

Le management comme alternative à la procédure

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Le management comme alternative à la procédure », in B. Frydman et E. Jeuland, *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 101-110.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman —
<https://benoitfrydman.com/fr/foreword/2011-le-management-comme-alternative-a-la-procedure>

Benoit Frydman

LORSQUE le ministre belge de la Justice présenta son ambitieux plan de réforme de l'organisation judiciaire devant la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles¹, il tint d'emblée à rassurer son public en ses termes : « Ne vous inquiétez pas de mon projet ! Contrairement à mes prédécesseurs, je ne changerai pas un article de vos codes de procédure. Ma réforme est purement managériale ». À cette même occasion, il termina son discours en lançant cette prédiction : « Ma réforme peut très bien ne pas aboutir et le gouvernement peut tomber avant qu'elle ne soit votée au Parlement [ce qui arriva en effet]², mais cela n'a pas d'importance, car mon projet sera nécessairement repris par mes successeurs, quels qu'ils soient ». Et je crois bien qu'il avait raison.

C'est à cette double dimension du management comme mode de régulation des comportements, alternatif, voire concurrent par rapport au droit et à ses procédures, et à l'irrésistible ascension de la logique managériale, à son caractère inéluctable, en particulier dans le domaine de la justice qu'est consacrée la présente contribution.

Celle-ci comporte deux parties. La première esquisse sommairement les racines et les instruments du nouveau management en général et du management judiciaire en particulier (I). La seconde indique quelques unes des difficultés que pose l'application des recettes du nouveau management à la justice, en tentant de montrer en quoi le terrain judiciaire n'est pas un « point chaud » comme les autres de la ligne de front actuelle, mais bien un enjeu essentiel de la bataille que les normes managériales sont en train de livrer aux règles juridiques (II).

I. ORIGINES ET INSTRUMENTS DU NOUVEAU MANAGEMENT

Le nouveau management judiciaire constitue l'application spécifique au service public de la justice d'un ensemble d'instruments (B), qui ont été développés d'abord dans le monde de l'entreprise, après la Seconde Guerre mondiale, avant d'être transposés aux services publics en général et à l'administration de la justice en particulier (A).

1. S. De Clerck, « La réforme du système judiciaire », Bruxelles, Faculté de droit de l'ULB, 1^{er} mars 2010.

2. Le Roi accepta la démission du gouvernement le 26 avril 2010 alors que le projet de réforme était toujours en discussion au Parlement.

*Le management comme alternative à la procédure***A. LES ORIGINES**

Si on tente une brève histoire à rebours du management judiciaire, les auteurs situent généralement au cours des années 1990 l'importation en Europe du discours et des techniques du nouveau management dans les discours et les projets de réforme et de modernisation de la justice³. Parfois mis en œuvre à la suite de « crises » ayant mis en évidence des « dysfonctionnements » dans les appareils judiciaires⁴, les outils européens du management de la justice avaient en réalité été mis au point à la suite de la chute du mur de Berlin, dans le cadre des politiques menées pour aider les pays dits alors « en transition » d'Europe de l'Est et d'Europe centrale à se transformer en État de droit. Pour réaliser celui-ci, il apparaissait indispensable de (re)construire un système judiciaire indépendant et impartial, garantissant aux citoyens un recours accessible et effectif à la justice. Le modèle, dessiné à cet effet au sein de la maison commune du Conseil de l'Europe et mis en œuvre par la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ), a été quasi intégralement repris par l'Union européenne et imposé aux candidats à l'adhésion au titre des règles de bonne gouvernance démocratique⁵. Ce modèle a ensuite été « retourné » pour évaluer les performances effectives des systèmes judiciaires des États de l'ouest de l'Europe, qui l'avaient d'abord inspiré, et orienter les réformes de ceux-ci.

Plus profondément, le discours et les instruments du management de la justice trouvent leur origine dans la spécification pour l'appareil judiciaire de la politique du nouveau management public (*New Public Management*), telle qu'elle s'est progressivement développée, à partir des années 1980, au départ du monde anglo-saxon. Cette politique de l'action publique a pour objectif d'améliorer les rendements et les performances des fonctionnaires et des services publics en mettant en place les instruments de mesure et de contrôle adéquats pour assurer la production à moindre coût (donc économe des deniers publics) de services de meilleure qualité, qui satisfassent davantage les usagers, rebaptisés « clients » pour l'occasion. Les recettes du nouveau management public, mises au point en Amérique du Nord, ont rapidement traversé l'Atlantique pour être développées d'abord dans les pays d'Europe du Nord, tout particulièrement le Royaume-

3. R. Depré, « Management et qualité de la justice : menaces et opportunités », in F. Schoenaers et Ch. Dubois (dir.), *Regards croisés sur le nouveau management judiciaire*, Liège, Éditions de l'ULg, 2010, p. 4. Dans le même ouvrage, v. égal., F. Schoenaers, « Le nouveau management : tentatives de définition et enjeux », p. 17 et réf. cit.

4. Comme la célèbre affaire Dutroux en Belgique. L'évasion de Marc Dutroux, le 23 avr. 1998, provoqua la démission des ministres de l'Intérieur et de la Justice (S. De Clerck déjà !) et plus fondamentalement une importante réforme constitutionnelle de la justice et de la police (dite réforme Octopus), qui se traduisit notamment par la création d'un Conseil supérieur de la justice.

5. Sur cette question, v. D. Piana, *Judicial Accountabilities in New Europe : From Rule of Law to Quality of Justice*, London, Ashgate, 2010.

Benoit Frydman

Uni du *New Labour* de Tony Blair, qui en a fait la base de ses politiques publiques, notamment dans les domaines des soins de santé et de l'enseignement⁶. Les techniques du nouveau management public se sont aujourd'hui largement diffusées en Europe où elles jouissent de la faveur des gouvernements, quelles que soient leurs tendances politiques, et inspirent la réforme ou les tentatives de réforme de nombreux services publics, privatisés ou non, notamment dans les secteurs de la poste, des télécommunications et de l'énergie, mais aussi dans les domaines de la santé, de l'éducation et de la justice.

Dans le domaine de la justice, les premières tentatives de réforme inspirées du nouveau management qui ont vu le jour en Amérique du Nord au tournant des années 1990 ont parfois été maladroites et peu convaincantes. C'est ainsi que le *Civil Justice Reform Act* de 1990, une initiative du législateur américain pour réduire les délais et les coûts des procès civils devant les juridictions fédérales, est demeurée lettre morte. La réforme s'est heurtée à l'hostilité des magistrats, soucieux de préserver leur statut et de garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire contre ce qu'ils percevaient clairement comme une ingérence induite du pouvoir législatif et de l'administration⁷. Au Québec, les premières études sur l'emploi du temps des magistrats auraient été menées de manière clandestine pour ne pas crispier ceux-ci⁸... Ces débuts chaotiques n'ont cependant pas découragés d'autres initiatives ni fait obstacle à l'exportation du modèle vers l'Europe, où il s'implante avec des fortunes et à des rythmes divers en fonction notamment des différences culturelles, des traditions judiciaires et des structures de l'organisation judiciaire⁹.

B. LES INSTRUMENTS

D'un point de vue technique, le nouveau management public consiste en la transposition et l'adaptation aux services publics de structures, de méthodes et d'instruments de gestion et de contrôle qui ont été mis au point et généralisés dans les entreprises privées depuis la Seconde Guerre mondiale. Ces instruments sont qualifiés de « nouveau » car ils complètent et même renouvellent de manière originale la panoplie du

6. On lira à ce propos l'intéressante contribution de P. Le Galès « Contrôle et surveillance. La restructuration de l'État en Grande-Bretagne », in P. Lascoumes et P. Le Galès, *Gouverner par les instruments*, Les Presses universitaires de Sciences Po, 2005.

7. Sur cette question et plus généralement sur les premières expériences nord-américaines, on lira l'intéressante étude d'A.-L. Sibony, « Quelles leçons tirer des expériences étrangères ? », in E. Breen (dir.), *Évaluer la justice*, PUF, 2002, p. 77 s., spéc. p. 86-87.

8. M. Proulx, « Country studies Quebec », in M. Fabri, J.-P. Jean, Ph. Langbroeck et M. Pauliat (dir.), *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, Montchrestien, 2005, p. 69.

9. V. not., dans ce volume, la contribution de Ph. Langbroeck et l'ouvrage cité dans la note précédente.

Le management comme alternative à la procédure

management classique, qui reposait principalement sur l'organisation et la division « scientifiques » du travail, sur le modèle du taylorisme, soit — pour aller vite au risque d'être caricatural — l'organisation du travail à la chaîne, considérée comme moyen à la fois d'accroître le rendement des ouvriers et de mieux les surveiller.

Pour nous limiter à l'essentiel, le nouveau management s'attache à résoudre deux problèmes importants, liés aux évolutions de la production économique contemporaine. Le premier est celui de l'extension du champ du contrôle managérial, au-delà de la chaîne de la production (d'ailleurs en déclin), à des employés, des cadres, mais aussi à des créatifs, des professions intellectuelles et libérales, qui opèrent des tâches plus complexes et non monotones dans le secret de leurs bureaux.

Le second problème est celui de la qualité des produits ou des services délivrés par l'entreprise. Il ne s'agit plus seulement d'accroître le rendement des travailleurs, mais d'assurer la meilleure garantie des prestations fournies, par la suppression des défauts de fabrication et la mise au point de produits et services qui répondent toujours davantage aux vœux des clients. Le contrôle de qualité, véritable pierre angulaire du nouveau management, se réalise à trois niveaux : celui de l'organisation de l'entreprise elle-même et de ses structures ; la qualité des « procédures » développées au sein de l'entreprise et notamment des « process » de production (certifiés par des normes de qualité de type ISO 9001¹⁰) ; enfin, la qualité proprement dite des produits et des services offerts, qui se mesure par rapport à des normes techniques et des standards prédéfinis et par l'écart acceptable d'une prestation donnée par rapport à la norme.

L'extension du contrôle à des tâches complexes, non monotones et le souci de l'amélioration continue de la qualité ont conduit, de manière conjuguée, à la création et à la mise en œuvre, au sein des entreprises, d'une panoplie de nouveaux outils, qui seront ensuite transposés et adaptés à l'administration et aux services publics en général, puis à la justice en particulier. Il n'est pas possible de passer ici en revue ni de répertorier l'ensemble de la panoplie néo-managériale. Nous nous limiterons à présenter dans leur articulation spécifique trois instruments, qui nous paraissent destinés à jouer un rôle pivot, dans la conduite et le contrôle des hommes et des tâches, notamment pour le contrôle de l'activité des magistrats. Il s'agit des indicateurs, du *benchmarking* et de l'audit ou évaluation.

1. Les indicateurs sont des représentations chiffrées des phénomènes que l'on veut mettre sous contrôle. Ils permettent de mesurer

10. Certains tribunaux français, comme les tribunaux de commerce de Pontoise et de Toulouse ont sollicité et obtenu cette certification, tout comme des juridictions étrangères.

Benoit Frydman

notamment les performances et la qualité des prestations fournies¹¹. Ils sont mis au point de manière experte sur la base d'une description analytique aussi exhaustive que possible des tâches et des caractéristiques du produit ou du service visé. L'ensemble des indicateurs constitue le tableau de bord à l'aide duquel les managers pilotent l'entreprise.

2. Ces indicateurs deviennent opérationnels par le moyen d'un enregistrement systématique des données rendu possible ou grandement facilité par le recours aux technologies de l'information. Le produit de ces enregistrements permet notamment de mesurer les performances et le rendement des agents, mais aussi de dégager des moyennes, comme par exemple, le temps moyen nécessaire pour établir tel acte ou le délai moyen de telle procédure. Ces moyennes ne sont pas de simples données statistiques, mais bien des outils puissants de direction des comportements. Autrement dit, les moyennes tendent naturellement à se transformer en véritables normes de référence (*benchmarks*) et ce de deux manières :

- d'une part, l'enregistrement des performances permet de comparer les performances des acteurs individuels (magistrats) et des structures (juridiction, État), entre eux et par rapport à la moyenne calculée. Cette fonction de comparaison s'inscrit et induit à son tour une logique de mise en concurrence des acteurs et des organisations ;

- d'autre part, l'utilisation du *benchmarking* de manière dynamique permet de déterminer, au départ des moyennes constatées, des moyennes souhaitables et dès lors de fixer des objectifs progressifs échelonnés dans le temps (en termes de coût, rendement, performance, etc.), dont les enregistrements de données futurs permettront de voir s'ils ont ou non été réalisés. L'un des moyens classiquement utilisés dans les entreprises pour ce faire consiste à prendre comme norme de référence (*benchmark*) les performances du leader du marché ou d'un autre concurrent envié.

3. Enfin, la vérification du respect de ces normes et l'incitation des acteurs et des organisations à s'y plier sont réalisées par la mise en place de procédures de contrôle, internes et externes, généralement qualifiées audits ou encore évaluations. Au niveau interne, ce contrôle repose en particulier sur un entretien périodique personnalisé avec chaque agent qui a pour but d'évaluer ses performances au regard des normes et objectifs fixés, ainsi que sur la mise en place de moyens destinés à aider les acteurs à les atteindre (*coaching*). Ces entretiens sont, directement ou indirectement, couplés à des systèmes de récompenses (primes, promotions, etc.) et de punition (pénalités,

11. La notion de « qualité » au sens d'un nouveau management est une notion essentiellement mesurable. La qualité est une quantité ou, à tout le moins, une mesure par référence à une échelle de niveaux ou de seuils.

Le management comme alternative à la procédure

changement d'affectation, sanction disciplinaire ou avertissement, voire licenciement)¹². Ceux-ci contribuent puissamment à orienter les conduites des acteurs et des organisations, qui tendent très généralement à en anticiper les effets.

II. L'APPLICATION PROBLÉMATIQUE DES OUTILS DU NOUVEAU MANAGEMENT AUX MAGISTRATS

La mise en place d'une politique managériale suscite des difficultés et des oppositions qui sont, soit spécifiques aux magistrats (B), soit communes à toutes les professions (A).

A. LES PROBLÈMES GÉNÉRAUX SUSCITÉS PAR LA MISE EN ŒUVRE DES DISPOSITIFS DU NOUVEAU MANAGEMENT

La mise en œuvre de dispositifs de nouveau management suscite généralement des oppositions de la part des personnes et des organisations qui en font l'objet. Ces difficultés, qui sont bien répertoriées dans la littérature managériale elle-même, peuvent être résumées en trois mots : hostilité, démission et contournement.

1. La mise en place d'outils d'évaluation, de surveillance et de contrôle suscite d'abord l'hostilité, et parfois le conflit, car qu'elle est perçue comme la manifestation d'une suspicion systématique, d'un manque de confiance dans les travailleurs, voire d'une mise en cause de la manière dont ils remplissaient jusqu'alors leurs fonctions.

2. Outre l'hostilité, l'introduction du contrôle managérial suscite aussi chez les acteurs des comportements de démission. On constate ainsi le départ volontaire de certains travailleurs, souvent les esprits les plus libres, originaux et rebelles au contrôle¹³. Mais pour la plupart, la démission signifie plutôt un changement d'attitude par rapport à leur travail. Il en va particulièrement ainsi de ceux qui vivent leur fonction avec passion ou comme une mission dont ils se sentent personnellement investis, comme les magistrats et les avocats, les médecins et les enseignants. L'imposition de normes managériales engendre chez eux des formes de désinvestissement et de déresponsabilisation, qui obéiraient à la logique suivante : *puisque on ne me fait plus confiance et qu'on m'impose des normes de conduite et de temps,*

12. Concernant les primes, qui constituent une partie du salaire des magistrats français, et leurs modalités d'octroi, v. dans ce volume, la contribution de D. Marshall.

13. On peut y ajouter le suicide, révélé notamment par l'affaire France Telecom dont je me demande s'il est considéré dans la littérature managériale comme une forme extrême de la démission ou une manifestation d'hostilité.

Benoit Frydman

je me limiterai désormais à donner à l'entreprise strictement ce qui est requis et imposé, sans plus.

3. Enfin, le gouvernement par les indicateurs suscite très rapidement des effets pervers par le développement de comportements opportunistes qui visent uniquement à améliorer les coefficients (et non le travail en lui-même), en mettant en outre en place des stratégies de ruse avec les indicateurs. Ainsi, par exemple, les indices de productivité des chercheurs, mesurés par le nombre de références à leurs articles dans certaines catégories de revues scientifiques (tels l'indice *h* ou facteur de Hirsch), ont causé le développement de réseaux de citations croisées systématiques et de stratégies d'investissement des comités de rédaction. Plus fondamentalement, la tendance lourde à régler son comportement sur les indicateurs peut induire une transformation profonde, voire une dénaturation, d'une profession et de sa déontologie. Les standards de performances des associations d'avocats internationales (les *global lawfirms* du *magic circle* en particulier) sont en train de bouleverser l'exercice de la profession d'avocat dans ces milieux, où les impératifs de rentabilité conduisent désormais au démarchage de clientèle cible, à l'élagage des clients non-rentables, à la standardisation des services juridiques et au développement croissant de services axés sur l'optimisation financière plutôt que sur la mise en œuvre du droit¹⁴.

En somme, et ceci constitue peut-être l'essentiel, le gouvernement des hommes par les tableaux de bord, les ratios de performance et les évaluations répétitives modifie peut-être profondément le rapport de l'être humain à son travail, tant dans le sentiment d'accomplissement et d'épanouissement de soi dans une vocation qu'au niveau du devoir du travail « bien fait » à la fois sur le plan des pratiques et du résultat. Il se pourrait que le management modifie l'éthique même du travail, au sens profond du terme, englobant à la fois le mode de vie et la déontologie, qui serait aliénée aux indicateurs et à ceux qui les vérifient avec des effets de déresponsabilisation, de perte de sens, voire d'atteinte à la dignité.

14. Dans le même sens, de manière plus générale, v., P. Dardot et Ch. Laval, *La nouvelle raison du monde*, La Découverte, 2009, not. p. 396 : « À la différence [des règles de la rationalité bureaucratique classique], les [critères du nouveau management public] peuvent atteindre plus directement le "cœur du métier", sa signification sociale, les valeurs sur lesquelles il repose, comme ce peut être le cas dans les mondes professionnels les plus divers, depuis les chercheurs jusqu'aux policiers, en passant par les infirmières ou les postiers. Ces modes uniformes de mesure de la performance et d'incitations propres à la nouvelle gestion en font une terrible machine de guerre contre les formes d'autonomie professionnelle et les systèmes de valeur auxquels obéissent les salariés » (souligné par moi). Les auteurs traitent également explicitement de la justice et de ses agents dans ce chapitre sur « le gouvernement entrepreneurial ».

*Le management comme alternative à la procédure***B. LES PROBLÈMES SPÉCIFIQUES DU MANAGEMENT DES JUGES**

Si ces difficultés générales concernent également les magistrats, le gouvernement par les indicateurs pose, en outre, des problèmes spécifiques dans les professions dont le statut ou la déontologie repose sur l'indépendance du jugement, ce qui est, évidemment et de manière éminente, le cas pour les magistrats et plus spécialement encore pour les magistrats du siège.

Je me limiterai ici, dans le prolongement des exposés précédents, à souligner trois problèmes, qui me paraissent importants et qui tournent tous autour de la notion d'indépendance.

1. Un premier problème est que le nouveau management a pour effet de renforcer (dans tous les milieux où il est mis en place) les rapports et les logiques hiérarchiques. Dans les professions libres, on voit ainsi les *primi inter pares* (comme les doyens de faculté, les chefs de service hospitaliers et les chefs de corps des juridictions) qui occupent traditionnellement les postes de gestion et de direction, transformés en supérieurs hiérarchiques, cadres du *middle management*, chargés désormais d'une fonction d'optimisation des performances de leurs « subordonnés » et dotés d'un pouvoir sans cesse plus important sur la carrière de ceux-ci. La nouvelle logique hiérarchique se heurte ainsi parfois aux règles fondamentales de l'organisation judiciaire. On a ainsi vu récemment, en Belgique, dans l'importante affaire de l'absorption de la banque Fortis par BNP-Paribas, un président de cour d'appel consulter un président de la Cour de cassation à propos de la solution à donner à une question de procédure, dont la Cour de cassation pouvait avoir et a d'ailleurs eu à connaître dans le cadre de l'exercice des voies de recours¹⁵. Cette affaire a conduit notamment à des sanctions disciplinaires et à des poursuites pénales en cours dans le chef des magistrats impliqués¹⁶.

2. Un deuxième problème, touchant au principe d'indépendance, est posé par le choix de certains indicateurs pour mesurer la qualité des décisions de justice. Je pense en particulier aux indicateurs, très souvent mis en avant dans la littérature spécialisée¹⁷ et effectivement mis en œuvre dans plusieurs systèmes¹⁸, qui mesurent le taux de recours contre les décisions rendues par un magistrat ou une juridiction et le

15. Rapport du CSJ sur l'enquête particulière relative au fonctionnement de l'ordre judiciaire à l'occasion de l'affaire Fortis, 2009, spéc. p. 31 s.

16. Sans compter la chute du ministre de la Justice et du Premier ministre et un important imbroglio politico-juridico-financier.

17. V. not. dans E. Breen (dir.), *op. cit.*, p. 39 et p. 251 s., avec cependant des nuances et une distance critique.

18. Not., en France, le contrôle exercé par le Conseil d'État sur les performances des juges administratifs des tribunaux et des cours administratives, mais aussi le taux de

Benoit Frydman

taux de réformation ou de cassation de leurs décisions. L'utilisation de ce type d'indicateurs me paraît très inquiétante non seulement pour l'indépendance des magistrats, mais pour la qualité des décisions et l'évolution de la jurisprudence. De tels indicateurs pourraient constituer un facteur de conformisme extrêmement puissant, en tant qu'ils induisent des processus d'« autocontrôle » (et d'autocensure), qui jouent généralement un rôle clé dans la stratégie du nouveau management.

3. Enfin, et de manière plus fondamentale encore, les politiques de nouveau management appliquées à la justice et aux décisions des juges conduisent insensiblement à un glissement des normes qui déterminent la qualité des décisions de justice et des autorités qui en assurent le contrôle¹⁹. Un exemple souvent cité de ce glissement des normes, mais qui donne à réfléchir, est la référence que font plusieurs arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme aux indicateurs de la CEPEJ pour déterminer si une affaire a bien été jugée dans « un délai raisonnable » à l'occasion d'un recours fondé sur la violation de l'article 6 de la Convention²⁰. De même, la généralisation des conseils supérieurs de la justice ou de la magistrature en Europe²¹ crée une nouvelle instance de surveillance et de contrôle des juridictions et des magistrats, tout à fait parallèle à la « pyramide judiciaire », qui, dans certains pays, dispose d'un nombre parfois impressionnant d'outils du nouveau management public : profil, nomination, formation, évaluation et promotion des magistrats et des chefs de corps, audit externe des juridictions, « baromètre » justice c'est-à-dire enquêtes de satisfaction des usagers, service de traitement des plaintes, etc.²².

*
* * *

Le management n'est pas, en dépit du modeste costume dans lequel il s'est présenté souvent jusqu'ici, une simple technique, une collection de recettes. C'est une nouvelle logique, un ensemble organisé de dispositifs stratégiques, qui a la vocation et peut-être la puissance de réguler l'ensemble des comportements, par le recours à des normes et à des instruments radicalement différents des règles et des procédures

cassation des procès civils et pénaux (v. à ce sujet, dans ce volume, les contributions de D. Marshall et E. Serverin), ainsi que nombre d'initiatives étrangères.

19. B. Frydman, « L'évolution des critères et des modes de contrôle de la qualité des décisions de justice », in *La qualité des décisions de justice. Actes du colloque de Poitiers*, éd. du Conseil de l'Europe, p. 18 s.

20. N. Fricero, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », in *La qualité des décisions de justice*, *op. cit.*, p. 55-56.

21. Dont la création est imposée par le modèle de gouvernance démocratique mis au point par le Conseil de l'Europe et adopté par l'Union européenne.

22. V., par ex., les missions et compétences du CSJ en Belgique, disponible sur le site : www.csj.be.

Le management comme alternative à la procédure

juridiques. En d'autres termes, le management pourrait constituer un « équivalent fonctionnel » du droit pour reprendre en l'élargissant un concept des comparatistes. Comme l'écrivait justement Michel Foucault, les normes, tant managériales que techniques, ne sont pas un « infra-droit », qui n'existeraient que dans l'ombre indifférente ou protectrice de la loi, mais bien un « contre-droit »²³ : une technologie du pouvoir, qui a longtemps cultivé la discrétion, mais qui se sent aujourd'hui assez forte pour sortir au grand jour et revendiquer le gouvernement (pardon la « gouvernance ») non seulement des entreprises, mais de l'État et ses institutions, voire du monde. Le management se présente comme une technologie du pouvoir, dont la légitimité pose cependant question. Car, s'il allègue les mérites de l'efficacité (ce qu'il faudrait cependant sérieusement vérifier), il se préoccupe moins, sinon pas du tout d'autres valeurs fondamentales de nos ordres juridiques, comme la liberté, l'égalité et la solidarité, et prolifère à côté, pour ne pas dire en dehors, des procédures instituées de l'État de droit, sans autre forme de contrôle démocratique, dont il n'hésite pas d'ailleurs, dans certains cas, à contester la rationalité ou, ce qui revient au même pour lui, l'efficacité.

Dans cette lutte de méthodes que le modèle managérial livre actuellement au modèle juridique de l'État de droit, la question du nouveau management de la justice n'est pas seulement l'un des points chauds sur la ligne de front. C'est un enjeu majeur de la lutte des normativités, à la fois réel et symbolique, même si les acteurs eux-mêmes, les « managers » tout autant que les « managés », les conducteurs comme les conduits, n'en ont pas jusqu'à présent une conscience claire. Car il s'agit rien moins que d'installer le gouvernement par les normes et les indicateurs, au sein même de l'institution judiciaire, c'est-à-dire au cœur même du dispositif juridique concurrent de contrôle et de sanctions des conduites.

Les défenseurs de l'État de droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire, qui en constitue le fondement et la garantie opérationnelle, sont dès lors tentés de s'opposer de front à la logique managériale en lançant contre elle une vaste offensive politique. Mais la chose est difficile en pratique car le management se dissimule sous la technicité, il avance des valeurs (d'efficacité) qui ont le vent en poupe et le nouveau management public réunit aujourd'hui un large consensus des professionnels de la politique, qui va de la gauche à la droite de gouvernement. Ceci explique peut-être pourquoi les mobilisations de type politique contre les réformes managériales, telles par exemple que le

23. M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, coll. « Tel », 1975, p. 259. Adde idem, p. 215-216. De même, dans son *Histoire de la sexualité*, t. 1, *La volonté de savoir*, PUF, p. 118, Foucault évoque les « procédés de pouvoir qui fonctionnent non pas au droit mais à la technique, non pas à la loi mais à la normalisation, non pas au châtiment mais au contrôle, et qui s'exercent à des niveaux et dans des formes qui débordent l'État et ses appareils ».

Benoit Frydman

récent mouvement des universitaires contre la LRU²⁴, n'obtiennent que des succès mitigés et sont aisément décrédibilisés dans l'opinion, même si c'est à tort, comme des réactions conservatrices et corporatistes de privilégiés bougonnants et fatigués.

Mais ce combat politique contre le management ne saurait en aucun cas suffire ni autoriser de négliger le détail des réformes et la mise au point des indicateurs. Car le diable gît aussi dans les détails. Les indicateurs sont une technologie disponible que les acteurs remplissent comme ils veulent, au service des objectifs qu'ils poursuivent²⁵. Il faut donc s'attacher à étudier dans le détail tous les outils, toutes les normes, tous les processus, qui sont proposés et les discuter pied à pied afin d'éviter autant que possible que cette « conduite des conduites » n'oriente le service de la justice dans des directions ruineuses où elle renierait ses principes tout en abandonnant sa fonction. Les partisans du nouveau management seront probablement d'accord pour cet exercice. Reste à convaincre les opposants qu'ils ne sauraient en faire l'économie. Plutôt qu'une opposition systématique, idéologique au nouveau management public (ou en tout cas en complément de celle-ci), je pense qu'il est nécessaire d'examiner concrètement, de manière pragmatique, indicateur par indicateur, ce qui peut être véritablement utile (et ce qui est nuisible), ce qui est compatible avec le respect du droit, des procédures et du statut constitutionnel des magistrats, en particulier la sauvegarde de leur indépendance, et ce qui ne l'est pas, comment se construisent les données et quelles sont les valeurs véhiculées par les tableaux de bord²⁶.

24. On lira à ce sujet l'intéressant ouvrage d'O. Beaud et al., *Refonder l'université*, La Découverte, 2010.

25. Lire, sur cette question décisive, dans ce volume, la contribution de L. Cadet.

26. Sur cette question des valeurs, v. dans ce volume, la contribution de D. Rousseau.