

2 Regard juridique sur l'avènement de la télésanté lors de la crise sanitaire

Legal analysis on the advent of telehealth during the health crisis

Lina WILLIATTE-PELLITTERI, professeur, faculté de Droit, université catholique de Lille, membre du C3RD, avocate au barreau de Lille, vice-présidente de la Société française de la santé digitale (SFSD)

Mots-clés : télémedecine – télésoin – télésanté – dérogations droit commun – crise sanitaire

Keywords: telemedicine – telecare - e-health – common law – health crisis

Il est loin le temps où pour pratiquer la télémédecine il était nécessaire de contractualiser avec l'Agence régionale de Santé de son territoire¹... Aujourd'hui, la télémédecine peut être l'acte du médecin situé dans une contrée lointaine qui ne dispose pas d'internet ou d'objets connectés, mais juste d'un simple téléphone. Un tel « *gap* » dans les exigences réglementaires pour pratiquer la télémédecine semble relever de la science-fiction... Comment est-il possible d'oublier aussi rapidement les conditions restrictives imposées par les textes, si restrictives que d'aucuns dénonçaient l'erreur stratégique de la France qui n'avait pas su saisir l'opportunité de l'usage du numérique dans le secteur de la santé ? La réponse est assez évidente : face à l'épidémie du Covid-19, les autorités publiques ont modifié les priorités nationales ; l'objectif est, à ce jour, de garantir la prise en charge sanitaire. Le respect des principes fondamentaux du Droit persiste, mais est voilé par une nouvelle définition de l'intérêt général sanitaire.

Décriés pour remettre en question le lien de confiance nécessaire à la relation médicale, le numérique et particulièrement la télémédecine ont été les moyens, pendant cette période complexe, pour les professionnels de santé de garder le contact avec les patients. Ironie du sort,

condamnée comme une pratique de nature à compromettre la confiance induite par le contact physique, la télémédecine a servi d'intermédiaire pour maintenir le lien de confiance entre le patient et le monde médical et a permis aussi à la population française de bénéficier d'un suivi médical à distance tout en se protégeant d'une éventuelle contamination.

En témoignent les considérants des multiples décrets et arrêtés² pris sous l'égide des lois d'urgence³ promulguées pour faire face à l'épidémie qui indiquent clairement la vertu de la télésanté, celle d'assurer à la fois une prise en charge médicale et soignante à domicile pour les patients présentant le Covid-19 et de protéger les professionnels de santé de l'infection ainsi que les patients qu'ils prennent en charge.

Bien que l'heure du bilan n'ait pas encore sonné, un point d'étape peut s'avérer utile, à l'aune d'une sortie de crise qui s'annonce éventuelle et qui donnera

2 Décret n° 2020-227 du 9 mars 2020, NOR SSAS2006807D, JO, 10 mars 2020 ; ce texte a été suivi par d'autres : arrêté du 19 mars 2020, NOR SSAZ2008066A, JO, 20 mars 2020 ; arrêté du 23 mars 2020, NOR SSAX2007864A, JO, 24 mars 2020 ; arrêté du 25 mars 2020, NOR SSAZ2008363A, JO, 26 mars 2020 ; arrêté du 31 mars 2020, NOR SSAZ2008819A, JO, 1^{er} avril 2020 ; arrêté du 14 avril 2020, NOR SSAZ 009592A, JO, 15 avril 2020 ; arrêté du 16 avril 2020, NOR SSAZ009852A, JO, 18 avril 2020 ; arrêté du 18 mai 2020, NOR SSAZ2011564A, JO, 19 mai 2020.

3 Loi du 23 mars 2020 n° 2020-290 prorogée par la loi du 11 mai 2020 n° 2020-546.

1 Ancien art. R. 6316-6 du CSP issu du décret du 19 octobre 2010 n° 2010-1229 mis à jour par le décret du 13 septembre 2018 n° 2018-788.

l'occasion de s'interroger quant aux intentions des autorités publiques sur la pérennité de ces autorisations exceptionnelles. Que s'est-il passé pendant la crise sanitaire pour la télésanté ? D'une pratique de la télémedecine qui s'est développée difficilement en plus de dix ans à celle d'un télésoin déployé en deux mois, quelles barrières juridiques sont tombées ? L'analyse du contexte actuel permet de dresser quelques constats sur l'usage de la télésanté. Ainsi, auparavant pratiques mal aimées (I), la télémedecine ainsi que le télésoin sont aujourd'hui unanimement devenus des moyens incontournables pour répondre aux besoins de santé (II).

I. La télémedecine avant la crise sanitaire, un outil au déploiement complexe

Contrairement à ses voisins européens, la France a rapidement marqué sa différence en faisant émerger la télémedecine comme une pratique médicale soumise à des conditions strictes (A), justifiant sans doute l'émergence sur le terrain de pratiques diverses, comme en témoigne l'exemple de la téléconsultation (B).

A. L'exception réglementaire française de la télémedecine

La France est l'un des premiers pays à s'être doté d'un fondement légal à la pratique de la télémedecine à travers la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 dite loi HPST et son décret du 19 octobre 2010⁴ mis à jour en 2018⁵. Ces deux textes fondamentaux consacrent une approche clinique de la télémedecine, en la définissant comme un acte médical réalisé par des professionnels de santé *via* les technologies de l'information et de la communication. En d'autres termes, la télémedecine

en France est un acte médical réalisé par un professionnel de santé dont l'efficacité est reconnue et qui garantit la meilleure sécurité sanitaire aux regards des connaissances médicales avérées. Cette définition trace une frontière nette avec la conception qu'ont d'autres pays de la télémedecine qui la considèrent comme toute « prestation de santé » réalisée *via* les nouvelles technologies⁶. La différence de vocable bien que minime est fondamentale en ce que l'une fait référence à un acte médical et l'autre à une prestation médicale. De cette différence de vocable en découle un cadre réglementaire applicable particulier. Partant, en France, la télémedecine relève d'une législation qui lui est spécifique, alors qu'ailleurs *sis* au niveau européen, la télémedecine relève de la catégorie plus générale de la e-santé⁷.

Ainsi, en France, la télémedecine a été pensée par le législateur comme un « outil » devant satisfaire notamment à des objectifs d'organisation, de continuité, de permanence et de sécurité des soins, mais aussi fondamentalement comme un acte médical. À ce titre, le décret de 2010 impose aux porteurs de projets de télémedecine de respecter les droits fondamentaux du patient et l'obligation pour les professionnels de santé de satisfaire aux exigences légales relatives à la pratique de la médecine prévue par le Code de la santé publique et le Code de déontologie médicale. L'ensemble étant apprécié et

6 À l'origine de cette différence d'interprétation se trouve la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 2008 (<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0034:20070101:fr:PDF>) et de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services

de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique » ; <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF>).

7 C'est le cas par exemple de l'Allemagne : voir « L'e-santé en Allemagne » (<http://www.science-allemande.fr>).

4 Décret n° 2010-1229, *JORF*, n° 0245, 21 octobre 2010.

5 Décret n° 2018-788 du 13 septembre 2018 relatif aux modalités de mise en œuvre des actes de télémedecine.

vérifié par des autorités, le cas échéant des responsabilités⁸ peuvent en découler.

Jusqu'en 2018, le déploiement de la télémédecine a été qualifié de lent et laborieux. Ceci s'expliquait, d'une part, par l'absence de financement (hors programme ETAPES⁹) de l'Assurance maladie qui imposait aux porteurs de projets de prévoir un *business plan* souvent hasardeux face au manque de visibilité de l'efficacité d'une telle pratique et, d'autre part, la crainte des professionnels de santé qui voyaient en la pratique de la télémédecine une manière d'écorcher, du fait de la dématérialisation de la prise en charge médicale, la relation de confiance indispensable à ce colloque singulier.

À cette date, la télémédecine était connue sous la forme par laquelle elle se pratiquait le plus souvent, à savoir la télésurveillance des maladies chroniques, la téléexpertise, la régulation médicale et la téléconsultation¹⁰. Si la télésurveillance et la téléexpertise se sont développées, elles sont principalement demeurées une pratique dépassant assez peu fréquemment les frontières de l'hôpital. La régulation médicale avait une existence propre avant même l'entrée en vigueur du décret de 2010. L'acte qui a été le plus sollicité, notamment dans le secteur privé, a été indéniablement la téléconsultation.

8 Principalement : responsabilité civile visant à indemniser un préjudice subi au patient du fait du non-respect de la norme ou responsabilité ordinaire pour le professionnel de santé contrevenant.

9 Programmes ETAPES (Expérimentations de télémédecine pour l'amélioration des parcours en santé) : expérimentation proposée dans la télésurveillance des maladies chroniques avant l'entrée de cet acte dans le droit commun de la Sécurité sociale (<https://solidarites-sante.gouv.fr/soins-et-maladies/prises-en-charge-specialisees/telemedecine/article/etapes-experimentations-de-telemedecine-pour-l-amelioration-des-parcours-en>).

10 En d'autres termes, presque dans toutes les formes de télémédecine envisagées par le décret de 2010, à l'exception de la téléassistance, dont l'usage est moins répandu : art. R. 6316-1 du CSP.

B. Le sort particulier de la téléconsultation

Conçue pour permettre au patient l'accès à un professionnel médical, la téléconsultation a vite été perçue par des acteurs privés comme un moyen de rendre immédiate la consultation médicale et ainsi répondre à un besoin en souffrance de la population. Des initiatives purement privées voient dès lors le jour et développent au niveau national une offre de téléconsultation destinée au grand public. Tout en étant conforme aux conditions réglementaires posées en 2010, le financement de cette offre est assuré par des assurances et acteurs privés. Si, en première intention, cette proposition ne satisfait pas le souhait légal de faire de la télémédecine un outil permettant de répondre aux défaillances de l'offre de soins sur les territoires sous-dotés en professionnels de santé, elle répond en revanche à un besoin de la population qui voit dans l'accès vingt-quatre heures sur vingt-quatre et sept jours sur sept à un médecin une façon facile et agréable de satisfaire un besoin de santé¹¹.

Ainsi, à l'aune de la prise en charge par l'Assurance maladie de certains actes de télémédecine, on constate en France deux sortes de pratiques de la téléconsultation : celle proposée par le secteur privé lucratif et portée par des industriels et celle proposée par les médecins traitants à leur patientèle. La première se développe de plus en plus et entre dans les mœurs bien que souvent décriée comme de nature à rompre le principe d'égal accès aux soins et de contribuer à désacraliser la pratique médicale en faisant d'elle un moyen de faire du soin, un besoin de consommation¹². La seconde peine définitivement à

11 Voir de consommation en santé.

12 Voir notamment la publication du Conseil national de l'Ordre des médecins (https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/external-package/rapport/tmzmrnd/cnom_telemedecine-uberisation.pdf).

se faire accepter. Les obstacles sont nombreux. Deux seront cités : l'absence de financement par la Sécurité sociale et la résistance des médecins, principalement les médecins libéraux, qui voient en elle une pratique dégradée de la médecine.

En 2018, la téléconsultation et la téléexpertise entrent dans le droit commun de la Sécurité sociale. Ainsi, la question du financement n'est plus un sujet de discussion. Les conditions du remboursement par l'Assurance maladie néanmoins s'ajoutent à celles prévues par le décret de 2010 qui les complexifient¹³. Force est de noter que ces conditions marquent d'autant plus la différence entre la pratique de la télémédecine et les pratiques relevant de la e-santé. Ainsi, parmi lesdites conditions, on note que la téléconsultation prise en charge par l'Assurance maladie ne peut être réalisée que par un médecin traitant, à son initiative et auprès de sa patientèle dont l'éligibilité à une prise en charge à distance relève de sa responsabilité, que la téléconsultation ne peut pas être proposée en primo-consultation, qu'elle doit être alternée avec des consultations en présentiel. L'objectif clairement avoué est d'éviter que la téléconsultation remboursée ne soit accaparée par les acteurs privés, dont les alliances avec des financeurs privés sont de nature à déstabiliser la notion de parcours de soins et de territorialité de l'offre telles qu'elles sont ancrées dans notre paysage sanitaire depuis notamment la loi du 21 juillet 2009¹⁴.

Malgré cela, le déploiement de la télémédecine et particulièrement de la téléconsultation est complexe. La Caisse nationale d'Assurance maladie (CNAM) annonce en septembre 2019 que seulement

30 000 téléconsultations avaient été réalisées en un an concernant 30 000 Français (population jeune) avec un rythme de 3 300 actes par semaine. Ces chiffres sont très en deçà des attentes du gouvernement qui espérait 500 000 actes de télémédecine en 2019, un million en 2020 et 1,3 million en 2021¹⁵. Parallèlement, la téléconsultation proposée par les acteurs privés continue à prospérer.

Un temps de réflexion s'impose : pourquoi, alors qu'il s'agit de téléconsultation dans les deux cas, celle proposée par le secteur privé s'envole et celle proposée par le médecin généraliste financée par l'Assurance maladie a un développement frileux ? La résistance vient surtout des médecins traitants qui ne semblent pas être à l'aise avec cette pratique ; un sentiment que l'on peut comprendre dans la mesure où cette population médicale n'a pas été initialement formée à une prise en charge dématérialisée de leur patientèle, avec qui, généralement, elle entretient une relation de confiance forgée par un contact physique régulier généré lors des consultations en cabinet¹⁶.

Conclusion : en février 2019, la téléconsultation, et avec elle la télémédecine, n'a pas tout à fait convaincu. La télémédecine est principalement une pratique hospitalière, exception faite de la téléconsultation qui a été allégrement maniée par les acteurs privés.

En dépit de cela, le pouvoir public a souhaité maintenir son cap et, s'il confirme la télémédecine comme une pratique médicale à développer, il donne la possibilité légale aux auxiliaires médicaux ainsi

13 Concernant la téléconsultation et la téléexpertise : voir arrêté du 1^{er} août 2018, NOR SSA-S1821639A, JO, n° 0183, 10 août 2018 ; arrêté du 16 août 2018, NOR SSAS1822647A, JO, n° 0193, 23 août 2018.

14 Loi n° 2009-878 dite loi HPST du 21 juillet 2009, NOR SASX0822640L, JO, n° 0167, 22 juillet 2009.

15 https://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/DP_1er_anniversaire_du_remboursement_de_la_teleconsultation_sept_2019.pdf

16 C'est la raison pour laquelle à l'occasion des discussions autour de la réforme des études médicales, il a été souhaité l'intégration, dans les programmes de formation, d'une initiation en santé numérique et notamment une formation à la pratique de la télémédecine.

qu'aux pharmaciens d'utiliser l'outil numérique pour proposer une prise en charge à distance de leurs patients. Le télésoin entre alors dans notre cadre normatif et vient compléter l'arsenal réglementaire applicable à la télémedecine. Ensemble, télémedecine et télésoin forment une enveloppe globale nommée la télésanté.

II. L'émergence de la télésanté en période trouble : un outil incontournable à la prise en charge sanitaire

La télésanté prend vie avec la loi d'organisation et de transformation du système de santé promulguée le 24 juillet 2019¹⁷. Cette consécration légale devait s'accompagner d'un décret qui, à l'instar du décret de 2010 relatif à la télémedecine, aurait défini les conditions réglementaires de la pratique du télésoin. Ce décret n'a pas encore vu le jour, et pour cause, la crise sanitaire s'est manifestée, donnant à la pratique de la télémedecine (A) et du télésoin (B), un tout autre sens.

A. La télémedecine, à l'heure de la pandémie

Nul n'aurait pu penser que la télémedecine pouvait se déployer aussi fortement en un temps si court. La Caisse nationale d'Assurance maladie annonce, le 31 mars 2020, que 486 369 téléconsultations lui ont été facturées pendant la semaine du 23 au 29 mars¹⁸. Cette forte hausse s'expliquerait par l'assouplissement des règles de facturation dérogeant aux principes définis dans la convention médicale¹⁹. Un retournement de situation

extraordinaire ! Les médecins traitants lèvent leurs réticences et proposent enfin la téléconsultation à leurs patients : certainement pour répondre à une nécessité devenue absolue de garantir une permanence et une continuité des soins à l'heure où les services d'urgence des établissements de santé sont saturés. Il est à ce titre utile de constater la capacité des professionnels à modifier leur point de vue, lorsque l'angle conservateur qui était le leur est mis à dure épreuve par un contexte exogène menaçant leur activité. En un seul trait de temps, la télémedecine n'est plus une pratique dont il faut se méfier, mais est devenue l'outil qui permet au médecin de garder le contact avec le patient et de poursuivre sa prise en charge médicale.

L'un des premiers textes dérogeant au droit commun est le décret du 9 mars 2020²⁰. Il édicte assez clairement les conditions dérogatoires permettant la prise en charge par l'Assurance maladie de la téléconsultation pour les patients atteints ou potentiellement infectés par le Covid-19. Parmi ces conditions :

- **La téléconsultation peut ne pas être réalisée par le médecin traitant du patient** : exit l'exigence du respect du parcours de soins.

Ainsi, ces patients peuvent avoir accès à la téléconsultation même si le téléconsultant n'est pas leur médecin traitant. Cette condition, qui imposait le respect du parcours de soins dont le médecin traitant était le gardien, avait comme avantage

17 Loi n° 2019-774. JO n° 0172 du 26 juillet 2019, dite loi Buzyn ou « Ma Santé 2022 ».

18 https://www.ameli.fr/fileadmin/user_upload/documents/20200331_-CP_Teleconsultations_Covid_19.pdf

19 Avenant n° 6 (signé le 14 juin 2018) de la Convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'Assurance maladie signée en 2016.

20 Décret n° 2020-227 du 9 mars 2020, NOR SSAS2006807D, JO, 10 mars 2020 ; ce texte a été suivi par d'autres : arrêté du 19 mars 2020, NOR SSAZ2008066A, JO, 20 mars 2020 ; arrêté du 23 mars 2020, NOR SSAX2007864A, JO, 24 mars 2020 ; arrêté du 25 mars 2020, NOR SSAZ2008363A, JO, 26 mars 2020 ; arrêté du 31 mars 2020, NOR SSAZ2008819A, JO, 1^{er} avril 2020 ; arrêté du 14 avril 2020, NOR SSAZ 009592A, JO, 15 avril 2020 ; arrêté du 16 avril 2020, NOR SSAZ009852A, JO, 18 avril 2020 ; arrêté du 18 mai 2020, NOR SSAZ2011564A, JO, 19 mai 2020.

évident de permettre assez facilement la distinction entre la téléconsultation voulue par les pouvoirs publics, telle qu'elle avait été conçue en 2009 et 2010, et la téléconsultation proposée par les acteurs privés. Sa mise en parenthèse est une brèche ouverte à l'utilisation des solutions de téléconsultation proposées par les acteurs privés, bien que le préambule du décret précise, à toutes fins utiles, « *comme le prévoit, la Convention médicale, ces téléconsultations devront s'inscrire prioritairement dans le cadre d'organisations territoriales coordonnées* ».

- **La téléconsultation peut être réalisée par un médecin qui ne connaît pas le patient ou non orienté par son médecin traitant** : exit l'exigence d'une primo-consultation.

Là encore, il s'agit d'une brèche ouverte incitant le patient à avoir accès aux plateformes privées de téléconsultation médicale qui, faut-il le souligner, pratiquent cette activité depuis 2010 et justifient désormais d'un savoir-faire, contrairement au médecin qui a toujours été réticent à la pratique de la téléconsultation et qui par la force des choses va proposer la téléconsultation, alors qu'il ne justifie pas de formation et d'aucune connaissance, notamment par exemple quant au choix de l'outil.

- La téléconsultation peut être réalisée par n'importe quels moyens technologiques pour réaliser une vidéo-transmission.

Le texte précise à cet effet : lieu dédié équipé, mais aussi site ou application sécurisé via un ordinateur, tablette, Smartphone équipé d'une webcam et relié à internet. Bien que cette autorisation semble être en adéquation avec l'objectif de permettre l'accès à une grande partie de la population civile comme médicale à la téléconsultation, elle remet en question un certain nombre de principes fondamentaux qui interpellent le juriste. En témoignent les dispositions énoncées quant au choix de

l'outil par le professionnel pour réaliser la téléconsultation. Il est indiqué qu'il peut s'agir de n'importe quels moyens technologiques. Une telle affirmation remet en cause toute l'exigence liée à la qualité des outils sur laquelle l'accent avait été mis pour le déploiement de la télémédecine en 2009. La qualité de l'outil n'est pas anodine. Si le médecin utilise son smartphone pour faire une vidéo-transmission alors qu'il est technologiquement obsolète... il peut être craint que la qualité de l'image ne soit pas représentative de la couleur du visage de son patient... et que cela puisse potentiellement contribuer à tronquer le diagnostic médical.

Enfin, il doit être noté qu'à aucun moment les textes édités pendant la crise sanitaire ont rappelé la nécessité d'informer le patient et de recueillir son consentement quant à la pratique de la télémédecine comme l'exige le décret du 19 octobre 2010 (art. R. 6316-1 du CSP) ou d'informer le patient sur ses droits quant à la protection de la donnée (art. 13 et 14 RGPD²¹).

Décidément l'urgence sanitaire a redéfini les priorités dont, à l'évidence, n'a pas fait partie le respect du droit des patients.

B-Le télésoin, une pratique développée dans le contexte d'urgence sanitaire

Contrairement à la télémédecine qui met en rapport un professionnel médical avec un ou plusieurs professionnels de santé, entre eux ou avec le patient et, le cas échéant, d'autres professionnels apportant leurs soins au patient, le télésoin est défini à l'article L. 6316-2 du CSP comme une forme de pratique de soins à distance qui met en rapport un patient avec un ou plusieurs pharmaciens ou auxiliaires médicaux dans l'exercice de leurs compétences en utilisant les technologies de l'information et de la communication.

²¹ Règlement UE 2016/679.

Si la télémedecine s'adresse aux professions médicales (médecins, sages-femmes et chirurgiens-dentistes)²², le télésoin vise les professionnels de santé que sont les auxiliaires médicaux et les pharmaciens²³.

Le télésoin fait ainsi émerger l'étape 2 du développement de la télésanté en France, en ce qu'elle autorise les professionnels de santé à prendre en charge à distance leur patient. À l'instar de la loi de 2009, la loi de 2019 avait pris le soin d'indiquer que le contenu des actes relevant du télésoin devait être précisé par voie de décret. À ce jour, le décret n'a pas encore été rédigé et on se demande s'il le sera, car au décours de la crise sanitaire, le ministre de la Santé a donné sa propre conception du télésoin en définissant et identifiant avec la CNAM les conditions *via* lesquelles les professionnels sont autorisés à faire usage du télésoin.

Aussi, il est noté, d'une part, que tous les professionnels de santé n'ont pas à ce jour accès au télésoin et, d'autre part, que les conditions de mise en place du télésoin ne sont pas précisées, et ce, au détriment du respect des droits du patient.

Sur le premier point, en effet, seuls les infirmiers, les orthophonistes, les ergothérapeutes, psychomotriciens, les masseurs-kinésithérapeutes, les orthoptistes, les pédicures-podologues, les pharmaciens ont été autorisés, à ce jour, à pratiquer le télésoin. Il convient de souligner, que mis à part l'infirmier qui ne peut proposer cette prise en charge qu'aux patients atteints du Covid-19 ou suspecter de l'être, les autres professionnels peuvent la proposer à tous patients.

Malheureusement, à aucun moment, lesdits textes affirment ou réaffirment la né-

cessité impérieuse pour ces professionnels de respecter les droits du patient. L'exemple de l'obligation d'information due au patient le démontre.

L'article R. 6316-2, issu du décret du 19 octobre 2010, dispose que les actes de télémedecine sont réalisés avec le consentement libre et éclairé de la personne, en application notamment des dispositions des articles L. 1111-2 et L. 1111-4 du CSP.

Ainsi, le télémedecin doit informer le patient :

- de ce qu'implique pour lui une prise en charge médicale par voie de télémedecine, notamment ce qui change par rapport à une prise en charge classique ;
- du fait qu'il sera fait l'usage des technologies de l'information et de la communication ;
- du fait que cette pratique génère de la donnée de santé à caractère personnel ; donnée sensible²⁴ qui, de surcroît, exige une information à part entière et un consentement²⁵.

Cette exigence d'information n'apparaît absolument pas dans les textes dérogatoires édités lors de la crise sanitaire. Ce constat inquiète : l'urgence de la situation

²⁴ Art. 4, paragraphe 15 du RGPD précise ce qu'il faut entendre par données de santé : « *Données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne.* »

²⁵ Art. 9, paragraphe 1 du RGPD : le traitement des données sensibles est interdit, sauf si l'on se trouve dans l'une des exceptions énoncées à au paragraphe 2 du même article. Nous visons notamment le a) : « *Lorsque la personne a donné son consentement explicite au traitement de ces données pour une finalité spécifiques [...].* »

²² Telles que prévues au livre premier du Code de la santé publique.

²³ Telles qu'identifiées aux livres deuxième et troisième du Code de la santé publique.

aurait-elle été de nature à contribuer à faire l'impasse sur le fait que le patient est titulaire d'un droit à l'information ?

Autre absence aussi : la nécessité de respecter la confidentialité des échanges. Là encore, le décret de 2010 a clairement affirmé la nécessité pour le professionnel de santé de garantir au patient la confidentialité de l'échange²⁶. Cette obligation se dédouble en pratique. Dans un premier temps, elle rappelle que le professionnel qui propose l'acte de télémedecine doit veiller à ce que les lieux depuis lesquels il téléconsulte sont de nature à respecter la confidentialité des échanges. Elle rappelle, dans un second temps, que le professionnel doit utiliser des outils de nature à garantir la sécurité et la confidentialité des données générées par l'acte, outils qui doivent « *respecter la politique générale de sécurité des systèmes d'information en santé et la réglementation relative à l'hébergement des données de santé* », tel que l'indique notamment l'article 7 quater I du décret du 20 mars 2020²⁷ ; une réglementation dont l'analyse du contenu et sa compréhension par des profanes, qui plus est en temps de crise, peut de prime abord être assez complexe à appréhender, tellement complexe que le décret précise dans le même article : « [...] *Ou pour faire face à la crise sanitaire, à tout autre outil numérique.* » Exit, la sécurité et la confidentialité de la circulation des données... un autre principe fondamental qui ne résiste pas face à l'urgence sanitaire... Est-il utile de rappeler que ces normes ont pour fondement le droit au respect de la vie privée de tout citoyen, droit fondamental ? Est-il pertinent de

préciser, que dans un tel contexte, le professionnel qui n'utiliserait pas les moyens adéquats et de nature à garantir l'obligation, qui s'impose à lui à plusieurs titres, de préserver la vie privée du patient en respectant le secret professionnel, engage sa responsabilité²⁸ ?

Enfin, il peut être souligné l'intrépidité du ministre de la Santé à permettre à des professionnels non formés à l'usage des technologies et surtout à la prise en charge à distance de leurs patients de réaliser leurs premiers essais en période d'urgence. N'est-ce pas en soi une mise en danger de la pratique du professionnel de santé qui, en souhaitant prendre soin, risque de commettre des erreurs de prise en charge ?

Finalement, d'une pratique de la télémedecine très réglementée à une pratique du télésoin sous-réglémentée ; entre une protection accrue du professionnel qui s'essaie à la télémedecine et au patient qui en accepte la prise en charge, au professionnel qui pratique le télésoin laissant pour compte, face à ses obligations et au patient dont les droits fondamentaux sont partis aux oubliettes, le juriste est impatient de connaître le sort réglementaire qui sera réservé à la télésanté au lendemain de la crise sanitaire.

26 Art. R. 6316-10 du CSP : les organismes et les professionnels de santé, utilisateurs des TIC pour la pratique de la télémedecine s'assurent que l'usage de ces technologies est conforme aux référentiels d'interopérabilité et de sécurité mentionnés à l'art. L. 1110-4-1 du CSP.
27 JO, n° 69, 20 mars 2020.

28 Responsabilité pénale : art. 226-13 du Code Pénal ; responsabilité civile délictuelle, violation de la vie privée : art. 9 et 1240 du Code civil ; responsabilité ordinaire : art. 4 du Code de déontologie médicale et article R. 4127-4 du Code de la santé publique ; art. L. 1110-4, al. 1 du Code de la santé publique.