

Les discriminations à l'embauche du fait d'un tatouage voyant



Ariane Fusco-Vigne,
membre de l'Institut Art & Droit

« *Le corps humain ne pourrait bien n'être qu'une apparence. Il cache notre réalité. Il s'épaissit sur notre lumière ou sur notre ombre. La réalité c'est l'âme. À parler absolument, notre visage est un masque. Le vrai homme, c'est ce qui est sous l'homme.* » Ce passage, extrait du roman *Les travailleurs de la mer* de Victor Hugo, invite à reléguer l'apparence physique au rang des artifices pour qui veut véritablement saisir l'essence d'un homme. Il est à craindre que cette approche empreinte de sagesse ne fasse pas partie des mantras des

responsables de ressources humaines et recruteurs en tout genre. Ce n'est en effet un mystère pour personne : la prise en considération de l'apparence physique lors d'un processus de recrutement est un fait. Une enquête menée en 2020 par le Défenseur des Droits révèle que 23 % des sondés déclaraient avoir été victimes d'une discrimination dont 40 % était liée à leur apparence physique¹. Arborer un tatouage visible est donc susceptible de jouer, à compétence égale, en défaveur d'un candidat à une embauche.

Apanage des marins tels ceux peuplant

le roman de Victor Hugo et des marginaux en tout genre, la pratique du tatouage est toutefois aujourd'hui en fort développement et transcende le milieu social et le sexe. Ce dessin indélébile, autrefois transgressif et distinctif, est ainsi de plus en plus toléré au sein du monde du travail, adepte pourtant de normes de soumission à une apparence. Il demeure cependant des résistances dont sont conscients les salariés : un sondage réalisé en 2015 par *Le Figaro* révèle que 71 % des sondés affirmaient assumer leur tatouage dans le cadre

1) 13^e Baromètre de la perception des discriminations dans l'emploi - Des préjugés aux discriminations : des conséquences durables pour les individus | Défenseur des Droits (defenseurdesdroits.fr).



professionnel, mais que 29 % préféreraient le dissimuler de peur que cela ne leur porte préjudice². Comment juguler les risques de discriminations liés au port visible d'un tatouage lors d'un processus de recrutement ? Comment concilier ce port avec certaines contraintes de la vie du travail et la frilosité de certains employeurs en présence d'un mode d'expression corporelle encore évocateur pour beaucoup d'une forme d'anticonformisme ?

Un arsenal contre les discriminations

Il existe depuis 2001 un arsenal législatif et jurisprudentiel bien rôdé qui permet de lutter contre ces discriminations liées à l'apparence physique. Point besoin donc de bouleverser la matière, en recherche constante d'un équilibre entre les droits des salariés et de l'employeur.

L'article L. 1132-1 du Code du travail dispose qu'« aucune personne ne peut être écartée d'une procédure de recrutement (...) en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son identité de genre, de son âge (...), de son apparence physique, de son nom de famille, (...) 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 ». La loi interdit donc la prise en considération de l'apparence physique lors d'un processus de recrutement. La mention « d'apparence physique » a été ajoutée en 2001 à la liste des motifs de discrimination interdits dans le Code du travail afin principalement d'empêcher les discriminations liées à la

couleur de peau. Quelle définition donner à l'apparence physique ? Il faut se tourner à nouveau vers le Défenseur des Droits, désormais source principale en la matière, qui la définit comme « l'ensemble des caractéristiques physiques (taille, poids, etc.) et des attributs (tenue vestimentaire, coiffure...) propres à une personne. Elle peut être sous-divisée entre les caractéristiques inaltérables (telles que la couleur de peau, les traits du visage) et les caractéristiques manipulables par une personne : piercing, vêtements, coiffure³. » Sa définition est donc large, et le tatouage, caractéristique dissimulable mais inaltérable, peut s'y ajouter sans difficulté. Le Défenseur des Droits, dont le pouvoir est limité à de simples recommandations, a toutefois estimé utile, compte tenu de l'ampleur de la pratique, d'adopter une décision-cadre en 2019⁴, dont une annexe 5 est consacrée au tatouage. Cette décision invite les employeurs à la tolérance dès lors que les tatouages demeurent discrets et non choquants.

Des exceptions encadrées

Reconnaissons-le, ces critères sont relativement subjectifs et doivent être de surcroît confrontés, comme c'est le cas à chaque fois en présence d'une liberté, à des exceptions d'interprétation stricte, que le législateur a pris soin d'encadrer à l'article L. 1121-1 du Code du travail : « Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir, ni proportionnées au but recherché. » Aussi, le port d'un tatouage visible pourrait être interdit en

raison de la nature de la fonction exercée par le salarié, le critère étant souvent celui du contact ou non avec une clientèle, et s'il est proportionné au but recherché. Il n'existe pas à notre connaissance de décisions relatives à des faits de discrimination à l'embauche en raison d'un tatouage visible⁵, la jurisprudence se concentrant essentiellement sur des pratiques discriminatoires du fait des origines du candidat. Pour tenter néanmoins de cerner ces restrictions, un parallèle peut être effectué avec le port d'autres signes non connotés religieusement tels que les piercings, un certain style vestimentaire ou encore une barbe. A été ainsi validée l'interdiction faite à un salarié de porter des piercings dont l'emploi consistait à travailler en costume d'époque dans un parc d'attraction, ce port étant révélateur d'un anachronisme⁶. En revanche, a été annulé le licenciement d'un serveur qui avait refusé de retirer ses boucles d'oreilles pendant le service dans un restaurant gastronomique au motif que l'employeur ne justifiait pas sa décision par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination⁷. On pourra s'étonner que le port du tatouage soit au sein de la compagnie Air France, interdit par le manuel des règles du port de l'uniforme en ces termes : « les tatouages et piercings visibles ne sont pas autorisés, y compris le piercing sur la langue », interdiction imprécise et générale destinée probablement à évoluer. Outre le secteur d'activité, la nature publique ou privée de la fonction pourra également justifier des restrictions. Ainsi, au sein de la police, une circulaire de 2018⁸ relative notamment au port des tatouages, indique que « les tatouages, qu'ils soient permanents ou

2) Entreprise et tatouage font-ils bon ménage ? (*lefigaro.fr*).

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

4) Décision-cadre du Défenseur des Droits n°2019-205.

5) Cour d'appel de Nîmes du 18 septembre 2013n RG n° 12/00015 : Il existe une décision mais il s'agissait d'un avertissement adressé à une serveuse en raison du port de tatouages associé à un style vestimentaire provocant, avertissement validé de façon relativement expéditive par la Cour.

6) CA Paris, 22^e ch., 3 avr. 2008, n° 06/10076.

7) Soc. 11 janv. 2012, FS-P+B, n° 10-28.213.

8) Circulaire n° DGP/N/Cab/N18-00164D du 12 janvier 2018 du Directeur général de la police nationale relative au port des tatouages, barbes et moustaches, bijoux ou accessoires.

provisoires, ne sauraient être admis dès lors qu'ils constituent un signe manifeste d'appartenance à une organisation politique, syndicale, confessionnelle ou associative ou s'ils portent atteinte aux valeurs fondamentales de la Nation (...). Les tatouages visibles du public, qui n'entrent pas dans la catégorie précédente, ne doivent pas dénaturer ou compromettre la relation du policier avec les usagers. Le cas échéant, ce tatouage sera masqué quelle que soit sa tenue, lorsque le policier est en contact avec le public ou lorsqu'il est en tenue d'uniforme. Face à un tatouage dont la direction d'emploi se demande s'il est susceptible de constituer un manquement à une obligation déontologique, il sera possible de saisir l'IGPN (...) » Cette circulaire précise et circonstanciée est nécessairement teintée de préoccupation de neutralité absolue compte tenu de la mission de service public de la police. Elle souligne également les difficultés d'appréciation suscitées par le port d'un tatouage. En résumé, les salariés disposent donc en théorie aujourd'hui d'une plus grande liberté et tolérance quant au choix de leur apparence physique en raison de l'évolution des mœurs et d'un principe d'interdiction de discrimination bien ancré dans le Code de travail. Les tatouages interdits se limiteraient par conséquent à ceux qui véhiculeraient par exemple un message violent, sexiste, raciste etc. Il faudra, pour apprécier une restriction légitime au port d'un tatouage visible, prendre en compte, au cas par cas, la nature du tatouage (rose ou tête de mort...), du poste occupé par le salarié et plus précisément s'il est en contact avec la clientèle et le secteur d'activité visé. Attention, le principe de sécurité juridique invite à formaliser préalablement par écrit ces restrictions, au sein par exemple du règlement intérieur d'une entreprise, d'un contrat de travail, d'une note de service,



d'une circulaire etc. L'employeur devra justifier avec précision, pour chaque poste concerné, les motifs de ces restrictions. Cette anticipation permettra de conférer à ces limites une certaine légitimité.

La question de la preuve

Après avoir cerné le principe de liberté de port d'un tatouage et les difficultés liées à l'interprétation subjective de possibles limitations, reste la délicate question de la preuve, à savoir celle d'un fait négatif qui se loge de surcroît dans le conscient, voire parfois l'inconscient de l'employeur. Le législateur, sensible à cette difficulté, a par conséquent instauré un régime de preuve spécifique. Si l'on devait appliquer la règle de droit commun, il appartiendrait au salarié de rapporter la preuve d'une discrimination. Or ce principe a été aménagé par le législateur : il revient ainsi au salarié (au civil) de présenter « des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination » (C. trav., art. L. 1134-1, al. 1), à charge dans un second temps pour l'employeur de présenter des éléments attestant que sa décision est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination. Cet allègement de la charge de la preuve ne s'applique toutefois pas en matière

pénale, la victime bénéficiant de la présomption d'innocence. Dans cette hypothèse, la charge de la preuve reposera entièrement sur le salarié. Mais comment concrètement rapporter la preuve de faits laissant supposer l'existence d'une discrimination lors de l'embauche ? On mesure la difficulté pour le salarié de prouver qu'un autre candidat lui aura été préféré en raison de l'absence d'un tatouage. La mission semble en effet utopique, sauf circonstances particulières qui permettront peut-être l'établissement d'attestations d'autres candidats éprouvés pour les mêmes motifs ou bien lors d'un aveu de l'employeur. Le candidat éprouvé pourra compléter ses intuitions en tentant une opération de *testing* qui consiste à soumettre deux profils comparables pour une même proposition d'offre d'emploi. Compte tenu de la difficulté de mise en œuvre pratique de l'interdiction de toute discrimination à l'embauche en raison de son apparence physique, la voix de la raison invite à traiter la difficulté bien en amont, par la mise en place de mesures de prévention et de campagnes de sensibilisation auprès des responsables de ressources humaines.

2022-8117

La Commission européenne veut-elle la peau des tatoueurs ?

En tous cas, elle leur en fait voir de toutes les couleurs...



Gérard Soussi,
Président de l'Institut Art & Droit,
Ancien Vice-président de l'université Jean Moulin Lyon 3

Certes, le règlement (UE) (2020/2081) de la Commission européenne¹ qui ajoute des interdictions et restrictions à l'usage de certaines substances chimiques contenues dans les encres de tatouage, était connu des professionnels du secteur ; ces derniers avaient eu le temps depuis 2020 de s'en émouvoir et de faire valoir leurs arguments, leurs craintes et leur colère. Bref, les dispositions de ce règlement avait déjà fait couler beaucoup d'encre.

Malgré tout, l'entrée en vigueur le 4 janvier 2022, des interdictions et restrictions concernant certaines encres ont provoqué un grand émoi parmi les tatoueurs et candidats au tatouage et a mis leurs nerfs à fleur de peau. Pourquoi tant de colère ?

Les raisons de la colère

La première est l'affirmation de la dangerosité de certaines encres, notamment par :

- Le règlement de la Commission (précité), en son considérant numéro 2 : « Certaines de ces substances présentent des propriétés dangereuses qui posent un risque potentiel pour

la santé humaine. En outre, le métabolisme des colorants dans la peau ainsi que la décomposition à la suite de l'exposition au rayonnement solaire et de l'irradiation par laser peuvent également entraîner la libération de produits chimiques dangereux... ».

- L'Agence européenne des produits chimiques (une agence de l'UE)² : « Les réactions allergiques chroniques et d'autres réactions inflammatoires cutanées liées aux encres utilisées pour les tatouages et le maquillage permanent devraient diminuer grâce à la restriction. Il pourrait en aller de même pour des effets plus graves tels que des cancers ou des lésions causées à notre ADN ou au système reproducteur susceptibles de provenir des produits chimiques utilisés dans ces encres. »

- L'association de consommateurs UFC-Que Choisir³ : cette association a effectué une étude sur les encres de tatouage qui révèle que 75 % des encres utilisées présentent un risque sanitaire grave. L'étude parvient au constat que sur les 20 encres de tatouage analysées, 15 présentent un risque sanitaire élevé et que seules

5 encres répondent aux normes françaises et européennes. Dans plus d'une encre sur trois figurent des colorants déjà interdits et des substances cancérigènes. De ce fait, elle a saisi la DGCCRF et l'Agence nationale de sécurité du médicament en lui demandant de procéder au rappel et au retrait des produits dangereux.

- La pratique médicale : Il existe depuis 2017, à l'Hôpital Bichat à Paris, une consultation spécialisée qui prend en charge les complications générées par les tatouages permanents⁴, preuve, s'il en est, que le tatouage n'est pas dénué de risques, parfois graves, pour la santé des tatoués. Cette consultation connaît une demande de plus en plus importante de la part de médecins généralistes et dermatologues mais aussi de la part de tatoueurs et de tatoués. Une téléconsultation est également ouverte sur demande par mail.

Au-delà du diagnostic et de la thérapeutique, il s'agit, pour cette consultation spécialisée de limiter, voire de prévenir, le risque de développement des complications liées aux tatouages.

1) Ce Règlement du 14 décembre 2020, JOUE, L. 423 du 15.12.2020, p. 6, modifie l'annexe XVII du Règlement (CE) n° 1907/2006 du 18 décembre 2006 du Parlement européen et du Conseil (...) interdisant et restreignant l'usage de certaines substances chimiques contenues dans les encres de tatouage. JOUE, L. 396 du 30.12.2020, p. 1.

2) ECHA, « Sujets scientifiques brûlants - Encres de tatouage et maquillage permanent », <https://echa.europa.eu/fr/ho-topics/tattoo-inks>.

3) <https://www.quechoisir.org/action-ufc-que-choisir-encres-de-tatouage-face-au-danger-ufc-que-choisir-saisit-la-dgccrf-n88486/>.

4) Voir le site du Syndicat National des Artistes Tatoueurs : <https://syndicat-national-des-artistes-tatoueurs.assoconnect.com/articles/78892-tele-consultation-medicale-dediee-aux-tatouages>.