

La loi et l'algorithme

Brèves réflexions relatives aux indicateurs en matière d'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes

Par Jacques DÉCHOZ, Inspecteur du travail, Docteur en philosophie

PLAN

I. La loi et le règlement

II. La friabilité du chiffre – des chiffres en trompe-l'œil

- Les différences de rémunération par catégorie et classe d'âge
- L'index portant sur les augmentations individuelles
- Le nombre comparé de promotions
- Le critère des dix plus hauts salaires
- L'index relatif aux augmentations de rémunération des salariées ayant eu un enfant au cours de l'année

III. L'État, les sujets individuels et collectifs... et la boîte noire

- Que sont les partenaires sociaux devenus ?
- L'évanescence du sujet

IV. Conclusion

Onze ans séparent la loi du 22 décembre 1972, relative à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes, de la loi dite *Roudy* du 13 juillet 1983, portant modification du Code du travail et du Code pénal en ce qui concerne l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, et dix-huit ans entre celle-ci et la loi du 9 mai 2001 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Mais la frénésie législative – et nous ne mentionnons pas ici les textes qui concernent les discriminations dans leur ensemble et assurent par approximations successives, la transcription de la directive européenne du 28 novembre 2001, ni ceux qui portent sur les violences au travail – va s'accélérer : loi du 23 mars 2006 relative à l'égalité salariale entre les femmes et les hommes, loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes

Un algorithme, c'est tout simplement une façon de décrire dans ses moindres détails comment procéder pour faire quelque chose. Il se trouve que beaucoup d'actions mécaniques, toutes probablement, se prêtent bien à une telle décortication. Le but est d'évacuer la pensée du calcul, afin de le rendre exécutable par une machine numérique (ordinateur...). On ne travaille donc qu'avec un reflet numérique du système réel avec qui l'algorithme interagit.

Gérard Berry

Karl Marx ironisait – c'était dans *Le Capital* – sur le travers français de légiférer (1). Et, assurément, la question de l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes a permis au législateur hexagonal de s'adonner pleinement à ce travers durant ces dernières décennies. Ce ne sont pas moins de cinq lois majeures qui ont été promulguées depuis la première du 22 décembre 1972, qui traduisait après un long temps de silence passif, l'impératif d'égalité de traitement posé par la Déclaration universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948 (2) mais également par la Convention internationale du travail n° 100 de février 1951 (3), pourtant ratifiée dès 1953, et par la Charte sociale européenne du 18 octobre 1961 (4).

et les hommes, loi n° 2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. Et une prochaine s'annonce, à peine séchée l'encre de ce texte ; en effet le Gouvernement – et plus précisément le ministre de l'Économie – vient de mettre en ligne (5) une consultation dite citoyenne pour « co-construire » une future loi sur l'« égalité femme-homme dans l'économie ».

Le dernier de ces cinq textes n'a suscité que bien peu d'échos parmi les juristes (6). Mais qui s'en étonnerait ? Dans un absolu contraste avec la loi du 22 décembre 1972 qui posait un principe, la loi du 5 septembre 2018 ne fait qu'introduire un pur mécanisme quantitatif échappant à toute glose, à toute exégèse, à tout contentieux également. C'est toutefois très précisément cette évolution de la place de la loi que nous voudrions ici questionner.

(1) « ...cette immense fabrique de loi qui, en France, enserme toute chose », annoté-t-il dans la partie consacrée à la lutte pour la journée de travail normale (chapitre X).

(2) Art. 2362.

(3) Convention concernant l'égalité de rémunération entre la main-d'œuvre masculine et la main-d'œuvre féminine pour un travail de valeur égale.

(4) Art. 4, § 3.

(5) Ce 3 décembre 2019, sur la plateforme femmesoco.make.org.

(6) Nous ne pouvons guère que citer l'article paru dans la Revue de Droit du Travail, « Quelle efficacité attendre des indicateurs pour mesurer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes ? », encore que deux seulement des auteurs étaient juristes, les autres étant l'un économiste et l'autre enseignant en gestion.

I. La loi et le règlement

Nous disions plus haut que la loi d'août 2018 **introduit un mécanisme**, car c'est bien de cela qu'il s'agit. Les quelques articles qu'elle insère dans le Code du travail – les articles L.1142-7 à L.1142-10 – n'apparaissent, en effet, que comme les supports d'un décret et plus précisément le décret n°2019-15 du 8 janvier 2019 « *portant application des dispositions visant à supprimer les écarts de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise et relatives à la lutte contre les violences sexuelles et les agissements sexistes* ». Encore que ce décret, qui ne couvre pas moins de 13 pages du Journal Officiel avec ses deux annexes, ne se suffit pas à lui-même : un arrêté signé quelques jours plus tard vient le compléter afin de définir « *les modèles de présentation et les modalités de transmission à l'administration des indicateurs et du niveau de résultat en matière d'écart de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise* » (7). Manifestement, la simplification tant prônée du Code du travail n'est qu'un vain slogan, seulement bon, dans d'autres registres, comme prétexte à réduire les droits des salariés. Mais nul ne s'en est offusqué, pas même le Medef, si prompt naguère à en dénoncer l'épaisseur et la complexité.

Et l'on ne peut qu'être saisi du contraste avec la loi de 1982, elle-même brève – une demi-page du Journal Officiel – qui, dans son dernier article, prévoyait laconiquement : « *un décret en Conseil d'État détermine, en tant que de besoin, les modalités d'application de la présente loi* ». Et s'il y eut en effet décret, il fut fort court, essentiellement pour déterminer le montant de la sanction contraventionnelle, le législateur n'ayant pas estimé utile, ou nécessaire, d'assortir la violation de ces dispositions d'une sanction correctionnelle (8). Le décret était donc là en support de la loi, l'étayant, et non l'inverse.

Ce nouveau dispositif témoigne bien sûr du triomphe, un de plus dira-t-on, de l'exécutif sur le législatif. Mais bien plus radicalement, il s'agit de la transmutation de l'affirmation solennelle de l'égalité digne de tous les êtres humains (dans une déclinaison spécifique et fondamentale, celle de l'égalité

entre les hommes et les femmes) en une question de chiffres. En d'autres termes, il s'agit de sa transformation en un problème purement technique. Il était logique que les élus de la Nation, il y a maintenant plus d'un siècle – cela fut accompli par la loi du 12 juin 1893 – se dessaisissent de leur pouvoir souverain pour dire ce qu'il devait en être en matière d'hygiène et de sécurité ; questions purement techniques, cela devait relever du règlement. Ce furent les décrets du 29 novembre 1904, du 10 juillet 1913 et de tous ceux, innombrables, qui suivirent. Ce ne fut que bien plus tard que le législateur, et le juge également, procédèrent à une universalisation du droit à la santé des travailleurs, avec la directive communautaire du 12 juin 1989 (9) et la reconnaissance jurisprudentielle de l'obligation de sécurité de résultat à la charge de l'employeur. Mais que dire du mouvement inverse ? Et que penser surtout de ce mouvement qui, à l'instar des normes limitant les expositions aux émanations toxiques – 100 fibres d'amiante au litre par exemple – va fixer une limite tolérable aux discriminations sexistes, puisque c'est bien de cela qu'il s'agit, alors même que la loi, bien antérieure, énonçait sans appel le principe d'absolue égalité ?

En outre, et surtout, la loi de 1893 n'était là que pour fonder en droit la réglementation en matière d'hygiène et de sécurité. Mais les règlements « *pris en application de l'article 67 du livre II du Code du travail* » (10) s'articulaient ou renvoyaient à de tout autres principes juridiques : celui relatif à la responsabilité délictuelle (côté Code civil) – et un manquement à ces règlements ouvrait à la victime d'un accident du travail le droit à réparation intégrale du préjudice (11), – d'une part et celui, d'autre part, relevant du Code pénal, imposant le respect de l'intégrité physique d'autrui. Tout à l'inverse, le dispositif des index ne renvoie ou ne s'articule à rien d'autre qu'à lui-même : il ne fonde en rien un droit individuel à réparation et ne peut davantage permettre une sanction judiciaire, rendue au nom du peuple français, en raison d'une atteinte à l'ordre public.

Mais sans doute convient-il ici de faire un détour et de procéder à l'analyse, fut-elle succincte, des index,

(7) Arrêté du 31 janvier 2019 définissant les modèles de présentation et les modalités de transmission à l'administration des indicateurs et du niveau de résultat en matière d'écart de rémunération entre les femmes et les hommes dans l'entreprise.

(8) Cette correctionnalisation de l'infraction sera réalisée par la loi Roudy du 13 juillet 1983. Toutefois, la sanction contraventionnelle demeura parallèlement dans le Code du travail dans une pernicieuse dualité...

(9) Directive 89/391 CE concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail.

(10) Nous mentionnons ici, bien sûr, la toute première codification, cet article étant aujourd'hui, avec quelques modifications, codifié L.4111-6.

(11) Jusqu'aux arrêts « amiantes » du 28 février 2002, par lesquels la Cour de Cassation a donné une pleine étendue à l'obligation de sécurité inscrite dans la loi.

avant de poursuivre, pour répondre à l'objection que d'aucuns ne manqueront pas de nous faire : « Certes, le règlement (c'est-à-dire le décret du 8 janvier 2019 et son socle législatif) avec ses quantifications, tolère-t-il que des écarts persistent. Mais n'est-ce pas là faire preuve de réalisme par rapport à la loi, trop absolue, qui a fait la preuve de son impuissance et qui, au surplus, ne traite pas des évolutions de carrière,

comme tel est le cas désormais ? Et la fin ne justifie-t-elle pas en fin de compte les moyens ? » En d'autres termes, la question serait la suivante : la gouvernance par les nombres ne serait-elle (quelle que soit la valeur des critiques théoriques qui en ont été faites, par Alain Supiot avant tout) finalement préférable ici (comme en bien d'autres cas) à la souveraineté solitaire de la loi ?

II. La friabilité du chiffre – des chiffres en trompe-l'œil

A. Les différences de rémunération par catégorie et classe d'âge

En accordant une franchise de 5 % de différence de rémunération, pudiquement appelée « *seuil de pertinence* » dans le décret du 8 janvier, au sein de chacune de ces 12 strates (12), les textes admettent ainsi à l'évidence un seuil en-deçà duquel les discriminations seraient tolérables. Sans doute nous objecteront-ils que c'est là faire preuve de réalisme, au sein même de chacune de ces catégories, les hommes se retrouvant toujours plus nombreux dans les couches supérieures : ouvrier hautement qualifié plutôt qu'ouvrier spécialisé, cadre supérieur plutôt que cadre moyen. Mais le réalisme, ici, doit-il être de mise, dès lors qu'il est contraire à la visée du texte, c'est-à-dire établir une réelle égalité dans l'emploi ? Et que dire, dès lors qu'est admise une différence de 2 %, quand l'employeur choisit, en lieu et place de ces quatre strates socio-professionnelles, de procéder à une analyse plus fine, par coefficient hiérarchique, par exemple ?

Mais le plus grave, ici, consiste à ce que les différences de rémunération calculées au sein de chaque catégorie soient « *multipliées par le ratio de l'effectif du groupe à l'effectif total des groupes pris en compte* », pour reprendre les termes quelque peu obscurs et maladroits de l'annexe I du décret du 8 janvier 2019. On ne s'étonnera donc pas que des entreprises de nettoyage ou les majors de la grande distribution alimentaire puissent avoir d'excellents scores pour cet index, l'immense majorité de leurs salariés, employés au salaire minimum (majoritairement des femmes...), noyant les différences de rémunération notoires

qui existent au sein de la catégorie cadre entre les femmes (très minoritaires...) et les hommes. Corrélativement, les entreprises comptant un grand nombre de cadres auront, à l'évidence, des scores médiocres, dans la mesure où c'est au sein de cette catégorie que s'observent, et depuis fort longtemps, les plus fortes différences de salaires (13).

B. L'index portant sur les augmentations individuelles

Nous n'épiloguerons pas ici sur le mode de calcul de ce critère, lui aussi énoncé de manière particulièrement confuse. Nous insisterons bien plutôt sur l'exception apportée à ce subtil calcul qui permet à l'entreprise d'obtenir le maximum de points « *si les écarts constatés à cet indicateur favorisent la population ayant la rémunération la plus faible au regard des résultats obtenus à l'indicateur* » (14).

Cette exception est prévue, nous dit-on, pour « *ne pas pénaliser les entreprises prenant les mesures adéquates et pertinentes et, le cas échéant, programmant des mesures financières de rattrapage salarial* ». Comment contester en effet une telle mesure ? Et pourtant, à y regarder de plus près, elle laisse pour le moins perplexe. En effet, nous avons vu plus haut que le maximum de points est accordé pour l'index des écarts de rémunération, dès lors que l'écart entre les deux sexes est inférieur à 5 %, ce qui n'est pas, tant s'en faut, négligeable. Ainsi, une entreprise se fera sanctionner par un mauvais score à l'indicateur des augmentations si, ayant un écart de rémunération de moins de 5 %, elle programme « *malgré tout* » des rattrapages salariaux...

(12) Soit les quatre catégories socioprofessionnelles au sein desquelles sont comparés les salaires : ouvriers, employés, techniciens et agent de maîtrise, ingénieurs et cadres, subdivisées chacune en quatre classes d'âges : moins de 30 ans, 30 à 39 ans, 40 à 49 ans, 50 ans et plus.

(13) Le bilan de l'application de la loi du 22 décembre 1972 sur l'égalité de rémunération entre hommes et femmes, établi par le Comité du travail féminin de septembre 1976, faisait état d'une différence de rémunération du 36,6 % dans la catégorie cadres supérieurs et seulement de 19,8 % pour le personnel de

service. Les données chiffrées figurant dans le rapport du Sénat sur le projet de loi relatif à l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes du 1^{er} décembre 1972 sont, quoique moins précises, sensiblement identiques. L'APEC, dans une étude publiée le 8 mars 2013 et, plus récemment encore, la DARES, dans son « *portrait statistique des principales conventions collectives de branches en 2016* », publié en juillet 2019, montrent comment perdure cette distorsion, tout en s'atténuant.

(14) Art. 4.2. de l'annexe I du décret.

Et on voit donc que ce système des index aura pour effet (pervers), si ce n'est pour objet (inavoué), de faire perdurer, quoique *a minima*, les inégalités salariales. Paradoxe.

C. Le nombre comparé de promotions

Il compte parmi les indicateurs et, assurément, on ne peut que s'en réjouir, spontanément : la faille de la loi de 1972 ne résidait-elle pas là, précisément, d'être figée sur le présent de chaque salarié – à travail égal, salaire égal – et d'ignorer les parcours professionnels divergents ? Faille il y a, cependant, et à la base même de cet index : la notion de promotion, en effet, n'est en rien définie. Et cela ouvre la voie à toutes les manipulations. Un exemple permet de mesurer pleinement l'inanité, plus même, la perversité potentielle de cet indicateur. Les postes de caisse dans la grande distribution alimentaire – occupés, chacun le sait, en immense majorité par des femmes – relèvent de la classification IIA (coefficient d'embauche) et IIB de la convention collective de la branche, le passage étant automatique au bout d'un an. Le *turn-over* aidant, les enseignes de la grande distribution alimentaire se voient ainsi garantir, chaque année, leur quota de promotions de femmes, promotions bien dérisoires au demeurant, l'augmentation salariale correspondante étant infime, voire nulle. Et, pendant ce temps, ce seront toujours massivement des hommes qui bénéficieront d'une promotion comme chefs de rayons, chefs de secteurs, directeurs de magasin... Ainsi ce secteur d'activité pourra-t-il à bon compte mettre à son actif les 15 points liés à une « égale » promotion des femmes et des hommes. Ce décret aurait été rédigé par ce puissant, financièrement (et donc politiquement), milieu patronal qu'il ne serait pas autrement écrit.

D. Le critère des dix plus hauts salaires

Il paraît bien sûr pleinement pertinent, en tant que signe de détention du pouvoir qui, par la vertu de l'effet (bien fameux...) de capillarité, bénéficierait, *in fine*, aux salariées des catégories professionnelles subalternes. On est fondé, toutefois, à douter de la pertinence de ce critère appliqué sans distinction à toutes les entreprises, sans prise en considération des spécificités des secteurs d'activités dans lesquels elles s'inscrivent, par exemple le bâtiment, où l'emploi est quasi exclusivement masculin, et celui de l'aide à domicile, qui en est l'exact inverse... Plus même : dans ces secteurs, pour une entreprise de 51 salariés, le dixième plus haut salaire risque fort d'être bien proche

du SMIC et d'être celui d'un salarié ne disposant que d'un minuscule pouvoir.

Mais il y a plus, il y a tout autre chose. Dans un temps où le législateur met de plus en plus en avant la négociation au niveau du groupe, le calcul et la publication des index sont, eux, imposés au niveau des entreprises... Est-ce là seulement l'effet de l'habitude (malheureuse) de référer les obligations à chaque personne morale, de la maladresse, de l'incompétence ou du calcul ? Il est une chose certaine : la majorité, l'immense majorité des entreprises un tant soit peu importantes appartient à des groupes. Et au sommet de ceux-ci trône, le plus souvent, une holding aux effectifs des plus réduits, inférieurs généralement à cinquante salariés et échappant donc, de ce fait, totalement à l'obligation d'analyser les différences de traitement. Là résident l'argent et le pouvoir, celui, à de très rares exceptions près, des hommes.

E. L'index relatif aux augmentations de rémunération des salariées ayant eu un enfant au cours de l'année

Il a été abondamment commenté en ce qu'il diffère subtilement de l'obligation légale, introduite par la loi du 23 mars 2006 (15), d'accorder à la salariée de retour de congé maternité une augmentation de salaire au moins équivalente à celle dont ont bénéficié ses collègues pendant cet arrêt. Les organisations syndicales se sont à juste titre élevées contre la disposition du décret du 8 janvier 2019 qui permet aux employeurs d'obtenir le maximum de points afférent à cet index – 15 points – dès lors qu'ils ont augmenté, fut-ce *a minima*, fut-ce très tardivement, les salariées ayant bénéficié d'un tel congé. Le Directeur général du travail lui-même, dans ses instructions successives aux services (16), n'a pas manqué de rappeler aux inspecteurs du travail que l'obtention de cette note de 15 n'impliquait nullement que les employeurs respectaient la loi, infraction pourtant pénalement sanctionnée. Le critère d'augmentation retenu pour la détermination des scores aux index apparaît donc comme une transcription maladroite, incomplète et approximative de la lettre de la loi et l'on ne peut que déplorer une telle dysharmonie.

Toutefois, et c'est ce que nous voulons mettre ici en exergue, une harmonisation partielle a bien été effectuée, à l'insu du législateur, des détenteurs du pouvoir réglementaire et même du directeur général du travail semble-t-il (17). Il convient, pour découvrir cette modification de la lettre du décret, déjà à quelque

(15) Art. L.1225-26, C. trav.

(16) Instructions DGT n° 2019/03 du 25 janvier 2019 et n° 5 du 15 juillet 2019, toutes deux non publiées.

(17) *A fortiori* des agents désignés par le Directeur régional des entreprises, dans le cadre de l'article D. 1142-7, comme référents « chargés d'accompagner les entreprises, à leur demande, pour le calcul des indicateurs ».

peu esquissée par la rédaction alambiquée de son annexe I (18), de se plonger dans le tableur mis à disposition des employeurs et qui apparaît comme un passage obligé pour télécharger les informations quantifiées dans la base de données ministérielles. En effet, ce tableur, dans sa phase 4 à renseigner et intitulée « *pourcentage de salariés (sic !) ayant bénéficié d'une augmentation dans l'année suivant leur retour de congé maternité* », comporte cette très étrange note en bas de page : « *les augmentations à prendre en compte sont celles qui sont intervenues pendant la période de référence et qui permettent de rattraper au moins la moyenne des augmentations survenues pendant le congé maternité* » (19). D'aucuns se scandaliseront que l'anonyme concepteur du tableur, fonctionnaire sans doute, à moins qu'il ne s'agisse d'un sous-traitant, ait ainsi pu, fut-ce pour la bonne cause, s'affranchir des textes réglementaires pour y ajouter une condition. Notre propos n'est pas là de crier à la faute, au manquement professionnel. Il est bien plutôt de montrer comment le programme informatique, support de l'algorithme dont nous tenterons plus loin d'esquisser toutes ses dimensions, prime sur le décret qui lui-même surplombe la loi.

Ainsi, les index fonctionnent-ils comme un masque, un voile pudique jeté sur les réelles différences de traitement entre les hommes et les femmes : cela est manifeste pour ce qui concerne les quatre premiers (dans l'ordre où nous les avons analysés). Cela est vrai également pour le dernier d'entre eux. Car si nombre d'entreprises de plus de 250 salariés n'ont pas obtenu cette année les 15 points, faute parfois d'avoir oublié d'augmenter une unique femme étant revenue de congé au cours de l'année, on peut être assuré que

tel ne sera pas le cas en 2020 : il ne leur en coûtera que bien peu. Et ce bien faible investissement leur permettra à bon compte, pour la plupart, d'atteindre les 75 points libérateurs de toute vraie obligation. Ceci leur permettra, en outre, de pouvoir se targuer d'efforts notables en matière d'égalité professionnelle. Mais cette évolution positive permettra surtout à la ministre du Travail, et plus largement au Gouvernement, de pouvoir, l'année prochaine, se réclamer d'un bilan positif, d'avoir fait avancer la cause des femmes. Et l'on voit ici comment, derrière l'aridité de la quantification et l'apparente rigueur gestionnaire, réside, en fin de compte, l'unique préoccupation d'une communication politique.

Enfin, soulignons ici que l'ensemble de ces données chiffrées sont saisies sur un tableur qui calculera automatiquement les résultats, partiels et totaux, émanant du seul employeur, sans qu'aucun contrôle, ni *a priori*, ni *a posteriori*, ne soit prévu, ni même possible. Les chiffres déclarés sont pris pour argent comptant et l'on est à mille lieues de la certification obligatoire, imposée en Suisse par la loi fédérale sur l'égalité entre femmes et hommes du 14 décembre 2018 (20), de l'analyse de l'égalité des salaires à laquelle devront procéder, à compter de juillet 2020, les entreprises de plus de 100 salariés. Tout à l'inverse, le Directeur général du travail, dans son instruction du 15 juillet 2019, énonce que les services de l'inspection du travail « *doivent procéder au contrôle des entreprises pour vérifier qu'elles ont bien publié leur index* », mais pour ajouter (et c'en est le corrélat) « *il ne revient pas à l'administration de recalculer les indicateurs* ». Les chiffres ne sauraient mentir... et les employeurs doivent être crus sur parole.

III. L'État, les sujets individuels et collectifs... et la boîte noire

A. Que sont les partenaires sociaux devenus ?

1. La représentation du personnel élue mise à l'écart

Que sont les partenaires sociaux devenus ? Le 28 juin 2019, le ministère du Travail organisait en grande pompe une journée des réussites du dialogue

social où quelques grands noms des ressources humaines clamaient leur adhésion au « *tout conventionnel* », qui serait, nous dit-on, « *en marche* » (21) : n'est-ce pas là, en effet, l'essence des dernières interventions du législateur, avec au premier chef, la loi *El Khomri* assurant la domination du champ de la négociation collective sur les dispositions légales, rétrogradées au rang de dispositions supplétives ?

(18) Qui, énonce dans son paragraphe 4.3. : « *Pourcentage de salariées revenues de congé maternité pendant l'année de référence et ayant bénéficié d'une augmentation à leur retour pendant cette même période, si des augmentations sont intervenues durant la durée de leur congé (4° de l'article D. 1142-2)* ». « *À leur retour pendant cette même période* » : qu'est-ce à dire ?

(19) Souligné par nous.

(20) On ne peut qu'être frappé, par ailleurs et au regard du décret du 8 janvier, par la concision de cette loi qui amende pour la compléter la loi du 24 mars 1995 sur l'égalité : la seule délégation par le législateur au pouvoir exécutif consistant, en outre, en la fixation de la date de première exécution par les employeurs de cette analyse.

(21) Pour reprendre le titre de l'éditorial du numéro du 1^{er} juillet de la Semaine Sociale Lamy qui en rendait compte.

Or, en matière de discrimination et d'égalité professionnelle et plus particulièrement avec le dispositif des index, la représentation du personnel, tant élue que mandatée, est mise à l'écart. Cela, au demeurant, n'est pas tout à fait nouveau : il n'est qu'à se souvenir de la suppression, par la loi *Rebsamen*, du rapport relatif à la situation comparée des conditions générales d'emploi des femmes et des hommes que l'employeur devait, naguère, soumettre au comité d'entreprise en application de l'article L.2323-58-3 du Code du travail. Son abrogation fut, à juste titre, l'objet de fortes critiques, tant par le Haut conseil à l'égalité que par la totalité ou presque des organisations féministes. Plus récemment, l'ordonnance n°2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise a fait glisser la commission de l'égalité professionnelle, jusqu'alors obligatoire dans toute entreprise de plus de 300 salariés (22), en simple commission par « défaut » (d'accord collectif).

Mais la loi du 5 septembre 2018 va très au-delà dans la mise à l'écart de la représentation élue du personnel. Non seulement elle ne prévoit aucune consultation, mais pas même une simple procédure d'information, ni postérieure, ni, *a fortiori*, antérieure à la publication des index. Le moins que l'on puisse dire est que l'on est à mille lieues du rôle que semble prêter au comité social et économique le Directeur général du travail qui, dans son instruction du 15 juillet 2019 (23), consacre aux supposées « *prérogatives du CSE en matière d'égalité professionnelle* » pas moins de quatre pages. Il n'existe dans les textes, à l'égard des représentants du personnel, qu'une obligation générale à la charge de l'employeur : celle de déposer dans la base de données économiques et sociales le résultat des index et, corrélativement, qu'un droit attaché, individuellement, à chaque élu d'y accéder.

La seule consultation obligatoire existante du comité social et économique est nichée dans un tableau, au sein d'une annexe du décret (24). L'employeur doit, s'il veut comparer les écarts salariaux non pas en fonction de la quadripartition ouvriers/employés/techniciens et agents de maîtrise/ingénieurs et cadres, mais selon les grilles de classifications conventionnelles, consulter cette instance. Encore ne s'agit-il que d'une simple consultation, et non d'avis conforme. Ainsi l'employeur pourra-

t-il passer outre à un avis négatif... s'il y trouve son intérêt, cela s'entend. Bien entendu, imposer non pas une simple consultation du comité social et économique, plus même qu'un avis conforme de cette instance, mais la conclusion d'un accord dérogatoire aurait donné un poids précieux aux représentants des salariés pour négocier, globalement, la réduction des inégalités salariales. Mais le voulait-on vraiment ? Force est, à ce stade, d'en douter.

2. La négociation collective sous forme de simulacre

Pour ce qui est de la place de la négociation collective au sein du nouveau dispositif, celle-ci est davantage complexe et, partant, perverse, dans la mesure où elle s'additionne aux dispositions existantes, dont la rédaction était déjà quelque peu confuse en raison de leur histoire. La loi *Roudy* de 1984 avait introduit, en effet, le principe d'une négociation visant à mettre en place un « *plan pour l'égalité professionnelle* », sans toutefois la rendre obligatoire. Ces dispositions constituaient originellement le chapitre 3 du titre 2 du Code du travail et trouvaient ainsi curieusement leur place entre celles relatives aux « *règles propres au contrat de travail* » et celles régissant le travail temporaire. Lors de la recodification par l'ordonnance du 12 mars 2007, ces textes se virent placés au sein de la première partie du Code du travail, « *les relations individuelles de travail* », et plus précisément dans son livre 1^{er} entre le titre relatif aux discriminations et celui traitant du harcèlement. Point n'est nécessaire de rappeler que ces dispositions sont pour le moins obsolètes : il n'en reste pas moins qu'elles demeurent inchangées, codifiées aujourd'hui aux articles L.1143-1 à L.1143-3 du Code du travail. Il revint à la loi du 9 mai 2001 d'introduire l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes comme thème obligatoire de la négociation annuelle.

Dans un but affiché de simplification de la présentation des obligations des employeurs en matière de négociation obligatoire, mais aussi pour coller à la nouvelle structure – ordre public/champs de la négociation/dispositions supplétives – l'ensemble des textes a été refondu... pour la plus grande confusion du lecteur. Alors que, dans l'ancienne rédaction, la négociation relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes était clairement disjointe

(22) Prévue par l'art. L.2325-34 du Code du travail, qui lui donnait comme mission, selon la rédaction qui perdura jusqu'à la promulgation des ordonnances *Macron*, « *de préparer les délibérations prévues à l'article L.2323-57* ». Alors même que cet article, qui instituait, on vient de le voir, le rapport relatif à l'égalité professionnelle avait été abrogé... Mais ce n'est qu'une coquille de plus dans ce maquis qu'est devenu le Code du travail malgré sa récente recodification.

(23) Instruction n°5 du 15 juillet n°2019 relative à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes ; non publiée, et donc non opposable, cette circulaire court sur quelques 45 pages.

(24) Annexe n°1, art. 4.1.

des autres champs de la négociation obligatoire, elle n'est plus désormais un simple volet de celle portant sur la qualité de vie au travail (25). Encore que l'on retrouve ce thème dans la négociation relative à la gestion des emplois et des parcours professionnels... (26). Tout cela, bien entendu, figure dans la seconde partie – « *les relations collectives de travail* » – du code.

Et viennent donc enfin les nouvelles dispositions s'inscrivant au sein de la partie consacrée aux « *relations individuelles de travail* » (27), et qui instituent une nouvelle strate dans la négociation relative à l'égalité professionnelle. Dans le seul cas où l'entreprise n'aura pas atteint le seuil fatidique des 75 points, si aisé à atteindre, l'obligation de négocier sera si l'on en croit la lettre des textes, renforcée. Mais elle ne le sera que de manière toute parodique, puisque clairement redondante (28). Corrélativement, cela ne pourra que conduire à affaiblir en fait, si ce n'est en droit, le contenu de la négociation dans les autres cas, de loin majoritaires : pourquoi donc négocier, dès lors que l'on satisfait à ses obligations (quantifiées, et donc objectives) ?

On le voit donc, la place réservée à la représentation élue du personnel et à la négociation collective est toute négligeable et, qui plus est, inexistante pour ce qui concerne la négociation au niveau des branches. Plusieurs facteurs ou causes expliquent cette mise à l'écart. D'une part, le législateur ne saurait déléguer tout à la fois à l'exécutif et à la négociation collective. Qui plus est, contrairement à l'instance politique de ladite représentation nationale, les détenteurs du pouvoir exécutif – et plus précisément la haute fonction publique d'État – sont pour le moins bien peu enclins à y renoncer et à déléguer ce pouvoir aux partenaires sociaux. Ils le sont d'autant moins ici qu'ils peuvent mettre en avant l'échec en la matière (mais comme en bien d'autres) du renvoi à la négociation, et à elle seule, qui prévaut depuis le début de ce siècle. D'autre part, nous avons vu plus haut comment, de principe universel proclamé par la loi de 1972, l'égalité salariale est devenue, par ce nouveau dispositif, une question purement technique. Dès lors, en fixer les normes ne revient-il pas de droit aux ingénieurs de l'économie et du social formés pour cela, par l'École nationale d'administration, et à eux seuls ? Pas davantage que les valeurs limites d'exposition profes-

sionnelles (à l'amiante, à la silice libre, aux vapeurs de benzène...), les modes de calculs, les seuils en matière d'(in)égalités salariales ne sont à offrir à la négociation.

Une troisième raison militait sans doute pour écarter les organisations syndicales de la mise en œuvre de cette nouvelle logique des textes : leur donner la main les aurait sans doute conduits à revendiquer, enfin, une parité immédiate des rémunérations, voire même des rappels de salaire. Tout à l'inverse, la mise en place de l'index, avec ses longs délais – pas de sanction en raison de manquement au fond avant trois ans révolus – peut s'accorder pleinement avec une rigueur salariale promue comme dogme.

B. L'évanescence du sujet

Il était logique, l'instance politique – le Parlement – s'étant dessaisi de son pouvoir, les syndicats étant soigneusement écartés, que le pouvoir judiciaire le soit également. Ainsi, ce sera le directeur régional des entreprises qui aura la haute main sur les sanctions et, comme naguère le roi, disposera (29) du droit de grâce. Mais cela dans le plus grand secret. Et la mise à l'écart du principe de séparation des pouvoirs (à quoi le Conseil constitutionnel ne trouve rien à redire (30)), emporte l'exclusion du caractère public de la sanction. Elle s'accompagne surtout de l'éviction des victimes : plus même, elle l'implique.

Or, la non-atteinte des 75 points par une entreprise démontre, sans conteste possible, une violation majeure du principe d'égalité salariale et l'on ne saurait nier de bonne foi que victimes il y a. Mais, précisément, la totalité du dispositif nouveau est conçue comme une boîte noire et cet agencement a clairement pour effet, si ce n'est pour objet, d'écarter toute demande individuelle, comme toute revendication collective. Et il n'est pas anodin de constater que les sanctions administratives ainsi prononcées ne serviront pas même la cause des femmes. Il est prévu, en effet, et l'on pourrait parler ici de cynisme consommé, que le produit de cette pénalité est affecté au fonds prévu à l'article L.135-1 du Code de la Sécurité sociale. En d'autres termes, le « *fonds dont la mission est de prendre en charge les avantages d'assurance vieillesse à caractère non contributif relevant de la solidarité nationale* »...

(25) Art. L. 2242-17.

(26) Art. L. 2242-20, 1^{er} alinéa : « *l'employeur engage (...) une négociation sur la mixité des métiers* ».

(27) Art. L. 1142-7 à L. 1142-10.

(28) Et notons ici que le non-respect de cette obligation nouvelle ne sera pas, en lui-même, sanctionné.

(29) Le cas échéant sous influence du ministre en exercice comme l'a démontré la récente actualité (cf. Libération du 17 novembre 2019, « L'étrange lettre de soutien de Pénicaud à un chef étoilé »).

(30) Cf. notamment les décisions n° 2013-341 QPC du 27 septembre 2013 et n° 2015-489 QPC du 14 octobre 2015.

Et ainsi, les victimes des discriminations se dissolvent-elles, sont-elles rendues invisibles, dérisoires mêmes, seul le chiffre comptant, au nom d'un supposé avenir radieux où les discriminations – celles-là, du moins – auraient disparu. L'approche épidémiologique, chassant l'analyse clinique, fait disparaître l'individu, assure l'évanescence du citoyen : il s'agit de gérer des populations (31) et nullement de faire triompher, au profit de chacun et chacune, un principe souverain, celui de l'égalité de traitement. Il s'agit, de fait, d'une marche vers l'égalité professionnelle en trompe-l'œil (32).

Sans doute, nous objectera-t-on, demeurent dans le Code du travail et le principe fondamental, posé par la loi de 1972, d'égalité salariale et les multiples obligations de négocier, imposées par les lois ultérieures. Il n'en demeure pas moins que le nouveau dispositif, à la fois parce qu'il intervient au niveau global, collectif et universel (33), mais aussi parce qu'il vient en dernier dans l'ordre chronologique, domine et

surplombe les autres. En d'autres termes, le principe transcendant d'égalité de traitement n'apparaît plus que comme un moyen de régler les situations individuelles, toutes résiduelles, passées au travers des mailles du filet instauré par l'*Index*. Ainsi, le principe transcendant est-il devenu interstitiel.

On voit ici comment tout oppose le droit français de celui d'Outre-Atlantique. Ici, la réparation est clairement mise en cause, et la justice écartée, par un appareillage technocratique et réglementaire. Tout à l'inverse, les actions de groupe aux États-Unis, quelles qu'en soient les limites (34), permettent, grâce à des agencements collectifs qu'elles constituent, de faire droit aux demandes individuelles en favorisant leur émergence, et avant tout l'émergence de la conscience collective des discriminations subies (35). L'intervention des pouvoirs exécutif et législatif, là, se limitant à légiférer en matière procédurale pour laisser toute sa place au juge.

IV. Conclusion

Le lecteur l'a sans nul doute compris. Mais il convient de clarifier ici notre propos, de préciser son objet. Il ne s'agissait pas pour nous, ici, de dénoncer un mécanisme qui, notamment avec la « franchise » des 5 %, avec l'exigence d'obtenir seulement 75 points au résultat final de l'addition des index, permet que perdurent les différences de traitement entre les femmes et les hommes en jetant sur elles un voile opaque. Cela est vrai assurément, et se devait ici d'être analysé, mais cela se doit d'être mis avant tout sur la place publique et, cela va de soi, devant les prétoires (36). Sans nul doute, au fil des années, les modes de calculs pourront être modifiés, affinés,

en prenant en compte des critiques pertinentes. Les contraintes pourront être durcies, comme il en était des normes visant à préserver la santé des salariés. Il ne s'agit pas davantage d'accuser un système qui permet toute triche : nous avons la naïveté de croire, et l'expérience pour savoir, que celles-ci seront rares, voire exceptionnelles ; au demeurant vu les faibles contraintes de la réglementation, ces triches sont bien peu nécessaires.

Bien entendu, nous ne pouvons, nous ne pouvons oublier ces dimensions, abordées ici trop succinctement. Il aurait fallu, et la place nous manquait ici, montrer les effets pervers induits par ces index,

(31) On ne peut que faire le rapprochement avec l'émergence de la biopolitique, pour reprendre le terme de Michel Foucault, comme mode de gouvernementalité, venant se surajouter à l'exercice du pouvoir disciplinaire, notamment lorsqu'il énonce : « avec cette technologie de pouvoir, cette biopolitique (...), il ne s'agit pas du tout de prendre l'individu au niveau du détail, mais, au contraire, par des mécanismes globaux, d'agir de telle sorte qu'on obtienne des états globaux d'équilibration, de régulation... » (*Il Faut Défendre la Société*, Éd.. EHESS, 1997, pp. 219-220).

(32) Pour reprendre le titre d'une analyse remarquable de Anne Lambert et Delphine Remillon qui montrent comment le passage en 2000 d'un système de promotion à l'ancienneté par un système au choix a renforcé les inégalités professionnelles au sein d'une compagnie de transport aérien (*Travail et Emploi* 2018/2, pp. 5 à 41).

(33) Concernant non seulement les salaires, mais aussi les promotions et les augmentations.

(34) Si le leader mondial de la restauration collective, Sodexo, a conclu un accord en 2003 pour un montant de 80 millions de dollars afin de mettre un terme à une action engagée pour discrimination racistes par 2.600 anciens cadres, la Cour suprême, en 2011, invalidait une action de groupe engagée dix ans plus tôt par un million et demi de femmes salariées de Wal-Mart.

(35) Sur une comparaison entre les approches juridiques de la France et des USA, cf. l'article de Marie Mercat-Bruno, « *Égalité salariale, discrimination individuelles et systémiques* » in revue de l'OFCE, 2010/3, n° 114, où l'auteur souligne déjà les faiblesses de l'approche purement quantitative qui domine en France.

(36) Cf. par exemple « *La Caisse d'Épargne accusée de discrimination envers les femmes* », Semaine Sociale Lamy, 11 juin 2019 ou, sur la même mise en cause, « *Première action de groupe contre la discrimination sexiste* », L'Humanité, 5 juin 2019 et, dans le même quotidien daté du 18 septembre, « *L'index égalité professionnelle : de la poudre aux yeux* ». Cf. également la condamnation d'une société d'assurance par le juge prud'homal à verser à une salariée 161 000 € pour discrimination salariale et dont la presse a largement rendu compte : le Parisien, notamment, dans son édition du 24 octobre 2019. Cette entreprise avait pourtant obtenu la note remarquable de 92 points...

notamment en ce qu'ils se refusent d'aborder la question, cruciale entre toutes, des embauches et, partant, des discriminations qui y prévalent (37).

Ce que nous voulions mettre en lumière, bien davantage, c'est d'une part, comment et à quel degré, dans un terrain qui est celui des droits de l'Homme, la loi n'est plus que le serviteur du décret, le Parlement de l'exécutif et qu'un simple tableur « *mis à disposition des employeurs* » prime en le corrigeant, sur le décret. Et comment le juge est exclu de ce jeu. C'est peu dire que la démocratie n'en sort pas renforcée.

Nous voulions aussi, et surtout – mais cela est lié – montrer à quel point et selon quelles modalités la norme, qui naguère était énoncée en des principes souverains, fondés sur les droits de l'Homme, s'incarne et règne désormais dans le registre du droit du travail, à tout le moins, sous la forme d'algorithmes. Bien entendu, cette rupture est la consécration de la domination absolue du chiffre, mais seulement en tant que, comme l'énonçait très justement Gérard Berry, l'algorithme ne peut agir que sur – où à travers, concédons-le – ce double artificiel, cette anamorphose de la réalité qu'est le « reflet numérique », articulément forgé, de notre monde. Au-delà, il y a ce coup de force par lequel est évacuée la pensée, afin de rendre exécutable par une machine numérique (ordinateur...) l'instauration d'un ordre social que l'on nous promet radieux.

Et on ne peut que s'inquiéter de cette rupture : il s'agit aujourd'hui de l'égalité professionnelle. Mais nous voyons déjà poindre l'idée de son extension. D'ores et déjà, la très influente Association nationale des directeurs des ressources humaines (ANDRH) prône la transposition de ce système aux seniors... (38). L'adhésion de ce groupe social et professionnel à la logique des index procède sans doute de ce que la sociologue Anne-Marie Dujarier qualifie de « *management désincarné* » (39), dont il serait l'un des porteurs et promoteurs les plus ardents.

Plus assurément, la mise en œuvre des index apparaît, pour les directeurs des ressources humaines, comme une arme entre leurs mains dans les rapports de pouvoir qu'ils nouent avec les directions exécutives : direction de la production, directions commerciales, administratives et financières, etc.

L'humain devient ici un périphérique de la machine algorithmique : l'employeur en premier lieu – le ministère du Travail promettant une mise à disposition de logiciels de paie (obligatoires à l'avenir ?) qui permettra d'effectuer automatiquement les extractions nécessaires – l'inspecteur du travail en second lieu qui, destinataire des seuls résultats des index, dans une cécité bien orchestrée (40), est seulement enjoint d'envoyer des lettres types aux entreprises dont les résultats sont insuffisants.

Ainsi assistons-nous ici au triomphe des dites « sciences » de la gestion, dont d'aucuns rêvent (41), sur le droit et l'idée de justice. Mais, surtout, dans cette reconfiguration du pouvoir, du pouvoir-savoir, qui s'articule sur la cybernétique et sur la statistique, c'est-à-dire, étymologiquement, sur la science de l'État, où le molaire éclipse le moléculaire (42), la figure de l'homme – de la femme – ici comme travailleurs, s'efface, *comme la limite de la mer, un visage de sable*, pour ne plus apparaître que comme une unité dérisoire, simple composante non pas même d'une population, mais d'une cohorte.

Dénonçant l'idéologie qui sous-tend la réforme des retraites – et peu importe ici, cette remarque pourrait tout aussi bien s'appliquer au mécanisme des index – Alain Supiot énonçait il y a peu que « *ce qui domine aujourd'hui, c'est l'imaginaire d'une mise en pilotage automatique des affaires humaines* ». Mais ce qui nous écrase, c'est aussi, c'est surtout, cette volonté incensante de nos gouvernants de nous offrir, malgré nous, le *spectacle* infini et totalitaire de ce pilotage automatique, dont nous serions supposés jouir.

Jacques Déchoz

(37) Sur les effets pervers induits par les index et, plus largement, par la gouvernance par les nombres, cf. le bel article de Stéphane Jugnot, « *Les inégalités se mesurent, les discriminations se constatent* », revue de l'IREs, n° 98 – 2019-2.

(38) Proposition avancée lors d'une conférence de presse le 19 septembre 2019 – cf. Liaisons Sociales quotidien du 12 septembre 2019. Plus récemment encore, le vice-président de cette association revenait sur cette idée avec force dans un entretien donné au même quotidien (Liaisons Sociales quotidien du 16 décembre 2019). On peut également se référer à la déclaration du directeur de la diversité du groupe Vinci : « *nous accueillons très positivement l'index* » (Liaisons Sociales quotidien, 8 août 2019).

(39) Anne-Marie Dujarier, « *Le management désincarné - Enquête sur les nouveaux cadres du travail* », Éd. La Découverte, 2015.

(40) Mais il est vrai que cette transmission *a minima* des données à disposition de l'administration à ceux qui sont pourtant chargés de faire respecter les droits des salariés n'est qu'un élément parmi d'autres de cet volonté de couper les inspecteurs du travail de toute information émanant des entreprises dont ils ont la charge : suppression des déclarations de mouvements de main-d'œuvre, de la transmission automatique des bilans sociaux, des protocoles d'accord électoraux et, tout récemment (décret n° 2019-1345 du 11 décembre 2019), des résultats des élections professionnelles... Sous couvert de simplifier la vie des entreprises, il s'agit, en rendant les inspecteurs du travail aveugles, de les transformer en simples agents de contrôle.

(41) Cf. Amélie Galy, « *Pourquoi un droit du travail ? Libres propos sur la justification du point de vue des sciences de gestion* », Droit Social n°s 5 et 6, 2019.

(42) Pour reprendre l'opposition développée par Félix Guattari, cf. « *La Révolution Moléculaire* », Éd. Recherches, 1977, et, avec Gilles Deleuze, « *Milles Plateaux* », Éd. de Minuit, 1980.