



HAL
open science

Les états généraux de la recherche sur le droit et la justice

Isabelle Sayn

► **To cite this version:**

Isabelle Sayn. Les états généraux de la recherche sur le droit et la justice : Atelier 5 : La barémisation de la justice. Les États généraux de la recherche sur le droit et la justice, Mission de recherche Droit et Justice; Secrétariat d'État en charge de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Jan 2017, Paris, France. halshs-01620353

HAL Id: halshs-01620353

<https://shs.hal.science/halshs-01620353>

Submitted on 20 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Table ronde « barème »

Isabelle Sayn
DR CNRS

Isabelle.sayn@cnrs.fr

La place des barèmes et plus largement des outils d'aide à la décision dans le fonctionnement du droit et de la justice est une question dont l'actualité est renforcée par le développement de ce que l'on appelle, abusivement, la justice prédictive.

Juridicité, légalité et légitimité des outils d'aide à la décision

D'emblée, dans une approche positiviste, on peut s'interroger sur la juridicité et sur la légalité de ces outils : un barème est-il une règle de droit ? (juridicité), le juge peut-il légalement utiliser un tel outil ? (légalité). Le point de savoir si un barème est bien une règle de droit ou s'il relève de la catégorie du droit « souple » est une question théorique que l'on peut dépasser. On peut en effet considérer que, quoiqu'il en soit, c'est un outil qui s'insère dans le fonctionnement de la justice, qui y produit des effets, et qui mérite d'être observé à ce titre, en tant qu'il participe au phénomène juridique - y compris par des juristes. Quant à la légalité de l'usage des barèmes par les magistrats, ce point semble aujourd'hui réglé. On sait que des barèmes sont utilisés (droit de la famille et indemnisation des préjudices corporels notamment), mais leur usage reste souvent occulte : il n'y est pas fait expressément référence dans la rédaction des décisions de justice. Cela arrive cependant et la Cour de cassation, saisie sur ce point, a admis l'usage de barèmes, dès lors que la décision rendue ne repose pas exclusivement sur les résultats qu'ils proposent. Il ne saurait y avoir automaticité et la motivation de la décision doit s'appuyer sur les critères légaux de décision.

Ces réponses ne permettent cependant pas d'avancer sur le terrain de la légitimité de ces outils. Quel que soit le barème dont il s'agit, dès lors qu'il est créé par un acteur du droit, se pose la question de son contrôle. On pense au « contrôle vertical » d'outils qui, reconnus comme une règle de droit, pourraient être soumis aux contrôles correspondants (contrôle de légalité au sens large). On pense surtout au « contrôle horizontal » de ces outils, appréhendés comme des faits. A condition de dépasser les réticences des professionnels du droit à informer sur l'usage qu'ils font de ces outils, leur usage et la façon dont ils ont été construits pourraient entrer dans le débat contradictoire qui oppose les parties à l'instance. Ils deviennent en tout cas, dans la période récente, un objet d'analyse et de débat, non seulement parce qu'ils semblent porter atteinte à la singularité des décisions de justice mais aussi parce que leur construction impose de faire des choix, même implicites, de sorte qu'ils véhiculent nécessairement une forme d'interprétation du droit, y compris lorsqu'ils sont générés automatiquement (par exemple des outils générés par des statistiques faites à partir de bases de données de décisions antérieures).

Renoncer à la singularité des décisions juridictionnelles ?

La thématique des barèmes s'est imposée progressivement dans le champ du droit et du fonctionnement de la justice dans une double perspective, que l'on peut lire dans les premiers rapports ayant préconisé l'usages de barèmes. La première est très pratique : il s'agit de répondre à une préoccupation managériale, les barèmes étant conçus comme autant d'outils d'aide à la décision pour faciliter le travail des magistrats et partant leur faire gagner un temps précieux. Dans cette perspective, et en poussant la logique prêtée à ses outils au plus loin, émerge l'inquiétude d'outils qui pourraient remplacer à terme les magistrats ou à tout le moins qui aboutiraient à limiter leur pouvoir souverain d'appréciation, pouvoir qui constitue, parallèlement à l'autorité spécifique de leurs décisions, le fondement de leur activité. Cependant, avant d'arriver à cette extrémité, on peut envisager la fabrication d'outils qui restent des outils d'aide à la décision, sans pour autant tendre à remplacer les magistrats, en particulier lorsque ces outils sont d'origine professionnelle et n'ont par hypothèse aucun caractère obligatoire pour les juges. Au-delà de la seule préoccupation économique, on peut considérer en outre qu'il est de bonne gestion que les magistrats ne perdent pas leur temps à des activités qui peuvent être simplifiées par le recours à des outils prévus à cet effet et utilisent leur compétence pour des tâches plus complexes.

La seconde perspective est une perspective de prévisibilité et de répétabilité des décisions, ces deux notions étant nécessairement jointes : la prévisibilité suppose que deux espèces comparables soient traitées de façon comparable. Elle suppose donc la répétabilité des décisions. Cette préoccupation est relativement nouvelle : elle est liée à la possibilité matérielle d'une part d'accéder à un nombre important de décisions rendues par les juges du fond, d'autre part de comparer, même grossièrement, ces décisions. Cette préoccupation ne peut donc que s'affirmer avec le mouvement de *l'open data*, auquel l'ensemble des décisions de justice est dorénavant ouvert, et le développement corrélatif des fouilles de données textuelles. Cette évolution de fond est nettement plus « révolutionnaire » que la perspective managériale et engage des débats autour de la fonction de juger comme autour de la qualité de la justice. En effet, dès lors que les décisions rendues sur un contentieux donné sont comparées (et quelle que soit la qualité de la comparaison), en particulier les décisions fixant un quantum (pensions alimentaires, prestation compensatoire, indemnisations, peines...), les décisions de justice ne peuvent plus être conçues comme répondant à autant d'affaires singulières prises isolément. La conception d'un travail artisanal du magistrat est mise à mal et le caractère sériel, voire répétitif, de son activité est mis en lumière : parallèlement à la singularité des situations individuelles, humainement irréductibles, il existe des récurrences factuelles qui permettent voire justifient d'envisager un traitement de masse. C'est alors la qualité à la fois des décisions de justice et de la justice elle-même qui est questionnée : la qualité d'une décision peut dorénavant être appréciée – à tort ou à raison - par comparaison avec des décisions rendues dans des espèces jugées similaires, et la qualité de la justice peut être appréciée à l'aune de sa capacité à produire des décisions comparables dans des situations comparables – ou à sa capacité à justifier les différences identifiées.

Il n'est donc pas étonnant que la question des barèmes s'impose comme une question centrale de la recherche sur le droit et la justice. Ce n'est pas seulement un outil technique qui permet de gagner du temps. C'est aussi un outil dont les développements très probables, via le *data mining*, imposent de repenser le fonctionnement de la justice : alors que dans une première période, c'est un outil issu des praticiens dont l'usage était limité, il tend à devenir un outil en voie de généralisation, issu des

progrès de l'intelligence artificielle, utilisé non seulement par les magistrats dans le cadre de leur activité mais aussi par des usagers soucieux d'évaluer leur propre chance de succès en justice ou plus largement d'évaluer la justice.

Cette filiation entre barèmes et développement des analyses automatisées des décisions de justice ne va pas de soi, et il importe en premier lieu de se demander ce qu'il convient d'entendre par le terme « barème ». Il conviendra ensuite de s'interroger sur les usages de ces outils et, partant, sur les limites des analyses automatisées des décisions de justice.

Des barèmes aux algorithmes ?

D'un point de vue très matériel, un barème peut prendre diverses formes : un tableau reproduit en format « pdf » proposant un résultat chiffré à la croisée de critères proposés comme pertinents, une application informatique permettant de calculer un montant, solution qui permet de multiplier les critères de décision retenus et d'enrichir le modèle, un outil d'aide à la décision proposant des options, notamment procédurales, un schéma décisionnel structurant un raisonnement... La sophistication de l'outil peut être un critère de qualité, particulièrement le nombre de critères de décisions retenus, mais sa forme reste sans lien avec son caractère impératif ou facultatif : issu des professionnels, ces outils restent facultatifs. Les magistrats peuvent ne pas les utiliser, ils peuvent les utiliser mais de pas retenir le résultat proposé. Ils peuvent également s'approprier ce type d'outil et l'adapter à leur convenance. Sans doute faut-il considérer l'effet performatif de ces outils – encore à mesurer -, mais il n'en reste pas moins que les magistrats sont maîtres de l'usage qu'ils en font.

La mesure de l'ampleur du phénomène reste délicate, parce que ces outils restent souvent confidentiels. Des travaux de recherche sur cette thématique sont en cours, soutenue par la Mission Droit et Justice. Ils permettront notamment de faire un état des lieux des pratiques juridictionnelles et de constituer à terme une « barèmothèque » dont l'objectif est d'assurer la mise à disposition de la communauté des outils repérés. A ces outils traditionnels doivent aujourd'hui être ajoutés les outils issus du *data mining* et produisant ce que l'on peut qualifier de « barèmes constatés », tendant à fournir un outil d'aide à la décision non plus construits par les professionnels, à partir de leur pratique du droit, mais issus de la lecture automatisée de masses de décisions préalablement rendues. L'évolution du processus de fabrication de ces outils ne semble en effet pas modifier substantiellement leurs usages possibles.

Réduction des incertitudes ou « justice prédictive » ? les usages d'un barème

Les usages attendus des barèmes peuvent être présentés à partir des trois fonctions qu'ils sont susceptibles d'assurer, sachant que la frontière entre ces différentes fonctions n'est pas nette : fonction managériale, fonction instrumentale et fonction politique. La fonction de prédiction mérite d'être discutée.

La fonction managériale fait d'abord référence au gain de temps attendu de l'usage d'un barème, dans un contexte où les moyens de la Justice sont contraints. Mais une autre possibilité, moins immédiatement perceptible, doit être mentionnée : le recours à un barème partagé permet de mieux articuler les relations entre les différents acteurs d'un processus décisionnel, au sein de l'espace juridictionnel (chaîne pénale par exemple, et articulation des interventions des services de police, du parquet et du siège) ou entre l'espace juridictionnel et d'autres intervenants. L'introduction du barème pour fixer la Contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants (CEEE)

dans le fonctionnement des Caisses d'allocations familiales (CAF) en est un bon exemple. Dorénavant, le versement d'une Allocation de soutien familial (ASF) différentielle, dont l'objet est de compléter une pension alimentaire faible à raison des faibles revenus du débiteur, est possible sur la base d'une pension dont le montant est fixé d'un commun accord entre les parents, sous réserve que ce montant soit au moins égal au montant proposé par ce barème. Cette possibilité évite un recours au juge justifié par la seule nécessité de rendre cette pension opposable aux CAF tout en s'assurant que la faiblesse de la pension, ouvrant droit à la prestation différentielle, n'est pas un expédient utilisé par les allocataires pour obtenir un versement injustifié. Poussant la logique plus loin encore, la loi du 18 novembre 2016 prévoit que l'accord privé des parents sur le montant de la pension permettra aux CAF d'agir en recouvrement contre le débiteur dès lors que ce montant, fixé par convention, sera proche de celui proposé par le barème. Cette évolution récente, dans un champ limité, montre que la fonction managériale dévolue aux barèmes englobe également l'idée que ces outils peuvent favoriser les accords et limiter corrélativement le recours au juge, en rapprochant les points de vue autour d'une référence commune, voire en permettant de penser la subsidiarité de l'intervention juridictionnelle. Ici, l'accord des parents dont la validité est contrôlée *a priori* par référence au barème doit écarter le recours au juge. On touche là aux limites de la fonction managériale des barèmes, favoriser des accords pouvant également être considéré comme relevant d'une fonction instrumentale des barèmes.

Les termes de « fonction instrumentale » retenus visent à distinguer les effets liés à l'utilisation de l'outil sur l'activité décisionnelle, du seul fait qu'il constitue un instrument d'aide à la décision, et indépendamment de toute préoccupation gestionnaire. Un barème permet de formaliser le raisonnement suivi : il sélectionne les critères jugés pertinents auxquels il associe un résultat. Il peut également hiérarchiser les critères retenus. Retenir des critères, c'est en creux délaisser d'autres critères, jugés secondaires et donc réduire l'incertitude liée à la nécessaire interprétation du droit (y compris les opérations de qualification juridique des faits qui lui sont associées). Le barème est ainsi un outil qui tend à garantir une meilleure répétabilité et une meilleure prévisibilité des décisions. Ces fonctions sont indissociables, la prévisibilité étant conditionnée par une répétabilité suffisante des décisions. Cette fonction suppose cependant que soit évitée la multiplication des outils ayant le même objet, comme c'est le cas en matière de prestation compensatoire. Elle reste également conditionnée par l'usage effectif de l'outil proposé par l'ensemble des professionnels concernés.

Proposer des critères jugés pertinents, écarter des critères jugés secondaires ou inadéquats, c'est aussi assurer une fonction politique. La fonction politique d'un barème est ainsi de traduire de manière explicite, formalisée, un objectif plus général, déduit de la loi elle-même et dans les interstices de laquelle le barème s'insère. Cette fonction politique s'impose donc y compris s'agissant d'un barème élaboré à droit constant. En effet, alors même que l'outil proposé s'appliquerait à respecter un objectif déduit de la loi, il doit aussi et nécessairement remplir les « angles morts » du texte : des choix de construction du barème sont nécessaires, comme une forme renouvelée d'interprétation du droit. En effet, chercher à réduire les incertitudes afin de favoriser la prévisibilité des décisions, c'est admettre l'hypothèse de l'incomplétude du droit. Un outil d'aide à la décision dont l'objectif est de réduire ces marges d'incertitude conduit donc nécessairement à proposer des interprétations des textes en cause. Simplement, ces choix sont introduits dans un outil plutôt que présentés sous leur forme littéraire traditionnelle, la doctrine. L'explicitation des choix de construction des outils est donc essentielle pour apprécier la teneur de l'outil.

Cette fonction politique est *a priori* inexistante dans des barèmes constatés, qui reproduisent l'existant, qu'ils soient issus d'une construction « artisanale » ou issus d'une analyse automatisée du contenu d'échantillons *a priori* représentatifs de décisions de justice. Les informations qui en sont issues, qu'il s'agisse des critères jugés pertinents pour décider ou de la solution qui y est associée, ne sont que le moyen de dire ce qui a été fait et d'en inférer ce qui pourrait être fait, sous réserve de la liberté d'appréciation des juges - peut-être tempérée du pouvoir performatif de ces outils. Leur neutralité est cependant illusoire, dans la mesure où ces outils imposent nécessairement de retenir des critères de décision et que ces critères sont incapables d'englober l'ensemble des déterminants de la décision du juge. On peut simplement considérer qu'évacuer certains de ces déterminants constituerait un progrès, dès lors qu'ils ne sont pas légitimes. C'est par exemple la présence d'un avocat, qui conduit à fixer une pension alimentaire pour enfant plus généreuse, ou encore le sexe du juge, qui conduit les magistrats femmes à fixer des prestations compensatoires au moment du divorce d'un montant plus modeste. Il est donc essentiel que les critères de décisions qui sont retenus – et ceux qui ne le sont pas – soient explicites, y compris en cas d'analyse automatique. L'utilisation d'un algorithme ne permet pas de faire l'économie d'une réflexion sur la façon dont la mesure a été construite.

Au-delà de la fonction managériale, les fonctions instrumentales et politiques décrites conduisent à relativiser la fonction prédictive prêtée à ces outils. L'outil n'a pas, par construction, la possibilité de rendre compte de la finesse de la décision du juge, parce que certains des déterminants des décisions n'apparaissent pas dans les décisions analysées. Utiliser les résultats produits comme un modèle pour les décisions à venir favorise la répétabilité mais suppose donc d'admettre une réduction du champ d'appréciation des magistrats, désormais limitée aux critères de décision explicites. Cette formalisation est compensée par la possibilité laissée au juge de s'extraire des solutions proposées, ce qui semble constituer une alternative raisonnable pour favoriser la répétabilité des décisions tout en assurant la possibilité de répondre de façon spécifique à des cas d'espèce effectivement singuliers. Le simple fait que ces outils restent facultatifs écarte alors la possibilité d'utiliser l'expression de justice prédictive. Cela dit, il ne faut pas négliger les effets d'entraînement que peuvent avoir ces outils sur les pratiques juridictionnelles. Il est donc essentiel, compte tenu de la fonction politique de ces outils, que les conditions de leur production soient connues et débattues. De même que les barèmes produits artisanalement doivent donner à voir les choix qui ont présidé à leur construction, les algorithmes qui permettent l'analyse automatisée des décisions doivent être mis en débat, de façon à apprécier la pertinence des critères de décision retenus – et des critères de décision négligés. Cette connaissance permettra en outre d'écartier le modèle proposé lorsque, par suite d'une réforme ou d'une évolution jurisprudentielle, les critères retenus ne seront plus pertinents. Ces outils ne peuvent en effet que répéter l'existant, en le réduisant.