ou « *functional individualism* », qui peut et devrait être étendue aux cas de *lookisme*¹²³⁶.

¹²³⁴ De plus, « *On ne peut pas combattre les stéréotypes véhiculés en dehors de l'entreprise par les médias, les publicités, les manuels scolaires etc... Il faut plutôt être conscients de ses propres stéréotypes pour agir en conséquence* », Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckford, responsable du département diversité chez Total SA, Paris, le 31 juillet 2013.

¹²³⁵ GARNER-MOYER H., « La discrimination à l'épreuve du droit », 21 avril 2005.

¹²³⁶ KIRKLAND A., *Fat Rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008, p.31.

À titre d'exemple, l'analyse de l'affaire *Equal Employment Opportunity Commission v. Texas Bus Lines*¹²³⁷ mentionnée au chapitre 4 nous permet de conclure que selon la logique des lois contre la discrimination, les choix des employeurs ou responsables de recrutement sont intrinsèquement faux et provoqués par un jugement irrationnel basé sur un stéréotype incorrect. Dans cette affaire, ce que l'on appelle « *common sense* » ou bon sens est tout simplement un préjugé. Par suite, éliminer l'utilisation de sens commun dans les affaires de discrimination veut dire qu'il est illégal de juger les demandeurs dans un contexte riche de normes et d'impressions. En promouvant cette perspective, nous mettons en avant la dignité intrinsèque de la victime en tant qu'être humain. Cette logique éliminerait tout raisonnement fondé sur des caractéristiques de surface.

L'analyse faite dans *Equal Employment Opportunity Commission v. Texas Bus Lines*¹²³⁸ diffère nettement de celle de l'affaire *Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English*¹²³⁹ dans laquelle cette dernière était perçue comme une personne liée à des faits actuariels, c'est-à-dire un membre d'une catégorie de personnes exhibant des caractéristiques qui peuvent être utilisées pour calculer les risques, coûts et comportements. Cette dernière approche se fonde sur des outils tels que le regroupement d'informations, la science actuarielle et les généralisations sur des groupes démographiques.

« *L'individualisme fonctionnel* » est proche de la seconde stratégie : celle de la conception quasi-religieuse de la personne, en l'occurrence l'égalité parmi tous, car de toute évidence, l'intérieur de l'humanité ne varie pas selon des traits ou caractéristiques externes. En effet, selon Madame Kirkland, l'on ne retrouve ce concept que dans les lois contre la discrimination car la loi doit justifier des allocations inégales de ressources insuffisantes comme le travail¹²⁴⁰. « *L'individualisme fonctionnel* » est selon elle la meilleure solution en droit du travail¹²⁴¹. Ce concept honore l'individualisme et le concept « *can-do* » ou « peut faire » et promet que personne ne sera mis à l'écart par des stéréotypes attachés à des critères externes. Toutefois, cette théorie nous semble être trop abstraite, voire même utopique.

¹²³⁷ *Equal Employment Opportunity Commission c. Texas Bus Lines*, 923 F.Supp.965, (S.D.TX 1996).

¹²³⁸ *Equal Employment Opportunity Commission c. Texas Bus Lines*, 923 F.Supp.965, (S.D.TX 1996).

¹²³⁹ *Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English*, (Pa. Common.223 1982), cité au chapitre 4.

¹²⁴⁰ KIRKLAND A., *Fat rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008, p.34.

¹²⁴¹ KIRKLAND A., *Fat rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008, p. 34-35.

§ 2: Le contenu des médias

175. Le principal acteur porteur de messages et de connotations est sans doute celui des médias, source ultime de *lookisme* aujourd'hui. Les médias ne font que donner un poids à la discrimination : ils opèrent une sorte de lavage de cerveau en véhiculant des messages qui à leur tour s'enracinent dans les mentalités et la société. Comme nous l'avons déjà mentionné, ils dictent aux femmes surtout leur manière de paraître (poids, habits, peau, ...) et créent un standard typique de beauté (femmes blondes, grandes, minces, à la peau parfaite), ce qui crée auprès des femmes des attentes irréalistes jamais atteignables¹²⁴².

La *entertainment industry* ou industrie du divertissement ne représente en grande majorité que des personnes excessivement belles. Cela contribue à nourrir les idées préconçues qui se traduisent en biais et donc en discrimination dans plus d'un contexte, dont celui du travail. D'ailleurs, les médias blâment les personnes au physique jugé « non attractif », comme si ces personnes pouvaient 'corriger' ou embellir leur physique, avec plus d'efforts¹²⁴³.

Ils sont un instrument de réforme et jouent un rôle principal dans la création d'une conscience collective et la promotion d'une culture d'inclusion, ils devraient promouvoir une image plus réaliste de ce que constitue l'attractivité, incluant davantage de variations dans l'âge, le poids, la race et l'ethnicité. De même, les standards vestimentaires devraient être plus tolérants envers la diversité et l'auto-expression¹²⁴⁴.

Une autre stratégie serait celle de la promotion d'images et de modes de vie plus sains, au lieu d'être plus centrés sur le *look*, ce qui pourrait créer par la suite un environnement social appuyant cette cause¹²⁴⁵.

Les médias ont incontestablement la responsabilité de rappeler davantage la polémique du *lookisme*. Les producteurs de films et de publicités devraient à leur tour défier les standards inaccessibles de perfection physique, et combattre les stéréotypes alliant 'beauté' et 'bien'. Ils

¹²⁴² TADKER R., «Weightism », <http://www.feminist.com/resources/artspeech/body/weightism.html>.

¹²⁴³ Selon certains, cela s'expliquerait par le besoin de réduire la compétitivité au minimum, tel qu'est toujours le cas en matière de la race ou du genre. Voir le chapitre préliminaire sur la sous-représentation ou la mal-représentation des personnes « non attractives » dans les médias.

¹²⁴⁴ RHODE D., *The beauty Bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 147.

¹²⁴⁵ RHODE D., *The beauty Bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 147.

devraient mettre en avant des personnages principaux au physique pas nécessairement parfait, mais au caractère doté de qualités telles que la force, le carriérisme et surtout la confiance en soi et le bonheur.

À cet égard, des émissions telles que *America's Next Top Model*, et films américains récents (*Legally Blonde*, *Hair Spray*, *Real Women Have Curves*¹²⁴⁶ et *Shrek*¹²⁴⁷), ou encore l'émission française de telle-réalité « *L'amour est dans le pré* » et série télévisée américaine (par exemple *Girls* qui défie les stéréotypes de beauté, de maquillage, et d'habits à la mode) tentent d'altérer les fausses visions véhiculées par la société elle-même en mettant en avant des personnages dont l'apparence physique est proche de celle de la majorité de la population.

Il est de mise de mentionner la série télévisée américaine *Drop Dead Diva*, dans laquelle le personnage principal est un mannequin très séduisante qui se 'retrouve' dans le corps d'une avocate en surpoids. Cette série brise les stéréotypes et projette l'image d'une femme de forte corpulence heureuse, sociable, sexuelle, et surtout brillante dans sa carrière. Dans cette même série, au deuxième épisode, l'avocate se trouve devant le procès suivants : en l'espèce, il s'agit d'une serveuse dans un bar, dont le contrat de travail contient une clause qui interdit de « *changer fondamentalement d'apparence* », sous peine de licenciement. Or, elle a pris 15 kilogrammes en un an et demi et se fait licencier. L'argument de son employeur est qu'elle n'adhère plus à l'image 'sexy' du bar et que très peu de clients lui commandent des verres, et que par suite, elle ne contribue pas aux profits de son entreprise. L'avocate (elle-même en fort surpoids), à contrecœur (compatissant avec la demanderesse), avance une première stratégie : alléguer qu'elle souffre d'une *perceived disability* et par suite, devrait être protégée sous le ADA. Or, la victime refuse cette stratégie, se sentant humiliée et blessée, car effectivement, elle n'est pas handicapée ! De ce fait, l'avocate allègue que ce n'est tout simplement *pas juste* de licencier une salariée en raison de sa prise de poids et que la définition de 'sexy' de l'employeur est trop étroite. Le jury ordonne la réintégration de la salariée, l'augmentation de son salaire et va même jusqu'à ordonner l'embauche de toutes les femmes en surpoids refusées au départ ! Voilà un parfait exemple de tentative de sensibilisation et altération des mentalités.

¹²⁴⁶BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 127-128.

¹²⁴⁷ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 67.

Un autre moyen de responsabiliser les médias (à part à travers la sensibilisation et de l'autorégulation en interne) est de lancer un projet de monitoring des médias au niveau européen¹²⁴⁸.

Dans un article intéressant sur la représentation des femmes dans les médias, on mentionne une démarche intégrée de l'égalité. Ce qu'on appelle le « *gender mainstreaming* » dans l'Union européenne suppose, pour être efficace, le respect de trois principes de base : une implication de la hiérarchie au plus haut niveau, des objectifs chiffrés de progrès assortis d'indicateurs et portés par des structures de vigilance, et enfin, une formation ou une sensibilisation des personnels¹²⁴⁹.

Enfin, certains revendiquent la réflexion dans les médias de personnes 'non attractives' autant que les personnes appartenant à des ethnies minoritaires¹²⁵⁰.

Aussi, il convient de mentionner une jeune adolescente âgée de 14 ans, Julia Bluhm, qui a gagné un concours avec le magazine *Seventeen*¹²⁵¹ en lançant une campagne incitant le magazine à faire paraître une photo non photoshopée par numéro. À la grande surprise générale, le magazine répond par un *Body peace treaty* ou « traité de paix avec le corps »¹²⁵², en promettant qu'il ne changera jamais le corps ou la forme du visage des jeunes filles et inclura des images de femmes rebelles et de mannequins en parfaite santé. C'est un véritable tournant !

De plus, le magazine « *People* » met en photo de couverture la jeune actrice Zooey Deschanel sans maquillage. C'est une première !

Une autre initiative mérite notre attention. Le 4 juillet 2012, des femmes ont réécrit la déclaration de l'indépendance afin de ne plus « jamais faire de régime » :

« *That these women ought to be Free and Independent of ineffective and unhealthy diets; that they are absolve from all Allegiance to restriction, starvation, deprivation, guilt and the self-*

¹²⁴⁸ À l'instar de celle pour l'égalité entre les sexes, lancée dans les conclusions du Conseil EPSSCO à Luxembourg, le 9 juin 2008 sur le thème « éliminer les stéréotypes fondés sur le sexe dans la société » et de la résolution du Parlement européen du 3 septembre 2008 sur l'impact du marketing et de la publicité sur l'égalité des genres. « Rapport sur l'image des femmes dans les médias, présenté par la commission de réflexion sur l'image des femmes dans les médias », Présidente : Michèle Reiser, rapporteur: Brigitte Gresy, 25 septembre 2008.

¹²⁴⁹ « Rapport sur l'image des femmes dans les médias, présenté par la commission de réflexion sur l'image des femmes dans les médias », (Présidente : Michèle Reiser, Rapporteur: Brigitte Gresy), 25 septembre 2008.

¹²⁵⁰ TISDALL J., « Demand for more ugly people on TV », <http://www.aftenpostn.no/english/local/article419740.ece>, 17 octobre 2002.

¹²⁵¹ *Women's Voices For Change*, <http://womensvoicesforchange.org/wednesday-5-2.htm>.

¹²⁵² <http://www.seventeen.com/health/tips/body-peace-pledge>, 11 juillet 2012.

*judgment that diets create; and that as Free and Independent women, they have full Power to decide what to eat, when to eat, and why to eat, based on their personal needs and desires, and to do all other Acts and Things which normal eaters may of right do »*¹²⁵³.

S'agissant de l'obésité, il se trouve que la plupart des articles exagèrent les risques d'obésité et sous-estiment les facteurs biologiques ou environnementaux¹²⁵⁴. Or, les journaux médicaux devraient nettement décrire toutes les possibilités entrant en jeu. En effet, comme nous l'avons mentionné auparavant, il ressort d'études extensives que le surpoids est le résultat d'une combinaison complexe génétique, environnementale et comportementale¹²⁵⁵.

§ 3: Le contenu des social media

176. Les médias sociaux jouent de nos jours un rôle très important, notamment dans la sensibilisation des jeunes générations. Les discours sur la diversité peuvent fortement contribuer à la sensibilisation de la société. Citons Matt Glowacki, un spécialiste de la diversité¹²⁵⁶. D'après lui, le *lookisme* n'est pas uniquement l'acte de juger autrui sur la base de leur apparence physique mais aussi le fait de se juger soi-même sur la base de notre propre apparence physique. Il affirme que les médias bombardent les audiences d'images irréalistes telles que la diffusion d'une photo d'un mannequin, amincie par *photoshop* pour l'audience japonaise car la population féminine japonaise à un indice de masse corporelle très bas. « *Ces images ne sont pas plus réelles que les dessins animés que nous regardons* »¹²⁵⁷. Nous citons aussi les photos postées sur *Instagram*¹²⁵⁸.

¹²⁵³ «Declaration of independence from dieting, pioneering women in sports, inspiring sexagenarians», Women's Voices For Change <http://womensvoicesforchange.org/wednesday-5.htm>, 4 juillet 2012 « ... ces femmes devraient être libres et indépendantes de régimes inefficaces et malsains, être épargnées de toute soumission à la restriction, la faim, la dérivation, la culpabilité ou l'auto-jugement créés par les régimes, et que en tant que femmes libres et indépendantes, elles ont un pouvoir total de décider quoi, quand et pourquoi manger, en se basant sur leurs besoins et désirs personnels, et de faire tous actes et choses que les « mangeurs normaux ont le droit d'avoir ».

¹²⁵⁴SAGUY A., ALMELING R., « Fat in the fire? Science, the news media, and the obesity epidemic », *Sociological Forum*, vol. 23, n° 23, 2008, p. 127-128.

¹²⁵⁵ ROELHING M., « Investigating the validity of stereotypes about overweight employees: the relationship between body weight and normal personality traits », *Group and Organization Management*, vol. 33, 2008, p. 392-401.

¹²⁵⁶« *Be yourself and love the person you are* » (youtube). <http://www.youtube.com/watch?v=ntOdI1R7CvE>, diffusé le 8 juin 2010.

¹²⁵⁷GLOWACKI M., youtube, <http://www.youtube.com/watch?v=ntOdI1R7CvE>, diffusé le 8 juin 2010.

¹²⁵⁸ (#lookism).

Dans ce sens, des groupes ont été créés sur *Facebook* afin de contrer tous genres de stéréotypes à l'encontre des personnes en surpoids (« *Stop Fat Phobia* ¹²⁵⁹ », « *Fight Lookism* ¹²⁶⁰ », « *Women's rights news* »¹²⁶¹ ...). À titre d'exemple, *Stop Fat Pobia* ou « Combattre la phobie de la graisse » est un groupe qui diffuse des photos de femmes de forte corpulence, aux allures confiantes, belles et heureuses ainsi que des poèmes, des expressions inspirantes et des discours de rébellion.

De plus, plusieurs vidéos sensibilisatrices sur *Youtube* dénoncent l'impact négatif des images diffusées à la télévision, sur internet et dans les magazines. À cet égard, nous pouvons mentionner « *Beauty Pressure* » (« *Parle à ta fille avant que l'industrie de la beauté de la fasse* »)¹²⁶², et « *Lookism !* »¹²⁶³ sont très intéressants et visent à créer un éveil dans les mentalités.

Aussi, les vidéos « *Killing us softly* », dans lesquelles c'est avec ardeur et acharnement que Madame Jean Kilbourne accuse les publicités de (i) déshumaniser les femmes et les réduire à des objets et par suite nourrir les violences et discriminations ; et (ii) créer un idéal parfait et impossible pour les femmes¹²⁶⁴ et intensifier les images négatives des corps des femmes. Les publicités sont envahissantes et persuasives et nous influencent plus que nous pouvons l'imaginer. Elles vendent des messages et des concepts d'amour, de bonheur, de succès et surtout de ce que la 'normalité' signifie.

Enfin, le blog *Women's voices for change*¹²⁶⁵ est un site activiste qui prône l'amélioration de l'image de la femme dans ce blog, et considère que l'initiative de Bluhm ci-dessus est un combat

¹²⁵⁹<http://www.facebook.com/#!/StopFatPhobia>.

¹²⁶⁰<http://www.facebook.com/messages/513565912#!/lookism>.

¹²⁶¹<https://www.facebook.com/#!/WOMENSRIGHTSNEWS?fref=ts>.

¹²⁶² « Talk to your girl before the beauty industry does », <http://www.youtube.com/watch?v=Ei6JvK0W60I>, diffusé le 2 octobre 2007.

¹²⁶³ « Lookism! » <http://www.youtube.com/watch?v=VdA7kOArUMY>, posté le 21 avril 2010. « Lookism, the unspoken prejudice », <http://www.youtube.com/watch?v=GaLKIB7s-oY>, diffusé le 3 août 2009. Voir aussi le film dramatique en ligne « onslaught ».

¹²⁶⁴ « Killing us softly 4: Advertising's image of women http://www.youtube.com/watch?v=PTImho_RovY, « Killing Us Softly – Women are used like pieces of meat »; <http://www.youtube.com/watch?v=KVMcmePRqSk>; « Slim hopes: Advertising & the obsession with thinness » http://www.youtube.com/watch?v=C7143sc_HbU&list=PL6EB243C2D1FD2238. Voir aussi « Killing us softly 4: the response » <http://www.youtube.com/watch?v=zELS6LMTLVU>; « Truth about size zero » <http://www.youtube.com/watch?v=4IoHxywsoQo>. Voir aussi « The beauty bias in hiring » <http://www.youtube.com/watch?v=z3NWIBQ0buw>. « The beauty bias » http://www.youtube.com/watch?v=TKm_0SiVTLs, the injustice of appearance, <http://www.youtube.com/watch?v=xunyiiyJfdY>; « Discrimination against Looks (LOOKISM) Project » <http://www.youtube.com/watch?v=tDcV4oE-ex4>, diffusée le 22 août 2013.

¹²⁶⁵<http://womensvoicesforchange.org/>.

non pas uniquement pour les adolescentes, mais pour les femmes à tous les stades de leurs vies¹²⁶⁶.

§ 4: La protection des consommateurs

177. Selon certains, une autre manière de combattre le *lookisme* serait de protéger les consommateurs contre les produits malsains et les pratiques frauduleuses en attaquant les publicités fausses¹²⁶⁷. La *Federal Trade Commission* examine les publicités prometteuses de résultats miraculeux (augmentation de la taille de la poitrine, minceur des cuisses, et réversion du processus d'âge grâce à des pilules, patch et même des potions!), notamment en matière de produits de minceur. Certains produits peuvent être très dangereux, surtout les produits cosmétiques, non régulés par la *Food and Drug Administration*¹²⁶⁸. L'initiative de l'agence, « *Big fat lie* » (ou gros mensonge) vise les campagnes qui font de fausses annonces dans des campagnes de marketing nationales, telle qu'une crème anticellulite, à base d'herbes chinoises, qui permettait une perte de poids, sans aucun effort¹²⁶⁹. En outre, cette agence a lancé l'initiative « *Weighting the evidence in diet ads* », qui inclut des avertissements contre certains produits pour la perte de poids. Cette agence a un site web, qui dans l'hypothèse où un consommateur désire acheter une pilule « *pas de sueur, pas de famine* » (*No sweat no starvation*), il reçoit automatiquement des informations sur ces escroqueries¹²⁷⁰. Les plaintes des consommateurs ont conduit à quelques résultats positifs ; des publicitaires ont retiré des campagnes, des employeurs ont changé de politique interne, et des gouvernements ont passé des législations¹²⁷¹. Toutefois, ces organismes n'ont pas toujours les ressources nécessaires pour la protection des

¹²⁶⁶ Women's Voices For Change, <http://womensvoicesforchange.org/wednesday-5-2.htm>, 11 juillet 2012.

¹²⁶⁷ RHODE D., *The beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 141.

¹²⁶⁸ RHODE D., *The beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 142. Aussi, la crème anti-rides "StriVectin", mise sur le marché sous le slogan "Better than botox" se vendait au prix de 135\$. Le tube et a été fabriqué par un "medecin" qui s'est avéré n'avoir aucune license en medicine. Gogoi, « An Ugly Truth ».

¹²⁶⁹ CHK Trading Co. Inc. (Hammelin Cellulite Cream), <http://www.ftc.gov>.

¹²⁷⁰ Voir MAINE M., *Body wars: Making peace with women's bodies*, Carlsbad, CA: Curze Books, 2000, <http://www.wemarket4u.net/fatfoe/>.

¹²⁷¹ SOLOVAY S., *Tipping the Scales of Justice: Fighting Weight-Based Discrimination*, Amherst, NY, Prometheus Books, 2000, p. 150.

consommateurs¹²⁷². De plus, de manière générale, les lois et les initiatives pour la protection des consommateurs s'avèrent très peu efficaces en pratique¹²⁷³.

Le droit devrait jouer un rôle plus efficace dans la promotion des modes de vies sains et des images projetées dans les médias¹²⁷⁴.

§ 5: Le rôle des industries

178. Nous avons vu que l'industrie du divertissement ou la *entertainment industry* a un rôle crucial dans la lutte contre les stéréotypes et préjugés. Quelle sont les autres industries qui devraient jouer un rôle dans la lutte contre le *lookisme*?

A) La campagne *Dove*- une grande prise de conscience

179. La campagne publicitaire fraîche et innovante du savon *Dove* fait des ravages en 2006. Cette campagne absolument révolutionnaire défie les stéréotypes cultivés générant la discrimination, et redéfinit la beauté. Des photos de femmes de tout âge (une femme de 96 ans aux cheveux blancs a même participé à la campagne !), aux formes et aux couleurs de peau naturelles et n'ayant pas été retouchées par *photoshop* sont exhibées¹²⁷⁵. L'objectif est de diffuser des photos de femme au physique similaire à celles des véritables consommatrices des produits *Dove*. La «*Campaign for Real beauty*» (ou campagne pour la vraie beauté) explique l'objectif derrière la vidéo-choc «*Evolution*» qui décrit la transformation d'une «vraie femme» (peau imparfaite, traits faciaux 'moyens') en mannequin (sourcils relevés, lèvres agrandies, peau et teint parfaits, visage aminci et cheveux très bien coiffés) en dénonçant des perceptions irréalistes et inaccessibles de beauté. Voilà leur slogan : «*We think beauty comes in all ages, shapes and sizes. What do you think? Join the debate*»¹²⁷⁶.

¹²⁷² SOPHER J., « Weight loss advertising too good to be true: Are manufacturers or the mediato blame? », *Cardoso Art and Entrainment Law Journal*, vol. 22, 2005, p. 933. Voir aussi ROSEANN B., TESSLER T., « American beauty: An analytical review of the past and current effectiveness of cosmetic safety regulations and future direction », *Food and Drug Law Journal*, vol. 63, 2008, p. 257-273.

¹²⁷³ SOPHER J., « Weight loss advertising too good to be true: Are manufacturers or the mediato blame? », *Cardoso Art and Entrainment Law Journal*, vol. 22, 2005, p. 933.

¹²⁷⁴ RHODE D., *The beauty bias: the injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 147.

¹²⁷⁵ « Dove Evolution » <http://www.youtube.com/watch?v=iYhCn0jf46U>, diffusée le 6 octobre 2006.

¹²⁷⁶ <http://www.dove.us/Social-Mission/campaign-for-real-beauty.aspx>.

B) L'industrie de la mode

180. Les industries devraient contribuer aux solutions du *lookisme*, en promouvant par exemple des images saines, et réalistes de l'attractivité. La mode, la publicité, l'édition et les industries de diffusion¹²⁷⁷ pourraient développer des codes pour résoudre ce problème, tels que le propose le parlement européen¹²⁷⁸. Par exemple, le magazine français *Elle* a mis en photo de couverture, dans le numéro de mai 2013, une mannequin 'ronde' et très séduisante.

S'agissant de la régulation du poids des mannequins, en 2007, avec le support de Vogue Magazine, le *Council of Fashion Designers of America* (« *CFDA* ») a formé une initiative sanitaire afin de lutter contre le phénomène grandissant des mannequins en insuffisance pondérale. Le *CFDA* suggère les recommandations intéressantes dont : éduquer les salariés à identifier les signes primaires de désordres alimentaires, appeler les mannequins souffrant de désordres alimentaires à recevoir de l'aide professionnelle et permettre à ces mannequins de continuer uniquement en cas d'accord du professionnel, développer des séminaires sur les causes et effets des désordres alimentaires, fournir des repas sains durant les défilés de mode, et interdire le tabac et l'alcool¹²⁷⁹. Toutefois, ces recommandations ne contiennent aucune référence à l'indice de masse corporelle. Dans le contexte de la *Model Health Initiative*, dix-huit éditeurs de Vogue dans le monde écrivent une lettre au *CFDA* exprimant leur soutien à cette cause et entreprennent de publier des images de mannequins au physique sain en tentant par là-même d'assimiler l'idéal de beauté à un idéal de santé¹²⁸⁰.

En outre, à Madrid, en septembre 2006, passe la première loi interdisant aux mannequins d'avoir un indice de masse corporelle inférieur à 18 (le standard admis par l'Organisation Mondiale de la Santé est que toute personne à l'indice de masse corporelle inférieur à 18.5 est en sous-poids et si son indice est supérieur à 30, elle est obèse)¹²⁸¹.

¹²⁷⁷ Broadcast industries.

¹²⁷⁸ Comité sur les droits de la femme et l'égalité des chances du parlement européen (committee on women's rights and gender equality of the European parliament, report on how marketing and advertising affect equality between the sexes, 40-41st session (2008), paragraphe 21.

¹²⁷⁹ *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, Fairchild Books, New York, p. 204.

¹²⁸⁰ «Taking a Stand: International Vogue Editors Join Forces to Support the CFDA's Health Initiative», <http://www.vogue.com/magazine/article/the-health-initiative-june-issue/>, 18 mai 2009.

¹²⁸¹ *Fashion Law: A guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, Fairchild Books, New York, p. 204. Le débat autour du poids des mannequins s'intensifia lors du décès d'une mannequin brésilienne, Anna Carolina Reston, souffrant d'anorexie,

L'organisation de commerce qui gouverne les défilés de mode de Milan a suivi ce pas¹²⁸²: les designers ont accepté de ne pas recruter des mannequins de moins de seize ans et de les amener à apporter une preuve médicale affirmant qu'ils ne souffrent pas de désordres alimentaires. De même, l'industrie vestimentaire espagnole a passé un accord avec le gouvernement espagnol lui permettant d'embaucher des mannequins de taille normale¹²⁸³.

Très récemment, lors de la semaine de la mode à New York¹²⁸⁴, la créatrice Eden Miller a présenté sa collection printemps 2014 de grandes tailles et marque l'histoire de la semaine de la mode à New York, après 60 ans de défilés de mode.

Il convient enfin de mentionner la nouvelle collection du magasin H&M qui vend des tailles plus grandes que les tailles vendues normalement, pour les femmes 'enveloppées'¹²⁸⁵. N'est-ce pas un véritable progrès ?

Enfin, il est intéressant de signaler que l'industrie du luxe est plus mature aujourd'hui et se soucie moins de l'apparence physique. Une femme en surpoids peut très facilement être embauchée pour un poste en contact avec la clientèle, à condition qu'elle ait, comme toute autre personne, les compétences et qualités requises pour un tel poste¹²⁸⁶.

§ 6: L'éducation et la sensibilisation des groupes communautaires

181. L'éducation est le point de départ de toute génération. La véritable solution n'est pas seulement juridique mais éducationnelle : on parle d'une éducation 'anti-lookiste'¹²⁸⁷. Le rôle des parents est crucial¹²⁸⁸. On devrait d'abord apprendre aux enfants que tout le monde n'est pas

¹²⁸² GIVHAN R., « Milan's beef about skeletal models », *Washington Post*, 8 décembre 2006. « Milan bans too thin models », *New York Times*, 20 décembre 2006, A6. La *London Fashion Week* a fait de même.

¹²⁸³ GOVE M., « Fatten up models and you'll end starvation slavery », *London Times*, 18 septembre 2007. Voir GAZZAR B., « Spain sizes up fashion world measuring stick », *Women's eNews*, 21 février 2008, <http://www.womensenews.org>.

¹²⁸⁴ DOUGLAS J., « Meet the plus-size models who just made New York fashion week history », <http://shine.yahoo.com/fashion-week/fashion-nyfw-mbfw-shopping-230416608.html>, 6 septembre 2013.

¹²⁸⁵ <http://www.hm.com/us/subdepartment/LADIES?Nr=4294928449>, Plus Size, 14-24.

¹²⁸⁶ Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH New York, 5 août 2013.

¹²⁸⁷ DAVIS A., « "Lookism", common schools, respect and democracy », *Journal of Philosophy of Education*, vol. 41, n° 4, 2008.

¹²⁸⁸ RODRIGUEZ K., « Lookism and weight-discrimination: ethnic and cultural awareness », Capella University, http://www.academia.edu/443646/Lookism_and_Weight-Discrimination_Ethnic_and_Cultural_Awareness. Certains

lookiste. Nous suggérons que les parents devraient inculquer à leurs enfants des images positives et saines de leur corps. Selon Monsieur Thierry Mariani, « *Il faut par exemple apprendre aux enfants dès leur plus jeune âge que le principe d'égalité entre les hommes doit primer sur les choix qu'ils devront faire au cours de leur vie, leur apprendre l'égalité des droits et l'égalité des devoirs. C'est un point de départ indispensable* »¹²⁸⁹.

Par ailleurs, les élèves devraient mieux comprendre la douleur d'expérimenter un harcèlement moral ou moqueries cruelles en raison de son physique¹²⁹⁰. On devrait leur apprendre ce qui est véritablement fondamental, à savoir la vraie valeur de chaque individu, ainsi que la manière de former des jugements sur l'apparence physique. Ceci peut se faire à travers des pièces de théâtre par exemple ou des manuels scolaires anti-stéréotypes, mettant en avant des images d'enfants de toutes les tailles et formes dans des situations comparables.

Madame Rhodes propose que les écoles, les familles, et les décideurs politiques coordonnent entre eux afin de promouvoir des régimes sains, sans aucune arrière pensée de *grossophobie*¹²⁹¹. On devrait ensuite sensibiliser les jeunes populations pour les prévenir de l'obésité mais surtout des désordres alimentaires. Nous pouvons ainsi, dès le plus bas âge, prévenir et transformer ce genre de biais en augmentant le savoir et la conscience collective sur le phénomène social de l'esthétique.

L'initiative *Dove* a créé un mouvement courageux pour la confiance et l'estime de soi (*The Dove movement of self esteem*) ainsi que des fonds pour la confiance en soi (*self esteem fund*) dans le but d'augmenter la confiance en soi des jeunes filles. *Dove* a travaillé avec les *U.S.A., Girls Inc., and Boys & Girls Clubs of America* afin de créer des programmes éducationnels et des activités pour encourager, inspirer et motiver les filles dans le monde¹²⁹².

suggèrent qu'ils vont même jusqu'à encourager très tôt la chirurgie plastique pour leurs enfants, afin de leur éviter d'être victimes de moqueries à l'école, LHO E., « "Lookism" and our society » <http://duca94.wordpress.com/2011/05/29/project-lookism-and-our-society/> Project, 29 mai 2011.

¹²⁸⁹Assemblée nationale - 1^{re} séance du 12 octobre 2000, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cr/html/20010013.asp>.

¹²⁹⁰ DAVIS A., « "Lookism", common schools, respect and democracy », *Journal of Philosophy of Education*, vol. 41, n° 4, 2008.

¹²⁹¹ RHODE D., *The Beauty Bias: the injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 147. Voir la campagne "Feed Me Better" à Londres, introduite par le chef Jamie Olviver, pour améliorer les plats dans les écoles Anglaises. Voir WITCHEK A., « Putting America's Diet », *New York Times Magazine*, 11 octobre 2009.

¹²⁹² «The Dove Campaign for Real Beauty», <http://www.dove.us/Social-Mission/campaign-for-real-beauty.aspx>.

§ 7: Les mouvements sociaux et l'activisme politique

182. Deux réactions sont possibles : l'accommodation et la rébellion¹²⁹³. La première est la réaction traditionnelle consistant à modifier notre image corporelle, par exemple en tentant inlassablement de perdre du poids par des moyens malsains (régimes incessants, pilules diététique ou chirurgie gastrique,...) et afin de sentir qu'on appartient à la société et à l'image à laquelle nous devons nous conformer. La rébellion, en revanche, est un rejet au niveau social et individuel, de toutes sortes de directives sociales indiquant la manière de paraître¹²⁹⁴.

Les individus pourraient s'engager dans des tactiques d'activisme politique telles qu'écrire des lettres, ouvrir des blogs, ou se joindre à des organisations ou associations¹²⁹⁵. Nous savons que souvent, la loi est le fruit des mouvements sociaux (par exemple, le *Civil rights movement* aux États-Unis, à l'origine de *Civil Rights Act*).

Le *lookisme* fait l'objet de l'attention des associations et mouvements sociaux.

Aux États-Unis, le mouvement de *Health at Every Size* (ou « santé à tous les poids ») s'oppose à tous les mythes sur les effets malsains d'excès de poids¹²⁹⁶. Ce mouvement considère que la graisse signifie la majesté, le pouvoir, la sensualité, et la féminité et vise à étendre les droits des personnes en surpoids aux soins médicaux et au traitement égal¹²⁹⁷. Le mouvement de *Fat Acceptance*¹²⁹⁸ débuta en 1970, et en 1973 le *Fat Underground*, une alternative plus radicale de « *National Association to Advance Fat Acceptance* appelée la fut créée. Ce mouvement dénonce les méfaits des régimes alimentaires, des chirurgies plastiques et tend à rejeter les biais et à combattre l'injustice. Il cherche en outre à relever l'estime de soi et à respecter les « admirateurs » de la graisse, c'est-à-dire les personnes sexuellement attirées par des personnes en surpoids¹²⁹⁹.

¹²⁹³ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 111.

¹²⁹⁴ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 11. En effet le poids représente une sorte de « rébellion » de la part des femmes en particulier.

¹²⁹⁵ RHODE D., *The beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 149.

¹²⁹⁶ <http://www.haescommunity.org/>.

¹²⁹⁷ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 25, p. 12.

¹²⁹⁸ GIMLIN D., *Body Work: Beauty and Self Image in American Culture*, Berkley C.A: University of California, 2002, p. 5.

¹²⁹⁹ TOOVEY S., « Size acceptance... L'histoire... », Sizenet <<http://fr.sizenet.com/showdoc.asp?id=419>>, 24 Octobre 2005.

Le slogan était « *Fat people of the world, unite! You have nothing to lose* »¹³⁰⁰. Deux des groupes les plus anciens sont *The National Association to Aid Fat Americans* et *the Little People of America*, qui visent respectivement l'obésité et la petitesse de taille¹³⁰¹. De plus, le *Council on Size and Weight Discrimination* ou la *International Size Acceptance Organization* ont joué un grand rôle dans l'engagement contre la *grossophobie*.

Il paraît pertinent de signaler que les adhérents au mouvement du *Fat Acceptance* refusent de se faire associer aux personnes handicapées et se considèrent aussi capables que les personnes minces¹³⁰². De leur côté, les organisations et mouvements pour personnes infirmes ou handicapées ne désirent pas être non plus affiliées à ces mouvements *Acceptance*¹³⁰³.

Nous pouvons citer d'autres initiatives intéressantes telles que le fait de se joindre à des associations qui envoient un budget annuel de produits cosmétiques à des organisations des droits de la femme¹³⁰⁴.

En France, l'association *Allegro Fortissimo*, créée en 1989, lutte contre les discriminations dont sont victimes les personnes de forte corpulence dans la société dans des contextes tels que l'accès à l'emploi, au crédit, aux transports, aux soins.... Cette association vise à réconcilier ces personnes avec leur corps et leur image, vis-à-vis d'elles-mêmes, de leur entourage et de la société¹³⁰⁵. Plus précisément, cette association organise des soirées dansantes, des forums, des pièces de théâtre, des longs métrages,... En 2008, le groupe a formé un partenariat avec l'Association *Allegro Fortissimo* spécialisée dans la prévention de l'obésité et la lutte contre la discrimination fondée sur la forte corpulence.

Il convient aussi de mentionner la Fondation *Agir Contre l'Exclusion* ou « *FACE* » grand Lille créée en 1993, un réseau d'associations et d'entreprises qui agit contre l'exclusion et les discriminations en interne et en externe dans les entreprises¹³⁰⁶, à travers la mise à l'emploi, la prévention et la formation. Comme mentionné dans la Charte des Dirigeants de *FACE*, « *FACE*

¹³⁰⁰ SOLOVAY S., ROTHBLUM E., « No fear of fat », *Chronicle of Higher Education*, Vol. 56, édition 12, 13 novembre 2009.

¹³⁰¹ PATZER G., *The physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985, p.236.

¹³⁰² WANN M., *Fat! So?*, Berkley:CA, Ten Speed Press,1998.

¹³⁰³ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 112.

¹³⁰⁴ HAIKEN E., *Venus envy: A history of cosmetic surgery*, University Press, 2004, p. 174.

¹³⁰⁵ <http://www.allegrofortissimo.com/>.

¹³⁰⁶ DEMARET F., président du club *FACE* grand Lille, dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 Novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.

défend les valeurs de solidarité, de cohésion sociale, d'égalité des chances et d'égalité de traitement »¹³⁰⁷.

Son but est de former les managers à la reconnaissance des qualités individuelles des salariés en dehors de toute apparence. Ce club d'entreprise mobilise, anime et innove avec les entreprises et leurs collaborateurs pour agir de façon concrète contre les exclusions et les discriminations en accueillant des individus qui s'estiment victimes de discriminations.

Il convient de mentionner l'association française des managers de la diversité ou « *AFMD* » qui discute les thématiques ayant trait au management au quotidien d'équipes diverses (Apparence physique, égalité professionnelle hommes/femmes, maintien dans l'emploi, gestion de carrière des personnes handicapées, origine ethnique, origine sociale, conciliation vie professionnelle / vie personnelle,...)¹³⁰⁸. L'AFMD organise des conférences dont certaines sur la discrimination à raison de l'apparence physique¹³⁰⁹ « *Commissions apparences physiques en milieu professionnel* ».

Il serait intéressant de mentionner la *World Association of Ugly People (Club dei Brutti)* ou l'association des personnes laides dont le but est de sensibiliser les personnes sur les injustices subies par les individus 'laid'. Un autre objectif est celui de redonner de l'espoir aux personnes 'laid'. Cette association organise un festival des laids ou *festival of the ugly* (chaque année en septembre) à Piobiccio, en Italie, pour élire un nouveau président, parmi des hommes en grande majorité¹³¹⁰. Mr. Telesforo Iacobelli, gagnant du premier prix à plusieurs reprises, affirme « *Je suis convaincu-et les autres seront d'accord avec moi- qu'en fin de compte, nous serons les gagnants. Vous savez pourquoi ? Car nous sommes authentiques, nous sommes comme nous sommes. Nous sommes les hommes et les femmes que nous voulons être, jugés pour ce que nous sommes et non pas pour ce que nous pareissons être.* » Sur le mur de sa maison, on peut lire le slogan : « *Les femmes des laids sont toujours heureuses* ». Le slogan de cette association est: A

¹³⁰⁷ DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.

¹³⁰⁸ <http://www.afmd.fr/-Une-raison-d-etre-.html>.

¹³⁰⁹ <http://www.afmd.fr/-Une-raison-d-etre-.html>.

¹³¹⁰ Drôlement, en 2007, une femme gagne, et ne saurait être qualifiée de laide. PIKE R., « Italy's ugly club defies convention », 14 septembre 2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3107852.stm>.

person is what he is and not what he looks like (une personne est ce qu'elle est et non ce qu'elle paraît être).

Certains vont même jusqu'à proposer des solutions extrêmes, telles que boycotter les produits d'embellissement, et organiser des campagnes de lobby contre les pratiques *lookistes*¹³¹¹. Madame Deborah Rhodes propose la résistance des individus contre la « tentation » de subir des chirurgies plastiques ou de porter des chaussures non confortables¹³¹².

Par ailleurs, selon certains, une réaction économique, en faveur d'une diversité des « looks » ou *looks diversity* serait de soutenir les compagnies non *lookistes* en boycottant les autres (par exemple refuser d'acheter des habits d'une compagnie qui plus les personnes aux tailles très larges)¹³¹³.

§ 8: Les autres solutions

183. Il convient aussi de noter que de jeunes américains, distribuent des habits du magasin *A&F* aux individus sans domicile fixe aux États-Unis en protestation contre la politique de ce magasin qui ne vend que des habits aux personnes minces¹³¹⁴.

Afin de promouvoir l'acceptation, voire même la « normalisation » de l'apparence physique 'hors norme', l'on pourrait par exemple encourager les chaises sans mains¹³¹⁵, les services grandes tailles¹³¹⁶, les sièges plus larges¹³¹⁷ un équipement médical plus adapté¹³¹⁸.

En somme, la lutte contre le *lookisme* se fait par une ouverture d'esprit individuelle et collective.

Tous les acteurs sociaux sont responsables. Les médias, les employeurs, les salariés, l'État, les agences,...En outre, la responsabilité personnelle est centrale¹³¹⁹. Chacun de nous doit être

¹³¹¹ RHODE D., *The beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 148.

¹³¹² RHODE D., *The beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011, p. 147.

¹³¹³ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008.

¹³¹⁴ BRADY C., « Discrimination based on looks », <http://au.news.yahoo.com/today-tonight/lifestyle/article/-/17267568/discrimination-based-on-looks/>, 21 mai 2013.

¹³¹⁵ KIRKLAND A., *Fat rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008, p. 157.

¹³¹⁶ BERRY B., *Beauty bias: discrimination and social power*, London, Praeger Publishers, 2007, p. 24.

¹³¹⁷ À titre d'exemple, le stade de Yankees à New York élargit en 2008 les chaises de 7.6 centimètres.

http://en.wikipedia.org/wiki/Yankee_Stadium.

¹³¹⁸ BERRY B., *The power of looks: Social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008, p. 92.

constamment conscient de ce phénomène et s'auto-imposer des limites ainsi qu'une certaine manière de penser. Moins les personnes visées par le *lookisme* seront marginalisées, plus la conscience collective sera grandissante, et vice versa.

¹³¹⁹ « *Where after all do universal rights begin? in small places close to home...yet they are the world of the individual person the neighbourhood he lives in, the school or college he attends, the factory, farm or office where he works. such are the places where every man, woman and child seek equal justice, equal opportunity, equal dignity without discrimination. Without concerted citizen action to uphold them close to home, we shall look in vain for progress in the larger world* ». ROOSEVELT, « In your Hands », UDHR <<http://www.udhr.org/history/inyour.htm>>, 27 mars 1958.

184. « *La société est inégale et injuste. Nous ne pouvons pas toujours nous débarrasser de l'injustice, donc nous devons, dans le domaine du raisonnable, essayer de réduire l'inégalité* »¹³²⁰.

Les discriminations en droit du travail sont aujourd'hui largement combattues par le législateur. L'interdiction de discrimination est une autre façon d'exprimer le principe d'égalité.

En revanche, il est très difficile de lire et traduire le principe selon lequel la loi est la même pour tous, d'autant plus que toute différence de traitement n'est pas nécessairement une violation de l'obligation de non-discrimination.

Récemment, en droit français et américain, plusieurs réformes législatives très avantageuses pour les victimes, notamment en matière de preuve (malgré cela, la preuve en matière de discrimination, souvent non intentionnelle demeure extrêmement difficile), ont été instaurées pour leur rendre l'action judiciaire plus facile. Malgré cette empathie du législateur, faire valoir les droits des victimes demeure assez difficile, notamment en matière de discrimination à l'embauche.

Cette thèse s'est concentrée sur la beauté- véritable clé sociale- et de manière plus large l'apparence physique, étant aujourd'hui une priorité génératrice d'angoisse sociale et surtout de discriminations. L'on ne peut suffisamment souligner l'importance de l'apparence physique dans les relations humaines, dans l'accès aux biens et services, ainsi que dans le travail où l'apparence physique donne une longueur d'avance dans toutes les étapes de la carrière professionnelle. Par suite, le paraître l'emporte donc souvent sur la compétence.

Nous ne pouvons nier que l'amour du beau (ou du moins la préférence du beau) est engrainé dans la nature humaine. Punir les individus pour la préférence du 'beau' serait irréaliste si ce n'est injuste. Toutefois, ce qui est aussi injuste et par suite inadmissible est le fait de minimiser la valeur des individus dans le marché du travail, dépendamment de leur apparence physique. Par suite, établir un équilibre est de mise.

¹³²⁰ « *Society is unequal and unfair, and we can't always get rid of the unfairness, so we ought, within reason, to try and reduce the inequality* », M.S., « Lookism and the law », http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2010/05/appearance_discrimination, 24 mai 2010.

Nous avons vu que le *lookisme* a deux volets. D'une part, on associe les personnes 'belles' ou 'minces' à des traits de caractère positifs. Aussi absurde que cela puisse paraître, les phénomènes de « *What is beautiful is good* » et « *The beauty is beastly* ». Projetées dans le monde de l'entreprise, ces stéréotypes sont de nature à réduire l'égalité des chances et ceci est confirmé dans plusieurs études et reflétés dans quelques arrêts.

Un autre volet du *lookisme*, plus manifeste dans les jurisprudences américaine et française, est celui du *lookisme* au sens d'apparence physique 'mutable', à savoir la tenue et le style vestimentaires, la coiffure, la barbe, les piercings, les tatouages, etc...

Nous regrettons qu'il existe en matière de *lookisme*, un grand décalage entre la théorie et la pratique (jurisprudence) dans les deux ordres juridiques.

En effet, l'appréciation des juges quant à la réalité des situations discriminatoires ou non discriminatoires est très complexe et reflète parfois une hésitation latente. Ces hésitations sont justifiées, par (i) le principe non absolu de non-discrimination qui connaît quelques atténuations relevant de la logique, les juges du fond se devant d'apprécier les éléments objectifs tels que l'essence même du travail ou le *BFOQ*, l'intérêt de l'entreprise, son image ainsi que les préférences de la clientèle ou encore des impératifs tels que la sécurité, l'hygiène,... qui doivent être toujours objectifs et proportionnés au but recherché, et (ii) l'aspect très subjectif et inconscient du phénomène.

Plus précisément, s'agissant de la jurisprudence française, les résultats y sont encore timides et les contentieux demeurent relativement rares. Nous n'avons que très peu de cas de *lookisme* en matière d'attractivité' ou de 'beauté' à proprement parler. Par suite, il est difficile de mesurer ce problème. Nous observons que les juges français, en raison des fondements des demandeurs ou défendeurs à l'action, ne se fondent que très rarement, si ce n'est jamais, sur l'argument de la discrimination à raison de l'apparence physique. La jurisprudence retient souvent les notions directrices de libertés individuelles, d'intérêt de l'entreprise, de préférences de la clientèle et surtout d'image que l'entreprise désire projeter ainsi que l'analyse des faits et le bon sens.

Quant à la jurisprudence américaine, elle est plus fournie en la matière et présente quelques arrêts, en matière de *lookisme* pur (relié au poids surtout), notamment s'agissant des hôtesses de l'air. Nous avons aussi observé le génie des cours qui ont souvent recours à la discrimination

indirecte ou *disparate impact* dans la protection contre le *lookisme* lorsque ce dernier est dédoublé d'un autre type de discrimination protégé par la loi (notamment le sexe ou la race).

Par ailleurs, l'un des apports fondamentaux de cette thèse est le suivant. Contrairement à l'affirmation selon laquelle les droits français et américain du travail reposent sur des logiques opposées, nous avons vu qu'elle est erronée. Les aménagements opérés par les droits français et américain sont dans une large mesure similaires, surtout en matière de preuve. Nous avons observé des similitudes de notions directrices, telles que le *BFOQ* ou l'essence du métier, l'intérêt de l'entreprise ou *business necessity*, l'image de l'entreprise ainsi que les préférences de la clientèle.

Nous avons proposé des solutions.

En premier lieu, les lois devraient impérativement s'appliquer au *lookisme*, ce dernier devant être éliminé, sinon réduit pour maintes raisons. Tout d'abord, le droit a un rôle fondamental à jouer, notamment dans la signification qu'on donne à l'apparence physique.

Nous espérons l'entrée en vigueur d'une loi équilibrée, précise et détaillée qui distinguerait les traits immuables des traits mutables en explicitant d'abord les définitions d'apparence physique. Ensuite, cette loi aurait le mérite de marquer le pouvoir discrétionnaire de l'employeur les nuances de *BFOQ*, d'essence-même du métier et d'intérêt de l'entreprise, toujours mesurées par les principes directeurs d'objectivité et de proportionnalité.

Ensuite, il est évident que le *lookisme* est un problème socio-juridique et par conséquent, le droit n'est pas toujours l'unique réponse. Il est une condition nécessaire mais insuffisante. En effet, s'agissant du *lookisme* dans sa dimension de 'beauté', les principales difficultés d'agir ne sont pas juridiques mais sociologiques et culturelles car il n'existe pas de séparation claire entre les normes juridiques, les normes et les opinions sociales.

Afin de mener à bien la lutte contre le *lookisme*, il faut procéder au préalable à un véritable travail de sensibilisation et de déconstruction des stéréotypes, préjugés et mauvaises habitudes culturelles en vigueur dans la société. Le droit doit par suite être secondé par des initiatives au sein de l'entreprise dont quelques exemples de démarches à adopter ont été mentionnés plus en amont. Le rôle des entreprises est primordial et tout l'enjeu est d'assurer des procédures

objectives tout en gardant une certaine marge de liberté à la personne qui fait les choix au nom de l'entreprise. Ensuite, la sensibilisation s'opérera (et s'opère déjà) notamment grâce aux efforts des médias audio-visuels, des médias sociaux, de certaines industries, ainsi que ceux des associations et mouvements sociaux.

S'il est communément admis que le *lookisme* existe, le dessin de ses contours, ses causes et ses nuances reste flou. Ce phénomène a sans doute une signification est historico-globale¹³²¹ et est un problème social, juridique, esthétique, éthique, médiatique, politique, et de gestion. Il devrait donc être traité comme tel.

Si ce sujet a du mal à être accepté de nos jours, les esprits s'y habitueront. Par contre, de toute évidence, le *lookisme* se trouve à la croisée des chemins des débats actuels, sociaux et juridiques majeurs et complexes, ce qui constitue un bon début.

Nonobstant les obstacles juridiques, psychologiques et sociaux, le droit se dirige dans la bonne direction ; et la jurisprudence, notamment, protège de plus en plus les femmes.

Que le *lookisme* soit ou non éliminé, nous considérons qu'il peut déjà être atténué lentement mais sûrement.

En définitive, nous ne pourrons changer le monde à travers des procès que si les consciences, les esprits et la culture changent et évoluent¹³²². Certes, il n'existe pas de formule magique. Malgré la bonne volonté des gouvernements français et américain, le chemin à parcourir reste long, périlleux et semé d'embûches, à l'instar de toutes les réformes sociales majeures¹³²³.

Toutefois ce nouveau chemin emprunté n'est plus impraticable. Tout invite à penser que le contentieux sur le *lookisme* est un chantier ayant un bel avenir à construire. Il nous est maintenant permis de croire en une lueur d'espoir pour qu'à terme, le *lookisme* ne soit plus la cible de discriminations illégales ; pour qui sait, un jour, ne plus être du tout une source de discrimination.

¹³²¹ TIETJE L., CRESAP S., « Is lookism unjust? », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, n° 2, 2005, p. 31-50.

¹³²² « Ultimately you can't change the world through litigation. You have to change the hearts and minds and the culture ». MILLER P., ELLISON J., « Professor Fighting Discrimination Step by Step », *Seattle Post-Intelligencer* <<http://www.seattlepi.nwsource.com>>, 24 novembre 2004.

¹³²³ BERRY B., *Beauty Bias: discrimination and social power*, London, Praeger Publishers, 2007, p. 125.

BIBLIOGRAPHIE

LÉGISLATION

Conventions internationales

- Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et son protocole facultatif : guide pratique à l'usage des parlements, Organisation des Nations Unies, 2003.
- Convention concernant la discrimination dans le domaine de l'emploi et de la profession adoptée le 25 juin 1958, n° 111, reproduite dans *International Labor Organisation, International Labour Conventions and Recommendations*, vol. 1, 1919-1962, Genève, 1992, p.702.
- Convention adoptée par la conférence générale, 20^e session, 27 janvier 1978.
- Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale adoptée, le 2 décembre 1965, *Recueil des traités de l'ONU*, vol. 660, p.195.
- Convention de l'UNESCO concernant la lutte contre la discrimination dans le domaine de l'enseignement, *Revue trimestrielle de l'ONU*, vol. 429, p. 93,14 décembre 1960.
- Déclaration de l'UNESCO sur la race et les préjugés raciaux adoptée par la conférence générale, 20^e session, le 27 janvier 1978.
- Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, résolution n° 36/55 du 25 novembre 1981.
- Déclaration sur les droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques, religieuses ou linguistiques résolution n° 47/135 du 18 décembre 1992.

Directives européennes

- Directive européenne n° 76/207/CE du 9 février 1976.
- Directive n° 2000/43/CE du 29 juin 2000 sur l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.
- Directive n° 2000/78/CE du 27 novembre 2000 sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

- Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, *Journal officiel des Communautés européennes*, C364/1, décembre 2000.
- Directive n° 2002/73/CE du 23 septembre 2002 concernant l'égalité de traitement entre hommes et femmes.
- Directive n° 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.
- Directive n° 2006/54/CE du parlement européen et du conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.

Droit français

- Loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations, *Gazette du Palais, Bulletin Législatif*, 2001, p 448.
- Décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits.
- 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, *Journal officiel de la République française* du 28 mai 2008, p. 778.
- Décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.
- Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Droit américain

- *Binghamton Human Rights Law*, adopted by the City Council of the City of Binghamton 12-15-08 by L.L. n° 1 (2008).
- *Americans With Disabilities Act Amendments Act* of 2008, n° 110-325, § 2(a)-(b), 122 Stat. 3553, 3554 (2008).
- Santa Cruz, California Municipal Code para.9.83.120 (2)(c)(2008).

- *Age Discrimination in Employment Act*, 29 USCA para.623 (2007).
- *Equal Pay Act*, 29 U.S.C.A. para. 206 (d) (2007); 29 CFR para. 1620 et seq. (2007).
- *Equal Process Clause* , U.S. Constitutional amendment XIV, § 1.
- *Madison, Wisconsin, Code of Ordinances* para.para. 39.03 (I), 39.03(2)(bb) (2007), para.39.03 (10)(b)(7).
- *New York Executive Law* para.296 (2007).
- *California Government Code* para. 12960 et seq. (2007).
- *New York City Administrative Code* para.8-107 (2006).
- *Elliott-Larsen Civil Rights Act*, MICH.COMPLAWS § 37.2102 (2004).
- *District of Columbia Human Rights Act*, D.C. Code Ann. § 2-1402.11 (2001).
- *Civil Rights Act* of 1964, 42 U.S.C. §§ 2000e-2000e-17 (2000).
- *Massachussets General Laws* ch. 151B, § 4(1)(1B) (2000).
- *County of Howard, Md., Code* para.para. 12.200 (II), 12.201 (XIV) (1992).
- *Civil Rights Act* of 1991, 42 US.C. Para.para.2000e, 2000e-1, 2000e-2, 2000e-4, 2000e-5, 2000e-6; Pub. I. novembre 1991.
- *Americans With Disabilities Act*, U.S.C section 1630.2(I)-(3) (1990).
- *Urbana, Illinois Municipal Code* § 12-37 (2007), [http:// www.city.urbana.il.us/](http://www.city.urbana.il.us/) (version en ligne adoptée en 1979).

OUVRAGES GÉNÉRAUX (Par ordre alphabétique du nom des auteurs)

- *Non discrimination law : comparative perspectives*, édité par LOENEN T., RODRIGUEZ P., 1999.
- ANSPACH K., *The why of fashion*, Iowa State University Press, 1967.
- AZZOPRDI G., *Les nouveaux tests de recrutement*, Paris, Marabout, 1995.
- BARKER R., GONICK M., WRIGHT B., *Adjustment to physical handicap and illness: a survey of the social psychology of physique and disability*, 1946.
- BEAUDRILLARD J., *La société de consommation, ses mythes, ses structures*, Gallimard, 1970.
- BECKER G., *The economics of discrimination*, Economic Research Studies, 1971.
- BOTELHO L., *Clothing*, in 2 *Puritans and Puritanism in Europe and America: A comprehensive encyclopedia*, édition BERNER F., & WEBSTER T., 2006.
- BLUM V., *Flesh wounds: the culture of cosmetic surgery*, Bekeley, CA: University of California Press, 2003.
- BROWN W., *States of injury: power and freedom in late modernity*, 1995.
- COEURET A., GAURIAU B., MINE M., *Droit du travail*, Dalloz, 2006.
- DEBARD T., LE BAUT-FERRARESE B., NOURISSAT C., *Dictionnaire du droit de l'Union européenne, dictionnaires de droit*, collection dirigée par Jean-Pierre Scarano, éditions ellipses, 2002.
- ELLIS E., *EU Anti discrimination law*, Oxford University Press, 2005.
- ENGEL D., MUNGER F., *Rights of inclusion: law and identity in the life stories of Americans with disabilities*, 2003.
- EYMARD- DUVERNAY, F., MARCHAL E., *Façons de recruter, le jugement des compétences sur le marché du travail*, Paris, éditions Métailié, 1997.

- FELDMAN D., *Civil liberties and human rights in England and Wales*, 2^e édition, Oxford University Press, 2002.
- FOLSOM R., LEVASSEUR A., *Pratique des affaires aux États-Unis*, Dalloz, 1994.
- FREDMAN S., *Discrimination law*, Oxford University Press, 2002.
- FROD R., *The Race Card: How Bluffing about Bias Makes Race Relations Worse*, New York: Farrar, Straus and Girous, 2008.
- GIMLIN D., *Body work: beauty and self image in American culture*, Berkley C.A: University of California, 2002.
- GOFFMAN, E., *Behavior in public places*, Free press, New York, NY, 1963.
- GUTTMAN A., *The erotic in sports*, New York: Columbia University Press, 1996.
- HAIKEN E., *Venus envy: a history of cosmetic surgery*, University Press, 2004.
- HAKIM C., *Honey money: the power of erotic capital*, Publication Allen Lane, 2011.
- HOLZER H., *Multi-city study of urban inequality*, East Lansing, Michigan state University, 1993.
- HAMMOUCHE S., EDIN V., *Chronique d'une discrimination ordinaire*, Gallimard, 2012.
- HYDE A., *Bodies of Law*, Princeton University Press, 1997.
- KOLATA G., *Rethinking thin: the new science of weight loss--and the myths and realities of dieting*, Farrar, Straus et Giroux, New York, 2007.
- KUCZYNSKI A., *Beauty junkies: inside our \$15 billion obsession with cosmetic surgery*, 2006.
- LENNON J., *Social power and appearance management among women*, in *Appearance and power*, JONHSON K., LENNON S., éditions, 1999.
- LOKIEC P., *Droit du travail, Les relations individuelles de travail*, Tome I, Thémis droit, 2011.
- MAYHEW L., *Law and equal opportunity: A study of the Massachusetts Commission Against Discrimination*, Harvard University Press, 1968.
- MERTON R., *Social theory and social structure*, New York press, 1968.

- MINE M., BOUDINEAU C., LE NOUVEL A., MERCAT-BRUNS M., SILHOL B., *Droit social international et européen en pratique*, Groupe Eyrolles, 2010.
- MINE M., *Droit du travail, La discrimination femme/homme*, collection dirigée par Bertrand Gauthey, 2001.
- PANSIER F-J., *Droit du Travail*, éditions Objectif Droit, 1998.
- PELISSIER J., AUZERO G., DOCKES E., *Droit du travail*, 2010, 25^e édition, Dalloz.
- PESKINE E., WOLMARK C., *Droit du travail 2013*, Dalloz, 7^e édition, 2013.
- PICARD D., *Du code au désir, le corps dans la relation sociale*, éditions Dunod, 1983.
- FIGUÉLIER C., *Droit du travail: les relations individuelles*, éditions Armand Colin, 1999.
- SONTAG S., *Against interpretation and other essays*, 1965.
- STEAMS P., *Fat history: Bodies and beauty in the modern west*, New York: Gothman Books, 2004.
- SUPIOT A., *Critique du droit du travail, les voies du droit*, PUF, 1994.
- VERKINDT P-Y., *Le droit du travail*, édition Dalloz, 2005.
- WAQUET P., *L'entreprise et les libertés du salarié, du salarié-citoyen au citoyen-salarié*, éditions liaisons, 2003.
- VROOM V., *Work and motivation*, Wiley, New York, 1964.
- WILDE O., *The picture of Dorian Gray*, Isobel Murray, Oxford 1981.
- Dictionnaire pratique RF, dictionnaire social, Groupe Revue Fiduciaire, 2011.
- *Fashion Law: a guide for designers, fashion executives, and attorneys*, édité par Guillermo C. Jimenez et Barbara Kolsun, 2010, Fairchild Books, New York.
- Committee on Corporate Counsel, *The in-house counsel's essential Toolkit-corporate Compliance & Ethics*, Published by the American Bar Association, Section of Business Law 2007.

OUVRAGES SPÉCIAUX (Par ordre alphabétique du nom des auteurs)

- AMADIEU, J.F., *Le poids des apparences: beauté, amour et gloire*, éditions Odile Jacob, 2002.
- BAUDOIN J-Y., TIBERGHIE G., *Ce qui est beau... est bien. Psycho-socio-biologie de la beauté*, Presses universitaires de Grenoble, 2004.
- BERRY B., *Beauty Bias: discrimination and social power*, London, Praeger Publishers, 2007.
- BERRY B., *The power of looks: social stratification of physical appearance*, Cornwall, MPG Books, 2008.
- BLANCHARD L., MCNICOLL R., *Les normes de beauté féminines*, Webzine, Québec, 2002.
- BROWNWELL K., OUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight bias: nature, consequences, and remedies*, New York: Guilford Press, 2001.
- ETCOFF N., *Survival of the prettiest: the science of beauty*, New York, Anchor Books, 1999.
- GORDON P., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York: AMACOM, 2008.
- GRAHAM H.D., *The civil rights era, origins and development of national policy*.
- GREALY L., *Autobiography of a face*, New York, NY: Harper Perennial, 1994.
- HAMERMESH D., *Beauty pays: why attractive people are more successful*, Princeton University press, 2011.
- HATFIELD E., SPRECHER E., *Mirror, mirror ...: the importance of looks in everyday life*, SUNY Press, Albany, 1986.
- KIRKLAND A., *Fat Rights: dilemma of difference and personhood*, New York: University Press, 2008.
- MILLMAN M., *Such a pretty face: being fat in America*, New York Norton, 1980.

- PATZER G., *Looks, why they matter more than you ever imagined*, New York, Amacon, 2008.
- PATZER G., *The physical attractiveness phenomena*, New York, Plenum Press, 1985.
- RHODE D., *The beauty bias: The injustice of appearance in life and law*, Oxford University Press, 2011.
- SOLOVAY S., *Tipping the scales of justice: Fighting weight-based discrimination*, Amherst, NY: Prometheus Books, 2000.
- SONTAG S., *Against interpretation and other essays*, 1965.
- STUNKARD., *The pain of obesity*, Palto Alto, California, Bull publishing company, 1976.
- TOLMACH L., SCHERR R., *Face value: the politics of beauty*, 1984.
- WANN M., *Fat! So?*, Berkley: CA, Ten Speed Press, 1998.
- WOLF N., *The beauty myth: How images of beauty are used against women*, New York: Harper perennial, 2002.
- « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.

ARTICLES (Par ordre alphabétique du nom des auteurs)

- Création de la HALDE, discours prononcé par le Monsieur le Président Jacques Chirac à l'occasion de l'installation de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, le 23 juin 2005, publié le 27 septembre 2008, <http://123territorial.fr/discourscreationdelahaldejacqueschirac23juin2005/>.
- « Declaration of independence from dieting, pioneering women in sports, inspiring Sexagenarians », women's voices for change, <http://womensvoicesforchange.org/wednesday-5.htm>, 4 juillet 2012.
- « Disneyland autorise la barbe », <http://www.slate.fr/lien/49127/disney-autorise-barbe>, 25 janvier 2012.
- « Facial discrimination extending handicap law to employment discrimination on the basis of physical appearance », *Harvard Law Review*, vol. 100, 1987.
- « Gender balance in boardrooms: first two companies sign up to "Women on the Board pledge" », www.plc.com, 5 mai 2011.
- « L'apparence physique : concilier la liberté du salarié et l'intérêt de l'entreprise », <http://www.omnidroit.fr/omnidroit/afficher/Article>, 23 décembre 2009.
- « Nouvelles formes de discrimination », message de Federico Mayor, directeur général de l'UNESCO, éditions A. Pedone, 1995, par Hamid Gaham (Chef du Service de la législation et de la prévention de la discrimination, Centre pour les droits de l'homme, Office des Nations Unies, Genève. 1 A/CONF. 157/23, I par. 15).
- « 'Price is right' model discrimination lawsuit overturned », <http://abcnews.go.com/GMA/video/price-model-discrimination-lawsuit-overturned-brandi-cochran-ruling-18736667>, 15 mars 2013.
- The associated press, « “Borgata babes” settle suit », http://www.nj.com/news/index.ssf/2008/07/borgata_babes_settle_lawsuit.html, 31 juillet 2008.
- « Skinny models banned from catwalk. A model's BMI had to be 18 and above » CNN, <http://www.cnn.com/2006/WORLD/europe/09/13/spain.models/index.html>, 13 septembre 2006.

- « The Disney look », <http://dlr.disneycareers.com/en/working-here/the-disney-look/>.
- Women's Voices For Change, <http://womensvoicesforchange.org/wednesday-5-2.html>, 11 juillet 2012.
- ADAMITIS E., « Appearance matters: A proposal to prohibit appearance discrimination in employment », *Washington Law Review*, vol. 19, 2000, p. 195-197.
- ADAMS GR., « Physical attractiveness research: Toward a developmental social psychology of beauty », *Human Development*, 10.1159/000271558, 1977, p.217-219.
- AMACK L.O., « Discriminatory effects on the face-to-face selection interview », *Law Info Forum*, 1995.
- AMADIEU J-F., « L'obèse : L'incroyable discriminé », Observatoire des Discriminations, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, septembre 2005.
- ANDERSON R.C., « The guided interview as an evaluative instrument », *Journal of Educational Research*, vol. 48, 1954, p. 203-209.
- ARVEY R., « Unfair discrimination in the employment interview: legal and psychological aspects », *University of Houston, Psychological Bulletin*, vol. 86, n° 4, 1979, p. 736-765.
- ASHMORE R., DEL BOCA F., « Sex stereotypes and implicit personality theory: Toward a cognitive- social psychological conceptualization », Livingston College, Rutgers, the State University, 1979.
- BAKER J-O., « The Rehabilitation Act of 1973: protection for victims of weight Discrimination », *UCLA Law Review*, vol. 947, 1982, p. 952-953.
- BALDAS T., « Appearance-based discrimination suits are on the rise », *National Law Journal*, <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1113901508317>, 20 avril 2005.
- BALUSTRE-D'ERNEVILLE, « Emploi et apparence physique : engagement de l'Oréal », extrait de l'ouvrage l'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 Novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.
- BARON S., « (Un)lawfully beautiful: the legal (de)construction of female beauty », *Boston College Law Review*, vol. 46, 2005, p. 359, 365.

- BARON R.A., MARKMAN G.D., « Effects of entrepreneur's appearance on their financial success: evidence of positive effects for both genders », *Les notes du Lirhe*, note 344, 2001.
- BAROXAS R., « Physical attractiveness and personal adjustment counseling », *Journal of Counseling Psychology*, vol. 21, 1974, p. 96-100.
- BARRET., « Re-examing the concept and principle of equality in EC law », *Yearbook of European Law*, vol. 22, 2003, p. 120.
- BARRINGTON L., ROSEN B., « Weights & measures: What employers should know about obesity », *The conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008.
- BARRO R., « So you want to hire the beautiful. Well, why not? », *Business Week*, 1998.
- BARTLETT K., « Only girls wear barrettes: Dress and appearance standards, community norms and workplace equality », *Michigan Law Review*, vol. 92, 1994, p. 2541, 2544.
- BAUM C., FORD W., « The wage effects of obesity: A longitudinal study », *Health Economics*, vol. 13, 2004, p. 885, 886.
- BELLIZZI J.A., KLASSEN M.L., J.BELONAX, « Stereotypical beliefs about overweight and smoking and decision-making in assignment to sales territories », *Perceptual and Motor Skills*, vol. 69, 1989, p.419-429.
- BELLIZZI JA., HASTY R.W., « Territory assignment decisions and supervising unethical selling behavior: The effects of obesity & gender as moderated by job-related factors », *Journal of Personal Selling & Sales Management*, vol. 18, n° 2, 1998, p. 35-39.
- BELLIZZI J.A., HASTY R.W., « Does successful work experience mitigate weight- and gender-based employment discrimination in face-to-face industrial selling? », *Journal of Business & Industrial Marketing*, vol, 15, 2000, p. 384-398.
- BELLO J., « Attractiveness as hiring criteria: Savvy business practice or racial discrimination? », *Journal for Gender Race and Justice*, vol. 8, 2004, p. 483-486.
- BELT J.A, PAOLILLO J.G.P., « The influence of corporate image and specificity of candidate qualifications on response to recruitment advertisement », *Journal of Management*, vol. 8, 1982, p. 105-112.

- BENABOU R., TIROLE J., « Self-confidence and personal motivation », *Quarterly Journal of Economics*, vol. 117, 2002, p. 871-915.
- BENFORADO A., HANSON D., YOSIFON D., « Broken scales: Obesity and justice in America », *Emory Law Journal*, vol. 53, 2004, p. 1645.
- BENNETT J., « For women, beauty isn't always an advantage », <http://www.thedailybeast.com/newsweek/2010/08/10/for-women-beauty-isn-t-always-an-advantage.html>, 10 août 2010.
- BERNSTEIN A., « Foreword: What we talk about when we talk about workplace privacy », *Louisiana Law Review*, vol. 66, 2006.
- BERSCHIED E., « Appearance prejudice: Impression management or discrimination? », dans SMITH., HANEBURY., *Issues in the Work Place: Human Resource Dilemmas*, New York, Dame Publications Inc. 1996.
- BERSCHIED E., WALSTER E., « Beauty and the beast », *Psychology Today*, vol.7, 1972, p. 119-189.
- BIDDLE, J. E., HAMERMESH D.S., « Beauty, productivity, and discrimination: Lawyers' looks and lucre », *Journal of Labor Economics*, vol. 16, 1998, p. 172-201.
- BLANCHARD L., MCNICOLL R., « Les normes de beauté féminines », Webzine, Québec, 2002.
- BOSSU B., « Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: Vers un nouvel équilibre », *Droit Social*, 1994, p.754.
- BOWLES S.H., GINTIS H., OSBORNE M., « Determinants of earnings: A behavioral approach », *Journal of Economic Literature*, vol. 39, 2001, p. 1137-1176.
- BRADY C., « Discrimination based on looks », <http://au.news.yahoo.com/today-tonight/lifestyle/article/-/17267568/discrimination-based-on-looks/>, 21 mai 2013.
- BRECHER E., BRAGGER J., KUTCHER E., « The structured interview: Reducing biases toward job applicants with physical disabilities », *Employment Respondent Rights*, vol. 18, 2008, p.155-170.
- BROWNE M., GIAMPETRO-MEYER A., « Many paths to justice: the glass ceiling, the looking glass, and strategies for getting the other side », *Hofstra Labor & Employment law journal*, vol 21, 2003, p. 61, 99.

- BURGDORF M., BURGDORF R., « A history of unequal treatment: the qualifications of handicapped persons as a ‘suspect class’ under the equal protection clause », *Santa Clara Lawyer*, vol. 15, 1975, p. 855, 863-864.
- BUCHMAN P., « Title VII limits on discrimination against television anchorwomen on the basis of age-related appearance », *Columbia Law Review*, vol. 85, 1985, p. 208-209.
- BYME P., « As a matter of fat », <http://www.sfweekly.com/2001-01-17/news/as-a-matter-of-fat/>. 17 janvier 2001.
- CABARELLO MJ., HUMPKIN JR., MADDEN CS., « Using physical attractiveness as an advertising tool: an empirical test of the attraction phenomenon », *Journal of Advertising Research*, vol. 16, 1989, p. 20-21.
- CABLE D.M., JUDGE T.A., « The effect of physical height on workplace success and income: Preliminary test of a theoretical model », *Journal of Applied Psychology*, vol. 89, n° 3, 2004, p. 428-441.
- CAMPION M., PALMER D., CAMPION J., « A review of structure in the selection interview », *Personnel Psychology*, vol. 50, 1997, p. 655.
- CANNING., MAYER., « Obesity- its possible effects on college acceptance », *New England Journal of Medicine*, vol. 275, 1966, p. 1172- 1173.
- CARMICHAEL M., « We really need a law to protect fat workers ? » [http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2007/08/05/do we really need a law to protect fat workers/](http://www.boston.com/news/globe/magazine/articles/2007/08/05/do_we_really_need_a_law_to_protect_fat_workers/), 5 août 2007.
- CASH T., PRUZINKY T., FALLON A., « Culture in the mirror: Sociocultural determinants of body image », dans « Body images: Development, deviance, and change », édité par CASH T., PRUZINKSY T., HARTLEY P., The Guilford Press, New York, 1990, p. 80-82.
- CASH Y., TRIMER C., « Sexism and beautyism in women’s evaluations of peer performance », *Sex Roles*, vol. 10, 1984, p. 87-96.
- CAVICO F.J., MUFFLER S.C., MUJTABA B.G., « Appearance discrimination in employment: Legal and ethical implications of “lookism” and “lookphobia” », *Equality, Diversity and Inclusion*, 2012.
- CHAIKEN S., « Physical appearance and social influence », *Physical Appearance Stigma and Social Behavior*, vol. 3, 1986.

- CHUNG P-P., LEUNG K., « Effect of performance information and physical attractiveness on managerial decisions about promotions », *The Journal of Social Psychology*, vol. 128, n° 6, 2001, p. 791-801.
- CINO V., « Labor: Beauty bias and the limits of the law » <http://www.insidecounsel.com/Exclusives/2010/9/Pages/Beauty-Bias-and-the-Limits-of-the-Law.aspx?k=discrimination+physical+appearance>, 27 septembre 2010.
- CIPRIANI G.P., ZAGO A., « Productivity or discrimination? Beauty and the exams », JEL: J71; I 20, Department of Economics, Université de Verona, Italie, 2005.
- CLIFFORD M., WALSTER E., « The effect of physical attractiveness on teacher evaluation », *Sociology of Education*, vol. 46, 1973, p. 248-258.
- CLIFT E., BRAZATIS T., « Madam President: Shattering the last glass ceiling », *Social Science*, vol. 16, p. 318-324, 2000.
- CORBETT W., « Hotness discrimination: Appearance discrimination as a mirror for reflecting on the body of employment discrimination law », *Catholic University Law Review*, vol. 60, 2011, p.625.
- CORBETT W., « The ugly truth about appearance discrimination and the beauty of our employment discrimination law », *Duke Journal Of Gender Law & Policy*, vol. 14, 2007, p. 153- 183.
- CUNNINGHAM M., « Their ideas of beauty are, on the whole, the same as ours: Consistency and variability in the cross-cultural perception of female physical attractiveness », *Journal of Personality & Social Psychology*, vol. 68, 1995, p. 261-262.
- CURRAN J., « Casino weight rule faces new attacks », *Philadelphia Inquirer*, 28 avril 2005.
- DAN-OLOF R., « Evidence of unequal treatment in hiring against obese applicants: A field experiment, Inst. for the study of lab », (Bonn, Germany), Paper n° 2775, mai 2007.
- DAVIS A., « ‘Lookism’, Common Schools, respect and democracy », *Journal of Philosophy of Education*, vol. 41, n° 4, 2008.
- DE SCHUTTER (O), *Discriminations et marché du travail (liberté et égalité dans les rapports d’emploi)*, éditions P.I.E. –Peter Lang (Bruxelles), collection « Travail et Société », 2001.
- DEBET A., « Le sexe et la personne », *Les Petites Affiches*, n° 131, 1 juillet 2004, p. 21.

- DEITZS.R., BYRNES I.E., « Attribution of responsibility for sexual assault: the influence of observer empathy and defendant occupation and attractiveness », *Journal of Psychology*, vol. 108, n° 108, 1981, p. 17-29.
- DEMARET F., président du club FACE grand Lille, extrait de l'ouvrage « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.
- DERMER M., THIEL D.I., « When beauty may fail », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 31, 1975, p. 1168.
- DESIR J., « Lookism: Pushing the frontier of equality by looking beyond the law », *University of Illinois Law Review*, vol. 629, 2010.
- DION K., « Physical attractiveness and evaluation of children's transgression », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 24, 1972, p. 207-213.
- DION K., BERSCHIED E., WALSTER E., « What is beautiful is good », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 24, 1972, p. 285.
- DORTIER J-F., « La tyrannie de la beauté », http://www.scienceshumaines.com/la-tyrannie-de-la-beaute_fr_22384.html, 22 juin 2009.
- DOUGLAS J., « Meet the plus-size models who just made New York fashion week history », <http://shine.yahoo.com/fashion-week/fashion-nyfw-mbfw-shopping-230416608.html>, 6 septembre 2013.
- DROGOSZ L., LEVY P., « Another look at the effects of appearance, gender, and job type on performance-based decisions », *Psychology of Women*, vol. 20, 1996, p. 437.
- DUFFY S., « Pantsuits coming out of the closet? Philadelphia DA tosses skirts-only policy », *Legal Intelligencer*, 1 décembre 2003, <http://www.law.com/jsp/article.jsp?id=1069801652231>.
- EAGLY A.H., ASHMORE R.D., MAKHIJANI M.G., LONGO L.C., « What is beautiful is good, but...: A meta-analytic review of research on the physical attractiveness stereotype », *Psychological Bulletin*, vol. 110, 1991, p. 109-128.

- EFRAN, M. G. « The effect 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.
- EFRAN M. G., PATTERSON, E., « Voters vote beautiful: The effect of physical appearance on a national debate », *Canadian Journal of Behavioral Science*, vol. 6, 1974, p. 352-356.
- ELMER E., HOURAN J., « Physical attractiveness in the workplace: Customers do judge books by their covers », *Beauty in Business*, vol. 14 2020 Skills <[http://www.2020skills.com/asts/Physical Attractiveness In The Workplace.pdf](http://www.2020skills.com/asts/Physical%20Attractiveness%20In%20The%20Workplace.pdf)>.
- EROTHBLUM D., MILLER C.T., GARBUTT B., « Stereotypes of obese female job applicants », *International Journal of Eating Disorders*, vol. 7, n° 2, 1988, p. 277-283.
- ETALII S., « Orientations toward personnel selection: differential reliance on appearance and personality », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, 1988, p. 972-979.
- EVERETT M., « Let our overweight person call on your best customers? Fat chance », *Sales & Marketing Management*, vol. 142, 1990.
- FABRICATORE A., « Bias in healthcare settings », dans FABRICATORE A.N., WADDEN T.A., FOSTER, «Weight bias: nature, consequences, and remedies », édition BROWNELL K.D., PUHL R.M., SCHWARTZ M.B., RUDD L, 2005, p. 31.
- FATT J.P.T., « Attractiveness and outcomes of job interviews », *Management Research News*, vol. 23, 2000, p. 11-18.
- FAVENEC H., « La preuve face aux pouvoirs de l'employeur », *Droit Social*, 1985.
- FEINGOLD A., « Gender differences in mate selection preferences: A test of the parental investment model », *Psychological Bulletin*, vol. 112, 1992, p. 125-139.
- FEINGOLD A., « Good looking people are not what we think », *Psychological bulletin*, vol. 111, n° 2, 1992, p. 304-333.
- FERNANDEZ E., « Exercising her rights to work: fitness instructor wins weight-bias fight », *San Francisco Chronicle*, 2002, A-I.
- FIKKAN K., ROTHBLUM E., « Weight bias in employment », dans BROWNWELL K., OUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight bias: nature, consequences, and remedies* New York: Guilford Press, 2001, p. 20.

- FLEENER H., « Looks sell, but are they worth the cost ? : How tolerating looks-based discrimination leads to intolerable discrimination », *Washington University Law Review*, vol. 83, 2005, p. 1295, 1300-1301.
- FOSTER M., « Le droit du travail et de l'emploi », dans FOLSOM R., LEVASSEUR A., *Pratique des Affaires aux Etats-Unis*, Dalloz, 1994, p. 289.
- FRANK C., STEPHEN M., BAHAUDIN M., « Appearance discrimination, “lookism” and “lookphobia” in the workplace », *The Journal of Applied Business Research*, vol. 28, n° 5, 2012.

- FRIEDMAN R., Rudd center For Food Policy & Obesity, « Weight Bias the Need for Public Policy », voir <http://yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/bias/weightbiaspolicyruddreport/pdf>,

- FRANK C., STEPHEN M., BAHAUDIN M., « Appearance discrimination, “lookism” And “lookphobia” in the workplace », *The Journal of Applied Business Research* FRIEZE I., OLSEN J., RUSSEL J., « Attractiveness and income for men and women in management », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 21, n° 3, 1991, p. 1039-1057. , vol. 28, n° 5, 2012. . . 2008. FOLSOM R., LEVASSEUR A., « Pratique du droit des affaires aux Etats-Unis », *Dalloz*, 1995, p.272.
- FOWLER-HERMES J., « Appearance-based discrimination claims under EEO laws », *Florida Bar Journal*, vol. 75, Édition 4, Avril 2001.
- FOUTS G., BURGGRAF., « Television situation comedies: Female body images and verbal reinforcements », *Sex Roles: A journal of Research*, vol. 40, n° 5, 1999, p. 473-481.
- FRANK C., STEPHEN M., BAHAUDIN M., « Appearance discrimination, “lookism” and “lookphobia” in the workplace », *The Journal of Applied Business Research* , Vol. 28, n° 5, 2012.
- FAVENNEC-HERY F., « Vers un accord national interprofessionnel sur la diversité dans l'entreprise », *La Semaine Juridique Social*, n° 47, 21 Novembre 2006, 1914.

- FRAISSINIER-AMIOT V., « La protection contre les discriminations en droit du travail », *Petites Affiches*, 20 Juillet 2007, n° 145, p. 4, PA 200714501.
- C., STEPHEN M., BAHAUDIN M., «Appearance discrimination, “lookism” and “lookphobia” in the workplace », *The Journal of Applied Business Research* , Vol. 28, n° 5, 2012.

- FRIEDLIN., « Gaining weight cost me my job », *Marie Claire*, 1 octobre 2005, p. 153.
- FRIEDMAN R., Rudd center For Food Policy & Obesity, « Weight bias the need for public policy », vol. 4, voir <http://yaleruddcenter.org/resources/upload/docs/what/bias/weightbiaspolicyruddreport/pdf, 2008>.
- FRIEZE I.H., OLSON J.E., et RUSSEL, J., « Attractiveness and income for men and women in management », *Journal of Applied Social psychology*, vol. 21, 1991.
- GALLUCI N.T., MEYER R.G., « People can be too perfect: effect of subjects' and targets' attractiveness on interpersonal attraction », *Psychological Reports*, vol. 55, 1984, p, 351-360.
- GARNER-MOYER H., « Apparence Physique et GRH : entre choix et discrimination ».
- GARNER-MOYER H., « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », dans « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 Novembre 2009, à Lille. Direction Pelession, animation et idée originale, Khalid Hamdani.
- GARNER-MOYER H., « L'impact de l'apparence physique en gestion des ressources humaines : Analyse de l'impact de la beauté sur les itinéraires professionnels », directeur de thèse Jean-Francois Amadiou, Université de Panthéon-Sorbonne, Paris.
- GARNER-MOYER H., « La discrimination à l'épreuve du droit », 21 avril 2005.
- GATEWOOD R.D., GOWAN M.A., LAUTENCSSLAGER G.J., « Corporate image, recruitment image and initial job choice decisions », *Academy of Management Journal*, vol. 36, 1993, p. 414-427.
- GATEWOOD T., LAHIFF J., DETER., HARGROVE., « Effects of training on the selection interview », *Journal of Business Communication*, vol. 17, 1985, p. 195.
- GAZZAR B., « Spain sizes up fashion world measuring stick », *Women's eNews*, 21 février 2008, <http://www.womensenews.org>.
- GHIRARDELLO A., « De l'évaluation des compétences à la discrimination : une analyse conventionnaliste des pratiques de recrutement », *Gestion des Ressources Humaines*, vol. 56, 2005, p. 36-48.

- GILLIER H., « Du bermuda à la jupe retour sur la liberté de se vêtir », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, n° 185, 1 décembre 2006.
- GIMALAC L., « La tenue vestimentaire, l'identité et le lien social dans le cadre des rapports professionnels », *Droit social, Petites affiches*, n° 254, 20 décembre 2002, p. 11.
- GIVHAN R., « Milan's beef about skeletal models », *Washington Post*, 8 décembre 2006.
- GOEBEL B.L., CASHEN V.M., « Age, sex and attractiveness as factors in student ratings of teachers: A developmental study », *Journal of Educational Psychology*, vol. 71, 1979, p. 646-653.
- GOLDBERG C., « Fat people say an intolerant world condemns them on first sight », *New York Times*, 5 novembre 2000.
- GOLIGHTLY C., HUFFMAN D., BYRNE D., « Liking and loathing », *Journal of Applied Psychology*, 1986, vol. 71, p. 421-425.
- GOMEZ, P.H. « Des règles du jeu pour une mondialisation conventionnaliste », *Revue Française d'Économie*, vol. 10, n° 3, p. 137-171.
- GORTMAKER S., « Social and economic consequences of overweight in adolescence and young adulthood », *The New England Journal of Medicine*, vol. 329, n° 14, p. 1008-1011.
- GRAHAM R., « Who will fight the beauty bias? », <http://www.bostonglobe.com/ideas/2013/08/23/who-will-fight-beauty-bias/Kq3pbfOy4VRJtlKrmYWBNO/story.html>, 23 août 2013.
- GOVE M., « Fatten up models and you'll end starvation slavery », *London Times*, 18 septembre 2007.
- GREENHOUSE S., « A good-looking workforce can be an important asset in the competitive retail industry », *New York Times*, 13 juillet 2003.
- GREENHOUSE S., « Going for the look, but risking discrimination », *New York Times*, 13 juillet 2003, p. 12.
- GREENHOUSE S., « Lifetime affliction leads to a US bias suit », *New York Times*, 30 mars 2003.
- GREENHOUSE S., « Looks aren't everything – unless you want a job », *The Miami Herald*, p. 2003.21A.
- GREYD T., « Cover blindness », *California Law Review*, vol. 88, janvier 2000, p. 65.

- GRIFFIN A., « Women and weight-based discrimination », *Cardozo Law and Gender*, vol. 13, 2007, p. 631-635.
- GROSS D., « Ex-Servers Sue Borgata », *Philadelphia Daily News*, 31 janvier 2006, p. 25.
- GROVES M., « Looks won't mean a lot if anti-bias law is approved », *L.A. Times*, 24 janvier, 1992, p. 3.
- HAKIM C., « Erotic capital », Department of Sociology, London School of Economics, *Europe Sociology Review*, vol. 26, n° 5, 2010, p. 499-518.
- HAMERMESH D., « Ugly? You may have a case », *New York Times*, 28 août 2011, SR12.
- HAMERMESH D., BIDDLE J., « Beauty and the labor market », *American Economic Review*, vol. 84, n° 5, 1994, p. 1174–1194.
- HANKINS N.E., « Effects of height, physique and cranial hair pm job-related attributes», *Psychological Reports*, vol. 45, 1979, p.853-854.
- HARVEY EL, SUMMERBELL CD., KIRK., SFL, HILL AJ., « Dieticians' views of overweight and obese people and reported management practice », *Journal of Human Nutrition Diet*, vol. 15 n° 5, 2000, p. 331-47.
- HEILMAN M.E., STOPECK M.H., M.E., « Being attractive, advantage or disadvantage? Performance-based evaluations and recommended personnel actions as a function of appearance, sex, and job type », *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 35, n° 2, 1985, p. 202-215.
- HEILMAN M., « Sex bias in work settings: The lack of fit model », *Research In Organizational Behavior*, vol. 5, 1983, p. 269.
- HEILMAN M., SARUWATARI L., « When beauty is beastly: the effects of appearance and sex on evaluations of job applicants for managerial and non-managerial jobs », *Organizational Behavior and Human Performance*, vol. 23, 1979, p. 360.
- HENRY M., « Le nouveau régime probatoire applicable aux discriminations », *droit ouvrier*, mai 2001.
- HIDRI O., « À la conquête du look de l'emploi : Stratégies d'insertion professionnelle des cadres commerciaux », *Questions de Communication*, n°8, juillet 2005.

- HOSODA S.R., COATS G., « The effects of physical attractiveness on job-related outcomes: a meta-analysis of experimental studies », *Personnel Psychology*, vol 56, 2003, p. 431, 434.
- HURLEY-HANSON, GIANNANTONIO C., « Recruiters perception of appearance: the stigma of image norms », *Equal Opportunities International*, vol. 25, n°6, 2006, p.459.
- HUSSONNOIS C., « La politique d'Air France à l'égard des obèses passe mal », en ligne, http://www.lemonde.fr/economie/article/2010/01/20/la-politique-d-air-france-avec-les-obeses-passe-mal_1294550_3234.html, le 20 janvier 2010.
- ILKKA R., « Applicant appearance and selection decision making: revitalizing », *Business Communication Quarterly*, vol. 58, 1995, p.11-18.
- JACKSON L.A., HUNTER J.E., HODGE C.N., « Physical attractiveness and intellectual competence. A meta-analytic review », *Social Psychology Quarterly*, vol. 58, 1995, p. 108-122.
- JAGWANTH S., «What is the difference? Group categorisation in *Pretoria City Council v. Walker* », *SAJHR*, vol. 15, 1999.
- JAEGER M., « A thing of beauty if a joy forever? Returns to physical attractiveness over the life course », *Social Forces*, vol. 89, 2011, p. 983, 985-986.
- JAMES R., « If you are attractive and you know it, please apply: Appearance based discrimination and employer discretion », *Valparaiso University Law Review*, vol. 42, 2008, p. 629-677.
- JENSEN E., « The heroic nature of tax lawyers », *University of Pennsylvania Law Review*, n° 33, 1991, p. 367, 372.
- JETTER A., « Don't hate me because I'm fat », *Good Housekeeping*, vol. 241, édition 4, octobre 2005.
- JOHNSON S., KENNETH P., LOPBOYE R., GIBBONS E., « Physical attractiveness biases in ratings of employment suitability: tracking down the 'Beauty is Beastly' effect », *The Journal of Social Psychology*, vol. 150, n° 3, 2010, p. 301.
- JUDGE T., CABLE D., « The effect of physical height on workplace success and income: Preliminary test of a theoretical model », *Journal of Applied Psychology*, vol. 89, 2004, p. 428-441.

- KAMER G., KELLER E., « Give me \$5 Chips, a jack and coke-Hold the cleavage: A look at employee appearance issues in the gaming industry », *Gaming Law Review*, vol.7, 2003, p. 335-345.
- KATZ S., « The importance of being beautiful », *Down to Earth Sociology*, vol. 8, 1995, p. 301-307.
- KIRKLAND A., «Think of the hippopotamus: Rights consciousness in the fat acceptance movement », *Law and Society Review*, vol. 42, 2008, p. 397, 401.
- KLARE K., « Power/dressing: Regulation of employee appearance », *New England Law Review*, vol. 26, 1992, p. 1395, 1402.
- KLASSEN M.L., ASPER C.R., HARRIS R.J., « The role of physical appearance in managerial decisions », *Journal of Business & Psychology*, vol. 8, n° 2, 1993, p. 181-198.
- KLEINER S., « New developments concerning age discrimination in the workplace », *Equal Employment International*, vol. 24, n° 5/6. 2005, p.15-23.
- KORN J., « Too fat », *Virginia Journal of Social Policy and the Law*, vol. 17, 2010.
- KRISTEN E., « Addressing the problem of weight discrimination in employment », *California Law Review*, vol 57, 2002, p. 64, 69.
- KUBILIS C., « Weighting for protection in Massachusetts: the myth of equal opportunity in employment », *Suffolk University Law Review*, vol. 211, 2008.
- KUTCHER E., BRAGGER J., « Selection interview of overweight job applicants: Can structure reduce bias? », *Journal of applied psychology*, vol. 34, n° 10, 2004, p. 1993-2022.
- LANDY D., SIGALL H., « Beauty is talent: Task evaluation as a function of the performer's physical attractiveness », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 29, n° 3, 1974, p. 299.
- LANGLOIS J.H., KALAKANIS L., RUBENSTEIN A.J. Rubenstein., LARSON A., HALLMAN M., SMOOTH M., « Maxims or myths of beauty? A meta-analytic and theoretical review », *Psychological Bulletin*, vol. 126, n° 3, 2000, p. 390-423.
- LANQUETIN, M.T., « Discriminations à raison du sexe: Commentaire de la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans des cas de discrimination à raison du sexe », *Droit Social*, 1998, p. 690.

- LATNER J., STUNKARD A., WILSON T., « Stigmatized students: Age, sex, and ethnicity effects in the stigmatization of obesity », *Obesity Research*, vol.13, 2005, p. 1226.
- LEEDS M., « Ain't I a beauty queen? », *Black Women, Beauty, and the Politics of Race*, vol. 6, 2000.
- LEMAIRE F., « La notion de non-discrimination dans le droit français : un principe constitutionnel qui nous manque ? », *Revue française de droit administratif*, 2010, p. 301, texte extrait d'une communication à la journée-conférences, « Diversité et discrimination, d'une réalité à l'autre », organisée par l'Université d'Angers et la COPEC Maine-et-Loire, le 26 mars 2009.
- LEWIS D., « Overweight workers say they're often overlooked complain prejudice remains in workplace », *Boston Globe*, 21 septembre 2003.
- LHO E., « “Lookism” and our society » <http://duca94.wordpress.com/2011/05/29/project-lookism-and-our-society/> Project, 29 mai 2011.
- LOCHAK D., « La race : Une catégorie juridique ? », *Mots*, n° 33, 27 et 28 mars 1992, spec., p. 291.
- LOCHAK D., « Les minorités et le droit public français : du refus des différences à la gestion des différences », dans *Les minorités et leurs droits depuis 1789*, études réunies par A. Fenet et G. Soulier, L'harmattan, Paris 1989, p. 111-184.
- LOH E., « The economics effects of physical appearance », *Social Science*, vol. 74, 1994, p. 420-430.
- LYNN M., SIMONS T., « Predictors of male and female server's average tip earnings », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 30, 2000, p. 241-252.
- M.S., « Lookism and the law », http://www.economist.com/blogs/democracyinamerica/2010/05/appearance_discrimination, 24 mai 2010.
- MACCARONE D., « Affirmative action for the attractive ? », *Psychology Today*, vol. 36, n° 1, 2003, p.18.

- MACRAE N., MACRAE C., MILNE A., BODENHAUSEN G., « Stereotypes as energy-saving devices: A peek inside the cognitive toolbox », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 66, 1994, p. 37.
- MAGUIRE K., « Good intentions don't necessarily make for good legislation ». <http://www.metrowestdailynews.com/news/x23455798#ixzz1m52aox3D>, *Gate House News Service*, 17 mai 2007.
- MAGUIRE K., « Legislation would expand law to protect short, fat people », associated press, http://www.boston.com/news/local/massachussets/articles/2007/05/17/legislation_would_expand_law_to_protect_short_fat_people, 17 mai 2007.
- MAHAJAN R., « The naked truth: Appearance discrimination, employment, and the law », *Asian-American Law Journal*, vol. 14, 2007, p. 165-213.
- MAINE M., « Body wars: making peace with women's bodies », Carlsbad, CA: Curze Books, 2000, <http://www.wemarket4u.net/fatfoe/>.
- MANSON K., « Employment discrimination against the overweight », *University of Michigan Journal Legal*, vol. 15, 1982, p. 337, 353-54.
- MARKUS M., ROSENBLAT T., « Why beauty matters », *American Economic Review*, vol. 96, n° 1, 2006, p. 222-235.
- MAST., L., « Impression formation: do facial features or body types have a greater influence on first impression? » Missouri Western State college, décembre 1996.
- MCCRUDDEN C., « Equality and non discrimination », dans FELDMAN E., *English Public Law*, Oxford University Press, 2004.
- MCDONALD R., « Recognizing and legitimating aboriginal justice: Implications for a reconstruction of non-aboriginal legal systems in Canada », dans *Aboriginal People and the Justice System*, Ottawa: Royal commission in aboriginal peoples, 1993, p. 244.
- MCDONALD J., FISHER, PHILIPS LLP., « "Lookism", the new form of illegal discrimination », *Bloomberg law reports*, vol. 4, n° 46, 2010.
- MEECE M., « Mind-set: Only the svelte need apply », *New York Times*, mars 2000.

- MERCIRIS Y., « Plus vous êtes beau, mieux vous êtes payé! Sauf si vous êtes une femme », http://www.gentside.com/insolite/plus-vous-etes-beau-mieux-vous-etes-paye-sauf-si-vous-etes-une-femme_art48965.html, 11 mars 2013.
- MICHAUD P., « Court allows french muslim woman to wear headscarf at work », *Arab News*, 19 décembre 2002.
- MILLER PS., « Coming up short: Employment discrimination against little people » *Harvard Civil Rights Liberties Law Review*, 1987, p. 231.
- MILLER P., ELLISON J., « Professor fighting discrimination step by step », *Seattle Post-Intelligencer*, <http://www.seattlepi.nwsourc.com>, 24 novembre 2004.
- MINE M., « La discrimination dans l'emploi. Aperçu de la jurisprudence communautaire et française. Les apports de la nouvelle loi à la lumière du droit communautaire », *Semaine Sociale. Lamy*. n° Special 1055 du 17 décembre 2001.
- MOIZARD N., MERCAT-BRUNS M., « L'apparence physique du salarié rapportée à son sexe » : l'émergence de la discrimination fondée sur le genre ? », *JCP*, 2012. I. 281.
- MORRIS T., « Civil Rights/ Employment law-states carry weight of employment discrimination protection: resolving the growing problem of weight bias in the workplace», *Western New England Law Review Association, Inc*, 2010.
- MUHL C., « The employment at will doctrine: three major exceptions », Bureau of Labor Statistics, <http://www.bls.gov/opub/mlr/2001/01/art1full.pdf>, 6 février 2010.
- MUKHERJO A., « Hooters waitress fired for post-brain surgery look? », http://blogs.findlaw.com/law_and_life/2013/04/hooters-waitress-claims-fired-for-post-brain-surgery-appearance.html, *Findlaw*, 9 avril 2013.
- MULFORD M., ORBELL J., SHATTO C., STOCKARD J., « Physical attractiveness, opportunity, and success in everyday exchange », *American Journal of Sociology*, vol. 103, n° 6, 1998, p. 1565-1592.
- NEGRIN, L. « The self as image: A critical appraisal of postmodern theories of fashion », *Theory, Culture and Society*, vol. 16, 1999, p. 113.
- NERYS W., « Addressing negative attitudes to weight », *Practice Nurse*, vol. 37, édition 3, 2009.

- NORTON A., « Weight discrimination common, US survey finds », <<http://www.reuters.com/article/healthNews>>, 9 avril 2008.
- NOWAK J., « EEOC receives record number of charges of discrimination and secures highest amount of damages in financial year 2011 », 21 novembre 2011.
- NYKODYM N., SIMONETTI J., « Personal appearance: Is attractiveness a factor in organizational survival or success? », *Journal of Employment Counseling*, vol. 24, 1987, p. 69, 74.
- OSBOMEA T., « Proving age discrimination with ageist comments », *Association of Trial Lawyers of America Trial*, vol. 18, décembre, 1999, p. 35.
- OSTBYE T., DEMENT JM., KRAUSE KM., « Obesity and worker's compensation: results from the Duke health and safety surveillance system », *Arch Intern Med*, vol. 23, 2007 p. 766-73.
- OTTARI V., YEUH-TING L., « Accuracy: a neglected component of stereotype research », dans « Stereotype accuracy, toward appreciating group differences », *American Psychological Association*, vol. 29, 1995.
- PADDOCK R., « California album; Santa Cruz grants anti-bias protection to the ugly », *L.A. Times*, 25 mai 1992, p. A3.
- PAGAN JA., DAVILA A., « Obesity, occupational attainment and earnings », *Social Science Quartely*, vol 78, 1997, p.756-770.
- PATTON T., « Hey girl, am I more than my hair?: African American women and their struggles with beauty, body image and hair », *Feminist Formations*, vol. 18, 2006, p. 24-25.
- PENDRY L.F., MACRAE C.N., « Implicit personality theory: Stereotypes and mental life: the case of the motivated but thwarted tactician », *Journal of Experimental and Social psychology*, vol. 30, 1994, p. 303-325.
- PERRIN L., « Discrimination en raison de l'apparence physique : port de boucles d'oreilles », *Dalloz*, 8 février 2012.
- PERRONI P., « *Cook v. Rhode Island*, Department of Mental Health, Retardation & Hospitals: The First Circuit tips the scales of justice to the overweight », *New England Law Review*, vol. 30, 1996, p. 993, 994, 1004.

- PERRY I., « Buying white beauty », *Cardozo Journal of Law and Gender*, vol 12, 2006, p. 579.
- PERSICO N., POSTLEWAITE A., SILVERMAN D., « The effect of adolescent experience on labor market outcomes: The case of height », *Journal of Political Economy*, vol. 112, 2004, p. 1019-1053.
- PERU-PIROTTE L., « La lutte contre les discriminations approche critique », n° 16, édition Septentrion 2000.
- PERU-PIROTTE L., « Réflexions autour du critère de l'apparence physique », extrait de l'ouvrage « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille, Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009, p.10.
- PFANN GA., BIDDLE JE., HAMERMESH D.S., BOSMAN C.M., « Business success and business' beauty capital », *Economics Letters*, vol. 67, 2000, p. 201-207.
- PHELPS E.S., « The statistical theory of racism and sexism », *The American Economic Review*, vol. 62, 1972, p. 659.
- PIETERSE M., « Discrimination through the eye of the beholder », vol. 16, *Social African Journal Human Rights*, 2000, p. 124.
- PIKE R., « Italy's ugly club defies convention », 14 septembre 2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/3107852.stm>.
- PINGITORE R., DUGONI B.L., TINDALE R.S., SPRING B., « Bias against overweight job applicants in a simulated employment interview », *Journal of Applied Psychology*, vol. 74, n° 6, 1994, p. 909-917.
- POLINKO N.K., POPOVICH P.M., « Evil thoughts but angelic actions: responses to overweight applicants », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 31, 2001, p. 905-924.
- POST R., « California in brief; Santa Cruz; council backs ban on looks bias », *L.A. Times*, 13 février 1992, B8.
- POST R., « Prejudicial appearances: the logic of American antidiscrimination law », *California Law Review*, vol.88, 2000.

- PRICE JH., DESMOND SM., KROL RA., « Family practice physicians' beliefs, attitudes and practices regarding obesity », *American Journal of Preventive Medicine*, vol 3, n° 6, 1987, p. 339-345.
- PUHL R., BROWNWELL K., « Bias, discrimination, and obesity », *Obesity Research*, vol. 9, 2001, p. 788, 790, 801.
- PUHL R., BROWNELL K., « Confronting and coping with weight stigma: An investigation of overweight and obese adults », *Obesity Research*, vol. 14, 2006, p.1802, 1812.
- TADKER R., «Weightism», <http://www.feminist.com/resources/artspeech/body/weightism/html>.
- RAZA SM., CARPENTER B.N., « A model of hiring decisions in real employment interviews », *Journal of applied psychology*, vol.72, n° 4, 1987, p. 596-603.
- REESE S., « New concepts in health benefits: Employee incentives », *Business & Health*, vol. 18, n° 5, 2000, p. 21.
- REIGEN P.H., KEMAN J.B., « Social perception and interpersonal influence: some consequences of the physical attractiveness stereotype in a personal selling setting », *Journal of Consumer Psychology*, vol. 2, n° 1, p.25-38.
- REMY J., LEBOURCQ S., COUSIN M., « Le vrai pouvoir de la beauté », *L'express*, 8 août 2002, www.lexpress.fr/informations/le-vrai-pouvoir-de-la-beaute_648962.html.
- RHODE D., « The injustice of appearance », *Stanford Law Review*, vol. 61, 2009, p. 1033.
- RIBAUT A., « Les entreprises prennent-elles en compte des critères physiques mais également ethniques au sein de leurs publicités? », extrait de l'ouvrage « L'apparence physique, motif de discrimination, entre normes, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », colloque du 16 novembre 2009, à Lille. Direction Pellisson, animation et idée originale, Khalid Hamdanide, 16 novembre 2009.
- RIGGIOET R.E., THROCKMORTON RB., « The relative effects of verbal and non verbal behavior, appearance and social skills on evaluations made in hiring interviews », *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 18, 1988, p. 331-348.

- ROBERT P., TOWNSEND J., « Employment discrimination against the overweight », *Employee Responsibilities and Rights Journal*, vol. 8, n° 2, 1995, p. 133-145.
- RODRIGUEZ K., « Lookism and weight-discrimination: ethnic and cultural awareness », Capella University, [http://www.academia.edu/443646/Lookism and Weight-Discrimination Ethnic and Cultural Awareness](http://www.academia.edu/443646/Lookism_and_Weight-Discrimination_Ethnic_and_Cultural_Awareness).
- ROE D.A., EICKWORT KR., « Relationships between obesity and associated health factors with low employment among low-income women », *J Am Med Womens Assoc*, vol. 31, 1976, p. 193-204.
- ROELHING M., « Investigating the validity of stereotypes about overweight employees: the relationship between body weight and normal personality traits », *Group and Organization Management*, vol. 33, 2008, p. 392- 401.
- ROEHLING M., ROEHLING P., PICHLER S., « The relationship between body weight and perceived weight-related employment discrimination », *Journal of Vocational Behaviour*, vol. 71, 2007, p. 311.
- ROEHLING M., « Weight based discrimination in employment », *Personal Psychology*, vol. 52, n° 4, 2006, p. 982-983.
- ROEHLING M., « Weight discrimination in the American workplace: Ethical issues and analysis », *Journal of Business Ethics*, vol. 40, 2002, p. 177.
- ROTHBLUM E., « Results of the NAAFA survey on employment discrimination», http://www-rohan.sdsu.edu/rothblum/doc_pdf/weight/ResultsoftheNAAFASurvey.pdf, 1989.
- ROSEANN B., TESSLER T., « American beauty: An analytical review of the past and current effectiveness of cosmetic safety regulations and future direction », *Food and Drug Law Journal*, vol. 63, 2008, p. 257-273.
- RYNES S., GERHART B., « Interviewer assessments of applicant fit: and exploratory investigation », *Personnel Psychology*, vol 43, 1990, p. 13-35.
- SABLOSKY K., « Probative “weight”: Rethinking evidentiary standards in Title VII sex discrimination cases », *New York University Law Review and Social Change*, vol. 30, p. 325-328.
- SAGUY A., ALMELING R., « *Fat in the Fire? Science, the news media, and the obesity epidemic* », *Sociological Forum*, n° 23, 2008, p. 127-128.

- SALTAU C., « Discrimination by appearance- the ugly truth, and it's not pretty », <http://www.rense.com/general12/notp.htm>, 21 août 2001.
- SANTOS S., « On modes of production of law and social power », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 13, 1985, p. 299.
- SCHICKMAN M., « Beauty and the best », *California Employment Law Letter*, vol. 12, décembre 2011.
- SCHMOUKER O., « Être plus beau rend-t-il plus productif ? », <http://www.lesaffaires.com/imprimer/blogues/olivier-schmouker/etre-beau-rend-il-plus-productif/549662>, 10 octobre 2012.
- SCHNEYER L., « Hooting: Public and popular discourse about sex discrimination », *Johnston and Wales University*, vol. 31, Humanities Department Faculty Publications and Research, 1998, p.551, 565-568.
- SHAHANI-DENNING C., PLUMITAALLO D., « The influence of physical attractiveness and gender on disciplinary decisions », Fifth Annual Convention of the American Psychological Society, Hofstra College of Liberal Arts & Sciences, Chicago, 1993.
- SHAHZAD A., « Le Défenseur des droits va enquêter sur la politique de recrutement d'Abercrombie & Fitch », http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/07/24/le-defenseur-des-droits-va-enqueter-sur-la-politique-de-recrutement-d-abercrombie-fitch_3452821_3234.html?xtmc=abercrombie&xtcr=1, 24 juillet 2013.
- SHAW J., « In Iowa, you can be fired for being too pretty», 22 décembre 2012.
- SMITH, S. M., MCINTOSH, W. D., and BAZZINI D. G., « Are the beautiful good in Hollywood? An investigation of the beauty and goodness stereotype on film », *Basic and Applied Social Psychology*, vol. 21, 1999, p. 69-80.
- SOLOVAY S., ROTHBLUM E., « No fear of fat », *Chronicle of Higher Education*, vol. 56, édition 12, 13 novembre 2009.
- SOPHER J., « Weight loss advertising too good to be true: Are manufacturers or the media to Blame? », *Cardoso Art and Entertainment Law Journal*, vol. 22, 2005, p. 933.
- STARR M., HEFT A., « Appearance bias », *The National Law Journal*, vol. 27, n° 41, 20 juin 2005.

- STEIN M., « 15 years from implementation of ADA in the USA: From the perspective of employment and reasonable accommodation », <http://www.dinf.ne.jp/doc/english/rights/050307/stein.html>, 2009.
- STEINLE A., « Appearance and grooming standards as sex discrimination in the workplace », *Catholic University Law Review*, vol. 56, 2006, p. 262-263.
- STEPHAN C.W., TULLY J.C., « The influence of physical attractiveness of a plaintiff on the decisions of simulated jurors », *Journal of Social Psychology*, vol. 101, 1977, p. 149-150.
- STOSSEL J., « Lookism: The ugly truth about beauty », *ABC News*, <http://abcnews.go.com/2020/story?id=123853&page=1>, 2005.
- SULLIVAN A., «The plump classes are on the roll », *Sunday Times*, 29 août 1999, p. 7.
- SWANTON M., « Weighty issues: Courts say workers comp covers weight reduction surgery, obesity epidemic raises both workers comp and ADA litigation risks for employers », <http://www.insidecounsel.com/Issues/2009/December-2009/Pages/Weighty-Issues.aspx?page=3>, 12 janvier 2009.
- SYNDER B., MATWYCHUK A., « Orientations toward personnel selection: differential reliance on appearance and personality », *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 54, n° 6, 1988, p.972, 979.
- TAKEDA M.B., HELMS M.M.M KLINTWORTH P., SOMPAYRAC., « Hair colour stereotyping and CEO selection: can you name any blonde CEOs? », *Equal Opportunities International*, vol. 24, n° 1, 2005, p. 1-13.
- TIETEET L., CRESAP S., « Is lookism unjust? », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, n° 2, 2005, p. 31-50.
- TISDALL J., « Demand for more ugly people on TV », <http://www.aftenpostn.no/english/local/article419740.ece>, 17 octobre 2002.
- THERAN E., « Free to be arbitrary and ... capricious: Weight-based discrimination and the logic of American anti-discrimination law », *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 11, 2001, p. 113.
- THERAN E., « Legal theory on weight discrimination », dans BROWNWELL K., PUHL R., SCHWARTZ M., RUDD L., *Weight bias: Nature, consequences, and remedies*, New York: Guilford press, 2005.

- THISLE F., FRASER L., « A matter of weight-sizing up discrimination as some workers find laws, attitudes are slow to change », *Seattle Times*, 21 août, 1994.
- THOMHILL R., MOLLE A.P., « Development stability, disease and medicine », *Biological Review*, vol. 72, 1997, p. 497-548.
- TIETJEET S., « Is lookism unjust? », *Journal of Libertarian Studies*, vol. 19, n° 2, 2005, p. 31-35.
- TOLEDANO E., « The glass mirror: Appearance-based discrimination in the workplace », From the Selected Works of Enbar Toledano, 2012.
- TOM V., « The role of personality and organizational images in the recruiting process », *Organizational Behavior and Human Performance*, vol. 6, 1971, p. 573-592.
- TOOVEY S., « Size acceptance... L'histoire... », *Sizenet* <<http://fr.sizenet.com/showdoc.asp?id=419>>, 24 octobre 2005.
- TOPPING A., « Disabled worker wins case for wrongful dismissal against Abercrombie & Fitch », <http://www.guardian.co.uk/money/2009/aug/13/abercrombie-fitch-employee-case-damages>, 13 août 2009.
- TOSZELL., KENNEDY., GRABB., « Physical attractiveness and income attainment among Canadians », *Journal of Advertising Research*, vol. 16, 1989.
- TRUTER L., « Disability rights: Employment developments in Britain », *Journal of South African Law*, p. 658-660, 1996.
- VALENTI C.. « Appearance vs. reality: Alleged victims of 'lookism' in workplace face uphill battle », http://www.abcnews.go.com/sections/businesses/US/looksdiscrimination_030513.html, 20 mai 2003.
- VASQUEZ T., « Ending the beauty bias », <http://www.theglasshammer.com/news/2012/01/05/ending-the-beauty-bias/>, 5 janvier 2012.
- VERKINDT P.Y., « L'ANI sur la diversité, un accord à l'honneur de la démocratie sociale », *Semaine Sociale Lamy*, n° 1287, 2006, p. 6-9.
- VOBORIL M., Obese starting to fight back against fat jokes, prejudice, *Seattle Times*, <http://community.seattletimes.nwsourc.com/archive/?date=19931223&slug=1738432>, 23 décembre 1993.

- VO L., « A more attractive look at physical appearance-based discrimination: Filling the gap in appearance-based anti-discrimination law », *Southern Illinois University Law Journal*, vol. 26, 2002, p. 339.
- WANG Y., BEYDOUN M., « The obesity epidemic in the United States - Gender, age, socioeconomic, racial/ethnic, and geographical characteristics: A systematic review and meta-regression analysis », *Epidemiologic Review*, vol. 29, 2007, p. 6, 8.
- WAQUET P., « Le bermuda ou l'emploi », *Droit social*, 28 mai 2003, p. 808. PANSIER F-J., « Port du bermuda au bureau », Cour de cassation, chambre sociale, 28 mai 2003, *Bulletin civil*, V, n° 178; *Gazette du Palais*, Recueil 2003, p. 1716.
- WARHUST C., VAN DEN BROEK D., HALL R., NICKSON D., « Lookism: The new frontier of employment discrimination? », *Journal of Industrial Relations*, vol. 51, 2009, p. 131.
- WATKINS L., JOHNSTON L., « Screening job applicants: The impact of physical attractiveness and application quality », *International Journal of selection and assessment*, vol. 8, n° 2, 2000, p. 76-84.
- WEBSTER M., DRISKELL JE., « Beauty as status », *American Journal of Sociology*, vol. 89, 1983, p. 140-165.
- WEXLEY K.N., SANDERS R.E., YUKL G.A., « Training interviewers to eliminate contrast effects in employment interviews », *Journal of applied psychology*, vol. 57, 1973, p. 233-236.
- WHITMAN J., « The two western cultures of privacy: dignity versus liberty », *Yale Law School*, vol. 113, 2004.
- WILLIAMSON E., « Moving past hippies and harassment: A historical approach to sex, appearance, and the workplace », *Duke Law Journal*, vol. 56, 2006, p. 681, 699.
- WILLIS J., TODOROV A., « First impressions », *Psychological Science*, vol 17, 2006, p 592.
- WIRTH, «The problem of minority groups, in the science of man in the world crisis use of aptitude tests to select employees ».347 (r. Linton ed. 1945).
- WITCHEK A., « Putting America's diet », *New York Times*, 11 octobre 2009.

- ZAKAS N., « The eye of the beholder: appearance discrimination in the workplace », memoire, sous la direction de Heidi Tarr Henson, Endicott College Van Loan School of Graduate and professional studies, 11 mai 2005.
- ZAKRZEWSKI K., « The prevalence of “lookism“ in hiring decisions: How federal law should be amended to prevent appearance discrimination in the workplace », *U. PA. J. LAB. & EMP.*, vol.7, 2005, p. 452.

THÈSES ET MÉMOIRES (Par ordre alphabétique du nom des auteurs)

- ATTAL-GALY Y., « Droits de l'homme et catégories d'individus », *LGDJ*, 2004, collection thèse bibliothèque de droit public, ISBN : 978-2-275-02445-5, Tome 237.
- BAVENCOFFE C., « L'article L. 122-45 du Code du travail », mémoire de DEA Droit Privé à l'Université de Lille II, Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales, 2000.
- BOUZIDI M., « Les chemins de la non-discrimination en entreprise : entre poids des apparences et promotion de la diversité : un nouveau défi pour la fonction Ressources Humaines », Master 2 Professionnel à l'Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, Ressources Humaines, Promotion 2006.
- CALVES G., « L'affirmative action dans la jurisprudence de la Cour Suprême des États-Unis. Le problème de la discrimination positive », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, édition atelier national de reproduction des thèses, 1997.
- COURTRAY F., « Normes sociales, droit et homosexualité », thèse de doctorat en droit à l'Université de Aix-en-Provence, 1996.
- GITTARD V., « Protection de la personne et catégories juridiques : Vers un nouveau concept de vulnérabilité », thèse de doctorat en droit à l'Université de Panthéon-Assas Paris II.
- HERLET-MOLINIE C., « Le contrôle de la Cour Suprême sur l'égalité d'accès aux États-Unis », thèse de doctorat à l'Université de Paris II, 2004.
- NOBLOT C., « La qualité du contractant comme critère légal de protection », Bibliothèque de droit privé ISBN : 978-2-275-02280-2, 2002.
- ZAKAS N., « The eye of the beholder: Appearance discrimination in the workplace », mémoire, à l'Université de Endicott College Van Loan School of Graduate and professional studies, 11 mai 2005.

ARRÊTS ET DÉCISIONS DE JUSTICE

Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour européennes

- Conseil Constitutionnel, 12 janvier 2002, n° 2001-455 DC, *Receuil Conseil Constitutionnel*, p. 49, *Dalloz* 2002, 1469, observations B. Mathieu.
- Conseil constitutionnel, 27 juillet 1994, *Dalloz* 1995, 237, note B. Mathieu.
- Conseil Constitutionnel, 13 août 1993, n° 92-325.
- Conseil Constitutionnel, 22 janvier 1990, n° 89-259.
- Conseil constitutionnel, 20 juillet 1988, n° 88-244.
- Conseil constitutionnel, 16 janvier 1982, n° 81-132, note L. Hamon, *JCP.*, G 1982. II. 19788, note N. Quoc Vinh et C. Franck.
- Conseil d'État, Décision n° 112855, Ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle : *Revue de jurisprudence sociale* 2/ 95 n° 128, 16 décembre 1994.
- Conseil d'État assemblée 1 avril 1938, *Receuil conseil constitutionnel*, p. 337, section 10 mai 1974, Denoyer & Chorques, Rec. p. 274.
- *Meister v. Speech Design Carrier Systems GmbH*, 19 avril 2012, affaire C-415/10.
- CJCE, 10 juillet 2008, affaire C-54/07.
- CJCE, 10 juillet 2008, affaire C-54/07.
- La Cour de Justice Européenne, 22 novembre 2005, Mangold, C-144/04.
- CJCE, *Handels-og Kontorfunktionærernes Forbund I Danmark c/ Dansk Arbejdsgiverforening, agissant pour Danfoss*, 17 octobre 1989, n°109/88.
- CEDH, 28 septembre 1999, n° 33985/96 et n° 33986/96.

JURISPRUDENCE FRANÇAISE

COUR DE CASSATION

- Cass. Soc., 27 juin 2012, n° 10-21.306.
- Cass. Soc., 7 février 2012, n° 10-18.686.
- Cass. Soc., 11 janvier 2012, *Revue de jurisprudence sociale*, 2012, n° 214 ; *JCP.*, 2012, 1164, note B. Bossu. HAUSER J., *Revue trimestrielle de droit civil (RTDCiv)*, 2012 p. 288, n° 10-28.213, *Bulletin*; *Dalloz* 2012, p. 290.
- Cass. Soc., 25 janvier 2011, n° 09-42.766.
- Cass. Soc., 13 juillet 2010, n° 09-41.250..
- Cass. Soc., 26 mai 2010, n° 08-43.152.
- Cass. Soc., 3 février 2010, n° 08-40.144.
- Cass. Soc., 9 décembre 2009, n° 07-45.521.
- Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 08-41.497.
- Cass. Soc., 10 novembre 2009, n° 07-45.321.
- Cass. Crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 (3725). PANSIER F-J., « Quand promotion rime avec discrimination », *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 1 septembre 2009, n° 213, p. 203, commentaire sur l'arrêt Cass. Crim., 23 juin 2009, n° 07-85109 (3725).
- Cass. Soc., 21 juin 2006, n° 05-43.914.
- Cass. Soc., sociale, 7 février 2006, inédit.
- Cass. Civ., 18 octobre 2004, pourvoi n° 93-10730, inédit.
- Cass. Soc., 28 septembre 2004, n° 1698.
- Cass. Soc., 28 septembre 2004, n° 1701.
- Cass. Soc., 28 septembre 2004, n° 03-41.825 à 03-41.829, *Bulletin* 2004 V n° 228 p. 209.
- Cass. Soc., 13 janvier 2004, *Bulletin Civil*, n° 1.
- Cour d'Appel de Paris, 9 octobre 2003, n° 01-37023.
- Cass. soc. 27 novembre 2002, inédit, n° 00-44.736.
- Cass. Soc., 26 novembre 2002, *Bulletin Civil*, n° 354.
- Cass. Soc., 16 octobre 2002, n° 00-44.860.

- Cass. Crim., 11 juin 2002, n° 01-85559.
- Cass. Soc. 7 mai 2002, n° 99-41.594.
- Cass. Soc., 9 avril 2002, n° 99-44.534.
- Cass. Soc., 5 mars 2002, n° 00-40.717.
- Cass. Soc., 6 novembre 2001, n° 99-43.988, Publié au Bulletin 2001 V n° 337 p. 269.
- Cass. soc., 24 octobre 2001, n° 99-45.011.
- Cass. Soc., 16 janvier 2001, n° 119.
- Cass. Soc., 19 décembre 2000, *Bulletin Civil*, n° 436.
- Cass. Soc. 19 décembre 2000, n° 98-44.688,
- Cass. Soc., 28 novembre 2000, n° 97-43.715 99-41.661, *Bulletin* 2000 V N° 395 p. 302.
- Cass. Soc., 14 novembre 2000, *Revue de jurisprudence sociale*, 1/01, n° 21.
- Cass. Soc. 14 novembre 2000, *Bulletin Civil* V, n° 369, p. 283.
- Cass. Soc., 10 octobre 2000, *Bulletin Civil*, n° 317 *Gazette du Palais*, Recueil 2000, somm. p. 2795.
- Cass. Soc., 28 mars 2000, *Bulletin Civil*, n° 126.
- Cass. Soc., 28 février 2000, inédit, n° 98-45.680.
- Cass. Soc., 16 janvier 2001, *Revue de jurisprudence sociale*, 2001, n° 534.
- Cass. Soc. 23 novembre 1999, *Bulletin Civil* n° 447 ; CSBP 2000, n° 116 S. 21, observations PANSIER F.-J.; *Droit ouvrier* 2000-03, n° 619, p. 97, note MINE M., *Revue de jurisprudence sociale*, 2000 p. 350, n° 498 ; *Droit Social*, 2000 p. 589, observations Lanquetin ; *JCP.*, Edition Entr., 2000, p. 65).
- Cass. Soc., 10 novembre 1999, n° 08-41497, *Bulletin Civil*, V, n°248.
- Cass. Soc., 18 mai 1999, n° 2296.
- Cass. Soc., 16 juillet 1998, n° 96-42.209.
- Cass. Soc., 19 mai 1998, Recueil 1998, panor. Cass. p. 222, J. n° 232, 20 août 1998, p. 22.
- Cass. Soc., 18 février 1998, TPS, 1998, comm. n° 114, Jurisdata.
- Cass. Soc., 18 février 1998, *Bulletin civil*, 1998, V, n° 90; *Gazette du Palais*, Recueil 1998, panor. Cass. p. 124; *Droit social*, 1998, p. 506.
- Cass. Crim., 10 juin 1997, inédit, n° 95-85.149,

- Cass. Soc., 29 octobre 1996, n° 92- 43.680, *Bulletin Civil V*, n° 359.
- Cass. Crim., 26 septembre 1996, *Gazette, Palais*, 1997, 1. 21, conclusions Bonnet.
- Cour d'Appel de Versailles, 5^e chambre, B., 25 novembre 1994, n° 3843/93.
- Cass. Ass. Plénière, 11 décembre 1992, *Bulletin civil*, 1992, n° 1, p.27.
- Cass. Soc., 7 octobre 1992, *JCP.*, 1993. II. 22148, note D. Corrignan-Carsin.
- Cour d'appel de Versailles; 11^e Ch. 21 septembre 1992, *Syndicat du Commerce 78 et c. société Carrefour Montesson*.
- Cass. Soc., 15 mai 1991, *Bulletin civil*, V. n° 236; *Dalloz* 1991. IR. 156.
- Cour d'Appel de Paris, 7 juin 1990, 21^e chambre, section B, *JCP.*, édition E., 1991, II, 194, observations A. Chevillard.
- Cass. Crim, 14 novembre 1989, JurisData, n° 1989-004192, *Bulletin Criminel* 1989, n° 416.
- Cass. Soc., 12 juillet 1989, pourvoi n° 86.40-987.
- Cass. Soc., 22 juillet 1986, pourvoi n° 85-45.325.
- Cass. Soc., 22 juillet 1986, non publié, cité par F.A. *Semaine Sociale Lamy*, 2 mars 1998.

COUR D'APPEL

- Cour d'Appel, Douai, 20 avril 2012, n° 11/02790.
- Cour d'Appel d'Amiens, chambre sociale, 14 décembre 2011, n° Jurisdata 2011-031984.
- Cour d'Appel de Toulouse, 27 novembre 2011, n° 2011-5400,
- Cour d'Appel de Rennes, chambre prud'homale, 12 octobre 2011, n° Jurisdata 2011-030066.
- Cour d'Appel de Versailles, chambre 6, 8 juillet 2011, n° JurisData 2011-017091.
- Cour d'Appel de Versailles, 11^e chambre, 28 octobre 2010, n° 09/02217.
- Cour d'Appel de Montpellier, chambre sociale, octobre 2010, n° 10/01174.
- Cour d'Appel de Nimes, 18 mai 2010, n° 08/03441.
- Cour d'Appel d'Orléans, 25 mars 2010, n° 205/10, 09/01890.
- Cour d'appel de Douai, chambre sociale, 31 mars 2009, n° 546-09, RG 08/01639.
- Cour d'Appel de Poitiers, 17 février 2009, n° 123, n° 08/00461.

- Cour d'Appel de Poitiers, 17 février 2009, n° 08/00461.
- Cour d'Appel de Metz, 7 avril 2008, n° 08-262.
- Cour d'Appel de Paris, 3 avril 2008, n° 06-10076.
- Cour d'Appel d'Orléans, chambre sociale, 21 juin 2007, n° 271107.
- Cour d'Appel de Rennes, Chambre des Prud'hommes 08, 18 octobre 2007, n° 06/07715.
- Cour d'appel d'Orléans, chambre sociale, 21 juin 2007, n° 271107.
- Cour d'Appel de Montpellier, 6 mai 2007, n° 06-06998.
- Cour d'Appel de Dijon, chambre sociale, 25 janvier 2007, n° 06-1066.
- Cour d'Appel de Chambéry 17 octobre 2006, n° 05-2439.
- Cour d'Appel de Versailles, 22 juin 2006, n° 05-3428.
- Cour d'Appel de Rennes, 6 septembre 2005, n° 04/00583.
- Cour d'appel Amiens, chambre correctionnelle, 7 mars 2005, Jurisdata n° 2005-275461.
- Cour d'Appel de Douai, 29 septembre 2004, n° 00-523.
- Cour d'Appel de Paris, 7 juin 2004, Jurisdata n° 2004-253423.
- Cour d'Appel de Paris, 18^e chambre, 16 mars 2004, n° 1644 D).
- Cour d'Appel de Paris, 5 mars 2004, n° 02-32907.
- Cour d'Appel de Paris, 9 octobre 2003, n° 01-37023.
- Cour d'Appel de Paris, 18^e chambre 9 septembre 2003, n° 02-38013,
- Cour d'Appel de Toulouse, 28 février 2003, n° 2-3428.
- Cour d'Appel de Toulouse, 11 octobre 2001, n° 2001-00557.
- Cour d'Appel de Toulouse, 7 juin 2001, n° 00-4707.
- Cour d'Appel de Reims, 6 mars 1998, Jurisdata n° 04654.
- Cour d'Appel de Paris, 7 janvier 1998, n° 86-34010.
- Cour d'Appel de St-Denis-de-la-Réunion, 9 septembre 1997, *Dalloz*, 1998.
- Cour d'Appel de Paris, 23 mai 1997, n° 96/38690.
- Cour d'Appel de Versailles, 5^e chambre, B. du 25 novembre 1994, n° 3843/93.
- Cour d'Appel de Versailles, 8 juillet 1994, n° 93-6638.
- Cour d'Appel de Versailles, 8 juillet 1994, *Revue de jurisprudence sociale*, 12/1994, n° 1359.
- Cour d'appel de Versailles; 11^e Chambre, 21 septembre 1992.

- Cour d'Appel de Montpellier 21 juin 1990, *Société DMG Interpsport c. Clemens*.
- Cour d'Appel de Paris, 7 Juin 1990, 21^e chambre, section B, *JCP*, édition E., 1991, II, 194, observations A. Chevillard.
- Cour d'appel, 18e Ch. A, Paris 23 novembre 1987, *Société et Cie c. Mendez*.
- Cour d'Appel de Douai, chambre sociale, 20 octobre 1983, n° Jurisdata 1983-044112.
- Cour d'Appel de Nancy, 29 novembre 1982, *Dalloz* 1985, p. 354, note Lapoyade-Deschamps.
- Cour d'Appel de Nancy, 25 novembre 1982, D. 1985.354, note C. Lapoyade-Deschamps.
- Cour d'Appel de Poitiers, 14 novembre 1973, *Dalloz* 1974, p. 68.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE

- Tribunal de Grande Instance, Nantes, 17 juillet 2006, Jurisdata n° 2006-309105.
- Tribunal correctionnel, Paris, 28 mai 1998, *Gazette du Palais*, 1999, 1, chronique, Droit criminel, p.6 Doucet.
- Tribunal Correctionnel, Mrlaix, 20 janvier. 1984, *Gazette du Palais* 1984,1 ,121, note Doucet.

ROYAUME UNI

- *Smith v. Safeway plc*, 1996 IRLR 456, CA
<http://www.rubinsteinpublishing.com/default.aspx?id=1042254>.
- *M Schmidt v. Austicks Bookshops Ltd*, 1977 IRLR 360 EAT,
<http://www.xperthr.co.uk/law-reports/case/M-Schmidt-v-Austicks-Bookshops-Ltd-1977-IRLR-360-EAT/1790/>.

DÉLIBÉRATIONS DE LA HALDE

- HALDE-Délibération n° 2007-252 du 1^{er} octobre 2007.
 - HALDE-Délibération n° 2007-107 du 2 avril 2007.
 - HALDE-Délibération n° 2007-251 du 1^{er} octobre 2007.
 - HALDE-Délibération n°2006-78 du 10 avril 2006.
 - HALDE-Délibération n° 2010-272 du 13 décembre 2010.
 - HALDE-Délibération n° 2010-24 du 1^{er} avril 2010.
 - HALDE-Délibération n° 2011-26 du 31 janvier 2011.
 - HALDE-Délibération relative n° 2011-16 du 4 avril 2011.
-
- Délibération Commission nationale de l'informatique et des libertés n° 2002-17, 21 mars 2002, *Journal Officiel*, 16 juillet 2002.

JURISPRUDENCE NORD-AMÉRICAINNE

- *Alam v. Reno Hilton Corp.*, 819 F. Supp. 905, 913 (1993).
- *Albemarle Paper co. v. Moody*, 422 U.S. 405 (1975).
- *Allen v. Comprehensive Health Services*, 222 Michigan Court of Appeals, 426, 430, 564 N.W.2d 914 (1997).
- *Andrews v. State of Ohio*, 104 F.3d 803 (6th Circuit 1997).
- *Association of Professional teachers v. Minister of Education* (16), 1048 1080G-I (1995).
- *Atlantic Richfield Co. v. DC Commission on Human Rights*, 515, A2d 1095, 1099 (D.C.1986).
- *Baker v. California Land Title Co.*, 507 F.2d 895 (9th Circuit 1974).
- *Barker v. Taft Broadcasting Co.*, 549 F.2d 400 (6th Circuit 1977).
- *Barnes v. Costle*, 561 F.2d 983, 989 n.49 (1977).
- *Batson v. Powell*, 21 F. Supp. 2d 56 (D.D.C. 1998).
- *Birdi v. UAL Corp.*, N° 99 C 5576, 2002 WL 471999, 1-2 (26 mars 2002).
- *Bonner v. City of Prichard*, 661 F.2d 1206, 1209-1210 (11th Circuit 1981).
- *Bradley v. Pizzaco of Nebraska, Inc.*, 7 F.3d. 795, 796 (8th Circuit 1993).
- *Bryant v. Begin Manage Program*, 281 F. Supp. 2d 561 (New York 2003).
- *Burlington Industries v. Ellerth*, 524 US 742 (1998).
- *Byrnes v. Frito-Lay, Inc.*, 811 F. Supp. 286, 291-92 (Michigan 1993).
- *Capadanno v. Medford Police Department.*, 88BEM-0846, 1996 Mass. Comm. Discrim. LEXIS 95, p.12.
- *Carroll v. Talman Federal Savings and Loan association of Chicago*, 604 F. 2d 1028 (7th Circuit), n°78-1458, (21 août 1979).
- *Carter v. Bruce Oakley, Inc.* (1993, ED Ark) 849 F Supp 673, 64 BNA FEP Cas 967.
- *Cassandra Marie Smith v. Hooters of Roseville, Inc., & Hooters of America, Inc.*, n° 10-2213-CD, (24 mai 2010).
- *Cassista v. Community Foods, Inc*, 856 P. 2d 1143 (California Supreme Court, 1993).
- *Cloutier v. Costco Wholesale Corp.*, 390 F 3.d 126 (1st Circuit 2004).
- *Comstock v Eastern Airlines, Inc.* (1975, DC Va) 10 CCH EPD, 10392.

- *Coleman v. Georgia Power Co.*, 81 F. Supp. 2d 1365 (2000).
- *Cook v. Rhode Island, Department of Mental Health, Retardation and Hospitals*, 10 F.3d 17, 26 (1st Circuit 1993).
- *Cooley v. Carmike Cinemas, Inc.*, 25 F.3d 1325, 1330 (6th Circuit 1994).
- *Costa v. Markey*, 706 F.2d 1, 8 (1st Circuit 1983).
- *Cox v. Carrier sales and Distributions*, n° 3: 04- CV- 527, (2006) WL 2038565.
- *Craft v. Metromedia, Inc.*, 766 F.2d 1205, 1213, 1215-17 (8th Circuit 1985).
- *Crady v. Liberty Nat'l Bank % Trust Co. of Ind.*, 993 F. 2d,132,136 (7th Circuit 1993).
- *Craig v. County of Los Angeles*, 626 F 2d. 659, 666-68 (9th Circuit 1980).
- *Criggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).
- *Cross & Blue Shield of Michigan*, 469 Mich 124, 133-134; 666 NW2d 186 (2003).
- *Diaz v. Pan Am. World Airways, Inc.*, 442 F.2d 385, 388-89 (5th Circuit 1971).
- *Dodge v. Giant Food, Inc.*, 488 F.2d 1333, 1336 (D.C.Circuit 1973).
- *Doe v. City of Belleville*, 119 F.3d 563, 566 (7th Circuit 1997).
- *Dothard v. Rawlinson*, 433 U.S. 321 (1977).
- *Earwood v. Continental Southeastern Lines, Inc.*, 539 F.2d 1349, 1351 (4th Circuit 1976).
- *East Texas Motor Freight System, Inc. v. Rodriguez*, 431 U.S. 395, 404, n. 9, 97 S.Ct. 1891, 1897, n. 9, 52 L.Ed.2d 453 (1977).
- *EEOC v. Abercrombie & Fitch Stores Inc.*, n°CV-04-4731, SI (California 10 novembre 2004).
- *EEOC v. Flasher Co.*, 986 F.2d 1312, 1319 (10th circuit 1992).
- *EEOC v Kanbar Property Management, LLC*, District Court for the Northern District of Oklahoma, n° 12-CV-00422-JED-TLW, 23 août 2013.
- *EEOC v. Red Robin Gourmet Burgers, Inc.*, n° 04-1291JLR (Washington 7 septembre 2005).
- *EEOC v. Sage Realty Corp.*, 507 F. Supp. 599, 608 (1981).
- *EEOC v. Sambo's of Georgia Inc.*, 530 F. Supp. 86, 89-90 (1981).
- *EEOC v. Texas Bus Lines*, 923 F.Supp.965 (S.D.TX 1996).
- *EEOC v. Watkins Motor Lines, Inc.*, 463 F.3d 436 (6th Circuit 2006).
- *Espinoza v. Farah Mfg.*, 414 U.S. 86 (1973).

- *F.S. Royster Guano Co. v. Commonwealth of Virginia*, 253 US 412.415 (1920).
- *Fagan v. Nat'l Cash Register Co.*, 481 F.2d 1115, 1117 (D.C. Circuit 1973).
- *Fitzpatrick v. City of Atlanta*, 2F.3d 1112 (11th Circuit 1993).
- *Flight Attendants v. Delta Airlines* 45(New York 176, 1996).
- *Fountain v. Safeway Stores, Inc.*, 555 F.2d 753, 756 (9th circuit 1977).
- *Francis v. City Meriden*, 129 F.3d 281 (2nd circuit 1997).
- *Frank v. United Airlines, Inc.*, 216 F.3d 845, 855 (9th circuit 2000).
- *Freire v. First National*, n° 964620, 1998 WL 1181751, (22 juillet 1998).
- *Furnco Constr. Corp. v. Waters*, 438 U.S. 567, 577 (1978).
- *Gauthier v. Saturn of Natick*, n° 94-BEM-0203, 1998 Mass. Comm. Discrim. LEXIS 61.
- *Gerdom v. Continental Airlines, Inc* 692 F.2d 602 (9th Circuit 1982).
- *Gonzalez v. Abercrombie & Fitch Co.*, n° C 03-2817 SI et N° C04-4730, N° C04-4731, 2008, US Dist. LEXIS 64711 (California, 12 août 2008).
- *Goodman c. L.A. Weight Loss Centers Inc.*, n° 04-CV-3471, 2005, US Dist. LEXIS 1455, 7 (E.D. Pennsylvania, 1er février 2005).
- *Goodwin v. President & Fellows of Harvard Coll.*, n° 03-11797JLT (Massachusetts 31 octobre 2003).
- *Grech-Berry v. Way Bakeries, Inc.*, n° 248841, 2005 WL 415642.
- *Greene v. Union Pacific R.R. Co.*, 548 F. Supp. 3, 5 (Washington 1981).
- *Greenberg v. Bellsouth Telecomm.*, 498 F. 3d 1258 (11th Circuit 2007).
- *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424 (1971).
- *Guardian Capital Corp. v. New York State Division of Human Rights*, 360 N.Y.S.2d 937 (N.Y. Appeals division 1974).
- *Gul-E-Rana Mirza v. The Neiman Marcus Group, Inc.*, 649 F. Supp.2d 837 (2009); U.S. District LEXIS 38102.
- *Hall v. U.S. Dep't of Labor, Admin. Review Bd.*, 476 F.3d 847, 854-55 (10th Circuit 2007).
- *Hardy v Stumpf* 37 Cal App 3d 958, 112 Cal Rptr 739(1974).
- *Harper v. Blockbuster Entertainment Corp.*, 139 F.3d 1385 (11th Circuit 1998).

- *Harrison v. Olde Financial Corp.*, 225 Michigan, 601, 572 N.W.2d 679, 681 (Michigan Court of Appeals, 1998).
- *Hazeldine v. Beverage Media Ltd.*, 954 F. Supp. 697 (New York, 1997).
- *Hazle v Ford Motor Co*, 464 Mich 456, 462-463; 628 NW2d 515 (2001).
- *Hazelwood School District et al., petitioners v. United States*, 433 US 299 (1977).
- *Hein v.All Am. Plywood Co.*, 232 F.3d 482, 490 (6th Circuit 2000).
- *Hertz v. Gap, Inc.*, n° 95 CIV. 10187, 1997 WL 777375 (New York 1997).
- *Hodgdon v. Mt. Mansfield Co.*, 624 A.2d 1122 (Vermont 1992).
- *International Union, United Auto., Aerospace and Agric, Implement Workers of Am. v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187 (1991).
- *Inturri v. City of Hartford*, 365 F. Supp. 2d 240 (2005).
- *Jesferson v. Harrah 's Operating Co.*, 392 F.3d 1076 (9thCircuit 2004).
- *Kara v. United Kingdom*, App. n°36528/97, *European Human Rights Law Review* (London: European Commission on Human Rights), 1999.
- *Kelley v. Johnson*, 425 U.S. 238, 239-40 (1976).
- *Kennedy v. Barry*, 516 A.2d 176, 177 (District Court 1986).
- *Kennedy v. District of Columbia*, 654 A.2d at 855-57 (District Court 1994).
- *Killebrew v. Local Union*, 1683, 651 F.Supp. 95 (W.D. Ky. 1986).
- *King v. Hawkeye Community College*, 10 AD Cases (BNA) 203 (Iowa 2000).
- *Kleinsorge v. Island Corp.*, 81 F.E.P. Cases (BNA) 1601 (2000).
- *Knott v. Missouri Pac. Ry. Co.*, 527 F.2d 1249 (8th Circuit 1975).
- *Knowlton v. Levi's of Kochville, Inc.*, n°190677, 1997 WL 33345022, I, 2 (Michigan Court of Appeal, 3 juin 1997).
- *Kolbe v. Cable News Network, et al*, case number 1:03-cv-02650-CC, 2003. U.S. District Court for the Northern District of Georgia.
- *Kolstad c. American Dental Association* 527, USC 526 (1999).
- *Krein v. Marian Manor Nursing Home*, 415 N.W.2d 793, 796 (1987).
- *Krissy Keefer v. S.F. Ballet Ass'n/SF Ballet School* (S.F. Human Rights Commission, 13 novembre 2000).
- *Laffey v. Northwest Airlines, Inc.*, 366 F.Supp. 763, 790 (1973).

- *Lamoria v. Health Care & Ret. Corp.*, 584 N.W.2d 589, 593 (Michigan Cour of Appeals 1998).
- *Lanigan v. Bartlett & Co. Grain*, 466 F. Supp. 1388, 1391-92 (W.D. Mo. 1979).
- *Lewis v. Heartland Inns of America, L.L.C.*, n° 08-3860 (8th Circuit 21 janvier 2010).
- *Longo v. Carlisle DeCoppet & Co.*, 537 F.2d 685, 685 (2nd Circuit 1976).
- *Lore v. City of Syracuse*, 583 F. Supp. 2d 345, 361 (New York 2008).
- *Lust v. Sealy, Inc.*, 383 F.3d 580, 583 (7th Circuit, 2004).
- *Marks v. First of National Communications Association, Inc.*, 72 F. Supp. 2d (New York 1999).
- *Mary Carmen Grech-Berry & Clyde Berry v. Way Bakeries Inc., Perfection Bakeries Inc., and Allen J. Schortz*, n° 248841, Jackson Circuit Court, LC n° 02-001075-NO, 22 février 2005.
- *Mary Nedder v. Rivier College*, 944 F. Supp. III, II (1996).
- *McDonnell Douglas Corp. v. Green*, 411 U.S. 792, 802 (1973).
- *McKeown v. Dartmouth Bookstore, Inc.*, 975 F. Supp. 403 (1997).
- *McManus v. MCI*, 82 F.E.P.Cases 1063 (2000).
- *Meadows v. Ford Motor Co.*, 62 F.R.D. 98, 100 (W.D.Ky. 1973).
- *Meritor Savings Bank v. Vinson*, 477 US 57 (1986).
- *Metro.Dade County v. Wolf*, 274 So.2d 584, 585 (Court of Appeal 1973).
- *Mt. Healthy Bd. of Ed. v. Doyle*, 429 U.S. 274, 287, 97 S.Ct. 568, 576, 50 L.Ed.2d 471 (1977).
- *Palmore v. Sidoti*, 466 US. 429, 432-33 (1984).
- *Parolisi v. Board. of Examiners*, 285 N.Y.S.2d 936, 937 (Supreme Court 1967).
- *Payne v. W. & Atl. R.R.*, 81 Tenn. 507, 520 (1884).
- *Philadelphia Electric Company v. Pennsylvania Human Relations Commission and Joyce A. English*, (1982).
- *Phillips v. Martin Marietta Corp.*, 400 U.S. 542, 544 (1971).
- *Pollard v. E,I, DuPont de Nemours & Co.*, 532 US 843 (2001).
- *Prewett v. United States Postal service* 662 F. 2d 292 (5th Circuit 1981).
- *Price Waterhouse v. Hopkins*, 490 U.S. 228 (1989).

- *Rafford v. Randle E. Ambulance Serv., Inc.*, 348 F. Supp. 316, 317-18 (1972).
- *Ray v. university of Ax*, 868, F. Supp., 104, 1126-27 (1994).
- *Raytheon Co. v. Hernandez*, 124 S.Ct. 519 (2003).
- *Riggs v. City of Forth Worth*, 229 F. Supp. 2d 572 (Texas 2002).
- *Rivera v. Trump Plaza Hotel*, 702 A.2d 1359 (Cour of Appeal 1997).
- *Rosenfeld v. Southern Pac. Co.*, 444 F 2d. 1219 (9th Circuit 1971).
- *Ross v. Beaumont Hosp.*, 687 F. Supp. 1115, 1124 (Michigan 1988).
- *Sam's Club Inc, v. Madison Equal Opportunities Commission*, n°02-2024, 2003 WL 21707207 (Court of Appeal, 24 juillet 2003).
- *Schmitz v. ING Securities, Futures and Options, Inc.*, 1999 U.S. Appeal LEXIS 16942 (7th Circuit, juillet 1999).
- *Seabrook v. City of New York*, 80 F.E.P. Cases (BNA) 1453 (S.D.N.Y. 1999), 210 F.3d 355 (2000).
- *Simms v. Oklahoma ex rel. Dep't of Mental Health & Substance Abuse Servs.*, 165 F.3d 1321, 1327 (10th Circuit 1999).
- *Spigel v. Schulmann*, n°03-CV-5088, 2006 WL 3483922, 14 (30 novembre 2006).
- *Smaw v. Commonwealth of Virginia Dep't of State Police*, 862 F.Supp. 1469, 1475 (1994).
- *St. Cross v. Playboy Club*, Appeal n°773, Case n°CFS 22618-70 (New York Human Rights Appeal Board, 1971).
- *St. Mary's Honor Center v. Hicks*, U.S. 502113 S.Ct. 2742, 25 juin 1993.
- *State Division of Human Rights ex rel. McDermott v. Xerox Corp.*, 480 N.E.2d 695, 698 (New York 1985).
- *Stephenson v. Davenport Cmty. Sch. Dist.*, 110 F.3d 1303, 1307 n.4 (8th Circuit 1997).
- *Sutton v. United Air Lined Inc.*, 527 U.S. 471 (1999).
- *Swartzentruber v. Gunitite Corp.*, 83 F.E.P. Cases 181 (2000).
- *Talanda v. KFC National Management Co.*, 140 F.3d 1090 (7th Circuit 1998).
- *Tamimi v. Howard Johnson Co.*, 807 F.2d 1550, 1554 (11thCircuit 1987).
- *Tardif v. Quinn, United States Court of Appeals*, First Circuit 545 F.2d 761, (16 décembre 1976).
- *Tavora v. New York Mercantile Exchange*, 101 F.3d 907 (2nd Circuit 1996).

- *Terry v. Daimlerchrysler Corp.*, n° 263339, 2005 WL 3479823, (Michigan Appeal, 2005).
- *Tex. Dep't of Cmty. Affairs v. Burdine*, 450 U.S. 248, 253 (1981).
- *Toyota Motor Mfg, Ky, Inc. V. Williams*, 534 US 184, 196-107 (2002).
- *Turcios v. US Services Industries*, 680 A.2d 1023, 1024-25 (D.C. 1996).
- *UAW v. Johnson Controls, Inc.*, 499 U.S. 187, 201 (1991).
- *United States v. Lee Way Motor Freight, Inc.* (1973, DC Oklahoma) 7 CCH EPD, 9066.
- *W. Air Lines v. Criswell*, 472 U.S. 400 (1985).
- *Wardscove Packing Company v. Antonio*, 400 USC 642, 109 2115 (1989).
- *Weber v. Playboy Club*, Appeal n°774, Case n°CFS 22619-70, New York Human Rights Appeal Board (1971).
- *Weinstock v. Columbia Univ.*, 224 F.3d 33, 42 (2nd Circuit 2000).
- *Willingham v. Macon Telegraph Publishing Co.*, 507 F.2d 1084, 1091 (5th Circuit) (1975).
- *Wilson v. Sw. Airlines Co.* 517 F. Supp 292 (N.D. Texas 1981).
- *Wislocki-Goin v. Mears*, 831 F.2d 1374 (7th Circuit 1987).
- *Yanowitz v. l'Oreal USA Inc.*, 32 Cal. Rptr. 3d 436 (California 2005).

DÉLIBÉRATIONS DE LA *EEOC*

- *EEOC* n° 70-90, 1969 WL 2903,1969.
- *EEOC* Decision n° 71-2444, 4 *Fair Employment Practice Case* 18, 19, 1971.
- *EEOC* Decision n° 71-1529 CCH *EEOC* Decisions, 6231, 1971.
- *EEOC* Decision n° 72-0284 CCH *EEOC* Decisions, 6304, 1971.
- *EEOC* case n° 20042029, Luis James Burns, 5 mai 2004.
- *EEOC* Case n° 20062112, Jill Watskey, 2 mars 2007.
- *EEOC* Directive transmittal, n° 9/5.003, 19 avril 2006.
- *EEOC*, Press Release, 26 septembre 2011.

TEXTES GÉNÉRAUX

- Assemblée nationale, 1^{ère} séance du 12 octobre 2000, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/html/20010013.asp>.
- Baromètre CSA, commandé par la HALDE et l'OIT, *Liaisons sociales*, 23 décembre 2010, bref social, n°14757.
- Baromètre sur la perception des discriminations dans le travail, principaux enseignements, janvier 2013, <http://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/upload/barometre-discriminations-travail-ifop-ddd-principaux-enseignements.pdf>.
- C. Vernon Gray, Report on Howard County MD office of Human Rights, 'Personal appearance', cases filed between January 1, 2003 and December 31, 2007 (19 septembre 2008).
- DJABI A., « Le label Diversité, un levier pour la prévention et la lutte contre les discriminations. Obtenir et maintenir sa labellisation, guide pour l'accompagnement des entreprises candidates du label diversité », septembre 2011.
- Dossier Pratique, « Droits et libertés dans l'entreprise de A à Z », éditions Francis Lefèvre 2009.
- Employment Law Alliance, « America at work survey », http://www.employmentlawalliance.com/pdf/ELALooksPollCharts2-3_16_2005.pdf, 2005.
- « Equal employment opportunity commission, 'best' equal employment opportunity policies, programs and practices in the private sector », 2^{ème} édition, 1998.
- *European anti-discrimination law review*, n°16, juillet 2013. http://www.migpolgroup.com/wp_mpg/wp-content/uploads/2013/08/Review-16-EN.pdf
- Rapport annuel, 2011, Le Défenseur des droits, République française.
- Rapport sur l'image des femmes dans les médias, présenté par la commission de réflexion sur l'image des femmes dans les médias, Présidente : Michèle Reiser, Rapporteur: Brigitte Gresy, 25 septembre 2008.

- « La discrimination dans l'Union européenne », eurobaromètre spécial de la Commission européenne, janvier 2007.
- « Lutte contre les discriminations dans les entreprises: nouvelle étude de la HALDE », étude n° 3 de la HALDE, 8 décembre 2008, S. Lavric. *Dalloz Actualité* 11 décembre 2008.
- National Family Opinion (NFO), « Strategies for job success », *survey*, juillet 2001.
- National Institute of health et al., « The practical guide: Identification, evaluation, and treatment of overweight and obesity in adults », 2000.

CONFÉRENCES

- BARRINGTON L., ROSEN B., « Weights & measures: What employers should know about obesity », *The Conference Board*, <http://www.conference-board.org/publications/publicationdetail.cfm?publicationid=1477>, 2008.
- Colloque « L'apparence physique : motif de discrimination, entre norme, codes sociaux, esthétisation et rejet de la différence visible », Lille, mercredi 18 novembre 2009.
- TISSERON S., « Images violentes et violence des images » ; conférence prononcée en mai 2003, à Barcelone.
- The ILO and Human Rights- Report of the Director-General (Part I) to the International Labor Conference, 52nd session, 1968.

ENTRETIENS

- Entretien avec Monsieur Yves Dautrioux représentant du conseil d'État auprès du Défenseur des droits, Paris, le 21 mai 2013.
- Entretien téléphonique avec Madame Laurence Reckford, responsable du département diversité chez Total SA, Paris, le 31 juillet 2013.
- Entretien téléphonique avec Madame Gena Smith, *Senior Vice President, Human Resources, Sourcing & Development* chez LVMH, New York, 5 août 2013.
- Entretien téléphonique avec Monsieur Laurent Depond, responsable de la diversité chez Orange, Paris, le 7 août 2013.
- Entretien téléphonique avec Monsieur Augustin Cloix, responsable des ressources humaines en charge de la mission handicap chez General Electrics France, Paris, le 20 août 2013.
- Entretien téléphonique avec Madame Janine Dagher, *Recruitment officer* à UNDP (United Nations Development Program), Beyrouth, le 23 août 2013.
- Entretien téléphonique avec Monsieur Russel D'Costa, *Human Resources Manager*, Johnson&Johnson ME FZ LLC, Dubai UAE, le 26 août 2013.
- Entretien téléphonique avec Monsieur Samir Mirza, *Human Resources and Organisation Director* chez M1 Group, Beyrouth, le 27 août 2013.
- Entretien avec Monsieur Walid Chahine, *Chief Operating Officer* chez Azadea Group, Beyrouth, le 6 septembre 2013.
- Entretien téléphonique avec Monsieur Charles Busutill, *Americas Director, Employee Relations*, chez White and Case LLP, New York, le 11 septembre 2013.
- Entretien téléphonique avec Madame Rababa Nohra, *Recruiting Manager, Middle East*, chez Booz & Co., Beyrouth, le 25 septembre 2013.
- Entretien téléphonique avec Madame Stéphanie Godof, *Senior Counsel Labor & Employment Europe* chez GE Healthcare, Paris, le 26 septembre 2013.

SITES INTERNET

- <http://www.afaq.org/label-diversite>.
- <http://www.afjustice.com>.
- <http://www.allegrofortissimo.com/>.
- <http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/declara.asp#art23>.
- <https://bu-dalloz-fr>.
- <http://www.charte-diversite.com/>.
- <http://www.cityofmadison.com>.
- <http://halde.defenseurdesdroits.fr/>.
- <http://www.dove.us/Social-Mission/campaign-for-real-beauty.aspx>.
- <http://www.eeoc.gov>.
- <http://www.facebook.com>.
- <http://www.ftc.gov>.
- <http://www.haescommunity.org>.
- <http://www.who.int/fr/>.
- <http://www.legal-dictionary.com>.
- <http://www.lexisnexis.com>.
- <http://www.looksinfo.com>.
- <http://www.ohchr.org/french/law/ccpr.htm>.
- <http://www.mass.gov/mcad/history.html>
- <http://sos-net.eu.org/etrangers/ddhc/cedh.htm>.
- <http://www.univ-paris1.fr/bibliotheques/les-ressources-electroniques/>
- <http://www.womensvoicesforchange.org/>.

VIDÉOS

- « Comment l'apparence physique impacte la carrière », <http://orange.jobs/site/fr-actualites/Comment-lapparence-physique-impacte-la-carriere.htm>, diffusée le 18 juillet 2013.
- « Dove evolution », <http://www.youtube.com/watch?v=iYhCn0jf46U>, diffusée le 6 Octobre 2006.
- « Discrimination against looks (LOOKISM) project », <http://www.youtube.com/watch?v=tDcV4oE-ex4>, diffusée le 22 août 2013.
- « Killing us softly 4: Advertising's image of women », http://www.youtube.com/watch?v=PTImho_RovY.
- « Killing us softly: Women are used like pieces of meat », <http://www.youtube.com/watch?v=KVmcmePRqSk>.
- « Killing us softly 4: the response », <http://www.youtube.com/watch?v=zELS6LMTLVU>.
- « Truth about size zero », <http://www.youtube.com/watch?v=4IoHxywsoQo>.
- « Lookism! », <http://www.youtube.com/watch?v=VdA7kOArUMY>, diffusée le 21 avril 2010.
- « Lookism, the unspoken prejudice », <http://www.youtube.com/watch?v=GaLKIB7s-oY>, diffusée le 3 août 2009.
- « Matt Glowacki short promo for diversity according to family guy », <http://www.youtube.com/watch?v=ntOdI1R7CvE>, diffusée le 8 juin 2010.
- « My big obnoxious fiancée », <https://www.youtube.com/watch?v=73Ivgja72wc>, diffusée le 3 mai 2009.
- « 'Price is right' model discrimination lawsuit overturned », <http://abcnews.go.com/GMA/video/price-model-discrimination-lawsuit-overtured-brandi-cochran-ruling-18736667>, diffusée le 15 mars 2013.
- « Slim hopes: Advertising & the obsession with thinness », http://www.youtube.com/watch?v=C7143sc_HbU&list=PL6EB243C2D1FD2238.

- « Talk to your girl before the beauty industry does », <http://www.youtube.com/watch?v=Ei6JvK0W60I>, diffusée le 2 octobre 2007.
- « The beauty bias », http://www.youtube.com/watch?v=TKm_0SiVTLs.
- « The beauty bias in hiring », <http://www.youtube.com/watch?v=z3NWIBQ0buw>.
- « The injustice of appearance », <http://www.youtube.com/watch?v=xunyiJfdY>, diffusée le 31 janvier 2011.
- « Today show: Will good looks help you land a job? », <http://www.youtube.com/watch?v=id-w-CXNILE>.

COURS UNIVERSITAIRES

- SHEPPARD C., *Discrimination and the law*, notes de cours, Faculté de droit, Université de McGill, 2009.
- CAMPBELL A., *Health care and the law*, notes de cours, Faculté de droit, Université de McGill, 2009.

INDEX

Americans with disabilities act: 71, 72, 73, 74, 75, 87, 99, 149, 150, 157, 158, 175.

Apparence physique: 12, 13.

Beauty is beastly: 30, 31, 50, 51, 119.

BFOQ: 68, 76, 78, 79, 136, 149, 150, 153, 159, 176.

Civil rights Act: 51, 68, 69, 76, 96, 97, 98, 117, 153, 159, 165.

Diversité: 107, 153, 163, 164, 168, 171.

Discrimination indirecte ou *adverse impact* : 52, 54, 68, 69, 97, 118, 136, 145, 149.

Droits et intérêts du chef d'entreprise : 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 135, 137, 139, 140, 141, 142, 144, 145, 146, 148, 150.

Égalité : 53, 54, 55, 56, 58, 59.

Harcèlement : 45, 51, 57, 62, 68, 70, 94, 137, 143, 155, 169.

Image de l'entreprise : 119, 133, 135, 138, 140, 149.

Intérêt de l'entreprise ou *business necessity* : 75, 80, 118, 122, 135, 144.

Liberté et droits du salarié : 133, 134, 136, 138, 143, 147, 149, 151, 152, 153, 155.

Lookisme : 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 130, 131, 132.

Médias : 32, 33, 175, 176.

Obésité : 27, 43, 44, 45, 46, 47, 74, 99, 148, 149, 150, 158, 160, 175, 181, 182.

Préférences de la clientèle : 120, 121, 122, 138, 148, 149.

Preuve: 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99.

Principe de non discrimination : 57, 60, 61, 62, 67.

Ressources humaines: 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172.

Stéréotypes: 7, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31, 32, 33, 151, 175, 176, 177.

What is beautiful is good: 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 36, 37, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction

- A) Le *lookisme*, objet de notre recherche
- B) Définition de l'apparence physique

Chapitre préliminaire: Les sources et les manifestations du *lookisme*

Section 1 : Origine du *lookisme*: les stéréotypes

§ 1: « *What is beautiful is good* » ou « Ce qui est beau est bien »

- A) Le surpoids ou l'obésité
- B) Le *lookisme* dès l'enfance
- C) Les conséquences du « *What is beautiful is good* »

§ 2: « *The beauty is beastly effect* » ou « Beauté et bêtise »

§ 3: La source première des préjugés

Section 2: Les manifestations du *lookisme*

§ 1: « *What is beautiful is good* » ou « Ce qui est beau est bien »

- A) Embauche ou le *Hire-the-handsome phenomenon*
- B) Différences de salaires
- C) Surcharge pondérale

§ 2: Un *lookisme* plus sévère envers les femmes

Chapitre 1 : Le cadre juridique : la prohibition des discriminations

Section 1: La discrimination

Section 2: Le droit à l'égalité et à la liberté

Section 3 : Le principe de non discrimination

Pourquoi le principe de non discrimination ?

Sous-chapitre 1 : Le droit français

Section 1 : Textes généraux

Section 2: Textes spéciaux

§ 1 : Le principe de non discrimination

§ 2 : Les sanctions

§ 3 : La HALDE ou le Défenseur des droits

Sous-Chapitre 2 : Le droit américain

Section 1: Au niveau fédéral

§ 1: *Title VII of the Civil Rights Act*

§ 2: *Civil Rights Act* de 1991

§ 3: *Americans with Disabilities Act*

§ 4: Autres Textes

A- *Rehabilitation Act*

B- *Age Discrimination in Employment Act*

C- *Equal Pay Act*

D- *Pregnancy Discrimination Act*

E- *Genetic Information non-discrimination Act*

F- *Equal Protection Clause* ou *Due Process Clause*

G- Fair Labor Standards Act

Section 2: Au niveau des États fédérés

§ 1: New York

§ 2: Michigan

§ 3: Santa Cruz (Michigan)

§ 4: District of Columbia (Washington)

§ 5: San Francisco

§ 6: Binghamton

§ 7: Howard County, Maryland

§ 8: Urbana, Illinois

§ 9: Madison, Wisconsin

§ 10: Massachusetts ?

Section 3 : *La Equal Employment Opportunity Commission*

Chapitre 2: Les obstacles juridiques à une loi *anti-lookisme*, un phénomène défiant le droit

Section 1 : L'absence d'une catégorie prédéfinie

Section 2 : La subjectivité

Section 3 : La charge et les moyens de preuve du *lookisme*, une protection améliorée

Sous-Section 1 : Droit français : L'évolution du régime probatoire

§ 1: *Le testing*

§ 2: La loi relative à la lutte contre les discriminations

§ 3: Le contentieux de la preuve de discriminations et le pouvoir d'appréciation du juge

Sous-Section 2 : Droit américain

§ 1: *McDonnell-Douglas* ou *disparate treatment test* ou discrimination directe

§ 2 : *Griggs v. Duke Power Company* ou le *Disparate impact test* ou discrimination directe

§ 3 : Le revirement législatif opéré par le *Civil Rights Act* de 1991

§ 4 : La jurisprudence en matière de preuve de discrimination à raison du poids

Section 4 : Autres arguments contre la protection législative contre le *lookisme*

Chapitre 3 : Les autres obstacles à une protection juridique absolue contre le *lookisme*

Section 1 : Le droit de l'employeur à l'autonomie de la volonté et la liberté de choix

Section 2 : Les tempéraments au principe de non-discrimination ou les motifs légitimes ou faits justificatifs

§ 1 : Le principe d'objectivité et de proportionnalité

§2 : Le critère de *Bona fide occupational qualification* ou les qualifications professionnelles établies de bonne foi

§ 3 : Les notions de *business necessity* ou bonne marche ou intérêt de l'entreprise

§ 4 : La protection de l'image de l'entreprise

- A) L'image de l'entreprise
- B) Les préférences de la clientèle

- 1- Les préférences de la clientèle
- 2- Conséquence : la productivité

§ 5 : Autres arguments avancés

- A) La notion de *role modeling*
- B) Les coûts engendrés par l'obésité des salariés
- C) *It's for their own good* ou c'est pour leur propre bien
- D) *Rational bias* ou discrimination rationnelle

Chapitre 4 : L'étude de la jurisprudence

Section 1 : *Lookisme* pur ou composé

Sous-section 1: Apparence générale

§ 1 : Droit français

§ 2 : Droit américain

Sous-section 2 : Tenue vestimentaire

§ 1 : Droit français

- A) Jurisprudence en faveur du salarié
- B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

§ 2 : Droit américain

- A) Jurisprudence en faveur du salarié
- B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

Sous-section 3: Piercings et insignes ou badges

§ 1: *Piercings*

- 1- Droit français
 - A) Jurisprudence en faveur du salarié
 - B) Jurisprudence en faveur de l'employeur
- 2- Droit américain

§ 2: Insignes ou badges

Sous-section 4: Coiffure et barbes

§ 1: Droit français

- A) Jurisprudence en faveur du salarié

B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

§ 2: Droit américain

Sous-section 5: Tatouages

Section 2 : Poids et taille

§ 1: Droit français

- A) Jurisprudence en faveur du salarié
- B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

§ 2: Droit américain

- A) Jurisprudence en faveur du salarié
- B) Jurisprudence en faveur de l'employeur

Section 3 : Sexe

Section 4 : Race et ethnie

§ 1: Droit français

§ 2: Droit américain

Section 5 : Age

Section 6 : Orientation sexuelle

Chapitre 5 : Les solutions face au *Lookisme*

Section 1 : La solution juridique

§ 1 : Critique du système juridique aux États-Unis: un raisonnement illogique

§ 2 : Une loi taillée sur mesure

§ 3 : Discrimination positive ou *affirmative action* ?

Section 2 : Solutions au sein de l'entreprise : Processus de promotion de l'égalité

§ 1 : La notion de diversité de l'apparence physique

§2: L'objectivation des ressources humaines et des processus internes

- A) L'entretien
- B) La formation des salariés
- C) La communication et la sensibilisation des salariés
- D) Le CV anonyme
- E) L'avancement de carrière
- F) D'autres mesures efficaces
 - a) Les actions de diagnostic
 - b) Les procédures d'alerte et d'enquêtes sur le ressenti des salariés

Section 3 : Les moyens non juridiques

§ 1: Les stratégies proposées

§ 2: Le contenu des médias

§ 3: Les *social media*

§ 4: La protection des consommateurs

§ 5: Le rôle des industries

A) La campagne *Dove* : une grande prise de conscience

B) L'industrie de la mode

§ 6: L'éducation et la sensibilisation des groupes communautaires

§ 7: Les mouvements sociaux et l'activisme politique

§ 8: Les autres solutions

Conclusion Générale

Bibliographie

Index

Table des matières