

Centre d'Alembert – Chimie et Société

**LES NOUVEAUX ENJEUX DE L'EXPERTISE
SCIENTIFIQUE**

Paris, 14-15 mai 2008

**L'expert dans les prétoires :
esquisse d'une théorie sur la base d'une expérience**

Marc GIRARD

76 route de Paris, 78760 Jouars-Pontchartrain (France)

Tel 33 (0)1 34 89 42 29 / Fax 33 (0)1 34 89 76 08

e-mail : agosgirard@free.fr

Comme encore illustré récemment par le rapport Lepage (p. 33, 49), l'expertise *judiciaire*, au nom de sa spécificité présumée, échappe largement au mouvement général de défiance qui vise le monde expertal. Si ce type d'exercice parvient ainsi à préserver une réputation d'excellence naguère liée à un idéal scientifique aujourd'hui fortement décrié, c'est parce qu'il est renforcé en l'espèce par le prestige encore attaché à l'idée de Justice : les « experts judiciaires » échappent à la critique de l'expertise parce qu'ils sont *judiciaires*, tout en restant immunisés contre la mise en cause du judiciaire au motif qu'ils sont *experts* – à ce titre collaborateurs réputés seulement « occasionnels » du système.

Dans la présente communication, je voudrais démontrer que l'expertise judiciaire souffre de tous les défauts actuellement répertoriés dans l'expertise en général ; mais plus encore que l'archaïsme et la rigidité du monde judiciaire français ont conduit ces défauts à un tel degré qu'ils fournissent désormais une sorte de *tératologie* de l'expertise dont les monstruosité éclairent, en retour, la mécanique des vices dont souffre le travail expertal *en général*.

« L'expérience » personnelle évoquée dans le titre de ma communication commence dans le contexte pharmaceutique français des années 1980-90, marqué par la prédominance des entreprises familiales d'ailleurs *héritées* bien davantage que créées, par un immense retard technico-scientifique des instances réglementaires ou universitaires relativement à la méthodologie de la recherche clinique moderne, enfin par une méconnaissance abyssale des médias à l'égard de ce milieu technologique : actuellement en procès, l'affaire de l'hormone de croissance est un sédiment typique de cet historique où, avec l'assentiment de tous, des biologistes et des médecins présumés éminents se sont vu autorisés, et durant des années, à un exercice de la pharmacie aussi catastrophique qu'illégal ; et où, lorsque le risque de contamination est apparu, c'est vers *encore* les responsables de France Hypophyse que se sont benoîtement tournés l'administration sanitaire et la justice pour obtenir les premières expertises... C'est dans la conscience de toute cette déférence parfois induite pour l'establishment universitaire et de la tendance connexe des magistrats à puiser par

défaut dans ce vivier, qu'en dépit d'une activité professionnelle intense, je vais solliciter mon inscription comme expert judiciaire, dans une spécialité alors inexistante – *Médicament et recherche biomédicale* – en anticipation désormais indubitable de l'évolution qui allait, onze ans après, conduire à inclure dans la nouvelle nomenclature des spécialités expertales une catégorie *Sciences du médicament* (F.5.12) explicitement distinguée – enfin – de la simple *Pharmacologie* (F.5.10).

Après un temps mort de quelques années lié à la nouveauté de ma spécialisation, je fus bientôt en charge – au civil comme au pénal, notamment – de la plupart des grandes affaires médicamenteuses : diéthylstilbestrol (« Distilbène »), hormone de croissance, cérvastatine, anorexigènes et, *last but not least*, vaccin contre l'hépatite B. Avec, dans chaque affaire ou presque, des liens professionnels avérés, le plus souvent même réguliers, à l'égard des fabricants mis en cause. A ma surprise, les victimes – qui eussent dû en être naturellement le plus indisposées – n'émirent quasiment jamais d'objection quant à ces liens patents à propos desquels, bien entendu, je m'acquittais scrupuleusement de mes obligations déclaratives – suscitant, soit dit en passant, une bien évocatrice surprise des avocats et des magistrats...

Internationalement et depuis des décennies, l'obligation légale faite aux fabricants d'assurer le suivi de leurs médicaments une fois introduits sur le marché se concrétise principalement autour d'un document clé, le PSUR (*Periodic Safety Update Report*) – rapport de tolérance exigible par toutes les administrations sanitaires sur une base périodique¹. Illustration éloquentes du problème de spécialité qui vient d'être évoqué : dans toutes les expertises sur la vaccination qui avaient été réalisées jusque là, *aucun* des experts désignés n'avait simplement eu l'idée de réclamer ce document : on se trouvait donc *mutatis mutandis* dans la situation assez incongrue d'un contrôle fiscal où le contrôleur aurait systématiquement négligé les déclarations fiscales du contrôlé... C'est dire que, pour basique qu'elle fût, ma requête de documents aussi incontournables n'alla pas sans susciter une certaine surprise chez mes co-experts, pour ne point parler d'une nervosité fort palpable chez les fabricants concernés.

Bien pis, dès la première expertise que j'allais remettre, j'y faisais remarquer que la docilité avec laquelle mes confrères avaient jusqu'alors repris l'antienne trop facile du lien direct et « certain » supposé faire défaut n'avait aucun sens pour un spécialiste, attendu que la méthode d'imputabilité imposée depuis vingt ans par l'administration sanitaire à tous les professionnels du médicament² – fabricants inclus – ignorait strictement toute notion de « certitude », et que – du point de vue *technique* qui était bien celui sur lequel on attendait l'expert – la discussion, par voie de conséquence, ne pouvait s'opérer qu'en fonction des divers degrés de probabilité tels

¹ Art. R. 5121-173 du Code de la santé publique.
ICH Guideline E2C(R1)

² Begaud B et coll, Imputabilité des effets inattendus ou toxiques des médicaments – Actualisation de la méthode utilisée en France. *Thérapie* 1985; 40(2):111-8.

que retenus par cette méthode ou ses équivalents : « douteux », « possible », « probable », etc.

C'était, apparemment, aller un peu loin dans la provocation. Les fabricants se lançaient aussitôt dans une stratégie de récusation à mon endroit, au motif soudain redécouvert de nos liens professionnels pourtant assumés en toute transparence – en précisant d'emblée qu'ils n'hésiteraient pas à utiliser tous les recours judiciaires possibles : *à bon entendeur salut* pour les magistrats récalcitrants...

Ce nonobstant, les premiers confrontés à cette stratégie ne se déroberent pas : que, devant 6 juridictions distinctes (dont la Cour d'appel de Paris), j'ai été maintenu à 11 reprises (2 fois en appel) confirme la solidité de la position que j'avais adoptée.

Mais la justice est bien fragile devant la puissance de l'argent. Non qu'il s'agisse, à ce stade, d'insinuer quelque prévarication qui soit, mais de rappeler, simplement, le mécanisme par lequel, quand on dispose d'une trésorerie conséquente, on peut, dans un casino, faire « sauter la banque » en jouant inexorablement le même numéro jusqu'à ce qu'il sorte effectivement selon le « principe de la martingale ». Il en va de même dans les prétoires : attendu que personne n' imagine que toutes les décisions de justice soient parfaites, il suffit – pour autant qu'on en ait les moyens et qu'on se trouve, comme en pareille espèce, dans des affaires sérielles – de multiplier les actions et les recours en attendant d'en obtenir une décision favorable : du point de vue de la trésorerie, c'est effectivement un jeu plus facile pour les géants mondiaux de l'industrie pharmaceutique que pour les aides-soignantes réduites à la misère de l'invalidité par suite de leur sclérose en plaques...

De fait, à l'issue d'une « procédure » menée *totalemment à mon insu*, la Cour d'appel de Versailles³ allait – enfin – faire droit à la demande des fabricants, au motif précisément de mes liens professionnels avec eux, considérés comme incompatibles avec l'exigence – d'ailleurs fort vague – « d'impartialité objective » posée par l'article 6.1 de la Convention européenne des Droits de l'homme. Ce que faisant, la Cour d'appel (diapo. 2).

- ignorait une jurisprudence jusqu'alors constante sur la tardivité des demandes de récusation, lesdits liens ayant été connus des parties dès avant que les opérations d'expertise ne débutent ;
- violait le principe fondamental de l'intérêt à agir, pourtant d'ordre public, les fabricants n'ayant évidemment aucun intérêt à soutenir, *contre la victime* qui s'opposait à ma récusation, que je leur étais subordonné...

Malgré la gravité de ces erreurs juridiques, la Cour de cassation allait confirmer les arrêts en question⁴ et, plus encore, casser les autres arrêts qui avaient conclu en sens inverse. Mieux, alors qu'il n'était pas bien difficile d'anticiper dans quelle

³ 14^e ch, 15/11/00

⁴ Civ 2, arrêt 1205FS-D, 05/12/02

direction ces décisions allaient être exploitées par les fabricants, la Cour d'appel de Versailles⁵, là encore confirmée par la Cour de cassation⁶, devait me débouter dans mes velléités d'intervention en tierce opposition, au motif que l'expert n'est « ni tiers, ni partie » – et qu'il serait, *au contraire de tous les textes connus*, « auxiliaire de justice ». Le problème, c'est que dans une affaire pourtant jugée « connexe » par la même Cour de cassation (d'ailleurs tout à fait à tort), celle-ci n'avait pas hésité à me condamner aux dépens⁷ validant du même coup qu'un expert pût être attrait comme partie dans une affaire où il n'avait, évidemment, aucun intérêt personnel... Ainsi, non contente de faire de moi le seul citoyen français officiellement privé de toute personnalité juridique (ni tiers, ni partie) et, à ce titre, de me priver du **droit pourtant fondamental de défendre ma réputation**, la Cour de cassation n'avait même pas éprouvé le moindre besoin de cohérence, me privant simultanément d'un autre droit fondamental : celui de pouvoir anticiper sur un minimum de **prévisibilité juridique**.

Mais si les juges n'avaient pas la clairvoyance de se demander pourquoi le seul expert judiciaire français pouvant documenter une continuité de relations professionnelles fructueuses avec l'industrie pharmaceutique se voyait soudain *le seul* à faire l'objet d'un harcèlement de la part de ses anciens clients dès lors qu'il se proposait de mettre sa compétence au service de la justice, ils surent faire preuve d'une redoutable imagination quand il s'agit de confirmer *le statu quo* sans donner l'impression de reprendre en couper-coller les motivations antérieures des arrêts précédents. Oubliant que la motivation initiale était celle de l'impartialité « objective » – laquelle, comme son nom ne l'indique pas pour les non-juristes, vise simplement une situation d'apparence sans que l'intégrité de l'intéressé y soit mise en cause – les Cours d'appel d'Orléans⁸ (*diapo. 3*) et de Paris⁹ (*diapo. 4*) allaient justifier leur adhésion aux arrêts précédents en chargeant la barque au point d'invoquer des articles parus dans la presse professionnelle spécialisée où j'avais osé soutenir qu'il convenait d'examiner de façon critique les données épidémiologiques disponibles et de ne pas se concentrer exclusivement sur le risque iatrogène, mais d'évaluer aussi si le bénéfice réel d'une vaccination était aussi assuré qu'on l'avait prétendu lors de la campagne : d'où il ressort, apparemment, que seuls méritaient d'être considérés comme impartiaux ceux des experts – il n'en manque pas – qui considéraient comme allant de soi la validité des études réalisées par les promoteurs de la vaccination et la réalité du bénéfice vaccinal. Mieux : ayant, dans une autre affaire, opposé le préalable des déclarations d'intérêts aux nombreux « experts » cités par les fabricants à l'appui de leur promotion, je vis mon rapport écarté sans

⁵ 14e ch, 07/11/01

⁶ Civ 2, arrêts 1073F-D et 1083 F-D, 24/06/04

⁷ Civ2, arrêt 1202FS-P+B, 05/12/02

⁸ Ch civile, 29/04/02

⁹ 1ère ch, sect. B, 27/05/05

ménagement par la Cour d'appel de Versailles¹⁰ (diapo 5) au motif que, mettant en cause « les experts » en général, j'avais forcément impliqué mes co-experts du collège désigné dans l'affaire en question et qu'à ce titre, j'avais gravement « manqué à la prudence »... Bref, les fabricants n'ont qu'à se baisser pour incrémenter par des décisions judiciaires sans cesse renouvelées leur dénigrement à l'endroit des « thèses fumeuses » énoncées par un expert « dont l'intégrité intellectuelle a été largement mise à mal par la Cour de cassation »...

Se voir aussi malmené dans ses droits fondamentaux au nom de la convention européenne des droits de l'homme semblait appeler, naturellement, l'arbitrage de la Cour européenne. A deux reprises, je me tournai vers elle : à deux reprises, ma demande devait être jugée irrecevable – la Cour ne « [relevant] aucune apparence de violation des droits et libertés garantis par la Convention ou ses Protocoles ».

De fil en aiguille et toujours sans qu'il me soit donné le moindre moyen d'intervenir pour me défendre, le même type de raisonnement allait finalement conduire la Cour d'appel de Versailles¹¹ à me radier de la liste de ses experts, en repoussant encore plus loin l'exigence du scientifiquement correct (diapo 6) : apparemment peu soucieuse de m'affronter sur le terrain technico-scientifique, la Cour soutenait ne pas mettre en cause ma compétence expertale, se contentant d'affirmer que mes prises de positions techniques étaient clairement incompatibles avec l'impartialité normalement attendue d'un expert *judiciaire* – comme si l'impartialité n'était pas la plus précieuse des qualités normalement attendues d'un expert tout court. Ce que faisant, de plus, la Cour – bientôt confirmée par la Cour de cassation – ignorait de nouveau les textes en vigueur, le code de déontologie de l'expert judiciaire spécifiant sans la moindre ambiguïté en son article I-9 qu'en cas de controverse doctrinale, le technicien « doit en faire état indiquer la ou les solutions qu'il retient en motivant son avis » : mais il faut croire qu'en matière de vaccination contre l'hépatite B, insinuer – même en se fondant sur des centaines d'articles internationaux jusqu'alors strictement ignorés des autres expertises – qu'il puisse y avoir controverse signait, par le fait même, un manquement grave au principe d'impartialité. A titre de comparateur intéressant, on peut relever que par contraste, la justice ne s'est jamais sentie menacée dans son exigence d'impartialité quand un autre expert (diapo 7) – président d'une grande société française de médecine légale – a éprouvé le besoin de protester *es qualités* après que l'administration sanitaire eut consenti à l'indemnisation de quelques victimes du vaccin, l'intéressé soulignant l'émotion des experts qui, comme lui, avaient « engagé leur honneur scientifique » à rassurer les magistrats quant à la parfaite sécurité du vaccin : confrontée à cette démarche dont la spontanéité dit assez l'incongruité, la Cour d'appel de Paris¹² devait, au contraire, en souligner le « ton courtois » et déclarer la victime (expertisée par l'individu en question) « mal fondée à mettre en cause [son] indépendance ou [sa] compétence »...

¹⁰ 3e ch, 12/09/03

¹¹ Assemblée Générale du 08/11/06.

¹² 1^{ère} ch, section B, 09/02/07

Ce bref compte rendu biographique assumé au détriment du principe d'impersonnalité n'a d'intérêt que s'il peut nourrir une réflexion plus large et plus abstraite sur le thème qui nous réunit.

Ma première réflexion va donc viser la question du statut et de la protection de l'expert. Il est tout de même effarant qu'il ait fallu attendre le bon Dr Girard pour découvrir que, s'il a bien prévu des causes – d'ailleurs aberrantes – de récusation pour l'expert, le Nouveau Code de Procédure Civile a bizarrement omis d'en spécifier la moindre procédure, justifiant *a priori* l'arbitraire qui fait qu'au gré des juges ou de leur humeur, l'expert peut être ou non entendu, voire tenu dans la stricte ignorance des demandes qui le visent. Il est non moins effarant que, confrontée à ce vide juridique, la Cour de cassation n'ait pas eu à cœur d'en limiter les conséquences, l'officialisant au contraire et l'aggravant au-delà de toute limite par son incohérence. Or, pour ahurissante qu'elle apparaisse ainsi, cette maltraitance de l'expert n'est qu'une expression particulière d'un climat général qui tient pour acquise sa totale déréliction juridique : lorsque – sévère parmi d'autres – il vint au Pôle santé l'idée de ne plus rémunérer le travail pourtant considérable que j'avais accompli cette fois au pénal, j'eus la surprise de constater qu'arrivé devant la Chambre de l'instruction, j'y étais traité en appelant – parlant donc en premier, n'ayant même pas reçu les réquisitions du Parquet général qui allait pourtant s'exprimer après moi – alors que n'ayant jamais été entendu auparavant, il m'avait bien manqué un premier degré de juridiction et que je n'avais même jamais été destinataire des motivations initiales du juge. Et alors que le refus de paiement prétendait s'abriter derrière le pauvre prétexte de délais non respectés, il me fallut constater derechef que la Chambre de l'instruction n'avait strictement rien à faire des éléments de défense qui, en n'importe quelle autre espèce, eussent conditionné sa décision, à savoir : quelles mises en demeure, quelles preuves d'un quelconque préjudice pour l'instruction, quelle *proportionnalité* entre ledit préjudice et la sanction requise – question dont on mesurera toute la pertinence quand l'alternative était entre le paiement des quelque 700 heures réclamées par l'expert et le généreux total de zéro consenti par le Parquet sur demande du juge ?...

Ces problèmes basement financiers introduisent à l'idée que, même lorsqu'il ne doit rien à la justice dans sa réussite professionnelle, l'expert récalcitrant risque gros – et ce, pas seulement à cause du travail impayé sous des prétextes trop faciles. C'est ainsi, par exemple, que rapidement lassé d'un harcèlement procédurier susceptible de mettre trop à contribution sa clause de protection juridique, mon assureur allait incontinent résilier mon contrat RCP : les difficultés prévisibles à retrouver un autre contrat dans un contexte aussi conflictuel mettaient dès lors en péril mon droit même à travailler. Enfin, alors que jusqu'à présent, ma réussite professionnelle avait beaucoup reposé sur une réputation d'intégrité tirée d'un conflit ancien relativement médiatisé avec mon premier employeur au tout début de ma carrière, une telle accumulation d'arrêts défavorables – surtout exploités de la façon qu'on imagine – allait accréditer, dans le milieu pharmaceutique que, d'une façon ou d'une autre, j'avais manqué à mes obligations – avec des conséquences voyantes en matière d'activité professionnelle (diapo 8).

Cette vulnérabilité manifestement institutionnelle de l'expert judiciaire s'oppose à son pouvoir effectif. Car il est patent – et il suffit d'interroger les juges pour s'en apercevoir – que si objectivement nul que soit l'expert, c'est presque à coup sûr que les magistrats s'en tiendront à son expertise et rien qu'à elle. Alors que j'ai l'expérience réitérée de leur mépris absolu pour des expertises d'une centaine de pages assorties d'une documentation unique dès lors qu'elles sont privées, j'ai également celle d'un jugement fort médiatisé cette fois favorable à la victime, où l'expertise d'un pauvre médecin de quartier manifestement ignorant de tout s'était limitée à une quinzaine de lignes soutenant sans un élément de preuve que la cause des troubles ne pouvait être que le vaccin. De telle sorte que s'il est classique de poser que l'expert n'a pas à dire le droit, force est de constater qu'en pratique, c'est bien à lui qu'il revient de dire le juste¹³ – puisque, sauf exception rarissime, il sera aveuglément suivi par le juge.

Dans une organisation reposant sur une délégation de pouvoir aussi perverse, on voit mieux la rationalité d'une absence de statut qui laisse l'expert judiciaire à l'entière merci de ceux qui ne peuvent se passer de lui. On n'a pas idée de la naïve inconscience avec laquelle de pauvres techniciens – parfois arrivés aux plus hautes sphères de la corporation expertale – peuvent se vanter de la façon dont leur reconnaissance *par les juges* a métamorphosé en réussite inespérée une carrière professionnelle jusqu'alors ignorée *par les pairs* voire franchement vouée à l'échec : tant il est vrai qu'avec un système de désignation aussi aberrant que le nôtre, on est réputé compétent lorsqu'on a réussi à se faire désigner expert judiciaire au lieu d'être nommé expert en reconnaissance d'une compétence documentable. Et, bien entendu, on retrouve au niveau des justiciables le dernier degré de ce qu'au 16^e siècle, La Boétie décrivait déjà comme « la pyramide de l'esclavage » : ayant parfaitement compris qu'ils n'ont qu'à bien se tenir dans un système qui leur dénie tout droit mais auquel, s'ils sont sages, ils peuvent devoir l'essentiel de leur réussite, les experts judiciaires se rattrapent finalement sur les victimes, comme attesté par cette impressionnante convergence de plaintes auxquelles j'espère pouvoir bientôt consacrer un livre (diapo 9) et dont le titre à lui seul, citation parmi d'autres, suffit à caractériser l'ambiance (c'est pourtant une infirmière qui parle) :

Mise tout de suite en situation, j'ai subi les questions, les remises en question des diagnostics posés, la précipitation, les insinuations, les humeurs, les humiliations de ce médecin.

En sortant, j'avais reçu le message et n'aspirais plus à vivre, tant je me sentais inutile, sotté, sale et méprisable.

Mais pourquoi se gêneraient-ils, les experts ? Ne sont-ils pas confortés dans leur arrogance implacable par celle des juges qui, toujours dans le système français, imposent à la victime le choix d'un expert fût-il notoirement incompetent et, bien pis encore, mettent à sa charge le coût de l'expertise, fût-elle d'une accablante nullité, réalisant de la sorte un quasi système de vente forcée ?

¹³ Girard M. La défectuosité: vers une réappropriation juridique du fait? Petites Affiches 2006; (132):8-14.

Il suffit, cependant, de lire le rapport Lepage (diapo 10) pour constater qu'explicitement et, plus encore, implicitement, ce modèle de l'expertise judiciaire – fondé sur l'illusion de l'expert impartial au-dessus des parties – reste la référence. Or, même si le temps imparti me contraint à une regrettable sélectivité dans le choix des preuves sinon innombrables, j'espère vous avoir introduit à l'idée que ce modèle est au contraire monstrueux. Ce qui me conduit à craindre que le rapport Lepage ne soit qu'un coup d'épée dans l'eau (au moins pour ce qui concerne l'expertise), précisément parce que les véritables déterminants du problème n'y sont pas abordés : il me paraît par exemple irréal de recommander un nouveau statut de protection pour le lanceur d'alerte (compte tenu des difficultés prévisibles à le distinguer en pratique du simple malveillant) quand, à l'évidence et depuis des années, aucun juriste de renom ne s'est ému de la scandaleuse dérégulation juridique où se trouve l'expert pourtant *assermenté* et chargé d'un mandat *public*...

Rapidement évoquée par Madame Lepage (p. 39) au titre d'une éventuelle perversion, *l'incompétence* m'est toujours apparue au contraire comme la principale menace, de loin la plus fréquente, qui pèse sur l'expertise. Typologiquement, cette incompétence peut être triple (diapo 11). Incompétence absolue, comme ces pauvres médecins de quartier n'ayant jamais été capables de développer une clientèle et vouant une reconnaissance éperdue aux quelques magistrats qui les ont sortis de la médiocrité professionnelle, lesquels savent bien, en retour, qu'ils obtiendront tout ce qu'ils veulent de ces zélés clients : il suffit d'interroger les avocats pour constater que certains experts sont dûment catalogués comme hommes-liges de tel ou tel magistrat, et que certains poussent même l'inconscience jusqu'à s'en vanter. Incompétence relative, comme cet éminent patron de gynécologie resté dans la mémoire de ses confrères pour avoir accepté une mission visant un acte échographique malheureux quand, notoirement, il n'avait jamais lui-même pratiqué la moindre échographie de sa vie. Incompétence interdisciplinaire, enfin, en entendant par ce concept caractériser l'incapacité de l'expert à comprendre le besoin de ses interlocuteurs et à s'en faire comprendre : car si l'expert judiciaire, pour rester dans le sujet, n'a pas à dire le droit, du moins doit-il suffisamment comprendre le droit pour apercevoir ce dont les magistrats ont besoin afin de se réapproprier des éléments de fait leur permettant de dire le juste. Sur la base de ce filtre à trois trous, je me fais fort de documenter que, dans ma carrière, je n'ai jamais rencontré un expert *judiciaire* compétent. Bien pis : incapable de se dépasser jusqu'aux limites de leur compétence pour tenter d'appréhender les besoins spécifiques de leurs interlocuteurs et d'y répondre, on dirait que les experts tirent profit de l'exercice judiciaire pour se départir de leurs réflexes professionnels même les plus élémentaires : fût-elle signée par un universitaire, je n'ai jamais vu par exemple une expertise judiciaire qui, au niveau de la présentation et, notamment, de la bibliographie, aurait passé le cap des exigences formelles minimales en matière de thèse – et je garde un souvenir tragi-comique de cette avocate réagissant à l'une de mes premières expertises, en me louant presque avec des larmes dans la voix d'y avoir intégré... une table des matières !...

Pour les besoins de l'exposé, appelons « corruption » tout mécanisme – pas nécessairement d'origine financière – tendant à détourner le processus de l'expertise de ce qu'il devrait être dans l'idéal, à savoir une synthèse actualisée, exhaustive,

critique et strictement indépendante de l'ensemble des connaissances pertinentes sur un sujet donné. Quand on y regarde de plus près, cette corruption, en pratique, se traduit préférentiellement par une perte de repères dans la distinction – malheureusement posée comme allant de soi par le rapport Lepage – entre experts « indépendants » et experts des parties (les « sachants »). Soyons plus précis : la corruption de l'expertise passe, le plus souvent, par des actions dites *d'environnement*, lesquelles n'ont rien à voir avec l'écologie mais consistent à déléguer la responsabilité d'un propos objectivement partisan à un tiers n'ayant aucun lien explicite avec le groupe qui tirera profit de ce propos. Cette délégation de parole à une instance dont l'indépendance est présumée aller de soi se concrétisera le plus souvent par un discours *dubitatif* justifié par la seule rigueur scientifique – et articulé autour du niveau de preuves censé faire défaut aux travaux suggérant qu'il faudrait interrompre, suspendre, voire corriger tel ou tel type de désordre : *il n'y a pas de preuves*, nous disent les experts, ainsi instrumentalisés comme « fomenteurs » de doutes¹⁴ (diapo 12-13)... Rappelons que c'est bien au nom de cette rigueur scientifique intangible que, des décennies durant, les lobbies du tabac ont dénoncé comme insuffisantes les preuves de ce qui nous semble aujourd'hui aller de soi, à savoir que fumer augmente le risque de cancer pulmonaire...

Il n'est pas possible d'avoir un inventaire complet des procès en cours sur la vaccination. Cependant, comme ces affaires tournent essentiellement sur un petit noyau d'avocats, j'ai réussi à me constituer un corpus qui correspond probablement à la majorité, à savoir 87 expertises (diapo 14). L'analyse des spécialités chez les 86 experts nommés retrouve : 25 neurologues, 16 légistes, 12 internistes, 11 biologistes, 5 pharmacologues, 5 rhumatologues, 3 généralistes, 9 divers.

Ainsi, dans des affaires mettant en cause les stratégies de promotion les plus sophistiquées de l'industrie pharmaceutique mondiale, *pas une seule fois* la justice n'a éprouvé le besoin de désigner un expert doté d'une expérience minimale en « sciences du médicament ». Il ne s'agit pas d'un problème scholastique de spécialité, car l'incompétence des experts ainsi désignés y est flagrante : sans entrer dans un détail tristement désopilant, contentons-nous de remarquer qu'alors que, comme avec tout médicament moderne, l'immense majorité des documents scientifiques et réglementaires pertinents est rédigée en anglais, les juridictions n'ont jamais pris la peine de vérifier que les experts par elles désignés avaient une maîtrise ne serait-ce qu'élémentaire de cette langue – ce qui ramène la « communauté scientifique internationale » pompeusement évoquée pour débouter les victimes tant par la Cour d'appel de Paris que par la Cour de cassation, aux quelques articles trop complaisants dont la traduction a été financée par les industriels appelés dans la cause. Mais comme toujours dans ces interactions interdisciplinaires douteuses, l'insuffisance du technicien finit par contaminer le juriste qui l'a désigné. Ainsi, toutes les expertises dont j'ai connaissance ont posé comme référence scientifique aussi objective qu'incontournable les comptes rendus rassurants diffusés par l'agence du médicament au décours de l'enquête nationale de pharmacovigilance diligentée

¹⁴ Michaels D. Industry groups are fighting government regulation by fomenting scientific uncertainty. *Sci Am* 2005; 292(6).

Michaels D. *Doubt is their product*. New York: Oxford UP, 2008.

depuis juin 1994 : or, systématiquement ignoré, là encore, par les experts judiciaires désignés, un texte réglementaire très précis stipule que de telles enquêtes sont menées en constante « concertation » avec les fabricants concernés et que les comptes rendus sont rédigés « en commun » avec eux.¹⁵ Ainsi, à l'heure où je parle, l'intégralité des décisions judiciaires sur le vaccin – incluant celles prises par la Cour de cassation – se sont fondées sur des expertises qui, à l'insu de tous, ont présenté comme neutres et objectives des évaluations pourtant rédigées « en commun » avec les fabricants appelés dans la cause, au mépris flagrant du contradictoire. Jusqu'à plus ample informé, il s'agit bien *du* scandale judiciaire du 21^e siècle.

L'analyse de ces avis rédigés « en commun » permet de reconnaître que, de fait, les fabricants sont nettement intervenus – notamment dans des formulations de causalité qui, échappant totalement aux concepts et à la terminologie traditionnelle de l'Agence, ne peuvent qu'avoir été qu'inspirées par les avocats des premiers. Ainsi, tous les experts judiciaires qui ont placidement repris le refrain sur l'absence de lien « certain », se sont, à leur insu, faits les vecteurs d'un discours intéressé, techniquement infondé, en le recouvrant du vernis d'une pseudo-expertise indépendante. Action d'environnement typique – comme par hasard centrée sur l'entretien du doute.

S'il ne fait aucun doute que la prévarication puisse influencer sur l'expertise, ce qui vient d'être illustré signifie que l'incompétence est la menace la plus grave qui puisse peser sur l'impartialité : on n'est jamais aussi facilement manipulable que quand on ne sait pas, et les magistrats seraient bien inspirés de conscientiser que dans leurs entreprises actuelles de lobbying, l'industrie pharmaceutique consacre de plus en plus d'argent en leur direction – non sans résultat, hélas. Pour ne point parler des dépenses indirectes : car, avec la trésorerie illimitée leur permettant de soutenir n'importe quelle action judiciaire, qu'ont fait les fabricants sinon convaincre les plus hautes juridictions que le seul expert judiciaire pouvant documenter – ne serait-ce que sur la base d'un chiffre d'affaires naguère insolent – la confiance que lui accordait l'industrie pharmaceutique était, comme par hasard, *le seul* indigne de mettre sa compétence au service de la justice française ?...

Cette question de la compétence expertale renvoie évidemment à celle du choix de l'expert. Pour caricaturalement déficient qu'il soit comme il vient d'être démontré, le processus de désignation par les magistrats n'est pas un cas unique. Qui ne voit, par exemple, que par sa puissance financière lui permettant de polluer la dynamique sinon darwinienne du processus de reconnaissance par les pairs, l'industrie en général a l'exorbitant pouvoir de promouvoir comme « experts » les plus nuls pour autant qu'ils lui soient dévoués ? Qui ne voit le même processus à l'œuvre avec les politiques, qui octroient des rentes expertales à leur protégés : encore très récemment, un ancien ministre de la santé n'a-t-il pas profité de son entretient pour remercier par la direction d'une grande administration sanitaire l'engagement politique d'une protégée dont la caractéristique la plus patente est qu'elle n'a ni la formation de principe, ni l'expérience pratique pour le poste ?

¹⁵ Agence du médicament, *Bonnes Pratiques de Pharmacovigilance*, déc. 1994

Ce qui ressort de tout cela, c'est qu'il n'y a pas d'étanchéité entre les processus pourtant bien distincts de l'expertise et de la décision : en s'autorisant à influencer la sélection des experts, les décideurs pèsent évidemment sur l'émergence et la prédominance d'un scientifiquement correct. A l'inverse, il sera tenu gré à l'expert de prendre en compte, dans son raisonnement, les exigences du décideur : par exemple de se référer à une notion juridique de « lien direct et certain » en dépit de son incongruité technico-scientifique, et de permettre, ce que faisant, aux magistrats de botter en touche sans avoir à réfléchir, ni à s'interroger sérieusement sur la dimension politique d'un drame de santé publique qui, par son ampleur, dépasse manifestement les capacités d'indemnisation tant de l'Etat que des firmes pharmaceutiques qui servent de vitrine industrielle à ce même Etat.

Cette question de la désignation permet aussi de relever un point fondamental : quelles que soient son incompetence ou sa malhonnêteté, l'expert est tout nu quand il est seul. Ce n'est pas son expertise présumée qui lui donne le pouvoir, mais le pouvoir qu'on lui octroie qui crédibilise son expertise. Voici quelques années, dans une affaire de vaccination assez médiatisée où je n'étais pas expert, j'avais été contacté par la victime désespérée de la performance – effectivement lamentable – des deux experts qui lui avaient été imposés. A quelque temps de là, le juge en charge de cette affaire – l'un des plus expérimentés en matière de santé – prit l'initiative de m'appeler pour me dire en termes peu choisis qu'il en avait marre de ces deux-là, qu'il avait lu certains de mes travaux et qu'il entendait désormais me missionner dans les affaires ultérieures, malgré les demandes de récusation dont il avait connaissance. J'en profitais pour l'interroger sur l'intérêt d'une intervention privée dans la première affaire, à quoi il répondit qu'il la lirait avec beaucoup d'intérêt. Sur ce, il tomba malade au point d'être remplacé : la nouvelle juge s'empressa de me récuser dans la nouvelle affaire où il m'avait désigné, et débouta la première victime en ignorant totalement ma contribution privée. La Cour d'appel allait adopter exactement la même position. Mais dans l'entre temps, les deux experts de la première affaire avaient envoyé leur facture à la malheureuse victime, pour le montant exorbitant de 16000 euros. Confrontée à une exigence aussi considérable à l'endroit d'une pauvre femme ruinée par la maladie, la Cour d'appel, pour une fois, allait faire preuve d'une ingéniosité remarquable :

Qu'en l'espèce, il est évident que les rapports d'expertise des prof. X et Y, dont les conclusions sont favorables au Laboratoire Z, qui s'ajoutent à d'autres obtenus à l'occasion d'affaires similaires qui peuvent être ensuite produits à nouveau au soutien de sa position, profitent à cette partie ; qu'à titre exceptionnel, leur coût sera mis à sa charge (...)

On admettra sur cet exemple qu'entre le juge prétendant se débarrasser de deux experts explicitement taxés d'incompétence et de pusillanimité pour s'en remettre désormais à un troisième, et celui balayant d'une demi-ligne méprisante la contribution du dernier tout en exhortant les fabricants réutiliser dans leurs affaires ultérieures l'expertise des deux autres désormais crédibilisée par le sceau de la Cour d'appel, il y a précisément toute la marge du processus de choix d'expert par le décideur.

Enfin, les considérations précédentes attestent qu'au fond, il n'y a rien de spécifique dans les défaillances individuelles ou systémiques qui alimentent la critique de l'expertise. L'incompétence ? Mais alors que les défis actuels devraient appeler l'imagination et la créativité juridiques, n'a-t-on pas vu les plus hautes instances judiciaires s'égarer au point d'en perdre leurs repères les plus intangibles : le respect du contradictoire, l'intérêt à agir, la jurisprudence, la prévisibilité. Les conflits d'intérêt ? Mais lorsqu'il s'agit d'instrumentaliser une décision judiciaire au profit des fabricants, ne voit-on pas abuser de leurs positions éditoriales les éminents juristes habitués aux luxueuses consultations des mêmes fabricants ? Ne voit-on pas la Cour de cassation suivre les réquisitions d'un avocat général notoirement lié à certain avocat des fabricants et significativement bien peu cohérent avec les principes qu'il allait bientôt publier dans une autre affaire de récusation ? Ne voit-on pas le prestigieux Recueil Dalloz publier sous couvert d'un « article de doctrine » une pauvre contribution scandaleusement partielle¹⁶ rédigée par deux avocats inconnus au bataillon des théoriciens du droit et strictement muets sur le fait qu'ils sont les défenseurs d'un fabricant dans toutes les affaires civiles ? Que dire enfin du système des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, survivance archaïque d'un système de privilèges défiant tant les principes de 1789 que ceux de la libre concurrence et dont l'organisation même est une incitation aux conflits d'intérêts ?

S'ils font comme tout le monde – politiques et magistrats inclus –, que reprocher aux experts par conséquent ? Précisément ceci : *de faire comme tout le monde*. De conditionner leurs évaluations à l'intérêt bien compris de leur carrière et de leur tranquillité. En un mot : de ne plus reconnaître la transcendance du Savoir comme limite infranchissable aux accommodements du politiquement correct.

Le temps me manque pour aller plus loin. Mais je voudrais conclure sur trois remarques. Premièrement, alors que les décideurs tendent spontanément à s'abriter derrière leur incompétence technique dès lors qu'ils sont mis en cause, il faudra bien, un jour, déporter la question de leur responsabilité à celle de leur choix d'expert qui, le plus souvent, privilégie la docilité clientéliste sur la compétence documentable.

Deuxièmement, j'ai appris à penser que le bon expert, finalement, c'est celui dont on peut se passer : celui qui, dans le processus interdisciplinaire de l'expertise, permet aux demandeurs de l'évaluation **de se réapproprier** des éléments de fait, simples, compréhensibles, aisément vérifiables, suffisants pour affronter en connaissance de cause le processus décisionnel.

Troisièmement, s'il est exact que l'incompétence soit la menace la plus grave sur le processus de l'expertise – et qu'elle renvoie du même coup à l'incompétence synergique des décideurs – force est de se demander si nous n'en sommes pas arrivés au but cherché depuis déjà longtemps par les puissances de l'argent : réduire à pas grand-chose toutes les instances d'enseignement ou de recherche, polluer la transmission scolaire ou universitaire par les dogmes de l'entreprise et du libre marché, réaliser enfin le rêve monstrueux de la « destruction du savoir en temps de

¹⁶ Robert JA, Regnault A. Les effets indésirables des médicaments: information et responsabilités. Recueil Dalloz 2004; (8):510-6.

paix »¹⁷, pour reprendre le titre tristement pertinent d'un ouvrage récent¹⁸ (diapo 16). En ce sens, la question la plus grave de notre colloque n'est peut-être pas tant « comment retrouver la confiance en l'expertise ? » que, bien plus simplement : « existe-t-il encore des experts ? »

¹⁷ J'entends m'inscrire en faux ici contre l'opinion d'un précédent intervenant jugeant que la société serait « de plus en plus instruite »

¹⁸ Abensour C et coll. De la destruction du savoir en temps de paix. Ecole, université, patrimoine, recherche. Paris: Fayard (Les Mille et Une Nuits); 2007.