

La banalisation des outils d'aide à la décision : une dynamique de transformation sans réforme ?

*Isabelle SAYN**

**The Trivalization of Decision Aid Tools:
A Dynamic of Processing without Reform?**

**La banalización de las herramientas de apoyo a la decisión:
¿una dinámica de transformación sin reforma?**

**A banalização das ferramentas de ajuda à decisão:
uma dinâmica de transformação sem reforma?**

决策辅助工具的普及化：一种没有改革的转变模式？

Résumé

Cet article se fonde sur les résultats d'une recherche empirique consacrée aux « barèmes et autres outils techniques d'aide à la décision » dans le fonctionnement de la justice en France. Ces outils, issus de la pratique, facilitent le travail des juges. Ils traduisent aussi une conception renouvelée de ce travail, moins individualiste, que ce soit au sein des juridictions ou dans les coopérations qu'ils favorisent avec d'autres autorités décisionnelles. À partir d'une définition de ces objets, de factures très diverses mais tous porteurs d'une forme

Abstract

This article is based on the results of an empirical research conducted about scales and others decision aid tools in France. Created by practitioners, these tools facilitate the work of judges. They also reflect a renewed conception of this work, less individualistic, between the magistrates, as well as with other authorities. This text proposes a definition of the wide variety of tools: they all hold a form of interpretation of the rules in force. It also shows the difficulties linked to the absence of a cross-cutting policy

* Directrice de recherche au CNRS, Centre Max Weber (UMR 5283), Université de Lyon.

d'interprétation des règles de droit en vigueur, la recherche montre l'absence de politique transversale susceptible de piloter la construction et la diffusion de ces outils.

capable to promote their construction and dissemination.

Resumen

Este artículo se basa en los resultados de una investigación empírica acerca de «escalas y otras herramientas técnicas de ayuda en la toma de decisiones» en el funcionamiento de la justicia en Francia. Estas herramientas, sacadas de la práctica, facilitan el trabajo de los jueces. Ellas reflejan igualmente una concepción renovada de este trabajo, menos individualista, ya sea dentro de las jurisdicciones o en las cooperaciones que favorecen con otras instancias decisorias. Partiendo de la definición de una amplia diversidad de estos objetos, pero todos portadores de una forma de interpretación de las normas legales vigentes, la investigación muestra la ausencia de una política transversal susceptible de promover la construcción y la difusión de estas herramientas.

Resumo

Este artigo se baseia sobre o resultado de uma pesquisa empírica consagrada aos «baremas e outras ferramentas técnicas de apoio à decisão» no funcionamento da justiça na França. Essas ferramentas, advindas da prática, facilitam o trabalho dos juizes. Elas traduzem também uma concepção renovada deste trabalho, menos individualista, tanto no seio das jurisdições como nas cooperações por elas facilitadas com outras autoridades tomadoras de decisão. A partir de uma definição destes objetos, muito diversas mas todas trazendo uma forma de interpretação das regras de direito em vigor, a pesquisa mostra uma ausência de política transversal suscetível de conduzir a construção e a difusão dessas ferramentas.

摘要

本文以一项关于法国司法运行的“计算表和其他决策辅助技术工具”经验研究的成果为依据。这些源自实践的工具促进了法官的工作。它们也体现出关于司法工作的一种更淡化个人主义的新概念，这种淡化既体现于司法机构内部，也体现于司法机构与其他决策机构的合作。本文先对各种各样的工具作出界定，阐明这些工具都具有解释现行法律规则的形式，然后提出缺乏一种能够推动这些工具的建设 and 传播的交叉政策。

Plan de l'article

Introduction	341
I. Des outils d'aide à la décision aux barèmes	343
A. Des outils d'aide à la décision très variés	343
1. Fixer un montant, orienter une procédure, collaborer avec d'autres instances.....	343
2. Des outils à des stades divers de formalisation, de diffusion et d'unification.....	346
B. Une définition de l'outil « barème ».....	348
1. De simples outils d'aide à la décision	349
2. La dimension politique des barèmes	350
3. Quel vocable retenir? des barèmes aux lignes directrices....	351
II. Une évolution à bas-bruit du fonctionnement de la justice?	352
A. Des magistrats qui affirment l'utilité des outils d'aide à la décision.....	353
B. Des magistrats qui s'inquiètent de l'utilisation des outils d'aide à la décision	354
1. Respecter l'indépendance des magistrats?	355
2. Respecter le pouvoir souverain d'appréciation des magistrats?.....	356
C. Des barèmes qui manifestent la marge de manoeuvre des juges	358
Conclusion: Une réforme sans réforme – Accompagner une évolution	360

Les résultats d'une recherche consacrée aux « barèmes et autres outils techniques d'aide à la décision » dans le fonctionnement de la justice¹ permettent de fournir un exemple de « réforme sans réforme », ou de « réforme dans les faits » apte à répondre à la question posée par la problématique des organisateurs du colloque « Réformer la justice : des théories de l'action publique aux pratiques des acteurs : Comment le droit et la justice se réforment-ils dans les faits ? ». Ces outils constituent autant d'objets porteurs d'un changement des pratiques professionnelles. Non seulement ils permettent de faciliter le travail des juges mais ils traduisent aussi une conception renouvelée de ce travail, moins individualiste et s'inscrivant un peu plus dans un processus bureaucratique, que ce soit au sein des juridictions ou dans les coopérations qu'ils favorisent avec d'autres autorités décisionnelles intervenant en amont ou en aval de la décision juridictionnelle. On ne saurait cependant réduire l'émergence de ces outils aux seules pratiques professionnelles, les instances nationales ayant pour leur part appelé ce type d'outils de leurs vœux, voire plus récemment créé ce type d'outil, favorisant ainsi leur acclimatation dans l'environnement juridictionnel. Cette recherche montre également les difficultés liées à l'absence de politique transversale capable de piloter la construction et la diffusion de ces outils, politique qui permettrait une forme de collaboration et de renforcements mutuels entre une politique *top down* et des évolutions de terrain.

La recherche sur laquelle se fonde ce texte a collecté systématiquement les outils d'aide à la décision existants dans l'ensemble des juridictions judiciaires (par opposition aux juridictions administratives) du premier degré, installées sur le territoire d'une cour d'appel, sachant qu'il existe 35 cours d'appel sur l'ensemble du territoire français². La collecte réalisée

¹ Isabelle SAYN, Vanessa PERROCHEAU, Yann FAVIER et Nathalie MERLEY, *Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice*, Rapport final réalisé pour le compte de la Mission de Recherche Droit et Justice, avril 2019, en ligne : <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02283040v2>> (consulté le 16 mars 2020).

² Cette collecte a permis la création d'une barémotherèque qui recense l'ensemble des outils collectés, quel que soit leur degré de formalisation ou de diffusion, possiblement à plusieurs stades de leur consolidation, dès lors qu'ils sont tous utilisés par un ou plusieurs des magistrats rencontrés : MISSION DE RECHERCHE DROIT ET JUSTICE et MSH ST-ÉTIENNE, *Une barémotherèque, Pourquoi faire?*, en ligne : <<https://baremotherque.ish-lyon.cnrs.fr/presentation.php>> (consulté le 16 mars 2020).

auprès de 30 juridictions différentes à l'occasion de 55 entretiens semi-directifs, réalisés auprès de magistrats représentant les différents types de contentieux³, a permis de recenser 122 outils. La collecte a été enrichie des outils connus par ailleurs par les auteurs de la recherche et par une exploration systématique de l'intranet justice, regroupant des sites en principe réservés aux professionnels et sur lesquels les juridictions peuvent également déposer des barèmes à disposition des magistrats. Outre la collecte, les entretiens, enregistrés et retranscrits, ont permis aux magistrats entendus de décrire leurs usages de ces outils et l'appréciation qu'ils en ont. Les analyses produites à partir de ces entretiens sont le fait, d'une part, de juristes spécialistes de chacun des contentieux abordés et, d'autre part, de sociologues familiers du fonctionnement de la justice. Cette collecte des barèmes comme les opinions ne prétendent pas à l'exhaustivité mais proposent un large éventail des possibles et peuvent servir de fondement à une analyse des évolutions de la justice « par le bas ».

Les outils d'aide à la décision repérés sont très divers et seuls certains d'entre eux sont au final qualifiés de « barème » par les auteurs de la recherche. Ce sont ces outils-là, dont la recherche propose une définition, qui sont lus comme des vecteurs de réforme. Une première partie de ce texte propose donc une description des outils collectés avant d'en tirer une définition de l'objet barème. Une deuxième partie de cet article tente de montrer en quoi ces outils manifestent une évolution à bas bruit du fonctionnement de la justice, tout en se heurtant à une conception continentale du droit. Cette tension se manifeste à la fois dans les discours des magistrats et dans l'accueil que la Cour de cassation leur réserve.

³ Plus précisément, ont été entendus des magistrats ou des juges exerçant dans les tribunaux d'instance et de grande instance (contentieux civil et notamment familial, Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions, surendettement des particuliers, protection des majeurs), les tribunaux correctionnels et de police (contentieux pénal hors affaires criminelles, étendu au domaine à l'exécution des peines), les tribunaux des affaires de sécurité sociale, les commissions départementales de l'aide sociale, les Conseils de Prud'homme (contentieux des relations du travail salarié) et les tribunaux de commerce. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 mars 2019 (le 1^{er} janvier 2020), certaines de ces juridictions ont fusionné, mais les contentieux traités restent les mêmes et peuvent donc justifier le recours aux mêmes outils.

I. Des outils d'aide à la décision aux barèmes

Les outils d'aide à la décision collectés à l'occasion de cette recherche sont nombreux (A), particulièrement dans le champ pénal. Cet aspect sera cependant, pour l'essentiel, écarté dans cette analyse. Remarquons cependant que l'existence d'une politique pénale, qui peut se décliner tant au niveau national⁴ qu'au niveau local sous l'autorité du procureur de la République, illustre la dimension politique des outils diffusés par ce dernier. La déclinaison d'une politique pénale via des outils d'aide à la décision donne une idée de ce que pourrait être une politique publique déclinée dans le champ non pénal, via des barèmes, sur le modèle du barème (légal et obligatoire) récemment créé pour fixer le montant des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ou encore de la table de référence indicative pour fixer le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (CEEE). On est ici au cœur du sujet: comment des outils *a priori* modestes peuvent constituer une dynamique de transformation sans réforme dès lors qu'ils sont porteurs d'un projet politique. Or, comme nous le verrons, la dimension politique définit selon nous les barèmes (B).

A. Des outils d'aide à la décision très variés

Les services rendus par ces outils sont variables. S'ils permettent le plus souvent de fixer un montant, ils peuvent aussi faciliter une orientation procédurale ou la collaboration entre services (1). En outre, on les trouve à des stades très variés de formalisation, de diffusion et d'unification (2).

1. Fixer un montant, orienter une procédure, collaborer avec d'autres instances

Fixer un montant ou guider dans une orientation procédurale

Les outils collectés concernent deux types de situations. Ils peuvent servir aux juges à fixer un montant (des dommages et intérêts, une pension alimentaire ou une prestation compensatoire, une peine, etc.). Ils peuvent

⁴ Voir par exemple la circulaire du 21 mars 2018 (CRIM-2018- 0023-Pl6) de la ministre de la Justice précisant les priorités nationales en la matière (terrorisme, infractions économiques, etc.), en ligne : <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2018/04/circulaire21-03-2018.pdf>> (consulté le 16 mars 2020).

également être utilisés de manière à déclencher une action ou à orienter le dossier dans telle ou telle direction.

Les premiers concernent plus généralement la justice civile (au sens de justice non pénale) dont on verra des exemples au fil de ces développements, même si on trouve aussi des outils d'orientation des dossiers. C'est le cas de la barémisation créée par le président d'un tribunal de commerce, à son usage personnel, pour l'aider à choisir entre un processus de redressement de l'entreprise en difficulté et un processus de liquidation de cette même entreprise, sur la base du critère chiffré de la capacité d'autofinancement du débiteur auquel s'ajoutent des critères qualitatifs tels que les emplois à sauver, les réquisitions du Parquet ou encore l'annonce d'un changement de dirigeant

Dans le domaine de la justice pénale, certains parquets jalonnent de bout en bout le traitement de la chaîne pénale, barémisant les modalités d'enquête (déplacement sur les lieux des enquêteurs), l'orientation des poursuites (procès pénal ou alternative aux poursuites telle que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou la composition pénale⁵), le quantum des réquisitions et parfois même le montant de la réparation susceptible d'être attribuée à la victime. Certains barèmes sont particulièrement précis, prenant parfois la forme de formules mathématiques, lorsque la délinquance en cause s'y prête et repose sur des données quantifiables telles que la quantité de stupéfiants possédée ou la quantité d'alcool ingérée. Ces outils s'insèrent dans la chaîne pénale, permettant de favoriser la collaboration des différents intervenants successifs au processus. C'est l'une des autres caractéristiques des outils collectés : leur capacité à favoriser les collaborations entre instances décisionnelles.

⁵ Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) ou « plaider-coupable » : éviter un procès pour une personne qui reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Limitée à certains délits, elle est à l'initiative du procureur de la République. Le procureur propose une peine qui doit être acceptée par l'auteur des faits reprochés puis homologuée par le tribunal correctionnel. Composition pénale : le procureur de la République propose une sanction à l'auteur de l'infraction (infractions de faible gravité). Si l'auteur accepte la peine, l'accord est validé automatiquement ou, au-delà d'un seuil, il est homologué par le tribunal.

Collaborer avec d'autres instances décisionnelles

Les outils collectés sont très généralement créés à l'initiative des magistrats. Certains ont été créés par d'autres et structurent des décisions non juridictionnelles soumises ensuite à l'examen du juge. Les magistrats peuvent alors être confrontés à un barème créé en amont de leur intervention, dont ils restent maîtres de l'utilisation. Certains les intègrent à leur raisonnement, d'autres les ignorent. C'est le cas des barèmes élaborés au sein des départements (collectivité territoriale), qui sont en charge de la distribution de l'aide sociale permettant de financer l'hébergement des personnes âgées dépendantes. Ces barèmes permettent d'évaluer les contributions demandées aux membres de la famille tenus d'une obligation alimentaire (ici essentiellement les descendants en ligne directe) et par conséquent de calibrer l'aide publique qui sera apportée en complément. Les juges peuvent ou pas s'appuyer sur ces outils pour apprécier à leur tour la contribution réclamée aux familles. Il en est de même, sous réserve d'une réforme intervenue depuis l'enquête et limitant l'intervention des magistrats⁶, du barème élaboré par les instances bancaires pour apprécier la capacité de remboursement d'un débiteur surendetté, compte tenu de ses charges de famille, sous la notion de « reste-à-vivre »⁷.

Inversement, des barèmes créés au sein d'une juridiction peuvent être diffusés au-delà de la sphère juridictionnelle, pour favoriser les interactions entre la phase judiciaire d'un processus décisionnel et d'autres de ses aspects. Ainsi, l'évaluation de l'indemnité d'occupation du logement de la famille, qui accompagne l'occupation de ce logement à la suite de la séparation des époux, peut être barémisée, cette modalité de calcul étant ensuite intégrée par les notaires lorsqu'ils calculent les droits des époux au titre du partage des biens issus de la communauté⁸.

⁶ La Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle (en ligne: <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/11/18/2016-1547/jo/texte>> (consulté le 1^{er} septembre 2020) a supprimé l'homologation par le juge du plan de surendettement proposé par la commission compétente, dorénavant décisionnaire (art. 58). Le juge reste compétent en cas de recours contre cette décision. Les textes relatifs au surendettement sont insérés dans le *Code de la consommation*, art. L 711-1 et suiv. (voir <<https://www.legifrance.gouv.fr>>)

⁷ Le « reste-à-vivre » est la somme minimale qu'il est nécessaire de laisser à la disposition du débiteur surendetté pour assurer ses dépenses quotidiennes, compte tenu de la composition de sa famille (logement, nourriture, habillement, transport, etc.)

⁸ En France, et sauf convention contraire, le régime légal des biens des époux est un régime de communauté des biens acquis pendant le mariage. Cette communauté fait

La très large diffusion des barèmes (barèmes relatifs à l'indemnisation du dommage corporel), leur caractère officiel (barème pour fixer la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants) ou même légal (barème d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse) assurent ainsi un effet horizontal à ces outils, intégrés d'une façon ou d'une autre dans le fonctionnement d'autres instances que sont respectivement, pour ces trois exemples, les compagnies d'assurances, les caisses d'allocations familiales ou les entreprises.

2. Des outils à des stades divers de formalisation, de diffusion et d'unification

La formalisation des outils d'aide à la décision peut être inexistante, et l'on touche ici les limites du phénomène: chaque juge élabore son propre outil mental, qui lui permet de produire des décisions cohérentes entre elles, indépendamment de la production de ses collègues statuant sur le même terrain. L'outil peut aussi proposer une simple somme d'argent, mémorisée par les magistrats sans qu'il soit besoin d'un support écrit, tout en étant partagé entre plusieurs magistrats relevant de la même juridiction. C'est ce type d'outil que suscitent les articles 700 du Code de procédure civile (CPC), ainsi que les articles 375 et 475-1 du Code de procédure pénale permettant au juge de condamner la partie perdante à verser à son adversaire une somme représentative des frais irrépétibles du procès, particulièrement des frais d'avocats. Les magistrats entendus déplorent que ces frais ne soient pas justifiés sur la base de la note d'honoraires des avocats et retiennent souvent une somme forfaitaire, très globalement adaptée à la complexité de l'affaire. La diffusion reste alors très locale et chaque groupe de magistrats peut utiliser des montants différents, non seulement d'une juridiction à l'autre mais aussi d'un contentieux à l'autre au sein d'une même juridiction.

À l'opposé, les outils d'aide à la décision disponibles en matière d'indemnisation du préjudice corporel sont sophistiqués, avec des documents rédigés et relativement longs justifiant en tout ou partie les choix proposés. Ils articulent une nomenclature des postes de préjudices indemnifiables et

l'objet d'un partage à la dissolution du couple; peut alors rentrer en ligne de compte l'indemnité d'occupation que doit un (ex)époux en raison de son occupation du bien immobilier qui constituait à l'origine de logement de la famille et qui est un bien commun ou un bien propre de l'autre.

des montants associés à tout ou partie de ces postes, fondés à la fois sur la gravité du préjudice et sur les montants présentés comme communément retenus par les juridictions d'appel. Si la recherche a repéré globalement trois outils en circulation, tous largement diffusés et utilisés, l'un plus largement que les autres, ces outils se fondent tous sur une nomenclature unique des postes de préjudice⁹. Seuls les montants finalement proposés varient, dans des proportions assez faibles.

Les outils disponibles en matière de prestation compensatoire (somme versée entre époux à la suite du divorce¹⁰) sont également à la fois largement diffusés au sein des juridictions et nettement plus nombreux, proposant chacun des résultats chiffrés parfois très différents pour une même situation. Ils peuvent en revanche être de facture assez sommaire pour les uns, très sophistiqués pour les autres.

Dernier exemple, le montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (CEEE), versée par le parent qui ne réside pas habituellement avec son enfant, fait l'objet d'une « table de référence » diffusée sous l'autorité du ministère de la Justice depuis 2010. Si la construction de cet outil est sophistiquée, cette sophistication n'apparaît pas dans le simple tableau dorénavant largement présent sur la toile et utilisé par les magistrats¹¹, auquel s'est ajouté plus récemment une table encore plus

⁹ Il s'agit de la nomenclature dite Dintilhac. En 2004, le gouvernement a confié au Premier président de la Cour de cassation le soin de constituer un groupe de travail en vue d'élaborer une nomenclature des préjudices. Ce groupe a été présidé par Jean-Pierre DINTILHAC, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juillet 2005, en ligne : <<https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217.pdf>> (consulté le 16 mars 2020). La nomenclature n'a jamais été directement revêtue d'un sceau législatif ou réglementaire mais elle s'est imposée devant les juridictions. Sur cette question voir en particulier voir Vincent RIVOLLIER, « Chapitre 2 : les barèmes dans le contentieux non pénal », dans I. SAYN, V. PERROCHEAU, Y. FAVIER et N. MERLEY, préc., note 1, p. 56.

¹⁰ Pour une présentation critique de ces méthodes, voir Isabelle SAYN, « Compenser les inégalités économiques après divorce ? Des critères légaux aux outils d'aide à la décision », (2016) 31-2 *Canadian Journal of Law and Society / La Revue Canadienne Droit et Société* 219.

¹¹ Par exemple, pour la version 2015 de la table (le ministère de la Justice procède à une révision annuelle intégrant le montant de Revenu de solidarité active, revenu minimum dont le montant évolue chaque année). Voir *Table de référence 2015 pour fixer les pensions alimentaires*, en ligne : <http://lazard-avocat.com/pdf/table_referance_2015.pdf> (consulté le 16 mars 2020).

simplifiée¹². Le document rédigé et relativement long justifiant les choix proposés n'est pas associé au tableau. Ici, la diffusion est donc très large, mais elle n'empêche pas l'existence semble-t-il résiduelle d'outils concurrents qui lui préexistaient.

La formalisation comme l'unification de ces outils restent donc très variables et on peut trouver plusieurs barèmes cherchant à répondre à la même question ou encore un même barème, issu du même auteur ou du même groupe d'auteurs, à plusieurs étapes successives de consolidation ou même de mise à jour. Il en est de même de la diffusion de ces outils. Elle peut être cantonnée aux relations de proximité entre magistrats relevant d'une même juridiction ou utiliser différents réseaux. La formation assurée par l'École nationale de la magistrature peut à l'occasion concerner tel ou tel barème. Les réseaux sociaux professionnels (les magistrats disposent de listes de diffusion privées, réservées à ceux qui exercent les mêmes fonctions, administrées par les magistrats eux-mêmes) jouent un rôle important dans cette diffusion, de même que les rassemblements organisés au titre de la formation continue, spécialement lors des formations qui accompagnent les prises de nouvelles fonctions. Certains collègues sont par ailleurs connus dans la profession pour avoir développé tel ou tel outil dont ils assurent une diffusion de proximité, ou encore via leur participation à des formations ou des publications professionnelles.

B. Une définition de l'outil « barème »

Cette description ne permet pas de distinguer, dans cet ensemble, les outils que l'on pourrait qualifier de barèmes : certains fixent un montant, d'autres pas ; certains sont formalisés et diffusés, d'autres pas. Par ailleurs, tous les outils d'aide à la décision ne jouent pas le même rôle : seuls certains d'entre eux apportent des précisions normatives susceptibles d'influencer la teneur de la décision (2). D'autres sont effectivement des outils d'aide à la décision, mais ne sont pas, selon nous, des barèmes : il leur manque en effet une dimension politique (1). C'est à partir de la comparaison de ces différents outils qu'est proposée une définition de l'outil « barème » (3).

¹² RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, « Barème des pensions alimentaires », *justice.fr*, en ligne : <<https://www.justice.fr/simulateurs/pensions-alimentaire/bareme>> (consulté le 16 mars 2020).

1. De simples outils d'aide à la décision

Certains outils permettent aux magistrats de travailler plus commodément en leur fournissant une synthèse opérationnelle des textes, facilitant ainsi l'accès à l'information et la prise de décision corrélative. On trouve ainsi un tableur permettant, à partir des seules règles légales, de trouver plus facilement le montant des émoluments des huissiers ou encore un tableur intégrant l'ensemble des délais de prescription de l'action publique relatifs aux atteintes sexuelles sur mineur, y compris le droit transitoire et les précisions jurisprudentielles, permettant ainsi de déterminer plus aisément la date de prescription dans une affaire donnée, en entrant la date de naissance de la victime et de la date des faits concernés, le tout classé par nature d'infraction.

D'autres outils d'aide à la décision apportent des aides au calcul, évitant des calculs fastidieux et produisant une information mieux formalisée, plus lisible et plus détaillée sans pour autant exercer une influence sur la teneur de la décision rendue. Il s'agit par exemple d'un tableur permettant d'introduire les différents éléments de la décision constitutive d'un plan de remboursement pour un particulier surendetté, tels que le taux d'intérêt retenu, l'étalement dans le temps du plan de remboursement, la possibilité de distinguer les différents éléments constitutifs de la dette selon sa nature, la prise en considération de l'amélioration de la capacité de remboursement et l'augmentation corrélative des remboursements dus aux autres créanciers, etc. L'ensemble permet de calculer un échéancier mensuel sur toute la période de remboursement et de le formaliser dans un document récapitulatif qui sera joint à la décision elle-même, sans pour autant trancher sur les critères de décision utilisés, introduits dans le tableur pour réaliser le calcul.

D'autres outils enfin ont pour objet de faciliter le travail de rédaction des décisions. Favorisés par la généralisation des logiciels de traitement de texte et par la mise à disposition de trames de décisions susceptibles d'être intégrées aux « logiciels métiers », ils sont désignés par les interviewés par les termes de « trames » ou encore de « maquettes », de « matrices » ou de « modèles » de jugements, certains proposant des modèles de motivations. En dehors même de ces trames peuvent par ailleurs exister des « banques » ou « modèles » de motivations-types, propres à tel ou tel contentieux, dans lesquels puiseront les juges pour rédiger leurs décisions. Les pratiques en matière de contenus, de fabrication et de diffusion de ces modèles sont très

diverses. Ces outils facilitent incontestablement le travail du juge. Ils constituent effectivement un outil d'aide à la décision mais ils ne cherchent pas pour autant à agir sur la teneur de la décision.

2. La dimension politique des barèmes

En revanche, d'autres outils constituent une modélisation du raisonnement, la proposition de solutions associées à tels ou tels critères de décision induisant nécessairement une tentative de réduction de l'incertitude (de l'aléa judiciaire) et un objectif d'harmonisation des décisions judiciaires. Ceux-là ne se contentent pas de faciliter l'élaboration de la décision et sa rédaction : ils proposent un choix de critères jugés pertinents en leur associant un résultat. Nous désignons ainsi par « barèmes » des outils d'aide à la décision, construits par les acteurs du droit, quels que soient leur domaine d'activité, leur état de formalisation ou l'importance de leur diffusion. Que ces outils suggèrent un montant (indemnisation, pension, peine, etc.) ou l'orientation d'un dossier, ils permettent tous de préciser les critères de décision fixés par le droit applicable, proposant une interprétation de la règle de droit et resserrant ainsi le maillage normatif. Cette caractéristique semble être un critère distinctif central. Elle concerne aussi bien les outils d'origine légale que les outils issus des praticiens, créés à droit constant dans le cadre de la loi préexistante et par hypothèse facultatifs pour le juge.

La dimension politique du barème instauré par la loi française pour évaluer le montant de l'indemnité en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse ne fait pas de doute¹³. En imposant un montant maximum à cette somme pour les entreprises de onze salariés et plus, calculée à partir des seuls critères de l'ancienneté et du salaire de la personne licenciée, cet outil organise une plus grande prévisibilité des montants en écartant non seulement l'essentiel de l'appréciation *in concreto* du préjudice mais aussi la possibilité de dispersion des décisions liée à l'absence de référence commune. Obligatoire pour les juges, ce barème a été très discuté, notamment

¹³ Ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail, en ligne : <<https://www.legifrance.gouv.fr/eli/ordonnance/2017/9/22/2017-1387/jo/texte>> (consulté le 1^{er} septembre 2020). Ces textes sont est insérés dans le Code du travail, art. L 1235-1 et L 1235-3 (voir <<https://www.legifrance.gouv.fr>>).

parce qu'il exclut de l'évaluation de l'indemnité la dimension implicite mais bien présente du caractère punitif de l'indemnité.

La dimension politique des barèmes non légaux produits à droit constant reste implicite mais n'en est pas moins présente. Ces outils constituent bien une forme d'interprétation du droit, restituée sous la forme d'un barème plutôt que sous la forme traditionnelle de la doctrine. Pour ne prendre qu'un exemple, la table de référence produite pour évaluer le montant de la CEEE retient des règles de construction qui ne ressortaient pas expressément de la loi et qui pourraient être discutées. D'une part, les revenus des parents pris en considération pour calculer leur contribution sont les revenus disponibles en amont des effets redistributifs liés au système socio-fiscal, parce que ce système s'adapte aux revenus disponibles, y compris les pensions alimentaires reçues et versées. D'autre part, le taux d'effort appliqué aux ressources des parents est identique pour calculer le montant de leur contribution, indépendamment de la disparité de leurs ressources, car la CEEE n'a pas pour objet d'égaliser même en partie les niveaux de vie des deux parents¹⁴.

Dans tous les cas, la question n'est pas celle de l'existence ou pas de choix sous-jacents à la construction d'un barème, mais bien celle de leur explicitation et de leur connaissance par les magistrats, comme par les justiciables et leurs conseils, de façon à ce qu'ils soient ainsi soumis au débat. L'outil et les résultats auxquels il aboutit peuvent alors faire l'objet d'un échange d'arguments, ce que ne peut pas susciter l'accumulation de décisions individuelles conçues comme le résultat du seul pouvoir d'appréciation des magistrats.

3. Quel vocable retenir ? des barèmes aux lignes directrices

Dans cet article, le vocable « barème » est utilisé pour désigner l'ensemble des outils qui portent une interprétation de la loi et ont par conséquent une dimension normative. Cette utilisation ne correspond pas à sa définition initiale, qui renvoie à un outil qui manipule des données

¹⁴ Par exemple, le parent débiteur d'une pension pour un seul enfant avec une résidence dite classique (un week-end sur deux et la moitié des vacances scolaires) doit contribuer à hauteur de 13,5 % de ses revenus, quel que soit le montant de ses revenus (sous réserve d'un mécanisme de reste-à-vivre) et quel que soit le montant des revenus de l'autre parent.

chiffrées de type table de calcul¹⁵. Certains des outils d'aide à la décision rencontrés, qui procèdent bien à un resserrement du maillage normatif, ne s'appuient pas, en tout ou partie, sur des données chiffrées. Qu'ils soient adossés à des données chiffrées ou pas, les outils qualifiés ici de barèmes constituent bien une forme d'interprétation et assurent corrélativement une fonction d'harmonisation des décisions rendues, que ce soit par un même juge, entre deux juges, ou entre différentes juridictions. Le vocable utilisé n'est donc pas adéquat. Il reste à proposer un vocable pour ceux de ces outils qui ne s'appuient pas, en tout ou partie, sur des données chiffrées ou, plus largement, un vocable qui englobe plus explicitement les outils d'aide à la décision, chiffrés et non chiffrés, dès lors qu'ils portent une interprétation de la loi. L'expression « lignes directrices » semble adaptée, en ce qu'elle manifeste la dimension politique de ces outils, porteurs d'une évolution à bas bruit du fonctionnement de la justice, au-delà des seules préoccupations managériales.

II. Une évolution à bas-bruit du fonctionnement de la justice ?

La collecte réalisée manifeste le besoin des professionnels de disposer d'outils qui s'ajoutent au seul maniement des textes applicables enrichis de la jurisprudence. Les entretiens effectués mettent en lumière les préoccupations auxquelles ces outils répondent (A). Ils montrent dans le même temps les réticences des magistrats, qui s'inscrivent dans un espace professionnel comme dans une tradition juridique qui semble s'opposer à l'usage de ces outils (B). Leur multiplication peut donc être lue comme une évolution à bas bruit du fonctionnement de la justice s'opposant à une conception légaliste de la justice qui tend à effacer le rôle des magistrats au profit du rôle de la loi (C). On peut avancer l'hypothèse que cette conception légaliste, puissante¹⁶, explique en partie l'absence d'action transversale des autorités compétentes.

¹⁵ Evelyne SERVERIN, « Barème », dans Loïc CADDIET (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004, p. 126.

¹⁶ Jacques COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, coll. « Folio essais » (n° 609), Paris, Gallimard, 2015, particulièrement p. 56 et suiv.

A. Des magistrats qui affirment l'utilité des outils d'aide à la décision

Les outils collectés sont très largement créés par les magistrats eux-mêmes, pour répondre à des besoins qu'ils ont identifiés à l'occasion de leur pratique professionnelle.

Les raisons qu'ils fournissent, au moins dans la sphère non pénale, sont largement identiques d'un contentieux à l'autre et ne relèvent que partiellement de préoccupations managériales. Certes, ces outils peuvent permettre de gagner du temps, mais pas nécessairement, et ce gain de temps n'est pas l'objectif prioritaire poursuivi par leurs promoteurs.

Les préoccupations managériales des professionnels se manifestent s'agissant du traitement des contentieux dit « de masse », importants en nombre mais surtout intellectuellement répétitifs, pour tout ou, plus souvent, pour partie seulement du raisonnement suivi pour aboutir à une décision. Les magistrats expriment alors le besoin d'un outil qui facilite leur travail et permette de rendre la justice dans des délais plus courts, en considérant la célérité comme une marque de qualité de la justice. Est également évoquée la nécessité de s'adapter plus vite à de nouvelles fonctions, dès lors que les magistrats en changent (trop?) souvent ou assument parallèlement plusieurs fonctions, spécialement dans les juridictions de petite taille. N'ayant pas, dans ces nouvelles fonctions, encore acquis de réflexes professionnels (de « barèmes intérieurs », pour reprendre une expression utilisée lors des entretiens) ou bien ayant besoin de se replonger régulièrement dans tel ou tel contentieux, ils peuvent ainsi se référer à une norme professionnelle externe proposée par leurs collègues¹⁷.

À cette préoccupation s'ajoute celle d'assurer une forme d'égalité de traitement des citoyens dans leur propre activité décisionnelle : les magistrats entendus évoquent la nécessité d'une certaine constance, d'une affaire à l'autre. Possible lorsque les magistrats ont accédé à une forme de routine, elle est plus difficile à atteindre pour des magistrats débutants dans leur fonction et n'ayant pas encore acquis leurs propres repères. La constance des décisions, que l'on peut définir comme la possibilité de fournir

¹⁷ Pour les justices du travail ou consulaires (tribunaux de commerce), composées de juges non-professionnels, par définition concentrés sur un seul type de contentieux, cette logique a moins d'effet, et ils soulignent davantage que les juges professionnels la particularité de chaque affaire. Ils sont moins concernés par la circulation de ces outils.

des décisions comparables dans des situations comparables, est aussi évoquée comme une qualité de la production d'une juridiction, lorsque plusieurs magistrats sont affectés au traitement du même contentieux. Toutefois cette approche horizontale, inter-juges, au sein d'une même juridiction, ne va pas de soi. Elle est clairement défendue par les responsables des juridictions, moins souvent par les magistrats qui peuvent aussi, plus rarement, considérer qu'ils ne doivent pas s'inquiéter de la production de leurs collègues sauf à méconnaître leur propre pouvoir d'interprétation et le statut qui assure leur indépendance. Un constat comparable peut être fait s'agissant de la constance des décisions entre les différentes juridictions d'un territoire.

Enfin, comme on l'a vu précédemment, ces outils peuvent être utilisés pour faciliter la collaboration des intervenants au processus décisionnel, qu'ils se trouvent en amont ou en aval de la décision juridictionnelle, ou même pour favoriser l'externalisation de cette décision en fournissant un outil dorénavant utilisé par d'autres, sous réserve d'un recours juridictionnel ultérieur.

Au-delà de la volonté de gagner du temps-juge, on constate donc que ces barèmes manifestent le développement d'outils transversaux, tant du point de vue interne (la constance des décisions) que du point de vue externe (la collaboration de la justice avec des tiers). C'est remettre en cause à la fois l'exceptionnalité des juges, souverains, et l'exceptionnalité de la justice, pensée comme une institution bien plus que comme une organisation prenant part à un processus décisionnel plus large, de nature bureaucratique. Les dires des magistrats entendus lors de cette enquête alimentent cette analyse, de même que la jurisprudence de la Cour de cassation.

B. Des magistrats qui s'inquiètent de l'utilisation des outils d'aide à la décision

Les entretiens effectués montrent à la fois l'usage effectif de ces outils et les réticences des magistrats à les utiliser, au nom de leur indépendance et de leur pouvoir souverain d'appréciation (2). Ces réticences se manifestent tout particulièrement par les modalités à la fois informelles et précautionneuses de la diffusion de ces outils. Certes, on peut les retrouver sur les sites de diffusion professionnels, qui constituent un entre-soi, ou sur l'intranet justice – fermé au public –, mais la transmission de juge à juge

reste très précautionneuse, parfois évitée, en particulier d'un responsable d'une juridiction à l'égard des autres magistrats de cette juridiction, chacun souhaitant respecter l'indépendance de l'autre ou craignant de se voir reprocher de porter atteinte à cette indépendance (1).

1. Respecter l'indépendance des magistrats ?

Les magistrats évoquent en premier lieu leur indépendance, qu'il y a lieu de préserver et que l'usage de barèmes pourrait aboutir à remettre en cause. L'indépendance des magistrats constitue un élément central du fonctionnement démocratique d'un État et sa préservation est essentielle, mais il est douteux que la généralisation d'outils d'aide à la décision y porte atteinte. Le statut des magistrats, protégé par la Constitution, assure leur indépendance à l'égard du pouvoir exécutif via des règles de recrutement, de promotion ou de carrière, au premier rang desquelles leur inamovibilité. Ces dispositions n'ont pas de lien direct avec l'usage de barèmes, sauf à craindre le développement de barèmes obligatoires pour les juges qui seraient élaborés par le pouvoir exécutif et s'imposeraient en marge de la loi. Cette hypothèse doit pourtant être écartée, la construction de l'État de droit et la séparation des pouvoirs qu'elle instaure interdisant cette solution. Le barème obligatoire élaboré pour fixer le montant de l'indemnité due au salarié en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse a ainsi été l'œuvre du pouvoir législatif – et sa conventionalité a été contestée au motif de sa non-conformité aux textes de valeur supérieure applicable¹⁸. Certes,

¹⁸ Plus précisément, la conformité de ce dispositif à l'article 24 de la *Charte sociale européenne* (Strasbourg, 3.V 1996, en ligne : <<https://rm.coe.int/168007cf94>> (consulté le 20 août 2020)), et à l'article 10 de la *Convention (n° 158) sur le licenciement* (Organisation internationale du travail, 22 juin 1982, en ligne : <https://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158> (consulté le 20 août 2020)) a été contestée. La non-conformité fut retenue par plusieurs juridictions de première instance, position confirmée par au moins deux arrêts d'appel. Dans deux avis rendus le 1^{er} juillet 2019, la formation plénière de la Cour de cassation a considéré 1) que le texte, en limitant le droit matériel des salariés quant au montant de l'indemnité susceptible de leur être allouée, ne constituait pas un obstacle procédural entravant leur accès à la justice, ce qui aurait été contraire à l'article 6§2 de CEDH; 2) que l'article 24 de la Charte sociale européenne révisée n'était pas d'effet direct en droit interne; 3) que si l'article 10 de la Convention n° 158 sur le licenciement de l'OIT était d'application directe, le caractère adéquat de l'indemnisation était assuré par la possibilité laissée au juge de personnaliser le montant de l'indemnisation dans le cadre des maximum et minimum imposés par le barème (voir <https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/notes_explicatives_7002/relative_avis_43211.html> (consulté le

on peut contester la légitimité de ce texte, notamment en ce qu'il retire au juge une grande partie de son pouvoir d'appréciation du montant de l'indemnité susceptible d'être fixée sur ce point précis, mais il ne s'agit pas d'une question d'indépendance du juge, toujours tenu de décider dans le cadre de la loi.

La question de l'indépendance des magistrats peut cependant être évoquée sur un autre terrain, celui du possible effet performatif de ces outils : bien que d'un usage facultatif, on peut envisager que leur existence même conduise les magistrats à s'aligner sur leurs préconisations, les transformant ainsi en une norme de fait. L'hypothèse mérite d'être vérifiée, ne serait-ce que pour apprécier la réalité de cet effet pour des magistrats¹⁹. Il n'en reste pas moins que les magistrats conserveraient cependant la possibilité de s'y soustraire, possibilité que leur indépendance assure justement. Reste à déterminer si leur formation et leur disponibilité professionnelle leur permet d'apprécier l'opportunité des préconisations proposées par des outils dont ils ne maîtrisent pas nécessairement les paramètres d'élaboration.

Au final, il apparaît que la question est donc plus celle de l'autonomie des magistrats dans l'exercice de leur activité professionnelle quotidienne que celle de leur indépendance en tant que garantie d'un procès équitable. Les magistrats ont une conception plutôt individualiste de leur travail que heurte l'insertion d'outils transversaux d'aide à la décision, qui ajoutent à loi entendue au sens large, que ces outils soient issus des pairs ou d'autres instances.

2. Respecter le pouvoir souverain d'appréciation des magistrats ?

Les magistrats se réfèrent également à leur pouvoir souverain d'appréciation, qui correspond à leur pouvoir propre de qualification des faits de l'espèce et d'évaluation des conséquences à en tirer (sanctions, quantum,

1^{er} septembre 2020). La fronde de quelques juridictions du fond continue. Le débat n'est pas clos et on attend une décision de la cour de cassation, qui sera très probablement en ligne avec les avis qu'elle a préalablement rendus.

¹⁹ Sur ce point, voir Cécile BOURREAU-DUBOIS (dir.), *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, Rapport final réalisé pour le compte de la Mission de Recherche Droit et Justice, 2019, en ligne : <<http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/view/la-baremisation-de-la-justice-une-approche-par-lanalyse-economique-du-droit/>> (consulté le 16 mars 2020).

etc.), dans le cadre de l'application d'une loi générale et abstraite à une situation d'espèce, y compris en tenant compte de son interprétation légitime (jurisprudence).

L'espace de décision que leur confère ce pouvoir d'apprécier sur chaque espèce n'est soumis, pour les juges de première instance, qu'au contrôle de la juridiction d'appel – lorsque l'appel est possible²⁰ et effectivement formé – et ne fait pas l'objet d'un contrôle s'agissant des juges d'appel. La saisine de la Cour de cassation, toujours possible, ne concerne traditionnellement que la bonne application de la loi. Certes, le contrôle de la Cour de cassation évolue et elle peut, via le contrôle de la motivation en particulier, s'ingérer plus ou moins directement dans les appréciations des juges du fond, mais cela reste rare, tant en quantité qu'en qualité : les décisions sont proportionnellement peu soumises au contrôle de cassation, et les hypothèses dans lesquelles la cour s'insère dans le pouvoir d'appréciation sont limitées.

C'est donc bien sur ce pouvoir d'appréciation que jouent les barèmes, en proposant des critères de qualification des faits et/ou des critères de détermination des conséquences à en tirer. Ce faisant, ils procèdent à une interprétation des textes, qu'ils précisent, et réduisent effectivement l'espace des possibles – sauf à rappeler encore une fois qu'ils sont facultatifs et que les magistrats ont le loisir de ne pas les utiliser ou de s'écarter de leurs préconisations s'ils considèrent l'un ou l'autre comme inadaptés. Là encore, c'est donc plus l'autonomie et une conception individualiste du travail des magistrats qui est en cause qu'une possible remise en question de leur pouvoir souverain d'appréciation, pouvoir qu'un outil sans force obligatoire ne saurait concurrencer.

Ces objections n'en restent pas moins à la fois légitimes et sérieuses, dans le contexte d'un système légaliste qui, certes, confie aux magistrats un pouvoir d'appréciation, mais tend dans le même temps à l'effacer. À l'opposé de cette logique, le recours à des outils d'aide à la décision donne à voir l'espace de décision dont disposent les magistrats en le remplissant. Les barèmes manifestent, par hypothèse, la marge de manœuvre des magistrats dans l'exercice de leur activité décisionnelle.

²⁰ Les jugements sont rendus en premier et dernier ressort lorsque le litige concerne un montant inférieur à 5 000 €.

C. Des barèmes qui manifestent la marge de manœuvre des juges

S'extrayant d'une conception formaliste de l'application de la loi, dans laquelle le juge est «la bouche de la loi», le tournant interprétatif développé dans les approches savantes du droit permet de mieux appréhender le rôle respectif des normes abstraites et des juges dans l'activité décisionnelle, sous réserve de ne pas tout subsumer sous la qualification d'«interprétation»²¹. Cette évolution ne s'est pas pour autant répercutée sur le fonctionnement de l'appareil de justice, qui reste un système formel qui efface l'espace de décision des juges²².

En effet, la Cour de cassation fait respecter cette logique d'abord en interdisant aux juges du fond de se référer à une décision antérieure pour motiver une nouvelle décision, sur le fondement de l'article 455 CPC. Selon ce texte, «le jugement doit être motivé» et, selon la cour, la référence à une décision antérieure rendue à l'occasion d'un autre litige ne saurait servir de fondement à une décision. Seule la loi, qui se suffit à elle-même, doit fonder la décision, sans référence horizontale à des décisions comparables. N'est donc pas considérée comme motivée la décision qui fait référence à la «jurisprudence»²³ suivie ordinairement par la juridiction saisie²⁴. Le défaut de motifs disparaîtrait cependant lorsque le jugement qui fait référence à cette «jurisprudence» rappelle ses motifs ou ceux de la décision citée et constate l'analogie qui justifie cette référence²⁵. Cette position classique mériterait d'être confrontée à la jurisprudence plus récente, et

²¹ Paul AMSELEK, «L'interprétation à tort et à travers», dans Paul AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 11.

²² Dans le même sens, voir Cécile VIGOUR, *Réformes de la justice en Europe, Entre politique et gestion*, coll. «Ouvertures sociologiques», Louvain-la-Neuve, De Boeck, 2018, p. 25.

²³ Le terme de jurisprudence est ici placé entre parenthèse parce qu'il renvoie à un usage contesté de ce vocable, la jurisprudence désignant aussi (et plus justement) la norme jurisprudentielle, produite par les juridictions supérieures et proposant à l'ensemble de la communauté des juristes, comme aux magistrats du fond, une interprétation des textes.

²⁴ Claude GIVERDON et Olivier STAES, *J.-Cl. Proc. civ.*, fasc. 800-70, «JUGEMENTS – Motifs et dispositifs» (mise à jour le 31 janvier 2019).

²⁵ Voir respectivement Cass. 2e civ., 4 mai 1961 : Bull. civ. II, n° 314. – Cass. com., 13 avr. 1964 : Bull. civ. III, n° 179 et Cass. soc., 6 nov. 1964 : Bull. civ. IV, n° 743. – Cass. soc., 4 juill. 1968 : Bull. civ. IV, n° 363.

plus sévère, appliquée aux barèmes, en particulier à la décision du 28 mars 2019 exposée ci-dessous²⁶.

La Cour de cassation fait également respecter cette logique, en effaçant l'espace de décision des juges, avec une jurisprudence qui autorise ou même incite les juges à extraire le barème du débat judiciaire. Ce faisant, la cour rend transparent pour les justiciables le recours à ces outils, invisibilise corrélativement le rôle qu'ils jouent pour remplir cet espace de décision et, dans tous les cas, évite les débats sur leur teneur. La première solution est d'autoriser l'usage d'un barème sans pour autant imposer qu'il soit placé dans le débat, au nom du respect du principe du contradictoire. La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que lorsque les juges décident d'appliquer un barème de capitalisation, connu des professionnels pour être édité par une revue juridique (en l'occurrence la Gazette du Palais, mars 2013) et permettant de capitaliser les sommes représentant une perte annuelle de ressources à la suite de blessures reçues, ils exercent leur pouvoir souverain d'appréciation en considérant qu'il est « le plus adapté » à la situation d'espèce, « sans avoir à soumettre ce choix au débat contradictoire »²⁷.

La seconde solution revient indirectement à enjoindre aux magistrats de ne pas faire apparaître l'usage qu'ils font de barèmes dans leurs décisions. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu annuler la décision confirmative d'une cour d'appel qui avait considéré que le barème élaboré de concert entre le tribunal et la chambre nationale des administrateurs judiciaires constituait un outil qui, « s'il ne s'impose ni aux parties ni au juge, permet de donner des bases objectives à une demande de fixation des honoraires »²⁸. Pour la Cour de cassation, le juge a violé les textes en fixant la rémunération « par référence à un barème, et non sur la base des seuls critères » énoncés par la loi, en l'occurrence l'article 721 CPC²⁹. Cette jurisprudence n'interdit pas l'usage d'un barème, mais elle écarte toute velléité de motivation en lien avec le barème et *a fortiori* toute obligation de motivation

²⁶ Cass. Civ. 2^e, 28 mars 2019, n°18-14.364, publié au bulletin.

²⁷ Cass. Civ. 2^e, 12 décembre 2015, n°14-27.243, *Dalloz actualité*, 12 janvier 2016, note N. Kilgus.

²⁸ Cass. Civ. 2^e, 28 mars 2019, préc., note 26.

²⁹ Art. 721 CPC: « le juge statue suivant la nature et l'importance des activités de l'auxiliaire de justice ou de l'officier public ou ministériel, les difficultés qu'elles ont présentées et la responsabilité qu'elles peuvent entraîner. Il mentionne, s'il y a lieu, les sommes déjà perçues soit à titre de provision, soit à titre de frais ou d'honoraires. »

pour se positionner par rapport à ce barème. La cour avait rendu une décision comparable s'agissant de la table de référence pour évaluer le montant de la CEEE³⁰. L'enquête qui a été réalisée montre que cette décision n'a pas empêché les magistrats d'utiliser massivement ce barème, mais ils ne prennent plus le risque de le mentionner dans la décision qu'ils rendent. D'ailleurs, cette même enquête s'était aussi donnée pour objectif de recueillir auprès des magistrats des décisions s'appuyant expressément sur l'usage d'un barème. Aucune n'a été collectée.

*
* * *

Les différents rapports publics commandés au fil des ans par le ministère de la Justice ont tous, sur des terrains plus ou moins nombreux, appelé à la création et à la diffusion de tels outils, souvent au motif de la célérité de la justice. Au-delà de cet aspect managérial cependant, importer la question de l'égalité (horizontale) entre les justiciables dans un système légaliste (vertical) ne va pas de soi et les réactions de la Cour de cassation, comme les réticences des magistrats, illustrent cette tension. La fabrication et la diffusion d'outils partagés, leur banalisation, manifestent pourtant clairement une évolution des pratiques professionnelles.

Cette évolution s'est imposée sans contrainte extérieure dans les pratiques des magistrats, alors même que de tels usages sont *a priori* contraires à leur ethos professionnel : l'existence d'une norme autre qu'une disposition légale, appliquée collectivement dans des affaires comparables est analysée comme étant en contradiction avec le principe d'indépendance du magistrat. Le sujet reste d'ailleurs « tabou » au sein des tribunaux, pour reprendre une expression entendue sur le terrain³¹. Cette évolution n'est pas accompagnée ou soutenue par les instances compétentes, qu'il s'agisse

³⁰ Civ. 1^{re}, 23 oct. 2013, n° 12-25301, Bull. n° 203. Cet arrêt a fait l'objet de nombreux commentaires, certains considérant qu'il interdit purement et simplement l'usage d'un barème. Voir D. 2013, p. 2968, entretien A.-M. Leroyer; *AJ fam.* 2013. 703, obs. S. Thouret, *Ibid.*, 598, interv. J.-C. Bardout; *JCP* 2013. 1269, note E. Bazin; et 2014. doct. 43, n° 10, obs. M. Rebourg; *Dr. fam.* déc. 2013. comm. 162, note J.-C. Bardout; *LPA* 5 déc. 2013, p. 12, note J. Massip; *RTD Civ.* 2014 p. 77, note P. Deumier; *RTD Civ.* 2014 p. 105, note J. Hauser et 26 déc. 2013, p. 10, note J.-M. Hisquin; *Gaz. Pal.* 19 déc. 2013, n° 353, p. 11, note I. Sayn.

³¹ Pour une analyse transversale de la place de ces outils au sein des évolutions de la justice, voir plus particulièrement Antoine PELICAND et Rachel VANNEUVILLE, « Des outils

de la Cour de cassation ou du ministère de la Justice. L'utilisation de barèmes n'a jamais fait l'objet d'une action publique alors que, en partant du constat de ces évolutions, il serait possible de proposer un accès facilité à des outils préalablement validés. L'équilibre est délicat à tenir, tant il est vrai que la recherche d'une meilleure administration de la justice se heurte à « la frontière entre l'administration de la justice et l'acte de juger », frontière de plus en plus difficile à délimiter³². Le phénomène de résistance au changement pourrait cependant être limité par une évolution sans réforme, s'appuyant sur des pratiques professionnelles partagées.

Permettre un accès facilité à ces outils, via une « banque de barèmes » par exemple, permettrait de s'assurer de leurs qualités. En effet, issus de la pratique, certains de ces outils pourraient être améliorés et surtout unifiés, l'existence de plusieurs outils produisant des résultats différents sur un même territoire étant pour le moins gênante, de même que l'utilisation d'un même outil à différents stades de mises à jour. Il n'est pas forcément aisé de produire des barèmes qui s'insèrent dans les termes de la loi tout en proposant des critères de décision resserrés, et cette construction semble devoir être mise en débat, que ce soit au titre d'une expertise préalable ou à l'occasion du débat judiciaire, dans le cadre du débat contradictoire. On a vu que les barèmes avaient nécessairement une dimension politique et celle-ci impose de ne pas faire l'économie de la discussion et d'une approche experte. De même que les autorités se préoccupent de labelliser les outils dits de justice prédictive en train de se développer³³, sans doute devraient-elles se préoccuper de ces outils, certes moins innovants d'un point de vue technique mais tout aussi susceptibles de servir de modèles pour les juges. Une telle politique préserverait le caractère facultatif de ces outils et la nécessaire individualisation des décisions tout en les structurant, dans un objectif de régulation. Cette évolution vient d'ailleurs d'être soutenue par

au cœur des évolutions contemporaines de la justice », dans I. SAYN, V. PERROCHEAU, Y. FAVIER et N. MERLEY (dir.), préc., note 1, p. 295.

³² LOÏC CADIET, Jean-Paul JEAN, Hélène PAULIAT, Aurélie BINET-GROSCLAUDE et Caroline FOULQUIER, *Mieux administrer la justice en interne et dans les pays du Conseil de l'Europe pour mieux juger (MAJICE)*, 2012, en ligne : <<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-00974917>> (consulté le 16 mars 2020).

³³ Voir en particulier la COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE (CEPEJ, CONSEIL DE L'EUROPE), *Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement*, 2018, en ligne : <<https://rm.coe.int/charte-ethique-fr-pour-publication-4-decembre-2018/16808f699b>> (consulté le 16 mars 2020).

la Commission européenne pour l'efficacité de la justice qui vient de publier des « Lignes directrices visant à améliorer le savoir-faire et le savoir-être du juge, renforcer le partage des connaissances et la collaboration, et dépasser une culture judiciaire d'isolement »³⁴.

³⁴ COMMISSION EUROPÉENNE POUR L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE, *Lignes directrices visant à améliorer le savoir-faire et le savoir-être du juge, renforcer le partage des connaissances et la collaboration, et dépasser une culture judiciaire d'isolement*, 33^e réunion plénière, 6 décembre 2019, en ligne: <<https://rm.coe.int/cepej-2019-15-fr-partage-des-connaissances/16809939e3>> (consulté le 16 mars 2020).