



BARÉMISATION DE LA JUSTICE

ACTES DU COLLOQUE DU 17 DÉCEMBRE 2020

En Grand' Chambre de la Cour de cassation,
5, Quai de l'Horloge, Paris 1^{er}
Organisé par la Mission de recherche Droit et Justice

BARÉMISATION DE LA JUSTICE

ACTES DU COLLOQUE
DU 17 DÉCEMBRE 2020

En Grand' Chambre de la Cour de cassation,
5, Quai de l'Horloge, Paris 1^{er}
Organisé par la Mission de recherche Droit et Justice

Présentation

Notion(s) et construction des « barèmes » Que peut-on attendre de la mise en place d'un barème : que nous apprennent les travaux en économie du droit ?

Myriam DORIAT-DUBAN, professeure
en sciences économique, Université de
Lorraine

Outils d'aide à la décision, barèmes, ligne directrices, référentiel : quelle notion pour quelle justice

Isabelle SAYN, directrice de recherche CNRS
en droit, Université de Lyon

L'absence de barème dans le champ pénal : mythe ou réalité ?

Yannick JOSEPH-RATINEAU, maître de confé-
rences en droit et sciences criminelles,
Université Grenoble Alpes

Entre indépendance revendiquée des magistrats et nécessaire cohérence des décisions judiciaires : approches pratiques

Barème de pension alimentaire et disparité des décisions : enseignements d'une expérimentation auprès des auditeurs de justice

Cécile BOURREAU-DUBOIS, professeure
en sciences économiques, Université de
Lorraine

Les pratiques juridictionnelles d'indemnisation du licenciement injustifié : l'application d'un barème ?

Marielle PICQ, maîtresse de conférences
en droit privé et sciences criminelles,
Université Grenoble Alpes

L'extension de l'usage des barèmes : quelques facteurs explicatifs ?

Rachel VANNEUVILLE, chargée de recherche
CNRS en sciences politiques, ENS Lyon

Antoine PELICAND, enseignant-chercheur
en sociologie, Université Jean Monnet,
Saint-Étienne

DÉBAT

« Des barèmes à la justice prédictive ? »

Isabelle SAYN, directrice de recherche CNRS
en droit, Université de Lyon

Stéphane GERRY-VERNIÈRES, professeure
de droit et sciences criminelles, Université
Grenoble Alpes

Bruno DEFFAINS, professeur d'économie du
droit, Université Paris 2, Panthéon-Assas

Alexis CHABERT, avocat à la Cour, membre
du Conseil de l'Ordre (Lyon), président de la
commission innovation et exercice du droit

Annexes

Programme du colloque
Pour aller plus loin

LES BARÈMES OU RÉFÉRENTIELS PEUVENT CONSTITUER DE PRÉCIEUX OUTILS D'AIDE À LA DÉCISION DANS CERTAINS DOMAINES TELS QUE LES PENSIONS ALIMENTAIRES, LES INDEMNITÉS EN MATIÈRE DE LICENCIEMENT ABUSIF, OU L'INDEMNISATION DES DOMMAGES CORPORELS.

Outil d'aide à la décision, référentiel, ligne directrice : le barème s'est progressivement imposé auprès des magistrats. Inscrit dans le mouvement de rationalisation et de managérialisation qui s'empare de la Justice au XXI^e siècle naissant, le barème s'est surtout imposé pour mettre fin aux disparités judiciaires dans un souci d'égalité des justiciables-citoyens. Le barème remplit ainsi plusieurs fonctions : *politique* lorsqu'il s'agit de poursuivre un objectif défini *a priori* ; *instrumentale* lorsqu'il s'agit d'assurer une meilleure égalité des citoyens devant la justice ou une plus grande prévisibilité des décisions ; *managériale* lorsqu'il répond à l'objectif d'améliorer les rendements (productivité) et les performances (qualité) des services, en mettant en place les instruments de mesures adéquats. Modèle de raisonnement, produit avant tout de création professionnelle plutôt que législatif, le barème a suscité et suscite de vives réticences de la part des magistrats qui y voient une atteinte à leur indépendance ou de la part des avocats qui y voient une remise en question de leur fonction de conseil. Toutefois, les barèmes ou référentiels peuvent constituer de précieux outils d'aide à la décision dans certains domaines tels que les pensions alimentaires, les indemnités en matière de licenciement abusif, ou l'indemnisation des dommages corporels.

Sur l'initiative conjointe de l'Inspection générale de la justice (IGJ), de la Direction des services judiciaires (DSJ), de la Direction des affaires civiles et du Sceau (DACs) et de l'École nationale de la magistrature (ENM), le GIP-Mission de recherche Droit et Justice lançait en 2016 un appel à projets sur la barémisation de la justice. Trois recherches ont été réalisées à la suite de cet appel à projet. Le colloque qui s'est tenu en Grand'Chambre de la Cour de cassation le 17 décembre 2020 a été l'occasion de présenter ces trois recherches.

- *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, sous la direction de Cécile Bourreau-Dubois (PR en sciences économiques, BETA)
- *Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice*, sous la direction de : Isabelle SAYN, Directrice de recherche au CNRS, Univ. de Lyon, CMW, Vanessa PERROCHEAU, MC en droit privé et Sc. criminelles, Univ. de Lyon CERCRID, Yann FAVIER, Professeur de droit privé, Univ. Savoie Mont Blanc, CDPPOC, Nathalie MERLEY, MC HDR en droit public, Univ. de Lyon, CERCRID
- *Barémisation de la justice*, sous la direction de : Stéphane Gerry-Vernières, Professeure de droit privé et de sciences criminelles, Centre de recherches juridiques (CRJ EA 1965), Université Grenoble Alpes



QUE PEUT-ON ATTENDRE DE LA MISE EN PLACE D'UN BARÈME ? CE QUE NOUS ENSEIGNENT LES TRAVAUX EN ÉCONOMIE DU DROIT

PAR MYRIAM DORIAT-DUBAN

Myriam DORIAT-DUBAN est professeure en sciences économiques à l'Université de Lorraine et est rattachée au Bureau d'économie théorique et appliquée (BETA). Son domaine de recherche porte sur l'économie du droit, elle s'intéresse ainsi particulièrement aux modes de résolution des conflits (jugement, transaction, médiation, arbitrage), à l'accès au droit (aide juridictionnelle, assurance de protection juridique, financement des procès par les tiers) ainsi qu'aux conséquences économiques du divorce. Sur ce point, ses travaux portent notamment sur les déterminants des décisions des juges lorsqu'ils fixent des pensions alimentaires ou des prestations compensatoires. Plus récemment, elle a travaillé sur les décisions des juges et les outils d'aide à la décision que peuvent constituer les barèmes et les algorithmes de justice dite prédictive.

Notre analyse est partie du constat de l'instauration accélérée de barèmes en droit français, notamment en droit de la famille et en droit du travail, ces barèmes pouvant être selon le cas, indicatifs ou impératifs. Une approche économique nous semblait particulièrement intéressante parce qu'elle permet d'enrichir la réflexion relative aux enjeux de la barémisation de la justice et d'apporter un regard original et complémentaire notamment des discours juridiques sur le sujet. Cette présentation a ainsi pour but de mettre en lumière ce que les travaux en économie du droit nous apprennent sur la question des barèmes.

En économie, un barème est un outil d'aide à la décision, pour les justiciables et les juges. Du côté des justiciables, le barème va servir à réduire l'incertitude, en leur permettant d'avoir de meilleures estimations et anticipations sur ce que pourrait être le résultat d'un procès. Du côté des juges, le barème est également un outil d'aide à la décision notamment parce qu'il facilite le traitement de contentieux de masse avec toutefois, comme contrepartie,

¹ C. Bourreau-Dubois, B. Deffains, M. Doriat-Duban, B. Jeandidier, « Les barèmes, outils d'aide à la décision pour les justiciables et les juges », *Revue d'économie politique*, 2/2021, pp. 199-222 ; C. Bourreau-Dubois, M. Doriat-Duban, B. Jeandidier, J.-C. Ray, « Does gender diversity in panels of judges matter? Evidence from French child support cases », *International Review of Law and Economics*, 2020, 14 p. ; C. Bourreau-Dubois, M. Doriat-Duban « La prise en charge des coûts du divorce : quelle place pour la famille, l'État et le marché ? » *Population*, vol. 71, n°3, 2016, pp. 489-512 ; voir encore des mêmes autrices : « Quand l'économie renouvelle le droit : L'exemple de la justification de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux en cas de divorce », *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, 2016, vol. 31, issue 2, Numéro spécial, 2016, pp. 203-217 ; « The economic grounds of alimony: Evidence from French divorce court decisions », in *Journal of Legal Economics*, 19(2), 2013, pp.1-23 ; « Analyse économique de la prestation compensatoire : entre logique redistributive et logique réparatrice », in *Économie publique*, n°26-27-2011/1-2, 2011, pp. 193-218 ; C. Bourreau-Dubois, M. Doriat-Duban, J.-C. Ray, « Child support order: how do judges decide without guidelines? Evidence from France », in *European Journal of Law and Economics*, vol. 38, n°3, 2014, pp. 431-452.

une limitation de leur pouvoir discrétionnaire. Il en résulte qu'un barème a deux rôles principaux. Il a d'abord un rôle incitatif, sur les justiciables au sens où il va impacter leur comportement, notamment dans leur choix entre arrangement ou jugement, mais aussi sur les juges dans la mesure où il va les obliger à choisir entre se conformer au barème ou au contraire essayer de le contourner. Le barème a ensuite un rôle normatif, en particulier si l'on fait le lien avec les théories de l'interprétation de la règle de droit où, dans l'approche réaliste, l'interprétation est un acte de volonté tandis que dans l'approche formaliste, l'interprétation est plutôt un acte de connaissance. Le barème ne serait donc finalement rien d'autre que l'expression concrète du mythe formaliste puisque la décision s'impose au juge et donne la primauté à une interprétation de la norme qui rend finalement impossible toute interprétation alternative.

Ceci étant dit, il est important de préciser deux choses

Le barème ne serait donc finalement rien d'autre que l'expression concrète du mythe formaliste puisque la décision s'impose au juge et donne la primauté à une interprétation de la norme qui rend finalement impossible toute interprétation alternative.

concernant l'analyse économique des barèmes que nous avons menée. En premier lieu, les barèmes que nous avons étudiés fixent des montants ou des fourchettes, et ce dans tous les domaines du droit, civil ou pénal. En second lieu, nous avons mobilisé la littérature économique disponible sur le sujet ce qui implique que nous avons principalement utilisé des travaux américains, dont les premiers sont apparus au début des années 1980, avec la mise en place des *guidelines*. Nous les avons enrichis de travaux français plus récents, l'idée étant que ces travaux permettent de se poser des questions qui correspondent à des interrogations communes, quel que soit le système juridique. Ces précisions apportées, nous proposons de développer

plus particulièrement le rôle indicatif du barème, d'abord sur les justiciables puis sur les juges, avant d'aborder son rôle normatif.

LE RÔLE INDICATIF DU BARÈME

Un barème est dit indicatif s'il ne s'impose pas au juge, celui-ci étant libre de s'en inspirer ou non dans sa prise de décision ; par opposition, un barème est dit impératif si le juge est contraint de l'appliquer et ne peut donc pas s'en écarter.

Le rôle indicatif du barème sur les justiciables

Concernant le rôle indicatif du barème sur les justiciables, la question qui se pose aux économistes est assez classique en économie des conflits : il s'agit principalement de savoir si le barème facilite ou au contraire freine les arrangements.

Il est évident que le barème limite plus ou moins le champ des possibles, plus fortement bien sûr quand il est impératif plutôt qu'indicatif. Il en résulte que le barème, quelle que soit sa nature, permet de réduire l'incertitude sur le jugement. Cette réduction d'incertitude pourrait très bien inciter les parties à conclure un arrangement plutôt que d'aller au procès puisque cela favorise la convergence de leurs anticipations. Un certain nombre de modèles de conflits montrent qu'effectivement, un problème de convergence des anticipations accroît les chances de conduire les parties devant le juge pour trancher leur différend. Le barème, en fournissant plus de certitudes, pourrait donc accroître le taux d'arrangements, et ce d'autant plus qu'il est impératif. Cependant, on peut aussi penser que moins d'incertitude va plutôt inciter les parties à aller jusqu'au jugement plutôt que négocier. Pourquoi ? Si les justiciables ont de l'aversion pour le risque, donc une crainte vis-à-vis du risque, ou si elles sont pessimistes, c'est plutôt l'incertitude qui va les inciter à négocier, justement pour échapper au risque. Dans ce cas, plus de certitude conduirait, au contraire, à moins d'arrangements. En d'autres termes, plus le barème

fournit de certitude, plus les chances d'obtenir un arrangement sont faibles. Ceci plaiderait en outre plutôt en faveur des barèmes indicatifs, par oppositions aux barèmes impératifs, parce qu'ils laissent une plus grande marge d'interprétation.

En conséquence, l'approche économique conduit à un résultat qui est indéterminé puisqu'il n'est pas du tout certain que les barèmes facilitent de manière mécanique la négociation entre les parties.

Le rôle indicatif du barème sur les juges

Le barème joue également un rôle incitatif sur les juges. La question est ici de savoir si le barème incite les juges à modifier leur comportement. Dans les travaux que nous avons réunis, il s'avère qu'un barème peut susciter des réactions différentes de la part des juges. Ainsi, la littérature distingue deux grands types de réactions. La première est une réaction dite de résistance, c'est-à-dire que les juges continuent à privilégier leurs préférences, donc à résister à l'usage du barème. La seconde est, au contraire, une réaction de coopération qui peut avoir plusieurs motifs. Elle peut être stratégique, l'idée étant que les juges vont aligner leurs préférences sur celles du barème pour éviter d'autres réformes plus contraignantes par la suite. Elle peut également être liée à des effets d'apprentissage, c'est-à-dire que les juges ne sont pas forcés d'accord avec le barème mais finissent par intégrer cette norme et finalement y adhèrent plus ou moins. Enfin, elle peut s'expliquer par une convergence des préférences des juges avec la norme sous-jacente au barème.

Des résultats empiriques confortent plutôt le modèle coopératif sans pour autant expliquer si cette coopération est liée à de la stratégie, à des effets d'apprentissage ou à l'adhésion à de nouvelles normes. En effet, les travaux américains montrent que les sanctions ont augmenté significativement avec la mise en place des *guidelines* dont c'était l'un des objectifs, mais surtout, que ces sanctions tendent à être toujours plus élevées même lorsque l'obligation d'appliquer le barème est assouplie et donc les juges moins contraints de suivre le barème.

Nous avons vu que les économistes identifient le rôle du barème en ce sens que celui-ci, qu'il soit indicatif ou incitatif, impacte le comportement à la fois des justiciables et des juges, sans toutefois que l'ambiguïté soit levée sur les conséquences de cette influence, en particulier sur le

choix des parties de résoudre leur conflit à l'amiable ou au procès. Il convient désormais de s'intéresser au second rôle identifié dans la littérature économique : le rôle normatif du barème.

LE RÔLE NORMATIF DU BARÈME

Le rôle normatif du barème fait référence à l'objectif poursuivi qui, selon la littérature économique sur le sujet peut être double : la recherche d'une plus grande équité des décisions d'une part, d'une plus grande efficacité, d'autre part.

Barèmes et équité des décisions

La première question à se poser est de savoir si le barème, en limitant l'interprétation du juge, renforce l'équité. Il faut pour cela revenir rapidement sur ce que les économistes entendent par équité puisque la définition est sensiblement différente de celle utilisée en droit, ce qui pourrait être source de confusion.

Pour les économistes, il existe deux grands types d'équité. L'équité horizontale conduit à traiter de manière identique des individus qui sont placés dans des situations similaires. L'équité verticale, quant à elle, suppose qu'on traite de façon différente des individus qui sont placés dans des situations différentes. Transposé au barème, cela implique une idée de proportionnalité entre le montant du barème et l'objet de la décision.

Un barème devrait, par construction, renforcer l'équité horizontale c'est-à-dire homogénéiser les décisions rendues sur des affaires similaires. Toutefois, les études empiriques montrent que ce constat n'est pas vérifié. En effet, elles montrent d'abord que la disparité des décisions inter-juges est atténuée par le barème mais qu'elle subsiste. Plus précisément, lorsque des affaires similaires sont confiées à des juges, la variance de leurs décisions diminue mais reste relativement élevée. Elles montrent ensuite, notamment aux États-Unis, que des facteurs extralégaux, comme le genre ou l'origine ethnique, continuent d'influer sur les décisions des juges, alors que ces caractéristiques ne sont évidemment pas incluses dans les barèmes. Ainsi, par exemple, les femmes blanches sont condamnées à des peines plus faibles que les hommes blancs qui eux-mêmes sont punis

par des peines plus faibles que les hommes noirs. De plus, l'influence de ces facteurs extralégaux semble se renforcer lorsque le barème, initialement impératif, devient seulement indicatif.

Les explications, rarement données dans les travaux, reposent soit sur les préférences individuelles des juges, soit sur l'existence de biais cognitifs, liés à des heuristiques c'est-à-dire des routines dans les raisonnements des individus, en particulier des juges. Ainsi, l'heuristique de confirmation implique qu'ils donnent plus de poids aux arguments qui confortent leur première idée. D'autres heuristiques peuvent jouer comme des heuristiques d'ancrage (le juge se focalise sur une valeur de référence) ou de disponibilité (le juge mobilise un exemple proche).

Le barème ne satisfait pas forcément non plus le critère d'équité verticale qui suppose une hétérogénéité des décisions, en fonction par exemple de la gravité des faits en droit pénal, des niveaux de revenus en droit de la famille. Au contraire, il semblerait qu'existe un risque d'excès d'uniformité en ce sens que le barème réduirait la mauvaise disparité, celle liée aux juges, et réduirait la bonne, celle liée à l'hétérogénéité des affaires. En conséquence, les juges tiendraient moins compte des différences entre affaires ce qui conduirait à lisser les décisions.

Le barème n'est peut-être pas la solution optimale mais peut apparaître comme un compromis satisfaisant, et ce d'autant plus qu'il présente un réel avantage : celui de laisser au décideur, au législateur, la possibilité de le construire sur la base de choix assumés, qui peuvent être des choix démocratiques.

Barèmes et efficacité des décisions

En matière de barème, les économistes s'intéressent particulièrement à l'efficacité entendue comme la capacité du barème à atteindre les objectifs visés par le législateur ; en ce sens, le barème est un instrument de politique publique.

Généralement, pour les économistes, l'efficacité consiste à minimiser les coûts, pour un résultat donné. Un barème peut ainsi être fixé dans l'objectif de réduire le coût social du divorce, notamment pour limiter le risque de pauvreté des familles monoparentales en fixant des pensions alimentaires plus élevées. Les différents travaux montrent que cet objectif est en fait partiellement atteint. Une première explication réside dans l'homogamie sociale forte, les femmes pauvres ayant tendance à épouser des hommes pauvres. Le barème peut également conduire à exiger des efforts trop importants pour le parent débiteur. Ainsi, en fixant des pensions trop élevées, que le parent non-gardien est dans l'incapacité de payer, l'objectif d'efficacité ne sera pas atteint puisque la pension ne sera pas payée. Dans le cas français, le barème indicatif en matière de pensions alimentaires fixe des montants plutôt modestes, évitant cet écueil.

D'autres travaux sont consacrés au droit pénal, avec un objectif d'efficacité qui consiste à réduire le coût de la délinquance, en jouant sur la dissuasion, l'idée étant que la fixation de peines plus sévères serait plus dissuasive. Là encore, les travaux montrent que l'objectif n'est que partiellement atteint puisque des peines plus sévères peuvent conduire à moins de condamnations. En effet, les juges, craignant de se tromper, seraient réticents à fixer des peines qui leur semblent très élevées.

Face à ce constat, la solution proposée par certains auteurs serait de mixer les outils, c'est-à-dire de combiner une sanction standardisée, qui serait issue du barème, avec une sanction plus individualisée, qui serait laissée à la discrétion du juge.

CONCLUSION

En définitive, les travaux des économistes montrent que l'instauration de barèmes poursuit deux objectifs qui peuvent sembler contradictoires. D'un côté, il s'agit de maintenir l'individualisation des décisions. On aurait alors tout intérêt à laisser le juge décider seul puisque le barème conduit à créer des catégories homogènes qui vont gommer les spécificités individuelles. De l'autre côté, il s'agit de réduire la subjectivité des décisions. Le barème apparaît alors comme le meilleur instrument sans pour autant la faire disparaître. D'autres solutions, comme

les algorithmes utilisés en matière de justice prédictive, risquent au contraire de reproduire cette subjectivité. En conséquence, le barème n'est peut-être pas la solution optimale mais peut apparaître comme un compromis satisfaisant, et ce d'autant plus qu'il présente un réel avantage : celui de laisser au décideur, au législateur, la possibilité de le construire sur la base de choix assumés, qui peuvent être des choix démocratiques. Cela plaide en faveur de barèmes construits, par opposition à des barèmes observés, beaucoup plus proches de la logique des algorithmes de la justice dite prédictive. Toutefois, cela amène à se poser deux questions. En premier lieu, quels sont finalement les objectifs d'un barème : est-ce l'efficacité, l'équité horizontale ou l'équité verticale ? En second lieu, quel degré de pouvoir discrétionnaire la société souhaite-t-elle laisser à ses juges lorsqu'elle s'oriente vers le recours accru à des barèmes ? Cela suppose en particulier de s'interroger sur leur caractère impératif ou seulement incitatif.



OUTILS D'AIDE À LA DÉCISION, BARÈMES, LIGNE DIRECTRICES, RÉFÉRENTIEL : QUELLE NOTION POUR QUELLE JUSTICE

PAR ISABELLE SAYN

Isabelle SAYN est juriste, directrice de recherche au CNRS (sociologie et sciences du droit) et rattachée au Centre Max Weber (Lyon). Ses travaux se situent principalement dans le champ du droit de la famille et dans celui de la protection sociale, avec un intérêt théorique et empirique pour les processus d'application du droit et ses utilisations stratégiques. Cette perspective l'a conduite à s'intéresser aux outils d'aide à la décision produits à destination des magistrats.

La recherche menée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice montre à quel point les outils d'aide à la décision sont utilisés au sein des juridictions et suscitent à la fois réticences et adhésion.

La recherche menée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice montre à quel point les outils d'aide à la décision sont utilisés au sein des juridictions et suscitent à la fois réticences et adhésion. Ce constat illustre une tension forte entre, d'une part la préoccupation de rendre des décisions individualisées au terme d'un travail qui engage la compétence du magistrat, son indépendance et son libre pouvoir d'appréciation, d'autre part la volonté de rendre des décisions cohérentes entre elles, au sein d'une juridiction ou d'un territoire plus vaste, non seulement dans le respect de la loi telle qu'interprétée par la jurisprudence mais aussi dans l'appréciation des faits et des conséquences chiffrées de leurs décisions. Nous ne reviendrons pas sur cette tension, illustrée par la présentation de Rachel Vanneuville et Antoine Pelicand, qui l'articulent avec des profils de magistrats. Nous nous concentrerons plutôt sur la variabilité de ces objets avant d'en proposer une approche commune justifiant à notre sens qu'ils fassent l'objet d'une régulation institutionnelle, en précisant d'emblée que le caractère facultatif ou obligatoire d'outil ne permet pas de définir les barèmes.

DES OUTILS VARIÉS QUI RESSERRENT LE MAILLAGE DU DROIT

Les exemples proposés ci-dessous ont pour objet d'illustrer le propos, en montrant la grande variabilité de ces objets avant d'en proposer une définition commune². Le premier

² Les outils présentés ici sont parfois simplifiés, ou constituent seulement des extraits et les montants indiqués peuvent avoir évolué. S'agissant de barèmes facultatifs, leurs usages sont variables.

est le barème qui propose une évaluation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse issue d'une ordonnance du 22 septembre 2017, à la fois d'origine légale et obligatoire pour les juges (fig.1).

Fig.1 Évaluation de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse

Code du travail, Art. L 1235-3 présenté sous la forme d'un tableau récapitulatif (extrait)

Montant minimum et/ou maximum de l'indemnité de licenciement sans cause réelle et sérieuse (calculé en mois de salaire)		
	Montant minimum de l'indemnité	Fourchette : Montant minimum/ Montant maximum de l'indemnité
Taille de l'entreprise :	Entreprise < 11 salariés	Entreprise ≥ 11 salariés
Ancienneté dans l'entreprise (année complète) :		
0		
1	0,5 mois de salaire	1 à 2 mois de salaire
2	0,5	3 à 3,5
3	1	3 à 4
.../...	.../...	.../...

Les suivants ont été construits par des professionnels et restent facultatifs. Ce sont des méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire (fig.2), de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (fig.3), des dommages et intérêts à la suite d'un dommage corporel (fig.4) et enfin de *quantum* de peines requises (fig.5).

Fig.2 Évaluation du montant de la prestation compensatoire (PC)

$PC = PA \times 12 \text{ mois} \times 8 \text{ ans}$
 $PC = (\text{Rev. Diff.} \times 20\%) \times 12 \text{ mois} \times 8 \text{ ans}$
(Méthode dite de la Cour d'appel de Paris)
 $PC = PA \times 12 \text{ mois} \times (\text{Mariage} / 2)$
(Méthode dite de la Cour d'appel de Lyon)
 $PC = [PA \times 12 \text{ mois} \times (\text{Mariage} / 2)] / 2$
 $PC = PA \text{ annuelle} \times \text{coût en capital d'un euro en rente viagère annuelle (par ex. 18,275 euros de capital pour un euro de rente pour une femme de 50 ans)}$
 $PC = \text{Rev. Diff.} \times 12 \text{ mois} \times (\text{Mariage} / 2)$
 $PC = \text{Rev. Diff.} \times 12 \text{ mois} \times \text{Mariage} \times 0, \text{Enf.}$
(Méthode dite du TGI d'Ivry)
 $PC = (\text{Rev. Diff.} \times 50\%) \times \text{pondération AgeC} \times \text{pondération Mariage} \times 3$
(Martin Saint-Léon)
 $PC = \text{Epargne Diff.} \times \text{pondération AgeC} \times \text{pondération Mariage} \times \text{pondération Enf.}$
(A. Depondt)
 $PC = [(\text{Rev. Diff.} \times 20\%) \text{ exprimé sous forme de capital}] + [\text{usufruit de : (Capital Diff.} \times \text{Mariage})]$ x rôle non chiffré de la santé, des droits à la retraite du créancier, des enfants encore jeune...
(Stéphane David)
 $PC = \text{Pilote} PC = (\text{Rev. Diff.} \times \text{Mariage} \times \text{pondération AgeC}) + (\text{Eco. Retraite} \times 50\%)$
(J.-C. Bardout)
 <pilotepc.free.fr>. Mot de passe : pitotepctoulouse

Lecture :

PA = Pension alimentaire mensuelle fixée au titre du devoir de secours entre époux

Mariage = Durée du mariage

Enf. = nombre d'enfants issus du couple

AgeC = âge du créancier.

Rev. Diff. = Revenu différentiel, soit la différence entre les revenus de l'époux débiteur de la prestation compensatoire et les revenus de l'époux créancier. Il est possible d'y introduire les

revenus du capital s'il y a lieu, éventuellement sous forme forfaitaire ou encore de déduire les impôts, des charges exceptionnelles ou les obligations alimentaires dues. Le mode de calcul retenu peut conduire à construire une moyenne des revenus attendus sur le parcours de vie, dont retraite.

Épargne Diff = Capacité d'épargne différentielle (différence entre capacité d'épargne de l'époux débiteur de la PC et capacité d'épargne de l'époux créancier (ensemble des ressources appréciées sur le parcours de vie, dont les droits à la retraite, ramené à une période de huit ans et affecté d'un taux de 15, 20 ou 30 % selon leur importance).

Capital Diff. = capital différentiel, soit la différence entre la valeur totale ou partielle des biens présents de l'époux débiteur et la valeur totale ou partielle des biens présents de l'époux créancier.

Eco. Retraite = économie de cotisations de retraites réalisées par le couple dont l'un(e) des deux membres ne travaillait pas, soit deux mois de salaire de l'époux débiteur par année.

Fig.3 Évaluation du montant de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (mise à jour juin 2020, extraits)

Les termes « réduit », « classique » et « alterné » correspondent à une amplitude du droit de visite et d'hébergement. La montant de la pension est calculé par enfant.

Revenu du débiteur, montant total	Revenu du débiteur minimum vital	Revenu du débiteur après déduction	1 enfant réduit	1 enfant classique	1 enfant alterné	2 enfants réduit	2 enfants classique	... / ...	6 enfants réduit	6 enfants classique	... / ...
Proportion			18,0%	13,5%	9,0%	15,5%	11,5%	... / ...	9,5%	7,2%	
700	565	135	24	18	12	21	16	... / ...	13	10	
800	565	235	42	32	21	36	27	... / ...	22	17	
900	565	335	60	45	30	52	39	... / ...	32	24	
1000	565	435	78	59	39	67	50	... / ...	41	31	
1100	565	535	96	72	48	83	62	... / ...	51	39	
1200	565	635	114	86	57	98	73	... / ...	60	46	
1300	565	735	132	99	66	114	85	... / ...	70	53	
1400	565	835	150	113	75	129	96	... / ...	79	60	
1500	565	935	168	126	84	145	108	... / ...	89	67	
1600	565	1035	186	140	93	160	119	... / ...	98	75	
1700	565	1135	204	153	102	176	131	... / ...	108	82	
1800	565	1235	222	167	111	191	142	... / ...	117	89	
1900	565	1335	240	180	120	207	154	... / ...	127	96	
2000	565	1435	258	194	129	222	165	... / ...	136	103	
2100	565	1535	276	207	138	238	177	... / ...	146	111	
2200	565	1635	294	221	147	253	188	... / ...	155	118	
2300	565	1735	312	234	156	269	200	... / ...	165	125	
2400	565	1835	330	248	165	284	211	... / ...	174	132	
2500 ... / ...	565	1935	348	261	174	300	223	... / ...	184	139	
2800	565	2235	402	302	201	346	257	... / ...	212	161	
... / ... 5000	565	2335	420	315	210	362	269	... / ...	222	168	

Fig.4 Évaluation du montant de l'indemnisation d'un préjudice corporel

1^{ère} étape : qualifier la gravité du préjudice, sur une échelle de 1 à 7

Exemple de nomenclature médico-légale (non exclusive) - Préjudice esthétique

0,5 : cicatrice de bonne qualité, peu visible

1 : Plusieurs petites cicatrices sur des zones habituellement cachées

2 : cicatrice de la face sans caractère réellement disgracieux

4,5 : cicatrice à caractère chéloïde sur zone visible (main ou visage)

7 : cicatrices de grands brûlés sur 30 à 60 % de la surface corporelle.

2^{ème} étape : associer un montant à chacune des catégories de préjudices ainsi qualifiés

PRÉJUDICE CORPOREL DE LA VICTIME

Indemnisation des souffrances Endurées et du Préjudice Esthétique Permanent

1/7	Très léger	jusqu'à 2 000 €
2/7	Léger	2 000 € à 4 000 €
3/7	Modéré	4 000 € à 8 000 €
4/7	Moyen	8 000 € à 20 000 €
5/7	Assez important	20 000 € à 35 000 €
6/7	Important	35 000 € à 50 000 €
7/7	Très important	50 000 € à 80 000 €
Très exceptionnel	80 000 € et plus	

Fig.5 Évaluation du quantum des peines pénales requises en cas de conduites sous l'emprise de l'alcool

De (en mg)	A (en mg)	Spc (en mois)	Amende
0,4	0,49	2	100
0,5	0,59	3	200
0,6	0,69	4	300
0,7	0,79	5	400
0,8	0,89	6	450
0,9	0,99	7	500
1	1,09	8	500
1,1	1,19	9	550
1,2	1,29	10	550
1,3	1,39	11	600
1,4	1,49	12	600

Les outils présentés ici, choisis parmi d'autres³, ont des caractéristiques variables. Les identifier permet *a contrario* de caractériser ce qui les réunit pourtant dans un ensemble qui reste à nommer.

DES CARACTÉRISTIQUES VARIABLES

Certains de ces outils sont d'origine légale (*fig.1*). D'autres sont simplement issus de la pratique mais ont reçu un accueil qui leur a permis d'être mobilisés au-delà de l'activité personnel du magistrat ou du professionnel les ayant produits (*fig.2*). D'autres enfin ont un caractère dorénavant plus officiel dans la mesure où ils sont très largement

³ À l'occasion de la recherche *Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice*, une barémithèque a été élaborée, réunissant l'ensemble des outils rencontrés. En l'absence de moyens pour assurer sa mise à jour, elle n'est pas (encore) ouverte au public.

utilisés et enseignés au sein de l'ENM (*fig.4, fig.3*)⁴, possiblement après avoir été diffusés par le ministère de la Justice (*fig.3*)⁵.

De son origine légale, et sous réserve des débats qui peuvent avoir lieu sur sa conventionnalité ou sa constitutionnalité⁶, le barème de l'indemnisation du licenciement est obligatoire pour les juges. Les autres sont purement facultatifs. On remarquera ici que le caractère obligatoire peut avoir deux sens, selon qu'il s'agit de l'obligation de mobiliser l'outil afin de connaître la solution qu'il préconise et de l'intégrer dans son raisonnement ou bien qu'il s'agit de respecter sa préconisation. On remarquera également que l'affirmation du caractère facultatif d'un outil d'aide à la décision ne clôt pas la discussion sur son caractère normatif, dès lors qu'il peut avoir un effet d'ancrage et partant un effet dit performatif, sa seule existence influençant les décisions à venir. On remarquera enfin que même en l'absence d'effet d'ancrage, la seule existence d'un tel outil pourrait justifier à terme une motivation spécifique dès lors que la décision s'écarterait de ses préconisations, cette possible évolution pouvant d'ailleurs expliquer la jurisprudence prudente de la Cour de cassation qui refuse d'avoir à connaître de l'utilisation de ces outils (sur ce point, voir *infra*).

Plusieurs de ces outils cohabitent sur une même question et sur un même territoire de justice, produisant en parallèle des préconisations différentes. Les méthodes d'évaluation du montant de la prestation compensatoire (*fig.2*) constituent un exemple extrême : plus d'une dizaine de méthodes différentes co-existent sur l'ensemble du territoire français et proposent des montants parfois extrêmement différents. Certains praticiens (avocats) font face à cette diversité en faisant la moyenne des montants préconisés par plusieurs d'entre elles pour se doter d'une évaluation sur la base de laquelle ils construiront leur demande. Cette diversité se réduit pour des outils ayant un caractère plus officiel (*fig.3, fig.4*) mais elle ne disparaît pas pour autant,

certain magistrats pouvant préférer tel(s) autre(s) outil(s), éventuellement partagé dans leur juridiction de rattachement. Cette diversité disparaît lorsque les outils acquièrent un caractère obligatoire, du fait de la loi (*fig.1*) ou de fait de l'autorité de son auteur, cette fois sur un territoire plus réduit (*fig.5*).

Ces outils d'aide à la décision peuvent être largement diffusés comme ils peuvent rester tout à fait confidentiels. Certains magistrats évoquent des « barèmes intérieurs », qui leur sont propres et qu'ils mobilisent dans les affaires qu'ils traitent. Ce type d'outil individuel de raisonnement existe très probablement de longue date et tenir compte de leur existence permet une meilleure compréhension des outils plus contemporains. Les progrès de la mise en forme matérielle de documents (bureautique) comme de la communication des documents (réseaux informatiques) ont sans doute participé à leur développement et à leur partage dans la communauté des professionnels. Leur diffusion élargie, de proche en proche, soulève aujourd'hui la question de leur normativité, non pas au sens de leur possible caractère obligatoire, mais au sens de leur pouvoir d'attraction sur les magistrats.

La propension de ces outils à fournir un résultat chiffré à partir de données elles-mêmes chiffrées est également variable. S'il s'agit le plus souvent, au final, de fournir un montant, la règle n'est pas absolue et certains des outils d'aide à la décision trouvés au sein des juridictions ont plutôt pour fonction d'orienter la procédure, permettant par exemple d'opter entre le règlement judiciaire des difficultés d'une entreprise ou la liquidation de l'entreprise ou encore permettant, plus fréquemment, de choisir entre plusieurs voies procédurales dans la filière pénale. À l'autre bout de raisonnement, il est possible que les données d'entrée ne soient pas toutes des données chiffrées et constituent plutôt des critères d'appréciation propre à orienter la décision. C'est le cas de certaines des méthodes d'évaluation de la prestation compensatoire qui ajoutent à

⁴ Le barème Mornet d'évaluation de l'indemnisation des préjudices corporels s'appuie en outre sur la nomenclature Dintilhac des préjudices, elle-même issue d'un groupe de travail ministériel (<https://solidarites-sante.gouv.fr/ministere/acteurs/partenaires/article/nomenclature-des-postes-de-prejudices-rapport-de-m-dintilhac>).

⁵ Circulaire CIV/06/10 du 12 avril 2010 s'agissant de l'évaluation de la contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants.

⁶ Voir par exemple, Dossier, Conventionnalité du barème Macron, Droit social, n°10, 2019, p. 7925.

des éléments chiffrés des critères qualitatifs tels l'état de santé de l'époux demandeur ou la jeunesse des enfants communs. Enfin, on doit remarquer qu'un outil d'aide à la décision qui propose une fourchette plutôt qu'un montant fixe n'en reste pas moins un outil d'aide à la décision susceptible d'être qualifié de barème. La marge de manœuvre apparemment laissée à l'auteur de la décision ne remet pas en cause le fait qu'une solution chiffrée a été préconisée et, s'agissant des barèmes facultatifs, les magistrats conservent de toute façon leur pouvoir d'appréciation, y compris face à un barème qui propose un montant fixe.

Autre caractéristique variable, certains outils d'aide à la décision sont d'un usage interne aux juridictions où ils sont utilisés par les seuls magistrats, tandis que d'autres sont partagés avec des professionnels qui interviennent aux frontières de la justice. Ils permettent alors une appréciation partagée des situations d'espèce et insèrent la juridiction dans un ensemble plus vaste, assurant une forme de communication transversale. L'exemple sans doute le plus répandu est celui des outils d'aide à la décision produits par les parquets, qui guident l'orientation des poursuites et parfois le *quantum* des réquisitions. Ils permettent de mieux articuler l'activité des différents intervenants au sein de la juridiction ou en dehors (officiers de police judiciaire et orientation de la procédure, délégués du procureur et mise en œuvre des alternatives aux poursuites). On peut également citer les barèmes produits par les départements pour fixer la contribution alimentaire des membres de la famille de la personne âgée accueillie dans un établissement qui peuvent, ou non, être pris en considération par les magistrats ou encore tel barème évoqué par un magistrat pour calculer l'indemnité d'occupation d'un logement au stade de la liquidation du régime matrimonial et qui est aussi utilisé par les notaires ou les avocats.

DES CARACTÉRISTIQUES COMMUNES

On retiendra trois caractéristiques communes dont l'une sera rapidement plus développée ici. La première est leur fréquente absence de transparence ou simplement la méconnaissance par les professionnels des modalités de leur

construction et des choix qui ont été faits à cette occasion. La deuxième doit être citée en raison de ses conséquences sur la compréhension des outils dits de « justice prédictive »⁷. En effet, ces outils d'aide à la décision ont pour caractéristique de ne concerner qu'une petite partie de l'ensemble du raisonnement conduisant à une décision de justice. Associer un montant à une situation factuelle ne suffit bien évidemment pas à rendre une décision, l'établissement des faits, leurs qualifications, le choix des normes applicables étant autant d'étapes sur lesquels ces outils ne se prononcent pas. Il en est de même de la jurimétrie, qui produit des analyses chiffrées issues des décisions et qui peuvent ensuite être utilisées comme autant de préconisations.



Rendre une meilleure justice constitue l'autre rôle dévolu à ces outils, ce qui suppose de porter une conception de ce que serait une meilleure justice. Il s'agit en l'occurrence de rendre des décisions comparables dans des situations comparables, réduisant ainsi les incertitudes et assurant une meilleure prévisibilité, au nom de la sécurité juridique.

La troisième caractéristique qui réunit l'ensemble de ces outils et permet de les définir est leur capacité à resserrer le maillage normatif, au-delà de leur aspect managérial (au sens des moyens ici matériels mis en œuvre pour produire les décisions attendues) ou de leur aspect instrumental (au sens d'outils permettant d'assurer une meilleure justice). Gagner du temps constitue souvent le rôle premier dévolu à ces outils. Les entretiens réalisés au cours de la recherche sont peu revenus sur cet aspect. Ils valorisent plutôt leur capacité à faciliter l'entrée dans de nouvelles fonctions et à passer plus rapidement d'une fonction à l'autre, pour ceux des magistrats qui en assurent plusieurs. La capacité de ces outils à intégrer la décision dans un

⁷ Le terme « justice prédictive » est inadapté et on préférera, avec le Conseil national des barreaux, le terme jurimétrie (<https://www.cnb.avocat.fr/fr/actualites/preconisations-dactions-pour-les-legaltechs-du-domaine-de-la-jurimetrie>)

environnement plus large, en favorisant une articulation entre plusieurs instances (entre parties, avec les services de police, l'aide sociale, les caisses d'allocations familiales, les employeurs, les assureurs...) peut également être considéré comme permettant un meilleur management de la justice, même si cette forme d'intégration par une approche collective du processus décisionnel revient à limiter l'exceptionnalité de la justice. Rendre une meilleure justice constitue l'autre rôle dévolu à ces outils, ce qui suppose de porter une conception de ce que serait une meilleure justice. Il s'agit en l'occurrence de rendre des décisions comparables dans des situations comparables, réduisant ainsi les incertitudes et assurant une meilleure prévisibilité, au nom de la sécurité juridique.

Resserrer le maillage du droit renvoie à l'aspect politique des outils d'aide à la décision. Ceux-ci constituent nécessairement une forme d'interprétation du droit. L'expression est utilisée ici de façon abusive, parce qu'il ne s'agit pas nécessairement de proposer un sens à un énoncé normatif⁸, comme le fait la jurisprudence. Il s'agit plus souvent de tenir compte du fait que les magistrats sont confrontés à des

éléments factuels et qu'ils doivent les tenir pour établis, les qualifier, ou encore apprécier un montant, l'ensemble étant liés. Ces outils matérialisent l'espace de décision que l'application d'une règle générale et abstraite à une situation particulière laisse nécessairement et ils proposent un choix entre plusieurs possibles, en principe dans le cadre de la loi⁹. Les exemples sont multiples. Ils montrent que l'élaboration d'un barème, y compris un barème dit constaté¹⁰ (ce que propose la jurimétrie) suppose de réaliser des choix qui sont autant de réduction des possibles : qualifier des situations d'espèce de « semblables » pour proposer des montants associés impose de choisir des critères de distinction.

NOMMER CES OUTILS ?

C'est sans doute cette réduction du maillage du droit qui caractérise les barèmes. Elle permet de les distinguer d'autres outils d'aide à la décision : tous les outils d'aide à la décision ne sont pas des barèmes, et ceux-là, dès lors

Outils d'aide à la décision		
	Interprétatifs	Neutres (?)
	Nomenclatures (construction du réel) Nomenclature Dintilhac des préjudices corporels Récapitulatif des ressources utiles (base ressources)	
Données chiffrées seulement	Barèmes Barème Contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant Barème Licenciement sans cause réelle et sérieuse Barème Mornet	Atteintes sexuelles aux mineurs : tableau récapitulatif des délais de prescription de l'action compte tenu de l'âge de la victime et des réformes successives des délais et des points de départ Calculateur récapitulatif Dommages corporels
Données chiffrées non exclusives ou absentes	Lignes directrices, référentiels Orientation procédurale Certaines méthodes Prestation Compensatoire	Trame de rédaction des décisions Bibliothèque de considérants

⁸ Amselek Paul, « L'interprétation à tort et à travers », in *L'interprétation du droit*, P. Amselek (dir.), Bruylant, PU Aix-Marseille, 1995.

⁹ À l'occasion, un outil d'aide à la décision peut aussi s'extraire du cadre de la loi, comme le montrent les outils existants en matière de prestation compensatoire et se fondant sur le devoir de secours entre époux ou une utilisation surprenant du délai de 8 ans prévu par la loi pour limiter le délai de versement des prestations compensatoires fixées en capital.

¹⁰ E. Serverin, V^o « Barèmes », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, PUF, 2004.

qu'ils participent à la décision juridictionnelle, semble mériter une régulation.

Dans cette perspective, il reste à nommer les outils d'aide à la décision qui, bien que réduisant le maillage du droit, ne sont pas pour autant des outils exclusivement chiffrés et pour lesquels le terme de barème semble peu adapté. Les vocables de référentiel ou de lignes directrice semblent alors plus adéquates, et cela indépendamment du caractère obligatoire de ces outils. On peut encore intégrer dans l'ensemble des outils d'aide à la décision les nomenclatures : elles proposent des qualifications préalables permettant le fonctionnement harmonisé des barèmes et référentiels et constituent, elles aussi, une forme d'interprétation du droit.

QUELLE RÉGULATION INSTITUTIONNELLE ?

La présentation de Rachel Vanneuville et Antoine Pelicand indique que l'usage des barèmes relève « d'arbitrages individuels » et que des directives nationales « auraient immanquablement déclenché un débat de fond relatif à l'indépendance des juges ». L'exemple des débats relatifs à l'indépendance des juges suscités par la création du barème en matière de licenciement sans cause réelle et sérieuse illustre ce propos, indépendamment du fait que les textes contestés étaient produits au terme d'un processus démocratiquement prévu à cet effet et que leur possible contradiction avec des textes de valeur supérieure a été examiné dans ce même processus. Le débat suscité par la diffusion du barème en matière de CEEE au moyen d'une circulaire diffusée aux chefs de juridictions a été beaucoup plus modeste, mais il n'avait aucun caractère obligatoire et était soigneusement présenté comme tel.

La régulation de ces outils constitue en effet une gageure : il s'agit, d'une part, de conserver leur caractère facultatif

et partant l'indépendance des magistrats à l'égard de documents n'ayant pas valeur de droit, d'autre part, de s'organiser de façon à ce que ces outils soient connus des magistrats, sur leur principe comme sur leur teneur et particulièrement sur les choix que leurs concepteurs ont opérés. La généralisation du recours à ces outils semble en effet peu compatible avec l'utilisation d'outils disparates, différents d'un territoire de justice à l'autre et disponibles dans plusieurs versions successives, dont les magistrats ne connaissent pas nécessairement les prémices¹¹.

Pour l'heure, cette régulation n'est pas à l'ordre du jour, la Cour de cassation veillant à laisser les barèmes en dehors du débat judiciaire. Elle peut ainsi considérer que le choix d'un barème de capitalisation par les juges du fond relève de leur libre pouvoir d'appréciation et qu'ils n'ont pas à soumettre ce choix au débat contradictoire¹², écartant ainsi tout débat sur la teneur de ce barème et l'opportunité d'y recourir¹³. La Cour peut encore écarter toute discussion sur ces outils en sanctionnant les décisions qui s'y réfèrent, alors mêmes que les juges du fond auraient pris toutes les précautions pour rappeler à la fois le caractère adéquat de l'outil utilisé et son caractère facultatif. Ainsi la Cour a-t-elle sanctionné une ordonnance du premier président de la cour d'appel de Paris qui avait validé l'ordonnance de taxation qui s'appuyait sur un « barème élaboré de concert entre le tribunal [...] et la chambre nationale des administrateurs judiciaires » en ce qu'il constituait « un outil qui, s'il ne s'impose ni aux parties ni au juge taxateur, permet de donner des bases objectives à une demande de taxation, assises sur le montant des fonds perçus, des créances recouvrées, la nature des opérations effectuées par le mandataire judiciaire », en considérant que « l'infirmité des ordonnances ne peut être prononcée au seul motif de l'utilisation d'un barème, dès lors qu'aucune contestation précise portant sur l'application de celui-ci pour tel ou tel poste de la rémunération contestée n'est formée ». La Cour de cassation a en effet considéré « Qu'en statuant ainsi, en

¹¹ S'agissant du barème pour l'évaluation de la CEEE, voir B. Jeandidier et I. Sayn, « Que pensent les magistrats de la table de fixation de la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant », *Les cahiers de la justice*, 2021, 3, p. 519s.

¹² Cass. Crim 5 avril 2016 (pourvoi n° 15-81349) : les juges qui appliquent « le barème édité par la Gazette du Palais en mars 2013 » pour capitaliser les sommes représentant une perte annuelle de ressources à la suite de blessures reçues exercent leur pouvoir souverain d'appréciation : le juge a retenu « le barème de capitalisation qui lui paraissait le plus adapté, sans avoir à soumettre ce choix au débat contradictoire.

¹³ Par exemple, sur les questions de fond suscitées par les barèmes de capitalisation, voir C. Quézel-Ambrunaz, 8 questions sur la capitalisation des rentes, Déjeuners du droit du dommage corporel, Chambéry : <<https://www.fac-droit.univ-smb.fr/fr/2021/10/8-questions-sur-la-capitalisation-des-rentes/>>.

arrêtant la rémunération due à l'administrateur judiciaire pour l'exécution de la mission qui lui avait été confiée, par référence à un barème et non sur la base des seuls critères énoncés par le premier des textes susvisés, le premier président a violé ces textes »¹⁴.

Cette position de la Cour de cassation permet d'éviter que les outils d'aide à la décision acquièrent une autorité de fait dans le débat judiciaire, ce qui conduirait les magistrats du fond mais peut-être aussi, à terme, ceux de la Cour de cassation à apprécier leur teneur. La motivation du premier président y fait d'ailleurs une allusion directe en précisant « qu'aucune contestation précise portant sur l'application [du barème] pour tel ou tel poste de la rémunération contestée n'est formée ». Cette position permet donc de faire l'économie de ce débat. Elle interdit dans le même temps tout contrôle *a posteriori* de ces outils.

Au final, et à partir du moment où l'on admet à la fois le caractère constructif des outils d'aide à la décision et la place qu'ils ont pris dans le fonctionnement de la justice, il apparaît pourtant qu'ils devraient eux aussi être soumis au débat, d'une façon ou d'une autre.

Il n'existe pas non plus de régulation *a priori* de ces outils, que ce soit par la mise en place d'un processus unifié de publication ou de diffusion ou par un quelconque mécanisme de centralisation ou de suivi des mises à jour successives que supposent ces outils. Il existe encore moins de mécanisme de labellisation de ces outils, qui pourrait avoir pour intérêt *a minima* de rendre public les choix qui ont été réalisés au stade leur élaboration et leurs auteurs. Cette transparence permettrait de mieux apprécier les possibles difficultés d'impartialité et de donner aux magistrats (et aux parties) des arguments pour discuter l'opportunité d'utiliser tel ou tel outil. À notre connaissance, seul le

barème indicatif d'invalidité (accidents du travail et maladies professionnelles) est inséré dans un tel dispositif : l'existence de ce barème indicatif est obligatoire, prévu par la loi, qui organise un comité d'actualisation de l'outil (art. D434-4 CSS). Le document, publié en annexe du Code de la sécurité sociale, donne les informations nécessaires à la compréhension des conditions d'élaboration de cet outil. C'est un dispositif plus souple qu'un référentiel de valeur réglementaire dont l'évolution serait soumise aux aléas du fonctionnement des services centraux des ministères concernés et qui peut sans doute plus facilement intégrer la place des professionnels dans leur élaboration.

Des réflexions sont en cours dans les instances nationale et européenne s'agissant des modalités algorithmiques d'aide à la décision qui se développent en lien avec l'*open data* des décisions de justice. Les magistrats savent qu'ils vont devoir accueillir des débats relatifs à la teneur de ces outils¹⁵. Au-delà du caractère technique des méthodes utilisées, les questions sont les mêmes s'agissant des outils d'aide à la décision plus traditionnels (impartialité et transparence), même si elles n'ont pas (encore ?) migré d'un domaine sur l'autre. Au final, et à partir du moment où l'on admet à la fois le caractère constructif des outils d'aide à la décision et la place qu'ils ont prise dans le fonctionnement de la justice, il apparaît pourtant qu'ils devraient eux aussi être soumis au débat, d'une façon ou d'une autre. Plusieurs arguments militent en faveur de cette solution : ils sont élaborés en dehors du processus démocratique d'édiction de règles de droit et doivent s'insérer dans les règles de droit en vigueur ; ils recherchent un effet d'ancrage, nécessairement associé au projet de plus grande prévisibilité des décisions ; ils peuvent préserver le libre pouvoir d'appréciation des magistrats en permettant aux acteurs du procès, juges ou parties, de connaître leurs modalités de construction et en leur donnant par conséquent des arguments pour s'en extraire.

¹⁴ Cass. Civ. 2, 28 mars 2019 (pourvoi n° 18-14364).

¹⁵ Pour une illustration, voir la décision n° 2020-834 QPC du 3 avril 2020 dans laquelle le Conseil Constitutionnel impose aux établissements d'enseignement supérieur de rendre compte des critères en fonction desquels ont été examinées les candidatures dans le cadre de Parcoursup, ouvrant ainsi la voix aux débats sur les critères retenus.



L'ABSENCE DE BARÈME DANS LE CHAMP PÉNAL : MYTHE OU RÉALITÉ ?

PAR YANNICK JOSEPH-RATINEAU

Yannick JOSEPH-RATINEAU est docteur en droit privé et sciences criminelles. Il est actuellement maître de conférences à l'Université Grenoble Alpes, membre du Centre de recherches juridiques (EA 1965) et directeur adjoint de l'Institut d'Études Judiciaires de Grenoble. Son domaine de recherche privilégié porte sur la répartition des rôles processuels du juge et des parties dans le procès (pénal comme civil), mais ses travaux témoignent d'intérêts plus diversifiés, tant dans le champ de la procédure pénale, que de la procédure civile. Il est actuellement co-porteur d'une recherche en cours, financée par le GIP – Mission de recherche Droit et Justice – consacrée à la motivation des peines correctionnelles.

Telle que la question est posée, l'on pourrait croire à une provocation. En effet, l'idée selon laquelle le processus décisionnel en matière pénale pourrait faire l'objet d'une "barémisation" continue de paraître, pour nombre de pénalistes, totalement saugrenue, et ce, malgré certaines études parues sur le sujet.¹⁶ La recherche menée par l'équipe grenobloise a retenu une définition relativement large de la notion de barème¹⁷ afin d'inclure dans le périmètre de la recherche l'ensemble des outils d'aide à la décision qu'elle pouvait rencontrer et qui étaient susceptibles de pouvoir être qualifiés de « barème ». Pour trouver ces outils, nous avons procédé à l'analyse statistique d'un échantillon de plus de 4 000 décisions rendues par trois cours d'appel et sept tribunaux de grande instance ayant accepté de participer à notre étude dans deux contentieux correctionnels et deux contentieux au stade de l'application des peines. Concernant les contentieux correctionnels,

¹⁶ V. Perrocheau, « Une illustration du développement des barèmes dans la justice pénale : le cas de la composition pénale », in I. Sayn (dir.) *Le droit mis en barèmes ?*, Dalloz, 2014, p. 71 et s. – Dans le même ouvrage : V. Gautron, « La "barémisation" et la standardisation des réponses pénales saisies au travers d'une étude empirique de l'administration de la justice pénale », p. 85. – H. Bothinon-Dumas, « Les barèmes des sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité des marchés financiers et l'Autorité de la concurrence », p. 131 et s.

¹⁷ « Toute démarche intellectuelle consistant, pour l'auteur ou les auteurs d'une décision, de manière consciente ou inconsciente, individuellement ou collectivement, à proposer ou appliquer un résultat prédéterminé en référence à des critères préconstruits ».

le choix a été fait de sélectionner un contentieux massif, celui des délits à la circulation routière – principalement les délits de défaut d'assurance, de défaut de permis, de conduite sous l'empire d'un état alcoolique (CEA), ou encore les délits de fuite – et un contentieux non massif, en l'espèce celui des violences intra familiales. L'idée était de pouvoir vérifier l'hypothèse selon laquelle le recours aux barèmes se limiterait au traitement des contentieux de masse en raison des finalités classiquement assignées à

L'institution judiciaire présente donc un double visage en matière pénale, et ce fut finalement sans grande surprise que l'équipe grenobloise a rencontré deux types de barèmes dans l'ensemble des juridictions ayant participé à cette étude.

ce type d'outil, ou si des barèmes étaient également utilisés dans le traitement des contentieux non massifs, et le cas échéant, d'identifier les finalités assignées à cet outil dans un tel cas de figure. Ce même raisonnement a conduit à sélectionner également deux contentieux massifs au stade de l'application des peines – contentieux du retrait des crédits de réduction de peine et des conversions de peine – ainsi qu'un contentieux non massif, celui de la libération conditionnelle.

L'équipe grenobloise a également procédé à l'analyse des notes de politique pénale et des barèmes élaborés et utilisés par les parquets près les tribunaux de grande instance participant à l'étude, et mené des entretiens avec les auteurs de ces barèmes comme leurs utilisateurs, et plus largement, avec des professionnels du droit. Cette méthodologie a permis d'élaborer une cartographie relativement

fine des barèmes rencontrés dans les parquets et les juridictions ayant participé à l'étude, et nous a donné la possibilité de constater que, non seulement la matière pénale n'est pas étrangère au phénomène de "barémisation" de la justice déjà observé dans plusieurs contentieux civils¹⁸, mais que ce phénomène en cette matière présente une biphthalité qui fait directement écho à celle de l'institution judiciaire, le processus répressif faisant intervenir, d'un côté, des magistrats du parquet en charge de poursuivre les auteurs supposés d'infraction à la loi pénale, et de l'autre, des magistrats du siège chargés de statuer sur la culpabilité des personnes poursuivies, et le cas échéant, de prononcer à leur encontre une peine.

Tel le dieu Janus, l'institution judiciaire présente donc un double visage en matière pénale, et ce fut finalement sans grande surprise que l'équipe grenobloise a rencontré deux types de barèmes dans l'ensemble des juridictions ayant participé à cette étude. Chaque type de barème rencontré poursuivant une finalité qui lui est propre et résultant d'un processus d'élaboration spécifique, il a été rencontré tantôt exclusivement dans les parquets, tantôt exclusivement auprès des magistrats du siège.

LES BARÈMES CONSTRUITS

Les barèmes construits formalisent des procédés ayant pour objectif de faciliter l'activité décisionnelle en proposant un résultat précis en référence à des critères de décisions prédéterminés, le plus souvent sous forme de tableaux. Ces barèmes, qui résultent donc d'une démarche intellectuelle consciente de leur auteur, ont été rencontrés exclusivement au sein des parquets. Cela s'explique par le fait que les magistrats du parquet qui ont la lourde charge aujourd'hui de choisir, parmi un éventail d'option procédurale qui ne cesse de s'élargir au fil des réformes législatives, la voie procédurale la plus adaptée au regard de la

¹⁸ S. Porchy-Simon, « L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux de la responsabilité civile », in *Le droit mis en barèmes ?*, op. cit., p. 201 et s. – Même ouvrage : A. Bouilloux, « Histoire de la réparation des accidents du travail et des maladies professionnelles. Le passage au forfait », p. 149 et s. – P. Soustelle, « Le barème permettant de déterminer la fraction cessible ou saisissable des rémunérations du travail », p. 49 et s. – C. Bourreau-Dubois, B. Jeandidier, « Équité et barème de pension alimentaire pour enfants : une approche économique », p. 25 et s. – A. Gouttefengeas, « Des barèmes de calcul de la participation des familles au financement de l'hébergement des personnes âgées en institution », p. 37 et s. – B. Mornet, « Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel », p. 213 et s. – O. Gout, « L'émergence de nomenclatures relatives au dommage corporel », p. 227 et s.

gravité des faits, du passé pénal de l'intéressé, et éventuellement, lorsque de telles données sont disponibles, sa situation familiale, sociale, professionnelle, et économique.

Or le choix que le magistrat du parquet opère sur le type de procédure dont il entend user emporte, aujourd'hui, également un choix sur la peine puisque l'étendue de l'éventail des sanctions pénales disponibles dépend de la procédure choisie. Deux facteurs contemporains complexifient l'orientation des affaires pénales : le premier est l'introduction du traitement en temps réel (TTR) qui a instauré une concomitance entre la clôture de l'enquête, définitive ou partielle, et la décision parquetière, éliminant ainsi toute césure temporelle entre l'enquête et l'orientation des procédures décidée par les parquets ; le second réside dans la diversification des filières procédurales disponibles qui s'est réalisée sans souci pour la cohérence d'ensemble, comme en témoigne le fait que la plupart des procédures alternatives aux poursuites ou de poursuites alternatives occupent des champs sécants. Le barème est donc conçu dans les parquets comme un outil permettant de rationaliser le processus de prise de décision dans la ventilation du flux des affaires nouvelles entre les différentes voies procédurales offertes par le Code de procédure pénale, laquelle s'opère le plus souvent dans des conditions précaires, les magistrats affectés à la permanence devant décider en quelques minutes, à partir d'un compte rendu sommaire, des suites à donner à une affaire nouvelle.

Dans ce contexte, le barème est conçu pour limiter le risque d'une dispersion significative des réponses pénales, notamment dans les contentieux de masse, afin de garantir la cohérence, la lisibilité, et l'efficacité de la politique pénale, d'optimiser la productivité des magistrats du parquet dans le traitement des contentieux massifs non techniques afin de dégager du temps pour le traitement des contentieux techniques ou graves, mais également d'assurer la conciliation de deux principes à valeur constitutionnelle : le principe d'individualisation des peines et le principe d'égalité de tous devant l'application de la loi, corollaire du principe d'égalité de tous devant la loi. Dans le cadre de la recherche menée, l'équipe grenobloise a pu observer que les barèmes construits prennent systématiquement la forme de tableaux formalisant des schémas d'orientation des procédures et des schémas de distribution des peines qui sont élaborés selon deux procédés qui ont vocation à se rejoindre : tantôt le procureur de la République élabore seul son barème et l'impose aux magistrats composant son

parquet, tantôt des réunions sont organisées et le barème s'élabore en concertation avec l'ensemble des magistrats du parquet.

L'équipe grenobloise a observé qu'en réalité, dans les juridictions importantes, les barèmes sont élaborés en équipe car le procureur de la République a un emploi du temps extrêmement contraint qui l'empêche le plus souvent de se rendre aux audiences. Le risque de déconnexion avec les réalités du terrain étant grand, cela explique le choix du procureur de la République de s'appuyer sur ces équipes pour élaborer les barèmes qui seront utilisés par la suite. Il n'y a que dans les petites juridictions que nous avons rencontrés des barèmes élaborés unilatéralement par le procureur de la République. Et encore, même dans cette hypothèse, nous nous sommes aperçus que le procureur de la République avait discuté, en amont, avec ses collaborateurs voire n'hésitait pas à modifier le barème en fonction des informations qui lui étaient remontées suite à son application.

Les schémas d'orientation des procédures

Le principe de l'opportunité des poursuites, qui a longtemps enfermé les magistrats du parquet dans un choix binaire – poursuivre ou ne pas poursuivre –, a considérablement évolué ces dernières années avec l'élargissement progressif de l'éventail des voies procédurales permettant d'apporter une réponse pénale à un acte de délinquance, qu'il s'agisse des procédures alternatives aux poursuites, des procédures de poursuites alternatives, ou des diverses procédures tendant à renvoyer l'auteur devant le tribunal correctionnel. Il est donc devenu impérieux pour les procureurs de la République de fixer, en quelque sorte, au sein même de leur parquet, mais plus largement au sein de la juridiction, les "règles du jeu" quant à la manière dont ces différentes procédures doivent être utilisées.

Or la portée des choix d'orientation des magistrats du parquet dépasse la seule question de la délimitation du cadre procédural dans lequel l'auteur d'une infraction est appelé à être sanctionné – laquelle pose classiquement en creux celle de l'étendue des garanties processuelles dont il va bénéficier – pour se prolonger au choix de la peine, tant dans sa nature que son *quantum*, voire son exécution, et au-delà même de son exécution. Orienter une affaire vers la procédure d'ordonnance pénale plutôt que la procédure de composition pénale, c'est décider, au-delà de la nature

et du *quantum* des sanctions pénales prononçables, d'inscrire l'individu dans un parcours pénal pour l'avenir car, si les deux décisions ont vocation à être inscrites au casier judiciaire du condamné, seule la première pourra constituer le premier terme de la récidive en cas de réitération des faits par l'auteur. Orienter une affaire en CRPC plutôt que

de recourir à la procédure simplifiée d'ordonnance pénale, c'est ouvrir la possibilité de la peine d'emprisonnement qui ne peut être prononcée dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale.

Comme l'expliquent les deux tableaux ci-après, qui synthétisent dans un document unique les solutions retenues

Schéma d'orientation des procédures en présence d'auteurs primo-délinquants ayant commis une CEA												
Taux d'alcool en mg/L d'air expiré	TGI 1	TGI 2	TGI 3	TGI 4	TGI 5	TGI 6	TGI 7	TGI 8	TGI 9			
0,40 à 0,50	CP	CP		CP	OPD	CP	CP	CP	CP			
0,51 à 0,60		OPD					OPD					
0,61 à 0,70	OPD	CRPC COJ		CRPC COJ		CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ		
0,71 à 0,80											CRPC	CRPC COJ
0,81 à 0,90											CRPC COJ	CRPC COJ
0,91 à 1,00	CRPC	CRPC COJ		CRPC COJ		CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ		
1,01 à 1,10											CRPC COJ	CRPC COJ
1,11 à 1,20											CRPC COJ	CRPC COJ
1,21 à 1,30	N.R	CRPC COJ		CRPC COJ		CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ	CRPC COJ		
1,31 à 1,40											CRPC COJ	CRPC COJ
1,41 à 1,50											CRPC COJ	CRPC COJ
≥ 1,50												

par les barèmes des différents parquets dans le traitement des conduites en état d'alcoolémie (CEA) primaires, c'est-à-dire commises par des auteurs n'ayant aucun antécédent judiciaire, la diversité des choix de politique pénale opérés par les différents parquets étudiés se traduit par des disparités importantes pour les justiciables entre les différents ressorts, alors même que certains TGI se trouvent sur des départements voisins.

À la lecture du tableau ci-dessous, l'on comprend que le barème ne peut limiter le risque de disparités entre les condamnations pénales et ainsi garantir le principe d'égalité de tous devant la loi, qu'au sein du ressort sur lequel il est appliqué.

En prenant, à titre d'exemple, l'hypothèse d'une CEA commise avec un taux d'alcoolémie supérieur à 1,00 mg/L d'air expiré, mais inférieur à 1,20 mg/L d'air expiré, si l'auteur commet ces faits dans le ressort du TGI 4, il se verra proposer une composition pénale, alors qu'il sera poursuivi par voie d'ordonnance pénale s'il les commet sur les ressorts des TGI 1, TGI 5, TGI 6 et TGI 8 ; par voie de CRPC ou de COPJ s'il les commet sur les ressorts des TGI 2, TGI 7 et TGI 9.

Alors que l'auteur auquel sera proposé une composition pénale ne s'expose qu'aux mesures indiquées *supra*, et que cette décision ne pourra constituer le premier terme de la récidive, celui poursuivi par voie d'ordonnance pénale s'expose à un éventail de sanctions pénales bien plus large et dont la sévérité est accrue par rapport à celles susceptibles d'être retenues dans le cadre de la composition pénale, tandis que celui poursuivi par voie de CRPC ou de COPJ s'expose, outre la peine d'amende encourue par le texte d'incrimination, dont le *quantum* maximal est fixé à 4 500 €, ainsi qu'aux peines complémentaires visées à l'article L. 234-2 du Code de la route, à une peine d'emprisonnement dont le *quantum* maximal est fixé à deux ans par l'article L.234-1 du Code de la route.

Si l'auteur est poursuivi par voie de CRPC, le *quantum* de la peine d'emprisonnement susceptible de lui être proposé par le parquet, et homologué par le juge, ne pourra excéder un an, alors que, si ce dernier est poursuivi par voie de COPJ, le juge pourra prononcer à son encontre une peine d'emprisonnement dont le *quantum* pourra aller jusqu'à deux ans ; *quantum* maximal prévu par l'article L. 234-1 du Code de la route.

Les schémas de distribution des peines

Aux schémas d'orientation des procédures se couplent des schémas de distribution des peines qui fixent la nature et le *quantum* des sanctions pénales susceptibles d'être proposées ou requises selon la procédure envisagée (Tableau page de droite)

Ce tableau met en évidence que la majorité des parquets mobilisent la peine d'amende et la peine de stage de sensibilisation à la sécurité routière pour la répression des CEA, à l'exception du parquet du TGI 1, et les peines complémentaires de suspension ou d'annulation du permis de conduire. Au-delà d'un certain taux d'alcoolémie, variable d'un ressort à un autre, la peine d'emprisonnement peut être mobilisée. L'analyse montre que certains barèmes laissent au magistrat en charge de la poursuite le soin de déterminer la nature et le *quantum* de la ou des peines prononçables en fonction des critères d'individualisation des peines que sont la gravité de l'infraction, le passé pénal de l'auteur, sa situation professionnelle, familiale, ou encore économique (barèmes des procureurs de la République des TGI 5, (TGI 4, TGI 6 et TGI 7 au-delà d'un taux d'alcoolémie supérieur à 1,20 mg d'air expiré). En pareille hypothèse, c'est donc l'intégralité des peines théoriquement encourues qui sont disponibles, mais l'analyse montre que tel n'est pas le cas.

Tout d'abord, certains barèmes indiquent un minimum indicatif dont l'utilité réside dans la volonté du procureur de la République d'éviter une dispersion des réquisitions qui aurait pour effet de brouiller la lisibilité, comme l'intelligibilité, de la politique pénale menée par le parquet. Ensuite, selon la filière de poursuites empruntée, ou dont le barème recommande l'utilisation, le magistrat en charge de la poursuite ne dispose pas de l'intégralité des peines théoriquement encourues, mais seulement des peines susceptibles d'être proposées ou requises, dans leur nature comme leur *quantum*, dans le cadre de telle ou telle procédure. Enfin, certaines peines, pourtant prévues par les textes d'incrimination, sont totalement ignorées des barèmes, ce qui est le cas, par exemple de l'interdiction de conduire un véhicule qui ne soit pas équipé d'un dispositif homologué d'anti-démarrage par éthylotest électronique (art. 234-2, 7°, C. route) qui suscite de vives réticences chez les magistrats.

ENTRE INDEPENDENCE REVENDIQUEE DES MAGISTRATS ET NECESSAIRE COHERENCE DES DECISIONS JUDICIAIRES : APPROCHES PRATIQUES

Peines prononçables en présence d'auteurs primo-délinquants ayant commis une CEA									
Taux d'alcool en mg/L d'air expiré	TGI 1	TGI 2	TGI 3	TGI 4	TGI 5	TGI 6	TGI 7	TGI 8	TGI 9
0,40 à 0,50	250 € + Remise PC 1 à 2 mois	150 à 200 € + Remise PC 2 mois		200 € + Remise PC 3 mois	N.R.	200 € + Remise PC 2 mois	200 € + SSSR + Remise PC 4 mois	SSSR + Remise PC 2 mois	150 à 200 € + Remise PC 2 mois
0,51 à 0,60	250 € + Remise PC 2 à 3 mois	200 € + Remise PC 3 mois				300 € + Remise PC 3 mois	300 € + Remise PC 4 mois	300 € + SSSR	200 € + Remise PC 3 mois
0,61 à 0,70	250€ + Remise PC 3 à 4 mois	200 € et/ou SSSR + SPC : 3 mois				300 € + Remise PC 4 mois	150 € + SSSR + Remise PC 3 mois	200 € et/ou SSSR + SPC : 3 mois	
0,71 à 0,80	250 € + Remise PC 4 mois	300 € et/ou SSSR + SPC : 4 mois				400 € + Remise PC 4 mois	400 € + SPC : 8 mois + SSSR	300 € + Remise PC 3 mois	300 € et/ou SSSR + SPC : 4 mois
0,81 à 0,90	250 à 500 € + SPC : 4 mois	400 € et/ou SSSR + SPC : 5 mois				200 € + Remise PC 4 mois + SSR	300 € + SPC : 6 mois + SSSR	300 € + SPC : 4 mois + SSSR	400 € et/ou SSSR + SPC : 5 mois
0,91 à 1,00		500 € et/ou SSSR + SPC : 6 mois				300 € + Remise PC 4 mois + SSR	400 € + SPC : 6 mois + SSSR	300 € + SPC : 5 mois + SSSR	500 € et/ou SSSR + SPC : 6 mois
1,01 à 1,10		1 mois sursis + amende et/ou SSSR + SPC : ≥ 6 mois				300 € + Remise PC 6 mois + SSR	400 € + SPC : 6 mois + SSSR	400 € + SPC : 6 mois + SSSR	1 mois sursis + amende et/ou SSSR + SPC : ≥ 6 mois
1,11 à 1,20	250 à 500 € + SPC : 4 mois	2 mois sursis + amende et/ou SSSR + SPC : ≥ 6 mois				300 € + Remise PC 6 mois + SSR	500 € + SPC : 6 mois + SSSR	400 € + SPC : 6 mois + SSSR	2 mois sursis + amende et/ou SSSR + SPC : ≥ 6 mois
1,11 à 1,20		2 mois sursis + amende et/ou SSSR + SPC : ≥ 6 mois	500 € + SPC : 6 mois + SSSR	400 € + SPC : 6 mois + SSSR	2 mois sursis + amende et/ou SSSR + SPC : ≥ 6 mois				

La force normative des barèmes construits

La réticence dont les barèmes font l'objet chez les professionnels du droit, à commencer chez les magistrats, tient à son caractère supposément obligatoire. Or ce que la recherche menée par l'équipe grenobloise fait apparaître, c'est que, dans l'ensemble des parquets ayant participé à la recherche, il n'est pas reconnu une force impérative au barème, mais seulement une force obligatoire. Cela signifie que les magistrats ont l'obligation de consulter le barème, mais non d'appliquer la solution qu'il propose, ce que les statistiques confirment, comme en témoignent les résultats du TGI 5.

Au TGI 5, le barème recommande de poursuivre toutes les CEA primaires par voie d'ordonnance pénale, quel que soit le taux d'alcoolémie de l'auteur. Mais les statistiques montrent que plus le taux d'alcoolémie est important, moins les magistrats sont enclins à suivre le barème, optant pour d'autres orientations procédurales. Bien que nous ne disposions pas du barème en vigueur au TGI 3, l'analyse des pratiques a permis de mettre en évidence que le traitement des CEA s'est opéré majoritairement par voie de composition pénale, ce dont il est possible de déduire raisonnablement que ce serait la solution proposée par le barème, mais l'on peut observer que, dans un certain nombre de cas, les magistrats du parquet se sont écartés de cette voie pour privilégier d'autres modes de poursuites plus sévères : ordonnance pénale, voire même le renvoi de l'auteur devant le tribunal correctionnel saisi par voie de COPI.

LES BARÈMES CONSTATÉS

Ces barèmes sont intuitifs par nature et s'appliquent, le plus souvent, à l'insu de leurs auteurs. C'est la raison pour laquelle leur existence ne peut être révélée qu'au travers de l'analyse statistique d'un échantillon suffisamment représentatif de décisions de justice. Seule cette méthode permet de les faire apparaître par l'observation des régularités dans les pratiques juridictionnelles d'un magistrat lorsque le contentieux est traité par un juge unique ou d'une chambre lorsque le contentieux est traité par une formation collégiale. Ce type de barème a été révélé dans l'ensemble des juridictions ayant participé à l'étude, ce qui a pu surprendre nombre de magistrats qui affirmaient ne pas recourir à un barème. Effectivement, de manière

consciente, ces magistrats n'ont pas formalisé un barème dans un document comme le font les magistrats du parquet. Mais dans leur pratique, ils appliquent pourtant un barème.

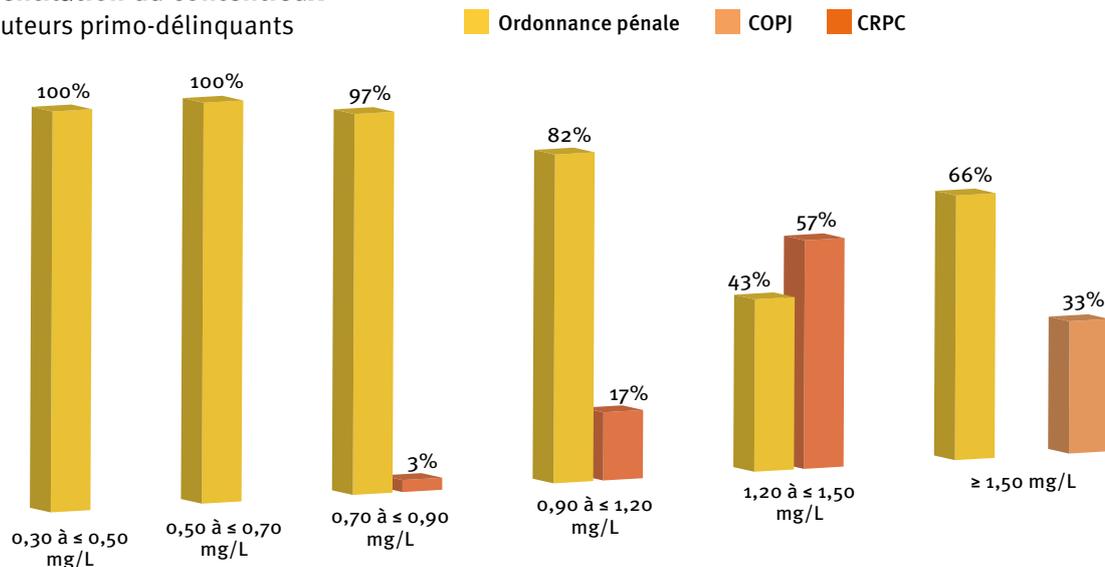
La recherche a mis en évidence que deux situations doivent être distinguées.

— La première est celle dans laquelle le juge est amené à statuer dans le cadre d'une procédure dans laquelle le parquet « a la main ». L'on songera ici bien évidemment à la composition pénale, ou encore à la CRPC, mais également à l'ordonnance pénale. Dans ces procédures, deux observations peuvent être faites. D'une part, les résultats font apparaître des régularités dans les pratiques juridictionnelles révélant l'existence de barèmes constatés dans l'ensemble des juridictions ayant participé à l'étude, autrement dit, un barème suivi implicitement par le juge. Mais nous sommes en présence de procédures dans lesquelles le juge est le plus souvent un «juge homologuant», et donc un juge unique. Or à chaque fois que le juge valide ou homologue une peine proposée par le parquet, il ne prononce donc pas une peine dont il est l'auteur, il exprime son adhésion à la peine proposée par le parquet et accepté par l'auteur, il l'approuve. De fait, l'on peut se demander si le juge, dans ces procédures, n'applique pas le barème construit du parquet. Les résultats ont permis d'apporter une réponse positive à cette question, mais là encore, c'est logique en raison de la nature même de la procédure dans laquelle le magistrat du parquet décide de la peine, le juge se contentant simplement de l'homologuer. C'est ce que démontre les résultats au TGI 2 par exemple.

L'on pourrait objecter que la loi n'oblige nullement le juge à homologuer la ou les peines proposées par le parquet et acceptées par l'auteur de l'infraction, que ce soit dans le cadre de la composition pénale ou de la CRPC. Or si le taux de refus de validation ou d'homologation des sanctions pénales proposées par le parquet est très faible dans l'ensemble des juridictions ayant participé à la recherche, c'est que les magistrats du siège participent en réalité à l'élaboration des solutions préconisées par les barèmes construits des parquets par le biais d'accords-cadres plus ou moins formalisés, plus ou moins institutionnalisés selon les juridictions. De la même manière, si dans le cadre de la procédure d'ordonnance pénale délictuelle, le juge conserve *a priori* toute sa liberté de décision dès lors qu'il n'est nullement tenu de suivre les réquisitions du parquet,

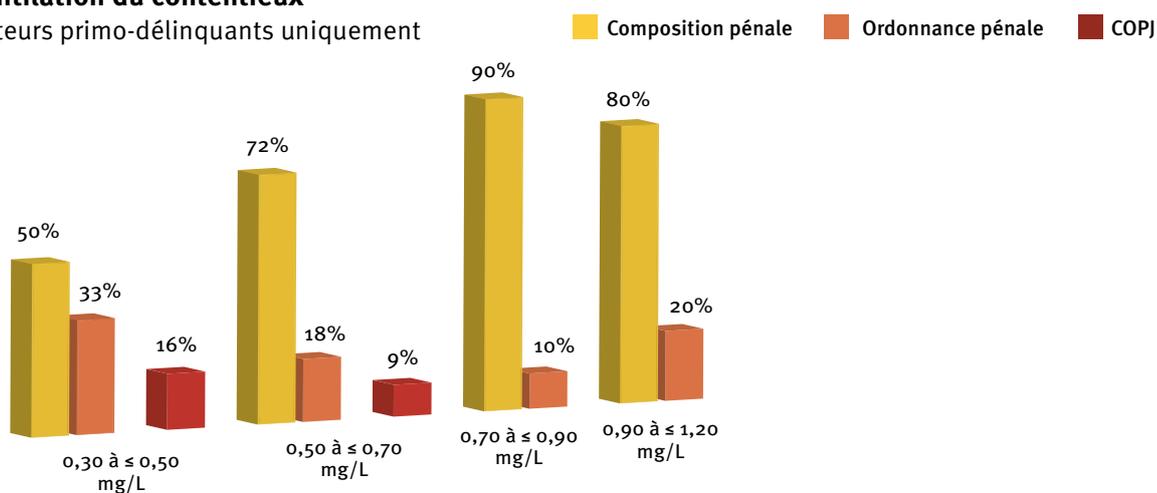
Ventilation du contentieux

Auteurs primo-délinquants



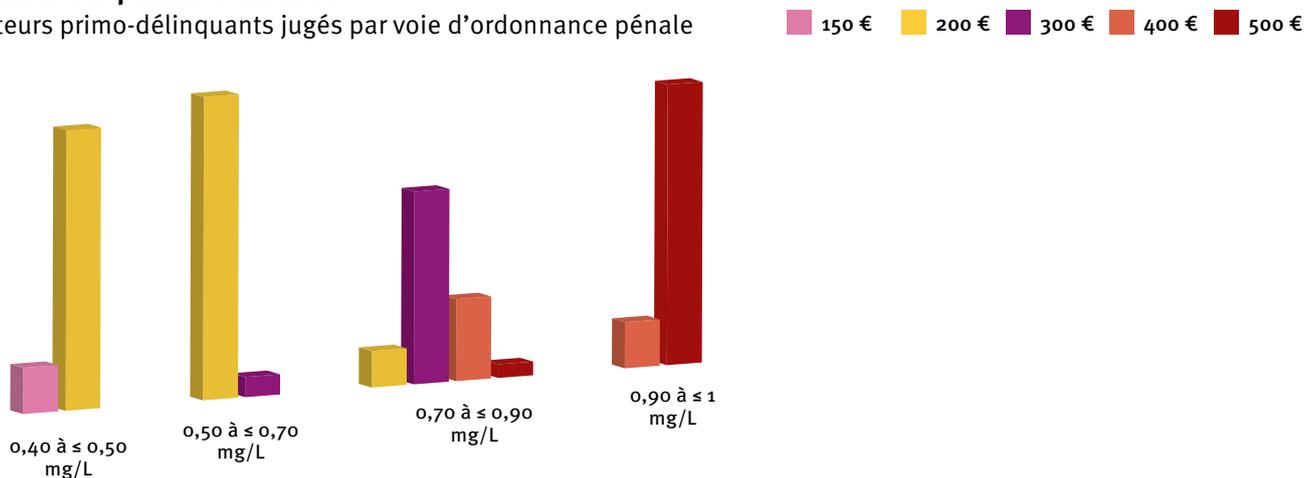
Ventilation du contentieux

Auteurs primo-délinquants uniquement



Quanta des peines d'amende

Auteurs primo-délinquants jugés par voie d'ordonnance pénale



l'expérience montre qu'au sein de chaque juridiction, des accords plus ou moins implicites existent entre le siège et le parquet afin de fixer, en quelque sorte, les règles du jeu dans l'utilisation de cette procédure au sein de la juridiction. Parce qu'elle permet de réprimer les auteurs des délits visés par l'article 495 du Code de procédure pénale, dont les délits prévus au Code de la route, cette filière de poursuite permet d'évacuer du circuit classique les affaires les moins graves et de raccourcir ainsi les délais entre l'infraction et le prononcé de la sanction. Cette procédure satisfait donc un intérêt commun aux magistrats du parquet et du siège : traiter rapidement un nombre important d'affaires sans engorger davantage des audiences correctionnelles déjà saturées.

Dans l'ensemble des juridictions, l'équipe grenobloise a pu constater que des ajustements sont trouvés entre le siège et le parquet afin d'atteindre un point d'équilibre permettant de répondre autant aux attentes des magistrats du parquet et du siège. D'un côté, si les peines prononcées par les magistrats du siège s'écartent trop des réquisitions prises par leurs homologues du parquet, le risque est de voir le parquet se détourner de cette procédure pour lui privilégier le circuit classique, autrement dit le renvoi des affaires, l'audience dans le seul objectif d'obtenir des condamnations plus en phase avec les objectifs qu'il poursuit. D'un autre côté, il n'est pas dans l'intérêt du parquet d'engorger des audiences correctionnelles déjà saturées avec des affaires de faible ou moyenne gravité entrant dans le champ d'application de l'ordonnance pénale, cette situation ayant pour effet de rallonger considérablement les délais de traitement des affaires pénales nouvelles, et donc, par voie de conséquence, d'engendrer une baisse de productivité nécessairement préjudiciable. Parce qu'il est dans l'intérêt du bon fonctionnement de la juridiction que les affaires pénales nouvelles soient ventilées entre toutes les filières de poursuites disponibles afin de préserver l'audience correctionnelle pour le traitement des affaires les plus graves ou des prévenus ayant des antécédents judiciaires, des consensus sont trouvés entre le parquet et le siège dans l'usage de l'ordonnance pénale, comme de la CRPC ou de la composition pénale.

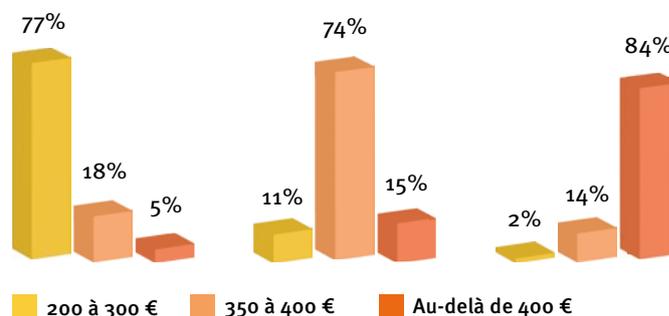
— La seconde est celle dans laquelle l'auteur a été renvoyé devant le tribunal correctionnel. Là encore des régularités dans les pratiques juridictionnelles mettant en évidence l'existence d'un barème implicitement suivi par le ou les magistrats ont été observées, même si, comme l'on pouvait

s'y attendre, l'existence de ce barème apparaît plus nette-ment lorsque le contentieux est jugé par un juge unique que lorsqu'il est soumis à une formation collégiale, la volatilité des peines étant alors davantage marquée.

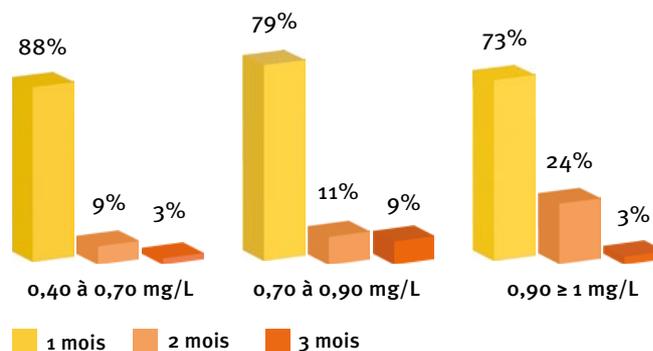
Quatre situations ont été identifiées

- Premièrement, le ou les magistrats suivent implicitement un barème dans l'ensemble des contentieux de masse retenus dans le champ de la recherche, quelle que soit la nature de la peine prononcée ou la situation pénale de l'auteur ;
- Deuxièmement, le ou les magistrats suivent implicitement un barème en présence de certaines infractions uniquement, quelle que soit la nature de la peine prononcée ou la situation pénale de l'auteur ;
- Troisièmement, le ou les magistrats suivent implicitement un barème pour l'ensemble des infractions retenues

Quanta des peines d'amende prononcées par le tribunal correctionnel au TGI 2 – CEA primaires



Quanta des peines d'emprisonnement prononcées par le tribunal correctionnel au TGI 2 – CEA primaires



dans un contentieux de masse défini, mais seulement en présence de certaines peines et/ou d'auteurs exclusivement primo-délinquants ;

— Quatrièmement, le ou les magistrats suivent implicitement un barème en présence de certaines infractions uniquement, de certaines peines et/ou d'une certaine catégorie d'auteurs.

Quelle que soit la situation dans laquelle l'on se trouve, il est possible d'observer que les magistrats suivent, de manière plus ou moins inconsciente, un barème compte tenu de la régularité dans les pratiques observées. Ce constat a pu être opéré aussi bien en ce qui concerne les peines d'amende prononcées à l'encontre d'auteurs de CEA primaires que les peines d'emprisonnement.

En conclusion, si la recherche menée par l'équipe grenobloise confirme que le phénomène de barémisation de la justice, constaté dans différents contentieux civils, peut également être observé en matière pénale, elle permet surtout de mettre évidence que ce phénomène bouleverse les modalités traditionnelles d'élaboration des décisions correctionnelles, du moins dans le traitement des contentieux de masse, en raison d'un système de « vases communicants » dans lequel les pratiques parquetières influent sur les barèmes implicitement suivis par les magistrats du siège, tandis que les barèmes intuitifs de ces derniers influent sur les barèmes construits des parquets. En d'autres termes, bien que formellement prises par un magistrat du siège, les décisions correctionnelles sont en réalité le fruit d'une coproduction entre le parquet et le siège, plus ou moins formalisée, plus ou moins institutionnalisée, tant en ce qui concerne le choix du circuit procédural que de la peine prononcée.



BARÈME DE PENSION ALIMENTAIRE ET DISPARITÉ DES DÉCISIONS : ENSEIGNEMENTS D'UNE EXPÉRIMENTATION AUPRÈS DES AUDITEURS DE JUSTICE DE L'ENM*

PAR CÉCILE BOURREAU-DUBOIS

Cécile Bourreau-Dubois est diplômée de l'École normale supérieure de Cachan. Elle est professeure en sciences économiques à l'Université de Lorraine et est rattachée au Bureau d'économie théorique et appliquée (BETA). Son domaine de recherche porte sur la dimension économique des décisions des décideurs publics locaux (les autorités locales ou les juges) lorsqu'ils mettent en œuvre des règles de droit relatives aux populations vulnérables (ménages à faibles revenus, personnes âgées dépendantes, divorcés). Ses travaux portent notamment sur les déterminants des décisions des juges lorsqu'ils fixent les pensions alimentaires ou des prestations compensatoires.

Les résultats présentés sont issus d'une recherche menée par une équipe pluridisciplinaire composée d'économistes et de juristes, intitulée *La barémisation de la justice : l'approche de l'économie du droit*. Cette recherche pose la question de la capacité d'un barème à réduire la disparité des décisions de justice. En effet, il est souvent mis en avant dans la littérature que ce type d'outils permettrait de réduire l'hétérogénéité des décisions judiciaires face à des cas similaires et ce faisant contribuerait à renforcer l'égalité de traitement entre justiciables. Cette question a été abordée principalement dans le cadre de travaux portant sur le cas américain². La présente recherche a répondu à cette question à partir d'une étude empirique réalisée sur le cas français.

Pour ce faire a été retenu un champ d'application particulier, celui de la fixation des pensions alimentaires pour enfants (CEEE) en cas de séparation des parents. En effet, c'est un contentieux pour lequel les juges français disposent depuis 2010 d'une table de référence indicative. Par

* Communication tirée du rapport *La barémisation de la justice : une approche par l'analyse économique du droit*, Rédacteurs du rapport : Cécile Bourreau-Dubois, Bruno Deffains, Claudine Desrieux, Myriam Doriat-Duban, Romain Espinosa, Bruno Jeandidier, Julie Mansuy, Jean-Claude Ray.

¹ C. Bourreau-Dubois, B. Deffains, M. Doriat-Duban, B. Jeandidier, « Les barèmes, outils d'aide à la décision pour les justiciables et les juges », in *Revue d'économie politique*, 2/2021, pp. 199-222 ; B. Jeandidier, C. Bourreau-Dubois, J. Mansuy, « Les enjeux redistributifs de la prestation compensatoire : une analyse statistique de 5 000 décisions de divorce », in Sayn I., Bourreau-Dubois C. In *Le traitement juridique des conséquences économiques du divorce. Une approche économique, sociologique et juridique de la prestation compensatoire*, Ed. Bruylant, Bruxelles, 2018, pp.127-150 ; C. Bourreau-Dubois, M. Doriat-Duban, « Quand l'économie renouvelle le droit: L'exemple de la justification de l'obligation alimentaire envers l'ex-époux en cas de divorce », in *Canadian Journal of Law and Society/La Revue Canadienne Droit et Société*, 2016, vol. 31, issue 2, Numéro spécial, p. 203-217 ; des mêmes autrices : « The economic grounds of alimony: Evidence from French divorce court decisions », in *Journal of Legal Economics*, 19(2), 2013, pp.1-23 (CAT 03 en 2013) et « Analyse économique de la prestation compensatoire : entre logique redistributive et logique réparatrice », *Économie publique*, n°26-27-2011/1-2, pp. 193-218 ; B. Jeandidier, I. Sayn, C. Bourreau-Dubois, « Séparation des parents et contribution à l'entretien et l'éducation de l'enfant. Une évaluation du barème pour la fixation du montant de la pension alimentaire », in *Politiques Sociales et Familiales*, n°107, mars 2012.

² Voir *supra* la présentation de Myriam Doriat Duban.

ailleurs a été implémentée une méthode originale dite expérimentale, menée à partir de données collectées auprès des auditeurs de justice de l'ENM de 1^{ère} année en octobre 2017. Le caractère expérimental de la méthodologie repose sur le protocole retenu. Ainsi, il a été demandé à la moitié des 300 auditeurs de 1^{ère} année de fixer des montants de CEEE sans barème et à l'autre de fixer des montants de CEEE avec la possibilité d'utiliser le barème. Chacun de ces 300 auditeurs a eu à fixer des montants de CEEE pour un même jeu d'affaires, formé de 48 cas de séparation avec enfant(s) simplifiées.

Ces 48 affaires n'ont pas été prises au hasard mais sont issues du croisement systématique de 4 catégories d'information ($48=2*3*3*4$) :

- la taille de la fratrie (2 modalités : 1 ou 2 enfants),
- les revenus des parents (3 couples de revenus possibles),
- le type de DVH (droit de visite et d'hébergement) de l'enfant (2 modalités : classique ou réduit)

- les propositions de CEEE des parents (4 couples de propositions possibles) ;

Les trois premières catégories (taille fratrie, revenus des parents et type de DVH) correspondent aux dimensions retenues par la table de référence pour déterminer le montant de CEEE. Les valeurs chiffrées retenues pour chaque catégorie correspondent aux cas rencontrés le plus souvent statistiquement. Pour repérer les cas de figure les plus fréquents, l'étude s'est appuyée sur l'exploitation d'une base de données représentatives de 2000 décisions de justice portant sur la fixation en 1^{ère} instance de pension alimentaire.

Tableau récapitulatif des 48 cas

Ce que montre la recherche c'est que la possibilité de recourir à un barème contribue, comme attendu, à réduire l'hétérogénéité des décisions. En effet, la variance intra-cas est plus faible quand elle est calculée pour le sous-groupe des auditeurs avec barème que pour le sous-groupe sans barèmes. Cependant, il est à souligner que ce résultat est à

Revenus	Propositions de CEEE	1 enfant, 5 ans		2 enfants, 6 et 10 ans	
		Hébergement classique (1 WE sur 2 et ½ vacances chez le père)	Hébergement réduit chez le père	Hébergement classique (1 WE sur 2 et ½ vacances chez le père)	Hébergement réduit chez le père
	Père : 100 Mère : 300	1	5	25	29
Père : 1900€	Père : 0 Mère : 150	2	6	26	30
Mère : 1000€	Père : ?? Mère : 150	3	7	27	31
	Père : 140 Mère : 200	4	8	28	32
	Père : 100 Mère : 300	9	13	33	37
Père : 1100€	Père : 0 Mère : 150	10	14	34	38
Mère : 2500€	Père : ?? Mère : 150	11	15	35	39
	Père : 140 Mère : 200	12	16	36	40
	Père : 100 Mère : 300	17	21	41	45
Père : 1600€	Père : 0 Mère : 150	18	22	42	46
Mère : 1500€	Père : ?? Mère : 150	19	23	43	47
	Père : 140 Mère : 200	20	24	44	48

Lecture : ?? = cas où le père ne fait pas de proposition de CEEE

nuancer en ce sens qu'il n'est vérifié que pour trois-quarts des 48 affaires, dans un quart des affaires la dispersion ayant au contraire augmenté avec le barème.

Ce dernier résultat est relativement surprenant et invite à en rechercher l'origine. Pour ce faire, on pourrait s'attacher à l'étude du profil des douze affaires concernées par une plus forte disparité. Mais il serait alors difficile de tirer des conclusions claires faute d'arriver à identifier ce qui dans ces affaires les distinguent des autres. L'analyse économétrique permet de lever une telle difficulté en permettant de tester l'impact de chaque information prise isolément sur le niveau de dispersion. En recourant à cette méthode, on montre que c'est la combinaison de deux caractéristiques particulières qui est propice à un accroissement de l'hétérogénéité des décisions en cas de recours au barème : il s'agit des affaires où les parents ont des revenus différents au profit du père (1900 € vs 1000 €) et où la mère exprime une demande de CEEE relativement modeste (150 €).

Les résultats ont le mérite de suggérer que le barème constitue pour le juge une norme supplémentaire et que l'interaction de cette norme avec d'autres normes institutionnelles (voire personnelles) peut conduire à des conséquences non univoques d'un juge à l'autre, se traduisant éventuellement par un accroissement de la disparité des décisions à l'échelle globale.

La particularité de cette combinaison est qu'elle correspond à une situation familiale où l'application du barème conduit à proposer un montant de CEEE plus élevé (192 € si 1 enfant et un revenu de parent débiteur de 1900 €) que la demande proposée par la mère (150 €). Par conséquent, les auditeurs qui ont eu à leur disposition la table de référence ont été confrontés au moment de leur prise de décision à deux normes *a priori* incompatibles : d'une part, la norme de procédure les enjoignant à ne pas statuer *ultra petita* (i.e pas au-delà de 150 €) et d'autre part la norme du barème indiquant que le montant raisonnable de CEEE est de 192 €, compte tenu du revenu du parent débiteur. On peut présumer que cette situation a conduit à différentes

réactions de la part des auditeurs. Certains ont suivi la règle de procédure tandis que d'autres ont été incités par le barème à aller au-delà de la proposition de la mère. Ces deux réactions différentes ont eu pour conséquence d'étirer la distribution des montants de CEEE. Ce phénomène a conduit à une dispersion des décisions plus prononcée dans le cas des auditeurs avec barème que dans le cas des auditeurs sans barème, dont la décision n'était bornée que par la seule règle de procédure.

Il est probable que l'effet mis en évidence empiriquement par la recherche est surévalué du fait du caractère expérimental et un peu artificiel du dispositif et du manque d'expérience des auditeurs sur ces questions. Cependant, les résultats ont le mérite de suggérer que le barème constitue pour le juge une norme supplémentaire et que l'interaction de cette norme avec d'autres normes institutionnelles (voire personnelles) peut conduire à des conséquences non univoques d'un juge à l'autre, se traduisant éventuellement par un accroissement de la disparité des décisions à l'échelle globale.

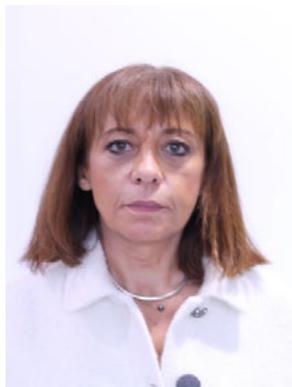
Parallèlement à l'étude de l'impact du barème sur la disparité des décisions, la recherche s'est également intéressée à l'impact de ce type d'outils sur le niveau des montants de CEEE. Sur cette question, la recherche montre que les auditeurs qui ont eu la possibilité de se référer au barème ont fixé en moyenne des montants de pension un petit peu plus élevés que les autres auditeurs. Cependant là encore cet impact n'est pas observable systématiquement puisque cela n'a été observé que dans 20 affaires. Pour ce qui est des 28 autres affaires, les auditeurs avec barème ont fixé des montants de CEEE inférieurs ou égaux à ceux fixés par les auditeurs sans barème.

La recherche a permis de mettre évidence que l'impact des caractéristiques socio-démographiques des auditeurs (âge, genre, voie d'entrée à l'ENM...) sur les montants de CEE n'est pas influencé par l'usage du barème. Cette absence d'influence concerne également la taille de la fratrie : les auditeurs fixent une CEEE par enfant plus faible lorsqu'il y a deux enfants que lorsque l'enfant est unique mais ils le font dans des proportions identiques qu'ils disposent ou non du barème. En revanche, la recherche a montré que l'effet des trois autres caractéristiques des affaires est influencé par la possibilité de recourir au barème. Ainsi,

- les auditeurs fixent des montants de CEEE plus élevés

lorsque l'enfant vit exclusivement chez la mère que lorsqu'il y vit en résidence classique. Cet effet est amplifié avec le barème.

- les auditeurs fixent des montants de CEEE plus élevés dans les affaires où les revenus sont déséquilibrés au bénéfice du père (1900 € vs 1000 €) que dans les affaires où les revenus des deux parents sont proches (1600 € vs 1500 €). Lorsque les auditeurs ont à leur disposition un barème cet effet est renforcé. Inversement, lorsque les revenus sont déséquilibrés en faveur de la mère (1100 € vs 2500 €), les auditeurs fixent des montants de CEEE plus faibles que dans le cas où les revenus sont proches. Cet effet est accru en cas d'usage du barème.
- les auditeurs fixent des montants de CEEE plus faibles quand les débiteurs ne font pas de propositions ou ne souhaitent pas payer de CEEE que lorsqu'ils font une proposition « standard » (140 €). Cet effet modérateur sur le montant de l'absence ou de nullité de l'offre est atténué en cas de présence du barème.



LES PRATIQUES JURIDICTIONNELLES D'INDEMNISATION DU LICENCIEMENT SANS CAUSE RÉELLE ET SÉRIEUSE : L'APPLICATION D'UN BARÈME ? *

PAR MARIELLE PICQ

Marielle PICQ est maîtresse de conférences en droit privé à la faculté de droit de Grenoble, Université Grenoble Alpes. Co-directrice du Master de droit social, rattachée au Centre de Recherches Juridiques de Grenoble (CRJ, EA 1965), elle enseigne le droit du travail et le droit social européen. Son domaine de recherche porte essentiellement sur les relations individuelles de travail : les évolutions et les enjeux du traitement juridique de la relation de travail.

Le droit du travail français consacre, comme dans d'autres branches du droit, différentes techniques destinées à encadrer ou faciliter le travail du juge dans l'évaluation des dommages et intérêts¹. Mais l'instauration d'un « barème »² propre à l'indemnisation du licenciement injustifié issu de l'une des ordonnances du 22 septembre 2017 a été laborieuse et vivement critiquée³ alors que de nombreux droits étrangers ont consacré cette technique, parfois depuis de nombreuses années⁴.

En 2016, une équipe de chercheurs en droit social a été constituée, afin d'étudier le phénomène de barémisation dans le contentieux du licenciement. Ce projet, mené sous l'égide de la Mission de recherche Droit et Justice, a eu

* Cette recherche est le résultat d'un travail collectif de collecte de données et de rédaction dont l'auteur n'est que le porte-parole. Ont participé à cette recherche : Nathalie Baruchel, maître de conférences en droit privé, faculté de droit de Grenoble, UGA, CRJ (EA 1965) ; Edwige Fain, Economiste du droit, IUT2 Grenoble, UGA ; Sabrina Mraouahi, maître de conférences en droit privé, faculté de droit de Strasbourg, Institut du travail, Université de Strasbourg ; Anne Talpain, ingénieure d'études, Institut d'études sociales de Grenoble, faculté d'Économie, UGA ; Carole Teman, doctorante, faculté de droit de Grenoble, UGA, CRJ (EA 1965) ; Christelle Varin, maître de conférences en droit privé, IUT Valence, UGA, CRJ (EA 1965).

¹ Pour de nombreuses illustrations de barèmes et de référentiels, voir : I. Sayn, « Des barèmes et des juges dans le fonctionnement de la justice », Dr. Soc. 2019, p. 293

² Le terme « barème » sera utilisé, par commodité même si le législateur de 2017 n'y fait pas référence.

³ La réforme a fait l'objet de nombreux commentaires. Voir par exemple : N. Collet-Thiry, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyse critique et perspectives de mise en échec », JCP S, 2018, 1150 ; I. Ayache-Revah, « Les contentieux prud'homales après les ordonnances », Cah. DRH, 2018, n°256, p.2, Th. Pasquier, « Le préjudice à la croisée des chemins », RDT, 2015, p.741 ; C. Wolmark, « Réparer la perte d'emploi. À propos des indemnités de licenciement », Dr. ouv., 2015, n°805, p.450 ; A. Lyon-Caen, « Complexité du barème », RDT, 2016, p.65 ; D. Métin, « Ordonnances : promotion sur les licenciements injustifiés ! », Actualités du droit, 8 sept. 2017, wk-rh. ; M. Grévy, P. Henriot, « Le juge, ce gêneur... », RDT, 2013, p.173 ; P. Lokiec, « Le barème s'attaque au cœur de la fonction de juger », Sem. Soc. Lamy, 2019, n°1849, p.4 ; F. Batard, M. Grévy, « Securitas omnia corrumpit », RDT, 2017, p. 663 ; A. Bugada., « Office du juge dans l'appréciation du préjudice pour licenciement irrégulier et injustifié au sens de l'article L. 1235-5 du Code du travail », JCP S, 2017, 1369 ; P. Henriot, « Le juge privé de sentences ? », Dr. ouv., 2018, p. 160.

⁴ A. Lyon Caen, « Vérité au-delà des Pyrénées », RDT, 2016, p.125 - C. Alessi et T. Sachs, « La fin annoncée du plafonnement de l'indemnisation du licenciement injustifié : l'Italie montre-t-elle la voie ? », RDT, 2018, p.802 s. A. Perulli et P. Remy, « Regards « étrangers » sur les ordonnances », RDT, 2017, p. 669. Voir aussi, B. Palli, « La place du « barème » dans certains pays européens », Dr. Soc. 2019, p. 310.

pour objectif de réfléchir au développement des barèmes officieux au sein des juridictions judiciaires.

À la suite de l'analyse de plus de 500 arrêts rendus par 2 cours d'appel, l'équipe a recherché, d'une part, l'existence éventuelle de barèmes, réglementaires ou officieux retenus par les magistrats et, d'autre part, les critères utilisés pour fixer le montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Dans ce contexte, deux études empiriques ont été menées. Une première étude, quantitative, a visé à collecter des données sur un échantillon de 566 arrêts rendus par les deux cours, entre janvier 2015 et octobre 2016⁵. Concomitamment, une enquête qualitative a été réalisée, sous la forme d'entretiens auprès de 27 magistrats et avocats. Les objectifs étaient multiples : comprendre la façon dont les juges évaluent la réparation due au salarié, mais aussi la manière dont ils perçoivent et appliquent les barèmes et affiner l'analyse des tendances statistiques issues de l'enquête quantitative en mettant en lumière plusieurs données (les indicateurs qui président à l'indemnisation du licenciement sans cause réelle et sérieuse, l'incidence éventuelle des demandes accessoires mais également l'existence d'un barème officieux propre à une juridiction). En outre, il a été décidé de questionner les praticiens sur leur perception du nouveau barème mis en place par l'ordonnance relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail du 22 septembre 2017.

Les résultats apportent des enseignements précieux, tant sur l'utilisation et la réception des barèmes (I) que sur les critères de l'indemnisation du licenciement injustifié (II).

L'UTILISATION ET LA RÉCEPTION DES BARÈMES

La base de données est constituée d'arrêts rendus avant l'entrée en vigueur du barème indicatif issu du décret d'application de la loi du 6 août 2015⁶. En d'autres termes, seul le minimum légal de 6 mois de salaires s'appliquait sur cette période, à condition que le salarié justifie de plus de deux ans d'ancienneté et que l'effectif de l'employeur compte au moins 11 salariés.

Au terme de l'enquête, il apparaît que les cours d'appel ont accordé une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse pour un montant moyen de 8,8 mois de salaire, soit 21 281 euros.

Dans 78 % des cas, cette indemnité s'accompagne également d'autres sommes dans des cas dont le montant s'élève en moyenne à 6,4 mois de salaire. Ces sommes complémentaires concernent des rappels de salaire (24 %), des dommages et intérêts (11 %)⁷ ou le cumul de rappels de salaire et de dommages et intérêts (65 %).

Le montant moyen des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse accordé par les conseils de prud'hommes est équivalent à celui accordé par les cours d'appel, soit 8,8 mois de salaire.

Ces montants sont-ils le résultat de l'utilisation de barèmes instaurés au sein des juridictions, objets de l'enquête ? La recherche qualitative met en lumière, sur ce point, des pratiques contrastées (A). Si certains magistrats disent recourir à un référentiel qui leur est propre, paradoxalement et de façon quasi unanime, ils semblent rejeter le nouveau barème (B). Dans une démarche prospective, ce dispositif a été confronté aux indemnisations locales (C).

⁵ Arrêts rendus entre le 6 janvier 2015 et le 11 octobre 2016.

⁶ Au regard des différents référentiels institués par le législateur devant le bureau de jugement du conseil de prud'hommes, il faut distinguer trois périodes ayant donné lieu à l'application de barèmes différents : avant le 24 novembre 2016, seul le minimum légal de 6 mois de salaire s'appliquait à la double condition que le salarié ait plus de 2 ans d'ancienneté et que l'effectif de l'entreprise soit supérieur à 11 salariés. À partir de la publication du décret n°2016-1581 du 23 novembre 2016 et jusqu'à la publication de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, le minimum légal de 6 mois de salaire a continué de s'appliquer et a été complété par le nouveau référentiel indicatif prévu par le décret pris en application de la loi n°2015-990 du 6 août 2015. Depuis le 24 septembre 2017, seuls les barèmes prévus par l'ordonnance n°2017-1387 s'appliquent.

⁷ Il s'agit principalement de demandes fondées sur l'exécution déloyale du contrat ou sur le non-respect de l'obligation patronale de sécurité.

Les barèmes locaux : des pratiques contrastées

Les magistrats ont été interrogés sur l'existence d'une grille officielle propre à leur juridiction, alors que les avocats ont été consultés sur leur connaissance d'une grille officielle d'indemnisation.

Des témoignages, il ressort deux types de réponse. Pour certains praticiens (15 sur 27 entretiens effectués), aucune grille n'est utilisée pour quantifier l'indemnisation du salarié (1), alors que d'autres disent utiliser un référentiel (servant de base de discussion) pour fixer le montant des dommages-intérêts attribués au salarié demandeur (2).

L'inexistence d'une grille officielle

Les propos tenus révèlent des positions assez tranchées. Il est en effet très clairement énoncé qu'aucune logique prédéfinie pour l'indemnisation n'est utilisée. Certains professionnels interrogés sont catégoriques et, expriment, en outre, leur opposition à l'utilisation d'une grille de référence. En ce sens est exprimée l'idée qu'un barème est une pratique dangereuse. Pour d'autres, l'utilisation d'un barème officiel ne relève pas de la fonction du juge ou relève d'une démarche statistique, impropre au monde judiciaire.

Si l'existence d'une grille officielle est exclue pour

certains, d'autres praticiens en revanche disent utiliser une grille qui les assiste dans la détermination du montant de l'indemnisation du salarié.

L'existence d'une grille ou d'un référentiel

Des propos tenus par ces professionnels, on apprend qu'il est parfois fait usage d'une pratique propre à la juridiction alors que d'autres affirment utiliser le référentiel indicatif depuis son instauration par la loi du 6 août 2015.

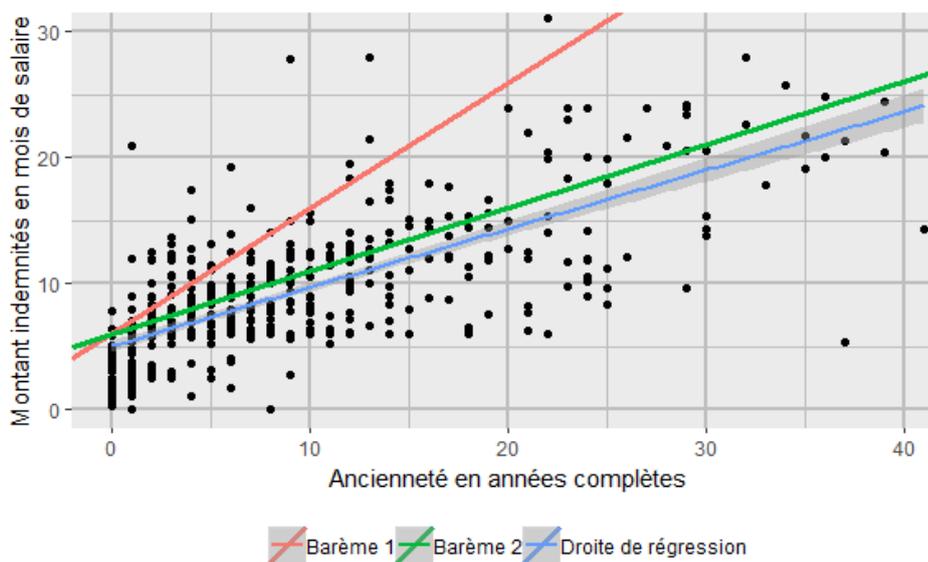
L'utilisation d'un barème propre à la juridiction

Certains magistrats expliquent (parfois avec réticence), se servir d'un barème, ou d'une référence instaurée dans la juridiction avant même, le cas échéant, l'arrivée du magistrat interrogé.

Cette grille, qualifiée par les intéressés tantôt de barème, tantôt de référentiel, consiste, à partir de l'indemnisation minimale de 6 mois de salaire brut, telle que précédemment en vigueur, à ajouter 1 mois par année d'ancienneté, au-delà des 2 ans. Les avocats sollicités disent d'ailleurs la connaître. Mais cette référence n'est pas uniforme puisque, dans certains cas, au sein d'une même juridiction, est énoncé plutôt un demi mois de salaire par année d'ancienneté supérieure à 2 ans.

Il apparaît en réalité qu'est donc utilisée une simple référence, laquelle n'a jamais été diffusée au sein des

Comparaison des indemnités accordées par les cours d'appel pour licenciement sans cause réelle et sérieuse avec les pratiques judiciaires correspondant à un demi mois ou un mois de salaire par année d'ancienneté



juridictions, pour fixer une indemnisation minimale, considérée par les intéressés comme une simple base de discussion.

Les usages, au cas particulier, sont d'ailleurs moins des barèmes qu'une indemnisation minimale (bâtie sur le seul critère de l'ancienneté), dont l'analyse statistique marque inégalement l'effectivité. En effet, si le montant des indemnisations révèle une proximité à l'égard du barème officieux du demi mois de salaire par année d'ancienneté, tel n'est pas le cas s'agissant du barème du mois de salaire supplémentaire par année d'ancienneté qui apparaît beaucoup moins représentatif de la pratique judiciaire. L'écart entre l'analyse quantitative et l'analyse qualitative pourrait avoir deux explications.

En premier lieu, ces pratiques étaient, à l'heure des entretiens, révolues. Il est donc possible de considérer que l'ensemble des arrêts analysés soit postérieur à ces pratiques.

En second lieu et surtout, l'écart résulte de la fonction attachée à ces pratiques. En effet, ces seuils ne sont jamais utilisés comme une stricte règle de calcul mais comme une simple base de discussion, une référence, autour de laquelle s'organisent les débats.

Barème 1 : 1 mois de salaire. Barème 2 : ½ mois de salaire. La droite de régression représente l'indemnité moyenne accordée dans les 566 arrêts étudiés.

Aucun magistrat, quelle que soit la juridiction, n'évoque l'existence d'un montant maximal d'indemnisation qui, pourtant, semble être une réalité pour certains avocats qui évoquent une indemnisation plafonnée à l'équivalent de 24 mois de salaires mensuels bruts.

L'utilisation du référentiel indicatif issu de la loi du 6 août 2015

Quelques magistrats expliquent faire usage du référentiel issu de la loi du 6 août 2015. Les intéressés nuancent aussitôt leur propos en soulignant que l'application du référentiel fait l'objet de leur part de modulation. Les propos montrent nettement que le référentiel sert donc de référence initiale pour ensuite réfléchir, en fonction des spécificités du dossier, à l'indemnisation adéquate qui sera *in fine* accordée au salarié⁸.

⁸ Cette pratique n'est toutefois pas corroborée par les praticiens avocats.

Le nouveau barème : un rejet quasi unanime

Lors de chaque entretien mené avec un praticien (magistrat, conseiller prud'homme ou avocat), la même question relative à l'appréciation du nouveau barème a été posée. L'objectif poursuivi était de recueillir l'avis des praticiens à propos de ce barème qu'ils n'avaient pas eu l'occasion d'appliquer à la date des entretiens. Très majoritairement, le nouveau dispositif est critiqué notamment en ce qu'il opère une réduction de l'indemnisation, au détriment du salarié.

De manière quasi unanime (26 entretiens sur 27), tous les acteurs du droit interrogés critiquent voire rejettent le nouveau barème (1). Seul un professionnel considère le principe d'un référentiel utile (2).

L'opposition au nouveau barème légal

Les praticiens interrogés ont émis un avis négatif sur le nouveau dispositif légal issu de l'une des ordonnances du 22 septembre 2017. L'argument principal présidant à cette opposition réside dans l'injustice entraînée par le nouveau barème (a), de sorte que celui-ci conduira nécessairement à des stratégies de contournement (b).

L'injustice du nouveau barème légal

L'injustice du nouveau barème tient tout d'abord à ses limitations, puisqu'il instaure à la fois un plancher et un plafond d'indemnisation en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Pour certains avocats, ce nouveau barème revient dès lors à « aider les employeurs irrespectueux », voire à créer un « *permis de licencier* ». En outre, plusieurs praticiens dénoncent la faiblesse de l'indemnisation, le maximum octroyé par le barème légal étant de 20 mois de salaires pour une ancienneté supérieure ou égale à 29 ans. En ce sens, le nouveau barème constitue une « *punition* » pour un conseiller prud'homme, surtout dans les petites entreprises où un barème encore plus faible s'impose, d'où la crainte d'un « *tassement des indemnisations* ».

Surtout, le nouveau barème légal est jugé contraire au principe de réparation intégrale du préjudice, qui prévaut pourtant en droit de la responsabilité civile. Ce faisant, le nouveau barème « *bride le pouvoir du juge. Cela enlève l'appréciation humaine du préjudice* ». Certains

magistrats et conseillers prud'hommes s'insurgent ainsi contre l'atteinte portée à leur pouvoir d'appréciation par le nouveau barème : en effet, « *il appartient au juge d'évaluer le préjudice* », or « on refuse au juge une appréciation in concreto ». De surcroît, le nouveau barème « *ne tient pas compte de la situation réelle du salarié* » et « empêche une individualisation du préjudice », d'autant que le seul critère de l'ancienneté sur lequel il s'appuie apparaît « *trop simpliste* », ne prenant « *pas en compte d'autres aspects* ».

Pareille injustice ne peut en définitive qu'entraîner des stratégies de contournement.

Les stratégies de contournement

Qu'il s'agisse des avocats ou bien des magistrats, tous évoquent la mise en œuvre quasi-certaine de stratégies de contournement afin de limiter, voire d'effacer, les effets du nouveau barème. Ces stratégies de contournement consistent soit à présenter des demandes principales excluant l'application du barème, soit à multiplier les chefs de demandes.

En effet, afin d'échapper au barème, les praticiens envisagent plusieurs fondements juridiques : tout d'abord le harcèlement, la discrimination et la nullité du licenciement qui permettront de solliciter une indemnisation en dehors du dispositif légal. Également, les praticiens prévoient « *nécessairement* » la présentation de demandes accessoires tel que le manquement par l'employeur à son obligation de sécurité.

Un tel glissement du contentieux de la rupture vers l'indemnisation de demandes accessoires n'est pas de nature à entraîner « *une simplification du travail du juge* » et pourrait, selon certains, conduire à « *une baisse du contentieux prud'homal* », surtout pour des anciennetés inférieures à 5 ans.

Si l'opposition au nouveau barème légal semble quasi-unanime, un avis divergent apparaît toutefois en faveur de l'admission de ce nouveau procédé d'indemnisation.

L'admission du nouveau barème légal

Selon l'opinion très minoritaire d'un seul magistrat, le principe d'un référentiel contenant une fourchette d'indemnisation s'avère justifié, dans la mesure où il garantit une sécurité juridique tout en maintenant une marge d'appréciation au juge du fond : « *Moi je ne suis pas du tout dans la ligne de mes autres collègues. Moi les référentiels, ça me convient. Tout ça, c'est une sécurité juridique pour les parties, pour nous et puis bon c'est vrai qu'il y a une grande marge de manœuvre, enfin quand il y a beaucoup d'ancienneté, on a pas mal de marge de manœuvre* ».

Le nouveau barème confronté aux indemnisations locales

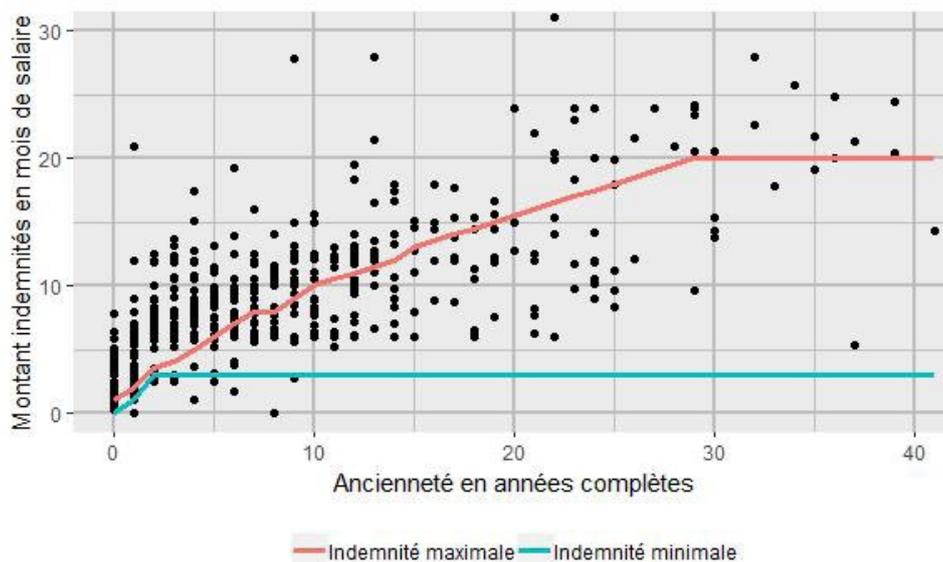
L'instauration d'un nouveau barème d'indemnisation modifiera-t-il à l'avenir les pratiques judiciaires antérieures ? Lors de l'élaboration du dispositif, la ministre du Travail expliquait que ce barème n'était que la traduction de la moyenne des indemnisations accordées par l'ensemble des tribunaux⁹.

Pourtant, cette affirmation ne se vérifie pas au regard de l'étude quantitative. L'examen des résultats statistiques révèle, en effet, une réelle disparité entre les montants accordés par les cours d'appel, objets de l'étude, et les montants minimum et maximum instaurés par le dispositif désormais en vigueur.

Le pourcentage de décisions dans lesquelles l'indemnité est équivalente à celle prévue par les barèmes est assez faible, environ 15 % au regard du décret du 23 novembre 2016 et 12 % s'agissant du barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017. Au total, environ 1/3 des indemnités effectivement accordées sont inférieures ou équivalentes à l'indemnité maximale théorique, et environ 2/3 des indemnités sont supérieures à l'indemnité maximale prévue par les deux barèmes théoriques.

L'ancienneté semble jouer un rôle important : 44 % des indemnités sont supérieures au barème issu de l'ordonnance du 22 septembre 2017 lorsque l'ancienneté est supérieure

⁹ Propos tenus par la ministre du Travail dans l'émission Cash Investigation, France 2, 17 septembre 2017. En réponse à une indemnisation jugée excessivement modeste, l'argument est repris par le Conseil Constitutionnel dans sa décision n° 2018-761 DC du 21 mars 2018 (point 87). Sur ce point, voir : D. Baugard, J. Morin, « La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », Dr. soc. 2018. 718.



à 10 ans, contre 66 % pour des salariés dont l'ancienneté est inférieure à 2 ans. Lorsque l'ancienneté du salarié se situe entre 2 et 5 ans, l'indemnité effective excède généralement le plafond théorique prévu par l'ordonnance (environ 90 % des cas).

Ce constat est particulièrement net pour les salariés ayant au plus 10 ans d'ancienneté. Or sur le panel étudié, 69,5 % des litiges correspondent à des salariés ayant une ancienneté inférieure ou égale à 10 ans.

Si les indemnités ne correspondent pas toujours à l'application d'un barème, quels sont dès lors les critères d'indemnisation que les magistrats utilisent pour calculer le montant des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ? L'équipe de droit social a tenté de mettre en lumière ces critères.

LES CRITÈRES DE L'INDEMNISATION DU LICENCIEMENT INJUSTIFIÉ

L'un des objectifs de cette recherche collective était d'identifier les critères utilisés pour déterminer le *quantum* de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. L'analyse des décisions révèle la complexité de

cette évaluation qui résulte de l'application de multiples critères (A). Pour autant, cette diversité d'éléments n'empêche pas l'émergence d'une méthode générale d'évaluation guidant le pouvoir d'appréciation des juges (B).

La multiplicité des critères

L'enquête met en évidence l'importance des critères légaux qui, toutefois, jugés insuffisants (1), sont complétés par divers autres critères (2).

L'insuffisance des critères légaux

L'article L. 1235-3 du Code du travail, dans la version applicable aux arrêts analysés, prévoyait un plancher d'indemnités correspondant aux salaires des six derniers mois, corrélié à deux conditions : l'ancienneté du salarié et l'effectif de salariés de l'entreprise. Il était loisible d'envisager ces variables comme d'authentiques critères d'indemnisation.

L'étude des pratiques juridictionnelles révèle que, loin d'être systématiquement mobilisés, ces éléments sont surtout insuffisants pour saisir la réalité et l'étendue du préjudice subi par le salarié.

C'est précisément le cas s'agissant de l'effectif de l'entreprise. Peu évoquée dans les décisions de justice, rarement citée au cours des entretiens¹⁰, cette condition apparaît

¹⁰ Seules 3 personnes parmi les 27 interrogées en ont fait état.

comme un critère inopérant *per se*. Cela ne surprend guère tant il est vrai qu'il s'agit d'un élément sans lien direct avec le préjudice subi par le salarié, ainsi que le rappelle le Conseil constitutionnel¹¹.

Pour autant, la situation de l'employeur n'est pas ignorée des juges. Si la taille de l'entreprise n'intervient qu'à la marge dans l'évaluation, le statut juridique de l'employeur est assurément pris en compte. La condamnation prononcée à l'encontre d'une société-employeur est d'un montant significativement supérieur à celle prononcée à l'encontre d'une association ou d'un entrepreneur individuel. L'indemnité allouée dans le premier cas s'élève, en moyenne, à 9,12 mois de salaire contre 6,23 mois de salaire seulement dans les autres cas.

En réalité, ce n'est pas tant le statut juridique de l'entreprise qui est déterminant, mais les moyens dont celle-ci dispose. L'enquête réalisée auprès des praticiens le démontre : le montant de la réparation est apprécié au regard des moyens financiers et humains, et des compétences dont dispose concrètement l'entreprise, lesquels varieraient selon son statut et sa taille¹².

L'ancienneté, quant à elle, occupe, en pratique, une place prépondérante dans la justification du montant de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse. Mentionnée dans la motivation de 76,5% des arrêts étudiés, une grande majorité des acteurs interrogés l'ont également évoquée¹³. De façon peu surprenante, l'étude met aussi en évidence une corrélation positive : plus l'ancienneté du salarié est grande, plus le montant de dommages et intérêts alloués est important. Si l'ancienneté se présente ainsi comme un critère nécessaire de l'évaluation de la condamnation, elle reste insuffisante à saisir l'entier préjudice subi par le salarié. Rejoignant ce constat déjà

formulé par de nombreux auteurs¹⁴ auquel le législateur a lui-même semblé souscrire¹⁵, la recherche menée confirme que la détermination du *quantum* de l'indemnité repose sur une appréciation *in concreto* fondée sur des critères multiples.

La diversité des critères

Chacune des personnes interrogées a mentionné, en moyenne, cinq critères. Ce sont vingt-trois critères distincts qui ont ainsi été cités, parmi lesquels on retrouve des références à la situation du salarié et de l'employeur mais aussi aux circonstances de la rupture du contrat de travail ou encore des critères autres tels que le comportement des parties à l'audience, la recherche de l'effectivité de la décision de justice ou la référence à un barème. L'analyse quantitative a également mis en lumière l'influence de plusieurs facteurs – une dizaine au total –, les uns tenant aux parties, d'autres leur étant extérieurs. Quatre éléments au moins se dégagent de la seule lecture des arrêts et se présentent comme des critères explicites d'indemnisation : l'ancienneté du salarié, sa situation professionnelle, son âge et sa situation personnelle. Cette motivation apparente n'offre toutefois qu'une vision tronquée des éléments influençant le *quantum* de l'indemnité. D'autres critères, implicites, existent (statut juridique de l'entreprise, nature de la rupture du contrat, etc.), même si leur portée mérite pour certains, d'être relativisée en raison tant de la physionomie du contentieux analysé que du cadre juridique spécifique de certaines des espèces concernées¹⁶.

La méthode d'évaluation

Si l'identification des critères d'indemnisation met en évidence la complexité de l'évaluation opérée par les juges,

¹¹ Cons. const., 5 août 2015, n°2015-715 DC, n°152.

¹² 11 des 27 personnes interrogées l'ont souligné.

¹³ 21 des 27 interrogés l'ont cité comme un critère d'indemnisation.

¹⁴ Certains y voient un « critère insuffisant », N. Collet-Thiry, « Le plafonnement des indemnités prud'homales : analyses critique et perspectives de mises en échec », JCP S, 2018, 1150, n°7. D'autres évoquent un « critère frustré » ; C. Wolmark, « L'encadrement de l'indemnisation du licenciement injustifié », Dr. ouv. 2017. 733. Voir aussi, D. Baugard, J. Morin, « La constitutionnalité du barème impératif des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse », Dr. soc., 2018.718 – J. Mouly, « Les indemnités en matière de licenciement », Dr. soc., 2018.10 – M.-N. Rouspide-Katchadourian, « Réparation des préjudices : quelles spécificités en droit du travail ? », Dr. soc., 2017. 892.

¹⁵ Le référentiel indicatif d'indemnisation introduit par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 évoquait l'ancienneté, l'âge et la situation du demandeur par rapport à l'emploi (C. tr., art. L.1235-1 dans sa version d'alors). V. aussi C. tr., art. R.1235-22 dans sa version issue du décret n°2016-1581 du 23 nov. 2016.

¹⁶ Concernant les critères de l'inaptitude physique ou du sexe du salarié, cf. *Infra*.

Tableau 1 - L'identification des critères d'indemnisation et leur fréquence

Décisions de justice		Entretiens*
Critères explicites*	Critères implicites*	
<p>Ancienneté du salarié</p> <p>Situation professionnelle du salarié</p> <p>Âge du salarié</p> <p>Situation personnelle du salarié</p>	<p>Sexe du salarié</p> <p>Inaptitude du salarié</p> <p>Statut juridique de l'employeur</p> <p>Mode de rupture du contrat (prise d'acte, rupture d'un CDD/CTT requalifié en CDI, etc.)</p> <p>Nature du licenciement (motif éco. / motif perso. ; motif disciplinaire / non disciplinaire)</p>	<p>Ancienneté du salarié</p> <p>Âge du salarié</p> <p>Circonstances du licenciement</p> <p>Situation professionnelle du salarié au jour de l'audience</p> <p>Employabilité du salarié</p> <p>Statut de l'employeur</p> <p>Situation familiale du salarié</p> <p>Conséquences du licenciement sur la santé du salarié</p> <p>Situation économique de l'entreprise</p> <p>Comportement des parties à l'audience</p> <p>Conséquences du licenciement sur la situation matérielle du salarié</p> <p>Barèmes officieux / réglementaire</p> <p>Effectif de l'entreprise</p> <p>Sexe du salarié</p> <p>Effectivité de la décision</p> <p>Salaire</p> <p>Secteur d'activité en difficulté auquel appartient l'entreprise</p> <p>Nature du licenciement</p> <p>Contenu du dossier contentieux</p> <p>Evitement de l'appel</p> <p>Comportement procédural des parties</p>

* Les critères sont classés par ordre de fréquence de citation.

leur application révèle quant à elle, une réelle méthode d'évaluation en trois temps.

Au cœur de l'évaluation : la situation du salarié

Destinée à réparer le dommage subi par le salarié, l'indemnisation est reliée à sa situation professionnelle. En ce sens, 86% des arrêts font expressément référence à un ou plusieurs critères liés à la situation du travailleur au moment de la rupture du contrat et postérieurement au licenciement. Outre l'ancienneté, est mentionné son âge dans près d'un quart des arrêts, ou dans une moindre mesure, sa situation personnelle – son état de santé, ses charges de famille ou sa situation patrimoniale (dans 4% des cas). C'est surtout l'état ou l'évolution de sa situation professionnelle qui est mis en avant : 37% des décisions évoquent le retour ou non à l'emploi du salarié, l'état de ses recherches voire la nature de son nouvel emploi.

Loin d'être formelle, la référence explicite à ces critères révèle leur influence dans la détermination de la réparation et conduit à une indemnisation plus généreuse. Ainsi, les décisions visant, par exemple, la situation de chômage durable du salarié accordent une indemnité moyenne de 10,57 mois de salaire contre 8,6 mois dans les autres cas.

Confirmant ces résultats, l'enquête menée auprès des praticiens permet d'en affiner la portée. S'agissant du critère de la situation professionnelle du salarié, il est largement cité¹⁷ mais est toutefois distingué d'un autre critère : l'employabilité. Le renvoi à ce concept, dont les contours ne sont pas toujours définis avec clarté, démontre qu'au-delà de l'état constaté de la situation professionnelle du salarié, les juges s'intéressent plus généralement à sa capacité à retrouver un nouvel emploi et aux difficultés particulières qu'il est susceptible de rencontrer dans ses recherches.

D'autres éléments confortent la place prépondérante de la situation du salarié dans la détermination des dommages et intérêts. Ainsi, certaines caractéristiques du salarié semblent donner lieu à des indemnités significativement

plus élevées. Tel est le cas de son inaptitude physique ou invalidité constatée au jour du licenciement, de son handicap¹⁸ ou encore de son sexe – les femmes ayant bénéficié d'une réparation généralement plus favorable¹⁹, même si ce constat est sujet à réserves.

Des critères modulateurs : la situation et les manquements de l'employeur

L'évaluation de la réparation est, dans un deuxième temps, modulée par la prise en compte de l'auteur du licenciement, de sa situation et de ses manquements.

L'influence du statut de l'employeur déjà relevée, conduit à affirmer que la responsabilité de ce dernier serait moins lourdement engagée dès lors qu'il justifie de faibles moyens humains et financiers.

Enrichissant cette observation, les entretiens révèlent que les juges s'intéressent à l'employeur, à un double titre. Il est, d'une part, tenu compte des fautes imputables à ce dernier à l'occasion du licenciement (notamment les circonstances attentatoires à l'honneur et à la dignité du salarié²⁰) pour, le cas échéant, aggraver la condamnation. C'est ainsi la fonction punitive de l'indemnisation du licenciement injustifié qui est mise au jour.

Ce sont, d'autre part, les conséquences de la sanction sur la situation de l'employeur qui sont appréhendées. Si la condamnation doit permettre d'allouer au salarié une réparation adéquate, elle ne doit pas avoir pour effet de mettre en péril les capacités financières de l'entreprise. Émerge ainsi l'idée que la détermination de l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse serait guidée par un certain principe de proportionnalité.

Des correctifs complémentaires

Des éléments complémentaires, peuvent, en dernière analyse, être appliqués. Présentés comme des correctifs, ils sont de nature à majorer ou minorer le montant de l'indemnité.

¹⁷ 2/3 des professionnels l'ont mentionné.

¹⁸ L'indemnité moyenne est de 11,2 mois de salaire lorsque le salarié est concerné par l'une de ces situations, contre 8,2 dans les autres cas. Cette différence pourrait se justifier par le plancher d'indemnisation majoré applicable à certaines irrégularités affectant le licenciement pour inaptitude professionnelle (C. tr., art. L.1226-15, dans sa version alors applicable).

¹⁹ L'indemnité moyenne est de 9,4 mois de salaire contre 8,5 pour les hommes. Mais l'effet observé pourrait s'expliquer par l'ancienneté plus faible des salariés hommes de notre échantillon d'arrêts (90 mois contre 106 mois s'agissant des femmes).

²⁰ Alors même qu'il s'agit de circonstances susceptibles de justifier la reconnaissance d'un préjudice distinct objet d'une réparation autonome.

Graphique : Les critères d'indemnisation explicites

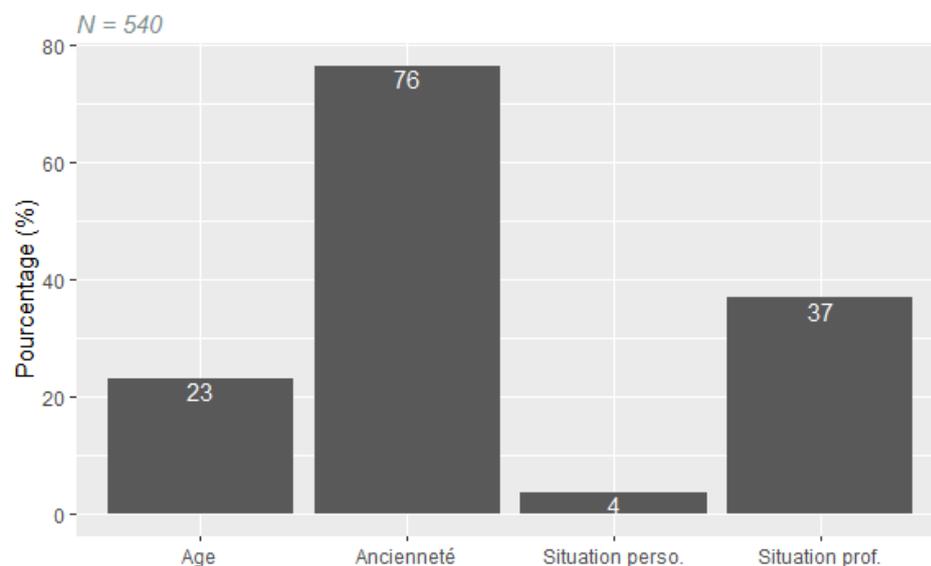


Tableau 2 – L'influence des critères d'indemnisation explicites

Critère mentionné		Critère non mentionné		
Critères	Nombre d'arrêts	Indemnité moyenne allouée (en mois de salaires)	Nombre d'arrêts	Indemnité moyenne allouée (en mois de salaires)
Ancienneté du salarié	413	9,55	127	6,55
Âge du salarié	125	11,17	415	8,14
Situation de chômage / période de formation	67	10,57	475	8,60
Situation personnelle	21	10,83	521	8,77

Il en est ainsi du comportement des parties lors de l'audience de jugement ou encore de la recherche de l'effectivité de la décision à rendre. Parmi eux, un élément doit être particulièrement remarqué : l'existence d'indemnités accessoires. Dans 78 % des décisions, en plus de l'indemnité principale, des indemnités accessoires ont été accordées au salarié, soit au titre de rappels de salaire, soit au titre de dommages et intérêts fondés sur d'autres chefs de préjudice. Cette circonstance est de nature à diminuer le *quantum* de l'indemnité du licenciement sans cause réelle et sérieuse. En effet, son montant moyen s'élève seulement à 8,1 mois de salaire alors qu'il est de 11,46 mois de salaire en l'absence d'indemnités accessoires. D'ailleurs, la majorité des professionnels interrogés admettent, avec des nuances, apprécier les sommes allouées au salarié de manière globale.

Cette approche globale de l'indemnisation, au mépris de demandes juridiques distinctement fondées, répond, ici encore, à la volonté d'une certaine proportionnalité de la condamnation. Elle semble aussi révéler l'émergence d'une démarche de forfaitisation dont la justification résiderait notamment dans le souci de préserver la santé économique de l'entreprise.



La mise en place du nouveau barème conduit à renouveler les réflexions relatives au préjudice de la perte de l'emploi et ce qu'il recouvre, mais aussi aux fonctions dévolues à la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Conclusion

La recherche réalisée confirme que l'évaluation de l'indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse repose sur un ensemble de critères de natures variées. Le nouveau plafonnement de l'indemnisation n'est-il pas de nature à limiter l'utilisation des critères mobilisés jusqu'alors par les juges ? Par l'encadrement du *quantum* de la réparation, ceux-ci disposent désormais d'une marge d'appréciation moins importante, spécialement pour les salariés ayant une ancienneté modeste. Dans ce cadre, les juges pourraient être amenés à écarter certains éléments, tel que la faute de l'employeur, pour se recentrer sur les critères les plus essentiels, à savoir l'ancienneté et la situation professionnelle du salarié.

Plus généralement, la mise en place du nouveau barème conduit à renouveler les réflexions relatives au préjudice de la perte de l'emploi²¹ et ce qu'il recouvre, mais aussi aux fonctions dévolues à la sanction du licenciement sans cause réelle et sérieuse²².

²¹ Cass. soc. 27 janvier 2021, n°18-23.535, FP- P R I : *Il résulte (...) de l'article L.1235-3 du même code que l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse répare le préjudice résultant du caractère injustifié de la perte de l'emploi*. La solution n'est pas complètement nouvelle : Voir : Cass. soc., 9 juill. 2015, n° 14-14.654 : JurisData n° 2015-016739.et Cass. soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578 : JurisData n° 2017-017656 ; JCP S 2017, 1369, note A. Bugada.

²² Incontestablement, l'indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse a été aussi conçue comme une peine privée. C. Wolmark, « Réparer la perte de l'emploi. À propos des indemnités de licenciement », Dr. ouv., 2015, n°805, p.450 s., spéc. p. 456. La lecture des débats parlementaires préalablement à l'adoption de la loi du 13 juillet 1973 est à cet égard édifiante. Il apparaît clairement que le principe d'une indemnisation minimale est envisagé comme « une arme de dissuasion efficace pour (...) inciter l'employeur à quelque réflexion avant qu'il ne prenne sa décision », Débats parlementaires, Ass. Nat. Séance du 22 mai 1973, J.O du 23 mai 1973, p. 1442.

Tableau 3 – L'incidence des demandes d'indemnités accessoires

En présence d'indemnités accessoires		En l'absence d'indemnités accessoires		
Nature des sommes	Nombre d'arrêts	Indemnité moyenne allouée (en mois de salaires)	Nombre d'arrêts	Indemnité moyenne allouée (en mois de salaires)
Au moins une autre indemnité (rappels de salaires et/ou dommages et intérêts)	420	8,10	120	11,46
Rappels de salaires	375	7,89	165	11,01
Dommages et intérêts	320	7,95	220	10,14
Les deux (rappels de salaires et dom- mages et intérêts)	275	7,65	265	10,08



L'EXTENSION DE L'USAGE DES BARÈMES : QUELQUES FACTEURS EXPLICATIFS ?

PAR RACHEL VANNEUVILLE
ANTOINE PELICAND

Rachel Vanneuville est politiste, chercheuse au CNRS – Triangle (UMR 5206). Ses recherches s'inscrivent principalement dans le domaine de la sociologie du droit et de la justice (travaux sur la formation juridique des élites, les usages de la QPC par les associations de juristes, le Conseil d'État).

Antoine Pelicand est sociologue, enseignant à l'Université Jean-Monnet Saint-Étienne et chercheur associé au CERCRID (UMR 5137). Ses recherches s'inscrivent dans le domaine de la sociologie du droit et de la justice (travaux sur les usages de la QPC par les avocats, la justice de proximité dans les juridictions civiles, l'édition juridique).

Un constat s'impose : les barèmes semblent aujourd'hui omniprésents dans l'institution judiciaire. Cette réalité constitue néanmoins un double paradoxe. D'une part, la banalisation de leur usage n'empêche pas qu'une majorité de magistrats et magistrates manifestent une certaine réticence à évoquer le sujet : c'est leur indépendance qui serait en jeu dans l'extension du recours à ces outils d'aide à la décision. D'autre part, on peut s'étonner d'une généralisation aussi massive et aussi rapide de telles pratiques alors que rien n'oblige officiellement les juges à y recourir¹. Comment comprendre alors cette banalisation des barèmes ?

Un ensemble de facteurs nous semblent avoir facilité le recours à ces outils. Ces facteurs renvoient à des transformations dans les conditions de travail des juges, d'ordre aussi bien technique qu'organisationnel (1). Ils relèvent également de dispositions sociales à se saisir de ces outils, qui sont sources de différenciations dans les manières d'envisager les barèmes (2). Pour autant, si tous les magistrats et magistrates n'adhèrent pas également au bien-fondé de ces outils, elles et ils tendent à produire un discours commun quant à l'apport de ces derniers au rendu d'une « bonne » justice (3). L'ensemble de ces facteurs favorise ainsi une forme d'acceptabilité professionnelle du recours aux barèmes, posant plus largement la question des recompositions de l'exercice du métier qu'elle emporte.

¹ À l'exception du barème relatif aux indemnités en cas de licenciement sans motif réel et sérieux, rendu obligatoire par une ordonnance du 22 septembre 2017. Nous n'en traiterons pas ici, notre présentation étant focalisée sur les juges professionnel-es. Sur les usages de ce barème, voir le rapport de recherche sur la barémisation et le contentieux du licenciement sans cause réelle et sérieuse, réalisé sous la direction de Marielle Picq : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-baremisation-de-la-justice>.

Matériau de l'enquête

Le matériau sur lequel repose cette présentation est issu de la recherche collective « Les barèmes (et autres outils techniques d'aide à la décision) dans le fonctionnement de la justice ». Dirigée par Isabelle Sayn Vanessa Perrocheau, Yann Favier et Nathalie Merley, et menée de décembre 2016 à mai 2019 par une équipe composée de juristes, de sociologues et d'une ingénieure d'étude, elle a procédé par le biais d'entretiens semi-directifs auprès de magistrats et magistrates (n/=/55) relevant de 30 juridictions de première instance localisées dans trois ressorts de cour d'appel (pour davantage de détails : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-02283040>).

Nous nous appuyons ici sur la trentaine d'entretiens réalisés avec des magistrats et magistrates professionnelles. Si la faiblesse de l'échantillon ne nous permet pas de proposer une analyse de portée générale, les propos recueillis font écho à d'autres travaux sociologiques entrepris sur des sujets annexes², ce qui nous a conforté-es dans l'idée que l'échantillon témoignait de préoccupations partagées. Notre matériau étant constitué de discours, nous ne prétendons pas non plus rendre compte des pratiques effectives des magistrats et magistrates. Ces propos nous donnent cependant accès à leur vision du métier et des manières de l'exercer, à ce que veut dire « rendre la justice ». À travers cela peuvent être rendus intelligibles les conditions, tensions et enjeux qui entourent le recours aux barèmes.

DES CONDITIONS TECHNIQUES ET INSTITUTIONNELLES FAVORISANT LE RECOURS AUX BARÈMES

En relevant l'existence de barèmes « constatés » dans l'institution judiciaire³, Evelyne Serverin attirait l'attention sur la présence d'outils que l'on pourrait décrire comme consubstantiels à la prise de décision car forgés dans les pratiques routinières de travail. C'est ce que les enquêtées appellent eux-mêmes ou elles-mêmes avoir « des barèmes dans leurs têtes » ou encore des « routines professionnelles ». L'existence de ces barèmes « latents » forme ainsi une sorte de terreau commun des pratiques. Parler « d'extension » de leur usage renvoie donc moins à l'apparition soudaine de nouvelles façons de prendre des décisions qu'à une désinformatisation de ces outils qui les rend non seulement plus visibles mais aussi plus « robustes », facilitant ainsi leur circulation territoriale comme la reconnaissance de leur usage.

Le processus de « désinformatisation » se nourrit tout d'abord de transformations techniques et communicationnelles. Les récits des magistrats et magistrates enquêtés mettent en évidence l'impact de l'informatique qui s'imisce dans les modes de travail personnel au tournant des années 1980 et 1990. Certaines magistrats et magistrates prennent ainsi l'initiative de formaliser de premiers barèmes parce qu'elles et ils acquièrent et maîtrisent des logiciels informatiques permettant de mettre en forme des tableaux ou de créer des algorithmes connectant les données à prendre en compte dans le traitement des cas. Elles et ils jouent alors le rôle de pionnières soit du fait de leur appétence pour la technologie, soit du fait de leur appartenance à des générations plus jeunes formées à l'outil informatique.

L'informatique se révèle également déterminante pour la diffusion des barèmes dans le groupe professionnel. « L'intranet justice » déployé à partir des années 1990 et massivement alimenté par le ministère est souvent cité par

² Voir : B. Bastard, D. Delvaux, C. Mouhanna, F. Schoenaers, *Justice ou précipitation : L'accélération du temps dans les tribunaux*, Rennes, PUR, 2016 ; C. Vigour, « Managérialisation de la justice pénale et accélération des temps judiciaires », *Cahiers de la Sécurité et de la justice*, sept. 2015, 32, p. 51-59 ; C. Licoppe et L. Dumoulin, « Le travail des juges et les algorithmes de traitement de la jurisprudence. Premières analyses d'une expérimentation de « justice prédictive » en France », *Droit et société*, vol. 103, no. 3, 2019, pp. 535-554.

³ E. Serverin, « Barèmes », in L. Cadiet, *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

les enquêté-es. Il est aussi très fréquemment question de « listes de discussions », de « forums », etc. : toute une réalité virtuelle s'est imposée dans les univers professionnels et paraît avoir changé fortement les modes d'acquisition d'un savoir pratique par une circulation de conseils, d'astuces et autres « ficelles du métier ».

Plus généralement, la diffusion des barèmes est aussi intrinsèquement liée à la mobilité territoriale croissante des magistrats et magistrates : certain-es emportent avec eux/elles des barèmes découverts dans la juridiction où elles et ils exerçaient précédemment ; d'autres, nouveaux ou nouvelles arrivant-es, racontent comment elles et ils interrogent leurs collègues et obtiennent ainsi des conseils, des repères qui prennent bien souvent la forme de tableaux ou seuils. La circulation grandissante des magistrats et magistrates dans l'écheveau des juridictions favorise ainsi l'emploi de ces outils synthétiques.

La désinformatisation est également alimentée par les transformations récentes de l'institution : la promotion d'une rationalisation managériale a constitué un terreau propice au recours multiplié à des barèmes. Les magistrats et magistrates évoquent ainsi très fréquemment l'accélération des cadences de travail lorsqu'elles et ils en viennent à expliquer pourquoi elles et ils ont introduit ces nouveaux outils dans leurs pratiques de jugement. Ceci a été bien documenté pour le domaine pénal, le parquet ayant été précurseur du recours aux barèmes avec la mise en place du « traitement en temps réel » dans les années 1990⁴. Dans notre corpus, ce sont les acteurs et actrices du pénal qui sont les plus enclin-es à promouvoir les barèmes, et qui parlent de leur usage comme d'une « évidence ».

Dans les juridictions civiles, c'est surtout la pression plus forte en termes de nombre d'affaires à traiter et de délais pour le faire, ainsi que le cumul des responsabilités qui amènent les juges à penser « efficace ». L'exemple est souvent donné par les enquêté-es du calcul des montants indemnitaires (au titre de l'article 700 CPC ou des dommages corporels) qui se trouve évacué au moyen de tableaux

préconstitués. Même si le gain de temps n'est pas avéré (les perceptions divergent), les acteurs et actrices voient dans l'outil de calcul un moyen de se concentrer sur la teneur du jugement.

La généralisation du recours aux barèmes s'est ainsi coulée dans les mutations techniques et organisationnelles du travail de la magistrature. Pour autant, ces transformations ne suffisent pas à elles-seules : encore faut-il que les acteurs et actrices aient des dispositions à se saisir de ces outils et à en revendiquer l'usage pour qu'ils soient jugés convaincants et s'ancrent dans les pratiques.

DES DISPOSITIONS DIFFÉRENCIÉES À SE SAISIR DES BARÈMES

Bien que la faiblesse de notre échantillon ne nous autorise pas à délivrer une étude sociologique fine des conditions sociales et professionnelles qui jouent dans le rapport aux barèmes, les discours des enquêté-es nous permettent cependant de distinguer des profils types. Trois profils émergent, qui indiquent que les magistrats et magistrates interviewé-es ne sont pas également disposé-es à l'usage des barèmes.

Les magistrats et magistrates pro-actifs

Ces magistrats et magistrates se soucient de la gestion de l'institution judiciaire : elles et ils détiennent majoritairement des positions liées à la gestion des tribunaux, qu'il s'agisse de président-e/vice-président-e, de procureur-e/vice procureur-e, de chef-fe de pôle. Dans notre échantillon, ce sont majoritairement des hommes, nés dans les années 1950, avec une carrière effectuée au parquet. On retrouve souvent chez ces acteurs judiciaires un regard surplombant concernant l'activité du tribunal dans lequel ils officient, à l'instar des modernisateurs de l'institution judiciaire décrits dans la thèse de Thomas Léonard sur les conditions d'extension de la procédure de comparution immédiate.⁵

⁴ V. Gautron, « La « barémisation » et la standardisation des réponses pénales saisies au travers d'une étude quantitative et qualitative de l'administration de la justice pénale », in I. Sayn (dir.), *Le droit mis en barèmes ?*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 65-70 ; B. Bastard et C. Mouhanna, « Procureurs et substituts : l'évolution du système de production des décisions pénales », *Droit et Société*, 74, 2010, pp. 35-53.

⁵ T. Léonard, *De la politique publique à la pratique des comparutions immédiates. Une sociologie de l'action publique au prisme des configurations locales et nationales*, Thèse de science politique, Université de Lille 2, 2014.

Dans les juridictions civiles, c'est surtout la pression plus forte en termes de nombre d'affaires à traiter et de délais pour le faire, ainsi que le cumul des responsabilités qui amènent les juges à penser « efficace »

Ils sont attentifs aux moyens d'améliorer le fonctionnement des tribunaux en termes de maîtrise des flux et stocks, de rapidité procédurale, de capacité d'audience. Les barèmes sont pour eux des moyens de rationaliser le fonctionnement institutionnel. Ces individus sont non seulement particulièrement disposés à accepter les barèmes mais ils peuvent aussi être pro-actifs en la matière, racontant qu'ils en ont parfois fabriqué. Il semble également qu'ils soient les plus enclins à faire connaître les barèmes auprès de leurs collègues, se positionnant ainsi comme des agents-passeurs en étant identifiés professionnellement comme des personnes ressources.

Les magistrats et magistrates rétifs

Ces magistrats et magistrates sont surtout attentifs à la fonction de juger. Ce sont aussi celles et ceux qui manifestent les plus grandes réticences envers les barèmes. Dans leurs témoignages, le recours à ces outils relève surtout de contraintes. D'abord et avant tout une contrainte de temps : comme il faut juger davantage et plus vite, les barèmes servent de facilitateurs. Plus particulièrement, c'est dans les contentieux dits « de masse » qu'il leur semble légitime d'y recourir (CEA, excès de vitesse, pensions alimentaires). Les contraintes peuvent aussi renvoyer aux (in)compétences que s'attribuent ces juges : la légitimité du recours aux barèmes apparaît à leur regard justifiée pour les contentieux présentés comme « techniques » (réparation des préjudices corporels, article 700 CPC) où l'aspect objectif de certains tableaux et fourchettes, élaborés par des expert-es reconnu-es professionnellement, rassure. Dans un cadre général où il faut juger plus vite,

ces outils permettent d'être indirectement secondés par d'autres professionnel·les pour certaines questions décrites comme complexes.

Les nouvelles et nouveaux venu.es

Ce profil désigne les enquêté·es formé·es à l'ENM dans les années 2000 et qui ont pour point commun d'y avoir reçu une formation relative aux barèmes. Il est difficile de caractériser précisément leurs rapports aux barèmes au regard des trajectoires professionnelles différenciées des enquêté·es concerné·es, certain·es s'apparentant au profil « proactif », d'autres au pôle « rétif ». C'est cependant dans cette population que l'on trouve des discours traduisant une banalisation de l'idée de barémisation : soit par l'affirmation que les barèmes ne devraient plus être tabous, soit par une discussion sur la construction des barèmes utilisés, signe d'une acculturation à leur existence. Cela invite à enquêter sur les nouvelles générations dans la magistrature et le rôle de l'ENM dans la diffusion d'innovations (en prenant en compte aussi bien la formation initiale que les stages de formation continue qui peuvent constituer des espaces de circulation des savoir-faire et d'harmonisation des pratiques).

Les profils que nous avons pu distinguer donnent à voir l'existence de tensions au sein de la profession, les « gestionnaires/modernisateurs » valorisant un usage instrumental des barèmes pour améliorer l'efficacité de l'organisation, les « réticents » semblant davantage dans une posture de « reddition ». Pour autant, au-delà de ces divergences se dessine un discours plus global qui tend à inscrire le recours aux barèmes comme participant de la production d'une « bonne justice », contribuant ce faisant à les rendre acceptables.

LES BARÈMES COMME OUTILS D'UNE « BONNE JUSTICE »

Interrogé·es sur leurs vision et usage des barèmes, les enquêté·es tendent à produire un discours où émergent

quelques « lieux communs »⁶, signalant l'existence d'une représentation partagée de l'institution judiciaire contemporaine, et en particulier des problèmes qu'elle rencontrerait et que les barèmes permettraient sinon de résoudre, à tout le moins d'aplanir. Trois « lieux communs » sont ainsi repérables.

Si les barèmes peuvent être présentés comme contribuant à une « bonne justice », c'est aussi parce qu'ils peuvent être appropriés comme un outil de (re-)valorisation professionnelle.

Le premier renvoie à la situation décrite précédemment de « massification » du contentieux. Dans ce contexte, les barèmes sont conçus comme favorisant l'égalité des justiciables, entendue ici comme une égalité de traitement de dossiers présentés comme similaires.

Deuxièmement, les barèmes favoriseraient l'harmonisation des décisions, leur cohérence sur un territoire local ou national, voire sur un plan personnel. Ce dernier argument est à relever parce qu'il nous semble le signe d'un mal-être chez de nombreux magistrats et magistrates : certain-es justifient en effet l'usage des barèmes par la nécessité d'assurer leur propre cohérence en matière de jugement, cohérence qu'elles et ils estiment pouvoir être altérée par leur humeur fluctuante, leur sensibilité, leur biais personnels. Cela peut s'interpréter comme l'indice d'une déstabilisation de l'exercice professionnel dans un contexte où intervient la pression du temps et du volume et où la collégialité est aussi menacée.

Ce contexte contribuerait alors à légitimer l'existence de barèmes comme sorte de palliatifs à l'impossibilité de l'exercice serein du doute, dont on sait qu'il est au cœur de la pratique professionnelle.

Troisièmement, les barèmes permettraient de répondre aux *attentes des justiciables*. Les magistrats et magistrates mettent en avant les exigences grandissantes de l'opinion publique et, partant, du ministère et des parlementaires, en matière d'égalité, de rapidité, de cohérence des décisions rendues. À cet égard, on sent combien la mise en place d'indicateurs quantitatifs à partir des années 2000 pour évaluer la qualité de la justice rendue dans les différents tribunaux a infusé dans l'ensemble de la magistrature. Les barèmes apparaissent aux yeux des professionnelles comme un moyen d'aplanir les différences entre juridictions et d'éviter d'éventuelles mises en accusation publiques.

Les enquêté-es tendent ainsi à reprendre à leur compte une vision de la justice comme industrie de service concernée par sa clientèle, vision portée par les réformes managériales des vingt dernières années et qui favorise un mouvement de standardisation et d'uniformisation des pratiques et décisions⁷. Pour le dire autrement, les magistrats et magistrates rencontrés ont pris acte d'un ensemble de transformations dans l'exercice de leur profession. Même si elles et ils ne portent pas un regard également favorable sur ces transformations, les discours produisent des formes de justification du recours aux barèmes qui contribuent à leur acclimatation dans les pratiques.

Pour autant, il ne s'agit pas uniquement de résignation face aux mutations de leur profession : si les barèmes peuvent être présentés comme contribuant à une « bonne justice », c'est aussi parce qu'ils peuvent être appropriés comme un outil de (re-)valorisation professionnelle. Dans le domaine pénal, la formalisation des barèmes est ainsi présentée comme la condition pour pouvoir déléguer une partie des prérogatives à un ensemble d'acteurs et actrices (services de police, délégué-es du procureur, assistant-es de justice) et donc d'améliorer la rapidité de traitement des affaires ; elle peut aussi permettre, sur certains aspects, d'encadrer l'action de partenaires institutionnels – par exemple l'administration pénitentiaire dans ses pratiques d'attributions

⁶ Ces « lieux communs ne sont pas seulement discours et langages communs, mais aussi terrains de rencontres et terrains d'entente, problèmes communs et manières communes d'aborder ces problèmes communs. [...] Ce par quoi un penseur appartient à son époque, ce par quoi il est situé et daté, ce sont avant tout les problématiques obligées dans et par lesquelles il pense » : P. Bourdieu, « Système d'enseignement et système de pensée », *Revue internationale des sciences sociales*, vol. XIX, n° 3, 1967, p. 370.

⁷ C. Vigour, « Ethos et légitimité professionnels à l'épreuve d'une approche managériale : le cas de la justice belge », *Sociologie du Travail*, 2008, vol. 50, n° 1, pp. 71-90.

de remise de peine. Cette idée de délégation est également évoquée dans le domaine civil : certains.es juges du siège souhaiteraient ainsi une plus grande formalisation des barèmes dans les contentieux de « masse » (comme les pensions alimentaires par exemple) afin de pouvoir déléguer leur traitement à des institutions extérieures. Surtout, la moindre réticence à l'usage des barèmes dans ces contentieux renvoie au caractère fastidieux et pénible qu'il semble représenter pour les magistrats et magistrates : en standardisant le jugement de ces affaires, ou en les faisant juger par d'autres, elles et ils pourraient se focaliser sur des affaires qui le « méritent », pour reprendre le terme d'un enquêté.

En d'autres termes, certaines formes de barémisation « durcies » semblent acceptables parce qu'elles permettent aux magistrats et magistrates de faire valoir leur spécificité propre, qu'il s'agisse de leur qualité de manager pour les responsables de tribunaux ou qu'il s'agisse, pour les juges du siège, de leur permettre de se recentrer sur des contentieux où leurs savoirs et savoir-faire sont indispensables. En ce sens, l'une des conditions de l'extension des barèmes a aussi à voir avec la défense de l'autonomie professionnelle⁸ de la magistrature, quitte à ce que cela conduise, comme cela est déjà parfois le cas, à la délégation d'un ensemble de contentieux à des acteurs extérieurs.

Conclusion : une extension silencieuse ?

Comme nous l'avons signalé en introduction en évoquant les réticences des magistrats et magistrates face à l'idée de barémisation, les réactions face à nos questions ont souvent consisté de prime abord en une minoration du recours aux barèmes dont l'intérêt était déprécié, voire en une dénégation de cette pratique. Cette première réaction était liée à une représentation particulière du barème qui l'associe à l'idée d'automatisme décisionnel, conduisant à faire du juge un « robot » ou une « machine ». La mobilisation de cette représentation est une sorte de figure repoussoir qui sert aux magistrats et magistrates à mettre en avant, par contraste, ce qu'elles et ils jugent essentiel dans leur métier : l'humanité, qui s'adosse au principe d'individualisation, et la liberté d'appréciation. Pour autant, le recours

aux barèmes est aujourd'hui ancré dans les pratiques, mais les enquêté-es qui en rendent compte les nomment « guides », « repères », « référentiels », contribuant ainsi à en euphémiser la portée. De fait, ces outils restent largement un non-sujet de discussion entre les magistrats et magistrates, et leurs circulations et usages sont présentés comme relevant de bricolages et d'arbitrages individuels.

En mettant en lumière quelques-unes des conditions sociales qui ont favorisé l'extension du recours aux barèmes, il s'agissait de montrer que ces « petites décisions » doivent se comprendre dans le cadre d'une destinée collective. Chacun ou chacune s'est résolu.e à les utiliser pour faire avec des contraintes systémiques, soit par « réalisme », soit par « volontarisme », selon les profils sociaux que nous avons distingués. En d'autres termes, la barémisation fait corps avec les transformations contemporaines du travail judiciaire. Mais elle se produit aussi de manière silencieuse. Les magistrats et magistrates interrogé-es se retrouvent à compter sur leur seul libre-arbitre pour s'approprier ou rejeter un barème qui leur est communiqué. Souvent, elles et ils ne savent pas précisément qui en est le concepteur ou la conceptrice.

Un tel constat invite à enquêter plus précisément sur les lieux où s'élaborent les barèmes et sur les modalités par lesquelles certains parviennent à s'imposer, et plus généralement, à s'interroger sur la maîtrise que conservent les magistrats et magistrates sur les normes qui guident les décisions qu'elles et ils prennent à l'aide de ces outils.

⁸ En suivant la définition qu'en donne le sociologue Howard Becker : l'autonomie réside dans le fait que les membres d'une profession « ont réussi à se faire reconnaître comme les seuls dont les connaissances et l'expérience permettent de décider ce qu'il faut faire dans une situation donnée, et de juger, en fin de compte, si ce qui a été fait a été bien fait » : H. S. Becker., Préface, in D. Demazière et C. Gadea (dir.), *Sociologie des groupes professionnels. Acquis récents et nouveaux défis*, Paris, La Découverte, 2009, p. 10.

DÉBAT : DES BARÈMES À LA JUSTICE PRÉDICTIVE ?

Cette troisième table ronde, présidée par Valérie Sagant, permet de mettre en perspective la notion de barème face à l'évolution de l'intelligence artificielle et, notamment, de la « justice prédictive ».

Dans son propos introductif, Harold Épineuse, élargit le questionnement posé par l'intitulé de la table ronde. Outre la proximité entre les deux notions – barémisation et justice prédictive –, il interroge la différence de degré ou de nature entre les barèmes. Il observe surtout que, loin de faire l'unanimité, au terme de « justice prédictive », d'aucuns préfèrent l'expression « justice prévisionnelle » ou « analyse chiffrée de la jurisprudence ou des contentieux », voire encore « jurimétrie ». Plus encore, Harold Épineuse explique que ces outils ont un point commun : l'introduction du calcul qui s'impose comme nouvelle science du droit et nouvelle pratique de la Justice. Et à ce titre, il prend l'exemple du traitement *DataJust* développé par la direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la Justice¹ qui aurait mérité d'être présent dans les

débats tant il illustre la place de l'intelligence artificielle dans la prise de décision.

Harold Épineuse rapproche ce point des propos d'Oliver Wendell Holmes, juge à la Cour suprême des États-Unis à la fin du XIXe siècle, qui a eu cette intuition : « *En ce qui concerne l'étude rationnelle du droit, l'homme de la lettre est peut-être l'homme du présent, mais l'homme du futur est l'homme de la statistique et le maître de l'économie* »². Des propos qui conduisent plus d'un siècle après à se demander si le calcul n'est pas en train de ringardiser les juristes, souligne-t-il. Harold Épineuse fait ensuite référence à Lee Loevinger qui, un brin provocateur, va encore plus loin lorsqu'il écrit en 1949 : « *Le prochain pas en avant dans la longue marche du progrès humain pourrait bien consister à passer de la doctrine qui est une discussion hasardeuse sur le droit, à la jumétrie qui consiste en une étude scientifique des questions juridiques. (...) Le fait est que la doctrine entretient un rapport avec la science moderne comparable à ce que l'astrologie est à l'astronomie, l'alchimie à la chimie et la phrénologie à la psychologie* »³. C'est sur ces deux constats qu'Harold Épineuse ouvre les débats.

Ces outils ont un point commun : l'introduction du calcul qui s'impose comme nouvelle science du droit et nouvelle pratique de la Justice

1. Institué par le décret n°2020-356 du 27 mars 2020, l'algorithme *DataJust* permet l'extraction automatique et l'exploitation des données contenues dans les décisions de justice portant sur l'indemnisation des préjudices corporels. Il s'agit de recenser les montants demandés et offerts par les parties aux instances, les évaluations proposées dans le cadre de procédures de règlement amiable des litiges et les montants alloués aux victimes par les juridictions.

2. O. W. Holmes, « The Path of the Law », *Harvard Law Review*, vol. 110, n°5, mars 1997 [1897], p. 991-1009 : "For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics" (p. 1001).

3. Voir L. Loevinger, « Jurimetrics: The Next Step Forward », *Minnesota Law Review*, vol. 33, 1949, p. 456-493 : "The next step forward in the long path of man's progress must be from jurisprudence (which is mere speculation about law) to jurimetrics" -which is the scientific investigation of legal problems. (...) The inescapable fact is that jurisprudence bears the same relation to a modern science of jurimetrics as astrology does to astronomy, alchemy to chemistry, or phrenology to psychology" (p. 483).

Isabelle Sayn considère que sa réflexion a été longtemps prisonnière de l'expression « justice prédictive » présentée, dans un souci marketing notamment, comme un saut qualitatif radicalement innovant. Elle estime nécessaire de se départir de cette approche pour réfléchir à partir de domaines connus et, en particulier, à partir des barèmes.

La première nécessité est, selon elle, de **s'écarter de l'expression « justice prédictive » pour en trouver une autre**. Isabelle Sayn emprunte ici l'expression de « modalité algorithmique d'analyse de décisions de justice » plus juste. Toutefois, l'expression comporte une limite car elle ne permet pas, selon elle, d'analyser les décisions au sens de raisonnement juridique ; elle permet simplement de mettre en lien des éléments d'information qui sont contenus au sein de cette décision et non pas de reconstituer un raisonnement juridique. S'écarter de cette expression de « justice prédictive » permet encore de s'écarter des aspects un peu fantasmés de cette justice, de distinguer l'aspect *production de connaissances* de l'aspect *préconisation* – compris comme outil d'aide à la décision – et de revenir sur la distinction, parfois excessive, entre *barème constaté* et *barème construit*.

Sur l'aspect de production de connaissances par ces outils, l'objectif de connaissances est, selon elle, de **construire une connaissance de la production des juridictions**. Il ne s'agit pas ici de la connaissance de la jurisprudence – pas dans une perspective normative de règles produites par la jurisprudence –, mais de production matérielle quasiment industrielle des juridictions de première instance, des juridictions du fond en général et de première instance en particulier. Cet objectif de connaissances permet de mieux connaître le type d'affaires traitées par la justice, au-delà des statistiques judiciaires qui existent par ailleurs. Pour illustrer ses propos, Isabelle Sayn prend comme exemple une question abordée dans les présentations précédentes sur les montants des pensions alimentaires pour enfants fixés par les juges : pour disposer de l'information, il faut consulter la décision. Ensuite, il y a un deuxième niveau qui consiste à essayer d'identifier les critères de décision, c'est-à-dire d'associer des déterminants des décisions aux résultats obtenus en se posant comme questions : qu'est-ce qui fait qu'une demande prospère ? Qu'est-ce qui fait que les montants accordés sont tels ou tels, ou que les montants ont été refusés ?

Ce type d'activité n'est donc pas nouveau. Il existe depuis un certain nombre d'années, de façon assez marginale,

indépendamment de tout processus d'intelligence artificielle, dans des laboratoires de recherche et au sein du service statistique du ministère de la Justice.



La première nécessité est, selon elle, de s'écarter de l'expression « justice prédictive » pour en trouver une autre.

Pour développer ce mécanisme de production de connaissances, **quelques précautions doivent être prises**. Pour Isabelle Sayn, il faut, tout d'abord, **disposer d'un échantillon représentatif**, si possible, de décisions de première instance. Puis, si l'on veut appliquer des méthodes numériques, il faut que cet **échantillon soit exhaustif** – or, selon elle, cette exhaustivité est loin d'être d'atteinte et ce, malgré le projet de *open data* des décisions de justice. Ensuite, il faut que **cette décision soit acquise sous un format numérique pour faire des analyses numériques**. Enfin, il faut bien avoir conscience que ces analyses sont très lourdes à réaliser car il faut construire une grille de décision, lire les décisions une à une, faire des saisies de l'ensemble des critères retenus dans la grille de décision, avant d'avoir un outil, une base de données qui pourrait permettre de faire des analyses statistiques.

Autrement dit, du point de vue de la production de connaissances, les progrès liés au numérique et à l'intelligence artificielle sont de fort intérêt, souligne Isabelle Sayn, puisque cela permettrait de faire sauter un verrou méthodologique. En effet comment construire des connaissances sur la production des décisions de justice, y compris de première instance ou plus généralement du fond, sans passer des mois voire des années à cette analyse statistique ?

Les méthodes proposées au titre de l'intelligence artificielle, et là encore, estime-t-elle, le terme est parfois trompeur, **ne sont pas des méthodes magiques**. Soit la machine est capable de retrouver dans le texte des décisions, des éléments d'information qui lui ont été signifiés : mais cela implique, précise Isabelle Sayn, de travailler manuellement sur des décisions pour noter dans la décision ce qui nous intéresse ; et ensuite être capable d'apprendre à la machine à reconnaître ces mêmes informations dans des

décisions qui, elles-mêmes, n'ont pas été annotées. Pour Isabelle Sayn, il s'agit là d'un travail préalable lourd qui doit passer par l'expertise humaine et, notamment, par la compétence juridique et avec des méthodes de linguistique computationnelle.

Soit la machine fait toute seule des liens, des corrélations entre différents éléments, cherche dans les décisions où la demande a été acceptée – quels sont les critères qui reviennent systématiquement statistiquement dans la décision : c'est le *deep learning*. Mais là, il faut de grandes masses de décisions. La référence au projet *DataJust* se base sur des décisions judiciaires d'appels sur trois ans ce qui représente 6 000 décisions. Insuffisant pour faire du *deep learning*, pour Isabelle Sayn.

Du point de vue de la production de connaissances, ce type d'objectifs existe déjà et, effectivement, ces outils pourraient faire avancer plus vite ce type d'analyse. **Mais ce verrou méthodologique qui permet d'avoir des connaissances, ne permet pas encore de faire des préconisations.** En revanche, une fois les connaissances obtenues, il est possible d'en tirer des préconisations : il est question alors de barèmes constatés. Toutefois, les notions de barème constatés et de barèmes construits sont des figures de style, des modèles.

Isabelle Sayn rappelle, par ailleurs, que les informations dont on dispose sont uniquement celles contenues dans la décision de justice. S'il est toujours possible de faire des hypothèses (larges), il sera difficile, selon elle, de faire le lien entre des éléments d'information et les conséquences qui en auraient été tirées du point de vue de la solution. Il y a vraiment un saut qualitatif entre la connaissance et les préconisations.

S'agissant des déterminants qui ont été repérés au cours de l'analyse, mais qui ne correspondent pas à des critères légaux, pour Isabelle Sayn, il est possible de les intégrer. Par exemple, on peut démontrer qu'en matière de prestations compensatoires, il y a un lien entre la faute dans le divorce et le montant de la prestation compensatoire. **En termes de connaissance, c'est intéressant. En termes de préconisation, c'est plus ennuyeux car ce n'est pas un critère légal de décision.** Au contraire, la loi coupe le lien entre les effets du divorce et la cause du divorce. Pour elle, il est possible de les négliger, mais alors ce n'est plus un barème constaté. En revisitant ce barème, il est cependant

possible de supprimer des biais : par exemple, si l'on peut établir un lien entre le sexe de la victime et le montant des dommages et intérêts liés à un préjudice corporel, on peut supprimer ce biais une fois qu'il a été constaté.



Il est donc absolument nécessaire, selon Isabelle Sayn, de connaître les modalités de construction de l'outil pour donner aux parties et au juge les moyens de se démarquer de ces préconisations.

Autrement dit, il n'est pas possible d'extraire des préconisations d'un simple barème constaté. Il faut construire des critères de décision qui pourront être introduits dans le barème, dans les préconisations. Pour ce faire, **il est donc absolument nécessaire, selon Isabelle Sayn, de connaître les modalités de construction de l'outil pour donner aux parties et au juge les moyens de se démarquer de ces préconisations.** En effet, les parties et le juge pourraient considérer que certains déterminants manquent, ou que certains déterminants sont, éventuellement, en trop. Se pose donc ici la question de la transparence.

S'agissant de la question de la performativité, et notamment du risque de performativité, celui-ci peut être un peu accru avec des outils qui ont une dimension apparemment technique, estime Isabelle Sayn, voire ont une dimension un peu "magique" par rapport à des barèmes plus ordinaires.

Pour conclure sur la place de ces outils, Isabelle Sayn fait observer que, souvent, le discours consiste à dire que si ces barèmes existent, les magistrats – qui gardent leur liberté – pourraient se soumettre à ces outils, en particulier en matière de « justice prédictive ». Mais il est possible, selon elle, d'inverser le raisonnement. Loin de ringardiser les juristes, pour rebondir sur les propos introductifs d'Harold Épineuse, **l'existence de ces outils, qu'ils soient issus du numérique ou pas, a pour avantage de donner à voir l'espace de décision des juges – de l'interprétation à la qualification des faits –, de révéler les marges de leur pouvoir d'appréciation et, partant, de rouvrir le débat de la place de ces outils, justement, des critères, des déterminants**

qui entrent dans la prise de décision.

Pour Stéphane Gerry-Vernières, c'est tout naturellement que cette dernière table ronde prend place dans les débats. Deux raisons principales commandent le rapprochement entre ces deux outils.

Le premier, c'est que barème et « justice prédictive » sont intimement liés à la connaissance du contentieux se déroulant devant les juges du fond. Stéphane Gerry-Vernières n'insiste pas sur le fait qu'il vaudrait mieux qualifier la « justice prédictive » de « justice prévisible », ou encore de « justice quantitative » dont l'ambition est de proposer une solution probable au regard du paysage jurisprudentiel, à partir de données factuelles.

Pour le barème, le lien avec la connaissance du contentieux du fond est identique. Le même constat peut être fait. Il suffit de songer au référentiel indicatif pour la contribution à l'entretien et à l'éducation de l'enfant, qui a été construit en partie en prenant appui sur un échantillon de décisions de justice, ou encore du barème des indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse, puisque le ministre en charge du dossier avait évoqué le fait qu'il était aussi le fruit de moyenne statistique. Ou encore le décret DataJust qui met clairement en évidence le lien entre référentiel et traitement automatisé des données. Dans ce contexte, il est évident que barème, comme justice prédictive, sont intéressés par les avancées de l'ouverture des données jurisprudentielles, l'*open data*, initié depuis 2016.

La raison du rapprochement entre les deux outils tient aussi à un autre élément et évidemment au point de tension et au contexte dans lequel se déploient ces outils. Ces outils sont en **étroite connexion avec le mouvement de managérialisation de la justice** qui, **pour le meilleur**, défend **l'idée d'une rationalisation croissante de l'office du juge**, défend **l'impératif d'égalité devant la justice** et **les bienfaits d'un traitement non judiciaire des litiges**. Mais aussi, **pour le pire**, porte avec lui, **les germes d'une justice mathématique désincarnée, et peut-être parfois une mécanique sans finalité**.

Finalement, justice prédictive et barèmes suscitent des réactions variées, même contradictoires, suscitent espoirs comme craintes, observe Stéphane Gerry-Vernières. Pour autant, si le terreau de développement des barèmes comme de la justice prédictive paraît voisin, il impose de se

concentrer sur la question posée par la table ronde : « des barèmes à la justice prédictive ? » L'interrogation semble suggérer, relève Stéphane Gerry-Vernières, que le temps est venu de la justice prédictive et qu'elle aurait peut-être vocation à remplacer le barème.

L'argument en faveur de ce remplacement est connu. Selon elle, il tient tout entier dans les performances de la justice prédictive, armée des potentialités infinies de la machine. La justice prédictive paraît plus ambitieuse puisqu'elle compilerait d'innombrables décisions, tout en étant plus fines dans sa description *de ce qui serait*, à partir *de ce qui est*. Puisque cette justice prédictive peut apprendre par elle-même, elle ferait ainsi le tri, en quelque sorte, entre le bon grain et l'ivraie.



L'intelligence artificielle serait au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel.

Pourtant, ce postulat du remplacement des barèmes par la justice prédictive doit être nuancé. Pour répondre aux propos introductifs d'Harold Épineuse, effectivement, toute la question est ici de se demander, selon Stéphane Gerry-Vernières, s'il y a une différence de degré ou une différence de nature entre les deux outils. En réalité, la réponse n'est pas univoque parce qu'il semble, selon elle, qu'elle dépend de la nature du barème qui est en jeu. Stéphane Gerry-Vernières distingue ici entre les barèmes constatés et les barèmes construits, tout en relevant que chacune de ces catégories est elle-même sujette à l'interaction avec l'autre, mais cela est le point de départ de sa réflexion.

La différence de degrés observée entre les barèmes constatés et la justice prédictive tient à ce que, finalement, tout comme d'autres l'ont déjà fait, le concept de justice prédictive n'est peut-être pas aussi révolutionnaire que l'on veut bien le croire. Il y a eu des antécédents comme la jurimétrie qui permettait déjà de quantifier des données, d'établir des régularités, des corrélations ou encore des biais de jugement, et toute la littérature anglo-américaine qui, dès la première moitié du XX^e siècle, a travaillé sur le sujet. Lorsqu'on a une vision plus modeste de la justice prédictive,

lorsqu'on parle de justice prévisible ou de justice quantitative, on se rend compte, relève Stéphane Gerry-Vernières, qu'il y a un lien étroit avec l'entreprise d'analyse qualitative de la jurisprudence. Sous cet aspect, empruntant ici ses propos, Stéphane Gerry-Vernières considère que **l'intelligence artificielle serait au service de la valorisation du patrimoine jurisprudentiel**. Elle fonctionnerait selon un modèle simple : le logiciel serait destiné à faire apparaître les critères déterminants dans la prise de décision à partir d'un sondage des pratiques.

Le travail mené dans le cadre des projets de barémisation pouvait, sous bien des aspects, se rapprocher de cette ambition, tout en ayant des moyens moins performants. Isabelle Sayn en a parlé précédemment. **La collecte des données contenue dans les décisions de justice a été faite manuellement sur des panels nettement moins étoffés que celui qui est visé par les Legaltech**. Il y a donc, dans cette perspective, selon elle, un changement d'échelle et non pas de nature dans la démarche, et l'on pourrait facilement céder à l'argument du nombre. **La justice prédictive serait plus adaptée et plus fine.**

Toutefois, la justice prédictive suscite, dans cette conception, les mêmes réserves que les constats opérés sur des terrains de recherche plus modestes, dans le cadre de la recherche des régularités jurisprudentielles menée dans le travail sur la barémisation de la justice.

La première des réserves, évoquée à plusieurs reprises, tient à **l'absence de contextualisation de la situation qui est gérée par l'algorithme**. C'est un point important : travailler sans les conclusions, sans les documents écrits, sans les plaidoiries des avocats constitue un biais d'analyse de taille.

La deuxième réserve tient **au contenu exact des décisions de justice**. Lorsqu'on les manie, on sait que l'on n'y trouve pas toujours ce que l'on voudrait trouver. Stéphane Gerry-Vernière adhère à l'idée que les logiciels pourraient collecter les données des décisions de justice qui pourraient apprendre à le faire. Encore faut-il que les données figurent dans les décisions de justice. L'usage du terrain révèle qu'il y a des motivations stéréotypées et des critères manquants dans les décisions. Ce faisant, il y a un biais dans la construction de toutes les analyses de jurisprudence, de toutes les analyses quantitatives, puisqu'il manque certaines données.

Enfin, **la troisième réserve**, c'est le fait que la justice

prédictive – comme les barèmes constatés, purs produits de ce que se trouve dans les décisions de justice, quelle que soit l'échelle sur laquelle les prédictions sont réalisées – porte en elle-même **les risques liés à la performativité et à la sédimentation de la jurisprudence**. Elle porte avec elle **le défaut de la sclérose et un risque de perte d'inventivité juridique**.

Le deuxième point vise à souligner un autre angle : **le fait qu'il y a des finalités différentes et donc une différence de nature entre la justice prédictive et les barèmes construits**, le propos s'appuyant sur des barèmes construits au sens de barèmes officiels. C'est d'ailleurs le terme de barèmes officiels qui a été considéré plus juste.



La justice prédictive ne peut pas être l'avenir du barème construit, ou du barème officiel, et elle ne saurait pas le remplacer.

La justice prédictive ne peut pas être l'avenir du barème construit, ou du barème officiel, et elle ne saurait pas le remplacer.

Stéphane Gerry-Vernières s'appuie ici sur quelques illustrations pour argumenter ses propos. La première fut celle du barème d'indemnités de licenciement sans cause réelle et sérieuse. Comme cela a été démontré par plusieurs recherches, le nouveau barème obligatoire conduit à une réduction substantielle des indemnités de licenciement qui peuvent être octroyées aux salariés. C'est une question de politique juridique. Sous cet aspect, on ne peut que constater que l'outil de justice prédictive ne peut absolument pas avoir la même finalité que le barème des indemnités de licenciement qui, lui, va, en se focalisant sur un seul critère, gommer une ou plusieurs dimensions de l'indemnisation, et notamment, la fonction punitive de l'indemnité, qui est pourtant présente dans les décisions de justice.

Ce constat pourrait être fait à plusieurs reprises, mais construire un barème sur la prestation compensatoire, tant que l'on ne connaît pas la finalité exacte de la prestation compensatoire, tant que l'on ne s'arrête pas dessus, c'est un travail très difficile. On peut faire le même constat

à propos de tous les barèmes officiels que l'on cherche à construire.

Enfin, dans l'élaboration de ces barèmes construits il y a des choix politiques. Stéphane Gerry-Vernières estime qu'il est **plus satisfaisant de discuter des choix politiques qui président à l'élaboration d'un barème que de laisser penser dans ces situations qu'il existe des rationalités dans le magma des décisions de justice.** Pour elle, **il faut sortir les barèmes de l'ombre**, pouvoir en discuter et les mettre dans le débat.

Bruno Deffains, quant à lui, revient sur les questions des objectifs divergents entre le barème et justice dite prédictive.

Une partie des interrogations que soulèvent les relations entre le calcul et le droit est, selon lui, relativement récente ou, tout au moins, datée du milieu du XX^e siècle. S'appuyant sur les propos du mathématicien Siméon Denis Poisson qui, en 1837, citait Turgot « *qui concevait tout l'avantage que les sciences morales et l'administration publique peuvent retirer du calcul des probabilités, dont les indications sont toujours précieuses, lors même que, faute de données suffisantes de l'observation, il ne peut conduire aux solutions complètes des questions*⁴ », Bruno Deffains revient sur les relations entre le droit et les statistiques. Pour lui, la problématique de justice prédictive n'est pas en soi une nouveauté, elle est relativement ancienne. Elle vise à améliorer la connaissance du système judiciaire en particulier et de son fonctionnement. À la notion de « justice prédictive », Bruno Deffains préfère la terminologie de « justice quantitative » ou « de traitement statistique des données judiciaires » beaucoup plus appropriée. Du point de vue de l'économiste du droit, l'intitulé de la table ronde – « des barèmes à la justice prédictive ? » – ne souffre pas vraiment de discussion. Les barèmes ne vont pas conduire à la « justice prédictive » selon lui. Tout au plus, la question posée est celle de savoir dans quelle mesure les modes de pensée, le mode de raisonnement qui prévaut dans le domaine de la justice prédictive peut aider à mieux appréhender les barèmes.

Bruno Deffains pense en effet que tout professionnel du droit, tout conseil lors de la préparation d'un procès en particulier, a besoin d'être en mesure de guider le justiciable en lui donnant ce type d'information. C'est l'une des premières questions posées et qui conduira à s'interroger sur l'issue probable d'une affaire. Pour lui, **la finalité première du barème**, en faisant la part des choses entre les barèmes dits constatés et les barèmes construits, **est d'être, non pas en recherche d'une solution probable, mais plutôt en recherche d'une solution souhaitable**, au regard d'un certain nombre de critères. Ces critères doivent être clairement posés et établis, la transparence s'imposant en la matière, et de choix politiques, ce que reflète finalement la construction par nature d'une barémisation.



La fonction de la barémisation est incitative, interprétative. Elle vise à réduire l'incertitude. Elle vise à resserrer le maillage normatif et de constituer une aide à la décision.

Il voit donc d'emblée **une distinction à faire entre solution probable et solution souhaitable**. Le probable n'est nécessairement pas souhaitable, pas plus que souhaitable ne traduit par nature une probabilité plus forte pour déterminer l'issue d'une procédure, d'un contentieux en particulier. Pour Bruno Deffains, **la fonction de la barémisation est incitative, interprétative**. Elle vise à réduire l'incertitude. **Elle vise à resserrer le maillage normatif et de constituer une aide à la décision**.

L'analyse statistique pose d'autres questions. Elle pose fondamentalement la question de notre rapport à la technique. Elle est aujourd'hui, si l'on aborde la question sous l'angle des *Legaltech* et de la transformation numérique, un fait social total au sens de Mauss⁵, ce qui implique que la technique n'est pas neutre. Il ne faut surtout pas succomber à un phénomène de mode qui se traduit par une tendance à un peu générale de ce que l'on appelle en anglais le *Legacy*

4. S. D. Poisson, *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile*, Paris, Bachelier imprimeur-libraire, 1837, p.2.

5. M Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques*, Paris, PUF, collection « Quadrige grands textes », 2007 (1925).

metrics, la mesure du droit tous azimuts. Cette tendance pose finalement plus de questions aujourd'hui qu'elle ne résout de problèmes. C'est vrai d'une façon générale et c'est vrai en particulier par la barémisation.

La barémisation pose un certain nombre de problèmes à commencer par celui **de la primauté du droit** relève Bruno Deffains. Le principe de la construction de méthodes quantitatives repose sur la disponibilité de données et de données massives, de *big data* judiciaire qui repose, à son tour, sur une forme de déterminisme à partir des observations passées. Ce déterminisme à partir des observations passées pose un certain nombre de problèmes tels que des biais, déjà évoqués ; des problèmes d'ordre ontologique sur la primauté du fait constaté sur la règle de droit. C'est la première série de difficultés à laquelle il convient de s'atteler.

Une seconde série de questionnements renvoie aux méthodes et à ceux qui les portent : c'est la **question de la privatisation de la justice**. Laisant de côté les questions de pseudonymisation, d'anonymisation et tous les débats qui ont pu être menés dans la préparation des textes qui ont conduit à disposer d'un début de cadre réglementaire et législatif, Bruno Deffains rappelle que le choix politique a consisté à déléguer à des acteurs privés le portage du traitement de ces données.

Pour lui, il est nécessaire de faire une distinction entre deux types d'approches de la justice quantitative. Il est d'usage en science des données **de distinguer entre les modèles génératifs et les modèles extractifs. Les modèles génératifs sont des modèles qui voient dans la donnée un bien commun à partager, dans le sens d'un intérêt commun** : c'est la capacité, à travers un traitement approprié, de procéder à une collecte adaptée des données, un traitement approprié d'améliorer le service public de la justice.

Rappelant les propos d'Isabelle Sayn sur les limites actuelles sur un plan technique, Bruno Deffains imagine la capacité à développer une approche générative de savoir de connaissances à partir de la donnée, qu'il oppose à ce qu'il appelle **le modèle extractif, qui se définit comme un modèle qui consiste à extraire tout ce que l'on peut de la donnée dans un souci spécifique : celui de produire de la valeur pour les acteurs, pour ceux qui développent ces solutions.**

Sans critiquer les *start-up* qui, jusqu'à la preuve du contraire, ne sont pas des entreprises à mission particulière, Bruno

Deffains suggère d'approfondir la réflexion sur la raison d'être de ces *Legaltech*. Sans être totalement certain que les incitations dans le cadre du développement de modèles extractif, par rapport à la finalité précédente d'améliorer le service public de la justice, soient si alignées que cela, il pense **qu'une réflexion est nécessaire pour mieux comprendre l'utilité sociale de ces données.**

Partant du constat que les méthodes statistiques en cause sont des méthodes relativement standardisées et banalisées, ce n'est pas sur le plan de la technique que les choses se jouent, c'est sur le plan de la finalité de l'utilisation de ces données.

Quant aux modèles, Bruno Deffains affirme que la réflexion devrait porter notamment sur la nécessité d'aller vers **une hybridation entre les modèles génératifs et les modèles extractifs.**

Au regard de ces considérations générales, si la question posée laissait supposer une évolution possible de la barémisation vers la justice prédictive, pour sa part, il ne veut pas voir dans le développement de cette forme de quantification des données judiciaires l'issue de la barémisation. La barémisation, comme cela a été dit, en évoquant le fonctionnement démocratique de la justice dans l'intérêt des justiciables, relève d'une autre logique.

La seule question qui vaille, pour Bruno Deffains, est celle de savoir **dans quelle mesure il est possible de mobiliser ces méthodes pour améliorer, d'une manière générale, la qualité des outils d'aide à la décision des acteurs du droit.** C'est une question normative avant tout qui est posée par rapport au barème construit.

Pour sa part, il est plutôt tenté **de voir dans la justice prédictive un risque d'appauvrissement de la fonction normative des barèmes, parce qu'elle repose sur des régularités statistiques.** Il ne croit pas que la primauté du droit puisse se réduire à l'identification de régularités statistiques. Ces régularités sont informatives. Elles peuvent améliorer la compréhension du système. Elles peuvent aider à définir des stratégies contentieuses, mais pas plus.

Cela ne signifie pas, bien évidemment, qu'il ne faut pas mobiliser les outils en question. Pour Bruno Deffains, il faut simplement **les manipuler avec une précaution extrême**, en ne cherchant pas à leur faire dire plus qu'ils ne peuvent. Le risque, ce serait de basculer dans des conflits de normes.

La justice n'est pas neutre. Elle impose sa propre normativité. Si question il y a, c'est plutôt de mettre ces méthodes au service de la barémisation, d'en faire éventuellement une composante. Mais pour cela, encore convient-il de bien réfléchir à la place des outils dans le débat public. C'est la chose publique, elle seule, qui pourra guider la réflexion.

Soulignant ce qu'Isabelle Sayn a parfaitement exprimé précédemment, **la question est, selon lui, celle des modalités de construction de ces outils, avec un impératif qualifié presque catégorique : la transparence absolue qui doit permettre d'améliorer effectivement la compréhension.**

Pour terminer, en reprenant les propos d'Harold Épineuse à partir de sa lecture de Lee Loewinger, Bruno Deffains estime que non seulement **il n'est pas question de remplacer le travail de la doctrine et le travail de la justice, plus généralement, par la science du calcul, mais essentiellement, de réfléchir au moyen de mettre la science du calcul au service du travail des magistrats, du travail de la doctrine.** Il pense que c'est uniquement dans ce sens que l'on évitera les écueils nombreux qui jalonnent les réflexions actuelles autour de la transformation numérique du droit. Une autre question absolument essentielle pour lui est celle de **la formation.** La meilleure façon d'appréhender ces questions, **c'est de veiller à une formation initiale plus appropriée,** ne pas avoir peur justement de ces méthodes

il n'est pas question de remplacer le travail de la doctrine et le travail de la justice, plus généralement, par la science du calcul, mais essentiellement, de réfléchir au moyen de mettre la science du calcul au service du travail des magistrats, du travail de la doctrine.

pour se les approprier. Mais c'est aussi, et peut-être avant tout, **une formation continue des magistrats qui doit intervenir.** La demande est forte pour mieux s'approprier ces questionnements et il en va de même pour les professionnels du droit en général. Les incubateurs, les barreaux ont tout intérêt à assurer une formation continue. **Il ne s'agit pas simplement de présenter les outils, mais de comprendre les effets que ces outils vont avoir dans les pratiques des juristes, d'une façon générale.**

Maître Alexis Chabert souhaite commencer par quelques remarques liminaires. **La première remarque repose sur les points communs de ces outils** car ils sont et devront demeurer, **des outils d'aide à la décision.** Il s'agit ici de ne pas penser uniquement à la prise de décision judiciaire, mais à tout le processus de conseil et tout le processus de définition d'une stratégie judiciaire ou d'une stratégie juridique de manière plus large. Effectivement, que ce soit un barème ou que ce soit un outil de « justice prédictive » ou « prévisionnelle », pour Alexis Chabert, cela reste des outils au service des juristes, des avocats, des juristes dans les directions de l'entreprise ou des magistrats. Le deuxième point commun concerne l'objectif majeur de ces outils : **réduire l'aléa judiciaire.** Lorsque les justiciables viennent réclamer un conseil, l'une des premières questions ou l'un des objectifs qu'ils cherchent à obtenir de la part d'un avocat, quel qu'il soit, c'est : quel est le risque judiciaire ? Quelles sont les chances de succès de l'action qu'ils souhaiteraient que l'avocat entreprenne pour eux, parce qu'ils estiment être dans une situation qui est effectivement préjudiciable et ils veulent mettre en œuvre un procès. **L'objectif de ces outils de barémisation de justice prédictive est d'arriver à quantifier ou à analyser plus finement ce risque judiciaire qui est véritablement prégnant dans l'esprit des justiciables** – c'est-à-dire éviter d'engager des procédures parfois coûteuses, sans aucune chance de gagner.

La deuxième remarque porte sur les différences majeures qui sont, pour Alexis Chabert, de trois ordres : **le barème, une fois déterminé, est fixe.** Il peut évoluer au fil du temps, mais une fois déterminé, le barème peut être appliqué tel quel par les uns ou les autres. **La « justice prédictive » résulte d'une analyse de la jurisprudence qui est par nature évolutive.** Si la base de données évolue au fur et à mesure que les décisions de justice sont rendues, l'analyse de justice prévisionnelle peut évoluer.

Il y a une différence majeure entre un barème qui est fixe et une analyse jurisprudentielle qui, par nature, va évoluer avec le temps. L'écueil sera de voir l'analyse se lisser dans le temps, puisque plus les magistrats utiliseront ces outils et adapteront leur décision à l'analyse passée, plus leurs décisions se ressembleront, et donc plus l'outil ne servira à rien. La justice prédictive finira par tuer la justice prédictive, selon lui, puisque si toutes les décisions de justice se ressemblent, il n'y a plus d'analyse différentielle de la jurisprudence.

Le deuxième point de différence majeure, soulevé également par Isabelle Sayn, c'est que **l'outil de barémisation s'attache à un point particulier, une problématique juridique et un point qui est quantifiable**, que ce soit en termes de *quantum* d'une pension alimentaire, d'une prestation compensatoire ou d'une peine appliquée en fonction des situations données. Là, la justice prédictive est beaucoup plus globale, puisque la capacité d'analyse des algorithmes de justice prédictive ne s'arrête pas uniquement au *quantum* des décisions, mais à tous les faits et les problématiques juridiques qui sont visées dans la décision, la limite étant la retranscription que les magistrats et les greffiers font des faits de l'espèce, des arguments juridiques de l'espèce et des motifs de leur décision. On retrouve donc tous ces éléments dans la décision de justice et les algorithmes analysent, de manière imparfaite, tous ces éléments, pour donner effectivement des informations et certainement pas une prédiction de décision de justice.

La troisième différence majeure c'est **la transparence**. Le niveau de connaissance de l'existence d'un barème varie en fonction des différents acteurs et du justiciable, *in fine*. La justice prédictive se veut être un outil beaucoup plus transparent, puisqu'il serait basé sur des décisions de justice qui ont été rendues. Ces décisions de justice sont par nature publiques et dont tout le monde peut en avoir connaissance. La loi de 2016 qui permet d'avoir accès de manière numérique à l'ensemble des décisions de justice devrait permettre à tout le monde d'avoir accès à l'ensemble des décisions de justice. Il est alors permis, selon Alexis Chabert, d'imaginer que l'outil de justice prédictive est peut-être plus transparent dans son approche, puisqu'il se fonde sur des décisions qui sont publiques et donc qui sont connues de tous.

En ce qui concerne **l'utilisation de ces outils par les professionnels du droit** que sont les avocats, Alexis Chabert estime qu'en réalité **les barèmes sont utilisés quotidiennement dans la pratique en matière d'indemnisation du préjudice corporel et en matière de pension alimentaire**. Ces barèmes connus sont diffusés effectivement par le Conseil national des barreaux et par le ministère de la Justice. **Il n'y a pas d'ambiguïté sur l'acceptation par la profession de l'utilisation de ces barèmes.**

L'objectif, très souvent, est de plaider au-dessus de la norme ou en dessous de la demande de barème selon la qualité du justiciable. Les avocats ont en effet appris, souligne-t-il, à travailler avec ces outils et notamment à

argumenter pour se départir des barèmes, lorsqu'il le faut. La matière du droit social est ici significative de l'adaptation des professionnels et des avocats spécialisés qui ont réfléchi à des méthodes pour aller au-delà des barèmes, lorsqu'ils défendent des salariés, ou pour aller en deçà des barèmes, lorsqu'ils défendent des employeurs.

Il n'y a pas d'ambiguïté sur l'acceptation par la profession de l'utilisation de ces barèmes.

Mais si l'utilisation de ces outils est parfaitement acceptée, elle se révèle restreinte. En effet, pour Alexis Chabert, ces outils sont encore imparfaits et ce, pour une raison majeure : c'est qu'ils sont fondés sur la donnée de jurisprudence qui est pour l'instant encore limitée, compte tenu des problématiques d'anonymisation qu'il a fallu traiter au préalable de la numérisation globale des décisions de justice.

Après ces remarques introductives, Alexis Chabert propose d'aborder la question de la table ronde à partir de cinq questionnements.

Comment fonctionnent ces outils ? Et pourquoi est-ce important pour l'utilisation de ces outils ? La justice prédictive c'est la rencontre du *big data*, de la donnée jurisprudentielle, avec des algorithmes mathématiques qui viennent analyser cette donnée. Pour l'instant, ces outils sont peu, voire pas utilisés car les bases de données de décision de première instance et d'appels sont encore dans leurs premiers balbutiements, concède Alexis Chabert. L'analyse statistique des décisions de justice est donc faussée. Pour que celle-ci est du sens, il faudrait que l'analyse porte non pas sur 10, 15 ou 50 décisions, mais sur des milliers. Pour Alexis Chabert, quand les outils et les plateformes de justice prédictive auront accès à ces bases de données, là, leur outil pourra devenir performant voire très performant.

Deuxième élément à prendre en considération, c'est **l'algorithme**. L'algorithme est la manière dont sont traitées les données jurisprudentielles et comment elles sont analysées. La technique est aujourd'hui assez bien connue. La question à se poser ici, pour Alexis Chabert, est de savoir

ce qui est mis en avant dans ces algorithmes. Plus encore, la question fondamentale qui se pose est celle du contrôle de ces algorithmes. En effet, pour lui, l'utilisation de ces outils va impliquer la nécessité de mettre des garde-fous, des contrôles, de la part soit du ministère de la Justice, soit des professionnels dans leur manière d'apprécier et d'utiliser les résultats de ces outils de justice prédictive.

Quels sont les objectifs de contrôle sur lesquels doivent travailler, de part et d'autre, avocats et magistrats ?

Sur les bases de ces données, pour Alexis Chabert, il faut donc **contrôler que les outils de justice prédictive utilisent des bases de données exhaustives**. En la matière, il existe deux écoles : certains outils donnent accès à la jurisprudence, et à ce qu'ils ont analysé pour donner l'analyse quantitative du risque ; et d'autres outils qui ne donnent pas accès à la jurisprudence. **La transparence nécessite d'avoir toujours accès à la jurisprudence**. Pour Alexis Chabert, c'est un des enjeux de fiabilité et de confiance dans les résultats de ces outils de justice prédictive.

Un second contrôle doit porter sur la manière dont fonctionnent ces algorithmes. Ces outils sont parfois dotés d'intelligence artificielle et l'intelligence artificielle s'auto-alimente et apprend – c'est ce que l'on appelle le *deep learning* –, mais, pour Alexis Chabert, il sera toujours impossible de dire comment un algorithme fonctionne vraiment.

Enfin, le contrôle de ces outils pourra se faire par **la diversité** même. Alexis Chabert estime en effet, que la justice prédictive ne doit pas être l'apanage d'un outil numérique créé par le ministère de la Justice uniquement. Il fait ici référence à *DataJust*, évoqué en introduction de cette table ronde par Harold Épineuse. Sans porter la critique sur l'intention du ministère de la Justice à cet égard, Alexis Chabert croit que cette volonté du ministère doit s'accompagner d'une volonté privée, des acteurs privés du marché qui doivent effectivement proposer différentes solutions. Selon lui, **la comparaison entre les résultats de ces différentes solutions permettra un contrôle autonome de la pertinence des résultats**. La concurrence paraît saine pour imaginer un contrôle de ces acteurs, que ce soit des acteurs étatiques ou des acteurs privés. Alexis Chabert prend pour exemple le travail en cours mené à l'incubateur du barreau de Lyon où les résultats de cette solution viennent se confronter aux résultats des autres solutions.

Quelle est la véritable performance possible de ces outils par rapport aux outils de barème ?

La notion de performance de ces outils par rapport au barème tient au fait qu'il s'agit de dépasser, selon Alexis Chabert, l'analyse quantitative d'un risque indemnitaire. La vraie différence entre le barème et la justice prévisionnelle ou les outils de justice prévisionnelle ou prédictive, est que ces outils vont s'attacher à analyser des sujets qui sont bien différents de la quantification, financière par exemple, ou de la quantification du risque de condamnation pénale. Pour lui, ils vont analyser le risque de condamnation en tant que tel.

Pour mieux l'illustrer ses propos, Alexis Chabert prend quelques exemples. Aujourd'hui, son métier ne consiste pas uniquement à analyser la condamnation financière d'une entreprise, s'il est reconnu qu'elle a mal exécuté un contrat. La première partie du métier des magistrats c'est de déterminer si, par exemple, la rupture du contrat est fautive sur la base d'analyses factuelles des conditions de la rupture. Le barème ne sert à rien en cette matière. En revanche, l'analyse de la jurisprudence et de l'ensemble de la jurisprudence sur la rupture de contrat du même type peut être intéressante pour caractériser la gravité de l'inexécution fautive qui est plaidée par l'une partie et qui est contestée par l'autre. Là, pour Alexis Chabert, il existe un avantage supérieur de l'outil de justice prédictive : celui de ne pas prédire la décision, mais de donner une vision plus globale de la manière dont telle ou telle faute a été appréciée par l'ensemble des juges qui ont eu à en connaître. Dès lors, pour Alexis Chabert, la stratégie judiciaire peut être affinée grâce à une analyse plus globale de la jurisprudence sur des faits fautifs, sur l'analyse factuelle de ces faits fautifs.

Pour lui, si l'outil d'analyse statistique ne remplace pas le processus de prise de décision, en revanche, il permet de connaître de manière statistique les chances de succès d'un tel contentieux, et dans le rôle de conseil, pour Alexis Chabert, c'est essentiel.

Autre exemple : un cabinet d'avocats plaide, souvent, l'annulation de contrats pour des raisons de dol, de contrats de cession d'entreprises. Parfois, il arrive que les acquéreurs se plaignent d'avoir été mal informés sur l'état de la situation de l'entreprise. Effectivement, connaître et savoir que sur les 100 décisions qui ont été rendues par tel ou tel tribunal, le dol n'a été jugé qu'une seule, deux, trois ou

dix fois, cela a une valeur dans le conseil que l'avocat peut donner à ses clients. Cela a une valeur qui est assez importante de dire : c'est un sujet juridique complexe et force est de constater qu'obtenir d'un magistrat qu'il annule un contrat pour dol, c'est statistiquement assez rare. Cela ne fait pas dire autre chose que le sujet est délicat. Cela ne fait pas dire que statistiquement, il y a 90 % de chances de perdre ce dossier. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il ne s'agit pas d'un bon dossier et que l'avocat ne se retrouverait pas dans les 10 % s'il plaiderait ce dossier. Mais c'est une information que les clients réclament et qui peut être donnée grâce à ces outils.

Il y a d'autres limites à prendre en compte, pour Alexis Chabert, au-delà de la limite sur la nature de l'information de ces outils : à savoir la limite liée aux faits, à l'analyse des faits. En effet, ce que ne laisse pas montrer ces outils de justice prédictive et ces plateformes, à laquelle il est confronté aujourd'hui dans l'exercice de sa profession, c'est que bien souvent, un dossier se gagne sur la capacité à démontrer des faits allégués, et notamment s'il y a des preuves du caractère fautif du comportement de tel ou tel acteur.



L'enjeu de ces statistiques, c'est peut-être de conduire à renoncer plus systématiquement à des procès,

Aujourd'hui, pour Alexis Chabert, l'avocat gagne bien plus facilement un dossier grâce à des pièces nombreuses qu'il est capable de produire et d'apporter pour étayer ses arguments. C'est bien plus difficile à gagner lorsqu'il n'a aucune pièce à fournir aux magistrats. Ici l'outil de justice prédictive est incapable de donner effectivement la nature des pièces qui ont été produites au débat, puisque l'outil de justice prédictive, par nature, fonde son analyse sur ce qui est reporté dans la décision de justice.

A partir de ce moment-là, ces outils resteront des outils et ne remplaceront pas le rôle de conseil, ne remplaceront pas le rôle du magistrat, puisque le magistrat va devoir effectivement apprécier un dossier en fonction des documents, de la matière qui est étrangère à ces outils de justice prédictive.

Quels sont les risques ?

Pour Alexis Chabert, il importe d'avoir conscience que le justiciable qui aura accès peut-être demain à ces outils en direct, avec la méconnaissance qu'il peut avoir du fonctionnement juridictionnel en France et du droit de manière générale, pourrait, à la lecture d'une statistique défavorable, renoncer à un procès. C'est un risque que les juristes devront prendre en compte pour alerter la justice du caractère de ces outils.

L'enjeu de ces statistiques, c'est peut-être de conduire à renoncer plus systématiquement à des procès, parce que l'analyse statistique a donné une vision négative, là où le dossier aurait mérité d'être porté devant les tribunaux.

L'autre enjeu, vis-à-vis des magistrats cette fois, c'est **un certain déterminisme**. Demander à un magistrat de statuer dans un sens différent, alors que des dizaines de jurisprudences vont dans un sens prédéterminé se révèle plus compliqué et c'est, pour Alexis Chabert, un point qu'il faut travailler.

La formation est, selon lui, essentielle : il faut apprendre, que ce soit à l'école des avocats, à l'École nationale de la magistrature, à utiliser ces outils de manière intelligente. Pour Alexis Chabert, il ne faut pas faire comme s'ils n'existaient pas. Il faut les utiliser pour ces outils sont à savoir des outils d'aide à la décision et des outils d'aide à l'analyse. **La formation doit intégrer effectivement ces outils pour savoir comment ils fonctionnent, comment ils ont été constitués, quelles informations ils donnent et quelle est l'importance de ces informations dans le processus judiciaire.**

Est-ce qu'on va passer des barèmes à la justice prédictive, au robot-juge ?

Alexis Chabert conclut son intervention sur la question du robot-juge. Certains pensent que la justice prédictive aboutirait au fameux robot-juge. Certains acteurs de la justice prédictive ont effectivement imaginé créer des algorithmes intelligents qui rendraient des décisions après avoir appris le droit. Alexis Chabert n'exclut donc pas demain l'avènement du robot-juge. Et la question du prochain colloque sera non plus « du barème à la justice prédictive ? » mais « de la justice prédictive au robot-juge ? ». Toutefois, quoiqu'il se passe, Alexis Chabert croit que les juristes conserveront un rôle absolument majeur dans l'utilisation de ces outils pour que la justice reste un pilier de la démocratie.

De ce colloque, **Valérie Sagant** retient que les interventions et les débats ont permis de faire ressortir les enjeux de la barémisation de la Justice qui ont trait aux modalités des barèmes, à l'importance de la participation des magistrats à leur construction, à la nécessaire transparence de ces modalités de construction et au rôle démocratique des magistrats qui renvoie à la question des marges souhaitables de leur liberté. Surtout, la dernière table ronde a permis d'ouvrir de nouvelles pistes de réflexion déjà engagées et soutenues par la Mission⁶. Le débat, conclut-elle, mérite de prospérer.

6. Voir l'appel à projets « Les enjeux de la construction d'une justice prévisionnelle dans un contexte d'émergence d'un marché économique des outils d' "intelligence artificielle" » lancé en 2019, et les projets de recherche retenus et dirigés l'un par Yannick Gabuthy, *Une analyse économique du marché des plateformes juridiques en ligne* et l'autre par Aurore Hyde et al., *Droit et intelligence : quelle régulation du marché pour des outils de justice prévisionnelle dignes de confiance ?*, et dont l'achèvement est prévu en 2023.

Programme du colloque « Barémisation de la justice »

LA BARÉMISATION DE LA JUSTICE

Cour de cassation - 17 décembre 2020

PROGRAMME

9h - Accueil des participants

9h30 – Ouverture

Valérie SAGANT, directrice de la Mission de recherche Droit et Justice

Les travaux ont montré les enjeux et les points de tension des “barèmes” dans la prise de décision. Les professionnels sont nombreux à reconnaître l’importance de la cohérence des décisions judiciaires, mais cette exigence s’accompagne toujours d’une autre exigence tout aussi puissante : celle de l’indépendance des magistrats. À travers trois contentieux types, il s’agit de faire le point sur l’objectivation des pratiques, tout en replaçant ces outils d’aide à la décision dans le fonctionnement général de la justice.

9h40-10h20

Notion(s) et construction des “barèmes”

Présidence

Valérie SAGANT

Directrice de la Mission de recherche Droit et Justice

Myriam DORIAT-DUBAN, professeure en sciences économiques, Université de Lorraine

Que peut-on attendre de la mise en place d’un barème : que nous apprennent les travaux en économie du droit ?

Isabelle SAYN, directrice de recherche CNRS en droit, Université de Lyon

Outils d’aide à la décision, barèmes, lignes directrices, référentiel : quelle notion pour quelle justice

Yannick JOSEPH-RATINEAU, maître de conférences en droit et sciences criminelles, Université Grenoble Alpes

L’absence de barème dans le champ pénal : mythe ou réalité ?

10h30-11h15**Entre indépendance revendiquée des magistrats et nécessaire cohérence des décisions judiciaires : approches pratiques****Présidence****Kathia MARTIN-CHENUT**

Directrice adjointe de la Mission de recherche Droit et Justice

Cécile BOURREAU-DUBOIS, professeure en sciences économiques, Université de Lorraine

Barème de pension alimentaire et disparité des décisions : les enseignements d'une enquête expérimentale auprès des auditeurs de justice

Marielle PICQ, maîtresse de conférence en droit privé et sciences criminelles, Université Grenoble Alpes
Les pratiques juridictionnelles d'indemnisation du licenciement injustifié : l'application d'un barème ?

Rachel VANNEUVILLE, chargée de recherche CNRS en science politique, ENS Lyon **et Antoine PÉLICAND**, enseignant-chercheur en sociologie, Université Jean Monnet Saint-Étienne
L'extension de l'usage des barèmes : quelques facteurs explicatifs ?

POUR ALLER PLUS LOIN

Ressources en ligne :

<http://www.gip-recherche-justice.fr/?s=barémisation>

11h30-12h30**Débat : « Des barèmes à la justice prédictive ? »****Table ronde animée par****Harold ÉPINEUSE**

Secrétaire général adjoint de l'Institut des hautes études sur la Justice

Me Alexis CHABERT, avocat associé Delsol Avocats, membre du Conseil de l'Ordre (Lyon), président de la commission innovation et exercice du droit

Stéphane GERRY-VERNIÈRES, professeure de droit et sciences criminelles, Université Grenoble Alpes

Bruno DEFFAINS, professeur d'économie du droit, Université Paris 2 Panthéon-Assas

Isabelle SAYN, directrice de recherche CNRS en droit, Université de Lyon



www.gip-ierdj.fr

Institut des Études et de
la recherche sur le droit
et la Justice

47 bis rue Vinaigriers
75010 Paris

