

## Apparence physique et discrimination à l'embauche : quelle protection ?

Par Antoneta Suroçaj  
e-legal, Volume n°3

Pour citer l'article :

Antoneta Suroçaj, « Apparence physique et discrimination à l'embauche : quelle protection ? », in *e-legal*, *Revue de droit et de criminologie de l'ULB*, Volume n°3, avril 2019.

Adresse de l'article :

<http://e-legal.ulb.be/volume-n03/memoires-2/apparence-physique-et-discrimination-a-l-embauche-quelle-protection>

La reproduction, la communication au public en ce compris la mise à la disposition du public, la distribution, la location et le prêt de cet article, de manière directe ou indirecte, provisoire ou permanente, par quelque moyen et sous quelque forme que ce soit, en tout ou en partie, ainsi que toute autre utilisation qui pourrait être réservée à l'auteur ou à ses ayants droits par une législation future, sont interdits, sauf accord préalable et écrit de l'Université libre de Bruxelles, en dehors des cas prévus par la législation sur le droit d'auteur et les droits voisins applicable en Belgique.

© Université libre de Bruxelles - avril 2019 - Tous droits réservés pour tous pays - ISSN 2593-8010



Dans la société actuelle l'apparence physique occupe une place prépondérante, non seulement dans notre vie en général, mais aussi dans notre vie professionnelle. L'importance qui lui est accordée dans le processus de recrutement en dit long sur la place qu'elle occupe désormais dans notre vie professionnelle, puisque l'apparence physique serait désormais devenue un critère de sélection à l'embauche. Corollairement à cela, la discrimination à l'embauche basée sur l'apparence physique serait une inavouable réalité. Cet état de fait nous amène à nous interroger sur la protection assurée par la législation nationale anti-discrimination, contre les discriminations à l'embauche basées sur ce critère. La présente contribution a pour objet de déterminer si notre dispositif anti-discrimination nous protège effectivement contre ces discriminations, alors même que le critère de l'apparence physique ne fait pas partie des critères protégés. Afin de déterminer si l'insertion de ce critère dans la liste des critères protégés apporterait un surplus de protection, nous établirons une comparaison entre la législation nationale ainsi que celle française en la matière, qui elle énumère ce critère parmi la liste des critères protégés.

## Introduction

§1 Aristote affirmait que « la beauté est une meilleure recommandation que n'importe quelle lettre ». En 2014, l'émission « Envoyé Spécial » de France 2 diffusait un reportage s'intitulant<sup>1</sup> « La prime à la beauté ». Cette émission fait entre autres le constat que : les beaux seraient « placés aux meilleures tables dans certains restos parisiens, ils seraient recrutés en priorité dans certaines boutiques de vêtements, et ils seraient parfois même payés, quel que soit leur métier, un peu plus que les autres (12 % d'après eux) ». Malgré le temps, cette citation d'Aristote semble donc, aujourd'hui encore, rester d'actualité.

Dans son livre intitulé *Le poids des apparences : beauté, amour et gloire*<sup>2</sup>, le sociologue et professeur français Jean-François Amadieu confirme que *l'apparence physique* reste l'un des facteurs les plus insidieux de discrimination sociale et est toujours *l'une des origines* de la reproduction *des inégalités entre individus*. Selon lui, *notre corps, notre visage, nos vêtements et notre allure générale jouent un rôle essentiel dans notre destinée*. Dans notre société, qualifiée de « société de l'image et du paraître<sup>3</sup> », la beauté ce concept subjectif basé sur les stéréotypes et préjugés, n'est plus seulement un effet de nature ou un atout purement personnel. Elle serait désormais devenue « la qualité fondamentale, impérative<sup>4</sup> », un des éléments de la réussite, et constituerait un critère essentiel, au même titre que les diplômes<sup>5</sup>.

Dans cette société qualifiée de « dictature de la beauté<sup>6</sup> », l'influence de l'apparence physique dans notre vie en général, mais plus particulièrement dans notre vie professionnelle, serait une réalité concrète, bien qu'occultée. Dans le monde professionnel, la beauté serait devenue un glorieux bonus, un critère de sélection, voire même une condition<sup>7</sup> à l'embauche, et la discrimination basée sur l'apparence physique serait une inavouable réalité<sup>8</sup>. Dans ce contexte, la « laideur »<sup>9</sup> ou le « physique hors norme » seraient quant à eux devenus synonymes de pénalité, au point d'être parfois considérés comme un véritable handicap dans l'accès à l'emploi.

§2 Ce constat nous a interpellée, d'autant que nous vivons dans une société où l'égalité de traitement constitue la base de notre système juridique. Le premier réflexe a donc été d'aller consulter notre dispositif anti-discrimination. Nous avons constaté que, le législateur inclut bien un critère appelé « caractéristique physique ou génétique » (nous insistons sur cette formulation au singulier) dans la liste des critères prohibés de discrimination. Néanmoins, comme nous le verrons (*infra*), ce critère ne semble pas couvrir tous les aspects physiques d'un individu. Dès lors, nous sommes allée voir ce qui est prévu chez nos voisins français. À notre surprise, nous avons constaté que le législateur français, à la différence du belge, énumère dans sa liste de critères protégés deux critères distincts : l'un appelé

« caractéristiques génétiques » et l'autre « apparence physique ».

*Ce constat nous a amenée à nous poser la question de la protection assurée par la législation belge contre les discriminations à l'embauche basées sur l'apparence physique. Notre loi ad hoc nous protège-t-elle effectivement contre ces discriminations, alors même que le critère de l'apparence physique ne fait pas partie des motifs protégés ? Ou est-ce que la reconnaissance de ce critère, en soi, comme en France, apporterait un surplus de protection ?*

§3 Afin de répondre à notre question, nous tenterons de voir si l'introduction de ce critère parmi la liste des critères protégés en France, a effectivement permis d'apporter une amélioration de la protection des individus, contre les discriminations qu'ils seraient susceptibles de subir lors d'un entretien d'embauche, en raison d'un élément aussi superficiel que l'apparence physique.

## Définition des notions centrales

Qu'est-ce qu'une discrimination au sens juridique du terme ?

§4 Avant d'aborder le cadre législatif du principe d'égalité et de non-discrimination, il convient de définir la notion de « discrimination ». À l'origine, le mot « discrimination » ne signifie rien d'autre que « distinction ». Ce n'est qu'avec le temps qu'il va recevoir une connotation péjorative si l'on considère la discrimination comme une différence de traitement entre deux personnes ou catégories de personnes. La loi anti-discrimination du 10 mai 2007 qui sera partiellement analysée *infra*, fait une différence entre la distinction et la discrimination et considère que la discrimination est la distinction qui ne peut pas être justifiée<sup>10</sup>.

### Définition de l'apparence physique

§5 Tout d'abord, qu'entend-t-on par « apparence physique » ? Cette notion est-elle uniquement restreinte aux caractéristiques corporelles ou bien est-elle étendue à la tenue vestimentaire, la propreté et l'allure générale ? La définition même de cette notion semble complexe et sujette à interprétations ; néanmoins la sociologie et le droit définissent l'apparence physique comme littéralement « 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...)<sup>11</sup>.

Dans le cadre de notre étude, l'apparence physique sera définie dans sa dimension d'apparence générale et désignera, de manière large, l'aspect extérieur de l'individu. Elle recouvrira notamment l'allure, les traits physiques, la taille, le poids, les cheveux, la corpulence, la coupe de cheveux, la couleur des cheveux, la couleur des yeux, la couleur de la peau, le style vestimentaire, la féminité, le maquillage, le port d'une barbe et la présence ou absence de tatouages ou *piercings* ou *badges*. Bref, tout ce qui se présente à la vue.

### La discrimination basée sur l'apparence physique ou « *lookisme* »

§6 La discrimination en raison de l'apparence physique, également dénommée « *lookisme* »<sup>12</sup>(du mot anglais *lookism* : composé de « *look* » (apparence) et « *-ism* »), est un néologisme entre beauté et racisme, qui désigne le postulat que le physique d'un individu est un indicateur de sa valeur<sup>13</sup>. 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 »<sup>14</sup>. La discrimination en raison de l'apparence physique, est donc la préférence pour un certain *look* et le biais contre les personnes au « *look* inadéquat ». Il s'agit ainsi de la discrimination ou du traitement différencié en 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, ...<sup>15</sup>.

La discrimination basée sur l'apparence physique a été qualifiée de, discrimination « composite, complexe, offensive et destructrice » dont les conséquences sont à la fois visibles, invisibles et psychologiques<sup>16</sup>. Cette discrimination a également été qualifiée de discrimination parfois sourde et aux contours souvent difficiles à percevoir, tant elle se mêle parfois à des critères ethniques, sexuels, religieux, des critères liés à l'âge, au handicap, ...<sup>17</sup>. Dès lors, cette discrimination basée sur l'apparence physique agit souvent (mais pas toujours) comme un révélateur et est souvent le symptôme d'autres motifs de discriminations<sup>18</sup>. Il en résulte que, cette discrimination est dans la majorité des cas dédoublée de discriminations basées sur d'autres critères, on parle alors de discriminations multiples<sup>19</sup>, intersectionnelles ou cumulées<sup>20</sup>.

La discrimination basée sur l'apparence physique s'observe majoritairement dans l'accès à l'emploi<sup>21</sup> et plus particulièrement lors de l'entretien d'embauche<sup>22</sup>. Ceci étant précisément l'objet de notre travail, nous allons, dans le chapitre suivant, faire état du caractère réel de ce phénomène, de ses origines et de son ampleur.

## L'apparence physique : un motif de discrimination inavouable

§7 Dans le présent chapitre, nous présenterons les principaux résultats de recherches menées par les sociologues, qui démontrent l'impact de l'apparence physique sur la vie professionnelle d'un individu et surtout l'ampleur de la discrimination ainsi fondée en matière d'embauche. Nous évoquerons également de nombreux sondages effectués tantôt par l'Union européenne, tantôt par les organismes chargés de la lutte contre les discriminations, afin de mesurer la réalité de ce phénomène.

§8 Dans notre société de l'image, l'apparence physique a pris une place considérable dans chaque dimension de notre existence. Dans la vie privée comme dans la vie professionnelle, l'importance accordée à l'apparence physique est principalement due au poids des préjugés et des stéréotypes qui sont largement partagés par la société et qui associent le « beau » au bien<sup>23</sup>, la beauté à la réussite. Les préjugés à l'origine d'une discrimination résultent en des évaluations négatives de certains individus en raison de leur appartenance catégorielle. Les stéréotypes, quant à eux, sont des croyances socialement partagées concernant les caractéristiques attribuées aux membres d'une catégorie sociale<sup>24</sup>.

La mode et la télévision accentuent sans cesse le rôle de ces préjugés et stéréotypes en accordant une importance prépondérante à l'apparence physique. A titre d'exemple, nombre d'émissions proposent aujourd'hui de *relooker*, par les conseils de *coachs*, des anonymes qui ne correspondraient pas aux « dictats de la mode actuelle ». Ce « *relooking* » serait censé accroître leurs chances d'insertion professionnelle<sup>25</sup>.

§9 Tous ces éléments font qu'en matière d'embauche par exemple, l'importance accordée à l'apparence physique se traduit par le fait que les recruteurs associent des qualités à la beauté, ils s'y basent pour (dé)valoriser un individu, estimant que des salariés qu'ils jugent attirants ou qui correspondent au « physique de l'emploi » seront plus productifs, tandis que les personnes dont le physique ne correspond pas à l'idéal de beauté de la société seront jugées négativement. En effet, selon le Défenseur des droits (France), dans des secteurs d'activité entiers, l'apparence physique est prise en compte dès l'embauche<sup>26</sup>.

§10 En France<sup>27</sup>, comme en Belgique, la communauté scientifique semble demeurer relativement silencieuse sur les liens qui peuvent exister entre apparence physique et accès au marché du travail, et la question apparaît frivole. Ce silence s'expliquerait d'une part par la dimension subjective et affective assignée à ce facteur qui n'est donc pas censé intervenir dans les relations de travail et d'emploi ; d'autre part, l'intérêt des chercheurs se porterait plutôt sur

l'analyse de facteurs de discriminations plus facilement identifiables et jugés plus importants comme le genre, l'âge ou l'origine ethnique<sup>28</sup>.

Les quelques auteurs qui se sont intéressés à ce phénomène trop souvent délaissé, ont effectué des tests dits « *testing* » et des sondages qui mettent en lumière l'importance prépondérante de l'apparence physique dans la phase de recrutement. De nombreux sondages (dénommés baromètres) effectués par différentes institutions chargées de lutter contre les discriminations, démontrent également l'ampleur du phénomène. Nous les reprendrons par ordre chronologique.

§11 En France, les premières séries de « *testing* » lancées par l'association SOS Racisme en 1999, ont été reprises selon un cadrage scientifique par l'Observatoire des discriminations dirigé par le sociologue et professeur Jean-François Amadiou, qui va mener avec d'autres chercheurs (Hélène Garner-Moyer, etc) plusieurs séries d'études sur l'apparence physique<sup>29</sup>.

Amadiou a dirigé en 2003 une enquête téléphonique sur un échantillon de 973 personnes représentatif de la population française de 18 ans et plus, qui a révélé que plus de 82% des Français déclaraient qu'une personne au physique peu agréable n'avait pas les mêmes chances d'être embauchée<sup>30</sup>, soulignant ainsi l'influence marquante de l'apparence dans la vie professionnelle. De plus, l'enquête a montré que lors de l'embauche, à compétences et qualifications égales, le taux de réponses affichait une certaine hiérarchisation des perceptions des répondants<sup>31</sup>. Le *look*, la façon de s'habiller, de se présenter avec un taux de 82% et l'apparence physique avec un taux de 64% viennent en tête de liste. Le sociologue évoque une discrimination moins forte par rapport aux facteurs « lourds » (racisme, homophobie), mais qui serait plus courante. Ce sondage révèle aussi que les personnes qui estiment avoir été victimes d'une discrimination en raison de leur apparence physique au moment de l'entretien d'embauche, sont en majorité des hommes de petit gabarit et des femmes fortes. Il s'agit de personnes qui jugent elles-mêmes leur apparence déplaisante. Parmi ceux et celles qui ont déjà « fait l'objet d'une discrimination sur l'apparence », les hommes évoquent les discriminations liées au *look* et à la façon de parler ; pour les femmes, ce serait plutôt par rapport au physique<sup>32</sup>.

§12 En 2004, l'Observatoire des discriminations<sup>33</sup> réalise une enquête par *testing* qui introduit pour la première fois une variable de discrimination relative à l'apparence physique : seuls 13% des candidats présentant une apparence disgracieuse reçoivent une convocation à l'entretien d'embauche.

§13 En 2005, Amadiou a mené des « tests de discrimination à l'embauche » dont le but était de tester les effets de l'apparence physique et surtout de l'obésité<sup>34</sup>. Deux photos étaient envoyées à un employeur, l'une montrant une personne obèse et

l'autre une personne plus mince. Il s'agissait de comparer la proportion de réponses positives reçues par ces deux candidats lorsque leur photo parvenait à un employeur en même temps. Selon le visage ayant servi à la comparaison, la perte de chance variait mais elle était toujours importante (de 2 à 3 fois moins de réponses positives par rapport à des candidats de référence). Partant, ce test a révélé qu'en moyenne un candidat obèse a 30% de chances en moins de recevoir des réponses positives après envoi de son CV assorti d'une photo.

§14 En 2007, la sociologue Hélène Garner-Moyer, a effectué des tests dits « de correspondance » tendant à montrer l'impact de la beauté au moment du recrutement<sup>35</sup>. Au total elle a envoyé 686 CV et testé trois types de postes : commerciale, assistante de direction et comptable avec pour chacun d'eux, deux profils de candidates identiques en tous points (formation, expérience, âge...) excepté leur apparence physique : l'une très séduisante et l'autre moins. Le test a révélé que l'influence de l'apparence physique ne s'exerce pas seulement pour des postes en contact avec la clientèle notamment, mais également comme critère de sélection pour des postes en *back office* comme celui de comptable, qui n'implique pas de contact avec la clientèle. En effet, le taux de succès de la candidate séduisante était le plus important pour le poste de comptable (52%) tandis que pour la candidate moins séduisante c'est le poste de commerciale qui lui « apportait » le plus fort taux de réussite (33%). Ces résultats prouvent que l'apparence est un critère très largement pris en compte et de façon quasiment systématique par l'employeur, et pas seulement pour des postes en contact avec la clientèle (laquelle, comme on le verra *infra*, est souvent invoquée par les employeurs pour justifier une discrimination en raison de l'apparence physique). Deuxième élément que ces tests ont permis de mettre en lumière : en présence de deux candidates aux CV équivalents mais dont l'une est plus séduisante, celle-ci a été favorisée dans 42% des cas et l'autre candidate dans seulement 16,5% des cas ; les employeurs ont donc choisi 3 fois sur 4 la candidate séduisante. Or, le taux critique ou taux seuil à partir duquel, en vertu des hypothèses énoncées par le Bureau international du travail<sup>36</sup>, la discrimination est avérée, est de 15% ; ici, le taux obtenu était de 26%, ce qui a donc permis de conclure à l'existence d'une discrimination sur l'ensemble des tests pratiqués.

§15 L'Union européenne réalise régulièrement des *eurobaromètres spéciaux* pour mesurer la perception des discriminations par les Européens dans différents domaines de leur vie, notamment dans l'accès à l'emploi. Il nous semble important de présenter les résultats de certains de ceux-ci afin de démontrer l'importance qu'accorde l'opinion publique à l'apparence physique.

Le premier que l'on peut citer, est l'*eurobaromètre spécial de 2007*<sup>37</sup> où les Européens étaient entre autres questionnés sur : *les critères qui peuvent désavantager les individus quand une entreprise a le choix entre deux candidats de compétences et de qualifications égales. Le premier facteur d'inégalité mentionné*

*est le look, la façon de s'habiller ou de se présenter du candidat, avec 51% des Européens qui pensent que ces éléments constituent le premier facteur de discrimination. Suivent le handicap pour 49%, l'âge 49% et enfin l'apparence physique générale (taille, poids, visage) est, à leurs yeux, presque aussi importante que la discrimination en raison de la couleur de peau (39% contre 45%). Les eurobaromètres de 2008<sup>38</sup> et 2009<sup>39</sup>, révélaient des résultats similaires à cette même question.*

En 2012<sup>40</sup> et en 2015<sup>41</sup>, l'âge du candidat s'il a plus de 55 ans passe en première position, immédiatement suivi par le *look, la façon de s'habiller ou de se présenter du candidat et l'apparence physique générale, qui gardent leurs positions antérieures. Les résultats pour la France<sup>42</sup> de l'eurobaromètre 2015, révèlent que bien que pour les Français tous ces facteurs susceptibles de discrimination apparaissent dans le même ordre (la position est donc la même) l'importance qui leur est assignée est nettement supérieure puisque 70% des Français considèrent le look comme primordial, là où les Européens sont 52% à le penser. De même pour l'apparence physique générale : 58% des Français estiment qu'elle constitue un facteur important d'inégalités, là où les Européens sont 45% à le penser. Pour la Belgique<sup>43</sup>, la position reste la même mais les pourcentages diffèrent. En effet, 59% des Belges mettent l'âge en première position, 58% pensent que le look vient en deuxième position, et 46% mettent l'apparence physique générale après la couleur de peau et le handicap.*

§16 En 2013, deux professeurs français, Isabelle Barth et Lovanirina Ramboarison-Lalao<sup>44</sup> se sont également intéressées au sujet, puisqu'elles ont étudié les préjugés et stéréotypes liés à l'apparence physique au travail, en menant une enquête auprès de 909 postiers. Les résultats de leur enquête mettent en avant la persistance des stéréotypes discriminatoires qui peuvent agir négativement sur les rapports interpersonnels au travail.

§17 Enfin, le dernier baromètre en date est celui du Défenseur des droits relatif à la perception des discriminations dans l'emploi<sup>45</sup>. Ce baromètre au titre révélateur, « *Le physique de l'emploi* », visait à mieux connaître ce que recouvrent les discriminations liées à l'apparence physique telles que perçues par les chômeurs, tant dans leurs représentations que dans leurs expériences de discrimination à l'embauche. Les résultats de l'enquête menée à la fin de 2014 auprès de 998 demandeurs d'emploi, ont été publiés en février 2016. Premier élément que ces résultats mettent en lumière : l'apparence physique occupe une place prépondérante parmi les caractéristiques perçues comme un inconvénient pour être embauché. Sur 20 situations testées, les cinq inconvénients les plus cités ont ainsi quasiment tous trait à une singularité « visible » et le fait d'avoir un physique attractif est perçu comme un avantage par 66% des femmes et 65% des hommes<sup>46</sup>. Les résultats montrent que 79% des chômeurs pensent que leur apparence physique a une influence sur le recruteur. Parmi l'ensemble des chômeurs, 33%

déclarent avoir subi une discrimination à l'embauche, dont 8% en raison de leur apparence physique, parmi lesquels 63% relient exclusivement celles-ci aux caractéristiques corporelles (poids, taille, traits du visage...) et 21% signalent une discrimination liée aux attributs vestimentaires (tenue, tatouages, *piercings*, coiffure...) <sup>47</sup>. Enfin, il apparaît que l'entretien d'embauche est le moment privilégié des discriminations liées à l'apparence physique, puisque pour 82% des personnes déclarant de telles discriminations, celles-ci se sont produites lors d'entretiens d'embauche <sup>48</sup>. *Le Défenseur des droits estime que ces résultats, mettent en évidence la place importante qu'occupe dans les recrutements, la conformité des candidats aux normes socialement admises, tant pour les codes vestimentaires, plus facilement modifiables, que pour les caractéristiques physiques, pourtant inaltérables* <sup>49</sup>. En outre, selon lui, ces résultats font apparaître que les populations les plus exposées à la discrimination à l'embauche liée à l'apparence physique sont les personnes obèses ou celles qui ont un style vestimentaire atypique, mais surtout les femmes. Il ajoute que, les normes d'attractivité physique et de corpulence admises en France, valorisant la minceur pour les femmes, semblent s'étendre jusqu'aux conditions du recrutement.

§18 En conclusion, au vu de tout ce qui précède, nous pouvons affirmer que malgré le peu d'intérêt qu'il suscite pour les chercheurs, le phénomène n'en est pas pour autant inexistant ; bien au contraire, la discrimination basée sur l'apparence physique existe bel et bien, mais elle constitue ce qu'on pourrait appeler une inavouable réalité <sup>50</sup>.

# Le cadre juridique : La prohibition des discriminations

## Les sources supranationales

§19 La problématique de la lutte contre les discriminations existe depuis de nombreuses années et se cristallise dans le principe de non-discrimination. Celui-ci, et *a fortiori* celui d'égalité de traitement, sont des principes affirmés dans le droit international, le droit communautaire et enfin les droits français et belge<sup>51</sup>, lesquels prohibent expressément certains types de discriminations. Cinq sources supranationales peuvent être citées à titre principal. Toutefois l'objet de notre étude n'étant pas de retracer tout l'historique de cette lutte, nous nous limiterons à présenter un panorama synthétique de l'arrière-plan international et européen sur lequel s'inscrivent les lois françaises et belges en la matière. Ensuite, nous nous consacrerons plus longuement à celles-ci.

## Les conventions de l'Organisation des Nations-Unies

§20 Parmi les normes que l'on trouve auprès de l'Organisation des Nations-Unies en matière de discrimination, nous pouvons citer la Convention du 31 mars 1953 sur les droits politiques de la femme<sup>52</sup>, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>53</sup>, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes<sup>54</sup> et la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant<sup>55</sup>. Toutes ces normes contiennent des dispositions visant à interdire toute discrimination à l'encontre d'un groupe déterminé<sup>56</sup>.

Au niveau de l'Organisation des Nations-Unies, nous nous contenterons de relever les articles 2 §1er et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui consacrent le principe d'égalité et de non-discrimination. Ceux-ci imposent aux États de garantir le respect des droits contenus dans le Pacte, sans distinction, et d'assurer une « protection égale et efficace » contre toute discrimination. Sont visés comme critères protégés, notamment, « la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique et toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

## L'Organisation internationale du travail

§21 L'Organisation Internationale du Travail a adopté, le 25 juin 1958, la Convention n°111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession<sup>57</sup>, ratifiée par la Belgique le 22 mars 1977. L'article 1er de cette

convention prévoit que les critères protégés sont : « *la race, la couleur, le sexe, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale* », toute distinction, exclusion ou préférence fondée sur l'un de ceux-ci ayant « *pour effet de détruire ou d'altérer l'égalité des chances ou de traitement en matière d'emploi ou de profession* ».

## La Convention européenne des droits de l'homme

§22 La Convention européenne des droits de l'homme comporte un article 14<sup>58</sup> qui interdit toute différence de traitement dans la jouissance des droits reconnus par la Convention. Les critères cités par cet article sont, notamment, « *le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* ».

L'on remarque, que cet article commence par l'adverbe « notamment » et se termine par les termes « ou toute autre situation ». Dès lors, comme l'a reconnu la Cour européenne, cette liste n'est pas exhaustive, mais elle « revêt un caractère indicatif, et non limitatif »<sup>59</sup>. Par conséquent, des différences de traitement fondées sur d'autres critères que ceux qui y sont expressément cités, peuvent entrer dans le champ d'application de cet article 14. La Cour a déjà admis que des motifs reconnus dans d'autres conventions ou instruments internationaux qui interdisent la discrimination, comme l'orientation sexuelle<sup>60</sup>, la nationalité<sup>61</sup>, l'appartenance à un syndicat<sup>62</sup>, le handicap<sup>63</sup> et l'état de santé, en particulier la séropositivité<sup>64</sup>, relèvent de cette disposition.

Annexés à la Convention, l'on trouve différents protocoles dont le numéro 12 qui énonce, dans son article 1er, un principe général de non-discrimination<sup>65</sup>. Ce protocole vient lever la limitation inhérente à l'article 14 de la Convention qui ne peut être cité qu'en combinaison avec une disposition « substantielle » de la Convention. Toutefois, il n'a toujours pas été ratifié par la Belgique<sup>66</sup>. Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire très souvent du droit communautaire<sup>67</sup>.

## La Charte sociale européenne

§23 Instrument international de protection des *droits sociaux fondamentaux* trop souvent méconnu, la Charte sociale européenne est une convention adoptée par le Conseil de l'Europe en 1961<sup>68</sup>. Complémentaire de la Convention européenne des droits de l'homme qui énonce des droits civils et politiques, la Charte sociale européenne énonce des droits sociaux et économiques. L'article 20 de la Charte révisée (en 1996)<sup>69</sup>, prévoit le droit à l'égalité de chances et de traitement en matière d'emploi et de profession, sans discrimination fondée sur le sexe. L'article

E de la Charte révisée, prévoit également un principe de non-discrimination qui énonce que : « *La jouissance des droits reconnus dans la présente Charte doit être assurée sans distinction aucune fondée notamment sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'ascendance nationale ou l'origine sociale, la santé, l'appartenance à une minorité nationale, la naissance ou toute autre situation* ».

## L'Union européenne

§24 L'Union européenne dispose d'un arsenal normatif important en matière de lutte contre les discriminations. On peut citer le Traité de Rome qui dès son origine, contient une disposition relative à l'égalité de traitement des citoyens européens<sup>70</sup>. Avec l'arrivée du Traité d'Amsterdam, c'est une avancée considérable qui est faite en matière de discrimination puisqu'il offre à l'Union européenne une nouvelle base de compétence pour adopter des mesures visant à lutter contre les discriminations liées au sexe, à la race ou encore au handicap<sup>7172</sup>.

A la suite du Traité d'Amsterdam, de nombreuses directives ont vu le jour. Parmi celles-ci, l'on retiendra la plus pertinente pour notre exposé, la directive 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<sup>73</sup>. Cette dernière est une application des principes prévus dans le Traité et fournit la base sur laquelle repose la législation fédérale en matière de discrimination<sup>74</sup>. L'article 1er de la directive prévoit qu'en ce qui concerne l'emploi et le travail, les critères protégés contre la discrimination sont : « *la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle* ».

Enfin, au niveau européen, le dernier instrument en date qui consacre le principe d'égalité et de non-discrimination<sup>75</sup> est la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>76</sup>. Les articles 20 et 21 de ladite Charte, énumèrent les critères sur la base desquels toute discrimination est interdite. Il s'agit notamment « *du sexe, de la race, de la couleur, des origines ethniques ou sociales, des caractéristiques génétiques, de la langue, de la religion ou des convictions, des opinions politiques ou de toute autre opinion, de l'appartenance à une minorité nationale, de la fortune, de la naissance, du handicap, de l'âge ou de l'orientation sexuelle* »<sup>77</sup>. Le principe général d'égalité énoncé à l'article 20, est renforcé par l'article 23 qui prévoit spécifiquement l'égalité de genre dans tous les domaines, y compris en matière d'emploi, de travail et de rémunération<sup>78</sup>.

§25 L'on remarque que le terme « apparence physique » ne figure dans aucun des textes susmentionnés. Néanmoins, il convient de relever que parmi ces instruments, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme, la Charte sociale européenne et la

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne commencent l'énumération des critères protégés par l'adverbe « notamment ». Ceci laisse entendre qu'ils consacrent une liste ouverte de critères protégés, ce qui signifie que théoriquement, d'autres critères (y compris celui de l'apparence physique) pourraient y être admis. À ce titre, rappelons que la Cour européenne des droits de l'homme a déjà admis que l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme contient une liste non exhaustive et a par ailleurs déjà appliqué cet article à certains critères non contenus dans cette liste. Dès lors, la Cour pourrait très bien faire entrer des différences de traitement fondées sur l'apparence physique, dans le champ d'application de l'article 14.

## Le droit belge

### Les sources nationales

#### La Constitution belge

§26 Au niveau national, la Constitution énonce en ses articles 10 et 11 un principe général d'égalité et de non-discrimination. Depuis l'extension de compétences de la Cour constitutionnelle en 1989, ces articles ont réellement acquis leur effectivité. En effet la Cour, dès ses premiers arrêts<sup>79</sup>, a affirmé que l'égalité de traitement et de non-discrimination avait une portée générale et reconnu que ce principe s'appliquait à toutes les libertés reconnues dans la Constitution. Par ailleurs, la Cour de cassation a considéré que ces articles étaient d'ordre public<sup>80</sup>.

#### Les lois du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination

§27 Longtemps perçue comme relevant d'une matière résiduaire détenue par l'autorité fédérale<sup>81</sup>, dans le domaine des droits fondamentaux, la lutte contre la discrimination s'analyse aujourd'hui comme une compétence partagée entre l'État, les Communautés et les Régions<sup>82</sup>. Trois lois de transposition des directives européennes ont été adoptées au niveau fédéral<sup>83</sup>. Deux d'entre elles sont plus particulières, car l'une traite la question du genre et l'autre, celle du racisme<sup>84</sup>. Toutefois, la principale loi qui nous intéresse et que nous examinerons plus en détail dans la sous-section suivante, est celle du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination<sup>85</sup>. Cette loi entend protéger les individus ou groupes d'individus des discriminations fondées sur un certain nombre de critères qui seront énumérés plus loin.

§28 Les entités fédérées ont également transposé les directives européennes, dans les matières relevant de leurs compétences respectives. Elles ont donc adopté des

législations propres relatives à la lutte contre les discriminations, pour garantir l'égalité de traitement dans les matières pour lesquelles elles sont compétentes. Néanmoins, comme dit précédemment, notre étude se focalisera sur la législation fédérale en matière de discrimination ; dès lors, nous nous limiterons simplement à énumérer les différentes normes des entités fédérées en matière de discrimination et spécifiquement dans le domaine de l'emploi. Région wallonne : décret du 6 novembre 2008<sup>86</sup> relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination créant un cadre général pour la lutte contre les discriminations. Communauté française : décret du 12 décembre 2008 relatif à la lutte contre certaines formes de discriminations. Commission communautaire française : un décret du 22 mars 2007 relatif à l'égalité de traitement entre les personnes dans la formation professionnelle ainsi qu'un décret du 9 juillet 2010 relatif à la lutte contre certaines formes de discrimination et la mise en œuvre du principe d'égalité de traitement<sup>87</sup>. Communauté germanophone : décret du 19 mars 2012, visant à lutter contre certaines formes de discrimination<sup>88</sup>. Communauté flamande : plusieurs décrets, dont celui du 10 juillet 2008<sup>89</sup> portant le cadre de la politique flamande de l'égalité des chances et de traitement. Région de Bruxelles-Capitale : ordonnance du 4 septembre 2008<sup>90</sup> relative à la lutte contre la discrimination et à l'égalité de traitement en matière d'emploi. Il convient de noter que, la Région de Bruxelles-Capitale a récemment adopté une ordonnance du 16 novembre 2017<sup>91</sup> visant à lutter contre les discriminations en matière d'emploi. Celle-ci apporte les dernières modifications en date à l'ordonnance du 4 septembre 2008, mais surtout une innovation en ce qu'elle met en place deux types de tests de discrimination : le test de situation et l'appel mystère, destinés à mettre en lumière des faits permettant de présumer l'existence d'une discrimination et qui ne sont pas prévus par la législation fédérale anti-discrimination (voir *infra*).

## Les conventions collectives de travail

§29 Le Conseil national du travail contribue aussi à la lutte contre les discriminations au travail, puisque les principes d'égalité de traitement et d'interdiction de toute discrimination sont repris dans deux conventions collectives de travail, conclues en son sein et rendues obligatoires le 11 janvier 2009 par arrêtés royaux<sup>92</sup>. Ces deux conventions consacrent le principe d'égalité de traitement au cours de la procédure de recrutement et *durant toutes les phases de la relation de travail*.

§30 La première est la convention collective de travail n°95 du 10 octobre 2008 concernant l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail<sup>93</sup>. Celle-ci énonce en son article 2 que « le principe d'égalité de traitement » en matière d'emploi et de travail doit être entendu comme : l'absence de toute discrimination fondée sur l'âge, le sexe ou l'orientation sexuelle, l'état civil, le passé médical, la race, la couleur, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique,

les convictions politiques ou philosophiques, le handicap, l'affiliation à une organisation syndicale ou à une autre organisation ». L'article 3 ajoute que le principe doit être respecté durant toute la relation de travail, à savoir la relation qui inclut l'emploi, les conditions d'accès à l'emploi, les conditions de travail et les réglementations de licenciement.

§31 La seconde est la convention collective de travail n°38 *sexies* du 10 octobre 2008<sup>94</sup>, portant modification de la convention n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs. L'article 2*bis*<sup>95</sup> de cette convention, renvoie expressément pour l'aspect égalité de traitement et non-discrimination, à *la convention collective de travail n°95*. Annexé à cette convention collective de travail n°38 *sexies* figure un code de conduite relatif à l'égalité de traitement lors du recrutement et la sélection des travailleurs. La convention n°38 interdit la distinction entre les candidats sur la base d'éléments personnels, lorsque ceux-ci ne présentent aucun rapport avec la fonction ou la nature de l'entreprise. Les deux conventions sont conclues pour une durée indéterminée<sup>96</sup>.

Ces deux conventions font suite à l'accord interprofessionnel 2007-2008, dans lequel les partenaires sociaux s'étaient engagés à promouvoir la diversité et à appliquer le principe de l'égalité de traitement durant toutes les phases de la relation de travail<sup>97</sup>. Cet engagement contribue donc à la lutte contre la discrimination dans la phase du recrutement.

## Le principe de non-discrimination en matière d'emploi au regard de la loi anti-discrimination du 10 mai 2007

§32 Le présent travail ne se propose pas d'analyser en profondeur tout le dispositif de la loi anti-discrimination. Dès lors dans cette section, nous nous limiterons à aborder brièvement les éléments de cette loi qui nous semblent indispensables au bon développement de notre réflexion et nous renvoyons à divers auteurs<sup>98</sup> pour une analyse plus détaillée de la loi. Ensuite, nous nous consacrerons plus longuement à la disposition qui consacre la notion d'« *exigences professionnelles essentielles et déterminantes* », notion centrale dans le cadre de notre travail. Enfin, seront très brièvement évoqués les sanctions et le système probatoire.

### Champ d'application

§33 La loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination<sup>99</sup>, dénommée « la loi anti-discrimination » a remplacé la loi du 25 février 2003<sup>100</sup>. Elle trouve son origine dans deux directives : celle du 29 juin 2000<sup>101</sup> et celle du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi<sup>102103</sup>.

L'article 5 §1er de la loi<sup>104</sup> prévoit un champ d'application très large et conforme à la directive 2000/78/CE. Le second paragraphe du même article délimite ensuite le champ d'application relatif aux relations de travail, en visant notamment *les conditions d'accès au travail, les critères de sélection et les critères de recrutement* utilisés dans le processus de recrutement, les conditions d'emploi et de travail ainsi que les conditions de licenciement.

## Les discriminations prohibées et les différences de traitement autorisées

### Les critères protégés : liste fermée

§34 Lors de l'adoption de la loi anti-discrimination du 10 mai 2007, le législateur fédéral a réaffirmé son choix pour un système d'une « liste fermée » de motifs de discrimination, c'est-à-dire une liste limitative de critères protégés sur la base desquels une différence de traitement est *a priori* suspecte<sup>105</sup>. La loi anti-discrimination énonce les différents critères en considération desquels l'on pourra conclure à l'existence d'une discrimination prohibée. Ces critères dit « protégés » sont : l'âge, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, la fortune, la conviction religieuse ou philosophique, la conviction politique, la conviction syndicale, la langue, l'état de santé actuel ou futur, un handicap, une *caractéristique physique ou génétique*, l'origine sociale<sup>106</sup>. Cette loi considère également comme discrimination, l'injonction de discriminer<sup>107</sup>.

Concernant le choix de cette liste fermée, la Cour constitutionnelle a précisé que si le fait qu'un motif de discrimination ne figure pas dans la liste avait pour effet que la protection offerte par les lois attaquées ne s'appliquait pas, cela ne signifiait pas pour autant que les victimes d'une discrimination fondée sur un tel motif étaient privées de toute protection. En droit commun, tout traitement inégal dans les rapports entre les citoyens auquel aucune justification ne peut être donnée constitue une discrimination et dès lors un comportement fautif qui peut donner lieu à une sanction civile, notamment à une indemnisation<sup>108</sup>.

### Les différences de traitement autorisées

§35 La loi anti-discrimination prévoit, dans des circonstances très limitées, la possibilité d'opérer une différence de traitement sur la base d'un des critères protégés. La loi du 25 février 2003 mentionnait déjà cette possibilité en précisant qu'une différence de traitement était possible, pour autant que celle-ci reposât sur une « *justification objective et raisonnable* ». Néanmoins, la loi ne précisait pas la portée assignée à ces termes susceptibles de légitimer un comportement *a priori* constitutif d'une discrimination directe. Dès lors, ces notions non définies étaient laissées à l'appréciation du juge<sup>109</sup>. La loi anti-discrimination dispose désormais,

dans ses articles 7 et 9, que toute différence de traitement est interdite, sauf si elle est *justifiée de manière objective par un but légitime* et pour lequel les moyens de l'atteindre sont appropriés et nécessaires<sup>110</sup>.

## *Les justifications « objectives » en matière d'emploi : les exigences professionnelles essentielles et déterminantes*

§36 En matière de relations de travail et dans le cadre de l'accès à l'emploi, tant la loi anti-discrimination<sup>111</sup> que la directive 2000/78/CE<sup>112</sup> permettent une différence de traitement lorsque celle-ci repose sur une exigence professionnelle essentielle et déterminante.

Tout d'abord, l'article 4, paragraphe 1er de la directive 2000/78/CE dispose que : *« les États membres peuvent prévoir qu'une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à l'un des motifs précités ne constitue pas une discrimination lorsque, 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 »*<sup>113</sup>.

Le 1er paragraphe de l'article 8 de la loi anti discrimination dispose quant à lui qu'*« en matière de relations de travail, une distinction directe fondée sur l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique, ou un handicap, peut uniquement être justifiée par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes »*<sup>114</sup>. Partant le législateur instaure une hiérarchie entre les différents critères protégés afin de diminuer davantage la possibilité pour l'employeur de justifier une distinction quand celle-ci touche l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou le handicap. Pour ces critères, l'employeur ne pourra justifier une distinction que par des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, tout en démontrant que celles-ci reposent sur un objectif légitime et sont proportionnelles à l'objectif poursuivi. Le second paragraphe précise, pour sa part, les cas dans lesquels il y a lieu de parler d'exigence professionnelle essentielle et déterminante : *« Il ne peut être question d'une exigence professionnelle essentielle et déterminante que lorsque : une caractéristique déterminée, liée à l'âge, l'orientation sexuelle, la conviction religieuse ou philosophique ou à un handicap est essentielle et déterminante en raison de la nature des activités professionnelles spécifiques concernées ou du contexte dans lequel celles-ci sont exécutées et ; l'exigence repose sur un objectif légitime et est proportionnée par rapport à celui-ci. »*<sup>115</sup>.

§37 L'article 8, paragraphe 4 de la loi anti-discrimination prévoit également qu'un arrêté royal introduise une liste non exhaustive afin de reconnaître les situations dans lesquelles est requise une *exigence professionnelle essentielle et*

déterminante. Cependant, à l'heure actuelle, un tel arrêté royal fait toujours défaut.

Néanmoins, il convient de préciser qu'une liste prévoyant de telles exceptions existe en ce qui concerne la loi « genre »<sup>116</sup>. En effet, cette liste avait été instaurée par un arrêté royal du 8 février 1979 fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle, adopté sur la base de l'article 122 de la loi du 4 août 1978. L'article 1er de cet arrêté royal prévoit que : « *Dans les conditions d'accès à un emploi ou à une activité professionnelle pour lesquels le sexe constitue une condition déterminante, il peut être fait mention du sexe dans les seuls cas énumérés ci-après : les personnes qui exercent les emplois ou activités professionnelles : - d'acteur, actrice, chanteur, chanteuse, danseur, danseuse et d'artiste appelé à jouer un rôle de personnage masculin ou féminin ; - de mannequin qui doit revêtir des vêtements en vue de les présenter ; - de modèle pour les peintres, sculpteurs, photographes, instituts de beauté.* ». En l'absence d'un arrêté royal exécutant l'article 13§3 de la loi genre et faute d'abrogation de l'ancien texte, celui-ci demeure toujours en vigueur bien qu'il ne trouve plus de base légale<sup>117</sup>.

§38 Les textes précités ne fournissent donc pas de définition de la notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Toutefois l'article 13 de la loi anti-discrimination, qui transpose l'article 4, §2 de la directive 2000/78/CE comporte d'utiles indications sur un aspect particulier de cette notion, celui des « entreprises de tendance » : « *Dans le cas des activités professionnelles des organisations publiques et privées, dont le fondement repose sur la conviction religieuse ou philosophique, une distinction directe fondée sur la conviction religieuse ou philosophique ne constitue pas une discrimination lorsque, en raison de la nature des activités ou du contexte dans lequel celles-ci sont exercées, la conviction religieuse ou philosophique constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée au regard du fondement de l'organisation . Sur la base de cette disposition, aucune autre distinction directe fondée sur un autre critère protégé ne peut être justifié, à moins qu'elle le soit en application d'une autre disposition du présent titre* ».

§39 Dans un arrêt extrêmement récent du 17 avril 2018, la Cour de justice de l'Union européenne<sup>118</sup> s'est prononcée sur l'interprétation qu'il y a lieu de donner à l'article 4 §2 de la directive 2000/78/CE (ci-après « l'article 4 §2 »). Par son arrêt, la Cour a considéré que : « *l'article 4 §2 doit être interprété en ce sens qu'un employeur (en l'espèce, une Église), ne peut décider lui-même de manière contraignante que l'appartenance d'un candidat à une religion spécifique constitue, de par la nature de l'activité ou par le contexte dans lequel elle est exercée, une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à son éthique* ».

De plus, la Cour indique le raisonnement à suivre par la juridiction nationale, afin d'apprécier la notion d'exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée par la nature des activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, eu égard à l'éthique de l'organisation. Selon la Cour, la juridiction nationale doit tenir compte des éléments suivants : « 1) le droit des organisations religieuses à l'autonomie et à l'autodétermination est un droit fondamental reconnu et protégé par le droit de l'Union (...). L'article 4 §2, de la directive 2000/78, (...), doit être interprété conformément à ce droit fondamental ; 2) l'article 4 §2, de la directive 2000/78 laisse aux États membres une importante marge d'appréciation, qui n'est toutefois pas sans limites, quant aux activités professionnelles pour lesquelles la religion ou les convictions constituent, par la nature de ces activités ou par le contexte dans lequel elles sont exercées, une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée ; 3) la référence aux « dispositions et principes constitutionnels des États membres », qui figure au 1er alinéa de l'article 4 §2, de la directive 2000/78, signifie, (...), que la directive 2000/78 doit être mise en œuvre de manière à respecter et à ne pas préjuger le modèle retenu par les différents États membres pour organiser les relations entre les églises et associations ou communautés religieuses et l'État ; 4) le terme « justifiée », figurant à l'article 4 §2 de la directive 2000/78, nécessite d'analyser la question de savoir si les exigences professionnelles à l'origine d'une discrimination directe en raison de la religion ou des convictions sont suffisamment adaptées à la protection du droit de la défenderesse à l'autonomie et à l'autodétermination, c'est-à-dire appropriées aux fins de la réalisation de cet objectif ; 5) les termes « essentielle, légitime » impliquent d'analyser la question de la proximité des activités en question avec la mission de proclamation de la défenderesse ; 6) conformément à l'exigence du respect des « principes généraux du droit », mentionnée à l'article 4 § 2, de la directive 2000/78, (...), lorsqu'il s'agit de déterminer si l'exercice du droit d'une organisation religieuse à l'autonomie et à l'autodétermination produit des effets disproportionnés à l'égard d'autres droits protégés par la Convention européenne des droits de l'homme, l'impact, en termes de proportionnalité, sur l'objectif légitime d'assurer l'effet utile de l'interdiction des discriminations en raison de la religion et des convictions au sens de la directive 2000/78, doit être mis en balance avec le droit de la défenderesse à l'autonomie et à l'autodétermination, en tenant dûment compte de ce que l'article 3 de la directive 2000/78 ne fait aucune distinction entre le recrutement et le licenciement ».

En conclusion, ces indications laissent subsister l'incertitude quant à la portée exacte de cette « exigence professionnelle essentielle et déterminante » et cette controverse sera du ressort exclusif du juge, puisque tant la loi anti-discrimination<sup>119</sup>, que la Cour de justice dans l'arrêt précité, précisent que l'appréciation de cette exigence doit être effectuée par le juge, au cas par cas.

La limite d'âge (maximal) au recrutement est-elle une

## exigence professionnelle essentielle et déterminante ?

§40 Les employeurs imposent souvent une limite d'âge maximal pour l'accès à certains emplois, dès lors l'on peut se poser la question de savoir si ces limites peuvent être justifiées ou si elles constituent une discrimination à l'embauche.

Dans un arrêt *Wolf*<sup>120</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué le raisonnement à suivre pour déterminer si une différence de traitement fondée sur une caractéristique liée à un critère de discrimination prohibée peut être justifiée au regard de la notion d'« *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » tel que prévue par l'article 4§1 de la directive 2000/78/CE. Selon la Cour, il convient de vérifier successivement trois éléments. D'abord, la légitimité de l'objectif poursuivi par l'employeur ; ensuite, l'existence d'une exigence professionnelle réellement essentielle et déterminante au regard de cet objectif et du poste concerné ; et enfin, la proportionnalité de la mesure discriminatoire par rapport à l'objectif poursuivi : cela suppose de vérifier que cet objectif ne peut pas être atteint autrement que par la mise en œuvre de la mesure discriminatoire. En l'espèce<sup>121</sup>, la question débattue concernait l'âge maximal d'accès à certains emplois et la Cour a validé la condition de 30 ans imposée aux pompiers d'un Land allemand.

Interrogée à plusieurs reprises sur la question, la Cour n'a cependant pas eu une position constante. Ainsi par exemple, dans l'arrêt *Vital Pérez* du 13 novembre 2014<sup>122</sup>, la Cour a estimé que la limite d'âge de 30 ans imposée aux agents d'une police locale était dépourvue de justification, alors que dans un arrêt *Salaberria Sorondo* du 15 novembre 2016<sup>123</sup>, elle a estimé que la limite d'âge de 35 ans imposée aux candidats aux postes d'agents d'un corps de police qui assurent l'ensemble des fonctions opérationnelles ou exécutives incombant à celui-ci, était justifié à l'égard des dispositions pertinentes de la directive 2000/78/CE.

§41 Dernièrement, dans un arrêt n°239.217<sup>124</sup>, le Conseil d'État de Belgique s'est prononcé dans une affaire où un candidat à l'embauche au poste d'« ouvrier de propreté publique » auprès de l'Agence régionale « Bruxelles-Propreté » avait été évincé parce qu'il avait dépassé la limite d'âge maximale de 35 ans pour le recrutement dans la fonction en cause. Cette limitation est prévue à l'annexe de l'arrêté de gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale « fixant le règlement du personnel de Bruxelles-Propreté » daté du 29 octobre 2011. L'intéressé considérait cette limitation comme discriminatoire et invitait le Conseil d'État à annuler cette décision fondée sur un règlement illégal. En l'espèce, la législation applicable<sup>125</sup> est l'ordonnance du 4 septembre 2008, citée *supra*, qui  *transpose la directive 2000/78/CE. Se basant sur la note au gouvernement bruxellois relative à la modification la plus récente de l'annexe de l'arrêté du 29 octobre 2011 qui en infère la nécessité de l'âge maximal de 35 ans, ainsi qu'à la description de la*

*fonction que donnait le règlement du concours, laquelle souligne les exigences physiques du travail d'éboueur, le Conseil d'État a conclu que la fixation d'un âge maximal dans la fonction considérée était un moyen approprié et nécessaire pour atteindre un objectif légitime et a rejeté la requête en annulation de la décision en cause. Le Conseil d'État a donc estimé que la limitation en question constituait bien une exigence essentielle et déterminante de la fonction en cause et, dès lors, considéré implicitement qu'il n'y avait pas de discrimination en l'espèce.*

Amené à commenter cet arrêt, le professeur Jean Jacqmain<sup>126127</sup>, relève pourtant que la dispersion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, évoquée *supra*, suggère qu'avant de confronter lui-même la disposition réglementaire contestée à celle de l'ordonnance bruxelloise, le Conseil d'État aurait dû consulter la Cour par une question préjudicielle, sur l'application du prescrit communautaire au cas d'espèce.

## Les requêtes de la clientèle sont-elles des exigences professionnelles essentielles et déterminantes ?

§42 Les employeurs invoquent régulièrement les requêtes de la clientèle pour justifier des discriminations à l'embauche. En 2008, la Cour de justice de l'Union européenne a été interrogée au sujet d'une affaire dans laquelle un employeur avait publiquement affirmé refuser d'embaucher des personnes d'origine étrangère en raison du fait que ses clients n'apprécieraient pas leur contact. En l'espèce, la Cour a estimé que la discrimination était constituée du seul fait de cette déclaration<sup>128</sup>.

§43 Plus récemment, en 2017, la Cour de justice de l'Union européenne a eu à se prononcer dans une affaire<sup>129</sup> qui ne concernait pas spécifiquement l'embauche, mais dans laquelle les requêtes de la clientèle étaient invoquées pour justifier un licenciement. En l'espèce, la Cour avait été saisie d'une question préjudicielle par la Cour de cassation française. Les faits de l'affaire en question peuvent se résumer comme suit. Une salariée s'était rendue dans le cadre de ses fonctions, mais exceptionnellement, chez un des clients de la société pour laquelle elle travaillait. Après son intervention, le client avait écrit à l'employeur de cette dernière pour lui faire part de sa volonté de ne plus voir chez lui cette dame portant un foulard islamique. Suite à cela, l'employeur avait demandé à l'intéressée d'enlever son voile dans le cadre de son travail. Ayant refusé de se découvrir, elle avait été licenciée. La travailleuse estimait avoir fait l'objet d'une discrimination pour motif religieux. L'employeur invoquait l'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » (selon lui, la volonté de son client) pour justifier le licenciement. Partant, la Cour de cassation française demanda à la Cour de justice de l'Union européenne si la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client constitue une exigence professionnelle essentielle

et déterminante au sens de de l'article 4, paragraphe 1er, de la directive 2000/78/CE.

§44 Selon la Cour de justice de l'Union européenne, la notion d'« *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » au sens de l'article en question, renvoie à une exigence objectivement dictée par la nature ou les conditions d'exercice de l'activité professionnelle en cause. Dès lors, la Cour onsidère que cette notion ne saurait couvrir des considérations subjectives, telles que la volonté de l'employeur de tenir compte des souhaits particuliers du client. La Cour en conclut que l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2000/78/CE, doit être interprété en ce sens que « *la volonté d'un employeur de tenir compte des souhaits d'un client ne saurait être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante au sens de cette disposition* ».

Il résulte de cet arrêt, que les exigences (discriminatoires) d'un client, ne constituent pas une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » et les employeurs ne peuvent donc pas se retrancher derrière ces exigences supposées de la clientèle, pour justifier les discriminations qu'ils commettraient. Ainsi, par exemple, la couleur de peau ne pourrait être considérée comme une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* » admissible dans le chef d'un restaurateur à la recherche d'un garçon de salle, qui souhaiterait uniquement satisfaire, par cette exigence, une clientèle raciste<sup>130</sup>.

## Exigences professionnelles essentielles et déterminantes communément admises

§45 Malgré l'absence d'une définition claire et non équivoque de cette « *exigence professionnelle essentielle* », il y a des cas où les exigences requises pour l'emploi peuvent raisonnablement être considérées comme telles. La sécurité est souvent citée comme objectif légitime, non seulement dans l'entreprise mais également à l'égard de tiers<sup>131</sup>. Ainsi, l'exigence d'une bonne vue pour un conducteur de bus est une exigence essentielle et déterminante, et constitue un but légitime de non-recrutement ou de licenciement exempts de discrimination<sup>132</sup>. Il en va de même pour une infirmière qui ne peut plus soulever ou porter du matériel en raison de problèmes de dos récurrents car elle mettrait en danger la sécurité des patients dans la mesure où elle devrait les aider dans leurs déplacements<sup>133</sup>. De même, il est évident que la couleur de peau pourra être considérée comme une exigence professionnelle essentielle dans le cadre du recrutement d'un acteur pour jouer le rôle de Martin Luther King<sup>134</sup>.

## Les sanctions

§46 La loi du 10 mai 2007 prévoit des sanctions pour les personnes qui se rendent

coupables de discrimination. Plus particulièrement, dans le domaine des relations de travail, l'article 17 §1<sup>135</sup> prévoit une protection de l'emploi du travailleur, afin de s'assurer que celui-ci ne ressente pas une crainte d'être éjecté de son emploi à la suite de sa plainte ; en outre, la loi étend cette protection contre les représailles aux témoins d'actes discriminatoires dans le domaine de l'emploi<sup>136</sup>. La loi comporte un système particulier de dommages et intérêts, puisqu'un dédommagement forfaitaire est prévu, avec la possibilité d'introduire cette demande d'indemnisation à la suite d'une action en cessation<sup>137</sup>.

En outre, il convient de préciser qu'en cas de discriminations multiples<sup>138</sup> se pose parfois la question de la possibilité de cumuler ces indemnités avec celles prévues par la loi « genre », par exemple. Ce cumul n'est ni interdit ni expressément autorisé en droit interne et en droit européen, néanmoins il semble qu'une majorité de la doctrine reconnaisse cette possibilité de cumuler des indemnités spéciales dès lors qu'elles ont des causes différentes<sup>139</sup>. Dans une décision récente du 11 août 2017<sup>140</sup>, où il était question d'une discrimination à l'embauche à la fois en raison du sexe et de l'âge du candidat, le tribunal du travail de Liège a récemment confirmé cette possibilité de cumuler ces indemnités avec celles prévues par la loi « genre ».

## La charge et les modes de preuve en matière de discrimination

### Un partage de la charge de la preuve

§47 Généralement, les auteurs de discrimination n'agissent pas de manière explicite. Afin de pallier ce problème récurrent de la preuve de la discrimination, la loi anti-discrimination a mis en place un mécanisme de partage (et non de renversement) de la charge de la preuve. L'article 28 § 1er expose ce mécanisme : « *Lorsqu'une personne qui s'estime victime d'une discrimination, le Centre ou l'un des groupements d'intérêts invoque devant la juridiction compétente des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination fondée sur l'un des critères protégés, il incombe au défendeur de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination* »<sup>141</sup>. Dès lors, la personne qui se prétend victime d'une discrimination ne doit pas en apporter la preuve définitive, formelle et complète, mais il lui suffit d'apporter un début de preuve permettant de présumer l'existence d'une discrimination<sup>142</sup> et c'est donc à la partie défenderesse qu'il convient de prouver l'absence de discrimination ou que son comportement était justifié de façon objective et raisonnable.

### Différents modes de preuves

§48 La loi anti-discrimination met à disposition des victimes de nombreux modes de preuve. Tout d'abord, les modes traditionnels tels que l'aveu, l'écrit ou le témoignage s'appliquent également aux affaires qui traitent de la discrimination. Cependant, ceux-ci laissent paraître des limites à ne pas négliger, dès lors qu'ils présentent souvent des carences pour permettre à la victime d'établir les faits de manière décisive<sup>143</sup>. Concernant l'aveu et l'écrit, leur efficacité est mise en doute, car il est extrêmement rare que quelqu'un admette être l'auteur d'une discrimination<sup>144</sup>, et tout aussi rare qu'il laisse des traces écrites de son comportement<sup>145</sup>. Pour ce qui est du témoignage, bien qu'il paraisse le mode de preuve le plus couramment utilisé, son efficacité semble tout aussi douteuse que celle des modes précédents, si pas plus. La raison principale : la victime peut avoir subi une discrimination en l'absence de tout témoin ou en présence de personnes qui ne souhaitent pas témoigner<sup>146</sup>.

Afin de pallier les difficultés de prouver la discrimination, le législateur a aussi mis en place toute une série d'autres mécanismes de preuves. Le premier d'entre eux, le test de situation (dit *testing*), avait été introduit en droit belge en 2003 par l'article 19, §3 de la loi anti-discrimination afin de faciliter la preuve des discriminations indirectes<sup>147</sup>. Mais suite aux nombreuses critiques dont il avait fait l'objet, le législateur belge a choisi en 2007<sup>148</sup> de faire disparaître de la loi anti-discrimination toute référence au test de situation, remplacé par les tests de comparabilité et de récurrence<sup>149</sup>. Le test de comparabilité vise à démontrer qu'une personne de référence, comparable à la victime sauf en ce qui concerne le critère protégé, a fait l'objet d'un traitement plus favorable que celle-ci, tandis que le test de récurrence consiste à prouver que des personnes présentant le même critère protégé ont subi le même traitement défavorable que la victime<sup>150</sup>. Néanmoins, bien qu'il ne soit plus cité expressément par la loi, le *testing* reste un outil parfaitement licite au regard de notre droit national, dont il reviendra au juge d'apprécier la fiabilité dans chaque cas d'espèce<sup>151</sup>. Enfin, la loi anti-discrimination prévoit que l'emploi de données statistiques permet de présumer l'existence d'une discrimination indirecte<sup>152</sup>.

## Le droit français

### Le principe

§49 Comme en Belgique, en France aussi le principe de non-discrimination a une valeur constitutionnelle<sup>153</sup>. De plus, ce principe est également consacré par le Code pénal et le Code du travail français.

L'article 225-1 du Code pénal définit ainsi le concept de discrimination en droit français : « *Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur*

*situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée »<sup>154</sup>.*

En matière d'emploi et plus particulièrement d'embauche, l'article L1132-1 du Code du travail énonce que : « *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, (...), notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion 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 identité de genre, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de la particulière vulnérabilité résultant de sa situation économique, apparente ou connue de son auteur, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une prétendue race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille, de son lieu de résidence ou de sa domiciliation bancaire, ou en raison de son état de santé, de sa perte d'autonomie ou de son handicap, de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français »<sup>155</sup>.*

## Les exceptions

§50 Notre objectif n'est pas de détailler ici en profondeur toute la législation française pertinente, mais nous souhaitons souligner que les exceptions possibles sont similaires à celles que prévoit la législation belge anti-discrimination.

En effet, une loi du 27 mai 2008<sup>156</sup> a transposé en droit français la possibilité de déroger à la prohibition des discriminations en introduisant dans le Code du travail un article L.1133-1 qui prévoit que « *l'article L.1132-1 (prohibant les discriminations) ne constitue pas un 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* ». De plus, l'article 225-3 du Code pénal français précise que les discriminations à l'embauche fondées sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, ne sont pas réprimées

« lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ». Enfin, comme la loi belge, la loi française ne précise pas les éléments de nature à constituer une telle exigence et ne prévoit aucune liste d'activités spécifiques nommément désignées qui pourraient justifier des différences de traitement.

Néanmoins, l'article R.1142-1<sup>157</sup> du Code du travail prévoit une liste de métiers (artistes, mannequins et modèles) pour lesquels un employeur peut prendre en compte le sexe des candidats lors de l'embauche. Il convient de préciser que, dans sa décision cadre du 12 février 2016 (voir *infra*), le Défenseur des droits estime que, cette disposition étant antérieure à l'introduction de l'article L.1133-1, cette liste ne peut plus être considérée comme limitative<sup>158</sup>.

Quant au mécanisme de la preuve, celui-ci est similaire à ce que prévoit le législateur belge. En effet, l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée et l'article L.1134-1 du Code du travail français prévoient un aménagement de la charge de la preuve.

# Les organismes chargés de lutter contre les discriminations

## En Belgique : Unia

§51 Le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme (ci-après dénommé « le Centre ») a été créé par la loi du 15 février 1993. Le 12 juin 2013, le Gouvernement fédéral, les Régions et les Communautés ont signé un accord de coopération<sup>159</sup> visant à transformer le Centre en une institution interfédérale de lutte contre les discriminations<sup>160</sup>.

À cette occasion, deux nouveaux organismes ont hérité de ses compétences et le Centre (dénommé Unia depuis le 22 février 2016), s'est vu confier la lutte contre les discriminations et la promotion de l'égalité des chances. Les missions en matière d'analyse des migrations, de droits fondamentaux des étrangers et de traite des êtres humains ont été confiées à une institution séparée et fédérale : le Centre fédéral Migration<sup>161</sup>, dénommé Myria depuis le 3 septembre 2015.

L'article 3 §1 de l'accord de coopération dispose que le Centre (Unia) a pour missions : « *de promouvoir l'égalité des chances prenant en considération la diversité dans notre société et de combattre toute forme de discriminations, de distinction, d'exclusion, de restriction, d'exploitation ou de préférence fondée sur une prétendue race, la couleur de peau, l'ascendance, la nationalité, l'origine nationale ou ethnique, l'orientation sexuelle, l'état civil, l'origine sociale, la naissance, la fortune, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé, la conviction politique ou la conviction syndicale, un handicap, une caractéristique physique ou génétique; et « de remplir les tâches prévues dans l'article 33, § 2, de la Convention des Nations Unies du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées »*. De plus, l'article 3 §3 précise que : « *le Centre exerce ses missions en toute indépendance, conformément aux Principes de Paris tels qu'ils figurent à l'annexe de la résolution 48/138 de l'Assemblée générale des Nations Unies du 20 décembre 1993* ».

Au niveau fédéral, l'article 43 de la loi anti-discrimination dispose qu'Unia a pour mission de promouvoir l'égalité des chances et de combattre toute forme de distinction, d'exclusion, de restriction ou de préférence fondée sur les mêmes critères que ceux prévus par l'article 3§1 de l'accord précité.

Il ressort de ces deux articles que sur les 19 critères protégés par les lois anti-discrimination, Unia n'est compétent que pour 17 d'entre eux. En effet, le critère du sexe est confié à un organisme spécifique compétent pour les questions d'égalité entre les femmes et les hommes et les discrimination liées au sexe (y compris des personnes transgenres), l'Institut pour l'égalité des femmes et des

hommes<sup>162</sup>. Tandis que pour le critère de la langue, aucun organisme public n'a reçu de compétence spécifique.

Unia a pour mission de soutenir les citoyens qui subissent une discrimination. Lorsqu'une personne s'estime victime d'une discrimination ou est témoin d'une discrimination, sur la base d'un des critères pour lesquels Unia est compétent, elle peut s'adresser à Unia. En effet, en vertu de l'article 6§2 de l'accord de coopération, Unia est habilité à recevoir des signalements, à les traiter et à accomplir toute mission de conciliation ou de médiation qu'il juge utile. Si une solution négociée n'est pas trouvée, il peut avec l'accord de la personne<sup>163</sup> qui s'estime être victime de discrimination, introduire une action en justice ou y participer<sup>164</sup>. Unia organise également des campagnes d'information et de sensibilisation. Par ailleurs, il émet avis et recommandations aux organisations et aux autorités.

Enfin, en vertu des articles 4 et 5 de l'accord de coopération, Unia est habilité à effectuer toutes les études et recherches nécessaires à l'accomplissement de ses missions ainsi qu'à adresser des avis et recommandations indépendants à tout pouvoir public ou organisme privé ou personne privée sur la base des résultats de ces études et recherches.

## En France : le Défenseur des droits

§52 Le Défenseur des droits est une institution indépendante, inscrite dans la Constitution française depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008<sup>165</sup>. Créé par la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011<sup>166</sup>, le Défenseur des droits a succédé à quatre institutions : le Médiateur de la République, le Défenseur des enfants, la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations et pour l'Égalité (Halde) et la Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité<sup>167</sup>. Etant né de la réunion de ses quatre institutions, le Défenseur des droits a donc hérité de diverses compétences et missions, néanmoins nous nous limiterons à celles qui concernent la discrimination.

L'article 4 de la loi organique prévoit que le Défenseur des droits est chargé de « 3° *lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi (...) ainsi que de promouvoir l'égalité* ». L'article 5, 3° prévoit quant à lui que le Défenseur des droits peut être saisi : « *Par toute personne qui s'estime victime d'une discrimination, directe ou indirecte, prohibée par la loi (...), ou par toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits 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 ou avec son accord* ». En outre, cet article prévoit que « *le Défenseur des droits peut se saisir d'office ou être saisi par les ayants droit de la*

*personne dont les droits et libertés sont en cause ».* À cet égard, l'article 8 ajoute que : « *Lorsqu'il se saisit d'office ou lorsqu'il est saisi autrement qu'à l'initiative de la personne s'estimant lésée (...) le Défenseur des droits ne peut intervenir qu'à la condition que cette personne ou, le cas échéant, ses ayants droit ait été avertie et ne se soit pas opposée à son intervention. Toutefois, il peut toujours se saisir des cas lui paraissant mettre en cause l'intérêt supérieur d'un enfant et des cas relatifs à des personnes qui ne sont pas identifiées ou dont il ne peut recueillir l'accord ».*

Le Défenseur des droits peut demander des explications à toute personne physique ou morale mise en cause devant lui et peut à cette occasion entendre toute personne dont le concours lui paraît utile<sup>168</sup>. Si ces demandes ne sont pas suivies d'effet, il peut mettre en demeure les personnes de lui répondre dans un délai qu'il fixe. Et si même la mise en demeure n'est pas suivie d'effet, il peut saisir le juge des référés d'une demande motivée aux fins d'ordonner toute mesure que ce dernier juge utile<sup>169</sup>.

De plus, le Défenseur des droits peut procéder à la résolution amiable des différends portés à sa connaissance, par voie de médiation<sup>170</sup>. Par ailleurs, s'il considère que la réclamation d'une personne qui s'estime victime d'une discrimination appelle une intervention de sa part, il l'assiste dans la constitution de son dossier et l'aide à identifier les procédures adaptées à son cas, y compris lorsque celles-ci incluent une dimension internationale<sup>171</sup>.

Le Défenseur des droits mène toute action de communication et d'information jugée opportune dans ses différents domaines de compétence et peut mener à cet égard des travaux d'étude et de recherche<sup>172</sup>. Enfin, le Défenseur des droits peut, après en avoir informé la personne mise en cause, décider de rendre publics ses avis, recommandations ou décisions, selon des modalités qu'il détermine<sup>173</sup>.

## Apparence physique – Caractéristique physique (ou génétique) : deux concepts équivalents ?

§53 Dans le présent chapitre nous nous concentrerons plus longuement, sur le critère par lequel les législateurs belges et français entendent protéger les individus contre les discriminations à l'embauche basées sur l'apparence physique.

Pour commencer, nous verrons comment ces législateurs définissent leurs critères respectifs, à savoir celui des « caractéristiques physiques ou génétiques » et celui de « l'apparence physique ». Ensuite, nous nous pencherons sur les champs d'application de ces deux critères et tenterons de voir s'ils sont similaires, c'est-à-dire s'ils permettent de recouvrir les mêmes situations et surtout si le critère des « caractéristiques physiques ou génétiques » tel que le définit le législateur belge, permet d'assurer une protection similaire à celle que fournit le critère français. *Dans le cas contraire, nous nous interrogerons sur l'utilité d'insérer ce critère de l'apparence physique dans la liste des critères limitativement énumérés par la législation belge anti-discrimination.* Enfin, nous pourrions dire si malgré l'absence du critère de l'apparence physique dans cette liste, la législation belge protège effectivement contre les discriminations à l'embauche basées sur l'apparence physique. *S'il ressort que la législation belge ne permet pas une telle protection, nous pourrions dire si la reconnaissance de ce critère, en soi, comme en France, apporterait un surplus de protection.*

### Le droit français

#### Définition du critère de l'« apparence physique »

§54 Le critère de l'apparence physique a été introduit dans l'article L.1132-1 du Code du travail français, par la loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations<sup>174</sup>. Il s'insère dans une liste comprise entre 22 (dans l'article 225-1 du Code pénal) et 24 critères (dans l'article L1132-1 du Code du travail). L'utilisation de l'adjectif « *notamment* » par le législateur français dans l'article L/1132-1 donne un caractère simplement énonciatif à la liste et laisse ainsi une grande possibilité d'interprétation au juge<sup>175</sup>. Le législateur français n'a pas précisément défini le terme « apparence physique » mais les débats parlementaires précédant le vote de cette loi ont suggéré que cela recouvrait notamment le poids et la taille des individus<sup>176</sup>. Deux autrices expliquent ce vide juridique par le fait que, selon elles, cette notion résiste à toute forme excessive d'objectivation et d'identification<sup>177</sup>.

§55 Conscient de ce vide juridique, le Défenseur des droits a mis fin aux imprécisions qui entouraient cette notion par une décision cadre du 12 février

2016<sup>178</sup>, où il définit la notion d'apparence physique comme : « *l'ensemble des caractéristiques physiques (taille, poids, etc...) et des attributs (tenue vestimentaires, coiffure...) propres à une personne. Le périmètre du critère de l'apparence physique est large puisqu'on peut y inclure les caractéristiques « inaltérables » qui relèvent de l'apparence corporelle d'une personne (les traits du visage, la couleur de la peau, les stigmates, la taille, la corpulence, ...) et les caractéristiques manipulables ou « modifiables » par une personne, qui constituent l'apparence vestimentaire et le « style » d'une personne (vêtements, coiffure, tatouages, piercings...) ».*

## Origine de l'introduction du critère de l'apparence physique en droit français

§56 Le choix de l'introduction d'un critère dans un système juridique peut avoir plusieurs origines. Selon la professeure Laurence Péru-Pirotte<sup>179</sup>, l'introduction d'un motif parmi la liste des critères protégés peut d'abord être le fruit d'une volonté politique forte pour lutter contre des comportements jugés particulièrement nuisibles à la société, elle peut être rendue obligatoire par l'intermédiaire d'une directive européenne, ou résulter d'une contrainte imposée par une évolution de la société et du *lobbying*. Par ailleurs, elle peut s'appuyer sur des études menées par les sociologues, les juristes, les économistes, les politologues... En outre, une source conventionnelle peut amener le législateur à modifier la liste des critères protégés. Enfin l'introduction d'un critère dans le dispositif de lutte contre les discriminations peut être une réaction « épidermique », non raisonnée, d'un groupe de parlementaires à des faits divers.

§57 La praticienne Véronique van der Plancke<sup>180</sup>, pense quant à elle que le choix d'un critère répond toujours soit à une idée de justice, de groupe (il faut éliminer les discriminations raciales ou à l'égard des femmes par exemple) ou interindividuelle (les personnes ayant des mœurs ou des opinions différentes doivent être respectées de la même façon), soit à un impératif de pertinence, voire de rationalité économique.

§58 Dès lors, face à cette multitude de motivations potentielles, c'est tout naturellement que l'on peut s'interroger sur les raisons qui ont amené le législateur français à ajouter le critère de l'apparence physique à la liste, déjà longue, des critères protégés par le dispositif français de lutte contre les discriminations. Quels ont été les motifs avancés par le législateur français pour introduire ce nouveau critère ? Comment le législateur a-t-il justifié la nécessité de l'ajouter ?

§59 Les seules indications qui permettent d'apporter une réponse à nos nombreuses questions se trouvent dans les déclarations faites par le rapporteur de

l'Assemblée nationale, Monsieur Philippe Vuilque, lors de la discussion de la proposition de loi introduisant ce critère.

Le rapporteur à l'Assemblée nationale<sup>181</sup> relevait des cas particulièrement choquants, tel 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* ». Il relevait encore des annonces requérant un(e) candidat(e) « *pas typé(e)* ». Il poursuivait un peu plus loin : « *on craint la réaction de la clientèle, des usagers, on renonce donc à employer, ou tout au moins dans un endroit visible, un salarié en raison de son origine ou de sa couleur de peau. On demande au salarié à l'état-civil trop « typé » d'adopter dans le milieu professionnel une nouvelle identité plus « française » : pour les clients, Farida devient Fabienne* »<sup>182</sup>. Et d'en induire : « *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 ... il paraît opportun d'étendre la liste des motifs de discrimination (...) à l'apparence physique* »<sup>183</sup>.

§60 A la lecture de ce rapport, l'on remarque que le législateur français ne semble pas avoir longuement justifié son choix. C'est d'ailleurs ce qui fait dire à Péru-Pirotte, que de toutes les justifications susceptibles d'être apportées par un législateur pour appuyer son choix d'introduire un nouveau critère à la liste des critères protégés, le législateur français semble avoir choisi la moins rigoureuse. Selon elle, l'introduction du critère de l'apparence physique dans le dispositif français de lutte contre les discriminations est donc une réaction « *épidermique* », non raisonnée d'un groupe de parlementaires à des faits divers...<sup>184</sup>.

Nous partageons son avis, en ce que les justifications du législateur français à l'appui de son choix nous paraissent pour le moins courtes et incomplètes. Néanmoins, nous devons admettre qu'en insérant le critère de l'apparence physique dans la liste des critères protégés, le législateur français fait certainement preuve d'originalité, puisque comme nous l'avons vu, ce critère ne figure ni dans les textes de droit international précités, ni dans la loi belge anti-discrimination. Sur ce point, la France devance donc le droit international et belge, qui n'interdisent pas les discriminations liées à l'apparence physique.

## Le droit belge

## Définition du critère de « caractéristique physique » ou génétique

§61 Comme nous venons de le dire, contrairement au texte français, le terme « apparence physique » n'est pas énuméré par le législateur belge, dans la liste des critères protégés par la loi belge anti-discrimination.

Unia définit le concept de « caractéristique physique » comme englobant les « *caractéristiques innées ou apparues indépendamment de la volonté de la personne (exemples : taches de naissance, brûlures, cicatrices chirurgicales, mutilations, ...)* et qui doivent être stigmatisantes ou potentiellement stigmatisantes pour la personne ». Il poursuit en ajoutant : « *Dès lors, les tatouages, piercings, coiffures ou autres caractéristiques de ce type ne sont pas considérés comme une caractéristique physique* »<sup>185</sup>.

Il convient de constater, que dans la définition donnée par Unia, manque le terme « génétique » qui figure pourtant dans la loi anti-discrimination, qui parle de « caractéristique physique ou génétique ». Toutefois, selon nous cette omission est sans incidence quant à l'interprétation qui doit être donnée aux termes de « caractéristiques physiques ». En effet, l'on remarque que dans la définition, Unia désigne les caractéristiques physiques comme les « *caractéristiques innées ou apparues indépendamment de la volonté de la personne* » ce qui renvoie à une caractéristique héréditaire, qui de surcroît coïncide avec l'interprétation couramment donnée à une caractéristique génétique. Ceci est selon nous encore confirmé par l'interprétation qu'Unia lui-même fait de ces termes immédiatement après en avoir donné la définition. Dès lors, cette définition et l'interprétation restrictive qui en est faite par Unia, semblent refléter parfaitement la portée des termes utilisées par le législateur belge. L'intention est de protéger les personnes susceptibles d'être victimes de discriminations sur la base d'une caractéristique qui n'est pas le résultat de leur propre volonté.

## Champ d'application du critère de « caractéristique physique » ou génétique

§62 Nous pouvons certes être responsables de la couleur appliquée à nos cheveux, de notre style vestimentaire, de nos tatouages, de nos *piercings*, de notre coupe de cheveux, de notre maquillage, de notre barbe et de bien d'autres caractéristiques similaires... Mais sommes-nous « coupables » de notre taille, de la couleur de nos yeux, de la forme de notre nez, de nos oreilles détachées, ou encore des traits de notre visage jugés « hors-normes, laids ou disgracieux » car ne correspondant pas aux traits parfaitement symétriques véhiculés par la mode, les médias et l'industrie de la chirurgie plastique ?

Toutes ces caractéristiques pourtant innées sont aussi potentiellement stigmatisantes. En effet, de nos jours, nez, pommettes, oreilles détachées et autres, peuvent être parfaitement rectifiés par la chirurgie plastique presque sur mesure, avec comme résultat un visage où tous les traits semblent en parfaite harmonie. Dès lors, il est tout à fait probable que quelqu'un dont les caractéristiques ne correspondraient pas aux normes physiques véhiculées par la société actuelle, fasse l'objet d'une discrimination basée sur l'apparence physique lors d'un entretien d'embauche. Toutes ces caractéristiques dont nous pouvons être porteurs depuis la naissance et qui peuvent pourtant nous causer préjudice lors d'un entretien d'embauche, ne semblent cependant pas entrer dans le critère protégé par la loi belge anti-discrimination, dont la définition et l'interprétation semblent faire essentiellement référence à des caractéristiques qui en plus d'être innées, doivent s'apparenter à un handicap. Or, un visage jugé « inadéquat ou disgracieux », un nez qui n'est pas en harmonie avec le visage, des oreilles détachées, l'attractivité ou la non-attractivité physique, ... peuvent-ils être considérés comme un handicap ? Nous en doutons. Pour aller encore plus loin, sommes-nous « coupables » d'un accident de voiture causé par notre faute et qui nous aurait laissé des séquelles visibles sur le plan esthétique (non assimilables à un handicap, donc) et susceptibles de ce fait de nous causer préjudice lors d'un entretien d'embauche, par exemple. Les dommages causés par cet accident ne sont pas le fruit d'une caractéristique innée ou génétique mais cela veut-il pour autant dire que la loi ne devrait pas protéger un individu porteur des séquelles au visage jugées légères, non handicapantes, de cet accident, de la même façon qu'elle protégerait quelqu'un ayant des caractéristiques similaires depuis sa naissance ?

La définition et l'interprétation faite par Unia du critère des « caractéristiques physiques » semble renvoyer à l'idée que le législateur n'a pas pour fonction d'être le protecteur d'une situation que nous avons nous-même causée, dont nous sommes nous-même « coupable » ou encore qui est le fruit de notre propre volonté. Mais jusqu'où peut-on aller dans ce raisonnement ? Toutes les situations susmentionnées renvoient à la question de ce qu'on pourrait désigner par les notions d'*apparence subie et apparence choisie*<sup>186</sup>. Que la loi ne puisse garantir une égalité de traitement basée sur une apparence que l'on choisit est une chose. Mais si une discrimination est basée sur l'*apparence subie*, c'est-à-dire celle dont nous sommes porteurs depuis notre naissance et qui peut être la cible d'*a priori* et de préjugés constituant parfois un véritable obstacle à la vie professionnelle d'un individu et *in fine* une source d'inégalités de traitement injustifiées, ceci nous paraît beaucoup plus discutable.

§63 En définitive, l'on peut d'ores et déjà affirmer que par rapport au critère de « l'apparence physique » reconnu par le droit français, celui des « caractéristiques physiques ou génétiques » retenu par le législateur belge a un champ d'application personnel nettement plus restreint. En effet, nous avons vu qu'en plus des

caractéristiques physiques qui se présentent à la vue et qui sont le résultat de la propre volonté d'une personne (*apparence choisie*), qui sont explicitement exclues du champ d'application de la loi anti-discrimination, *toutes* les caractéristiques physiques qui se présentent à la vue et qui ne sont pas le résultat de la propre volonté d'une personne (*apparence subie*), mais qui sont tout autant potentiellement stigmatisantes (à cause des stéréotypes, des préjugés et des à priori qui peuvent y être liés), n'entrent pas dans ce critère.

Partant, bien qu'en principe ce critère des « caractéristiques physiques » soit censé protéger les individus contre les discriminations basées sur des « *caractéristiques innées ou apparues indépendamment de la volonté de la personne, stigmatisantes ou potentiellement stigmatisantes pour la personne* », les exemples susmentionnés attestent que *toutes* les caractéristiques potentiellement stigmatisantes ne sont donc pas protégées par notre loi anti-discrimination. Sur ce point, la protection assurée par loi belge anti-discrimination contre les discriminations basées sur l'apparence physique est donc, selon nous, ineffective.

## Analyse de la jurisprudence

§64 Dans le présent chapitre nous allons analyser la jurisprudence en matière de discrimination à l'embauche basée spécifiquement sur ce critère de l'apparence physique et sur celui des caractéristiques physiques. Concernant la France, nous allons présenter les rares décisions de jurisprudence prononcées sur ce critère de l'apparence physique par les juridictions judiciaires, par la Halde et le Défenseur des droits. Ensuite nous présenterons l'unique cas où le critère des caractéristiques physiques ait été mobilisé en Belgique.

### Le critère de l'apparence physique en France

#### La Cour de cassation

§65 L'unique affaire dans laquelle ce critère de l'apparence physique a été invoqué en France, fait l'objet d'un arrêt prononcé par la Cour de cassation, en date du 11 janvier 2012<sup>187</sup>.

En l'espèce, le requérant avait été embauché en qualité de chef de rang dans un restaurant gastronomique. Il portait des boucles d'oreilles, ce qui n'était manifestement pas du goût de son employeur, qui lui avait demandé de les ôter pendant le service. Le chef de rang ayant refusé, il avait été licencié au motif suivant : « *Votre statut au service de la clientèle ne nous permettait pas de tolérer le port de boucles d'oreilles sur l'homme que vous êtes.* ». Le salarié avait contesté son licenciement devant le conseil de prud'hommes en faisant valoir que les propos tenus par l'employeur dans la lettre de licenciement étaient discriminatoires. Selon lui, ces propos faisaient présumer que l'employeur ne tolérait pas le port de tels bijoux chez un homme, ce qui sous-entendait qu'il l'acceptait parfaitement chez une femme, du fait que ses collègues féminines portaient effectivement des boucles d'oreilles sans que cela gênât ni l'employeur ni sa clientèle particulière. Il soutenait donc que le motif du licenciement révélait une discrimination sur l'apparence physique rapportée au sexe. Pour sa défense, l'employeur ne contestait pas ces éléments, mais insistait sur cette connotation sexuelle en disant que dans un restaurant d'une telle renommée, voir un salarié homme porter des boucles d'oreilles pouvait nuire à l'apparence de celui-ci et gêner la clientèle.

La Cour d'appel<sup>188</sup> avait déclaré le licenciement nul et non avenue, et avait condamné l'employeur à des dommages et intérêts. Devant la Cour de cassation, l'employeur soutenait que le fait pour un employeur d'imposer à un salarié des contraintes vestimentaires, ne constituait pas une discrimination si c'était justifié par la nature des tâches à accomplir et proportionné au but recherché. Il indiquait que son restaurant recevait une clientèle attirée par sa réputation de marque, laquelle imposait une tenue sobre du personnel en salle ; que le salarié, serveur

dans ce restaurant, était au contact direct de cette clientèle ; et qu'ainsi, le port de boucles d'oreilles pendant la durée du service était incompatible avec ses fonctions et ses conditions de travail. En d'autres termes, l'employeur invoquait une « *exigence professionnelle essentielle et déterminante* ».

La Cour de cassation a finalement tranché en faveur du salarié, en considérant que le motif énoncé dans la lettre de licenciement portait sur l'apparence physique de l'intéressé rapportée à son sexe. Elle en a induit qu'il s'agissait bien d'une discrimination sur l'apparence physique rapportée au sexe et a considéré que le licenciement reposait sur un motif discriminatoire. Par conséquent, la Cour confirme ce que nous avons vu précédemment, à savoir qu'un employeur ne peut invoquer au titre des exigences professionnelles essentielles et déterminantes, les préférences de la clientèle.

## La Halde

§66 Le 2 octobre 2006<sup>189</sup>, la Halde s'est prononcée dans une affaire qui concernait spécifiquement la discrimination à l'embauche basée sur l'apparence physique. En l'espèce, la requérante estimait avoir été victime d'une discrimination dans l'accès à l'emploi en raison de son apparence physique et/ou de son origine. L'intéressée avait adressé une candidature spontanée pour un poste d'hôtesse d'accueil, pour lequel elle avait d'abord été informée que sa candidature était retenue, mais par la suite on lui avait communiqué qu'une autre candidate avait été retenue pour le poste. Néanmoins, il était apparu que le poste restait vacant puisque deux offres d'emploi postérieures au rejet de sa candidature, avaient été diffusées pour ce même poste. Ces offres précisait que « *le candidat doit adresser une photo d'identité ainsi qu'une photo en pied* ». Ensuite, il est également apparu que la personne finalement retenue était une jeune femme de 20 ans, célibataire, sans enfant, de nationalité française, de type méditerranéen, yeux gris-verts, cheveux bruns, longs et raides, mesurant 173 centimètres, portant un 36 en taille de veste et un 36-38 en taille de jupe, ayant un tour de poitrine de 90, bonnet C (informations communiquées dans le formulaire de recrutement).

Dans sa délibération, la Halde rappelle l'exception prévue par l'article 4, paragraphe 1er de la directive 2000/78/CE et ajoute que, cette possibilité est mise en œuvre par l'article R. 123-1 du Code du travail, lequel énumère, de manière limitative, les emplois et activités professionnelles pour lesquels le sexe (et uniquement ce critère) peut être considéré comme une condition déterminante : « *Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ; Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ; Modèles masculins et féminins* ». De plus, en vertu de la législation française, lors de la phase de sélection des candidats, « *Les informations demandées au candidat à un emploi ou à un salarié ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi proposé ou ses aptitudes professionnelles et que ces*

*informations doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles* ». La Halde en induit que les critères d'ordre physique ainsi que l'origine des candidats ne peuvent pas être considérés comme des informations indispensables et nécessaires, au stade de l'embauche, permettant d'apprécier la capacité à occuper un emploi d'hôte/hôtesse d'accueil en entreprise ou les aptitudes professionnelles. Elle estime qu'eu égard à la nature des postes concernés, le fait même de solliciter ces renseignements est en soi contraire à la loi et vise manifestement à opérer une sélection fondée sur le sexe et l'apparence physique. Elle conclut qu'au vu de tous ces éléments, l'employeur mis en cause semble pratiquer de manière habituelle des recrutements tels qu'ils laissent présumer l'existence d'une discrimination dans l'accès à l'emploi.

§67 Dans une autre délibération datant du 31 janvier 2011<sup>190</sup>, la Halde s'est prononcée sur un cas similaire, où la *candidature de la réclamante à un poste de crêpière avait été rejetée en raison de sa petite taille. L'employeur faisait valoir que ses installations ne permettaient pas à la réclamante d'occuper ce poste sans danger, autrement dit selon lui le refus d'embauche reposait sur une exigence professionnelle essentielle et déterminante. La Halde admet que si l'objectif de sécurité poursuivi par l'employeur paraît légitime, il ne démontre pas que le rejet de la candidature de la réclamante était proportionné à l'objectif à atteindre. Elle considère qu'en l'espèce, il y a eu une discrimination indirecte fondée sur l'apparence physique.*

## Le Défenseur des droits

### Une décision inédite

§68 Dans une décision inédite du 3 novembre 2014<sup>191</sup>, le Défenseur des droits s'est prononcé dans une affaire qui concernait justement le cas d'une discrimination à l'embauche basée sur l'apparence physique.

En 2013, la marque de vêtements Abercrombie & Fitch<sup>192</sup> (ci-après « la marque ») est dénoncée par de nombreux articles de presse, pour ses pratiques de recrutement exclusivement basées sur l'apparence physique. Alerté par l'énorme polémique, le 15 juillet 2013, le Défenseur des droits s'est saisi d'office afin d'enquêter sur l'affaire. Afin de saisir pleinement la portée de sa décision et surtout de comprendre à quel point tout le processus de recrutement de cette marque était exclusivement basé sur l'apparence physique, il nous paraît important de détailler plus précisément les nombreuses constatations qui avaient été faites lors de cette enquête.

De ces multiples constatations, l'on retiendra d'abord qu'une grande partie des

recrutements du personnel de cette marque s'effectuaient en réalité en amont des entretiens d'embauche, dans des lieux ciblés pour leur fréquentation par un public jeune (tels que les campus d'écoles, les écoles de danse, les parcs publics ou parmi les clients du magasin) et même sur les réseaux sociaux (Facebook)<sup>193</sup>. Il s'agissait donc de démarcher et sélectionner des personnes sur la seule base de leur apparence physique sans qu'elles aient même postulé. La marque utilisait comme outil de recrutement de référence, un document dénommé « *image book* » présentant différentes photos d'hommes et de femmes jeunes censés correspondre à ce qu'elle recherchait. Les personnes y figurant, en plus d'être jeunes, présentaient des caractéristiques physiques communes et bien déterminées (traits réguliers, dents blanches, peau sans imperfection, sourcils parfaitement épilés), qui semblaient en réalité correspondre à l'apparence physique entendue par la marque comme attirante, avec des traits attendus d'un visage (symétrie, traits réguliers...) et d'un corps (taille et poids « mannequin »)<sup>194</sup>. *Et ce n'est pas tout, puisque le délégué syndical de la marque indiquait que « les models sont recrutés sur des critères précis et des directives : les garçons : 1,80m, bien fait, visage fin, musclé, les filles : 1,75m, cheveux longs, belle peau pas de bouton, peu de maquillage, filiforme. »*<sup>195</sup>. La jeunesse des protagonistes était également l'une des composantes de cette « attractivité », puisque ce même délégué précisait par ailleurs qu'aucun salarié de plus de 35 ans ne travaillait sur la surface de vente.

Pour sa défense, la marque ne conteste pas la prise en compte de l'apparence dans le recrutement de ses vendeurs, nommés « *models* », mais se réclame de l'« exigence professionnelle essentielle et déterminante ». Elle invoque une distinction entre les « *models* », les « *managers* » et les « *impacts* ». Concernant les deux premiers, elle soutient que l'exigence d'un physique agréable constitue selon elle, une exigence professionnelle essentielle et déterminante, puisque ceux-ci ont pour mission la représentation de la marque ; elle assimile donc ces derniers à des mannequins. S'agissant des « *impacts* », la marque nie prendre en compte l'apparence car selon elle, ceux-ci ne seraient pas en contact avec la clientèle. Or l'enquête a démontré que pour le recrutement des « *models* » et « *managers* », une des compétences requises était « l'apparence et le sens du style », entendus par la marque comme « charme et attrait ». Cette compétence qui, dans les guides d'entretien, ne représentait qu'1/10<sup>ème</sup> de la note globale pour les *managers* et 1/3 pour les « *models* », semblait en réalité avoir une valeur déterminante, au-delà des autres compétences. Dès lors, il résultait que parmi les compétences requises, l'apparence occupait en réalité une place prépondérante. Ceci était prouvé par les courriers électroniques échangés entre la personne chargée du recrutement et celle chargée de la décision finale, où il apparaissait que seules les photos des candidats lui étaient transmises et non les guides d'entretien censés pourtant objectiver le recrutement. Ceci était donc la preuve qu'en réalité, seule l'apparence physique était prise en compte, dès lors que tous les postes étaient attribués uniquement sur photo. Enfin, il ressortait de l'enquête que les « *impacts* » étaient affectés à ce poste par défaut, en raison d'un physique jugé

moins avantageux, et donc même si la marque prétendait ne pas prendre en compte leur apparence physique, celle-ci était ici aussi prise en compte comme pour tous les autres.

§69 Sur la base de toutes ces constatations, le Défenseur des droits a considéré que le fait d'opérer une présélection avant toute analyse des CV des candidats, conduisait à donner une priorité à l'apparence sur les compétences objectives requises par les différents postes. De plus, il a estimé que tout le processus de recrutement au sein de cette marque était centré sur l'image et qu'à aucun moment de la procédure, les compétences professionnelles des candidats n'entraient en ligne de compte pour le recrutement du personnel<sup>196</sup>. Par conséquent, il a considéré que les conditions d'exigences professionnelles essentielles et déterminantes n'étaient pas réunies, puisqu'au regard des fonctions exercées, les « *models* » pouvaient être assimilés à des vendeurs et les « *managers* » à des chefs d'équipe, de sorte qu'au vu des fonctions réellement exercées, la partie « représentation » de la marque est accessoire. Au vu des considérations émises ci-dessus, le Défenseur des droits a considéré que la procédure de recrutement mise en place au sein de cette marque, dans son ensemble et pour tous les postes proposés, était discriminatoire en raison de la prise en compte de l'apparence physique des candidats<sup>197</sup>.

## Décision cadre relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi

§70 La décision précédente a été suivie par une décision cadre du 12 février 2016<sup>198</sup> relative à la prise en compte de l'apparence physique dans l'emploi.

Le Défenseur des droits y adopte toute une série de recommandations adressées aux employeurs, afin de réduire le risque de discrimination liée à l'apparence physique. Il demande entre autres aux employeurs de veiller à ce que ce motif de discrimination, dans ses contours et ses modalités d'application, soit expressément pris en compte à tous les niveaux du déploiement de la politique d'égalité au sein de l'entreprise. Concernant, plus particulièrement les procédures de sélection de candidats pour un poste d'embauche ou de promotion, le Défenseur des droits recommande qu'« *afin d'éviter les biais subjectifs dans l'appréciation des compétences d'un candidat ou d'un salarié, il est recommandé aux employeurs : - de mettre en place un processus respectant les trois principes suivants : objectivité, transparence et traçabilité des critères de sélection des candidatures ; - de formaliser la procédure de recrutement ; - de mettre en place une session de sensibilisation à la déconstruction des stéréotypes et des préjugés liés à l'apparence physique, à destination des personnes en charge du recrutement ; - de ne pas exiger des candidats qu'ils fournissent une photographie en réponse aux offres d'emploi et de ne pas écarter un CV qui ne comporterait pas de*

photographie sur ce seul motif ; - et enfin d'éviter de faire un usage détourné des informations accessibles sur les réseaux sociaux personnels et de privilégier les réseaux sociaux professionnels (LinkedIn, Viadeo...) pour la consultation d'un profil en vue de recrutements »<sup>199</sup>. Enfin, pour favoriser l'objectivité de la procédure de recrutement et de promotion, le Défenseur recommande aux employeurs que lorsqu'une caractéristique physique inaltérable est pressentie comme une exigence essentielle et déterminante pour l'exercice d'un emploi, celle-ci soit expressément mentionnée dans l'offre d'emploi<sup>200</sup>.

## Autre décision sur ce critère

§71 La dernière décision du Défenseur des droits sur la prise en compte de l'apparence physique lors de l'embauche est une décision du 9 février 2018<sup>201</sup>.

Dans cette affaire, la réclamante estimait avoir fait l'objet d'un refus d'embauche motivé par son apparence physique, et en particulier par sa taille. L'intéressée avait été sélectionnée pour faire partie de la base de données d'une société recrutant des hôtes et des hôtesse pour divers événements. Ensuite, les offres d'emplois pour des missions lui seraient envoyées par courriel et elle ne devait répondre que lorsqu'une mission l'intéressait. Si sa candidature était retenue, la mission lui serait confiée. Or elle constatait que les seules propositions qu'elle recevait étaient des missions commerciales, de distribution de tracts ou de gadgets publicitaires, dites de « *street marketing* », mais qu'aucune mission événementielle, dite « mission prestige » (missions telles que l'accueil de congressistes ou de clients, la tenue de vestiaires, le port de micro, etc.) ne lui était proposée. Rien d'anormal jusque-là, si ce n'est que l'intéressée a constaté qu'une de ses amies qui faisait aussi partie de la banque de données de la société en question et qui avait le même parcours universitaire qu'elle, recevait, des missions dites « prestige ». La seule différence qui existait entre elles était leur taille, l'intéressée mesurant 1 mètre 60 et son amie 1 mètre 73. La requérante rapportait que, lorsqu'elle postulait sur les offres reçues par son amie, aucune réponse ne lui était donnée. Elle avait également demandé des explications auprès de la société, mais de nouveau elle s'était heurtée au silence de son employeur. Néanmoins, lors d'une conversation téléphonique, une salariée de la société lui avait finalement confirmé que les offres de « missions prestige » ne lui étaient pas adressées en raison de sa taille.

L'intéressée a saisi le Défenseur des droits, qui après enquête, a considéré qu'elle avait été victime d'une discrimination en raison de sa taille.

## Le critère des caractéristiques physiques en Belgique

§72 À ce jour, l'unique affaire où le critère des caractéristiques physiques a été

mobilisé dans la jurisprudence belge, concerne un cas sur lequel le tribunal du travail de Liège s'est prononcé le 20 juin 2016<sup>202</sup> et la cour du travail de Liège a rendu son arrêt le 12 octobre 2017<sup>203</sup>.

Les faits litigieux peuvent se résumer comme suit : le requérant a postulé par courriel auprès d'une auto-école, pour y exercer une fonction de moniteur. Suite à une série d'échanges électroniques, la direction de l'auto-école a manifesté son intérêt à l'embaucher et un rendez-vous a été fixé pour un entretien d'embauche. Néanmoins, deux jours après l'entretien, le candidat reçoit un courriel de la direction de l'auto-école qui indique qu'« *Après notre entretien, j'ai bien réfléchi et malheureusement, ton profil physique pour le travail de moniteur auto-école dans mon entreprise ne me convient pas. As-tu déjà pensé à perdre du poids... Je pense que c'est un handicap pour ce travail. Bonne continuation dans ta recherche.* ». Le candidat ainsi évincé estime avoir été victime d'une discrimination à l'embauche en raison de son surpoids ; soutenu par Unia, il introduit une action devant le tribunal du travail de Liège, estimant qu'il a été victime d'une discrimination directe sur la base du handicap et de la caractéristique physique et d'un refus d'aménagements raisonnables.

Pour sa défense, la partie défenderesse soutenait que la loi de 2007 n'était pas applicable, dès lors que le demandeur ne justifiait pas rencontrer un des critères protégés à savoir, en l'espèce, un handicap lié à un état d'obésité morbide.

Le tribunal du travail de Liège a estimé que « *certes, l'obésité n'est pas en soi un critère protégé mais l'état d'obésité d'un travailleur peut constituer un « handicap », critère protégé, lorsque cet état entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques durables, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs* ». Dès lors, il suffit que cet état de fait ait été supposé par l'auto-école, peu importe que le requérant soit objectivement atteint d'une obésité morbide (qui est bien constitutive d'un handicap et qui est de doute façon établie en l'espèce par un certificat médical). Partant, le premier juge considère qu'il ne s'agit donc pas, comme le rétorque l'auto-école, d'étendre la liste à d'autres critères, mais de retenir un critère protégé en ce qu'il est supposé. Le juge estime qu'en l'espèce, une distinction directe sur la base de deux critères protégés (le handicap et à tout le moins la caractéristique physique) a été opérée, aboutissant à traiter le demandeur de manière moins favorable qu'une autre personne le serait dans une situation comparable. Par conséquent, il estime que cette distinction est constitutive d'une discrimination directe.

Quant à la question des « *exigences professionnelles essentielles et déterminantes* », l'auto-école soutenait que la sécurité des élèves en apprentissage et des moniteurs constituait une telle exigence. Selon elle, le requérant ne

répondait pas à cette exigence puisqu'il était trop gros et que les véhicules utilisés par elle étaient trop petits pour lui. Elle estimait donc que la sécurité des élèves et des moniteurs serait mise en péril par le poids du demandeur.

Le tribunal estime que l'auto-école n'établit pas cette justification au regard du cas particulier du demandeur et aux conditions de travail qui pouvaient être envisagées concrètement. En conclusion, le juge estime que, tant au regard du critère protégé du handicap que de celui de la caractéristique physique, l'auto-école ne démontre pas que la discrimination directe constatée soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires. De plus, il estime que l'auto-école ne démontre avoir pris des démarches permettant la mise en place d'aménagements raisonnables en faveur du demandeur. Dès lors, il conclut que l'auto-école s'est rendue coupable d'une seconde discrimination à l'égard de ce dernier, à savoir le refus de mettre en place des aménagements raisonnables en faveur d'une personne handicapée.

L'auto-école a fait appel. La cour du travail de Liège, par un arrêt 12 octobre 2017, a confirmé le premier jugement.

# L'apparence physique, un critère autonome ?

## Signalements basés sur ce critère

§73 Il ressort de l'analyse de la jurisprudence effectuée ci-dessus que tant le critère de l'apparence physique en France, que celui des caractéristiques physiques en Belgique, semblent pratiquement absents dans la jurisprudence. Concernant le critère protégé par le droit français, les réclamations faites auprès des organismes de lutte contre les discriminations sont tout aussi rares. Mais qu'en est-il des signalements reçus par Unia sur le critère des caractéristiques physiques ? Que représentent les signalements basés sur le critère de l'apparence physique et celui des caractéristiques physiques en termes de pourcentages par rapport à tous les autres critères invoqués devant ces organismes ? Afin de répondre à ces questions, nous allons examiner les données chiffrées qu'ils ont publiées dans leurs rapports annuels respectifs.

## Unia : caractéristiques physiques

§74 Pour Unia, nous avons pu nous procurer les données chiffrées concernant les dossiers de signalement sur la base du critère « caractéristique physique » pour les années 2003 à 2008<sup>204</sup>. Il ressort que de 2003 à 2008, 66 dossiers ont été ouverts suite à de tels signalements par le Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme. Il semblerait que tous ces signalements ne portent pas sur des cas de discrimination avérée, mais ils ne sont pas pour autant dénués d'intérêt puisqu'ils nous permettent de nous faire une idée quant à l'ampleur du signalement du critère devant l'organisme en question. Les rapports mentionnent la typologie des caractéristiques invoquées et le nombre de fois où la caractéristique a été citée. Ainsi, le critère a été invoqué 30 fois pour signaler une discrimination en raison du poids ; 12 fois pour la taille ; 11 fois en raison d'éléments de l'apparence physique générale ou de *look* ; 6 fois en raison des cheveux (ex. : roux, *dread-locks*, chauve, ...) ; 4 fois en raison de bec de lièvre, malformations, maladie de la peau ; 3 fois en raison de *piercing*, tatouage. Il ressort que la majorité de ces dossiers concernaient le domaine de l'emploi (62%) et portaient principalement sur des exigences dans les procédures de sélection quant à la taille et au poids.

L'on voit donc que l'absence du critère de l'apparence physique dans la liste protégée par la loi anti-discrimination, ne signifie pas pour autant que les discriminations basées sur des éléments de l'apparence physique qui n'entrent pas dans le critère des « caractéristiques physiques ou génétiques », ne sont pas présentes en Belgique.

Nous avons également pu avoir accès aux données publiées par les rapports

chiffrés d'Unia, pour les années 2015 et 2016. Le rapport de 2015<sup>205</sup> révèle que, sur un total de 19 dossiers portant sur la discrimination à l'« emploi dans l'administration fédérale », classés par critère de discrimination, celui des caractéristiques physiques n'a été signalé qu'une fois. De même, le rapport de 2016<sup>206</sup> fait apparaître que sur un total de 11 dossiers, le critère n'a été signalé qu'une fois.

Il est frappant de constater que dans aucune des évaluations et/ou rapports annuels d'Unia, aucune autre donnée ne se rapporte à ce critère. En réalité, le critère n'est pas du tout abordé.

## Défenseur des droits : apparence physique

§75 Le rapport d'activités du Défenseur des droits pour l'année 2015<sup>207</sup> fournit une liste des principaux motifs de réclamations adressées à cette institution dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Les données révèlent que : 54,3 % des dossiers concernent l'emploi, dont 1,3% dénoncent une discrimination en raison de l'apparence physique. Au total, tous secteurs confondus, le critère était invoqué dans 2,7% des dossiers<sup>208</sup>.

§76 Le rapport de 2016<sup>209</sup> révèle que sur un total de 50,8% de dossiers, de nouveau dans l'emploi, 1,4% portent sur l'apparence physique, et 2,5% tous secteurs confondus. Le rapport de 2017<sup>210</sup> révèle aussi le même pourcentage que le précédent, et 2,3% tous secteurs confondus. Néanmoins, ce dernier rapport livre une révélation à la fois troublante et significative. Une comparaison a été établie entre les motifs de discrimination invoqués dans les réclamations reçues par le Défenseur des droits en 2017 et les motifs invoqués par les 18-79 ans résidant en France (lorsqu'ils étaient questionnés sur ceux qu'ils considéraient comme les principaux motifs de discrimination). L'apparence physique vient en deuxième position, avec presque 30% des répondants qui estiment qu'après le sexe (37%), elle constitue l'un des principaux motifs de discrimination<sup>211</sup>. Ces résultats parlent d'eux-mêmes puisqu'il apparaît qu'une majorité de personnes considèrent que l'apparence physique constitue l'un des principaux motifs de discrimination, alors que les réclamations auprès du Défenseur des droits en raison du même critère sont très faibles. En d'autres termes, ces chiffres suggèrent que le nombre de réclamations introduites auprès du Défenseur des droits ne reflète pas le nombre de personnes qui ont réellement subi une telle discrimination.

Le Défenseur des droits précise que tous les critères affichent les mêmes résultats, c'est-à-dire que pour chacun des motifs de discrimination déclarés dans l'enquête, les personnes concernées sont en proportion plus nombreuses que dans les réclamations adressées au Défenseur des droits<sup>212</sup>. Ainsi, il ressort qu'en plus de l'apparence physique, les critères du sexe, de l'âge et de la religion occupent

parmi les motifs de discrimination déclarés dans l'enquête, une part largement supérieure à celle qu'ils tiennent dans les statistiques de réclamations « discriminations » introduites auprès du Défenseur des droits.

Sans surprise, les évaluations annuelles faites par le Défenseur des droits en France et par Unia en Belgique nous mènent donc toujours au même constat, celui d'un critère très peu invoqué.

## Pertinence et utilité du critère

§77 Dès lors, au vu de ce qui précède et de toutes les preuves apportées par les nombreux sondages que nous avons analysés *supra*, qui attestent de l'existence et de l'ampleur des discriminations basées sur l'apparence physique, comment expliquer le paradoxe qui semble inhérent à ce phénomène ? Comment expliquer, que la discrimination basée sur l'apparence physique soit citée parmi les premiers motifs de discrimination et que par ailleurs les réclamations fondées sur ce même critère soient quasi inexistantes ? Puisque presque vingt ans après l'introduction du critère de l'apparence physique dans la législation française, les discriminations liées à l'apparence physique semblent persister, il est légitime de s'interroger sur l'utilité et l'efficacité de cette introduction dans la liste des critères protégés.

§78 Il semblerait que la situation était la même il y a presque une décennie, puisqu'en 2009 lors d'un colloque unique consacré en France aux discriminations basées sur l'apparence physique, la professeure Laurence Péru-Pirotte<sup>213</sup> s'interrogeait déjà sur la pertinence et sur l'utilité de l'introduction du critère de l'apparence physique dans le dispositif français. Concernant la pertinence du critère d'abord, elle se demandait notamment si les cas de discrimination qu'avait évoqués le législateur français pour motiver l'introduction de ce critère (voir *supra*) ne pouvaient pas être traités sous les critères déjà protégés. Autrement dit, si l'introduction par le législateur français d'un nouveau critère était nécessaire afin de protéger les individus contre ce genre de discriminations.

Pour répondre à cette première question, elle prenait le cas d'école suivant : « *Si une jeune femme noire se présente à un emploi, et que sa candidature est évincée à raison de son apparence physique, il est possible de s'arrêter là pour qualifier la discrimination, ou de pousser un peu plus loin l'analyse. - Il se peut en effet que ce qui ne plaît pas au recruteur soit de voir une candidature féminine, alors le critère du sexe couvre la discrimination. - Si c'est le voile qu'elle porte, le critère de la religion (pénal) ou des convictions religieuses (civil) s'applique. - Lorsque c'est la couleur de la candidate qui fonde la décision du recruteur, c'est soit l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race, soit l'origine qui couvre la discrimination. - Si c'est l'alliance qu'elle porte, c'est sa situation de famille. - S'il s'agit de sa tenue vestimentaire, de la cigarette qu'elle tient à la main, le critère des mœurs peut être retenu. - Si c'est sa jeunesse, c'est l'âge. - Si*

*elle est enceinte, c'est son état de grossesse. - Si c'est sa taille, son poids, ou encore un visage jugé disgracieux, ils entrent dans la notion d'état de santé*<sup>214</sup>. (...) *Dans d'autres hypothèses, l'orientation sexuelle, le handicap peuvent encore permettre de réprimer les discriminations fondées sur l'apparence physique*<sup>215</sup> ». Sur la base de cet exemple fictif, elle en arrivait à conclure que statistiquement, 100% des discriminations motivées par l'apparence physique pouvaient être couvertes par les critères déjà protégés, et elle considérait donc que l'introduction du critère de l'apparence physique dans le dispositif français anti-discrimination n'était pas nécessaire puisqu'il faisait doublon.

§79 Avant d'exposer la suite de la réflexion de cette professeure, nous souhaitons formuler deux réserves quant à l'exemple précité.

D'une part, elle dit qu'une discrimination basée sur la tenue vestimentaire d'une personne peut être englobée par le critère des mœurs. Il convient de remarquer qu'à supposer que ce critère puisse être invoqué en France, il n'existe pas en Belgique et donc une personne qui subirait une discrimination en raison de sa tenue vestimentaire serait dépourvue de protection chez nous. D'autre part, elle affirme qu'une personne qui subirait une discrimination sur la base de sa taille, son poids, ou encore de son visage jugé disgracieux, serait protégée par le critère de l'état de santé. Là aussi, son raisonnement nous laisse perplexe. En effet, comment peut-on faire entrer « un visage jugé disgracieux » dans le critère de l'état de santé ? À supposer même que ce soit possible en France, ce qui de nouveau est très improbable à notre sens puisque le Défenseur des droits semble définir la notion de l'état de santé par référence au handicap<sup>216</sup>, en Belgique ce serait d'autant plus improbable, puisqu'Unia définit le critère de l'état de santé comme suit : « *Par état de santé actuel ou futur, on entend l'état actuel de maladie physique ou mentale diagnostiqué ou l'état de santé futur ou raisonnablement prévisible*<sup>217</sup> ». Dès lors, l'on voit mal comment un visage disgracieux pourrait être considéré comme une maladie.

Par ailleurs, lors de ce colloque une personne travaillant en Belgique au Centre pour l'égalité des Chances a posé à la professeure une question qui a attiré notre attention. Cette personne semble tout aussi perplexe que nous puisqu'elle demande comment on peut faire entrer la taille dans le critère de l'état de santé. La réponse de la professeure est que si l'on prend la définition de l'OMS, la taille entre aussi dans l'état de santé, réponse qui ne semble recueillir l'approbation ni de l'interrogateur ni de la salle<sup>218</sup>. En outre, la définition de l'état de santé donnée par l'OMS<sup>219</sup> nous conforte, puisqu'il semble tout aussi difficile de faire entrer les éléments précités dans cette définition. Par conséquent, nous ne partageons pas l'avis de cette professeure et nous pensons qu'au contraire, le critère est bien nécessaire pour couvrir les situations précitées.

§80 Ces réserves émises, nous pouvons dérouler la suite du raisonnement de la

professeure. Après avoir conclu que le critère manque de pertinence, la professeure se demandait si néanmoins son introduction pouvait s'avérer utile, notamment au regard de l'analyse de la jurisprudence y relative. Or, nous avons vu que la jurisprudence basée exclusivement sur ce critère était tout aussi rare que celle que nous relevons aujourd'hui, presque dix ans plus tard. Partant, vu l'absence de jurisprudence spécifique, la professeure avait analysé des cas où le critère, selon elle, aurait pu être invoqué mais ne l'avait pas été, pour en tirer des conclusions quant à son utilité. Sur la base de ses constatations, elle concluait que cet état de fait serait dû à deux raisons principales : les discriminations fondées sur ce critère seraient en réalité traitées par la jurisprudence française soit hors du terrain de la non-discrimination, soit à la lumière d'un autre critère<sup>220</sup>.

Traitées en dehors du champ des discriminations, ces affaires seraient traitées par l'utilisation d'autres règles de droit telles que le respect de la vie privée et la juste atteinte aux libertés individuelles. Elles seraient ici rattachées à des notions telles que l'image de l'entreprise, les préférences et intérêts de la clientèle, le principe de proportionnalité, etc. L'autre raison serait due au fait que le critère de l'apparence physique ne serait jamais utilisé seul pour résoudre des affaires dans lesquelles il était invoqué. Ainsi, les discriminations fondées sur ce critère seraient en réalité rattachées à un autre (c'est-à-dire par qualification du comportement discriminatoire à partir d'un autre critère) tel que le sexe, l'origine, l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation, une race, les convictions religieuses, les mœurs, l'orientation sexuelle, etc<sup>221</sup>. Sur la base de tous ces éléments la professeure concluait à l'inutilité de l'introduction du critère dans le droit français, puisqu'*in fine*, il n'était jamais invoqué seul.

§81 Quatre ans plus tard, une chercheuse<sup>222</sup> qui s'est également penchée sur le sujet en y consacrant sa thèse de doctorat en droit, a été confrontée à la même constatation lorsqu'elle a examiné la jurisprudence française sur ce critère. Elle faisait état de décisions qui se basaient très rarement directement sur la non-discrimination et justifiait cette situation par les mêmes raisons que la professeure précitée.

§82 Aux constatations susmentionnées, s'ajoutent celles du Défenseur des droits en 2016. Dans sa décision-cadre datée du 12 février 2016 (citée *supra*), il faisait le constat d'un critère toujours aussi rarement invoqué seul, puisqu'il énonçait que « *Les discriminations fondées sur ce critère sont en réalité rattachées à un autre - le port du voile aux convictions religieuses, l'obésité à l'état de santé ou au handicap, la couleur de peau à l'appartenance vraie ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, etc...* »<sup>223</sup>. Néanmoins, le Défenseur des droits admettait que même s'il était peu mobilisé par la jurisprudence de manière autonome, ce critère trouvait toute sa pertinence au regard des différents sondages précités<sup>224</sup>. Il se basait plus particulièrement sur son dernier (9<sup>e</sup>) baromètre (voir *supra*), relatif à la « *perception des discriminations dans l'emploi* »<sup>225</sup>, dont il résultait que

parmi les personnes déclarant avoir subi des discriminations à l'embauche en raison de l'apparence physique, « 43% déclaraient avoir été discriminées exclusivement sur ce critère »<sup>226</sup>. Ainsi, près de la moitié des personnes se disant victimes de discrimination en raison de l'apparence physique ne citaient que ce critère et 63% considéraient que seule leur apparence corporelle était au fondement de la discrimination<sup>227</sup>. De plus, l'enquête montrait que les discriminations dénoncées en lien avec l'apparence physique ne se cumulaient que rarement avec celles liées à l'origine (2 fois sur 10) et le handicap ou l'état de santé (1 fois sur 10)<sup>228</sup>.

Dès lors, le Défenseur des droits *avait considéré que le critère de l'apparence physique* constituait un critère autonome de discrimination par rapport aux autres. Il affirmait que « *même si la jurisprudence est encore rare, ce critère semble avoir pris une dimension qui lui est propre dans la perception des personnes qui se déclarent victimes d'une discrimination en raison de ce critère* ». Il concluait que le critère de l'apparence physique « *apparaît bien comme un critère qui a pleinement sa place parmi les motifs de discrimination juridiquement prohibés et sa place parmi les motifs prohibés de discrimination est donc légitime* »<sup>229</sup>.

## Autonomie et légitimité du critère aujourd'hui

§83 Au vu de tout ce qui précède, que peut-on dire aujourd'hui en 2018 quant à l'autonomie de ce critère ? Si l'on se base sur le nombre de saisines de la justice, de plaintes ou de réclamations devant les organismes protecteurs, basées sur ce critère, force est de constater qu'il demeure très peu mobilisé.

De tous les développements précédents, il ressort que l'autonomie du critère apparaît fragile et nous ne pouvons pas non plus affirmer avec certitude que dans l'avenir le critère acquerra une pleine et entière autonomie. Nous pensons que cet état de fait persistera sûrement dans l'avenir puisque les deux principaux obstacles à cette autonomie seront toujours présents.

§84 Le premier qui a déjà été constaté par les auteurs précités, est que le critère de l'apparence physique est intrinsèquement lié à d'autres, en ce sens que la discrimination sur ce critère peut être révélatrice de divers motifs de discrimination. L'on parle alors de discriminations multiples et la difficulté majeure en pareil cas est d'identifier/isoler l'apparence physique comme critère de discrimination. En effet, le sociologue Philippe Liotard *évoque cette difficulté en ces termes* : « *les personnes subissant une discrimination en raison de leur apparence l'attribuent généralement à un autre critère, plus visible, ou identitairement plus significatif (par exemple, le sexe, l'âge, la couleur de peau, l'origine ethnique, les convictions religieuses, les convictions politiques, le handicap...)* »<sup>230</sup>. Dès lors, imaginons par exemple le cas d'une personne noire de peau, qui subirait une discrimination à l'embauche en raison de sa tenue

vestimentaire ou de son visage « jugé disgracieux ». Comment savoir qu'elle a fait l'objet d'une discrimination uniquement en raison de sa tenue vestimentaire ou de traits asymétriques de son visage et pas de sa couleur de peau ? Il est tout à fait possible que le recruteur l'ait évincée uniquement en raison des deux premiers éléments, comme il est possible qu'il se soit basé uniquement sur sa couleur de peau ou alors qu'il ait discriminé en tenant compte de tous ces éléments. La difficulté illustrée par cet exemple sera évidemment toujours présente en cas de discriminations multiples, ce qui constituera dès lors un obstacle permanent à l'invocation du critère de l'apparence physique.

§85 Le deuxième obstacle est qu'à supposer même qu'on arrive à identifier ce critère, encore faut-il arriver à le prouver. En effet, nous avons brièvement évoqué (*supra*) que le problème de la preuve constitue véritablement un obstacle majeur à la poursuite de ces discriminations. Dans l'exemple précité, il est probable qu'en raison de la difficulté à prouver une discrimination en raison de sa tenue vestimentaire ou des traits asymétriques de son visage, la personne choisisse d'introduire une action sur le critère de la peau puisqu'il serait plus facile à prouver que les autres. Cet exemple démontre donc bien que, même si le critère de l'apparence physique est potentiellement la cause de la discrimination, la victime ne l'invoquera probablement pas en premier pour les raisons évoquées, ce qui *in fine* constitue aussi un obstacle à l'autonomie du critère. Cela dit, il est évident qu'en l'espèce la discrimination à l'embauche en raison de l'apparence physique peut très bien avoir eu lieu, même si elle n'est jamais signalée. Ce qui illustre et confirme ce que nous avons précédemment vu, à savoir qu'en réalité le nombre de réclamations/plaintes n'est pas forcément révélateur du nombre réel de discriminations subies en raison de ce critère<sup>231</sup>.

§86 Par ailleurs, nous attirons l'attention sur le fait que les discriminations à l'embauche ne sont pas nécessairement multiples et qu'il se peut très bien qu'une personne fasse l'objet d'une discrimination basée exclusivement sur son apparence physique « beauté » (tel qu'expliquée longuement *supra* et qui peut comprendre toute une série d'éléments de l'apparence d'un individu) ce qui ne serait dès lors rattachable à aucun autre critère protégé. Dans ces cas-là, plus que dans toute autre situation, le critère de l'apparence physique s'avère indispensable afin d'assurer une protection effective contre les discriminations basées sur l'apparence physique.

§87 Par conséquent, malgré le manque d'autonomie du critère de l'apparence physique qui, comme nous l'avons vu, est principalement dû à son caractère « résiduel » en cas de discriminations multiples et à la difficulté de la preuve, qui conduisent les victimes à invoquer d'autres critères qu'ils espèrent pouvoir prouver plus facilement, nous estimons que l'apparence physique est un critère de discrimination à part entière et que sa place parmi les motifs prohibés de discrimination est, comme le disait le Défenseur des droits en 2016, légitime.

## Conclusion

§88 En guise de conclusion, nous soulignerons les principales constatations faites tout au long de cette étude.

Tout d'abord, nous avons défini les notions centrales de ce travail, en insistant sur celle de discrimination basée sur l'apparence physique.

§89 Ensuite, nous avons analysé différentes recherches sociologiques afin de voir dans quelle mesure l'apparence physique était prise en compte par les recruteurs. Nous avons constaté que *même si le sujet est encore peu traité, presque tabou*, le phénomène de la discrimination à l'embauche basée sur l'apparence physique n'en est pas pour autant inexistant, puisque les nombreux sondages que nous avons analysés établissent clairement que l'apparence physique en phase d'embauche occupe une place prépondérante, à tel point qu'elle serait même devenue une condition à l'embauche. Par conséquent, les recruteurs y accordant une telle attention, l'apparence physique constitue le premier critère de discrimination à l'embauche.

§90 Puis, nous avons analysé le cadre juridique des discriminations. L'analyse s'est d'abord portée sur les principales sources internationales qui consacrent une liste de critères protégés. Cela nous a permis de voir que l'apparence physique ne faisait partie d'aucun de ces instruments. Toutefois, une partie de ceux-ci ayant une liste ouverte, le critère pourrait théoriquement en faire partie. Ulérieurement, nous avons abordé le cadre juridique national avec une attention particulière accordée à la loi anti-discrimination du 10 mai 2007. Nous avons d'abord constaté que la liste prévue par le législateur belge est une liste fermée de critères de discrimination limitativement énumérés. Ensuite, nous avons vu que la loi autorisait un certain nombre de différences de traitements à la condition que celle-ci reposent sur une « justification objective et raisonnable ». À cette occasion, nous avons vu que tant la loi anti-discrimination que la directive 2000/78/CE permettent une différence de traitement lorsque celle-ci repose sur « une exigence professionnelle essentielle et déterminante » ; nous nous sommes dès lors plus précisément attardée à ces justifications « objectives » en matière d'emploi. Nous avons vu que cette notion d'« exigence professionnelle essentielle et déterminante » n'était pas définie par les différents législateurs, mais qu'elle avait été interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne dans ses arrêts. Dans un cas de discrimination à l'embauche basée sur les convictions religieuses, la Cour a considéré qu'un employeur ne peut décider lui-même de manière contraignante que l'appartenance d'un candidat à une religion spécifique constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Nous avons vu que la Cour s'est également prononcée quant à la question de savoir si un âge maximal au recrutement peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante. Mais à cet égard, sa position n'est pas constante, de

sorte qu'on n'est toujours pas fixé définitivement sur cette question. Enfin, la Cour a considéré que les exigences de la clientèle ne peuvent être considérées comme des « exigences professionnelles essentielles et déterminantes ». Par après, nous avons vu que des sanctions civiles et un mécanisme de partage la preuve sont mis en place par le législateur afin de garantir une protection efficace aux victimes de discriminations. Néanmoins, il apparaît qu'en matière de discrimination à l'embauche basée sur l'apparence physique, ces moyens demeurent inefficaces en ce qu'il est extrêmement difficile de prouver une telle discrimination. Le cadre juridique français n'a été évoqué que brièvement, puisqu'il très similaire au nôtre.

§91 Par la suite, nous avons signalé l'existence d'organismes chargés de lutter contre les discriminations tant en France qu'en Belgique ainsi que leurs principales compétences et missions.

§92 Ultérieurement, nous nous sommes penchée sur les critères français et belges qui sont censés protéger les individus contre les discriminations à l'embauche basées sur l'apparence physique. A cet égard, notre analyse a révélé qu'en France, la législation anti-discrimination prévoit bien un critère « apparence physique » qui a un champ d'application très large et qui permettrait de rencontrer la majorité des cas de discrimination basées sur ce critère. En Belgique, la situation est tout autre puisque le critère protégé par la loi anti-discrimination, c'est-à-dire la « caractéristique physique ou génétique » a un champ d'application si restreint qu'il ne permet pas une protection contre les discriminations que serait susceptible de subir un candidat à l'embauche en raison de son apparence physique. Sur la base de ces constatations, nous avons donc estimé que la protection assurée par loi belge contre les discriminations basées sur l'apparence physique était inefficace.

§93 Enfin, nous nous sommes attachée à l'analyse de la jurisprudence française et belge relative aux critères protégés respectifs, avant de conclure sur l'autonomie de ce critère. Nous avons vu qu'en pratique, le critère demeure peu appliqué en France, presque vingt ans après son introduction. Concernant la Belgique, la situation était similaire concernant le critère des caractéristiques physiques ou génétiques. Nous avons vu que ceci est dû, d'une part à la difficulté majeure de la preuve, et d'autre part au fait que le critère demeure « résiduel » en ce sens qu'il n'est mobilisé qu'en l'absence d'autres plus identifiables. L'analyse des signalements reçus par les organismes chargés de lutter contre les discriminations nous a permis d'arriver aux mêmes constats.

§94 Dès lors, vu que d'une part la discrimination basée sur l'apparence physique était citée parmi les premiers motifs de discrimination et que par ailleurs les réclamations sur ce même critère étaient quasi inexistantes, nous nous sommes interrogée sur la pertinence et l'utilité de ce critère. A cette occasion, nous avons évoqué les avis de divers intervenants qui s'étaient prononcés en la matière, ainsi

que nos réserves y afférentes. Il convient surtout de relever que le Défenseur des droits avait à cet égard considéré en 2016 que le critère était bien autonome et qu'il avait acquis une place à part dans la liste des critères protégés. Enfin, nous avons conclu à la légitimité du critère puisqu'il existe des cas où les discriminations dont pourrait être victime un candidat à l'embauche en raison de son apparence physique, ne pourraient être rattachées à aucun autre critère préexistant.

§95 En définitive, nous pouvons conclure que la législation française assure une protection effective, du moins en théorie (par le fait qu'elle contient dans sa liste des critères protégés l'apparence physique), contre les discriminations à l'embauche basées sur l'apparence physique. Quant à la Belgique, nous admettons qu'il y a certes l'hypothèse des discriminations multiples, où la victime de discrimination à l'embauche en raison de son apparence physique pourrait bénéficier d'une certaine protection en invoquant un autre critère, de sorte que l'on pourrait nous opposer que le critère de l'apparence physique n'est pas fondamentalement indispensable, puisque la victime n'est pas dépourvue de toute protection.

§96 Néanmoins, comme nous l'avons dit précédemment les discriminations à l'embauche en raison de l'apparence physique ne sont pas nécessairement multiples et il peut y avoir une multitude de cas où la personne serait victime de discrimination exclusivement en raison de l'apparence physique « beauté », « attractivité », tatouages, *piercings*, l'allure, la coiffure... bref tout autre élément qui n'entrerait pas dans la définition du critère des « caractéristiques physiques ou génétiques ». Dans cette dernière hypothèse, nous estimons que le critère protégé par notre loi anti-discrimination ne permet pas d'assurer une protection suffisante contre les discriminations à l'embauche que serait susceptible de subir un individu en raison de son apparence physique. Par conséquent, selon nous l'introduction du critère de l'apparence physique dans la liste des critères protégés par notre loi anti-discrimination, s'avère indispensable afin d'assurer une protection effective, puisqu'en l'absence de ce critère-là, les personnes qui subiraient une discrimination en raison de leur apparence physique seraient tout simplement privées de protection.

§97 Cela dit, nous sommes consciente que puisqu'il n'a pas été prouvé que l'introduction de ce critère dans la législation française ait permis d'améliorer nettement la protection contre les discriminations à l'embauche en raison de l'apparence physique, son introduction dans notre législation anti-discrimination pourrait être perçue comme symbolique.

§98 Quoi qu'il en soit ce sujet peut prêter à débat, puisque la discrimination basée sur l'apparence physique est un problème socio-juridique<sup>232</sup> et il serait dès lors utopique de croire que le droit puisse, à lui seul, le résoudre. À cet égard, l'évolution du droit ne peut imposer celle des mentalités et l'introduction du

critère de l'apparence physique dans la loi anti-discrimination ne permettrait pas, à lui seul, d'améliorer effectivement la protection contre de telles discriminations, et encore moins de les éradiquer. Cette protection serait certes assurée en théorie, mais si l'on veut effectivement améliorer la protection contre ces discriminations, nous pensons que, l'introduction du critère de l'apparence physique dans la liste des critères protégés devra être accompagnée de mesures de sensibilisation des recruteurs<sup>233</sup>, les invitant à prendre conscience de leurs propres stéréotypes et préjugés qui les amènent à accorder une importance démesurée à l'apparence physique lors de la sélection des candidats à l'embauche. Car tant que ce culte de la beauté ne s'estompera pas, les discriminations basées sur l'apparence physique ne cesseront d'exister...

- 
1. Emission diffusée en avril 2014 par la chaîne France 2 : dans la rubrique « Envoyé spécial - La prime à la beauté ». Publiée sur : <https://www.youtube.com/watch?v=Ts58y5XDb4o> ←
  2. J.-F. AMADIEU, *Le poids des apparences : Beauté, amour et gloire*, Paris, Odile Jacob, mars 2002. ←
  3. J.-F. AMADIEU, *La Société du paraître : Les beaux, les jeunes... et les autres*, Paris, Odile Jacob, septembre 2016. ←
  4. J.-Y. BAUDOIN et G. TIBERGHEN, *Ce qui est beau... est bien. Psychosociobiologie de la beauté*, Presses universitaires de Grenoble, 2004. ←
  5. A. RIBAUT, « Les entreprises prennent-elles en compte des critères physiques mais également ethniques au sein de leurs publicités ? », in « 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.71 ←
  6. H. GARNER-MOYER, « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », in « 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, p.48. ←
  7. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*. Approche comparatiste, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne Paris I, 2013, p.37. ←
  8. O. HIDRI et J. DUFLOS, « Entre le dire et (ne pas) le faire. Les recruteurs et la fabrique des discriminations selon l'apparence physique », *Déviance et Société*, 2017/4 (Vol. 41), p. 569. ←
  9. U. ECO, *L'Histoire de la laideur*, Flammarion, 2007. ←
  10. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », in P. WAUTELET (dir.), *Le droit de la lutte contre la discrimination dans tous ses états*, coll. CUP, Liège, Anthemis, 2009, pp. 23-24. ←
  11. H. GARNER-MOYER, « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », *op.cit.*, p.48. ←
  12. <http://www.dictionary.com/browse/lookism> ←
  13. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*, *op. cit.*, p.11. ←
  14. Urban Dictionary: lookism, [www.urbandictionary.com/define.php?term=lookism](http://www.urbandictionary.com/define.php?term=lookism). ←

15. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*, *op. cit.*, p.12. ↵
16. F. DEMARET, 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, p.5. ↵
17. <http://respectmag.com/dossiers/discrimination-physique/2015/06/30/histoire-dune-discrimination-487/> ↵
18. *Ibid.* ↵
19. C. HOREVOETS et S. VINCENT « Concepts et acteurs de la lutte contre les discriminations », in E. BRIBOSIA, I. RORIVE et S. VAN DROOGHENBROECK (coord.), *Droit de la non-discrimination - Avancées et enjeux*, Bruylant, Avril 2016, collection UB3, p.88. ↵
20. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*, *ibid.* ↵
21. À titre d'exemple, voir L.M. WATKINS, L. JONHSTON, « Screening Job Applicants: the impact of physical attractiveness and application quality », *International Journal of Selection and Assessment*, vol. 8, 2000, p. 76-84. ↵
22. [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/etudes\\_et\\_resultats\\_barometre\\_ap\\_vf-v4.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/etudes_et_resultats_barometre_ap_vf-v4.pdf) ↵
23. J.-Y. BAUDOUIN et G. TIBERGHEN, *Ce qui est beau... est bien. Psychosociobiologie de la beauté*, Presses universitaires de Grenoble, 2004. ↵
24. O. ROHMER et E. LOUVET, « Le stéréotype des personnes handicapées en fonction de la nature de la déficience. Une application des modèles de la bi-dimensionnalité du jugement social », *L'Année psychologique*, 111, 2011, p. 69-85. ↵
25. L'émission de coaching « Nouveau look pour une nouvelle vie » diffusée sur la chaîne française M6 s'inscrit dans cette veine. Publiée sur : [https://www.6play.fr/nouveau-look-pour-une-nouvelle-vie-p\\_897](https://www.6play.fr/nouveau-look-pour-une-nouvelle-vie-p_897) ↵
26. Décision du Défenseur des droits MLD n°2016-058  
Publiée sur : [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=14278](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=14278) ↵
27. O. HIDRI, Le « physique de l'emploi », *Communications* 2011/2 (n°89), p. 117. ↵
28. H. GARNER-MOYER, « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », *op.cit.*, p.48. ↵
29. I. BARTH et L. RAMBOARISON-LALAO, « Perception de l'apparence dans le monde du travail : le poids des préjugés. Enquête auprès de 909 postiers », *Management & Avenir*, 2013/2 (N° 60), p. 176-177. ↵
30. J.-F. AMADIEU, « Testing et mesure des discriminations », in « 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 Pélisson, animation et idée originale, Khalid Hamdani, p.104. ↵
31. J.-F. AMADIEU, « Les discriminations sur la vie professionnelle et sociale », *Observatoire des discriminations*, Université Paris I, 2003, p.16. ↵
32. *Ibid.*, p.15. ↵
33. Enquête « Testing » sur CV, réalisée par l'Observatoire des discriminations, Adia/Paris 1, en 2004. Publiée sur : <http://www.prejuges-stereotypes.net/espaceDocumentaire/amadiEUTesting2004.pdf> ↵
34. J.-F. AMADIEU, « Testing et mesure des discriminations », *op.cit.*, p.107. ↵
35. H. GARNER-MOYER, « L'esthétisation du marché du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », *op.cit.*, pp.48-58. ↵

36. F. BOVENKERK, Testing discrimination in natural experiments, A manual for international comparative research on discrimination on the grounds of « race » and ethnic origin, *ILO*, 1992. ←
37. *La discrimination dans l'Union européenne, eurobaromètre spécial 263, janvier 2007, p.18. Publié sur : [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_263\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_263_fr.pdf)* ←
38. *La discrimination dans l'Union européenne, eurobaromètre spécial 296, juillet 2008, p.28. Publié sur : [http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_296\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_296_fr.pdf)* ←
39. *La discrimination dans l'Union européenne, eurobaromètre spécial 317, novembre 2009, p.48. Publié sur :*  
*[http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_317\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_317_fr.pdf)* ←
40. *La discrimination dans l'Union européenne, eurobaromètre spécial 393, janvier 2013, p.19. Publié sur :*  
*[http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs\\_393\\_sum\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/ebs/ebs_393_sum_fr.pdf)* ←
41. *La discrimination dans l'Union européenne, eurobaromètre spécial 437, octobre 2015, p.19. Publié sur :*  
*[http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/ebs\\_437\\_sum\\_en.pdf](http://www.equineteurope.org/IMG/pdf/ebs_437_sum_en.pdf)* ←
42. *La discrimination dans l'UE en 2015. Résultats pour la France, publiés sur :*  
*<https://www.google.be/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewidopWmltDaAhUEZFAKHSvtAaIQFggqMAA&url=https%3A%2F%2Fec.europa.eu%2Fcommfrontoffice%2Fpublicopinion%2Findex.cfm%2FResultDoc%2Fdownload%2FDocumentKy%2F68106&sg=AOvVaw2DcxdkhjPp-nRVWNah7o5>* ←
43. *La discrimination dans l'UE en 2015. Résultats pour la Belgique, publiés sur :*  
*[https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties\\_docs/ebs\\_437\\_fact\\_be\\_fr.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Publicaties_docs/ebs_437_fact_be_fr.pdf)* ←
44. I. BARTH et L. RAMBOARISON-LALAO, « Perception de l'apparence dans le monde du travail : le poids des préjugés. Enquête auprès de 909 postiers », *op.cit.*, p. 191. ←
45. 9<sup>ème</sup> édition du Baromètre du Défenseur des droits et de l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi, « Le physique de l'emploi » : discriminations et apparence physique. Etudes & Résultats. Publié sur :  
*[https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/etudes\\_et\\_resultats\\_barometre\\_ap\\_vf-v4.pdf](https://defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/etudes_et_resultats_barometre_ap_vf-v4.pdf)* ←
46. *Ibid.*, p.3. ←
47. *Ibid.*, p.4. ←
48. *Ibid.*, p.5. ←
49. Rapport annuel d'activité 2016 du Défenseur des droits, p.97. Publié sur :  
*[https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2016-num-20.02.2017\\_1.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa-2016-num-20.02.2017_1.pdf)* ←
50. O. HIDRI et J. DUFLOS, « Entre le dire et (ne pas) le faire. Les recruteurs et la fabrique des discriminations selon l'apparence physique », *op.cit.*, p. 569. ←
51. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 8. ←
52. Convention sur les droits politiques de la femme, conclue à New York le 3 mars 1953, approuvée par la loi du 19 mars 1964, *M.B.*, 2 septembre 1964. ←
53. Pacte international relatif aux droits civils et politiques, signés à New York le 19 décembre 1966, approuvé par la loi du 15 mai 1981, *M.B.*, 6 juillet 1983. ←
54. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discriminations à l'égard des femmes, adoptée à New York le 18 décembre 1979, approuvée par la loi du 11 mai 1983, *M.B.*, 5 novembre 1985. ←
55. Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, conclue à New-York, approuvée par la loi du 25 novembre 1991, *M.B.*, 5 septembre 1991. ←

56. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, pp. 8-9. ←
57. Convention n° 111 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession, adoptée à Genève le 25 juin 1958. ←
58. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, art. 14. et Protocole additionnel, signé à Paris le 20 mars 1952, approuvés par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955. ←
59. C.E.D.H., 8 juin 1976, *Engel et autres c. Pays-Bas*, n°5100/71 et al., § 72. ←
60. C.E.D.H., 26 février 2002, *Fretté c. France*, n° 36515/97, § 2. Voy. égal. C.E.D.H., 19 février 2013, *X et autres c. Autriche*, n° 19010/07, § 99. ←
61. C.E.D.H., 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n°17371/90, § 41. Cf. aussi C.E.D.H., 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, n°40892/98, §41. ←
62. C.E.D.H., 30 juillet 2009, *Danilenkov et autres c. Russie*, n° 67336/01, § 124. ←
63. C.E.D.H., 30 avril 2009, *Glor c. Suisse*, n°13444/04, § 80. ←
64. C.E.D.H., 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie*, n°2700/10, § 57. ←
65. Protocole n°12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adopté à Rome le 4 novembre 2000. ←
66. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 9. ←
67. E. BRIBOSIA, « La lutte contre les discriminations dans l'union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée » (sous la dir. de C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK), in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten -les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 33. ←
68. V. VERBRUGGEN, « La contribution de la Charte sociale européenne (1961) et de la Charte sociale européenne révisée (1996) à la protection des droits des enfants », *Journal du droit des jeunes* 2006/7 (N° 257), p. 18. ←
69. Charte sociale européenne (révisée), Strasbourg, 3 mai 1996, art. 20 et art. E, publié sur : <https://rm.coe.int/168007cf94> ←
70. Traité instituant la Communauté européenne, signée à Rome le 25 mars 1957, art.12, publié sur : [www.eurlex.europa.eu/homepage](http://www.eurlex.europa.eu/homepage). ←
71. *Ibid.*, art.13. ←
72. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 10; E. BRIBOSIA, « La lutte contre les discriminations dans l'union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », *op. cit.*, p. 43. ←
73. *J.O. L* 303 du 2 décembre 2000, pp. 16-22. ←
74. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, pp. 10-11; E. BRIBOSIA, « La lutte contre les discriminations dans l'union européenne : une mosaïque de sources dessinant une approche différenciée », *op. cit.*, p. 46. ←
75. Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 7 décembre 2000. ←
76. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été formellement proclamée à Nice en décembre 2000 par le Parlement européen, le Conseil et la Commission. En décembre 2009, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, ce document s'est vu conférer la même force juridique obligatoire que les traités. À cette fin, la Charte des droits fondamentaux a été modifiée et proclamée une deuxième fois en décembre 2007. Elle comprend un préambule introductif et 54 articles répartis en 7 chapitres.
- La Charte des droits fondamentaux est applicable aux institutions européennes dans le respect du principe de subsidiarité et en aucun cas elle ne peut étendre les compétences et les tâches que les traités leur confèrent. Elle est également applicable aux pays de l'UE lorsqu'ils mettent en œuvre la législation de l'UE. La signification et le champ d'application de tout droit qui correspond aux droits garantis par la CEDH doivent être conformes à ceux définis par celle-ci. E. BRIBOSIA et A. BAILLEUX, « La Charte des droits fondamentaux et l'Union européenne », in S. VAN DROOGHENBROECK et P. WAUTELET (dir.), *Droits fondamentaux en mouvement—Questions choisies d'actualité*, coll. CUP, vol. 137, Liège, Anthemis, 2007. ←

77. Pour un commentaire de ces articles, voy. not. E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE, Article 20 et Article 21, in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 489 et s. ←
78. Pour un commentaire de cet article, voy. not. J. JACQMAIN, Article 23, *ibid.*, pp. 535 et s. ←
79. C.A., 13 octobre 1989, *Biorim*, n° 18/90. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., n° 23/89, 13 octobre 1989, in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Droit international des droits de l'homme devant le juge national (Les grands arrêts de la jurisprudence belge)*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 423- 429. ←
80. Cass., 16 juin 2014, *Chr. D.S.*, 2014, p.316, obs. J. JACQMAIN. ←
81. S. VAN DROOGHENBROECK, « La non-discrimination dans les rapports entre particuliers : de nouvelles données », in M. PAQUES et J.-Cl. SCHOLSEM (dir.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit ?*, coll. CUP, vol. 73, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 98. ←
82. C.C., 3 octobre 1996, n° 54/96, B. 9. ←
83. Elles remplacent la loi du 7 mai 1999 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne les conditions de travail, l'accès à l'emploi et aux possibilités de promotion, l'accès à une profession indépendante et les régimes complémentaires de sécurité sociale et la loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, dont certaines dispositions avaient été annulées, en date du 6 octobre 2004, par la Cour constitutionnelle (C.C., 6 octobre 2004, n° 157/2004). ←
84. B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, p. 12. ←
85. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
86. *M.B.*, 19 décembre 2008. ←
87. *M.B.*, 3 septembre 2010. ←
88. *M.B.*, 5 juin 2012. ←
89. *M.B.*, 23 septembre 2008. ←
90. Telle que modifiée par l'ordonnance du 09 décembre 2010, *M.B.*, 17 décembre 2010. ←
91. *M.B.*, 21 novembre 2017. ←
92. Arrêtés royaux du 11 janvier 2009 rendant obligatoire les conventions collectives de travail n° 95 du 10 octobre 2008 et n°38 *sexies* du 10 octobre 2008, *M.B.*, 4 février 2009. ←
93. <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-095.pdf> ←
94. [www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-038.pdf](http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-038.pdf) ←
95. *Convention collective de travail n° 38 du 6 décembre 1983 concernant le recrutement et la sélection de travailleurs*, modifiée par les conventions collectives de travail n°38 *bis* du 29 octobre 1991, n° 38 *ter* du 17 juillet 1998, n° 38 *quater* du 14 juillet 1999, n° 38 *quinquies* du 21 décembre 2004 et n° 38 *sexies* du 10 octobre 2008, *art. 2bis*. ←
96. [https://www.groups.be/1\\_37860.htm](https://www.groups.be/1_37860.htm) ←
97. <http://www.cnt.be/INTERP-AKKOORD/IPA-2007-2008-FR.pdf>, p.4. ←
98. Pour une analyse approfondie de cette loi, voy. not. C. BAYART, S. SOTTIAUX, S. VAN DROOGHENBROECK(dir.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten - Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Chartre, 2008. ←
99. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
100. Loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination et modifiant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *M.B.*, 17 mars 2003. ←

101. Directive (CE) n°2000/43/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, *J.O.C.E.*, L. 180, 19 juillet 2000. ←
102. Directive (CE) n°2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création du cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.*, L.303, 2 décembre 2000. ←
103. F. CRABEELS, D. DESAIVE, P. MALDEREZ, « Du neuf en matière de lutte contre la discrimination : les lois du 10 mai 2007 » (sous la dir. de DUMONT M.), in *Le droit du travail dans tous ses secteurs*, CUP, Liège, Anthémis, 2008, p. 57 ; B. RENAULD, « Sources et notions du droit de la lutte contre les discriminations », *op. cit.*, pp. 14-15; J.H. GERARDS, « Gronden van discriminatie- de wenselijkheid van open en gesloten opsommingen » (sous la dir. de C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK), in *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten - les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Chartre, 2008, pp. 1176-177. ←
104. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 5 §1, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
105. J. VELAERS, « De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatie wet. Enkele constitutionele beschouwingen », *Vrijheid en Gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie wet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 314. ←
106. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 3 et art. 4, 4°, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
107. *Ibid.*, art. 4, 13°. ←
108. C.C., 12 février 2009, n° 17/2009, B.14.7. ←
109. F. CRABEELS, D. DESAIVE, P. MALDEREZ, « Du neuf en matière de lutte contre la discrimination : les lois du 10 mai 2007 » *op. cit.*, pp. 76-77. ←
110. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 7 et 9 *M.B.*, 30 mai 2007. ←
111. *Ibid.*, art. 8. ←
112. Directive (CE) n°2000/78 du Conseil du 27 novembre 2000 portant création du cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, art. 4, *J.O.C.E.*, L.303, 2 décembre 2000. ←
113. *Ibid.*, art. 4, §1ier. ←
114. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 8, §1ier, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
115. *Ibid.*, art. 8, §2. ←
116. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
117. Voy. à cet égard l'« Avis n° 4 du 15 janvier 2014 de la Commission permanente du travail du Conseil de l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, relatif à un avant-projet d'arrêté royal « fixant les cas dans lesquels il peut être fait mention du sexe dans les conditions d'accès à un emploi ou une activité professionnelle, en exécution de l'article 13, §3 de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes », qui n'a cependant pas abouti. ←
118. C.J.U.E., 17 avril 2018, *Vera Egenberger c. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.*, aff. C 414/16. ←
119. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 8, §3, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
120. C.J.U.E., 12 janvier 2010, *Colin Wolf c. Stadt Frankfurt am Main*, aff. C-229/08, §37 à §43. ←
121. Voy. J. JACQMAIN, chronique annuelle, « Egalité entre travailleurs féminins et masculins - Autres discriminations, 'Article 19 TFUE' », *Journal de droit européen*, 2010, p. 314. ←

122. *Ibid.*, 2015, p.370. ←
123. *Ibid.*, novembre 2017, p.372. ←
124. C.E., n°239.217 du 26 septembre 2017. ←
125. Sur la répartition des compétences, voy. J. JACQMAIN, « Les lois anti-discriminations, services publics compris » dans C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK(coord.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten - Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Chartre, 2008, pp. 612 et s. ←
126. J. JACQMAIN, *Un âge maximal pour le recrutement d'éboueurs*, in *Statut des administrations locales et provinciales, Actualités en bref*, Kluwer, n°313, novembre 2017. ←
127. Nous tenons à remercier le professeur Jean JACQMAIN, pour le partage de son savoir sur la présente thématique, le soutien et les précieux conseils qu'il nous a apportés tout au long de la réalisation de ce mémoire. ←
128. C.J.C.E., 10 juillet 2008, *Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme c. Firma Feryn*, aff. C-54/07. ←
129. C.J.U.E., 14 mars 2017, *Asma Bougnaoui, Association de défense des droits de l'homme (ADDH) c. Micropole SA*, aff. C-188/15. ←
130. O. DE SCHUTTER, *Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi*, PIE Peter LANG, Bruxelles/Berne/Berlin Francfort, 2001, p.64. ←
131. V. DE SAEDELEER et A. VAN REGENMORTEL, « De gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en haar (gespannen ?) relatie tot het recht op arbeid en het non-discriminatiebeginsel », (sous la dir. M. RIGAUX et e.a.), in *Actuele probelemen van het arbeidsrecht*, n° 7, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 159-160. ←
132. K. VAN DEN LANGENBERGH, « Discriminatie van gehandicapten bij aanwerving : een verkennende analyse » in *Vrijheid en gelijkheid, de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatie wet*, Anvers, Maklu, 2003, p. 600 ; C. BAYART, *Discriminatie tegenover differentiatie Arbeidsverhoudingen na de Discriminatie wet. Arbeidsrecht na de Europese Ras - en Kaderrichtlijn*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 661. ←
133. V. DE SAEDELEER et A. VAN REGENMORTEL, « De gezondheidsbeoordeling in de arbeidsverhoudingen en haar (gespannen ?) relatie tot het recht op arbeid en het non-discriminatiebeginsel », *op. cit.*, pp. 160-161. ←
134. Cet exemple figure au demeurant dans l'exposé des motifs de la directive « racisme ». ←
135. *Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, M.B., 30 mai 2007, art. 17, §1, M.B.*, 30 mai 2007. ←
136. I. CARLES, *L'usage des lois visant à lutter contre les discriminations raciales en Belgique : une perspective de genre*, Rapport final, Université Libre de Bruxelles, 2007, p. 14. ←
137. *Ibid.*, p.15. ←
138. K. LEMMENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination, un corpus juris en quête de cohérence », in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination - Actuele topics discriminatierecht*, Bruges - Bruxelles, Die Keure - La Chartre, 2010, p. 95. ←
139. J. JACQMAIN, *Protection de la maternité, Etudes pratiques de droit social, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 32.* ←
140. Trib. trav. Liège, div. Dinant, (2ième ch., vac.), 11 août 2017. Publiée sur <https://jura.kluwer.be> ←
141. *Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, M.B., 30 mai 2007, art. 28, §1, M.B.*, 30 mai 2007. ←
142. F. CRABEELS, D. DESAIVE, P. MALDEREZ, « Du neuf en matière de lutte contre la discrimination : les lois du 10 mai 2007 », *op.cit.*, p. 104. ←

143. I. RORIVE et P.-A. PERROUTY, « Réflexions sur les difficultés de preuve en matière de discriminations », *Rev. dr. étr.*, 2005, p. 161. ←
144. *Ibid.* ←
145. *Ibid.*, p. 162. ←
146. *Ibid.* ←
147. S. VAN DROOGHENBROECK, « La loi du 25 février 2003 tendant à lutter contre la discrimination : les défis d'une 'horizontalisation' des droits de l'homme », *A.P.T.*, 2003, p. 244. ←
148. V. VAN DER PLANCKE, « Les effets du droit européen antidiscriminatoire en Belgique : quelques originalités », in *Septième journées d'étude du pôle européen Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2010*, p. 177. ←
149. V. VAN DER PLANCKE, « Les tribulations du testing en Belgique : quels enseignements ? », in *Horizons stratégiques*, 2007/3, n° 5, p. 443. ←
150. V. VAN DER PLANCKE, « Quels dispositifs pour prouver la discrimination ? » (sous la dir. de C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK), in *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten -les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Chartre, 2008, p. 447. ←
151. *Ibid.* ←
152. Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, art. 28, §3, 1°, *M.B.*, 30 mai 2007. ←
153. <http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.asp> ←
154. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=BDEC5B1F1FA558AD3A8D4E5373261E2D.tplgfr26s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165298&cidTexte=LEGITEXT000006070719](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=BDEC5B1F1FA558AD3A8D4E5373261E2D.tplgfr26s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165298&cidTexte=LEGITEXT000006070719) ←
155. [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=BDEC5B1F1FA558AD3A8D4E5373261E2D.tplgfr26s\\_3?idSectionTA=LEGISCTA000006177836&cidTexte=LEGITEXT000006072050](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=BDEC5B1F1FA558AD3A8D4E5373261E2D.tplgfr26s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006177836&cidTexte=LEGITEXT000006072050) ←
156. Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses mesures d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Publiée sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000018877783> ←
157. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006072050&idArticle=LEGIARTI000018482680> ←
158. Décision du Défenseur des droits MLD n°2016-058, p.5.  
Publiée sur : [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=14278](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=14278) ←
159. Accord de coopération du 12 juin 2013 entre l'Autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune, au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. ←
160. Cet accord a fait l'objet d'assentiments par la loi du 19 janvier 2014 portant assentiment à l'accord de coopération du 12 juin 2013 visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations, *M.B.*, 5 mars 2014, par le décret de la Communauté flamande du 20 décembre 2013 portant assentiment à l'accord de coopération du 12 juin 2013 entre l'autorité fédérale, les Régions et les Communautés visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations sous la forme d'une institution commune au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, *M.B.*, 28 janvier 2014, par le décret de la Communauté française du 5 décembre 2013, *M.B.*, 5 mars 2014, par le décret de la Communauté germanophone du 20 janvier 2014, *M.B.*, 5 mars 2014, par le décret de la Région wallonne du 11 décembre 2013, *M.B.*, 5 mars 2014, par l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 27 février 2014, *M.B.*, 5 mars 2014, par l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 3 avril 2014, *M.B.*, 11 avril 2014 et enfin par le décret de la Commission communautaire française du 19 décembre 2013, *M.B.*, 31 décembre 2013. ←

161. Loi du 17 août 2013 adaptant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme en vue de le transformer en un Centre fédéral pour l'analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains, *M.B.*, 5 mars 2014. ←
162. Loi du 16 décembre 2002 portant création de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, art. 3, *M.B.*, 31 décembre 2002. ←
163. Art. 6§4 de l'accord de coopération du 12 juin 2013. ←
164. *Ibid.*, art. 6, §3. ←
165. Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République ←
166. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ←
167. <https://defenseurdesdroits.fr/fr/institution/organisation/defenseur> ←
168. Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, art.18. ←
169. *Ibid.*, art.21. ←
170. *Ibid.*, art.26. ←
171. *Ibid.*, art.27. ←
172. *Ibid.*, art.34. ←
173. *Ibid.*, art.36. ←
174. Loi n°2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations. Publiée sur : <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000588617> ←
175. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*, *op. cit.*, p.12. ←
176. H. GARNER-MOYER, « L'esthétisation du travail : la beauté comme critère de discrimination en phase de recrutement », *op.cit.*, p.48. ←
177. O. HIDRI et J. DUFLOS, « Entre le dire et (ne pas) le faire. Les recruteurs et la fabrique des discriminations selon l'apparence physique », *op.cit.*, p. 568. ←
178. Décision du Défenseur des droits MLD n°2016-058, p.3.  
Publiée sur : [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=14278](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=14278) ←
179. L. PÉRU-PIROTTE, « 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 Hamdani, 16 novembre 2009, pp.15-16. ←
180. *Ibid.* ←
181. P. VUILQUE, rapporteur Assemblée Nationale, n° 2609, introduction, I.  
<http://www.assemblee-nationale.fr/11/cr/html/20010013.asp>. ←
182. *Ibid.* ←
183. *Ibid*, *examen des articles*. ←
184. L. PÉRU-PIROTTE, « Réflexions autour du critère de l'apparence physique », *op.cit.*, p.16 ←
185. <https://www.unia.be/fr/criteres-de-discrimination/autres-criteres-de-discrimination#Les-caracteristiques-physiques> ←
186. <http://respectmag.com/dossiers/discrimination-physique/2015/06/30/histoire-dune-discrimination-487/> ←

187. Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 11 janvier 2012, n°10-28.213. Publiée sur :  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000025151516&fastReqId=31675721&fastPos=1> ↵
188. Cour d'appel de Montpellier, 27 octobre 2010, n°10/01174. Publiée sur :  
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000024512820> ↵
189. HALDE-Délibération n° 2006- 206 du 2 octobre 2006, publiée sur :  
[https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=1122](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=1122) ↵
190. HALDE-Délibération n° 2011-26 du 31 janvier 2011, publiée sur :  
[https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=97](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=97) ↵
191. Décision du Défenseur des droits MLD-2014-147, publiée sur :  
[https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=11301](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=11301) ↵
192. En l'espèce la décision du Défenseur des droits a été anonymisée, néanmoins les articles de presse de l'époque nous confirment bien que cette décision concerne Abercrombie & Fitch. Publiée sur :  
[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](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)
- De plus, le Défenseur des droits lui-même le confirme puisqu'il commence la description des faits ayant menée à la décision en question par « *Après avoir pris connaissance de plusieurs articles de presse relatant des processus de recrutement discriminatoires car fondés sur l'apparence physique au sein de la société X, le Défenseur des droits s'est saisi d'office, le 15 juillet 2013...* ». ↵
193. Décision du Défenseur des droits MLD-2014-147, p.5. ↵
194. *Ibid.*, p.5. ↵
195. *Ibid.*, p.6. ↵
196. *Ibid.*, p.8. ↵
197. *Ibid.*, p.13. ↵
198. Décision du Défenseur des droits MLD n°2016-058 ↵
199. *Ibid.*, pp. 1-2. ↵
200. *Ibid.*, p. 2. ↵
201. Décision du Défenseur des droits n°2018-016  
Publiée sur : [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=17302](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17302) ↵
202. Trib. trav. Liège, div. Dinant (2ième ch.), 20 juin 2016. Publiée sur :  
[https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2016\\_06\\_20\\_Trib.\\_trav.\\_Liège.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/2016_06_20_Trib._trav._Liège.pdf) ↵
203. C. trav. Liège, div. Namur (6e ch.), 12 octobre 2017. Publiée sur :  
[https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Cour\\_de\\_travail\\_de\\_Liège\\_12\\_octobre\\_2017.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Cour_de_travail_de_Liège_12_octobre_2017.pdf)  
↵
204. V. GHESQUIÈRE, « La prise en compte de la discrimination à raison de l'apparence physique par les institutions publiques de lutte contre les discriminations : la Belgique », in « 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 Pélisson, animation et idée originale, Khalid Hamdani, p.161. ↵
205. UNIA - Rapport chiffres 2015 - Juin 2016, p.49, disponible sur :  
[https://www.unia.be/files/Documenten/Jaarrapport/chiffres\\_2015.pdf](https://www.unia.be/files/Documenten/Jaarrapport/chiffres_2015.pdf) ↵
206. UNIA - Rapport chiffres 2016 - Juin 2017, p.49, disponible sur :  
[https://www.unia.be/files/Beelden/Publicaties\\_beeld/Rapport\\_chiffres\\_2016\\_def.pdf](https://www.unia.be/files/Beelden/Publicaties_beeld/Rapport_chiffres_2016_def.pdf) ↵

207. Défenseur des droits – Rapport annuel d’activités 2015, disponible sur :  
[https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa2015\\_courtvt2.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa2015_courtvt2.pdf) ←
208. *Ibid.*, pp. 75-76. ←
209. Défenseur des droits – Rapport annuel d’activités 2016, p. 106, disponible sur :  
[https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=17006](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=17006) ←
210. Défenseur des droits – Rapport annuel d’activités 2017, p. 106, disponible sur :  
[https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa2017\\_num-accessibilite-10.04.2018.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/raa2017_num-accessibilite-10.04.2018.pdf) ←
211. *Ibid.*, p. 48. ←
212. *Ibid.* p. 49. ←
213. L. PÉRU-PIROTTE, « 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, pp.18-23. ←
214. Elle poursuit ainsi : « *En effet, la prise en considération de l’état de santé permet de couvrir les comportements discriminatoires exercés sur des personnes malades, que la maladie soit professionnelle ou de droit commun, et sur celles qui ne sont pas malades (mais par exemple séropositives, ou bien dont les caractéristiques génétiques montrent une prédisposition à telle ou telle maladie). Des comportements motivés par la prise en considération d’un des éléments qui constituent le physique (la maigreur, l’obésité, le strabisme, les taches de rousseur), et le psychisme de cet individu peuvent donc être réprimés à partir de la référence à la discrimination fondée sur l’état de santé* ». ←
215. L. PÉRU-PIROTTE, « Réflexions autour du critère de l’apparence physique », *op cit.*, p.18. ←
216. <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/outils/les-discriminations-liees-au-handicap-et-a-letat-de-sante> ←
217. <https://www.unia.be/fr/criteres-de-discrimination/autres-criteres-de-discrimination#Letat-de-sante> ←
218. Nous reproduisons textuellement la retranscription telle que présentée dans les actes du colloque page 46 : Echanges avec la salle – Question 5 : « *Bonjour, je travaille dans un Centre pour l’égalité des chances en Belgique. Vous disiez Mme Péru-Pirotte, que le critère de l’apparence physique n’était pas pertinent. Dans le cas du critère de la taille, je ne vois pas comment on peut mettre ça sous la définition de l’état de santé.*
- Réponse de Mme Péru-Pirotte : *En prenant la définition de l’OMS, la taille rentre aussi dans l’état de santé.*
- (Brouhaha et contestations dans la salle) ». ←
219. « *La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d’infirmité* ». Publiée sur : <http://www.who.int/suggestions/faq/fr/> ←
220. L. PÉRU-PIROTTE, « Réflexions autour du critère de l’apparence physique », *op cit.*, p.19. ←
221. *Ibid.*, pp.19-23. ←
222. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l’apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*. Approche comparatiste, Thèse de doctorat en droit, Université Panthéon-Sorbonne Paris I, 2013, pp.178-179. ←
223. Décision du Défenseur des droits MLD n°2016-058, p.2. ←
224. *Ibid.* ←
225. 9<sup>ème</sup> édition du Baromètre du Défenseur des droits et de l’OIT sur la perception des discriminations dans l’emploi, « Le physique de l’emploi » : discriminations et apparence physique. ←

226. 9<sup>ème</sup> édition du Baromètre du Défenseur des droits et de l'OIT sur la perception des discriminations dans l'emploi, « Le physique de l'emploi » : discriminations et apparence physique. Etudes & Résultats, p.6. ↵
227. *Ibid.* ↵
228. *Ibid.* ↵
229. *Ibid.* ↵
230. P. LIOTARD, « Apparences concrètes et discriminations discrètes », in « 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 Pélisson, animation et idée originale, Khalid Hamdani, p.41. ↵
231. En effet, les différents sondages évoqués (*supra*) prouvent que même si le nombre de réclamations ou de plaintes est très bas, le nombre de discriminations subies par les individus en raison de l'apparence physique est au contraire très élevée et ce critère de discrimination se place même en première position des sondages. ↵
232. R. JABBOUR, *La discrimination à raison de l'apparence physique (lookisme) en droit du travail français et américain*, *op. cit.*, p.285. ↵
233. Il s'agit d'ailleurs d'une des recommandations adressées aux employeurs par le Défenseur des droits dans sa décision cadre du 12 février 2016 évoquée *supra* : « - *mettre en place une session de sensibilisation à la déconstruction des stéréotypes et des préjugés liés à l'apparence physique, à destination des personnes en charge du recrutement* ». ↵