



HAL
open science

Essai de modélisation des rapports expert-décideur : réflexions autour de l'expertise internationale en matière climatique et au-delà

Eve Truilhé-Marengo

► **To cite this version:**

Eve Truilhé-Marengo. Essai de modélisation des rapports expert-décideur : réflexions autour de l'expertise internationale en matière climatique et au-delà. Karine Favro; Madeleine Lobe-Lobas; Jean-Paul Markus. L'expert dans tous ses états – A la recherche d'une déontologie de l'expert, Dalloz, pp.89-103, 2016, 9782247152490. hal-01451196

HAL Id: hal-01451196

<https://hal.science/hal-01451196>

Submitted on 4 Sep 2023

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.

Essai de modélisation des rapports expert-décideur

Réflexions autour de l'expertise internationale en matière climatique et au-delà

E. Truilhé-Marengo
Chargée de recherche CNRS – HDR
CERIC UMR 7318 – Aix-Marseille Université

Face au recours massif à l'expertise, et pour garantir la légitimité de la décision, l'encadrement juridique du recours à l'expert devient incontournable et ce dans l'ensemble des ordres juridiques qu'ils soient nationaux, européen ou international. De manière générale, on le sait, malgré la diversité des règles applicables, il apparaît que s'élabore progressivement une harmonisation des contenus, l'émergence de principes directeurs de l'expertise. Les espaces normatifs internationaux communiquent en effet entre eux non seulement par leur contenu juridique matériel, mais aussi par un ensemble de méthodes et procédures d'interpénétration mutuelle¹ et s'est ainsi que le contradictoire et l'indépendance des experts, notamment, ont fait entrer l'expertise dans la sphère du procès équitable. Le constat est également valable s'agissant de l'expertise dite décisionnelle² pourtant traditionnellement moins encadrée que l'expertise judiciaire.

L'objectif des développements qui suivent est de montrer dans quelle mesure l'ensemble des règles encadrant le recours à l'expert dans l'ordre juridique international se prête à un essai de modélisation. Etudier l'expertise à l'échelle internationale peut surprendre, car à l'origine droit du « vivre ensemble », du bon voisinage entre Etats, le droit international, hors du domaine des délimitations frontalières, faisait un usage réduit de l'expertise. Mais avec la révolution scientifique ou technologique, il est progressivement devenu un droit de la coopération, l'outil de la poursuite de d'objectifs communs. Sa substance s'est élargie et complexifiée, entraînant presque mécaniquement l'extension du besoin d'expertise³. Or, il se trouve que les questions liées au développement du phénomène expertal se posent dans l'ordre juridique international avec une acuité particulière car plus qu'ailleurs, la recherche de la vérité scientifique se fait dans un contexte d'opposition : opposition d'intérêts, de modèles mais aussi de méthodes. La question du rapport expert-décideur y est donc plus sensible qu'ailleurs.

Mais quelles sont donc ces règles ? En cherchant à répondre à cette interrogation, nous constaterons que le domaine de la lutte contre le changement climatique peut faire figure de

¹ Voir en ce sens H. Ruiz Fabri, L. Gradoni (dir.), *La circulation des concepts en droit international de l'environnement entre mondialisation et fragmentation*, Paris, Ed. de la Société de législation comparée, 2009, 574 p.

² Appelée aussi expertise à finalité politique ou de gouvernance. La notion désigne aussi le fait pour l'auteur d'une décision publique de recourir à un expert lorsqu'il est amené à régler une question présentant des aspects techniques. M.A. Hermitte, *L'expertise scientifique à finalité politique, réflexions sur l'organisation et la responsabilité des experts*, *Justice*, 1997, n°8, pp. 79-103.

³ Voir en ce sens, J. Rios-Rodriguez, *L'expert en droit international*, Thèse, 2008, 583 p.

modèle en la matière. L'influence des conclusions de plus en plus explicites du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC)⁴ sur les décisions prises par la Communauté internationale est indéniable⁵ et l'influence de ses rapports, tout autant que leur retentissement médiatique -la publication de chaque nouveau rapport fait la une des journaux du monde entier- n'ont pas manqué d'entraîner critiques, doutes sur la légitimité de l'expertise produite⁶. Les enjeux liés aux énoncés produits expliquent à la fois les efforts consacrés et les limites rencontrées dans leur mise en œuvre pratique.

Quel que soit l'ordre juridique ou le domaine spécifique étudié, il apparaît que, pour être légitime, une expertise doit remplir des conditions à la fois formelles (I) à travers les règles relatives au choix des experts et aux liens qu'ils entretiennent avec le politique, et matérielles (II) à travers l'institutionnalisation d'une expertise à la fois largement ouverte et soumise à la confrontation scientifique. Nous illustrerons cet essai de modélisation à partir d'exemples tirés de procédures internationales d'expertise tant juridictionnelle que décisionnelle, le domaine de la lutte contre le changement climatique apparaissant bien souvent comme un modèle de l'expertise décisionnelle⁷. Précisons dès à présent que l'intérêt d'un modèle à nos yeux réside dans ses impuretés : l'analyse a vocation à mettre en lumière les efforts déployés dans ce cadre pour garantir une expertise indépendante, transparente et fiable tout autant que les limites rencontrées, en pratique, pour y parvenir.

I – Conditions formelles de légitimité

La légitimité formelle de l'expertise passe par l'encadrement d'une part du choix des experts (A) et d'autre part de la relation que ceux-ci vont entretenir avec le commanditaire de l'expertise (B). Examinant des enceintes différentes de prise de décision, nous constaterons qu'au sein du

⁴ Créée en 1988 conjointement par l'Organisation météorologique mondiale (OMM) et le Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE), le GIEC a obtenu en 2007, conjointement avec Al Gore, le prix Nobel de la paix, forme de reconnaissance du rôle scientifique mais aussi politique de cette instance d'expertise scientifique. Le GIEC, qui est à la fois antérieur et extérieur à la Convention signée à Rio en 1992, incarne la figure de l'expert dans le cadre de la lutte contre le changement climatique, la conférence des parties à la Convention faisant figure de commanditaire de l'expertise.

⁵ Voir : B. Bolin, *A history of the science and politics of climate change. The role of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-51 ; R. Encinas De Munagorri, *L'organisation de l'expertise sur le changement climatique*, in *Expertise et gouvernance du changement climatique*, Paris, LGDJ, 2009, p. 31 et. ; O. Leclerc, *Les règles de production des énoncés au sein du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat*, in : R. Encinas de Munagorri, *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, p. 59 ; S. Maljean-Dubois, *La diplomatie climatique de Rio 1992 à Paris 2015*, Pedone, Paris, 2015, pp. 31 et s.

⁶ Ses travaux ont ainsi été décriés à plusieurs reprises. Climate Gate (piratage et divulgation des courriels privés des membres du groupe en novembre 2009). Sur cet épisode, cf. En savoir plus sur http://www.lemonde.fr/planete/article/2010/02/12/rechauffement-climatique-faut-il-croire-les-experts_1304785_3244.html#BweYV2PsiqQ9JIUq.99; R. Grundmann, « 'gate' and The Scientific Ethos », *Science, Technology, & Human Values*, 38 (1) 2013, pp. 67-93. erreur relevée dans le 4^{ème} rapport d'évaluation paru en 2007 s'agissant de la fonte des glaciers de l'Himalaya, accusation de conflit d'intérêt début 2010 s'agissant du président Rajendra Pachauri, ont successivement porté atteinte à l'intégrité de l'expertise climatique.

⁷ a ainsi servi à la mise en place d'une instance d'expertise dans le champ de la lutte contre l'érosion de la biodiversité : la « plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité et les services écosystémiques » (IPBES) est en effet régulièrement présentée comme le GIEC de la biodiversité. S. Maljean-Dubois, *La plateforme intergouvernementale scientifique et politique sur la biodiversité et les services écosystémiques (IPBES)*, *Journal International de Bioéthique*, 2014/1, Vol. 25

GIEC⁸, les règles qui assurent la légitimité formelle de l'expertise produite ont été progressivement renforcées jusqu'à constituer une sorte de charte qui pourrait sans doute être transposée au-delà du domaine climatique.

A - Choix des experts

De manière générale la légitimité du recours aux experts repose sur la personnalité du ou des experts nommés et l'expert doit ainsi répondre à une triple exigence : de compétence scientifique, et d'indépendance -critères traditionnels commun à l'ensemble des ordres juridiques- mais aussi, bien souvent, de représentativité, preuve de la vocation politique des instances d'expertises internationales.

L'expert doit être scientifiquement compétent. La qualité des experts scientifiques impliqués dans les procédures d'évaluation des risques est garantie par la conjonction de plusieurs critères au premier rang desquels figure bien entendu la compétence. L'exigence de compétence est, par exemple, très souvent rappelée par le juge de l'Union européenne. Dans son arrêt *Technische Universität München*⁹, il nous indique que « le groupe d'experts ne saurait remplir sa mission que s'il est composé de personnes possédant les connaissances techniques requises dans les différents domaines d'utilisation des appareils scientifiques en cause ou si les membres de ce groupe bénéficient du conseil d'experts possédant ces connaissances »¹⁰. Mais la compétence ne suffit pas et le juge évoque « les principes d'excellence, d'indépendance et de transparence »¹¹. En l'espèce le juge de l'Union fait savoir qu'en ce qui concerne les avis du comité scientifique de l'alimentation animale, « il ne fait pas de doute » qu'ils satisfont à ces critères et qu'à l'inverse, « n'est ni indépendant ni transparent ni excellent l'avis rendu par le comité permanent qui, dans le domaine des additifs alimentaires pour les animaux, doit être consulté par la Commission au stade de l'évaluation puis de la gestion des risques liés à ces produits ; en effet, en tant qu'organe politique, ce comité n'est pas scientifique ni indépendant et ses avis sont d'autant moins transparents qu'ils ne sont pas publiés ». Mais nous évoquons déjà ici le critère de l'indépendance de l'expert.

L'expert doit être indépendant. L'indépendance constitue une exigence traditionnelle dans le choix de l'expert. Elle n'en constitue pas moins une difficulté réelle lorsqu'il s'agit, au plan international, de constituer un groupe d'experts dans le cadre contentieux ou décisionnel.

⁸ Pour être plus précis, l'expertise climatique se développe essentiellement dans le cadre de trois de travail différents. Le premier groupe est chargé d'évaluer les aspects physiques du système climatique et des changements climatiques, le deuxième les impacts, la vulnérabilité et l'adaptation des systèmes naturels et socio-économiques, le troisième travaille aux éléments de solution possibles, principalement en termes d'atténuation des émissions de gaz à effet de serre (GES).

⁹ CJCE, 21 novembre 1991, *Technische Universität München c. Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90, Rec. 1991, p. I-5469.

¹⁰ Pour conclure en l'espèce que « ni le procès-verbal de la réunion du groupe d'experts ni les débats devant la Cour n'ont établi que les membres de ce groupe possédaient eux-mêmes des connaissances nécessaires dans les domaines de la chimie, de la biologie et des sciences géographiques ou qu'ils ont cherché conseil auprès d'experts en ces matières afin de pouvoir se prononcer sur les problèmes techniques qui se posent dans l'examen de l'équivalence des appareils scientifiques en cause ».

¹¹ TPICE, 11 septembre 2002, *Pfizer Animal Health SA c/ Conseil*, aff. T-13/99, Rec. 2002, p. II-3305, pt. 159 ; Dans le même sens : TPICE, 26 novembre 2002, *Artegodan GmbH e.a. c/ Commission*, aff. jtes T-74/00, T-76/00, T-83/00, T-84/00, T-85/00, T-132/00, T-137/00 et T-141/00, Rec. 2002, p. II-4945, pt. 200.

L'exemple du recours à l'expert dans le cadre du règlement des différends à l'Organisation Mondiale du Commerce l'illustre parfaitement. L'affaire « *Hormones* »¹² a été perçue par certains observateurs avertis comme l'exemple de ce qu'il ne fallait pas faire en matière de consultation d'experts¹³ et dans les rapports postérieurs, les groupes spéciaux de l'Organe de règlement des différends (ORD) ont tenté de remédier à ces lacunes en adoptant des procédures constituant la « matrice procédurale de base »¹⁴ concernant le choix et les modalités de consultation d'experts. Celles-ci, sensiblement identiques dans toutes les affaires, visent à garantir à la fois la compétence des experts (« Le Groupe spécial demandera des noms d'experts aux organisations compétentes ; Ils devront « présenter un curriculum vitae succinct » qui sera « communiqué aux parties ») ; leur indépendance (« Ils seront consultés à titre personnel, et non en qualité de représentant d'un gouvernement ou d'une organisation » ; « le Groupe spécial n'entend pas nommer des experts qui sont ressortissants de l'une ou l'autre des parties au différend, à moins que les parties ne consentent à leur nomination ou que le Groupe spécial estime que sinon il n'est pas possible d'obtenir les avis scientifiques spécialisés nécessaires » ; « Les parties ne devront pas prendre contact avec les experts suggérés » etc.) et le caractère contradictoire de la procédure (« Le Groupe spécial préparera des questions précises pour les experts, que celles-ci seront communiquées aux parties »). Les relations entre le Groupe spécial et les experts sont également abordées (Les experts seront placés sous l'autorité du Groupe spécial ; Leur avis est purement consultatif).

L'examen de la jurisprudence nous éclaire sur les critères requis en matière de compétence et d'indépendance des experts. Dans l'affaire « *Hormones* », se basant sur les dispositions applicables et faisant référence aux « organisations internationales compétentes », le Groupe spécial a décidé de nommer des experts qui lui avaient été proposés par la Commission du *Codex alimentarius*. Un autre expert, à la demande des Communautés européennes, a été choisi parmi ceux qui figuraient sur une liste dressée par l'Agence internationale pour la recherche sur le cancer. Deux autres ont été désignés à partir des listes de noms proposés par les parties. Le choix des experts nommés par le *Codex* est celui qui a été le plus critiqué : les personnes liées à un organisme de normalisation, seront tentées de pencher *a priori* du côté du respect systématique des normes adoptées par cet organisme, ce que l'Organe d'appel finira par admettre -et par condamner- dans l'affaire « *Hormones 2* »¹⁵.

La recherche de l'indépendance de l'expert a poussé le GIEC à aller plus loin et à adopter une « Décision relative aux conflits d'intérêts ». Ce document prend la peine de distinguer entre conflit d'intérêt défini comme visant « Tout intérêt actuel d'ordre professionnel, financier ou d'une autre nature susceptible: i) d'altérer sensiblement l'objectivité d'une personne dans

¹² Communautés européennes – *Mesures concernant les viandes et les produits carnés*, WT/DS48/R/CAN du 18 août 1997 et WT/DS/26 et 48/AB/R du 16 janvier 1998

¹³ T. Christoforou, L'expertise scientifique au service du commerce international : analyses et perspectives, in *Droit de l'OMC et protection de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 461-484.

¹⁴ *Ibid*, p. 469.

¹⁵ Voir : E. Truilhé-Marengo, L'OMC et les risques sanitaires : réflexions autour du rapport de l'Organe d'Appel dans l'affaire *Hormones II*, *RJE*, 2010, n°2.

l'exercice de ses fonctions » et partialité qui désigne un point de vue ou une approche affirmés concernant une question précise ou une problématique générale. De façon très réaliste, il est indiqué que dans le cas des équipes d'auteurs et d'examineurs, la partialité peut et doit être gérée par la sélection d'un équilibre de points de vue et affiliations. Une procédure de déclaration d'intérêts a été mise en place («de formulaire CDI»), avant et après la désignation des experts et des membres des organes de direction du GIEC. Un comité en charge des conflits d'intérêts examine si une personne a un conflit d'intérêts, et considère les possibilités de résolution du conflit en consultation avec elle. De manière très réaliste encore, lorsqu'un conflit d'intérêts ne peut être résolu, il peut être toléré à titre exceptionnel lorsque la personne apporte une contribution non substituable à un produit du GIEC et qu'il est possible de « gérer » le conflit de manière à ce qu'il n'ait pas d'incidences néfastes sur le rapport du GIEC concerné. Dans ces cas, le Comité déclarera publiquement le conflit et les raisons pour lesquelles il a été jugé que la personne peut néanmoins continuer à contribuer aux travaux du GIEC.

Il faut ici préciser que, mandatée par l'ONU, l'Inter Academy Council¹⁶, réunion des principales académies des sciences, a réalisé un audit du fonctionnement du GIEC. Le rapport rendu en 2010¹⁷ qui proposait certaines réformes a largement contribué au renforcement des processus et les procédures qui gouvernent la fabrication des rapports : la gestion des conflits d'intérêts en constitue un exemple.

L'expert doit être représentatif. La sélection des experts dans le cadre d'une expertise décisionnelle de nature internationale, si elle repose sur des critères scientifiques, n'en demeure pas moins politique puisque ce sont généralement les Etats qui proposent les listes sur lesquelles les experts seront finalement nommés¹⁸. Ceux-ci doivent être scientifiquement reconnus pour leur compétence dans les domaines concernés. Si les évaluations sont principalement fondées sur les publications scientifiques et techniques dont la valeur scientifique est largement reconnue, l'excellence scientifique très souvent ne suffit pas à constituer une expertise suffisamment légitime pour fonder une décision politique d'importance internationale¹⁹. Dans le cadre du GIEC par exemple, l'excellence scientifique s'articule expressément avec d'autres exigences : représentation de la diversité des points de vue et compétences scientifiques, techniques et socio-économiques; des origines géographiques, représentation appropriée des experts des pays développés, en développement et à économie de transition ; Représentativité des différents niveaux d'expérience des experts. La parité hommes-femmes doit également être recherchée, attestant du caractère tout autant politique que scientifique des nominations, preuve du caractère politique de l'expertise produite.

¹⁶ <http://reviewipcc.interacademycouncil.net/ReportNewsReleaseFrench.html>

¹⁷ *Climate Change Assessments: Review of the Processes and Procedures of the IPCC*. Voir le rapport complet ici : <http://reviewipcc.interacademycouncil.net/report/Climate%20Change%20Assessments,%20Review%20of%20the%20Processes%20&%20Procedures%20of%20the%20IPCC.pdf>.

¹⁸ Dans le cadre du GIEC, Les sessions plénières du GIEC dans lesquelles siègent les représentants des Etats participent à la désignation des organes de direction tels que le Président et le bureau qui désigneront les experts. Ceux-ci sont choisis, sur des listes de noms proposées par les Etats parties, par le bureau du Groupe de travail compétent, lui-même désigné par les sessions plénières.

¹⁹ O. Leclerc, Les règles de production des énoncés au sein du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, in : R. Encinas de Munagorri, *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ, p. 60-61.

B – Modalités de production de l'expertise

Au-delà de la désignation des experts, les modalités formelles de production de l'expertise constituent également des éléments déterminants. Le caractère collectif de l'expertise nous semble devoir s'imposer tout comme un encadrement de la relation entre l'expert et le décideur.

L'expertise doit être collective. Le recours aux experts individuels est justifié par un souci de rapidité, la constitution puis le fonctionnement d'un groupe d'expert allongeant sans doute la procédure. Néanmoins, le caractère collectif de l'expertise s'impose comme un standard de la bonne expertise.

La question a été largement débattue au sein de l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Les textes relatifs au recours aux experts, prévoient tous la constitution de groupes consultatifs d'experts²⁰. Pour autant, dans toutes les affaires dont ils ont pu être saisis²¹, et ceci même sous l'égide du GATT²², les groupes spéciaux ont toujours privilégié le recours à des experts individuels.

Dans l'affaire « *Hormones* »²³ la Communauté européenne demandait, conformément aux dispositions du *Mémorandum* et de l'Accord SPS, l'établissement d'un groupe consultatif d'experts. Les États-Unis, quant à eux, jugeaient la consultation d'experts inutile. Le Groupe spécial a finalement décidé d'avoir recours à des experts individuels considérant que rien ne l'empêchait. La situation s'est reproduite à l'identique dans l'affaire « *Amiante* »²⁴, les Communautés européennes soutenaient que l'établissement d'un groupe consultatif d'experts était la seule option que le *Mémorandum* donnait aux groupes spéciaux désirant obtenir des renseignements sur des questions scientifiques. Le cas de l'affaire « *Produits biotechnologiques* »²⁵ est sur ce point assez particulier. Le conflit mettait en scène les Communautés européennes d'un côté et les États-Unis, le Canada et l'Argentine de l'autre. La consultation d'experts durant la procédure s'est déroulée sur un mode différent de celui des affaires précédentes puisqu'elle intervenait ici à la demande des Communautés européennes ; les plaignants, qui « ne contestaient pas les évaluations des comités scientifiques » présentées, n'en ressentaient pas la nécessité. Au cours de la procédure, 117 noms d'experts vont être discutés et au final six experts seront officiellement consultés ainsi que divers secrétariats d'organisations internationales²⁶. Ici, contrairement à ce qui

²⁰ Ainsi l'article 13 du *Mémorandum* dispose que « les groupes spéciaux pourront demander un rapport consultatif écrit à un groupe consultatif d'experts ». Il en va de même pour les dispositions contenues dans les accords spécifiques, c'est-à-dire pour l'article 11 :2 de l'Accord SPS et pour l'article 14 :2 et 14 :3 de l'Accord OTC.

²¹ Et ce en dehors du domaine environnemental. Voir notamment : *Canada – Mesures concernant les exportations de blé et le traitement des grains importés*, WT/DS276/AB/R, rapport de l'Organe d'appel, 30 août 2004.

²² *Communautés européennes - Régime d'importation applicable aux bananes*, rapport du panel du Gatt DS38/R, non adopté.

²³ *Communautés européennes, Mesures communautaires concernant la viande et les produits carnés*, 16 janvier 1998, Rapport de l'Organe d'appel, WT/DS26/AB/R.

²⁴ *Communautés européennes — Mesures affectant l'amiante et les produits en contenant*, Rapport du Groupe spécial ; WT/DS58/AB.

²⁵ *Communautés européennes – Mesures affectant l'approbation et la commercialisation des produits biotechnologiques*, Rapport du Groupe spécial, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R.

²⁶ Sur le processus de sélection des experts voir : Bonneuil (C.) Levidow (L.), How does the WTO know? The mobilization and staging of scientific expertise in the GMO trade dispute, *Social Studies of Sciences*, Vol. 42(1), To

était devenu habituel, la Communauté européenne n'a pas cherché à imposer la création d'un groupe consultatif d'expert : elle ne cherchait en effet pas à faire apparaître une opinion scientifique spécifique mais au contraire à faire ressortir la pluralité des opinions et donc l'absence de certitude scientifique. Plusieurs avis individuels lui semblaient probablement mieux indiqués à cette fin. Dans l'affaire *Hormones 2* enfin, le Groupe spécial a tenté de justifier sa décision de recourir à des experts à titre individuel. Il a invoqué la nécessité dans le cas d'espèce de diversifier les spécialités des experts consultés ainsi que sa volonté d'éviter un texte consensuel exposant une position commune minimale, car il souhaitait au contraire entendre les opinions dissidentes ou minoritaires²⁷. Mais certains auteurs ont pu évoquer, à propos du recours à des groupes d'experts, un risque d'un autre ordre : le risque de « dénaturation » du rôle des groupes spéciaux. La consultation d'un groupe d'expert amènerait les membres du Groupe spécial à « faire des choix entre différentes opinions scientifiques ou techniques, alors qu'il ne leur appartient pas de s'ériger en juges de la vérité scientifique »²⁸. A notre avis, la consultation d'experts individuels ne permet pas d'éviter cet écueil. Bien au contraire. L'expression d'avis divergents, loin de nuire à la qualité de l'expertise, semble la renforcer. Dans le cas de l'utilisation d'un groupe d'experts, le rapport remis par ce dernier présenterait la confrontation des thèses des experts et l'identification des points sur lesquels il y a consensus. Et dans le cas où des questions resteraient conflictuelles, le Groupe spécial aura au moins une meilleure base pour dire qu'il existe une opinion dominante ou que la science est divisée ou incertaine.

La relation entre l'expert et le décideur doit être encadrée. La dissociation stricte entre expertise et décision politique constitue un idéal en vertu duquel chacun reste « dans son rôle. Aux experts scientifiques de produire des connaissances – si possibles objectives, stables et universellement admises- aux responsables politiques de prendre des décisions au nom de l'intérêt général et du bien commun »²⁹. Mais en pratique, l'expertise produite au sein des différentes instances internationales ou nationales s'éloigne considérablement de cet idéal, que l'on a pris l'habitude de nommer modèle « linéaire » de l'expertise³⁰. Il est largement connu du reste que ce modèle « linéaire » relève en réalité davantage du mythe, le cloisonnement étanche entre science et décision politique n'existant que dans le discours, les normes, spécifiquement environnementales, étant généralement co-construites³¹.

L'exemple du GIEC est topique : si les Etats ne participent pas à l'élaboration des rapports, ils interviennent tout de même largement en amont, à travers la nomination des membres du bureau et en aval à travers la révision des différents documents. Avant d'être adoptés par la session plénière, les « produits » du GIEC, les rapports d'évaluation, de synthèse comme les résumés à

appear February 2012.

²⁷ *États-Unis – Maintien de la suspension d'obligations dans le différend CE – Hormones*, Rapport du Groupe spécial WT/DS320, § 7.71

²⁸ Canal-Forgues (E.), *Le règlement des différends à l'OMC*, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 72.

²⁹ R. Encinas de Munagorri, *Expertise et gouvernance du changement climatique*, *op. cit.*, p. 29.

³⁰ P. Roqueplo, *Entre savoir et décision, l'expertise scientifique*, Paris, Éditions de l'Inra, 1997.

³¹ A. Dahan-Dalmedico H. Guillemot, *Changement climatique : Dynamiques scientifiques, expertise, enjeux géopolitiques, Sociologie du travail*, 2006, 48. A. Dahan, H. Guillemot, Les relations entre science et politique dans le régime climatique : à la recherche d'un nouveau modèle d'expertise ?, *Natures Sciences Sociétés Supp.* 3/2015, p. 6-18, URL : www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2015-Supp. 3-page-6.htm.

l'intention des décideurs -les documents les plus diffusés donc- sont soumis à un double processus de révision. Une révision d'ordre scientifique d'une part, effectuée par les experts-évaluateurs qui communiquent ensuite leurs observations aux auteurs principaux qui élaborent le projet de texte révisé. Celui-ci est ensuite transmis aux gouvernements pour une révision d'ordre politique par les représentants des Etats parties et organisations participants. La version définitive du rapport est rédigée en prenant compte les observations exprimées par les gouvernements et les experts. Le rapport de synthèse qui intègre les éléments contenus dans les rapports d'évaluation est écrit dans un style non-technique, il contient un rapport complet et un résumé à l'intention des décideurs politiques. Leur procédure d'élaboration et d'adoption est strictement encadrée. Rédigé par le président du GIEC et une équipe de rédaction, le rapport de synthèse fait également l'objet d'un double examen : par les experts et les gouvernements dans un premier temps, et par les gouvernements et observateurs dans un second temps. Contrairement au modèle idéal de l'expertise, ici le processus est donc hautement politique. Nous sommes donc bien face à un modèle de co-production de la norme qu'illustre bien l'objectif des 2 degrés, objectif hybride entre l'acceptable (politiquement) et le vrai (scientifiquement)³².

On perçoit ici que la légitimité matérielle des énoncés apparaît comme un facteur de légitimité de l'expertise au moins aussi puissant que la légitimité formelle : une expertise ne permet de prendre une décision éclairée que si elle est valide.

II – Légitimité matérielle

Il est acquis que l'expertise constitue une forme dénaturée de la science, « une forme d'aliénation de la science « classique », une science absorbée par la logique de l'action, intégrée au processus décisionnel comme partie constitutive, certes plus ou moins décisive »³³. Pour autant la légitimité matérielle d'une expertise est la condition essentielle de la légitime politique de la décision prise. Cet objectif nous semble devoir être recherché à travers deux voies : la voie de l'ouverture (A) et celle de la confrontation (B.).

A – Une expertise ouverte

L'expert doit intégrer l'état de l'art dans son rapport. De manière générale, la validité d'une expertise scientifique exige que le rapport produit soit caractérisé par un « processus à base scientifique »³⁴ s'appuyant sur les « preuves scientifiques disponibles »³⁵, des « méthodes

³² A. Dahan, H. Guillemot, Les relations entre science et politique dans le régime climatique : à la recherche d'un nouveau modèle d'expertise ?, *Natures Sciences Sociétés* Supp. 3/2015, p. 6-18, URL : www.cairn.info/revue-natures-sciences-societes-2015-Supp. 3-page-6.htm. Voir aussi l'entretien accordé par Jean Jouzel, climatologue et vice-président du groupe scientifique du Giec : <http://www.goodplanet.info/actualite/2014/11/18/jean-jouzel-deux-degres/>

³³ E. Naim-Gesbert, Droit, expertise et société du risque, *Revue du droit public*, 01 janvier 2007, n°1, p.36.

³⁴ Voir : Commission du Codex Alimentarius, *Manuel de procédure (15^{ème} édition), Définition des termes relatifs à l'innocuité des aliments*, 2005, p. 47, disponible sur : [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ ProcManuals/Manual_15f.pdf](ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_15f.pdf).

³⁵ Voir, par exemple, *Protocole de Cartagena sur la prévention des risques biotechnologiques relatif à la Convention sur la diversité biologique*, Montréal, 29 janvier 2000, article 15.

scientifiques éprouvées »³⁶, des « méthodes scientifiques établies et acceptées »³⁷, les « meilleures connaissances scientifiques disponibles »³⁸. Dans le cadre du GIEC cette exigence a été formalisée à travers la nécessité pour les auteurs de rédiger un pré-rapport rendant compte des publications parues dans des revues internationales à comité de lecture³⁹ et « données scientifiques et techniques de la meilleure qualité qui soit de façon à rendre compte des résultats scientifiques, techniques et socio-économiques les plus récents et à être aussi complets que possible »⁴⁰. Les principes régissant les travaux du GIEC prévoient que les auteurs doivent faire la synthèse des informations tirées de la littérature disponible.

L'expert doit prendre en compte les opinions minoritaires. Mais cette nécessité s'accompagne d'une exigence complémentaire : celle de tenir compte des opinions minoritaires. Il a par exemple été reproché au GIEC d'avoir insuffisamment pris en compte les positions d'auteurs mettant en doute l'origine anthropique du réchauffement climatique et de n'avoir pas tenu compte des objections formulées en ce sens. Des modifications ont été apportées afin d'offrir au rapport l'assise scientifique la plus large possible. Ainsi il est désormais prévu que les auteurs sont tenus de consigner dans le rapport des points de vue qui sont en contradiction avec l'opinion générale mais qui n'en sont pas moins valables sur le plan scientifique ou technique. Il est prévu que les experts qui souhaitent soumettre des textes afin de nourrir le rapport peuvent le faire à condition que ceux-ci soient étayés par des références à des publications dont la valeur scientifique est largement reconnue et disponibles à l'échelle internationale⁴¹. Des textes non publiés peuvent néanmoins être joint « pour autant que leur incorporation soit pleinement justifiée ». Afin de concilier ces deux objectifs – prise en compte des opinions minoritaires et validité des éléments pris en compte – l'annexe 2 des principes est consacrée à l'utilisation de la littérature dans les rapports du GIEC. L'annexe indique sans équivoque la priorité accordée aux textes publiés dans des revues à comité de lecture. Les textes sont admissibles au terme d'une évaluation critique, avec communication des éléments clés aux coprésidents des groupes de travail. Les textes non publiés peuvent être incorporés à condition que leur référence complète soit indiquée.

B – Un expert soumis à la confrontation conflictuelle

Un certain nombre de procédures ont été mises en place dans le but d'assurer la validité matérielle de l'expertise produite. La validité d'un énoncé scientifique passe par la confrontation conflictuelle des données produites⁴². Cette confrontation apparaît comme nécessaire afin de neutraliser la sur-détermination des énoncés des experts⁴³, à ce titre elle est constitutive d'une science légitime. Dans le cadre des groupes de travail du GIEC, l'expert se trouve constamment

³⁶ *Ibid.*, article 15.

³⁷ Voir, par exemple, *Règlement sanitaire international (2005) de l'Organisation mondiale de la santé (OMS)*, article 1.1.

³⁸ Voir, par exemple, *Convention-cadre sur les changements climatiques*, New York, 9 mai 1992, article 4.d.

³⁹ Principes régissant les travaux du GIEC, Appendice A, 4.3.3.

⁴⁰ Principes régissant les travaux du GIEC, Appendice A, 4.3.4.

⁴¹ Point 4.2.3 des Principes.

⁴² P. Roqueplo, *Climats sous surveillance – Limites et conditions de l'expertise scientifique-*, Economica, Paris, 1993, p. 70 (401 p.)

⁴³ *Ibid.*

confronté. Les procédures applicables impose que celui-ci soit confronté à ses pairs, à l'incertitude et, enfin, à l'erreur.

L'expert doit se confronter à ses pairs. Le *peer review* ou examen par les pairs, qui désigne le processus de validation d'un article par un comité de lecture composé de scientifiques, experts dans le même champ disciplinaire que le contenu de l'article dans le but de lui assurer une qualité scientifique, a été consacré comme l'un des critères de recevabilité d'une expertise⁴⁴ et demeure incontournable dans la publication des travaux scientifiques⁴⁵.

L'organisation d'un examen par les pairs s'est révélé indispensable pour les rapports du GIEC soient recevables et convaincants. A l'origine chaque groupe de travail organisait cet examen à sa façon ou ne l'organisait pas. Le 3^{ème} ne faisait pas de cette procédure l'une des étapes de la construction des rapports rendus. Le 1^{er} groupe soumettait ses pré-rapports à des examinateurs extérieurs et le 2^{ème} à des membres du groupe. Au fur et à mesure que les rapports du GIEC ont pris de l'importance, la nécessité d'une formalisation s'est renforcée. S'agissant de la désignation de ces reviewers, la triple exigence d'indépendance, de compétence et de représentativité s'impose encore. Depuis 1999, les pré-rapports sont adressés à deux experts indépendants c'est-à-dire n'ayant pas participé à l'adoption des pré-rapports. Ces personnes doivent être des spécialistes particulièrement compétents ayant à leur actif de nombreuses publications dans les domaines visés et les principaux points de vue, compétences et provenances géographiques devraient être équitablement représentés. L'analogie entre l'expert et le chercheur s'arrête néanmoins ici, l'examen par les pairs n'étant pas mis en place selon les canons de la publication scientifique. En particulier, la règle du double anonymat auteur/examinateur, standard de la publication scientifique, a été ici mise de côté afin justement que les éventuels conflits d'intérêts soient visibles, transparents⁴⁶.

L'expert doit se confronter à l'incertitude. Inhérente à la science, l'incertitude scientifique celle-ci doit être réduite dans une expertise. Face au degré d'incertitude scientifique inhérent, l'expert devrait pouvoir partager ses doutes et ses incertitudes, produire un rapport porteur d'un pluralisme de vérité⁴⁷. Dans un monde idéal, l'expert produirait un énoncé scientifique, envisagerait plusieurs *scenarii* sur la base duquel le décideur trancherait⁴⁸. Deux exemples peuvent être pris qui illustrent la volonté d'encadrer l'incertitude des énoncés produits par l'expert.

Le premier exemple est celui de la diffusion progressive de la procédure de « *Concurrent evidence* ». La procédure, d'abord mise en place dans certaines provinces australiennes et qui a commencé à faire des émules dans d'autres systèmes juridiques (Grande-Bretagne, Hong Kong, Japon à titre expérimental), est applicable au cours des contentieux particulièrement sensibles ou hautement

⁴⁴ Cour Suprême des Etats-Unis, *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 1993, 509 US 579.

⁴⁵ <http://www.nature.com/nature/peerreview/debate/>

⁴⁶ En ce sens : O. Leclerc, Les règles de production des énoncés au sein du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat, in : R. Encinas de Munagorri, *Expertise et gouvernance du changement climatique*, LGDJ.

⁴⁷ E. Naim-Gesbert, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp.29-34.

⁴⁸ En ce sens v. : S. Gambardella, L'expert scientifique et l'exemple des commissions régionales de pêche : un acteur aux multiples visages du processus décisionnel, *Journal International de Bioéthique*, 2014/1 (Vol. 25), p. 94.

techniques. Comme l'explique le juge McClellan qui a contribué à la mise en place de celle-ci en Australie : « Concurrent evidence is essentially a discussion chaired by the judge in which the various experts, the parties, advocates and the judge engage in an endeavour to identify the issues and arrive where possible at a common resolution to them. In relation to the issues where agreement is not possible a structured discussion, with the judge as chairperson, allows the experts to give their opinions without constraint by the advocates in a forum which enables them to respond directly to each other. The judge is not confined to the opinion of one advisor but has the benefit of multiple advisors who are rigorously examined in a public forum »⁴⁹. L'expertise est confiée à plusieurs experts, qui rédigent, dans un premier temps un rapport individuel. Les éléments d'accord et de désaccord entre ces experts sont consignés dans un rapport commun qui est discuté par les experts eux-mêmes au cours d'une réunion présidée par le juge et pendant laquelle celui-ci comme les avocats peuvent les questionner. Un consensus doit se dégager sur les points d'accord et de désaccord et c'est sur le fondement de ce consensus que le juge tranche. Cette procéduralisation du dialogue entre les scientifiques, permet sans doute au juge de se faire une idée plus précise de la qualité des données scientifiques avancées, et mériterait à ce titre d'être plus amplement appliquée.

Le deuxième exemple est à nouveau tiré de l'expertise climatique. Le GIEC a progressivement encadré la communication de l'incertitude, conscient que la précision du degré d'incertitude adopté est un élément de crédibilité du rapport. A partir du troisième rapport, une série de recommandations ont été formulées⁵⁰ sur la manière dont les auteurs devaient *prendre en compte* et surtout *rendre compte* de l'incertitude. Une note d'orientation du GIEC sur l'incertitude va être rédigée en 2005 en vue de l'élaboration du 4^{ème} rapport⁵¹. Cette note établit un cadre de référence pour le traitement de l'incertitude à l'intention des trois Groupes de travail. Aujourd'hui l'Appendice A des principes régissant les travaux du GIEC indique que « Les auteurs doivent employer une terminologie type pour décrire l'incertitude qui exprime la diversité des preuves scientifiquement et techniquement valables, reposant principalement sur la force des éléments probants et le niveau de consensus dans la littérature scientifique, technique et socio-économique ». L'incertitude sera plus clairement identifiée dans les rapports suivants même si des divergences subsistent entre les groupes de travail, étant donné que les informations évaluées relèvent de différentes disciplines. Le groupe I, utilise les fourchettes de probabilité ci-après pour exprimer la probabilité d'occurrence : de pratiquement certain (probabilité supérieure à 99 %) à exceptionnellement improbable (probabilité inférieure à 1 %) en passant par extrêmement probable (95 %) ; probable (66 %) ; plus probable qu'improbable (50 %) ; à peu près aussi probable qu'improbable (33 % à 66 %) ; improbable (inférieure à 33 %). Le Groupe II a eu

⁴⁹ McClellan (P.), Medicine and Law Conference keynote address: Concurrent Expert Evidence, 2007, p.19, [http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/\\$file/mcclellan291107.pdf](http://www.lawlink.nsw.gov.au/lawlink/Supreme_Court/ll_sc.nsf/vwFiles/mcclellan291107.pdf/$file/mcclellan291107.pdf). Voir également : http://www.pace.edu/school-of-law/sites/pace.edu.school-of-law/files/IJIEA/jciMcClellan_New%20Methods%20with%20Experts%203-9_cropped.pdf

⁵⁰ « *Uncertainties in the IPCC TAR : Recommendations to Lead Authors for More Consistent Assessment and Reporting* », dans R. Pachauri, T. Taniguchi et K. Tanaka, Guidance Papers on the Cross Cutting Issues of the Third Assessment Report of the IPCC, Genève, IPCC, 2000, p. 33-51. Pour plus de détails sur ce point : O. Leclerc, « Les règles de production des énoncés au sein du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat », in : R. Encinas de Munagorri (dir.), *Expertise et gouvernance du changement climatique*, op. cit., spéc. pp. 72 et s.

⁵¹ IPCC 2005, *Guidance Notes for Lead Authors of the IPCC Fourth Assessment Report on Addressing Uncertainties*).

recours aux évaluations du degré de confiance pour exprimer la probabilité qu'une conclusion est correcte : degré de confiance très élevé (9 chances au moins sur 10) ; degré de confiance moyen (environ 5 chances sur 10) ; et très faible degré de confiance (moins d'une chance sur 10). L'échelle proposée est largement inadaptée aux travaux du 3^{ème} groupe, confronté à une incertitude qualitative. Celui-ci décrit l'accord plus ou moins grand que reçoit l'énoncé au sein de la Communauté scientifique en utilisant une série de termes explicites tels que : large concordance, degré élevé d'évidence ; large concordance, degré moyen d'évidence ; concordance moyenne, degré moyen d'évidence ; etc. Cette manière de prendre en compte l'incertitude scientifique des énoncés produits par les experts mérite sans doute d'être transposée, autant que faire se peut, à d'autres matières, d'autres sphères décisionnelles.

L'expert doit se confronter à l'erreur. Incertitude et erreur scientifique sont liées et l'idéal expertal doit nécessairement composer avec la possibilité de l'erreur. La permanence de l'image idéale de la preuve scientifique constitue une croyance partagée, une « idéologie sociale »⁵², pourtant la science présente le même caractère humain, aléatoire que tout autre objet de connaissance. L'expertise scientifique connaît donc forcément ses propres limites, sa propre relativité.

Ici encore, le GIEC peut faire figure de modèle. En 2007, dans le un paragraphe cite le cas des glaciers himalayens, affirmant que si l'augmentation des températures se poursuivait au rythme actuel, « la probabilité pour eux de disparaître en 2035 ou peut-être avant est très élevée ». Ce chiffre, alarmant et erroné, qui proviendrait d'un rapport WWF, s'inspirant lui-même d'un article tiré d'un article de presse⁵³, a été largement repris dans les médias pour justifier de l'urgence à agir. Cela n'a pas empêché l'attribution du prix Nobel mais a considérablement entaché la crédibilité attachée aux travaux du groupe. Le GIEC a rédigé une note concernant cette erreur en 2010⁵⁴ mais a surtout adopté en 2011 un protocole permettant de gérer les erreurs éventuelles qui auraient pu être évitée au moment de la rédaction du rapport en cause et ne permet pas de pallier l'évolution des connaissances scientifiques sur une question donnée. Un système électronique interne de suivi des erreurs est mis en place sous la responsabilité du Secrétariat du GIEC. Faute de pouvoir d'écrire dans le détail les différentes étapes de ce véritable jeu de l'oie, il est possible d'en donner les grandes caractéristiques. Pour commencer il faut noter que les critères applicables à la production des rapports initiaux trouvent leur prolongement au moment où il faut faire face à une erreur éventuelle : transparence, collégialité, sources qualifiées et indépendantes, consensus. Le Protocole distingue selon le rapport qui contient l'erreur alléguée. Les étapes, à compter du signalement de l'erreur et de son inscription dans le registre électronique consacré, diffèrent selon que celle-ci figure dans une contribution d'un groupe de travail/rapport spécial ou dans le résumé à l'intention des décideurs et dans le chapitre de présentation d'un rapport méthodologique, ou encore si elle se trouve dans un rapport de synthèse. Dans ce dernier cas, le Président du GIEC est responsable de la prise en charge de l'erreur. Une différence de traitement est également faite pour les erreurs de type typographique, qui font l'objet d'une prise en charge simplifiée. Pour ce

⁵² Voir *infra*, la contribution de Dominique Pestre au présent ouvrage.

⁵³ O. Leclerc, Chronique Expertise, *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, 2014, 4, p. 288.

⁵⁴ <https://www.ipcc.ch/pdf/presentations/himalaya-statement-20january2010.pdf>

qui concerne les erreurs plus importantes si une action semble justifiée, le Protocole prévoit la mise en place d'un comité d'évaluation indépendant c'est-à-dire qui implique des experts n'ayant pas participé à l'élaboration du passage contesté. Le réexamen doit déboucher sur la publication d'un erratum adopté par consensus ou d'un erratum contesté faisant état de l'erreur alléguée et de l'absence de consensus quant à sa résolution. En ce cas, un réexamen aura lieu lors du cycle en cours ou du cycle suivant. Dans tous les cas la décision doit être approuvée par le Groupe d'expert compétent. Il semble finalement qu'encadrant formellement l'hypothèse de l'erreur, le GIEC formalise comme nul par ailleurs la relation expert/décideur.

C'est en raison de la contribution déterminante de l'expertise produite par le GIEC à la décision finale prise par la Communauté internationale pour lutter contre le changement climatique, que l'expertise se voit appliquer des règles aussi détaillées. Il est pris acte de ce que les travaux du GIEC ne constituent pas un élément factuel parmi d'autres mais qu'ils contribuent de façon prépondérante à l'élaboration de sa décision. La même remarque peut être faite, à l'évidence, en ce qui concerne les conclusions d'autres experts et instances d'expertise qui pourtant, pour l'heure, ne bénéficient pas d'un encadrement aussi formalisé.