



HAL
open science

Téléconsultation : quelles exigences ? Quelles pratiques ?

Camille Bourdaire-Mignot

► To cite this version:

Camille Bourdaire-Mignot. Téléconsultation : quelles exigences ? Quelles pratiques ?. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2011, 6, pp.1003. hal-01679628

HAL Id: hal-01679628

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01679628>

Submitted on 10 Jan 2018

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.

Téléconsultation : quelles exigences ? Quelles pratiques ?

Camille Bourdairé-Mignot

La consultation médicale à distance ou téléconsultation est désormais expressément prévue et encadrée par la loi¹. Cette pratique relève de la télémédecine définie par la loi du 21 juillet 2009 comme étant « *une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication. Elle met en rapport, entre eux ou avec un patient, un ou plusieurs professionnels de santé, parmi lesquels figure nécessairement un professionnel médical et, le cas échéant, d'autres professionnels apportant leurs soins au patient* »². La téléconsultation constitue avec la télé-expertise, la télésurveillance, la téléassistance et la réponse médicale apportée dans le cadre de la régulation médicale, l'une des cinq pratiques de télémédecine récemment définies par le décret du 19 octobre 2010. Ce texte précise qu'elle « *a pour objet de permettre à un professionnel médical de donner une consultation à distance à un patient* »³.

La téléconsultation n'est pas un simple conseil médical délivré par téléphone ou courrier électronique. C'est un véritable acte médical, réalisé à distance, dont l'objet principal est l'élaboration d'un diagnostic et, le cas échéant, la proposition d'un traitement et la délivrance d'une prescription médicale. En ce sens, elle se rapproche de la régulation médicale⁴. Ce cousinage invite à s'interroger sur la procédure d'élaboration de la décision médicale à distance, procédure qui a fait l'objet d'aménagements dans le domaine de la régulation. La complexité de la tâche du professionnel médical consultant à distance vient de la dématérialisation de la relation médicale : le professionnel médical ne connaît pas nécessairement le patient, la personne sollicitant la consultation peut ne pas être le patient⁵, l'examen physique n'est pas possible... Autant de difficultés qui ont inspiré un certain infléchissement des exigences de procédure qui entourent la réponse médicale donnée lors de la régulation médicale, et au premier chef de ces exigences, le devoir d'information du médecin. En 2009, la Haute Autorité de Santé (HAS) a en effet émis des recommandations en matière de prescription médicamenteuse par téléphone dans le cadre de la régulation

¹ Les pratiques de télémédecine ne sont pas nouvelles : elles ont notamment été développées pour améliorer les soins des personnels de navire dès 1983 (cf. M. Contis, *La télémédecine, nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques*, Revue de droit sanitaire et social 2010, 235). Et le 13 août 2004, sous l'impulsion de la Commission européenne, qui avait adopté un plan d'action destiné à accroître l'utilisation des technologies de l'information et de la communication dans le secteur des soins de santé, a été adoptée la loi n° 2004-810, énonçant les objectifs de la télémédecine en son article 32 (« *La télémédecine permet, entre autres, d'effectuer des actes médicaux dans le strict respect de règles de déontologie mais à distance, sous le contrôle et la responsabilité d'un médecin en contact avec le patient par des moyens de communication appropriés à la réalisation de l'acte médical* »). Mais il a fallu attendre la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009, insérant l'article L 6316-1 dans le code de la santé publique, pour que soit donné un cadre juridique général à ces pratiques. Ce cadre a été complété par le décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 qui a introduit l'article R 6316-1 dans le même code.

² Article L 6316-1 du code de la santé publique.

³ Article R 6316-1 du code de la santé publique.

⁴ La régulation médicale, est une réponse médicale à distance apportée dans une situation d'urgence d'urgence. Telle que définie par la Haute Autorité de Santé, elle suppose un enchaînement d'actes médicaux réalisés par téléphone : entretien avec le patient, interrogatoire méthodique, évaluation de la gravité de la situation en se basant sur les symptômes décrits par l'appelant, analyse des risques, débat sur le rapport bénéfice/risque, recherche du consentement éclairé du patient, décision médicale à partir de protocoles de régulation, enregistrement dans un dossier médical, organisation d'un suivi.

⁵ Le décret du 19 octobre 2010 devrait permettre de limiter ce risque puisqu'il prévoit que chaque acte de télémédecine est réalisé dans des conditions garantissant l'identification du patient (art. R 6316-3 du code de la santé publique).

médicale⁶. Après avoir rappelé que la régulation engage la responsabilité du médecin régulateur, elle a indiqué que, dans ce contexte, en cas de prescription par téléphone, certaines spécificités de la régulation médicale devaient être prises en compte afin notamment d'alléger l'obligation d'information du professionnel intervenant à distance. Mais c'est alors la situation d'urgence dans laquelle s'inscrit l'acte, bien plus que la dématérialisation de la relation qui justifie un tel infléchissement. L'article L 1111-2 du code de la santé publique prévoit d'ailleurs que l'urgence peut dispenser le médecin de son devoir d'information. L'atténuation des obligations du professionnel médical lors de l'élaboration de la décision médicale ne saurait être admise en dehors des situations d'urgence⁷ et n'est donc pas de mise pour la téléconsultation⁸.

Au contraire, l'objectif affiché de cette pratique, à savoir pallier la déficience d'offre de soins due à l'insularité et à l'enclavement géographique⁹, conduit à penser qu'en ce domaine le degré d'exigence de la procédure qui entoure la décision médicale devra être particulièrement élevé. Ce contexte est, en effet, de nature à raviver la tension entre le nécessaire respect de la volonté du patient et le droit fondamental à la protection de la santé¹⁰. En fixant comme objectif à la télémédecine de pallier la déficience d'offre de soins, le législateur a entendu garantir le droit fondamental à la protection de la santé dont on sait qu'il peut parfois justifier l'emprise du pouvoir médical sur la personne même du patient¹¹. La volonté du patient pourrait s'en trouver malmenée. Il n'est sans doute pas anodin que le législateur ait éprouvé le besoin de préciser dans le décret que : « *les actes de télémédecine sont réalisés avec le consentement libre et éclairé de la personne, en application notamment des articles L 1111-2 et L 1111-4* »¹² du code de la santé publique. Dans cette perspective, il convient de se montrer particulièrement attentif aux mécanismes de contrôle du pouvoir médical exercé dans le cadre d'une téléconsultation. Or ce contrôle est fonction des exigences de la procédure d'élaboration de la décision médicale.

Au-delà de la nécessité de contrôler le pouvoir médical qui pourrait se révéler particulièrement prépondérant dans un contexte de déficience d'offre de soins, l'enjeu est celui de la place de la téléconsultation dans le paysage complexe des actes médicaux. L'attention particulière accordée au processus d'élaboration de la décision médicale prise dans le cadre d'une téléconsultation est de nature à renforcer la confiance du patient. L'importance de la place conférée aux exigences procédurales entourant la décision médicale permet au patient d'y consentir en toute connaissance de cause et permet en outre d'accroître la qualité de cette décision en suscitant la réflexion du décisionnaire, et ce, malgré les contraintes liées à la dématérialisation de la relation médicale. Dans ces conditions, il est probable que la téléconsultation se développe bien au-delà de l'objectif premier du législateur de 2009.

⁶ « *Prescription médicamenteuse par téléphone (téléprescription) dans le cadre de la régulation médicale* », recommandations de l'HAS du 7 mai 2009. L'un des objectifs de ces recommandations était de « sécuriser les professionnels impliqués quant à leur responsabilité concernant cette activité. »

⁷ L'HAS avait d'ailleurs strictement limité le cadre de ses recommandations à la régulation médicale en excluant tout autre type de consultation par téléphone.

⁸ Cette pratique n'a pas vocation en effet à s'appliquer aux situations d'urgence qui relèvent de la régulation médicale, cette dernière pratique de télémédecine étant également prévue et régie par le décret du 19 octobre 2010.

⁹ Article L 6316-1 du code de la santé publique.

¹⁰ Sur cette opposition, cf. P. Lokiec, *La décision médicale*, RTDCiv. 2004, p. 641.

¹¹ P. Lokiec, article précité.

¹² Article R 6316-2 du code de la santé publique.

Telle qu'envisagée par le législateur, la téléconsultation n'a vocation à supplanter la consultation traditionnelle que dans des hypothèses très limitées et strictement encadrées, puisqu'il s'agit essentiellement de pallier la déficience d'offre de soins due à l'insularité et à l'enclavement géographique. Mais tout d'abord, compte-tenu de la conjoncture, il apparaît que les zones de désertification médicale se multiplient. Ensuite, et surtout, à l'aune de nouvelles pratiques de consultation à distance, expérimentées avant même la loi de 2009, la téléconsultation semble en passe d'investir un champ plus large que celui imaginé par le législateur. L'avenir dira si les orientations nationales et régionales prises en la matière permettront un réel développement de la téléconsultation pour englober ces pratiques.

Afin de remplir pleinement son rôle, la téléconsultation doit garantir le respect des droits fondamentaux des malades, à savoir le droit d'être librement et dûment informé sur son état de santé afin de pouvoir faire les choix qui s'imposent et le droit à l'égalité de traitement avec les autres malades. Les exigences procédurales d'élaboration de la décision médicale prise lors d'une téléconsultation (I) sont à même de garantir le premier de ces droits fondamentaux. Quant au second, il implique le développement de la téléconsultation au-delà des seules hypothèses d'isolements géographiques initialement envisagées, pour englober les pratiques déjà existantes qui devront, le cas échéant, s'adapter au cadre fixé par le législateur. C'est ainsi que pourra se faire le passage des pratiques de consultation médicale à distance déjà existantes à la téléconsultation telle que nouvellement définie et encadrée par le décret du 19 octobre 2010 (II).

I. Les exigences procédurales d'élaboration de la décision médicale prise lors d'une téléconsultation

La spécificité de la téléconsultation réside dans le fait qu'il s'agit d'un acte médical réalisé à distance qui entraîne une dématérialisation de la relation médicale, en dehors même de toute problématique d'urgence. Pour autant les contraintes liées à cette dématérialisation ne doivent pas conduire le praticien à limiter la procédure d'élaboration de sa décision, bien au contraire. Cette procédure nous paraît capitale dans cette hypothèse où le risque d'une décision arbitraire du praticien semble plus fort essentiellement en raison du contexte dans lequel elle intervient, à savoir la déficience d'offre de soins. Cette nécessaire exigence d'un contrôle strict de la décision du téléconsultant (A) pourrait se traduire par un renforcement de son devoir d'information (B).

A. La nécessité d'un contrôle strict de la décision du téléconsultant

La téléconsultation est un acte médical réalisé à distance. Cela signifie que le téléconsultant devra élaborer son diagnostic essentiellement à partir des symptômes décrits par celui qui sollicite la consultation – qui peut ne pas être le patient – et faire une éventuelle prescription sans pouvoir procéder à un examen physique du patient¹³.

La téléconsultation implique nécessairement l'intervention d'un professionnel médical, c'est-à-dire un médecin, un chirurgien dentiste ou une sage-femme. Ce professionnel peut intervenir seul : les dispositions nouvelles n'exigent pas la présence d'un professionnel

¹³ L'absence d'examen physique réalisé par le médecin consultant est traditionnellement source de méfiance : Cf. en sens N. Reboul-Maupin *in Responsabilité des médecins et Internet*, GP 24 mars 2002, n° 83, p. 28, spéc. note 6, citant une décision ordinaire datant de 1999 qui avait condamné une pratique de médecine à distance (renouvellement d'ordonnance sur envoi d'enveloppe timbrée et d'un chèque) en ce qu'elle n'assurait pas le contact physique habituel avec le patient.

de santé auprès du patient. Et c'est précisément dans l'hypothèse où le patient n'est pas assisté par un professionnel de santé que se pose de manière aiguë la question de la mise en œuvre par le praticien, de ses différentes obligations. Dans ce cas, en effet, aucun autre professionnel de santé n'est à même d'assurer le relais entre le patient et le médecin consultant à distance¹⁴, ni d'ailleurs de contrebalancer le pouvoir médical du téléconsultant. Comment dès lors s'assurer de la qualité de la décision médicale ? Autrement dit, comment permettre au téléconsultant d'exercer sa mission de protection de la santé malgré les contraintes liées à la dématérialisation de la relation au patient ? Et comment limiter son pouvoir en assurant le respect de la volonté du patient ?

Mise en place dans le but de pallier la déficience d'offre de soins dans certaines zones, la téléconsultation ne doit pas être envisagée comme un pis aller de la consultation classique. Elle doit au contraire tendre à la même efficacité tout en respectant les droits du patient. Comme pour toute consultation, le téléconsultant doit notamment prodiguer au patient des soins consciencieux, élaborer son diagnostic avec attention en y consacrant le temps nécessaire, veiller à la compréhension des prescriptions par le patient et son entourage¹⁵. C'est d'ailleurs à cette condition que le praticien intervenu à distance pourra légitimement revendiquer ses honoraires¹⁶. En outre, il est de l'intérêt des praticiens, participant aux opérations de télé médecine en général et à la téléconsultation en particulier, que ces pratiques soient traitées avec la même rigueur que les pratiques traditionnelles. Ce qui implique que le professionnel médical soit soumis à des devoirs identiques, qu'il effectue sa consultation à distance ou non.

Mais il y a plus, le contexte dans lequel intervient la téléconsultation invite à une particulière vigilance à l'égard de la procédure de décision médicale. Un contrôle strict de la décision paraît en effet nécessaire pour éviter le risque d'arbitraire de cette décision, risque accru précisément en raison de la déficience d'offre de soins dans la zone dans laquelle intervient le téléconsultant. Cette déficience prive par exemple le patient de la possibilité de recueillir plusieurs avis, ou de choisir entre plusieurs professionnels médicaux. Son choix est limité et avec lui le principe de la contradiction essentiel au contrôle de la décision médicale. Par définition la déficience d'offre de soins ne fait qu'accentuer l'importance du pouvoir du médecin consultant à distance. Dans ce contexte, la procédure de décision médicale paraît essentielle en ce qu'elle assure un contrôle de cette décision qui pourrait, en son absence, s'imposer au patient au mépris de sa volonté¹⁷. Un tel contrôle implique notamment le respect du contradictoire. Or l'obligation d'information est essentielle au principe du contradictoire,

¹⁴ Les hypothèses dans lesquelles le patient est assisté d'un professionnel de santé pendant la téléconsultation posent d'autres questions comme, par exemple, celle du partage de responsabilité entre les deux professionnels participants (sur cette question, cf. notamment M. Contis, article précité ; cf. aussi N. Reboul-Maupin, article précité). A cet égard, l'article R 6316-8 du code de la santé publique prévoit que les organismes et les professionnels de santé qui organisent une activité de télé médecine, à l'exception de la régulation médicale, concluent entre eux une convention respectant les dispositions inscrites dans les contrats ou programmes dans lesquels s'inscrit cette activité. Et la CNIL qui avait indiqué, dans son avis rendu le 3 juin 2010, que les professionnels de santé qui organisent entre eux des actes de télé médecine devaient conclure des conventions organisant les conditions et la mise en œuvre de leur activité, a recommandé que les engagements et responsabilités des intervenants soient rappelés dans ces conventions.

¹⁵ Ces obligations sont issues des articles R 4127-32 et suivants du code de la santé publique.

¹⁶ Le décret « télé médecine » n'a pas abrogé l'article R 4127-53 alinéa 2 code de la santé publique qui dispose que les honoraires du médecin ne peuvent être réclamés qu'à l'occasion d'actes réellement effectués, et que l'avis ou le conseil dispensé à un patient par téléphone ou par correspondance ne peut donner lieu à aucun honoraire.

¹⁷ Un auteur observe à propos du pouvoir médical que : « *Par son savoir, qui s'exprime par la détention d'informations et plus encore par la maîtrise d'une compétence, le médecin est en effet susceptible d'influencer, sinon de déterminer, la volonté du patient* », P. Lokiec, article précité.

principe qui suppose également une discussion entre le patient et le médecin, et qui justifie la nécessité de l'entretien individuel¹⁸. A cet égard, le devoir d'information du téléconsultant est primordial.

Ainsi, bien que soumise à des contraintes liées à la réalisation d'actes médicaux à distance, c'est-à-dire à la dématérialisation de la relation médicale, la téléconsultation doit respecter une procédure de décision particulièrement efficace afin que la décision soit contrôlée. Cela implique une vigilance accrue à l'égard des exigences de procédure qui entourent la décision médicale et en particulier à l'égard du devoir d'information du téléconsultant qui nous semble devoir être renforcé.

B. Le renforcement du devoir d'information du téléconsultant

La question des devoirs du praticien consultant à distance et en particulier de son devoir d'information est d'autant plus cruciale que la jurisprudence, qui avait été quelque peu fluctuante en matière d'indemnisation liée à un défaut d'information du médecin¹⁹, s'est récemment durcie. Elle aurait même consacré une autonomie de l'obligation d'information du médecin par rapport à l'obligation de soins, de diagnostic et de prévention²⁰. Les derniers arrêts rendus en la matière traduisent un renforcement de la responsabilité du professionnel médical liée au manquement à son devoir d'information du patient. Il résulte en effet d'un arrêt rendu, par la première chambre civile de la Cour de cassation le 3 juin 2010, au visa des articles 16, 16-3 et 1382 du code civil, que « *toute personne a le droit d'être informée, préalablement aux investigations, traitements ou actions de prévention proposés, des risques inhérents à ceux-ci, et que son consentement doit être recueilli par le praticien, hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle elle n'est pas à même de consentir* » et que « *le non-respect du devoir d'information qui en découle, cause à celui auquel l'information était légalement due, un préjudice (...) que le juge ne peut laisser sans réparation* »²¹. Une telle jurisprudence doit inviter le praticien à une vigilance toute particulière dans l'exécution de ce devoir, vigilance accrue en matière de téléconsultation.

Mais comment concilier le respect d'un devoir d'information de plus en plus prégnant dans le domaine médical en général, et dont il faut souligner l'importance dans la téléconsultation en particulier, et la dématérialisation de la relation entre le médecin et son patient ? Autrement posée, la question est celle de savoir quels moyens le téléconsultant doit mettre en œuvre pour s'acquitter pleinement de son devoir d'information et par là même s'assurer du consentement libre et éclairé d'un patient qu'il ne rencontre pas et pour qui l'offre de soins est limitée.

¹⁸ En ce sens, P. Lokiec, article précité.

¹⁹ Sur cette évolution, cf. notamment P. Sargos, note sous Civ. 1^o 3 juin 2010, D. 2010, II, p. 1522.

²⁰ En ce sens C. Corgas-Bernard, RLDC 2010, n^o 75.

²¹ Civ. 1^o 3 juin 2010, Bull. civ. I, n^o 128 ; D. 2010, II, p. 1522, note. P. Sargos qui qualifie cet arrêt « d'historique » en ce qu'il confirme le nouveau fondement – délictuel – de la responsabilité du professionnel de santé liée au manquement au devoir d'information du patient en même temps qu'il renforce cette responsabilité ; RLDC 2010, n^o 74, p. 29 ; RDSS 2010, n^o 5, p. 898, note F. Arhab-Girardin qui observe que « *le droit à l'information constitue un nouveau droit de la personnalité fondé sur le principe de dignité de la personne humaine et le droit au respect de l'intégrité physique* » et que le défaut d'information « *est source d'un préjudice moral spécifique distinct de celui résultant de la faute liée à l'acte de prévention, de diagnostic ou de soins ou de celui résultant de la réalisation de l'aléa thérapeutique* » ; RDC 2010, n^o 4, p. 1235, note J.-S. Borghetti.

Lors de sa consultation, le professionnel médical doit délivrer une information particulièrement complète²². Celle-ci doit porter tant sur l'état de santé du patient tel qu'il lui apparaît en fonction de ce que celui-ci lui indique mais aussi, le cas échéant, en fonction des éléments relatifs à son dossier médical s'il lui a été communiqué, que sur les traitements ou actions de préventions proposés, à savoir, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences et les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent. Le professionnel médical doit aussi informer le patient sur les autres solutions possibles et les risques que comporte un refus de soin. La finalité de l'information est de permettre au patient de consentir aux investigations ou aux soins proposés, ou de les refuser, de manière éclairée, c'est-à-dire de permettre une véritable contradiction à l'issue de laquelle le patient peut librement consentir à la décision médicale ou la refuser. Le médecin doit donc veiller à la bonne compréhension de cette information par son patient²³. En 2000, l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé (ANAES)²⁴ a élaboré des recommandations des bonnes pratiques sur la délivrance de l'information²⁵ portant sur son contenu et ses qualités, sur ses modalités, sur sa mise en cohérence, sur les qualités requises des documents écrits et sur les critères permettant d'évaluer la qualité de l'information donnée. Il en résulte que l'information doit prendre en compte, d'une part, les questions posées par le patient, et d'autre part, la situation propre de chaque personne. Ainsi il n'est pas question de délivrer une information standardisée. Pourtant il peut paraître difficile de personnaliser l'information lorsque la dématérialisation de la relation au patient induit une certaine standardisation.

Même si elle peut être délivrée par écrit, l'information orale est privilégiée car elle s'inscrit dans un dialogue avec le patient ; l'information écrite étant essentiellement envisagée comme un complément à l'information orale. Il apparaît en effet plus difficile d'informer le patient de manière personnalisée et surtout de s'assurer qu'il a compris l'information, lorsque celle-ci est dispensée par écrit. De ce point de vue la téléconsultation ne rend pas les choses plus difficiles en principe. Notamment si la consultation à distance prend la forme d'une consultation téléphonique, l'information sera délivrée oralement de la même manière que lors d'une consultation classique et un complément écrit (par courriel par exemple) pourra être

²² L'article L 1111-2 du code de la santé publique dispose notamment : « Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, 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. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver. Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser. Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel. »

²³ Cf. l'article R 4127-34 du code de la santé publique qui dispose : « Le médecin doit formuler ses prescriptions avec toute la clarté indispensable, veiller à leur compréhension par le patient et son entourage et s'efforcer d'en obtenir la bonne exécution. » et l'article R 4127-35 alinéa 1^{er} du même code qui dispose : « Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose. Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension. »

²⁴ L'ANAES a été regroupée au sein de l'HAS depuis le 13 août 2004.

²⁵ ANAES, *Information des patients, Recommandations destinées au médecin*, mars 2000. Il résulte de ces recommandations que l'information comprend : des informations sur l'état du patient, son évolution prévisible (ce qui implique des explications sur la maladie ou l'état pathologique) et son évolution habituelle avec ou sans traitement ; la description et le déroulement des examens, des investigations, des soins, des interventions envisagées et de leurs alternatives ; leur objectif, leur utilité et les bénéfices escomptés, leurs conséquences et leurs inconvénients ; leurs complications et leurs risques éventuels, y compris exceptionnels ; les précautions générales et particulières recommandées aux patients.

envisagé. Le professionnel devra relever rigoureusement, outre l'identité du patient, ses coordonnées pour être en mesure de le retrouver le cas échéant. Car le devoir d'information ne cesse pas avec la consultation. Il peut renaître ultérieurement, lorsque, après l'exécution des traitements ou les actions de préventions, de nouveaux risques sont identifiés²⁶.

Dans ce domaine particulier où le praticien n'aura pas rencontré le patient, on pressent l'importance de la preuve de la délivrance de l'information. En vertu de l'article L 1111-2 alinéa 7 du code de la santé publique²⁷, qui a repris les solutions retenues par la jurisprudence en la matière²⁸, la charge de la preuve du devoir d'information incombe au médecin qui peut la rapporter par tout moyen. Ainsi la preuve par présomptions est-elle admise, conformément à l'article 1353 du code civil²⁹. Les écrits que le médecin est tenu de rédiger³⁰ pourront servir de preuve³¹. L'élaboration d'un fichier informatique permettant de conserver une trace de ces consultations pourra se révéler d'une grande utilité notamment pour cette preuve. Ces fichiers doivent respecter les obligations de déclaration à la CNIL. Les traces de la consultation et des éventuelles téléprescriptions pourront figurer dans le dossier médical personnel du patient s'il a consenti à la création d'un tel fichier et pourront ainsi être partagées avec d'autres professionnels, ce qui pourra faciliter les téléconsultations. La CNIL a en effet, autorisé, le 2 décembre 2010, les applications informatiques nécessaires à la première phase³² de généralisation du dossier médical personnel³³. Dans tous les cas, le décret du 19 octobre 2010 prévoit que les technologies utilisées dans le cadre de la télémédecine doivent être conformes aux référentiels d'interopérabilité et de sécurité en cours d'élaboration par l'ASIP-Santé.

Véritable consultation à distance, conçue pour pallier la déficience d'offre de soins, la téléconsultation pourrait être le lieu de tensions entre le respect de la volonté du patient et le

²⁶ Cette extension dans le temps du devoir d'information, qui avait été dégagée par la jurisprudence, résulte désormais de l'article L 1111-2 du code de la santé publique. Il incombera au médecin qui n'a pas délivré l'information postérieure d'établir l'impossibilité de retrouver le patient. Il ne pourra le faire que s'il a recueilli précisément les coordonnées du patient et qu'il est à même de prouver que le patient n'a pu être joint aux coordonnées qu'il avait communiquées.

²⁷ « *En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.* »

²⁸ Civ. 1^{er} 25 février 1997, Bull. civ. I, n^o 75.

²⁹ Civ. 1^{er} 14 octobre 1997, Bull. civ. I, n^o 278 ; Bull. Médecine et droit, 2010, n^o 100, p. 36, note P. Sargos.

³⁰ L'article R 4127-45 du code de la santé publique prévoit qu'indépendamment du dossier de suivi médical prévu par la loi, le médecin doit tenir pour chaque patient une fiche d'observations qui lui est personnelle. Et l'article R 6316-4 du code de la santé publique précise que sont inscrits dans le dossier du patient tenu par chaque professionnel intervenant dans l'acte de télémédecine et dans la fiche d'observations le compte rendu de la réalisation de l'acte, les actes et les prescriptions médicamenteuses effectuées dans le cadre de l'acte de télémédecine, l'identité des professionnels de santé participant à l'acte, la date et l'heure de l'acte, le cas échéant les incidents techniques survenus en cours de l'acte.

³¹ Le principe selon lequel « nul ne saurait se constituer de preuve à soi-même » ne trouve pas à s'appliquer lorsque la preuve est libre (Civ. 3^e 3 mars 2010, Bull. civ. III, n^o 52).

³² La première phase consiste en la création d'une base de données et la mise en place d'un dossier médical qui servira de base. La seconde phase de développement ne pourra débiter qu'après l'élaboration d'un cadre juridique définissant notamment les conditions d'accès au dossier médical personnel et la détermination et l'utilisation d'un identifiant national de santé.

³³ Le dossier médical personnel, dit « DMP », a été créé par la loi du 13 août 2004, relative à l'assurance maladie. Il va être progressivement déployé sur l'ensemble du territoire sous la responsabilité de l'Agence des Systèmes d'Information Partagés de Santé (ASIP Santé). Le groupement d'entreprises retenu pour héberger les DMP est le groupement ATOS-La Poste. Il a été agréé par décision du ministère de la santé rendue le 10 novembre 2010, après avis de la CNIL du 30 septembre 2010 et du comité des hébergeurs du 1^{er} octobre 2010.

droit fondamental à la protection de la santé³⁴. Afin d'éviter que, dans ce contexte, la décision médicale ne laisse place à l'arbitraire du téléconsultant, la procédure d'élaboration de cette décision doit être renforcée. En particulier, le professionnel intervenant à distance devra redoubler d'attention dans la délivrance de son information³⁵. L'avenir de cette pratique en dépend. Le développement de la téléconsultation dépend également de l'étendue des champs qui lui seront ouverts. En tant qu'elle vise à pallier la déficience d'offre de soins dans certaines zones, la téléconsultation tend à assurer le droit des patients à une égalité de traitement. L'ambition est immense. Mais pourquoi limiter le champ de la téléconsultation à cette seule hypothèse ? Les professionnels médicaux n'ont pas attendu la loi de 2009 pour s'emparer des nouvelles technologies et développer des consultations à distance dans d'autres situations que celles envisagées par le législateur. Ces initiatives méritent d'être encouragées et accompagnées au plan juridique, ce qui implique une orientation des politiques de santé publique en ce sens et, dans le même temps, une évolution des pratiques existantes pour respecter le cadre juridique posé par le décret.

II. Des pratiques de consultations médicales à distance à la téléconsultation issue du décret du 19 octobre 2010

L'objectif affiché par la loi « télémédecine » est de répondre à un besoin d'accès aux soins pour le plus grand nombre, dans un contexte de déficience d'offre de soins due à l'insularité et à l'enclavement géographique. Mais les pratiques de consultation à distance mises en place avant cette loi³⁶ montrent que de nombreux besoins existent, en dehors de ce contexte limité. La conjoncture économique et les mutations de la société, liées notamment aux nouvelles technologies, ont sans doute accéléré le développement des consultations médicales à distance (A). Si ces pratiques n'ont pas attendu le législateur pour voir le jour, elles doivent désormais s'adapter à la législation en vigueur afin de respecter les conditions posées par le décret du 19 octobre 2010 (B).

A. Le développement des pratiques de consultations médicales à distance

Tout d'abord, la loi « télémédecine » et le décret qui l'accompagne interviennent dans un contexte de diminution des budgets alloués à l'hôpital public et de regroupement des centres de soins, ce qui entraîne une désertification médicale de certaines zones. Ce phénomène est encore accentué en zone rurale où nombre de médecins généralistes partant à la retraite ne sont pas remplacés. De fait, l'isolement géographique ne se résume plus aux hypothèses d'insularité ou d'enclavement. En outre, l'isolement du patient peut être lié à son état de santé et à ses difficultés à se déplacer dans un centre de soins. La téléconsultation peut se révéler un outil précieux dans ces cas d'isolement. L'assistance aux personnes âgées en est une illustration. Les professionnels médicaux n'ont d'ailleurs pas attendu la loi de 2009 pour développer la télémédecine dans ce domaine³⁷.

³⁴ Ce droit fondamental consiste essentiellement à garantir à chaque personne l'égal accès aux soins nécessités par son état (article L 1110-1 du code de la santé publique). La télémédecine en général et la téléconsultation en particulier s'inscrivent pleinement dans cette optique en visant à pallier la déficience d'offre de soins dans certaines zones.

³⁵ Il a déjà été observé que la télémédecine était de nature à renforcer la responsabilité des médecins (cf. N. Reboul-Maupin, article précité).

³⁶ Rappelons que dès 2004, avait été adoptée une loi énonçant les objectifs de la télémédecine (article 32 de la loi du 13 août 2004).

³⁷ A l'hôpital Européen Georges Pompidou, par exemple, un dispositif qui permet de réaliser des consultations par visio conférence entre des gériatres et d'autres spécialistes a été mis en place dès 2006.

Ensuite, la loi relative à la télémédecine participe sans doute d'une mutation très profonde de notre société, sous l'impulsion du développement des technologies de l'information et de la communication, qui dans le domaine médical en particulier, se traduit par une évolution de la relation du patient au médecin³⁸. Désormais le patient ne se satisfait plus du suivi de son état de santé par son médecin habituel ; il consulte des portails de santé sur internet et exige un accès à toutes les offres de soins et par conséquent, à toutes les compétences. La consultation à distance permet de répondre à cette demande en même temps qu'elle la favorise.

A titre d'exemple, on peut citer l'apparition d'une demande relativement nouvelle dans le domaine de l'allaitement maternel. Les lactariums³⁹ sont en effet de plus en plus sollicités par des mères qui rencontrent des difficultés ponctuelles au cours de leur allaitement et souhaitent une consultation en ce domaine⁴⁰. L'allaitement maternel ne faisant pas l'objet d'une formation médicale spécifique⁴¹, certaines femmes, suivies par un gynécologue ou une sage-femme pendant leur grossesse, se tournent spontanément vers les professionnels médicaux intervenants dans les lactariums, par hypothèses très sensibilisés et formés aux questions d'allaitement. Les lactariums tentent de répondre à ces demandes notamment par la voie de consultations téléphoniques.

La généralisation de telles pratiques n'est pas sans poser de questions au plan juridique car ni la loi « télémédecine », ni le décret ne paraissent avoir réellement envisagé ce type de consultation. Ici le recours à la téléconsultation n'est pas justifié par une situation d'isolement géographique, ni même par l'état de santé du patient, comme cela peut être le cas pour les personnes âgées ou invalides. Ces pratiques mettent en relief un phénomène d'hyper spécialisation qui est sans doute amené à s'amplifier sous l'égide de la législation relative à la télémédecine.

Jusqu'à présent, les établissements qui avaient mise en place une activité de consultations à distance tâtonnaient, faute de cadre juridique précis. Le décret devrait permettre l'épanouissement de ces consultations, sous réserve qu'elles en respectent les conditions.

B. Les conditions posées par le décret du 19 octobre 2010

³⁸ Le développement de la télésanté, qui englobe toutes les applications, sites, portails d'informations ou de conseils existant sur internet dans le domaine de la santé, participe de cette évolution.

³⁹ Les lactariums sont régis par un arrêté ministériel du 10 février 1995 (relatif aux conditions techniques de fonctionnement des lactariums), complété par une circulaire du 16 décembre 1997 et une décision du ministère de la santé (publiée au JO) du 3 décembre 2007 définissant des règles de bonnes pratiques conformément aux prévisions de l'article L 2323-3 CSP. L'article 1^{er} de l'arrêté du 10 février 1995 dispose : « *Les lactariums ont pour objet : - la collecte du lait de femme ; - le contrôle de son authenticité et de sa qualité ; - son traitement ; - son stockage ; - sa distribution sur prescription médicale. Les modalités d'exécution de ces missions sont décrites dans le guide de bonnes pratiques annexé au présent arrêté. Les lactariums participent à la promotion de l'allaitement maternel.* »

⁴⁰ Nous avons eu à connaître de ces questions lors d'une formation dispensée aux sages-femmes exerçant au sein des lactariums, à l'Institut de puériculture de Paris en novembre 2009.

⁴¹ Il existe un diplôme international de consultation en lactation (International Board Certified Lactation Consultant, dit IBCLC). Mais ce diplôme n'est pas reconnu en France, ce qui pose de nombreuses questions en terme de responsabilité des consultants notamment (ces questions ont été abordées lors d'un colloque « *Ethique et Allaitement* », le 31 janvier 2009 à la Faculté de médecine Cochin, dont les interventions ont fait l'objet d'une publication à la revue *Obstétrique*, cf. notamment notre article « *La responsabilité des consultantes en lactation IBCLC* », *Dossiers de l'Obstétrique*, 05/2009 n° 382).

Le décret du 19 octobre 2010 encadre l'organisation de l'activité de télémedecine. Cette activité doit faire l'objet soit d'un programme national défini par arrêtés des ministres chargés de la santé, des personnes âgées, des personnes handicapées et de l'assurance maladie, soit d'une inscription dans l'un des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens ou l'un des contrats ayant pour objet d'améliorer la qualité et la coordination des soins, soit enfin d'un contrat particulier signé par le directeur général de l'agence régionale de santé et un professionnel de santé libéral ou tout organisme concourant à cette activité⁴². Ces deux derniers types de contrats doivent dans tous les cas respecter les prescriptions du programme relatif au développement de la télémedecine figurant dans le projet régional de santé⁴³. Dès lors le développement de tel ou tel type de téléconsultation dépendra des orientations prises au plan national et régional.

Les établissements qui ont déjà mis en place des consultations à distance ont jusqu'au 20 avril 2012 pour se mettre en conformité avec ces dispositions⁴⁴. Encore faut-il que les pratiques existantes entrent dans le champ des orientations qui seront prises au plan national ou régional en matière de santé publique. Encore faut-il aussi que la consultation entre dans la mission desdits établissements⁴⁵. Il est bien différent de donner un simple avis téléphonique ponctuellement ou de développer une véritable activité de téléconsultation. L'officialisation de la téléconsultation est peut être l'occasion pour les établissements désireux d'effectuer de telles consultations de solliciter une réflexion sur la définition de leur mission, sur la place que ce mode de consultation peut y tenir, et de se doter, le cas échéant, des moyens matériels et du cadre juridique nécessaires à leur développement.

La téléconsultation n'en est plus vraiment à ses balbutiements. Elle manquait toutefois d'un cadre juridique spécifique. Ce vide est désormais comblé. Souhaitons que les politiques de santé publique ouvrent la voie à cette consultation d'avenir.

Camille Bourdaire-Mignot
Maître de conférences à l'Université de Paris Ouest Nanterre La Défense

⁴² Article R 6316-6 du code de la santé publique.

⁴³ Articles R 6316-6 et L 1434-2 du code de la santé publique.

⁴⁴ Article R 6316-11 du code de la santé publique.

⁴⁵ Pour les lactariums par exemple, se pose la question de savoir si la consultation – à distance ou non – entre dans la mission de ces établissements. L'article 1^{er} de l'arrêté du 10 février 1995 qui régit les lactariums⁴⁵ ne fait pas expressément mention de l'activité de consultation. Il n'est toutefois pas exclu de considérer que les consultations en ce domaine – et notamment les consultations à distance – participent de la promotion de l'allaitement maternel, promotion qui est précisément une des missions des lactariums.