”Télémédecine et droits des patients”, RDSS, Dalloz, 2020, n° 1, p. 61

Caroline Lantero

▶ **To cite this version:**

Caroline Lantero. ”Télémédecine et droits des patients”, RDSS, Dalloz, 2020, n° 1, p. 61. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2020, n° 1, p. 61. halshs-02497544

HAL Id: halshs-02497544
https://shs.hal.science/halshs-02497544

Submitted on 9 Sep 2020

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.

Télémédecine et droits des patients

RDSS, Janvier-février 2020, p. 61

Caroline Lantero, MCF en droit public, UCA, Centre Michel de L'Hospital, EA 4232

Un titre tout entier du code de la santé publique (CSP) est consacré aux droits des patients et le constat que les enjeux de la télémédecine touchent presque tous les pans en a largement été confirmé[1] lors de la journée d'étude du 8 novembre 2019. Il n'est plus à faire. De même et à l'exception notable des enjeux relatifs aux données personnelles, il ne nous semble pas opportun de parler en matière de télémédecine de « droits nouveaux » pour les patients. Profondément ancrés dans la loi depuis 2002, les droits des patients ne sont plus tout à fait nouveaux. Pas davantage que la télémédecine n'est nouvelle d'ailleurs, ni n'est véritablement nouveau le fait qu'elle est saisie par le droit[2], même si elle ne l'a été que partiellement depuis 15 ans[3], puis, plus généralement, mais encore trop mollement, il y a 10 ans[4]. Ni émergence de droits nouveaux, donc, ni fragilisation des droits existants. Pour le législateur, la télémédecine, qui est désormais une composante de la télésanté[5], est l'une des formes de la pratique médicale (art. L6316-1 du CSP) et n'a ainsi pas d'incidence sur la structure actuelle des droits des patients. Et s'il est parfois fait référence à un « droit commun des patients » pour identifier en quoi la pratique de la télémédecine fait éventuellement l'objet de mesures spécifiques, il faut garder en tête que la télémédecine relève du « droit commun des patients ».

Pour la suite du propos et en dépit de ce que les catégories peuvent paraître artificielles tant elles sont poreuses, on peut proposer une distinction au sein des droits des patients en identifiant des « droits socles » (égalité dans l'accès aux soins, prise en charge par la sécurité sociale, droit de recevoir des soins appropriés inscrit à l'article L. 1110-5 du CSP et érigé en liberté fondamentale par le Conseil d'État[6]) qui sont les prérequis sans la garantie desquels aucun autre droit plus subjectif ne peut être utilement respecté, et, précisément, ces droits plus subjectifs (le droit à la personne de confiance, le droit au secret médical, le droit à l'information, le droit de consentir ou de refuser un soin, le droit de choisir son praticien, le droit de ne pas souffrir, le droit d'accès au dossier médical). En dépit des inquiétudes soulevées par une telle pratique de la médecine, ces derniers droits apparaissent tout à fait compatibles avec la télémédecine, soit spontanément, soit à la faveur de quelques adaptations (I). Quant aux « droits socles », ils pourraient bien être renforcés par la télémédecine (II).

I. Les droits des patients compatibles avec la télémédecine

Dans la mesure où la télémédecine est une forme de la pratique médicale, les droits du patient sont en principe nécessairement respectés et garantis, sans qu'il soit besoin de le préciser dans les textes relatifs à cette pratique (B). Pourtant, trois séries de droits (information, consentement et secret médical) ont fait l'objet d'adaptations potentiellement discutables parce que

[1] M. Borgetto, C. Le Goffic, présentation du dossier, La télémédecine, RDSS 2011. 985.
[2] M. Contis, La télémédecine : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques, RDSS 2010. 235.
[3] Loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.
[4] Loi HPST n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.
[5] Loi Buzyn n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé. L'autre composante est le télésoin, prévu à l'article L6316-2 du CSP, créé par la loi de 2019 et qui est une forme de pratique de soins à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication pour les pharmaciens et les auxiliaires médicaux.
[6] CE, 13 déc. 2017, Pica-Picard, nº 415207, aux T.

redondantes ou faisant peser sur les professionnels de santé des obligations ne relevant, pour certaines, pas toujours de la médecine (A).

A. Les droits adaptés à la télémédecine

1. Information et consentement

Le décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine[7] affirme la nécessité d'un consentement éclairé et renvoie aux dispositions légales relatives à l'information (article L. 1111-2) et au recueil du consentement (article L. 1111-4). De fait, les cahiers des charges portant expérimentation en matière de télémédecine renvoient tous[8] au respect des droits des patients inscrits dans les dispositions légales du code de la santé publique. *A priori*, il n'y a là aucune plus-value normative. Tous indiquent que le recueil d'un consentement libre et éclairé nécessite une information appropriée. Bref, c'est du droit des patients classique et on ne pourrait y voir qu'un simple « rappel à la loi ».

Toutefois, les textes des cahiers des charges sont en réalité plus exigeants. Par renvoi au décret n° 2015-1263 du 9 octobre 2015 autorisant la création de traitements de données à caractère personnel pour la mise en œuvre des actes de télémédecine[9], le devoir d'information est dédoublé sinon « détriplé ». Il porte en premier lieu et classiquement sur les « modalités de réalisation de l'acte »[10], en deuxième lieu sur la transmission des données utiles au professionnel de santé qui réalisera les actes de télémédecine[11], en troisième lieu sur le traitement des données à caractère personnel[12]. Les deux premiers pans de l'information sont donnés conformément aux dispositions du code de la santé publique, c'est-à-dire « au cours d'un entretien individuel ». Cela implique que l'information ne peut être délivrée par des seuls documents, mais peut l'être à distance[13]. Et cela fait déjà beaucoup puisque qu'en sus des informations relatives aux :

- différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés,
- leur utilité,
- leur urgence éventuelle,

---

[7] Codifié aux articles R. 6316-2 et suivants du CSP.

[8] Par ex. Arrêté du 28 avril 2016 portant cahier des charges des expérimentations relatives à la prise en charge par téléconsultation ou téléexpertise mises en œuvre sur le fondement de l'article 36 de la loi n° 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour 2014 ; Arrêté du 6 décembre 2016 portant cahiers des charges des expérimentations relatives à la prise en charge par télésurveillance mises en œuvre sur le fondement de l'article 36 de la loi n° 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour 2014 des expérimentations relatives a la prise en charge par télésurveillance des patients insuffisants cardiaques chroniques mises en œuvre sur le fondement de l'article 36 de la loi n° 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour 2014 ; Arrêté du 14 novembre 2017 portant cahier des charges des expérimentations relatives à la prise en charge par télésurveillance des patients porteurs de prothèses cardiaques implantables à visée thérapeutique mises en oeuvre sur le fondement de l'article 36 de la loi n° 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour 2014 ; Arrêté du 11 juillet 2019 modifiant l'arrêté du 14 juin 2019 relatif à l'expérimentation pour la prise en charge par télésurveillance du diabète gestationnel ; etc.

[9] Issus des expérimentations fondées sur l'article 36 de la loi n° 2013-1203 du 23 décembre 2013 de financement de la sécurité sociale pour 2014.

[10] Article L. 1111-2 du CSP.

[11] Données indiquées à l'article 2 du décret de 2015.

[12] Le décret de 2015 renvoie ici à un article de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui n'est plus le bon depuis l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et diverses dispositions concernant la protection des données à caractère personnel.

[13] *Contra* C. Le Goffic, Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine, RDSS 2011, 987 : « l'information peut notamment être fournie par voie électronique. (..I) En ce sens, il faut interpréter l'« entretien » comme incluant les formes électroniques de communication ».

- leurs conséquences,
- les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent,
- ainsi que sur les autres solutions possibles,
- et sur les conséquences prévisibles en cas de refus,

le soignant doit informer le patient sur le fait que les données à caractère personnel seront transmises au professionnel de santé requis pour l'acte, c'est-à-dire, aux termes de l'article 2 du décret de 2015:

- les informations nécessaires à la facturation de l'acte de télémédecine réalisé par le professionnel de santé distant ;
- les noms, prénoms, date de naissance, lieu de résidence, organisme d'affiliation au titre du régime obligatoire et organisme d'assurance maladie complémentaire du patient ;
- le numéro de téléphone, adresse postale, adresse de messagerie sécurisée des professionnels de santé et, lorsqu'il existe et que le patient a donné son consentement, données nécessaires au dépôt du compte rendu dans son dossier médical personnel ;
- les données cliniques, notamment les résultats d'analyse et d'examen, les éventuels clichés, images, photos et autres supports numériques nécessaires à la réalisation de l'acte de télémédecine par le professionnel de santé requis à distance.

Et enfin, aux termes de l'article 116 de la loi CNIL issue de l'ordonnance 2018 (et non l'article 32 auquel renvoie le décret de 2015) :

- l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant ;
- la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées ;
- le caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- les conséquences éventuelles, à son égard, d'un défaut de réponse ;
- les destinataires ou catégories de destinataires des données ;
- les droits qu'elle tient des dispositions des articles 117 à 120 ;
- cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un État non membre de l'Union européenne ;
- la durée de conservation des catégories de données traitées ou, en cas d'impossibilité, des critères utilisés permettant de déterminer cette durée.

Cette dernière salve d'information ne renvoie pas aux modalités du code de la santé publique, et ne relève d'ailleurs même pas de la médecine[14], mais pèse tout de même sur le professionnel de santé si le patient n'en avait pas été informé avant par le responsable du traitement des données[15]. Le professionnel de santé doit donc s'assurer que le patient connaît ses droits en matière de traitement des données à caractère personnel. Si on ajoute les précisions apportées par la jurisprudence sur le contenu du devoir d'information au sens du code de la santé publique, l'information due devient extrêmement dense et, disons-le, impossible en pratique sans le recours à des documents stéréotypés.

Or, l'information est un prérequis fondamental au recueil d'un consentement libre et éclairé. Si elle est stéréotypée, le consentement n'est pas libre et éclairé. On note également que le devoir d'information est considérablement étendu par décret, alors que la loi prévoit généralement les

[14] V. Conclusions G. Pelissier sur CE 23 juillet 2014, n° 380474, disponibles sur ArianeWeb, distinguant ce qui relève de l'activité médicale et ce qui relève de la gestion de l'interface opérationnelle.
[15] Article 1 du décret de 2015.

cas dans lesquels elle doit faire l'objet d'un régime spécifique et plus étendu. C'est ainsi le cas pour la chirurgie esthétique[16], en matière de recherches impliquant la personne humaine[17], en matière d'examen des caractéristiques génétiques des personnes[18], en matière de diagnostic anténatal[19], en matière d'assistance médicale à la procréation[20], et en matière de prélèvements d'organes sur donneur vivant[21]. Ce n'est pas le cas en matière de télémédecine qui est un acte comme les autres.

Au sujet du **consentemen**t, les dispositions de l'article R. 6316-2 du CSP comme le décret de 2015 se bornent à renvoyer aux dispositions du CSP dont les dispositions de l'article L1110-4 énoncent « Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment ». Les cahiers des charges précisent systématiquement que le consentement « peut être recueilli par tout moyen, dont la voie électronique » et que « lorsqu'il est recueilli, la trace du consentement du patient est conservée dans le dossier médical de ce dernier ». Cela suggère un consentement écrit. Or, selon la loi, le recueil du consentement n'a pas à être écrit, mais comme il convient de le « retracer » et qu'il revient au professionnel de santé d'établir qu'il l'a recueilli, les feuilles de consentement se multiplient sans que cela ne traduise nécessairement la qualité de celui-ci[22]. Les cahiers des charges valident un peu plus la nécessité d'un écrit[23]. Or, lorsque le formalisme remplace la communication, on s'éloigne systématiquement des bases fondamentales de la relation médicale et de la rencontre d'une conscience professionnelle avec une confiance de patient. Le consentement au traitement des données personnelles et à l'hébergement de celles-ci est très déconnecté de la relation de soin et créé, à l'instar du devoir d'information, de nouveaux devoirs pour les professionnels de santé qui ont conduit à s'interroger sur la nécessité de repenser le consentement, de manière globale[24]. On relève néanmoins que l'exigence du caractère exprès du consentement relatif à l'hébergement des données prévu par le décret de 2010 relatif à la télémédecine[25] a disparu avec le décret de 2018 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel[26]. La Haute autorité de santé, dont les recommandations ont force obligatoire[27] et auxquelles on serait fortement tenté de souscrire tant elles sont intelligibles et rationnelles sur cette question, préconise pour les actes de télémédecine un recueil du consentement « écrit ou oral » devant être retracé dans le dossier[28], ce qui redevient

[16] Art. L. 6322-2 du CSP.
[17] L'article L. 1121-1 du CSP.
[18] Art. L. 1131-1-2 et -3 du CSP.
[19] Art. L. 2131-1 du CSP.
[20] Art. L. 2141-10 du CSP, et art. L. 2143-3 du CSP.
[21] Art. L. 1231-1 du CSP.
[22] D. Truchet, « Le consentement en droit de la santé », *in* J.-P. Caverni et R. Gori (dir.), *Le consentement, Droit nouveau du patient ou imposture ?*, Éd. In Press, Champs libres, 2005, p. 30.
[23] On retrouve la même formule au sein de l'article L. 1110-4 s'agissant du partage d'information entre professionnels de santé ne faisant pas partie de la même équipe, lequel « requiert son consentement préalable, recueilli par tout moyen, y compris de façon dématérialisée, dans des conditions définies par décret pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés ».
[24] M. Serezat et M. Cavalier, Le consentement à l'obscurité de la télémédecine, *in* A. Laude (Dir.), Consentement et droit de la santé, Dalloz, 2014, pp. 303-308.
[25] Art. R. 6316-10 créé par le décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine: « Le consentement exprès de la personne, prévu au premier alinéa de ce même article L. 1111-8, peut être exprimé par voie électronique. »
[26] Art. R 6316-10 modifié par le décret n° 2018-137 du 26 février 2018 relatif à l'hébergement de données de santé à caractère personnel : « Les organismes et les professionnels de santé utilisateurs des technologies de l'information et de la communication pour la pratique d'actes de télémédecine s'assurent que l'usage de ces technologies est conforme aux référentiels d'interopérabilité et de sécurité mentionnés à l'article L. 1110-4-1. »
[27] CE, 27 avr. 2011, Association pour une formation médicale indépendante, n° 334396.
[28] HAS, Qualité et sécurité des actes de téléconsultation et de téléexpertise – Guide de bonnes pratiques, Mai 2019, 28 p. ; HAS, Qualité et sécurité des actes de téléimagerie – Guide de bonnes pratiques, avril 2018, 74 p.

conforme aux règles inscrites dans le code de la santé publique et régissant le consentement du patient.

Notons que la dématérialisation de la relation médicale ne nous semble pas, au terme d'une observation purement empirique, être nécessairement plus désincarnée que la relation en face à face, qui souffre déjà d'un déficit majeur de communication dans certains cabinets ou certains services.

2. Le droit au secret médical

Il serait le plus menacé et, à tout le moins, celui dont on redoute le plus la violation[29]. Parmi les sources d'inquiétudes, on a pu relever la possibilité d'un secret trop facilement partagé[30] et le piratage des données[31]. L'article R. 6316-2 du CSP prévoit que « les professionnels participant à un acte de télémédecine peuvent, sauf opposition de la personne dûment informée, échanger des informations relatives à cette personne, notamment par le biais des technologies de l'information et de la communication ». Le recueil de consentement n'est donc pas obligatoire, mais la personne doit être en mesure de s'opposer, ce qui implique un devoir d'information dûment rempli. Ce principe est directement importé du droit commun des patients, puisque le secret partagé entre professionnels de santé intervenant dans la prise en charge est prévu dès la loi du 4 mars 2002 avec la même limite exigeant que la personne soit « dûment informée de son droit d'exercer une opposition à l'échange et au partage d'informations la concernant »[32]. Le recueil du consentement redevient obligatoire pour le partage d'information entre professionnels ne faisant pas partie de « la même équipe de soin », ce qui peut être le cas dans le cadre d'une prise en charge en télémédecine, notamment lorsqu'il est recouru à la téléexpertise. Le décret a donc minoré l'obligation générale posée par la loi. Pour autant, nous ne sommes pas davantage convaincue que la télémédecine puisse aggraver la méconnaissance de cette obligation qui relève le plus souvent de négligence. Que cette négligence soit matérielle (dossier négligemment laissé ouvert dans le couloir de l'hôpital ou discussions trop libres entre soignants ne partageant pas la prise en charge du patient) ou numérique (session d'ordinateur laissée ouverte pour gagner du temps en n'entrant pas systématiquement les codes), le secret médical ne nous semble pas devoir être plus méconnu qu'avant. D'autant que le secret médical partagé a pris les traits d'un secret médical propagé depuis sa validation légale en 2002[33].

S'agissant de la menace informatique, l'article R 6316-10 du CSP met à la charge des professionnels de santé – pourtant profanes[34] – le soin de s'assurer du respect des dispositions du code de la santé publique sur l'hébergement des données et les obligations des hébergeurs[35]. Ce qui fait peser sur les soignants et les établissements de santé une charge de plus, en principe confiée à un tiers[36]. Au-delà, c'est l'article L. 1110-4-1 du CSP, crée par la loi Touraine du 26

[29] D. Tabuteau, Le secret médical et l'évolution du système de santé, D. 2009, 2629.
[30] C. Le Goffic, Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine, RDSS 2011. 987.
[31] F. Stefani, Le secret médical à l'épreuve des nouvelles technologies, D. 2009. 2636.
[32] Article L. 1100-4 dans sa rédaction actuellement en vigueur. Mais cette précision, rédigée différemment avant la loi du 26 janvier 2016, a toujours était présente depuis 2002.
[33] D. Sicard, Quelles limites au secret médical partagé ?, D. 2009, 2634. Sur ce thème, voir le dossier « Le partage du secret professionnel dans le secteur social et médico-social » dans le n° 3/2015 de la RDSS.
[34] Ce qui n'a pas manqué de soulevé très tôt des interrogations sur le champ de leur responsabilité, notamment sur le plan contractuel : J .-F. Forgeron, Les applications de télémédecine : des responsabilités médicales traditionnelles aux responsabilités techniques nouvelles, Gaz. Pal. 16 oct. 2001, p. 20.
[35] Article L1110-4-1 relatif aux référentiels d'interopérabilité et de sécurité.
[36] Le GIP chargé du développement des systèmes d'information de santé (art. L1111-24 du CSP).

janvier et considérablement étoffé par la loi Buzyn du 24 juillet 2019[37], qui appréhende la garantie de l'échange, du partage, de la sécurité et de la confidentialité des données de santé à caractère personnel. Finalement, le droit de la télémédecine s'inscrit encore ici dans le droit commun des patients, bien que la vigilance technique ne devrait selon nous peser sur les épaules des professionnels de santé qu'en fin de chaîne et, à tout le moins, ne pas être pensée dans le contexte du secret médical, mais dans celui de la confidentialité, ce que suggère d'ailleurs la loi et qui renvoie au droit – plus général – au respect de la vie privée. L'obligation n'en reste pas moins alourdie.

B. Les droits des patients nécessairement garantis au sein de la télémédecine

1. Le droit de choisir son praticien

Le droit de choisir son praticien est d'abord, pour le Conseil d'État, un principe fondamental de la sécurité sociale[38] puis un principe général du droit[39]. Inscrit en 1985 dans la législation sur la sécurité sociale[40], il devient un droit du patient à part entière en 2002[41].

Certes, et en tant qu'elle concour(ait)t à désenclaver et désinsulariser l'offre de soins[42], la télémédecine peut aussi prendre la forme d'un palliatif, c'est-à-dire de la seule offre disponible[43], ce qui heurte évidemment frontalement la liberté de choisir son praticien. Mais, d'une part, cette limite existe déjà dans le « droit commun des patients » car la liberté de choix est considérablement encadrée par le droit de la sécurité sociale selon les capacités techniques et modalités de facturation des établissements[44], et, d'autre part, la jurisprudence française a contourné cette difficulté depuis longtemps s'agissant précisément de l'offre de soin disponible sur le territoire[45]. Il y a donc une méconnaissance légale de ce droit fondamental du patient et la télémédecine, même considérée comme palliatif, ne créée pas de difficulté nouvelle. Sa dimension territoriale a au demeurant été soulignée par le Conseil d'État le 29 mai 2019, sur le fondement de l'avenant n° 6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance-maladie signée le 25 août 2016 qui précise que la téléconsultation est « assurée dans le cadre d'une organisation territoriale »[46].

En outre, le développement de la télémédecine pourrait dépasser (et dépasse déjà compte tenu des mutations de la société observées, du développement des technologies et de l'accès grandissant aux outils numériques[47]) la question de l'offre territoriale de soin et avoir pour vocation à fluidifier le trafic de la relation de soins. D'ailleurs, la disposition législative a disparu avec la loi Buzyn, au motif qu'elle réservait la télémédecine aux patients se trouvant

---

[37] Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé.
[38] CE, Ass., 13 juill. 1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n[os] 51265 et 51266, Rec. p. 479. La Cour de cassation évoque, elle, un « principe fondamental de législation sanitaire » (Cass. soc., 31 janv. 2002, n° 00-14.17).
[39] CE, 18 févr. 1998, *Section locale du Pacifique sud de l'Ordre des médecins*, n° 171815.
[40] art. L. 162-2 du Code de la sécurité sociale.
[41] Art. L. 1110-8 du CSP.
[42] L. 6316-1 du CSP. Article supprimé par la loi Buzyn du 24 juillet 2019. La notion est renvoyée dans le code de la sécurité sociale pour la prise en charge des frais, mais a été retirée du code de la santé publique pour précisément ne pas réserver la télémédecine aux patients isolés.
[43] V. C. Bourdaire-Mignot, Téléconsultation : quelles exigences ? Quelles pratiques ?, RDSS 2011. 1003, qui met précisément en garde contre l'appréhension, en l'espèce de la téléconsultation, comme un pis-aller de la consultation.
[44]M. Dupont, « Le libre choix du médecin : son évolution depuis la loi du 4 mars 2002 », RDSS 2007. 759. 2.
[45] Par ex. le libre choix du praticien ne fait pas obstacle à ce que l'autorité sanitaire, « dans le cadre du schéma régional de l'organisation sanitaire, toutes les mesures nécessaires à l'optimisation et à la rationalisation des moyens mis en œuvre : TA Nîmes, 16 septembre 2010, Polyclinique La Garaud, n° 0902963.
[46] CE, Ord., Digisanté et a., 29 mai 2019, n° 429188.
[47] C. Bourdaire-Mignot, Téléconsultation : quelles exigences ? Quelles pratiques ?, RDSS 2011. 1003.

dans certaines zones géographiques et écartait de la prise en charge un nombre important de patients isolés. Ce n'est pas notre lecture de la loi, qui prescrivait de « tenir compte » et non de ne traiter que ces situations, mais c'est le motif de l'amendement adopté[48].

2. Le droit d'accès au dossier médical

À en croire les ambitions des pouvoirs publics en la matière[49], le droit d'accès au dossier médical devrait sortir renforcé puisqu'il ne sera plus besoin de le demander (ce qui était déjà un tournant majeur avec la loi de 2002 qui a fait du patient le propriétaire de son dossier), mais tout simplement d'y accéder, notamment, à compter du 1er janvier 2022, dans le cadre du nouvel espace numérique de santé[50].

3. Le droit à une personne de confiance

Le patient dispose nécessairement du droit à être accompagné par toute personne de confiance à l'occasion de tout acte de télémédecine. C'est un droit du patient, qui ne s'ouvre pas seulement lors d'une hospitalisation ou en fin de vie, mais à tout moment, lorsque le patient le souhaite. Il appartient d'ailleurs au médecin traitant d'informer ses patients de la possibilité de désigner une personne de confiance voire de l'inviter à le faire[51]. Au demeurant, la télémédecine vise aussi à prendre en charge des patients potentiellement en perte d'autonomie qui peuvent avoir besoin d'assistance technique pour manier les outils numériques, voire des codes d'accès à l'environnement numérique de santé. La HAS indique que « la personne présente doit s'engager à respecter la confidentialité des échanges »[52]. Or, ni la personne de confiance ni aucun tiers n'est astreint au respect du secret médical puisqu'ils n'entrent dans aucune définition légale (au titre du Code de la santé publique, comme au titre du Code pénal) du dépositaire du secret et que le secret médical leur reste opposable. Raison pour laquelle la HAS d'ailleurs le respect de la « confidentialité » et non du « secret médical ».

4. Le droit de ne pas souffrir

Normalement, les quatre branches de la télémédecine et la notion même de distance associée à cette pratique médicale écartent toute méconnaissance potentielle de ce droit du patient. Là encore, ce droit pourrait même être renforcé avec des dispositifs de libération à distance d'antalgiques, à condition qu'ils ne soient pas piratés. Quant au robot Watson, il n'a pas encore remplacé l'homme et la télémédecine telle que saisie par le droit ne produit pas encore une « médecine sans médecin »[53].

II. Les droits des patients renforcés par la télémédecine?

Dès la loi HPST de 2009, les modalités de la télémédecine sont prévues pour être organisées « en tenant compte des déficiences de l'offre de soins dues à l'insularité et l'enclavement

[48] Amendement n°542 du 15 mars 2019.
[49] Les ambitions sont naturellement à distinguer des réalisations, et le chemin est encore long. V. Florence Eon, L'accélération du numérique en santé : enjeux et conditions de son succès, RDSS 2019. 55. V. aussi L. Morlet-Haïdara L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé, RDSS 2016. 658.
[50] Articles 44 et s. de la loi du 24 juillet 2019. V. aussi CCNE, avis n° 130 du 29 mai 2019, Données massives et santé : une nouvelle approche des enjeux éthiques.
[51] Article L. 1111-6 du CSP.
[52] HAS, Qualité et sécurité des actes de téléconsultation et de téléexpertise – Guide de bonnes pratiques, Mai 2019, p. 14.
[53] G. Vallancien, *La médecine sans médecin. Le numérique au service du malade*, Gallimard, coll. « Le Débat », 2015, 304 p.

géographique »[54]. Cet objectif, bien qu'il ait inutilement disparu du code de la santé publique avec la loi du 24 juillet 2019, répond à ceux poser par les droits socles et la télémédecine en est un renfort (A). En outre et derrière une éventuelle appréhension vis-à-vis de la télémédecine quant à la déshumanisation de la relation médicale ou une rupture d'égalité entre patients, on trouve la manifestation d'un phénomène d'ubérisation de la santé qui conduit à une marchandisation inquiétante de la relation médicale. Loin d'encourager ce processus, la télémédecine apparaît davantage comme un rempart permettant de s'en protéger (B).

A. La télémédecine en renfort des droits socles

Si le droit à la santé n'existe pas, celui de la protection de la santé est tout à fait proclamé[55] et sa garantie passe principalement par le droit de recevoir des soins appropriés « sur l'ensemble du territoire »[56] et par la garantie d'un égal accès aux soins et de la continuité de ceux-ci[57]. À travers les modalités de la télémédecine (téléconsultation, téléexpertise, télésurveillance médicale, téléassistance médicale), ces droits « socles » pourraient être renforcés et sortir certains patients de l'isolement médical. Les patients des territoires ruraux, les patients des collectivités d'outre-mer, mais aussi les patients en EHPAD[58], en hospitalisation à domicile ou en maintien à domicile[59] ou encore, en prison, selon les recommandations très vives en ce sens de la contrôleuse générale des lieux de privation de liberté pour éviter un recours trop important aux extractions médicales et faire face aux difficultés de recrutement du personnel médical[60].

Il s'agit là d'un objectif clairement affiché, qui participe même d'une réponse plus générale au problème de la faiblesse des territoires ruraux à laquelle le gouvernement entend répondre notamment par une transition numérique efficace pour tous les citoyens et par le « déploiement de la télémédecine et de 1 000 communautés professionnelles territoriales de santé qui permettront de garantir l'accès à un médecin traitant et d'assurer la coordination avec l'hôpital »[61]. Et le virage est assez notable depuis que la question du financement des actes a été frontalement gérée, ce qui restait jusqu'alors l'obstacle majeur au déploiement de la télémédecine[62]. En 2018, la participation des pharmaciens à la télémédecine a été prévue et des expérimentations portant sur la réalisation d'actes de télésurveillance ont été lancées [63], les formalités de facturation et de prise en charge par la sécurité sociale ont été allégées[64]. La loi Buzyn du 24 juillet 2019 met en place le « télésoin » pour les pharmaciens et les auxiliaires

---

[54] Article L. 6316-1 du CSP.
[55] Alinéa 11 du préambule de 1946 - Cons. const., 15 janv. 1975, *IVG*, n° 74-54 ; Cons. const., 22 juill. 1980, *contrôle des matières nucléaires*, n° DC 80-117.
[56] Art. L. 1110-5 du CSP.
[57] art. L. 1110-1 du CSP.
[58] Le secteur médico-social tend en effet à se « sanitariser ». V. F. Vialla, « Sanitarisation » du secteur médico-social : enjeux, réalité et relativité, Gaz. Pal. 20 oct. 2012, p. 22.
[59] D. Libault, Concertation Grand âge et autonomie, Rapport, 2019, 228 p., préconisant notamment d'appuyer le développement de la télémédecine en permettant aux personnes intervenant à domicile de déclencher une téléconsultation. V. aussi, A. Vignon-Barrault, Le maintien à domicile : les raisons de le favoriser, les outils pour l'appliquer, RDSS 2019. 589.
[60] Avis du 16 juillet 2015 relatif à la prise en charge des personnes détenues au sein des établissements de santé. V. aussi M. Léna, La prise en charge des personnes détenues en établissements de santé, AJ pénal 2015. 392. Recommandations itérées dans le dernier rapport annuel 2018 de la CGLPL, 12 février 2019, 358 p.
[61] Rép. min. n° 8209 : JOAN 18 déc. 2018, p. 11737.
[62] V. Vioujas, La télémédecine : entre expérimentations réussies et généralisation au ralenti, RDSS 2015. 681. Également dans le viseur de la critique de l'auteur : la lourdeur contractuelle et plus généralement du dispositif juridique.
[63] Art. 54 de la loi n° 2017-1836 du 30 décembre 2017 de financement de la sécurité sociale pour 2018. Dispositions entrées en vigueur début 2019.
[64] Par ailleurs, l'avenant n°6 à la convention médicale et la décision du 10 juillet 2018 de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie relative à la liste des actes et prestations pris en charge par l'assurance maladie; Décret n° 2018-788 du 13 septembre 2018 relatif aux modalités de mise en œuvre des activités de télémédecine.

médicaux afin de consolider les ponts entre la pratique médicale, et l'activité pharmaceutique et paramédicale[65].

Nous sommes en pleine mutation, avec un objectif clairement fixé pour 2022. Nous parlons donc bien avant l'heure des bilans alors que les derniers ne sont pas très bons s'agissant de l'accès aux soins sur le territoire[66]. Mais il reste que sur le papier, un droit socle majeur du droit des patients a vocation à être renforcé.

B. La télémédecine en rempart contre la marchandisation de la relation médicale

Le plus grand risque de fragilisation concerne la mutation éventuelle de la relation médicale elle-même, qui pourrait fortement modifier l'édifice des droits des patients. On étudie déjà la mutation du patient en consommateur[67], ainsi que plus généralement, une sorte d'uberisation de la santé qui touche, d'une part, la vente de médicaments en ligne et, d'autre part et pour ce qui nous intéresse, la prestation médicale en ligne, avec, pour chacun d'eux, un risque pour le patient lui-même, pour la qualité des soins et même, pour la continuité des soins dès lors qu'il peut sortir du radar.

Le terme ubérisation renvoie à un modèle économique qui permet la mise en relation directe entre un prestataire et un demandeur, de façon quasi instantanée, grâce à l'utilisation des plates-formes numériques. Une définition plus péjorative, qui est d'ailleurs visée lorsqu'on parle d'ubérisation de la santé, voit une « une stratégie de contournement des règles, par l'utilisation optimale des technologies de l'information et de la communication, et ce afin de fournir un accès facilité, plus rapide et en principe moins coûteux à un service »[68]. Ce phénomène a été surveillé par le CNOM assez tôt[69] et de très près à compter de la publication du décret n°2010-1229 du 19 octobre 2010 relatif à la télémédecine. Sans jamais la diaboliser[70], il a régulièrement mis en garde contre la pratique du « téléconseil » dans le secteur marchand, qui relèverait de l' « avis »[71] ou de l'orientation et n'entre pas dans le cadre de réglementation de la télémédecine, tout en lui ressemblant de manière troublante[72]. À partir de 2015, il dénonce plus vivement une « ubérisation » de la santé[73].

Ont en effet fleuri sur Internet des offres dites de téléconseil qui proposent, le plus souvent à titre payant, des services relevant normalement de la relation médicale, et qui collectent naturellement les données de connexion, de même que les données de santé, qu'au surplus ils hébergent. Par exemple, comprendre un diagnostic ou un traitement. Sur www.docteurclic.com une application appelée symptocheck propose d'élaborer un diagnostic entre 2 et 6 minutes, à partir des symptômes décrits. Le site indique en petit caractère que le service a vocation à « éclairer sur les causes possibles de vos symptômes et à vous aider dans votre orientation

---

[65] L. 6316-2 du CSP.
[66] G. Rousset, Entre incitation et coercition, vers la mise en place de nouveaux dispositifs de régulation de la démographie médicale, *in* E. Couty, C. Kouchner, A. Laude, D. Tabuteau (dir.), La loi HPST - Regards sur la réforme du système de santé, Presses de l'EHESP, coll. Droit et Santé, 2010, p. 197 ; et La lutte contre les « déserts médicaux » depuis la loi HPST : entre désillusions et espoirs nouveaux, RDSS 2012. 1061.
[67] V. *D. Bazin-Beust, La santé et les droits du consommateur : RGDM, n° 14, 2010, p. 129-152*, CE, Ord., Digisanté et a., 29 mai 2019, n° 429188 ; B. Espesson, Les objets connectés de santé et l'apparition du « patient-consommateur », Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2019, dossier 32.
[68] C. Lequillerier, L'« ubérisation » de la santé, Dalloz IP/IT 2017. 155.
[69] CNOM, Livre blanc sur la télémédecine de 2009.
[70] Télémédecine : il faut raison et déontologie garder !, médecins n° 16, mars-avril 2011.
[71] Ce terme est bien flou pour quiconque connaît la responsabilité médicale.
[72] CNOM, Livre blanc sur la déontologie médicale sur le Web, décembre 2011.
[73] Rapport du CNOM « Télémédecine et autres prestations médicales électroniques », févr. 2016, 15 p.

médicale. Les résultats et conseils qu'il vous fournira ne peuvent en aucun cas remplacer une consultation médicale et ne constituent pas un diagnostic ». Même chose avec l'application pour les smartphones « DocForYou » présenté comme un « chatbot qui personnalise l'information médicale ». L'application précise « « *DocForYou ne fait pas de diagnostic. Cette application a pour but de donner une information médicale interactive* ». L'application a évidemment son compte Twitter et son « mot-dièse » #DocForYou, qui permet de retracer les témoignages suivants « Mon appli #DocForYou me dit que j'ai la méningite. Rassurant. », ou « D'après mes symptômes et l'appli #docforyou j'ai une pneumopathie... J'espère que l'appli dit faux. » (suivi d'un émoji horrifié).

D'autres services relèvent indubitablement de la télémédecine. C'est le cas des services de téléconsultation proposés par les assurances privées complémentaires et les mutuelles. C'est aussi le cas du « deuxième avis médical », proposé par le site Internet www.deuxiemeavis.fr (qui a depuis fin 2015, juste après avoir été dans le viseur du CNOM[74], eu l'autorisation de collecter des données médicales par la CNIL).

Le CNOM a alerté sur l'activité de téléconseil et le flou juridique entretenu autour d'elle pour la sortir de la réglementation relative la télémédecine[75] ; puis il a alerté sur la lourdeur du dispositif normatif prévu pour la télémédecine, qui encourageait les contournements et les manquements déontologiques[76]. On relève en outre nécessairement qu'aux disparités numériques susceptibles de poser des problèmes d'égalité d'accès aux soins entre patients dans le cadre de la télémédecine[77], s'ajoute ici le problème du coût de ces prestations.

C'est précisément en raison de l'inertie du droit à déployer la télémédecine et le « télésoin » (pour englober les pharmaciens), puis en raison de ses rigueurs excessives[78] que le risque a été créé. La télémédecine ne crée pas de risque nouveau pour la relation de soin, elle doit au contraire être la contre-offensive[79], même si tout n'est pas réglé[80]. En somme et pour conclure, il était grand temps que la télémédecine soit saisie par le droit.

---

[74] *Ibid*. note précédente.
[75] CNOM, Livre blanc sur la déontologie médicale sur le Web, décembre 2011.
[76] *Ibid*. note 73.
[77] CCNE, avis n° 130 du 29 mai 2019, Données massives et santé : une nouvelle approche des enjeux éthiques.
[78] Notamment à compter de l'autorisation de la vente en ligne des médicaments. Décret n° 2012-1427 du 19 décembre 2012.
[79] Clémentine Lequillerier proposait il y a deux ans deux visions ; une stratégie offensive avec le déploiement complet de la télémédecine, une stratégie défensive avec la règlementation des offres ubérisées , L'« ubérisation » de la santé, Dalloz IP/IT 2017. 155.
[80] Notamment quant aux prestations ubérisées. CNOM, La Télémédecine face au risque d'ubérisation des prestations médicales : Rappel des positions du Conseil national de l'Ordre des médecins, février 2018, 3 p.