

# Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique *Lawfare Law Review*

N° 1.  
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche  
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché  
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique  
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



UNIVERSITÉ  
DE MONTPELLIER



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE  
ECONOMIQUE  
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélien BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDER, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participé Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier  
[conso@umontpellier.fr](mailto:conso@umontpellier.fr)

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates*\* (<http://cdcm-montpellier.com>)



\***TEUTATES** [toetâtês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ».

♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

## LA FABRIQUE DU CONSENTEMENT

J.- C. Teissedre, avocat au barreau de Montpellier

En apparence, le consentement a toutes les qualités. Il permet de s'engager durablement et efficacement avec un partenaire contractuel et nous protège contre les excès du pouvoir. Que chaque citoyen ait la possibilité de faire en son âme et conscience de libres choix n'est-il pas un signe de vitalité pour une démocratie ? Qu'il s'agisse d'Etats ou de GAFA, les détenteurs du pouvoir ont depuis longtemps identifié que le consentement constitue un pivot central de l'édifice juridique des démocraties libérales. Ils ont aussi appris à l'obtenir. Car tout dispositif fondé sur le consentement invite à la propagande comme deux intellectuels américains, Noam Chosmski et Edward S. Herman, ont entrepris de le démontrer dans un livre paru en 1988 à propos de l'industrie médiatique aux États-Unis. Il est frappant pour le juriste de constater que le consentement est constamment invoqué et convoqué pour justifier les processus à l'œuvre qui tendent en réalité à la réification de l'être humain. Ces entreprises de réification trouvent en temps de crise ou de guerre une occasion soudaine de réaliser de vieux rêves : soumettre l'individu à un pouvoir absolu. Dans une époque où l'Homme, au travers de discours franchement décomplexés, est directement réduit à une machine, où tout ce qui existe n'existe qu'en raison de son caractère mesurable et quantifiable, où le cerveau humain est comparé à une intelligence artificielle défaillante, où le corps est perçu comme un obstacle à l'immortalité, où l'être humain n'est plus appréhendé par le droit que sous forme de données personnelles ; essayer de saisir les mécanismes qui font qu'un Etat bascule, le temps d'une crise, dans « l'état d'urgence sanitaire » et sa cohorte de « mesures exceptionnelles » demeure un exercice nécessaire. Un exercice nécessaire autant que fascinant tant il est vrai que les régressions savent se parer des atours de la modernité et du progrès. Les débats actuels sur les essais cliniques portant sur des médicaments ainsi que les tentatives gouvernementales pour tracer une large partie de sa population avec l'application StopCovid ont donc ceci en commun : le consentement des personnes. Qu'il s'agisse de faire de l'Homme un objet de recherche (I) ou un objet de surveillance (II), le consentement est au cœur d'une actualité très préoccupante.

## I – L'HOMME OBJET DE RECHERCHE

« De l'expérimentation sur la personne humaine ». C'est sous cet intitulé que l'article 223-8 du code pénal<sup>1</sup> incrimine le moindre défaut dans le recueil et l'expression du consentement de ceux qui acceptent de se livrer à des tests sur leur propre personne dans le but souvent désespéré de trouver un médicament et de faire avancer la science. Cette disposition est également reproduite à l'identique par l'article L.1126-1 du code de la santé publique sous le titre II intitulé « Recherches impliquant la personne humaine » (RIPH). Les études observationnelles rétrospectives fondées sur une expérimentation préalable suffisante consistent à soigner tous les malades avec un principe plus ou moins actif, de collecter un maximum de données et de les comparer avec d'autres. La méthode observationnelle n'est pas soumise aux autorisations prévues par les articles L1121-3 et 4 du code de la santé publique relatives aux recherches dites interventionnelles prévues à l'article 1121-1 du même code. Elle est donc beaucoup plus adaptée aux situations d'urgence dans lesquelles le pragmatisme est la première des vertus. Surtout, valider scientifiquement la méthode observationnelle permettrait de préserver l'impératif de soin que l'article L1121-2 du code de la santé publique rappelle en ces termes : « *L'intérêt des personnes qui se prêtent à une recherche impliquant la personne humaine prime toujours les seuls intérêts de la science et de la société* ». Ce qui n'est rien d'autre que l'application d'un autre grand principe qui sert de guide à la médecine : *primum non nocere* (en premier ne pas nuire). Le paradoxe de l'histoire qui ne se répète jamais deux fois de la même manière est qu'une application trop rigoureuse de la

---

<sup>1</sup> L'article 223-8 du code pénal dispose que : « *Le fait de pratiquer ou de faire pratiquer sur une personne une recherche mentionnée aux 1° ou 2° de l'article L. 1121-1 ou sur un essai clinique mentionné à l'article L. 1124-1 du code de la santé publique sans avoir recueilli le consentement libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé, des titulaires de l'autorité parentale ou du tuteur ou d'autres personnes, autorités ou organes désignés pour consentir à la recherche ou pour l'autoriser, dans les cas prévus par le code de la santé publique ou par les articles 28 à 31 du règlement (UE) n° 536/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relatif aux essais cliniques de médicaments, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. Les mêmes peines sont applicables lorsque la recherche interventionnelle est pratiquée alors que le consentement a été retiré. Les mêmes peines sont applicables lorsqu'une recherche non interventionnelle est pratiquée alors que la personne s'y est opposée. Les dispositions du présent article ne sont pas applicables à l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ou à son identification par ses empreintes génétiques effectués à des fins de recherche scientifique* ».

règlementation sur les RIPH, bien que puisant sa source dans des principes aussi inaltérables que ceux du code de Nuremberg établi en 1947, n'est pas adaptée aux impératifs d'une crise sanitaire. Les essais cliniques randomisés et contrôlés en double aveugle ne sont pas imposés par la loi. Il ne s'agit que d'un impératif méthodologique relatif à la preuve scientifique qui n'a rien d'immuable et qui doit pouvoir être remis en cause. Déjà en 1984, dans son avis n°2, le Comité National Consultatif d'Ethique relevait : *« Il est essentiel en particulier, dans un essai comparatif, de voir s'il se présente en "situation d'équivalence" entre les deux traitements ; et, si ce n'est pas le cas, de voir si des conditions exceptionnelles permettent quand même de l'entreprendre. Ainsi, dans l'exemple cité ci-dessus, de l'évaluation d'efficacité d'une nouvelle molécule par comparaison avec un groupe non traité, ou traité par placebo, la situation d'équivalence n'est pas vérifiée s'il existe pour la maladie concernée un traitement reconnu actif. L'essai est donc, en règle générale, contraire à l'éthique »*. La pandémie que nous vivons est l'occasion de poser de nombreuses questions sur le plan éthique mais aussi juridique. Ainsi, comment une personne hospitalisée atteinte du Covid-19, craignant la mort, pourrait-elle donner un consentement libre et éclairé à des expérimentations dont la méthodologie est contestable ? Pourquoi les malades appartenant à un groupe placebo ne seraient-ils pas soignés avec ce que permettent les données acquises et actuelles de la science alors que d'autres vont bénéficier de traitements adaptés ? Peut-on valablement soumettre au consentement des malades des tests portant sur des molécules sur lesquelles la médecine n'a aucun recul, molécules qui sont par ailleurs l'objet d'enjeux financiers colossaux qui polluent par là même les considérations purement médicales et scientifiques ? Ces questions sont d'autant plus légitimes que l'attente de solutions qui se voudraient innovantes paralyse l'accès à des médicaments connus, disponibles et peu onéreux. En effet, le temps de la recherche et l'immixtion excessive des autorités de santé dans ce qui relève de la pratique de la médecine peut dissuader les médecins de ville de faire preuve d'intuition et d'empirisme dans l'exercice de leur art pour sauver des vies. Pourtant, les résultats des essais cliniques interviendront vraisemblablement après la pandémie, quand il sera trop tard, avec de surcroît le risque que ceux-ci ne soient pas exploitables car différents selon les pays voire même selon les CHU. Autrement dit, ne faut-il pas en période de crise sanitaire aiguë se contenter d'études observationnelles rétrospectives en privilégiant des médicaments existants et manufacturés plutôt que d'offrir le spectacle désolant d'une médecine technocratique impuissante et inadaptée aux

réalités, exposant au surplus les promoteurs et investigateurs (au sens du code de la santé publique) des essais cliniques à un sérieux risque pénal en raison notamment de l'absence de contrôle effectif de la qualité des consentements recueillis ? Non seulement, dans un tel contexte, le consentement, même écrit, ne va pas de soi, mais il pourrait bien ne jamais être véritablement libre ni éclairé au sens de la loi pénale. Il y a donc un temps pour le soin et un temps pour la recherche sachant qu'à hauteur d'homme, c'est le soin qui doit primer sur la recherche et non l'inverse.

## II – L'HOMME OBJET DE SURVEILLANCE

Notre époque à ceci de troublant : elle voit survenir ce que la science-fiction prenait encore au XX<sup>e</sup> siècle pour de mauvais rêves. Nos sociétés voient en effet advenir le monde que les auteurs de fameuses dystopies ont pu imaginer il y a plus de 50 ans. En effet, la société de surveillance n'est plus un objet de science-fiction ou de dystopie. Le niveau de technologie actuel permet désormais très facilement, d'une part, à l'Etat d'exercer un contrôle total sur la population d'un pays et, d'autre part, aux entreprises du capitalisme de surveillance de se nourrir des données que génère chaque individu en utilisant les outils technologiques mis à sa disposition. Dans ce monde, ce sont bien évidemment les données les plus sensibles qui sont le plus convoitées, le meilleur exemple étant sans doute – à ce jour – les technologies de reconnaissance faciale qui utilisent les données biométriques des personnes. Un autre exemple est l'application StopCovid que cherche actuellement à développer le gouvernement. L'idée est ici non pas d'identifier un individu où qu'il se trouve même noyé dans une foule mais de localiser et d'informer tous les détenteurs de smartphones sur la présence, dans une zone déterminée, d'un individu indésirable car contaminé par le COVID-19. Et la réalité dépasse la fiction car, urgence oblige, aucune solution ne doit être écartée, pas même le traçage des personnes au moyen d'un bracelet électronique ce dont le cabinet de Cédric O, secrétaire d'Etat au numérique ne se cache même plus<sup>2</sup>. Que les grincheux se rassurent, le dispositif COVID-19, s'il devient opérationnel, sera mis en place sur la base du volontariat, ce que ne manque d'ailleurs pas de relever la CNIL, saisie par le gouvernement, avant de donner son feu vert dans un avis publié le 26 avril 2020. Elle rappelle dans sa délibération n°2020-046 que le gouvernement l'a interrogé notamment sur la possibilité de fonder l'application StopCovid sur la base légale du

---

<sup>2</sup> Article paru sur le site internet RTL le 23 avril 2020

*consentement* [en italique dans le texte] des utilisateurs comme le prévoient le RGPD et la loi « Informatique et Libertés ». Le consentement fut également l'argument mis en avant par le maire de Nice lors du carnaval organisé chaque année dans sa ville. Après l'attentat terroriste qui a ensanglanté Nice, Monsieur Estrosi décida en effet d'expérimenter en 2019, sur la voie publique, un système de vidéosurveillance couplé à un dispositif de reconnaissance faciale, sans avoir reçu l'aval de la CNIL qui expliquera ne pas avoir eu le temps de répondre à la demande du maire. Selon Christian ESTROSI, l'expérience fut un véritable succès. La mairie annonça en effet fièrement que le logiciel était à ce point fiable qu'il fut prétendument capable de distinguer dans la foule deux jumeaux monozygotes et plus particulièrement celui des deux jumeaux qui avait été préalablement ciblé pour l'expérimentation<sup>3</sup>. Le consentement dans le meilleur des mondes permettrait donc de tenter toutes les expériences, y compris donc sur des jumeaux... Ces exemples conduisent à penser que l'impensable fait partie du champ des possibles pourvu que le consentement de cobayes humains soit préalablement recueilli. La place centrale donnée au consentement est d'autant plus surprenante qu'en droit pénal, le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif de la commission d'une infraction : je ne suis pas irresponsable pénalement d'un meurtre parce que j'ai tué une personne qui m'a demandé de la tuer, quels que soient les mobiles de l'auteur et de la victime. Surtout, le consentement est le plus souvent vicié soit en raison de la propagande mise en œuvre pour l'obtenir soit parce que des intérêts légitimes ou une mission de service public au sens de l'article 6 du RGPD seront invoqués pour passer outre. Il est vrai que ce genre de pratique est rarement présenté comme la volonté d'instituer une société hygiéniste, eugéniste ou un Etat policier. Il s'agit toujours au contraire de défendre une noble cause comme l'explique encore le cabinet du secrétaire d'Etat au numérique : « l'objectif du Gouvernement est que tout citoyen qui souhaite contribuer à casser les chaînes de transmission et de propagation du virus puisse le faire, librement, en toute sécurité et dans un cadre respectant sa vie privée ». Vous ne voulez pas casser la chaîne de transmission de la maladie en toute sécurité ? Vous ne voulez pas participer à la lutte contre le terrorisme et vous ne voulez pas d'une société plus sûre pour vous et vos enfants ? C'est votre droit, mais quel genre de citoyen êtes-vous ? On voit déjà fleurir dans les contrats d'assurance auto des clauses permettant à ceux qui consentent à l'utilisation des données relatives à la conduite de

---

<sup>3</sup> Le Monde, article du 28 août 2019



leur véhicule de bénéficier de conditions avantageuses comme une baisse de la prime à verser. En réalité, le caractère vicié ou conditionné du consentement n'empêchera jamais le pire d'advenir pour la bonne est simple raison que la technologie ignore le droit (comme le scandale Cambridge Analytica le prouve) et se sert de lui pour exister. La technologie aura toujours un temps d'avance sur le droit. Elle est même le droit en ce qu'elle crée des normes qui se substituent à lui. C'est ce que disait le juriste américain Lawrence Lessig en 2000 dans un célèbre article en employant une expression devenue célèbre : « code is law ». Finalement, la seule manière de résister au tsunami technologique est d'apprendre à interdire car le consentement ne fait pas une politique. Le maire de San Francisco, en interdisant en 2019 la reconnaissance faciale, lui, ne s'y est pas trompé.





# REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE ECONOMIQUE JUILLET 2020, N°1

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier  
[conso@umontpellier.fr](mailto:conso@umontpellier.fr)

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates*\* (<http://cdcm-montpellier.com>)



\*TEUTATES [tœtatès]. var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



UNIVERSITÉ  
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES  
DU DROIT  
UMR 5815

