



HAL
open science

Livre blanc - Les enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine à destination des personnes âgées en Normandie - Projet de recherche EDeTeN

Amandine Cayol, Annick Batteur, Laurent Bocéno, Cecilia Calheiros, Aurore Catherine, Gillonne Desquesnes, Fanny Rogue

► To cite this version:

Amandine Cayol, Annick Batteur, Laurent Bocéno, Cecilia Calheiros, Aurore Catherine, et al.. Livre blanc - Les enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine à destination des personnes âgées en Normandie - Projet de recherche EDeTeN. Université de Caen Normandie. 2023, 75 p. hal-04040421

HAL Id: hal-04040421

<https://hal.science/hal-04040421v1>

Submitted on 22 Mar 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Livre blanc

Les enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine à destination des personnes âgées en Normandie

Projet de recherche EDeTeN

Amandine Cayol (dir.)

1^{er} novembre 2020 – 31 octobre 2022



Le projet EDeTeN est financé par l'Union européenne dans le cadre du programme opérationnel FEDER/ FSE 2014-2020.



Liste des rédacteurs du livre blanc

Annick BATTEUR

Professeur émérite en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967)

Laurent BOCENO

Maître de conférences en sociologie, Université de Caen Normandie, CERReV (UR 3918)

Cecilia CALHEIROS

Sociologue, ingénieure d'études pour le projet de recherche EDeTeN et membre du Césor (UMR 8216)

Aurore CATHERINE

Maître de conférences en droit public, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967)

Amandine CAYOL

Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967)

Gillonne DESQUESNES

Maître de conférences en sociologie, Université de Caen Normandie, CERReV (UR 3918)

Fanny ROGUE

Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967)

Table des matières

Liste des rédacteurs du livre blanc	3
Propos introductifs	7
§1 - La télémédecine	7
§2 - Le choix du terrain : la Normandie	15
Résultats	21
§ 1 – Le consentement de la personne âgée à la téléconsultation	21
I – La personne âgée sans mesure de protection.....	21
II - La personne âgée sous mesure de protection	40
§2 –Le rôle du tiers dans la relation patient / médecin	47
I - Les rôles du tiers dans la relation patient-médecin en situation de téléconsultation en EHPAD : quelques réflexions sociologiques.....	47
II – Le rôle du tiers dans la relation patient / médecin : réflexions juridiques.....	53
Annexe : Liste des terrains EDeTeN.....	73

Propos introductifs

La numérisation de la santé. L'entrée dans « l'ère du numérique » a entraîné une dématérialisation des relations humaines¹ dans tous les domaines, y compris celui de la santé². Dès la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, était posé le principe selon lequel « l'informatique doit être au service de chaque citoyen. [...] Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques³ ». Pourtant, il est indéniable que la numérisation de la santé a « une incidence tant sur les techniques de soins, la relation entre soignés et soignants que sur la collecte des données qui en découlent⁴ ».

Ce sont ces enjeux éthico-juridiques que le projet de recherche EDeTeN vise à mettre en exergue en s'intéressant spécifiquement au développement de la télémédecine (§1) sur le territoire Normand (§2).

§1 - La télémédecine⁵

La télémédecine, branche de la e-santé. La « e-santé⁶ » ou santé numérique, désigne tous les domaines où les technologies de l'information et de la communication (TIC) sont mises au service de la santé. Elle renvoie ainsi, en premier lieu, aux outils supports (tels que le dossier médical personnel, les objets connectés et applications mobiles), mais aussi, en second lieu, à la « télémédecine informative⁷ » (comme la télé information en ligne) et, en dernier lieu, aux pratiques des professions de santé (télémédecine clinique et télé-soin). La télémédecine clinique, définie comme « une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication⁸ », n'est donc qu'une des composantes de la « e-santé », et plus précisément de la télésanté⁹ selon la loi du 24 juillet 2019 relative à

¹ Cf. sur cette question, A. Cayol et E. Gaillard (dir.), *La disparition sociale des corps*, Journal international de bioéthique, 2022.

² Cette dernière a été définie largement par l'Organisation mondiale de la santé (OMS) en 1945 comme « un état de complet bien-être physique, mental et social ».

³ Article 1 de la loi n° 87-17 du 6 janv. 1978.

⁴ G. Nicolas, « Les répercussions de la santé connectée sur le droit des patients », in E. Brosset, S. Gambardella et G. Nicolas (dir.), *La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français*, PUAM, 2017, p. 173.

⁵ Texte rédigé par A. Cayol, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967).

⁶ Le terme e-Health serait né fin 1999 lors du 7^e congrès international de télémédecine. John Mitchell, l'a alors défini comme « l'usage combiné de l'internet et des technologies de l'information à des fins cliniques, éducationnelles et administratives, à la fois localement et à distance ».

⁷ P. Simon, *Télémédecine. Enjeux et pratiques*, Ed. Le Coudrier, 2015.

⁸ CSP, art. L6316-1, al. 1.

⁹ La télésanté est définie très largement par l'OMS comme « l'utilisation des systèmes de télécommunications pour protéger et promouvoir la santé » (Pr. Fernando Antezana, directeur de l'OMS, à Genève en déc. 1998). De même, Pierre Lasbordes y inclut tous les « outils de production, de transmission, de gestion et de partage d'informations numérisées au bénéfice des pratiques tant médicales que médico-sociales (*La télésanté : un nouvel atout au service de notre bien-être*, rapport remis au Ministre de la santé et des sports, 15 oct. 2009, p. 36 et s.). Pierre Simon, assimilant quant à lui la télésanté à la télémédecine informative, proposait, avant 2019, de la

l'organisation et à la transformation du système de santé. Cette dernière a consacré à ses côtés – au sein de la télésanté – le « télé-soin¹⁰ », défini comme « une forme de pratique de soins à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication [afin de mettre] en rapport un patient avec un ou plusieurs pharmaciens ou auxiliaires médicaux¹¹ ».

Les composantes de la télémédecine. Le terme télémédecine vient du grec ancien *télos* – qui signifie à distance – et du mot latin *medicus* – c'est à dire relatif au médecin. Encadrée par le décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010 et réservée aux médecins, la télémédecine est, plus précisément, une « forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication¹² ». La téléconsultation permet à un patient de consulter un professionnel médical à distance. La télé-expertise vise, quant à elle, la situation dans laquelle un professionnel médical donne son avis d'expert à distance. La télésurveillance médicale est le moyen de suivre un patient atteint de maladie chronique (insuffisance cardiaque, diabète, *etc.*) à distance grâce à des indicateurs (lesquels peuvent être collectés par des dispositifs médicaux). On parle de téléassistance médicale quand un professionnel de santé assiste à distance un autre professionnel de santé au cours de la réalisation d'un acte. Relève également de la télémédecine la réponse médicale qui est apportée dans le cadre de la régulation médicale.

Les espoirs générés par le développement de la télémédecine. La télémédecine est présentée comme une solution pertinente pour répondre aux défis que doit relever le système de santé français : évolution de la démographie médicale¹³, inégalités territoriales d'accès aux soins¹⁴, augmentation des maladies chroniques, vieillissement de la population¹⁵. Les atouts de la télémédecine sont mis en avant par les pouvoirs publics depuis plusieurs années, tant en France qu'en Europe. Ainsi, selon l'Union européenne, « les services de télémédecine peuvent réduire les inégalités en matière d'accès aux traitements, améliorer la qualité des soins, faciliter et rendre sûr l'accès des patients à leurs données personnelles et minimiser les risques d'erreurs médicales¹⁶ ».

distinguer clairement de la télémédecine clinique : « la télémédecine correspond à l'exercice de la médecine à distance grâce à des moyens technologiques, tandis que la télésanté concerne la diffusion de savoirs et d'informations à usage médical grâce à ces mêmes moyens » (*op. cit.*, p. 19). La loi du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé a fait le choix, en consacrant le télé-soin, de le regrouper avec la télémédecine clinique, au sein de la télésanté dont elle est désormais expressément une composante.

¹⁰ Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019, art. 53 et suivants.

¹¹ CSP, art. L6316-2.

¹² CSP, art. L6316-1.

¹³ « Depuis 2007 – date à laquelle la France comptait 208 000 médecins actifs -, le nombre global de médecins, toutes spécialités confondues, est en baisse constante et devrait chuter de près de 10% au cours des deux prochaines années. Parallèlement, entre 2006 et 2030, la population française devrait croître d'environ 10% » : M. Contis, « La télémédecine : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques », *RDSS* 2010, p. 235.

¹⁴ M.-L. Moquet-Anger, « Télémédecine et égal accès aux soins », *RDSS* 2020, p. 13.

¹⁵ I. Hauger et A. Garay, « Télémédecine gériatrique : enjeux et défis », *RGDM* 2016, n° 60, p. 227.

¹⁶ *Lever les obstacles à l'exercice des droits des citoyens de l'Union européenne*, COM (2010) 603 du 27 oct. 2010.

Une volonté publique de déployer les usages de la télémédecine. Les pouvoirs publics ont ainsi, depuis plusieurs années, manifesté la volonté de développer la télémédecine. Le décret du 29 décembre 2017 portant définition de la Stratégie Nationale de Santé (SNS) pour la période 2018-2022 fixe quatre axes complémentaires :

- Mettre en place une politique de promotion de la santé, incluant la prévention, dans tous les milieux. Il est précisé que le développement d’actions tendant à rendre les publics cibles acteurs de leur santé doit être favorisé. La prévention de la perte d’autonomie est spécifiquement visée, notamment grâce au recours à des aides techniques pour prolonger le maintien à domicile. La détection précoce des maladies chroniques est aussi évoquée.
- Lutter contre les inégalités sociales et territoriales d’accès à la santé. La généralisation de l’usage du numérique en santé afin d’abolir les distances est préconisée, avec le développement de la télémédecine. La prise en charge directement sur le lieu de vie des personnes âgées ou handicapées est aussi envisagée grâce, notamment, à la télémédecine.
- Garantir la qualité, la sécurité et la pertinence des prises en charge à chaque étape du parcours de santé, notamment grâce à un meilleur partage des informations entre les professionnels de santé.
- Innover pour transformer le système de santé en réaffirmant la place des usagers. L’innovation numérique en santé est encouragée, notamment en développant l’usage des nouvelles technologies en matière de prévention et de suivi des maladies chroniques. Le décret insiste sur la nécessité de rendre chacun acteur de sa santé en favorisant l’autonomie et la participation des patients notamment grâce aux technologies de e-santé.

Le décret insiste notamment sur la nécessité de « généraliser dans la pratique quotidienne l’usage de la télémédecine, en premier lieu des téléconsultations et les télé-expertises et construire un cadre éthique de l’utilisation de la télémédecine afin qu’elle bénéficie à l’ensemble de la population¹⁷ », et de « développer l’usage des technologies en matière de prévention et de suivi des pathologies chroniques¹⁸ ».

Mettant en œuvre les mesures annoncées par le Président de la République Emmanuel Macron dans son discours du 18 septembre 2018 concernant le plan « Ma santé 2022 », la loi du 24 juillet 2019 a également eu pour objectif d’accroître le recours au numérique dans le domaine de la santé, notamment en déployant « pleinement la télémédecine et le télé-soin¹⁹ ».

Une volonté déclinée au niveau régional en Normandie. Le Projet Régional de Santé (PRS) de Normandie a pour objectif de « mettre l’innovation au service du système de santé²⁰ ». Il préconise un développement de l’innovation technique et technologique en matière de santé, notamment le développement de la télémédecine²¹. Le Schéma Régional de Santé (SRS) 2018-2023 qu’il contient vise ainsi, parmi les objectifs opérationnels à atteindre, la généralisation en

¹⁷ Décret n° 2017-1866 du 29 décembre 2017, p. 23.

¹⁸ *Ibid.* p. 39.

¹⁹ Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019, art. 53 et suivants.

²⁰ ARS, Cadre d’orientation stratégique (COS), Projet Régional de Santé (PRS) de Normandie, juil. 2018, objectif n°8.

²¹ *Ibid.*, point 24, p. 29.

région des usages de la télémédecine (téléconsultation, télé-expertise, télésurveillance), notamment au profit des résidents en structures médico-sociales²². Dans le but « de garantir un accès aux soins de qualité, de manière équitable et en prenant en compte la dimension de proximité pour tous les Normands, notamment au regard de la suppression de certains services de soins sur le territoire », le Conseil économique, social et environnemental régional (CESER) de la Normandie préconise que « les actions mises en place pour lutter contre la désertification médicale dont fait partie le développement d'innovations telles que la « visio-consultation médicale » doivent être poursuivies sans que cette démarche se substitue à la dynamique de maintien de l'offre et de promotion de l'installation des professionnels de santé²³ ».

Le développement de la télémédecine avant la pandémie de Covid-19. L'usage de la télémédecine a débuté dès les années 1990 en France. La loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire du 25 juin 1999 prévoyait que le schéma de services collectifs sanitaires devait favoriser « l'usage des nouvelles technologies de l'information dans les structures hospitalières de façon à permettre le développement de la télémédecine et à assurer un égal accès aux soins sur l'ensemble du territoire²⁴ ». La Direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins (DHOS), dépendant du Ministère des Solidarités et de la santé, a alors lancé le plan « e-santé 2000 », lequel fut toutefois un échec²⁵. La loi du 13 août 2004²⁶ a ensuite timidement défini la télémédecine, en indiquant qu'elle permet « entre autres, d'effectuer des actes médicaux [...] 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 médical²⁷ ». Déjà favorable au développement du numérique dans le domaine de la santé depuis le début des années 2000²⁸, la Commission européenne a expressément incité, en novembre 2008, les États membres à « permettre un meilleur accès aux services de télémédecine en adaptant leurs législations nationales²⁹ ». La loi HPST du 21 juillet 2009³⁰ a alors défini plus précisément la télémédecine³¹, le décret du 19 octobre 2010 en détaillant les conditions de mise en œuvre et prévoyant cinq types d'actes³² : la téléconsultation, la télé-expertise, la télésurveillance médicale, la téléassistance médicale et la réponse médicale apportée dans le cadre de la régulation médicale.

Des expérimentations, prévues par l'article 36 de la loi 2013-1203 de financement de la sécurité sociale pour janvier 2014³³, ont ensuite été menées pendant 4 ans dans certaines régions dans

²² ARS, Schéma régional de santé 2018-2023 (SRS), PRS, juil. 2018, p. 105.

²³ CESER, Avis du Conseil régional sur le projet régional de santé 2018-2023 élaboré par l'ARS, 14 juin 2018, p. 4.

²⁴ L. n° 99-533, 25 juin 1999, art. 15, JO 29 juin.

²⁵ Les causes de cet échec ont été analysées dans le rapport ministériel *Place de la télémédecine dans l'organisation des soins, novembre 2008* : <http://www.sante.gouv.fr>.

²⁶ Loi n° 2004-810, 13 août 2004 relative à l'assurance maladie.

²⁷ Loi n° 2004-810, art. 32.

²⁸ Commission européenne, *Santé en ligne - améliorer les soins de santé des citoyens européens*, COM (2004) 356, avr. 2004

²⁹ Commission européenne, *La télémédecine au service des patients*, COM (2008) 699, nov. 2008.

³⁰ Elle a abrogé les articles relatifs à la télémédecine issus de la loi du 13 août 2004.

³¹ Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, art. 78.

³² Décret n° 2010-1229 du 19 octobre 2010.

³³ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, 23 déc. 2013, n°2013-1203, art. 36.

le cadre du programme ETAPES (Expérimentations de Télé médecine pour l'Amélioration des Parcours En Santé). Dans un rapport de 2016³⁴, le Conseil National de l'Ordre des médecins (CNOM) s'est prononcé en faveur d'une généralisation de la télé médecine et d'une simplification de sa réglementation « pour qu'elle soit intégrée concrètement dans les parcours de soins des patients et les pratiques quotidiennes des médecins », suggérant notamment sa prise en charge financière par l'assurance maladie. Il préconisait également un assouplissement du cadre juridique applicable, l'exigence initiale d'une contractualisation avec l'ARS étant particulièrement rigoureuse³⁵.

En février 2017, l'avenant 2 à la convention médicale de 2016 a créé un acte de téléconsultation et un acte de télé-expertise pour les patients résidents ou entrants en EHPAD. Dans son rapport Charges et Produits de 2017, l'Assurance maladie a préconisé l'inscription de la télé médecine dans un cadre tarifaire de droit commun. Le recours à la télé médecine a alors pu s'accélérer à partir de 2018, grâce à l'intégration des actes de téléconsultation et de télé-expertise dans le droit commun au remboursement par l'Assurance maladie³⁶ (à compter du 15 septembre 2018 pour les premiers, et du 10 février 2019 pour les seconds). L'avenant 6 à la convention médicale de 2016, signé en 2018 pose le cadre de ce remboursement généralisé, en principe subordonné, d'une part, au respect du parcours de soins coordonné avec orientation initiale par le médecin traitant et, d'autre part, à la connaissance préalable du patient par le professionnel de santé téléconsulté.

Le recours à la téléconsultation restait toutefois encore marginal par rapport aux consultations en présentiel : sur l'ensemble du territoire français, « le nombre d'actes se situait en-dessous de 200 actes par semaine en 2018, 700 à la mi-février 2019, 3 300 en septembre, pour un total de 60 000 téléconsultations fin août 2019³⁷ ». Il était en outre « inégal sur le territoire, avec 44% des téléconsultations en Île-de-France³⁸ ».

La pandémie comme facteur d'accélération du développement de la télé médecine. L'intérêt pratique de la télé médecine a été révélé au grand jour par la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19, laquelle a facilité son acceptation sociale par les professionnels de santé et par les patients. La télé médecine a été le moyen, tant de juguler la crise sanitaire que d'assurer la continuité des soins³⁹. L'Assurance-maladie a ainsi dénombré « entre mars et avril 2020 5,5 millions de téléconsultations soit une progression d'un facteur 30 entre février et mars 2020 et encore une progression d'un facteur 4 entre mars et avril 2020⁴⁰ ». Autrement dit, « les

³⁴ CNOM, Rapport *Télé médecine et autres prestations médicales électroniques*, févr. 2016.

³⁵ Insistant également sur le caractère trop contraignant du dispositif mis en place : V. Vioujas, « La réglementation française de la pratique de la télé médecine : des exigences excessives ? », in E. Brosset, S. Gambardella et G. Nicolas (dir.), *La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français*, pp. 166-171.

³⁶ Loi de financement de la sécurité sociale pour 2018, 30 déc. 2018, n° 2017-1836, JO 31 déc. ; Avenant n°6 à la convention nationale organisant les rapports entre les médecins libéraux et l'assurance maladie, 14 juin 2018.

³⁷ CNPEN, Bulletin de veille n° 3, *Enjeux éthiques liés aux outils numériques en télé médecine et téléssoin dans le contexte de la Covid-19*, 21 juil. 2020, p. 5, note de bas de page n° 8.

³⁸ *Ibid.* p. 5.

³⁹ A. Cayol, « L'adaptation du système de santé français face à la pandémie de Covid-19 par le développement des usages de la télé médecine », *JML Droit, santé et société*, n° 3-2020, pp. 25-30.

⁴⁰ Assurance maladie, *Améliorer la qualité du système de santé et maîtriser les dépenses. Propositions de l'Assurance maladie pour 2021*, juil. 2020, p. 153.

téléconsultations constituaient en avril 2020 plus de 11% de l'ensemble des consultations contre moins de 1% avant la crise⁴¹ ».

Les textes adoptés dans ce contexte ont, en outre, permis d'assouplir les conditions de recours à la télémédecine⁴² : remboursement à 100% des téléconsultations, quel que soit le mode de communication – y compris par téléphone ou des outils de communication grand public non référencés –; possibilité de recourir à la téléconsultation hors du parcours de soins coordonnés et sans connaître au préalable le médecin. Parallèlement, a également été mise en place la télésurveillance à domicile des patients atteints par la Covid-19.

Des enjeux éthiques multiples. Il a pu être souligné que « la télémédecine se présente sous la forme d'un paradoxe », en ce qu'elle « porte sur un domaine dont on reconnaîtra volontiers qu'il ne se prête pas spontanément à la dématérialisation. L'acte de soins est en effet [traditionnellement] fondé sur une relation humaine de confiance entre le médecin et le patient, qui implique la présence physique du médecin⁴³ ». Dès janvier 2009, le Conseil National de l'Ordre des Médecins a publié un livre blanc sur la télémédecine afin de mettre en exergue les enjeux éthiques qu'elle soulève⁴⁴. Ce rapport s'articule autour de dix points, desquels découlent des préconisations concernant les conditions du recours à la télémédecine, les modalités de recueil du consentement du patient, le champ d'intervention des professionnels, ainsi que les responsabilités respectives des intervenants et la nécessité d'indiquer les dispositions prises au regard du secret médical. Ce rapport insiste sur le respect de la confidentialité absolue des données sensibles de santé du patient amenées à être stockées et diffusées entre les différents acteurs, la traçabilité des actes et des documents et sur la reconnaissance et la valorisation de l'acte de télémédecine.

Non progredi est regredi⁴⁵. L'encadrement réglementaire et éthique de la télémédecine suscite débats, comme plus largement celui de tous les progrès technologiques : encadrer n'est-ce pas prendre le risque de freiner l'innovation ? Ne pas le faire, n'est-ce pas prendre celui de laisser s'installer des pratiques possiblement peu respectueuses des droits fondamentaux ? Comme il a pu être souligné, une ligne de conduite générale devrait, dès le commencement, être adoptée : « Le droit doit s'écarter de deux tentations perverses. La première consisterait à ignorer les données techniques et sociales engendrées par la science et à maintenir contre vents et marées la pureté de règles inadaptées. La seconde conduit le légiste à un rôle de notaire transcrivant les avancées scientifiques en règles juridiques sans cesse renouvelées et adaptées⁴⁶ ». Il convient dès lors, sans doute, de s'appuyer sur les principes fondamentaux classiques régissant le droit médical (consentement et information du patient, secret médical, *etc.*) tout en les adaptant aux

⁴¹ CNPEN, Bulletin de veille n° 3, *Enjeux éthiques liés aux outils numériques en télémédecine et télésoin dans le contexte de la Covid-19*, 21 juil. 2020, p. 6, note de bas de page n° 12.

⁴² Décret n° 2020-227 du 9 mars 2020, adaptant les conditions du bénéfice des prestations en espèces d'assurance maladie et de prise en charge des actes de télémédecine pour les personnes exposées au Covid-19.

⁴³ O. Renaudie, « Télémédecine, télésanté, télésoins : des paroles aux actes », *RDSS* 2020, p. 5.

⁴⁴ CNOM, Livre blanc sur la télémédecine, 2009.

⁴⁵ « Ne pas avancer, c'est reculer », R. Tosi, *Dictionnaire des sentences latines et grecques*, Ed. Jérôme Million, 2010, n° 18.

⁴⁶ B. Mathieu, *La bioéthique*, Dalloz, 2009, p. 11.

enjeux actuels. « Il ne s'agit pas de refuser les innovations mais de préserver les fondements, les invariants de la relation de soin⁴⁷. »

Vieillesse et enjeux sanitaires. Le vieillissement de la population est une donnée démographique d'une telle importance que ce phénomène a pu être qualifié de « révolution dans l'histoire de l'Humanité⁴⁸ » soulevant des enjeux inédits, notamment dans le domaine sanitaire et social. Les problèmes de santé, et notamment les maladies chroniques, deviennent de plus en plus fréquents avec l'âge. Les troubles cognitifs sont également plus nombreux, suscitant des difficultés particulières en matière de consentement aux soins. L'augmentation des placements sous mesures de protection juridique par rapport aux patients plus jeunes soulève également des questionnements juridiques spécifiques. La relation médicale est, en outre, transformée par l'implication de tiers professionnels et non-professionnels. Il a ainsi été souligné que « la prise en charge des conséquences sanitaires du grand âge [...] consiste à abandonner la traditionnelle relation duelle entre le patient et chacun des professionnels de santé pour envisager un réaménagement du système soignant qui dépasse le strict cadre des professionnels, en intégrant la famille et les proches⁴⁹ ».

Les personnes âgées : tentative de définition. Il existe un grand nombre de termes pour dire la vieillesse : « seniors », « aînés », « troisième âge », « retraités », *etc.* Dans le vocabulaire courant, on utilise l'expression « personnes âgées » qui remplace le substantif « vieux » (estimé aujourd'hui négatif et dévalorisant), cette expression jugée plus neutre et moins stigmatisante comme le note Bernard Ennuyer, a l'avantage de s'appliquer à n'importe quelle population sans référence à un âge donné. Cependant, à l'image de la catégorie de la jeunesse déconstruite par Bourdieu (« la jeunesse n'est qu'un mot »), les personnes âgées sont loin de représenter un groupe homogène. Il existe au sein de cette catégorie des générations, des classes sociales et des parcours de vie différents, le genre est aussi à prendre en considération (prédominance de femmes au grand âge, vers 90 ans). Dit autrement, il y a au sein de cette catégorie une diversité d'univers de vie. Par ailleurs, définir les personnes âgées à partir d'un âge chronologique comme les plus de 60 ans (comme le font par exemple l'INSEE et l'OMS) ou les plus de 65 ans, pose la question d'un seuil à la vieillesse, seuil qui a souvent varié dans l'histoire. En fait, 60 ou 65 ans est un âge administratif ou conventionnel qui correspond à la cessation d'activité ou au passage à la retraite. La retraite est vue aujourd'hui comme un nouveau temps de la vie, basé sur l'accomplissement de soi (les retraités d'aujourd'hui sont en meilleure santé et disposent de plus de ressources), temps qui s'opposerait à la véritable vieillesse incarnée par la dépendance. D'un point de vue sociologique, on dira que les modes de vieillir sont pluriels et que la dépendance n'est pas forcément un destin.

Vieillesse et enjeux éthiques⁵⁰. L'augmentation de l'espérance de vie a notamment eu pour conséquence d'allonger le temps du 3^{ème} âge puis d'en faire apparaître un 4^{ème} âge de la

⁴⁷ F. Violla, « *Non progredi est regredi ?* », in E. Brosset, S. Gambardella et G. Nicolas, *La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français*, PUAM, 2017, p. 54.

⁴⁸ O. Guérin, professeur de gériatrie :

https://www.psppaca.fr/IMG/pdf/retranscription_interview_o.guerin_vf.docx-2.pdf

⁴⁹ R. Bouvet, « Gériatrie et e-santé : le droit à l'épreuve de l'innovation et de la protection des personnes âgées », *RGDM*, juin 2020, p. 171.

⁵⁰ Cf. sur cette question, J.-P. Aquino, « Le vieillissement : enjeux éthiques », in Ch. Hervé, M. Stanton-Jean et M. Deschênes (dir.), *Les personnes âgées et le numérique*, Dalloz, 2019, p. 21.

vie. Ces deux temps de la vie correspondent à deux types de vieillesse : la retraite et la grande dépendance. Même s'il est toujours délicat et arbitraire de poser un seuil en termes d'âges, le 3^{ème} âge renvoie généralement aux 60-75 ans et le 4^{ème} âge concernerait les plus de 75 ans. La différenciation des vieillesse est arrimée à des critères comme l'âge mais, surtout, l'état de santé et la perte d'autonomie physique. Le 4^{ème} âge correspond au moment où, statistiquement, la dépendance et à la déficience (physique, cognitive) arrivent (même si pas nécessairement au même moment). Les représentations autour de ces deux temps de la vieillesse sont différentes. Le 3^{ème} âge est le plus souvent analysé comme une phase positive de l'existence, associée à l'entrée en retraite. L'appellation *seniors*, qui remplace, depuis les années 1990, celle de 3^{ème} âge, cherche à promouvoir une vieillesse active. Le 4^{ème} âge est pensé sous l'angle pathologique de la vulnérabilité, de la dépendance liée à la perte d'autonomie. Il est la dernière étape avant la fin de vie.

La question des enjeux éthiques et réglementaires autour de la télémédecine concerne donc plutôt le 4^{ème} âge, puisque le 3^{ème} ressemble bien plus à la vie « adulte » : il n'existe alors, en général, pas de spécificité particulière par rapport à des patients plus jeunes concernant la prise en charge médicale, et notamment l'utilisation de la télémédecine. Nous renvoyons donc sur ce point au contenu du livre blanc général réalisé dans le cadre du projet de recherche EDeTeN, intitulé *Les enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine en Normandie*.

Viellissement et vulnérabilité. « Le droit ne fait pas de la personne âgée une catégorie à laquelle un régime juridique propre serait applicable. Pour autant l'étude des différents *corpus* juridiques révèle que le droit se fait une certaine image des personnes âgées qu'il considère avant tout comme vulnérables et devant, à ce titre, être protégées. Il veille donc à la fois à ce qu'elles bénéficient, sans discrimination, des mêmes droits que tout être humain et à ce que les règles puissent - quand cela est nécessaire - être adaptées pour mieux répondre à leurs besoins⁵¹ ». Ce second livre blanc a pour objectif de mettre en exergue les enjeux juridiques et éthiques spécialement soulevés par la plus grande vulnérabilité de certains patients âgés par rapport aux autres patients. Il conviendra, pour ce faire, de distinguer entre les patients placés sous un régime de protection juridique et ceux qui ne le sont pas.

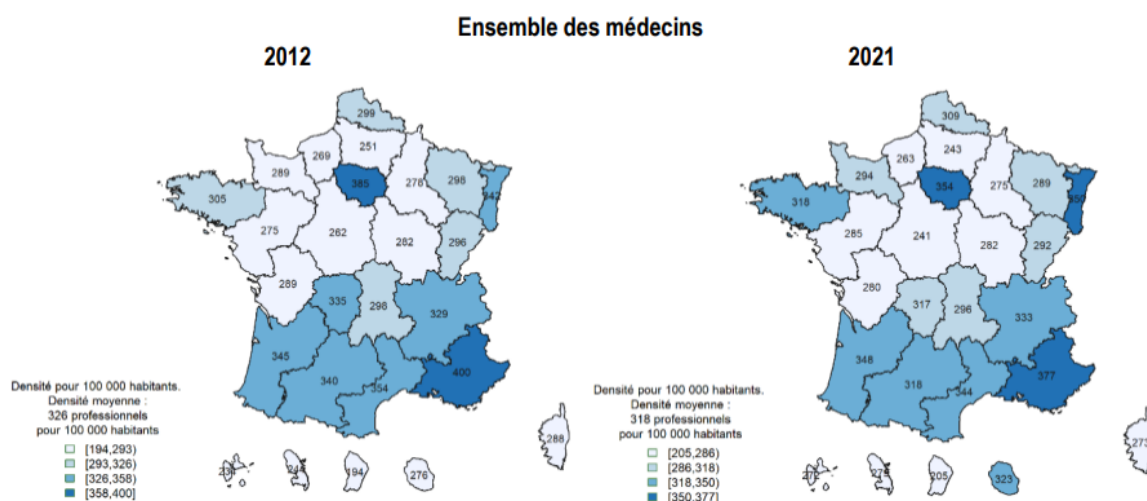
⁵¹ C. Bourdair-Mignot et T. Gründler, « Le vieux, une figure de la vulnérabilité en droit », *La revue des droits de l'Homme*, 2020, n° 17, disponible en ligne : <https://journals.openedition.org/revdh/8744>

§2 - Le choix du terrain : la Normandie⁵²

Une offre médicale insuffisante. Le choix de la région Normandie comme terrain d'étude est particulièrement pertinent au regard des éléments de contexte justifiant le développement du numérique dans le domaine de la santé, et notamment de la télémédecine, au niveau national. Le décret du 29 décembre 2017 cite notamment la lutte contre les inégalités sociales et territoriales d'accès à la santé, qui constituent des enjeux particulièrement prégnants en Normandie.

Le rapport *Intelligence artificielle – La Normandie cherche l'algorithme gagnant*, présenté par le CESER de Normandie en mars 2019, souligne ainsi que les déserts médicaux y sont nombreux⁵³. Un tel constat est confirmé par le rapport *La Région investit dans la Santé des Normands 2017-2021*, lequel relève un nombre de médecins inférieur à la moyenne nationale⁵⁴.

Carte 3 • Densités régionales de médecins (anciennes régions), selon la spécialité, en 2012 et 2021



Source : M. Anguis, M. Bergeat, J. Pisarik, N. Vergier, H. Chaput, Quelle démographie récente et à venir pour les professions médicales et pharmaceutique ? Constat et projections démographiques, *Les cahiers de la DREES*, n°76, mars 2021, p. 24.

<https://drees.solidarites-sante.gouv.fr/sites/default/files/2021-03/DD76.pdf>

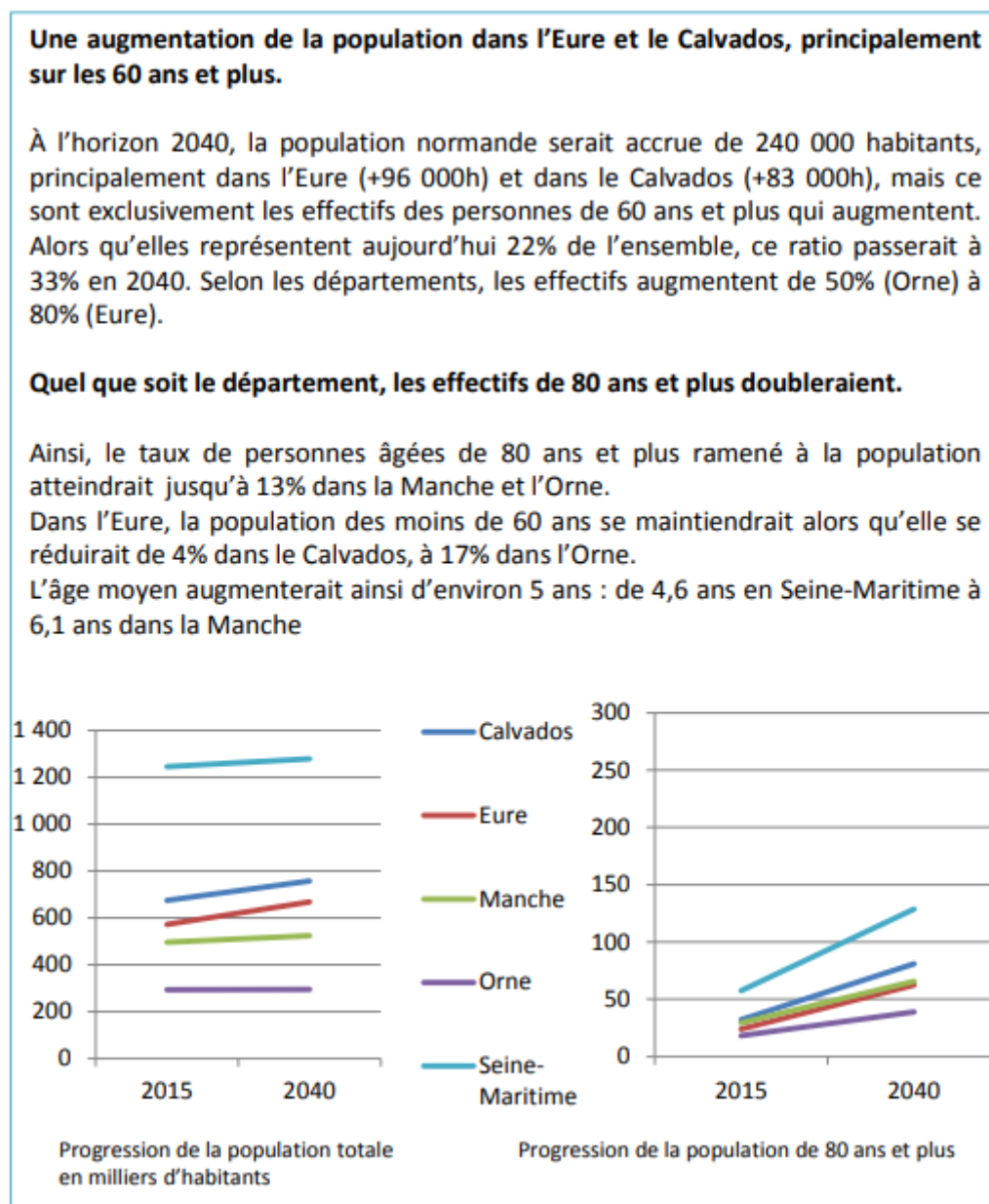
Une région vieillissante. Une attention particulière doit être portée à la question de la prise en charge des personnes âgées, particulièrement nombreuses en Normandie, « région qui vieillit

⁵² Texte rédigé par C. Calheiros, sociologue, ingénieure d'études pour le projet de recherche EDeTeN et membre du Césor (UMR-8216) – pour la partie méthodologie – et A. Cayol, Maître de conférences en droit privé, Université Caen Normandie, ICRéJ (UR 967) – pour la partie pertinence du choix de la région Normandie.

⁵³ CESER de Normandie, *Intelligence artificielle – La Normandie cherche l'algorithme gagnant*, mars 2019, p. 17.

⁵⁴ Région Normandie, *La région investit dans la santé des normands 2017-2021*, p. 9 : pour 100 000 habitants on dénombre ainsi en Normandie 84,1 médecins généralistes libéraux (contre 92,9 en France), 35,1 chirurgiens-dentistes (contre 56,2 en France), 13,1 gynécologues-obstétriciens libéraux (contre 18,8 en France) et 6,1 ophtalmologues libéraux (contre 7,3 en France).

rapidement⁵⁵ » : « 1 Normand sur 10 a plus de 75 ans, [...] près de 36 % de la population normande sera âgée de plus de 60 ans en 2020⁵⁶ ». Si l'indice de vieillissement⁵⁷ se situe dans la moyenne française – 72,6 au lieu de 71,8 en France –, il progresse plus rapidement⁵⁸, faisant craindre à moyen terme un vieillissement accéléré de la population. La problématique est particulièrement forte dans les départements de la Manche et de l'Orne, lesquels comprennent une population plus âgée que les autres⁵⁹.



Source : ARS, Diagnostic régional sur les besoins de santé, 23 janv. 2017.

⁵⁵ ARS, *Cadre d'orientation stratégique (COS), Projet Régional de Santé (PRS) de Normandie*, juil. 2018, p. 6.

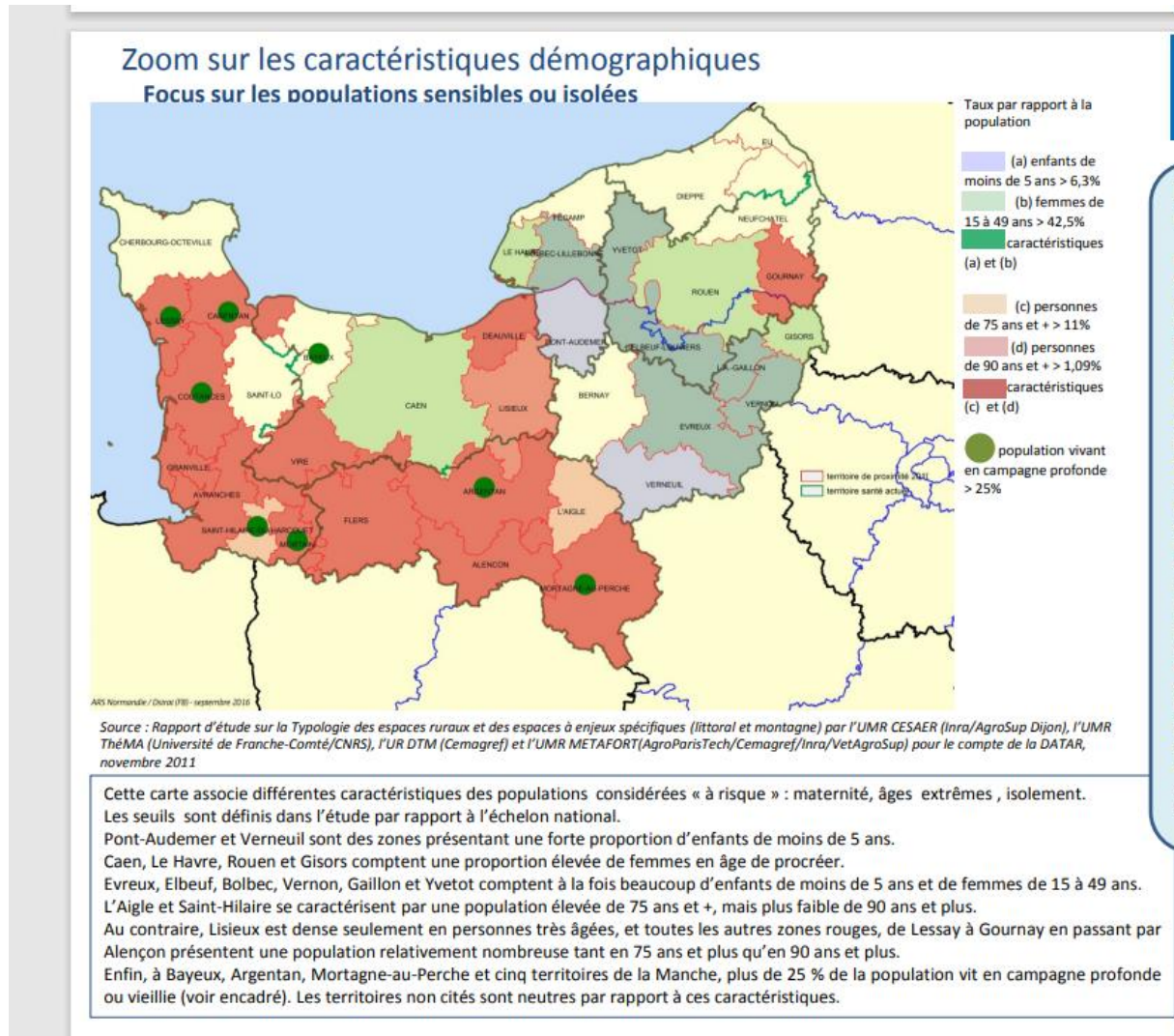
⁵⁶ CESER de Normandie, *Intelligence artificielle – La Normandie cherche l'algorithme gagnant*, mars 2019, p. 17.

⁵⁷ C'est-à-dire le nombre de personnes de 65 ans et plus pour 100 personnes de moins de 20 ans.

⁵⁸ ARS, *Cadre d'orientation stratégique (COS), Projet Régional de Santé (PRS) de Normandie*, juil. 2018, p. 6.

⁵⁹ *Ibid.*

Une autre particularité de la région Normande est que, même si la part des plus de 75 ans dans la population est proche de celle relevée au niveau national – 9,5 % au lieu de 9,2 % en France –, les personnes de plus de 75 ans vivants seules à leur domicile est plus élevé – 40,2 % au lieu de 38,5 % en France. Il s’agit de la 3^e région ayant la part la plus importante pour cette catégorie de population⁶⁰.



Source : ARS, Diagnostic régional sur les besoins de santé, 23 janv. 2017.

Le rapport du CESER de Normandie insiste sur le fait que « l'intelligence artificielle et la e-santé peuvent potentiellement, sinon résoudre, tout au moins accompagner les réponses posées par le vieillissement de la population, la dépendance toujours plus grande des aînés et les déserts médicaux sur le territoire normand⁶¹ ».

⁶⁰ Région Normandie, *La région investit dans la santé des normands 2017-2021*, p. 8.

⁶¹ CESER de Normandie, *Intelligence artificielle – La Normandie cherche l'algorithme gagnant*, mars 2019, p. 25.

Méthodologie du projet EDeTeN⁶². L'équipe du projet EDeTeN s'est donné pour objectif d'accompagner la réflexion concernant le développement de la télémédecine sur le territoire normand en identifiant les enjeux éthiques et réglementaires de la téléconsultation et de la télésurveillance médicale et, plus spécifiquement, ceux concernant les personnes âgées et vulnérables. Les analyses produites se veulent être des outils d'aide à la décision pour les acteurs locaux. Le postulat de départ de cette recherche repose sur l'idée selon laquelle la télémédecine, pour être un outil pertinent de santé publique, doit être adaptée aux spécificités du territoire dans lequel elle s'établit. Elle doit également tenir compte des attentes des patients et des soignants, tout en garantissant le respect de la vie privée, de la dignité et d'une équité dans l'accès aux soins. Il a donc été question de saisir les particularités du territoire normand en matière d'offre de soins, d'analyser les représentations sociales ainsi que les usages de la téléconsultation par les patients et les soignants, et d'apprécier, *in fine*, l'adaptation des normes juridiques encadrant les avancées techniques.

Pour saisir, dans toute son épaisseur, la réalité et les besoins du territoire normand, une enquête de terrain a été menée entre avril 2021 et juin 2022 dans les cinq départements de la Normandie. Cécilia Calheiros, sociologue recrutée en qualité d'ingénieure d'études pour le projet, s'est chargée de l'organisation du terrain, du recueil et du traitement des données. La méthodologie retenue a été celle de l'enquête qualitative en sociologie. Les techniques de recueil de données mobilisées sont les entretiens semi-directifs, l'observation *in situ* et les *focus groups*. Ces données ont été complétées par une consultation numérique régionale. Ce riche matériau a permis de donner un ancrage empirique aux réflexions éthiques des membres de l'équipe. L'ensemble des données recueillies, que nous détaillons ci-après, permet d'établir un panorama de la situation de la téléconsultation sur le territoire normand.

- Les entretiens semi-directifs

Les entretiens représentent la technique de recueil de données la plus conséquente mobilisée pour l'enquête. Elle a permis de recueillir la parole de 50 personnes (patients, soignants, pharmaciens et mandataire judiciaire) ayant recours ou ayant eu recours à la téléconsultation ou à la télésurveillance médicale. Parmi ces entretiens, 29 traitent en tout ou partie des personnes âgées et/ou vulnérables. Ces entretiens sont dits semi-directifs car ils s'appuient sur un même guide d'entretien thématique⁶³ qui laisse à la personne interviewée toute liberté de suivre le cours de sa pensée en développant les éléments qui lui semblent importants.

La première étape, dite *exploratoire*, s'est déroulée du 28 mai 2021 au 8 juillet 2021. Cette phase s'appuie sur 7 entretiens semi-directifs et 1 entretien informel. Ils ont permis de recueillir la parole d'infirmières, de pharmaciens et de médecins sur leurs usages et leurs représentations de la téléconsultation et de la télésurveillance médicale auprès de publics âgés et/ou vulnérables. Plus précisément, il a été question de rechercher certaines informations, de tester un certain nombre d'hypothèses et de faire émerger des problématiques spécifiques propres aux patients

⁶² Texte rédigé par C. Calheiros, sociologue, ingénieure d'études pour le projet de recherche EDeTeN et membre du Césor (UMR 8216).

⁶³ Un guide d'entretien distinct a été réalisé pour la téléconsultation et pour la télésurveillance médicale.

et aux soignants dans le but de réajuster notre réflexion et nos interrogations pour l'étape dite *définitive* de l'enquête. Cette phase s'est déroulée du 12 octobre 2021 au 1^{er} juin 2022. Elle réunit 24 entretiens dont 9 ont été réalisés par les étudiants de la clinique juridique de la Faculté de droit de Caen, lesquels ont mené un travail de recherche sur *Les enjeux éthiques et juridiques du consentement de la personne âgées à la téléconsultation*, sous la direction de Aurore Catherine, directrice de la clinique juridique, Amandine Cayol, responsable du projet EDeTeN et Fanny Rogue, co-responsable de l'axe 2 du projet, consacré aux enjeux éthiques et juridiques⁶⁴. En tout, 31 entretiens ont été menés dont :

- 11 entretiens avec des patients ;
- 16 entretiens avec des soignants ;
- 3 entretiens avec des pharmaciens ;
- 1 entretien avec un mandataire judiciaire à la protection des majeurs.

Puisqu'il ne s'agit pas d'une enquête quantitative, il n'a pas été question de constituer un échantillon statistiquement représentatif mais de recueillir une variété de points de vue d'acteurs du territoire. Pour les soignants, il a été question de contacter des acteurs locaux ayant mis en place des initiatives en faveur de la téléconsultation dans différentes spécialités médicales (médecine générale, dermatologie, ophtalmologie, *etc.*). Il a également été question de contacter des acteurs passant ou étant passés par des plateformes privées. Pour la constitution de la population de patients, il a été tenu compte des variables de sexe, d'âge⁶⁵, de départements de résidence, de lieu de résidence (ville ou campagne ; zone déficitaire en offre médicale ou non) ainsi que des niveaux de qualification des personnes interviewées.

- **Les observations directes**

Les entretiens semi-directifs ont été complétés par des observations directes, afin de mettre en perspective les discours recueillis lors des entretiens et les pratiques ainsi que les interactions entre les acteurs. Deux types de méthodes d'observation ont été mobilisés.

Le premier type d'observation est l'observation non participante dans plusieurs services hospitaliers de dermatologie pratiquant la télédermatologie. Ces observations de téléconsultations ont eu lieu les 17 mai 2021, 14 juin 2021 et 21 juin 2021. Durant plusieurs heures, il a été question d'assister, sans participer, à des téléconsultations depuis les CHU et en présence des soignants requis. Une partie de ces téléconsultations a été réalisée par une infirmière coordinatrice échangeant avec d'autres infirmières se rendant au domicile de patients âgés pour recevoir des soins. Une autre partie de ces téléconsultations a été réalisée par une dermatologue auprès d'EHPAD dotés de dispositifs connectés (caméra, microphone, *etc.*). Ces observations se sont doublées, ensuite, d'échanges avec les professionnels de santé sur les actions s'étant déroulées.

Le second type d'observation concerne la télésurveillance médicale avec des personnes âgées. Il a été question d'observer les professionnelles de santé en situation de travail, avec et sans patient au sein d'un service de télécardiologie. Cette session d'observation a eu lieu les 16 et

⁶⁴ L'axe 1 du projet était, quant à lui, consacré aux questions d'aménagement du territoire.

⁶⁵ À l'exclusion des mineurs.

17 novembre 2021. Ces observations ont été doublées d'entretiens et d'échanges avec les professionnelles de santé en présence et d'échanges entre soignante et patiente. Ceci a permis d'obtenir de plus amples informations sur la façon de surveiller les patients au travers du dispositif de contrôle, de voir à l'œuvre le suivi des patients au travers des échanges directs avec ces derniers, et d'assister à l'éducation thérapeutique qu'ils reçoivent. Concernant la diabétologie, chaque entretien a été doublé d'un moment où le patient s'est attaché à expliquer le fonctionnement du dispositif de télésurveillance médicale qu'il utilise.

- **Les ateliers territoriaux sur les enjeux éthiques de la télémédecine**

Un cycle d'ateliers citoyens de réflexion éthique a été organisé les 21 février 2022, 7 mars 2022 et 22 mars 2022 au sein de l'Espace de Réflexion Éthique de Normandie (EREN) à Caen. Guillaume Grandazzi, maître de conférences en sociologie, co-responsable de l'axe 2 du projet EDeTeN⁶⁶ et conseiller éditorial de l'EREN, a co-organisé et co-animé ces ateliers avec Cécilia Calheiros. Chaque séance a réuni une quinzaine de personnes en ligne ou sur site. Parmi elles, se trouvaient des représentants des usagers, des médecins, des infirmières et des citoyens.

Ces ateliers ont été organisés selon la méthode du *focus group*. La spécificité de cette approche repose sur l'interrogation simultanée d'un petit groupe, de 5 à 20 personnes, dans le but de récolter des informations en faisant émerger, par le débat, l'opinion des participants. Il a donc été question de susciter la parole des participants, de leur faire expliciter leurs opinions liées ou non aux expériences de téléconsultation et de télésurveillance médicale et de créer une discussion. Il s'est ensuite agi de tirer des thématiques d'analyse qui, d'une séance à l'autre, étaient approfondies ou redébatues. Une partie des débats s'est concentrée sur les particularités propres à la prise en charge de personnes âgées et/ou vulnérables.

- **La consultation régionale numérique**

De novembre 2021 à février 2022, une consultation numérique à l'échelle régionale a été organisée⁶⁷. La consultation numérique est un outil d'aide à la décision qui prolonge, en ligne, les modes traditionnels de consultation citoyenne. Dans le cadre du projet EDeTeN, l'ambition était d'associer le grand public – ici les citoyens normands – à une réflexion collective portant sur les enjeux éthiques de la télémédecine. L'objectif était d'accéder aux pratiques et aux représentations sociales des citoyens en matière de téléconsultation et de la télésurveillance médicale y compris lorsqu'il s'agit d'usagers âgés et/ou vulnérables. On pouvait notamment y trouver un questionnaire général sur les usages de la téléconsultation, un questionnaire portant sur les représentations sociales autour de la téléconsultation et un questionnaire portant sur les représentations sociales autour de la télésurveillance médicale. L'ensemble des données – aussi bien quantitatives que qualitatives – recueillies est venu compléter les matériaux collectés. Les résultats de la consultation citoyenne ont, d'une part, été présentés lors des ateliers territoriaux pour servir de base aux débats et ont constitué, d'autre part, une base de réflexion pour la rédaction de la charte éthique.

⁶⁶ Axe 2 consacré à l'étude des enjeux juridiques et éthiques, l'axe 1 du projet étant consacré aux questions d'aménagement du territoire.

⁶⁷ La consultation a été hébergée sur le site de l'EREN, ce qui a contribué par ailleurs à donner une visibilité et une légitimité à la consultation numérique.

Résultats

§ 1 – Le consentement de la personne âgée à la téléconsultation

Il convient ici de distinguer selon que la personne âgée est (II), ou non (I), l'objet d'une mesure de protection juridique.

I – La personne âgée sans mesure de protection⁶⁸

La place du consentement après le décret du 3 juin 2021. L'ancien article R. 6316-2 du Code de la santé publique prévoyait que « Les actes de télémedecine sont réalisés avec le consentement libre et éclairé de la personne » et renvoyait sur ce point aux dispositions de l'article L. 1111-4 du même code. Il était ainsi clairement établi que le régime juridique du consentement en matière de télémedecine répondait au régime de droit commun prévu dans la partie législative du Code de la santé publique pour la relation de soin classique, c'est-à-dire s'inscrivant dans une relation en présentiel. Cet article R. 6316-2 du Code de la santé publique a toutefois été abrogé par le décret n°2021-707 relatif à la télésanté du 3 juin 2021 pour laisser place à un article centré sur l'exigence de pertinence des pratiques de télémedecine et de télésoin selon l'appréciation du professionnel⁶⁹. Plus aucun texte réglementaire ne renvoie désormais explicitement à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique pour exiger le recueil du consentement du patient préalablement à tout acte de télémedecine.

Cette suppression laisse perplexe. Que faut-il en déduire ? Les pouvoirs publics ont-ils voulu supprimer les obligations d'information préalables et de consentement à la charge des professionnels de santé dans le cadre de la télémedecine ? Cela semble inconcevable, tant les textes – depuis la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 – renforcent chaque fois davantage les droits du patient. En l'absence de texte réglementaire posant une solution spécifique à la télémedecine, il est nécessaire de revenir aux textes de valeur législative – supérieurs dans la hiérarchie des normes et qui ont vocation à s'appliquer de manière générale –, ce qui conduit à conclure que l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique s'applique que la consultation ait lieu en présentiel ou dans le cadre d'une téléconsultation. Les diverses recommandations de bonnes pratiques de la Haute Autorité de Santé et les avis de la CNIL sont d'ailleurs tous en ce sens.

La nature duale de la télémedecine. Reste à savoir ce que recouvrent les « actes de télémedecine » auxquels font référence les textes réglementaires⁷⁰, et ainsi à identifier quel(s) consentement(s) est/sont requis ? S'agit-il exclusivement des actes de soins ayant cours durant

⁶⁸ Texte rédigé par A. Catherine, Maître de conférences en droit public, Université de Caen Normandie, ICREJ (UR 967) et A. Cayol, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICREJ (UR 967), ainsi que par F. Rogue, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICREJ (UR 967) – concernant l'information et le consentement relatif aux données à caractère personnel.

⁶⁹ CSP, art. R 6316-2, dans sa version en vigueur depuis le 5 juin 2021 : « La pertinence du recours à la télémedecine ou au télésoin est appréciée par le professionnel médical, le pharmacien ou l'auxiliaire médical. »

⁷⁰ Notamment l'article R 6316-1 du CSP qui liste les cinq types d'actes de télémedecine.

la téléconsultation ? S'agit-il du seul recours à la technologie que constitue la téléconsultation ? Ou bien l'expression englobe-t-elle les deux à la fois ?

Une stricte lecture de l'article L. 1111-4 laisse à penser qu'il pourrait s'agir exclusivement des actes de soin durant la téléconsultation. En effet, selon cet article « Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé » et « 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 ». Ainsi la rédaction du texte semble projeter dans une temporalité qui s'inscrit au sein même de la relation de soins, en aval de la rencontre entre le patient et son médecin.

Cependant, à la lecture des articles R. 6316-3 et suivants du Code de la santé publique, il appert que les « actes de télémédecine » constituent le fait de recourir à la télémédecine, venant ainsi faire écho à la qualification, par l'article L. 6316-1 du même code, de la télémédecine comme « une forme de pratique médicale à distance utilisant les technologies de l'information et de la communication ». Dès lors, comme l'écrivait déjà Y. Ferrari en 2014, « L'utilisation par le législateur de l'expression "pratique médicale" pour définir la télémédecine permet d'inclure à la fois la relation médicale et les actes médicaux. Ainsi, dans une relation de télémédecine le consentement du patient est [...] un double consentement : le patient doit d'abord consentir à l'établissement d'une relation à distance avec un professionnel de santé et il doit ensuite consentir à la pratique d'actes médicaux⁷¹ ».

Il convient, dès lors, de distinguer le consentement au recours à la télémédecine du consentement aux actes ayant lieu durant la téléconsultation. « Le consentement requis en matière de télémédecine revêt un double aspect. Il porte naturellement sur les actes ou la thérapeutique envisagés, mais aussi sur le recours à la télémédecine⁷² ». L'exigence de ce double consentement est expressément reprise par la DGOS dans son rapport *Télémédecine et responsabilités juridiques engagées*, selon lequel le médecin doit « recueillir le consentement libre et éclairé de son patient sur la prise en charge médicale ainsi que sur l'usage même d'un procédé de télémédecine⁷³ ».

Comme celui de tout patient, le consentement de la personne âgée doit être recueilli, concernant tant les soins que l'utilisation de la technologie. « La mise en œuvre du droit à l'information [...] impose en effet que le recours aux TIC et que les risques qui y sont associés puissent être expliqués et acceptés [...] avec de surcroît la difficulté pour certains seniors à envisager et à comprendre ce que sont les TIC⁷⁴ ».

⁷¹ Y. Ferrari, « La santé et la télémédecine », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 108, 1 oct. 2014.

⁷² V. Vioujas, « La réglementation française de la pratique de la télémédecine : des exigences excessives ? », in E. Brosset, S. Gambardella et G. Nicolas (dir.), *La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français*, p. 161 ; C. Le Goffic, « Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2011, p. 987 : « La télémédecine désignant des pratiques médicales ayant la particularité d'être réalisées par voie électronique, la question du consentement peut être étudiée sous deux angles : d'une part, le consentement à la télémédecine en tant que consentement à une pratique médicale ; d'autre part, le consentement à la télémédecine en tant que consentement à une pratique opérée par voie électronique ».

⁷³ DGOS, *Télémédecine et responsabilités juridiques engagées*, 18 mai 2012, p. 3.

⁷⁴ R. Bouvet, « Gérontologie et e-santé : le droit à l'épreuve de l'innovation et de la protection des personnes âgées », *RGDM* juin 2020, p. 171.

Il sera donc utile de distinguer ici chacun de ces consentements concernant leurs modalités de recueil, avant d'aborder plus spécifiquement la question du traitement de données à caractère personnel (B). Il est toutefois nécessaire d'envisager, au préalable, la question de l'information délivrée au patient, laquelle est une condition indispensable au recueil d'un consentement éclairé (A).

A/ L'information préalable

Pour que le patient puisse consentir en pleine connaissance de cause, il est indispensable de lui délivrer une information qui soit adéquate et complète. Cette obligation d'information du patient s'impose au médecin préalablement à tout soin y compris lors d'une téléconsultation (1), mais aussi avant de recueillir le consentement du patient au recours à la technologie particulière utilisée dans ce cadre (2). La réglementation impose également d'informer le patient sur le traitement de ses données à caractère personnel (3).

1/ Aux soins

Application du droit commun. L'ancien article R. 6316-2 du Code de la santé publique renvoyait également aux dispositions de l'article L. 1111-2 du même code, relatif au droit à l'information de la personne prise en charge. Si ce texte a été abrogé dans ces dispositions, il n'en demeure pas moins que dès lors que le consentement à tout acte de soin est requis, l'information préalable du patient s'impose, conformément aux termes de l'article L. 1111-2 précité. Ainsi, dans le cadre d'une téléconsultation, comme dans toute relation de soins traditionnelle, pour consentir aux soins le patient doit être préalablement informé de ce qui justifie ces soins, de ce en quoi ils consistent et de leurs conséquences. Cette information doit être faite au fur et à mesure que les actes de soins ou les situations le justifient, tout au long de la téléconsultation, tout comme lors d'une consultation en présentiel.

Contenu de l'information. C'est ainsi le droit commun de l'information préalable au consentement qui s'applique au cours d'une consultation en distanciel. Plus précisément, le patient doit, non seulement être informé sur son état de santé, mais également 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 refus⁷⁵ ».

Caractères de l'information. L'article R. 4127-35 du Code de la santé publique rappelle que « 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 », en insistant sur le fait que « Tout au long de la maladie, il tient compte de la personnalité du patient

⁷⁵ CSP, article L. 1111-2.

dans ses explications et veille à leur compréhension ». L'information doit permettre au patient de consentir en toute connaissance de cause aux actes de soins qui lui sont présentés, et être répétée à plusieurs reprises si nécessaire. Comme en présentiel, l'information peut nécessiter plusieurs échanges échelonnés dans le temps pour pouvoir être pleinement saisie par le patient⁷⁶. Cette information doit, en tout état de cause, nécessairement être délivrée au cours d'un entretien individuel, lequel prend dès lors une dimension « virtuelle », en distanciel.

Il importe que le soignant prenne soin de chercher à transmettre des informations claires et adaptées aux capacités de compréhension, parfois altérées, du patient âgé téléconsultant⁷⁷. Le CCNE insiste ainsi sur le fait que « l'altération de l'autonomie psychique n'interdit pas la recherche systématique du consentement, bien au contraire, elle l'oblige d'autant plus⁷⁸ ».

Le fait que les échanges aient lieu par écran interposé ne doit pas conduire à une déshumanisation de la prise en charge. Ce risque est pourtant bien réel, et notamment souligné par le soignant n°6 (cardiologue) : « *Le plus simple des fois, c'est de se mettre derrière le problème technique. Et on laisse tomber le patient. C'est le modèle d'une patiente qui entendait mal et à force de parler fort, j'ai fini par parler qu'à l'infirmier en disant bah de façon il va transmettre et à la fin j'ai même pas parlé, là j'ai même pas dit au revoir la patiente. Alors qu'en consultation ce même type de patient, effectivement, on parlerait à l'aidant qui est là, et on lui parlerait de temps en temps un peu fort, mais on va pas s'époumoner, mais en revanche, on l'aura regardé dans les yeux, on lui aura mis la main sur l'épaule, enfin on aura communiqué avec⁷⁹ ».*

Traçabilité dans le dossier médical. Le médecin doit consigner les informations divulguées et le contenu de son échange avec le patient dans le dossier médical, dans le but notamment de lui permettre d'apporter la preuve de la bonne transmission de ces informations en cas de litige⁸⁰.

Droit de ne pas savoir. Le médecin est néanmoins tenu de respecter le refus de savoir du patient lorsque celui-ci exprime sa volonté de rester dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic⁸¹, ce qui doit alors également être tracé dans le dossier médical.

Responsabilité. Comme pour une consultation en présentiel, le défaut d'information préalable à l'acte de soin dans le cadre de la téléconsultation est susceptible d'engager la responsabilité du médecin, ou de son établissement de santé s'il en est salarié ou agent. En effet, la jurisprudence a consacré le « préjudice d'impréparation⁸² », dont le patient peut se prévaloir en

⁷⁶ CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, avis 136, 15 avril 2021, p. 18, précisant que le consentement est un « processus vivant et dynamique », lequel suppose de « présenter l'information de façon répétée ».

⁷⁷ CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, avis 136, 15 avril 2021, p. 18, préconisant « l'utilisation d'un langage adapté aux capacités de la personne pour la présentation de l'information ».

⁷⁸ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁹ Entretien soignant n° 6, p. 25.

⁸⁰ CSP, article L. 1111-4 IV alinéa 2.

⁸¹ CSP, article L. 1111-2 I alinéa 4.

⁸² M. Penneau, note sous CA Angers, 11 septembre 1998, *D.* 1999, jur., pp. 46-50. M. Baccache écrit qu'« il s'agit de la souffrance morale résultant du choc subi lors de l'annonce du risque réalisé, souffrance qui serait inexistante ou largement moindre si le risque était annoncé et accepté par le patient. Le patient se trouve en effet confronté à un dommage à éventualité duquel il n'a pu se préparer psychologiquement en raison du défaut d'information. En

cas d'absence d'information ou de manquement dans celle-ci préalablement à tout soin. La responsabilité du professionnel est toutefois conditionnée. Après quelques tâtonnements⁸³, les juges reconnaissent qu' « indépendamment des cas dans lesquels le défaut d'information sur les risques inhérents à un acte d'investigation, de traitement ou de prévention a fait perdre au patient une chance d'éviter le dommage résultant de la réalisation de l'un de ces risques, en refusant qu'il soit pratiqué, le non-respect, par un professionnel de santé, de son devoir d'information, cause à celui auquel l'information était due, lorsque ce risque se réalise, un préjudice résultant du défaut de préparation aux conséquences d'un tel risque, que le juge ne peut laisser sans réparation⁸⁴ ». Ainsi, la perte de chance d'éviter le dommage est indépendante du défaut de préparation aux conséquences du risque⁸⁵. Ce préjudice d'impréparation présente « un double aspect qui consiste en un défaut de préparation aux conséquences tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales⁸⁶ ». Un arrêt du 12 juillet 2012 a défini l'impréparation psychologique du patient comme étant « le défaut de préparation psychologique aux risques encourus et [le] ressentiment éprouvé à l'idée de ne pas avoir consenti à une atteinte à son intégrité corporelle⁸⁷ ».

Si, depuis 2014, il est possible de retenir un préjudice d'impréparation – sans pour autant exclure la perte de chance –, il convient néanmoins d'établir la réalisation du risque pour lequel l'information n'a pas été délivrée. Par ailleurs, la demande de réparation doit être expressément formulée par le patient⁸⁸, ce qui fait que la réparation de ce préjudice – comme celui de la perte de chance d'ailleurs – est loin d'être systématique.

Le médecin devant, par ailleurs, recueillir le consentement à la téléconsultation en elle-même, il est alors nécessaire qu'il informe également préalablement le patient de ce qu'elle recouvre, de ce qu'elle implique et des conséquences en cas de refus pour le patient d'y recourir.

2/ À la technologie

Application du droit commun. Pour pouvoir consentir valablement au recours à la télémédecine, encore faut-il que le patient reçoive une information complète et adaptée relative à cette technologie. Il convient ainsi se référer, là encore, à l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique. Cette information doit donc également être délivrée au cours d'un entretien individuel et être suffisamment complète et claire pour permettre au patient de consentir à la téléconsultation en toute connaissance de cause, cela d'autant plus que la téléconsultation est une modalité relativement nouvelle de la rencontre entre le médecin et le patient et est

d'autres termes, il s'agit des souffrances endurées en raison de l'impossibilité d'anticiper le dommage subi à défaut d'en avoir été informé » (note sous Cass. 1^{re} civ., 6 décembre 2007, *D.* 2008, p. 1908).

⁸³ Par ex. Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, *Bull. Civ. I*, n° 128.

⁸⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 janv. 2014, n° 12-22.123.

⁸⁵ Confirmé par Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2017, n° 15-27898.

⁸⁶ A.-L. Serlooten, « Défaut d'information du patient sur les risques d'un acte médical. Confirmation des préjudices réparables et fin de l'indemnisation d'office », *LPA* 19 avril 2017, n° 125s3, p. 10.

⁸⁷ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-17510 ; *JCP G* 2012, 1036, note P. Sargos ; *RTD civ.* 2012, p. 737, obs. P. Jourdain ; *D.* 2012, p. 2277, note M. Bacache.

⁸⁸ Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2017, *précit.*

susceptible de modifier considérablement la substance de leur relation. Cette information s'inscrit donc aussi dans le cadre d'une démarche bienveillante envers le patient qui n'est pas rompu à l'exercice de la télémedecine et à l'utilisation des outils informatiques et numériques.

Appréciation du recours à la téléconsultation. Préalablement à cette information, le médecin doit évaluer la pertinence du recours à la téléconsultation pour le patient. En vertu de l'article R. 6316-2 du Code de la santé publique, issu du décret du 3 juin 2021, il appert en effet que « La pertinence du recours à la télémedecine ou au télésoin est appréciée par le professionnel médical, le pharmacien ou l'auxiliaire médical ». Ainsi, l'utilité du recours à ce mode de prise en charge peut être justifiée au regard de l'état de santé de la personne mis en perspective avec sa situation géographique, par exemple dans le cadre des déserts médicaux. Le recours à la téléconsultation peut s'avérer nécessaire pour parer à une urgence relative de prise en charge. Il peut également s'agir de limiter les déplacements d'un patient particulièrement vulnérable dans le cadre du renouvellement de son traitement.

Contenu de l'information. L'article L. 1111-2 précité n'est pas rédigé dans des termes qui permettent facilement de l'appliquer à l'information que le médecin est tenu de divulguer relativement au recours à la téléconsultation. Il est donc nécessaire de l'interpréter pour pouvoir l'appliquer à l'information à l'acte de télémedecine. Ainsi, il découle de ce texte que le contenu de cette information doit porter sur l'utilité du recours à la téléconsultation, ses conséquences, les risques prévisibles qu'elle engendre sur la prise en charge et les conséquences en cas de refus d'y recourir.

HAS - Recommandations de bonnes pratiques. La HAS recommande qu'avant toute téléconsultation, le patient soit informé de ce que constitue et implique cette dernière afin d'être en mesure d'y consentir. Pour accompagner le praticien dans la divulgation de cette information, elle a élaboré une fiche d'information en mai 2021, disponible sur son site internet⁸⁹. Elle liste six points qui doivent être portés à la connaissance du patient avant de s'engager dans la téléconsultation : qu'est-ce-que la téléconsultation ? Pourquoi une consultation à distance ? Quel est l'équipement nécessaire ? Où faire la consultation à distance ? Comment se déroule une téléconsultation ? Comment payer et être remboursé ? Dès lors, le médecin « devra expliquer au patient en quoi consiste l'acte de télémedecine, la différence avec une prise en charge classique, les risques spécifiques inhérents à ce type d'acte et les garanties en matière de secret des informations médicales⁹⁰ ».

Information sur le droit de refuser la téléconsultation. La téléconsultation étant un choix, et non une obligation pour le patient, il est également important que le médecin informe ce dernier de la possibilité de refuser d'être ainsi pris en charge, et des conséquences de ce refus (délai de prise en charge avec risque d'aggravation de la pathologie par exemple). Le patient doit ainsi pouvoir disposer des éléments nécessaires à l'expression libre et éclairé d'un tel refus. Son autonomie est, là encore, au cœur de la relation médecin-patient.

⁸⁹ https://www.has-sante.fr/upload/docs/application/pdf/2021-06/has_fiche_teleconsultation-telesoin.pdf

⁹⁰ Y. Ferrari, « La santé et la télémedecine », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 108, 1 oct. 2014.

Information sur le fonctionnement de l'outil. L'article R 6316-3 2° prévoit que le recours à la télémedecine implique « Lorsque la situation l'impose, la formation ou la préparation du patient à l'utilisation du dispositif de télémedecine ». Cela implique donc aussi, en amont, que le professionnel puisse donner les informations sur le fonctionnement de l'outil utilisé afin d'assurer un bon usage de celui-ci par le patient. Un médecin généraliste/urgentiste, travaillant pour SOS médecins et au SAMU, témoigne de la conscience qu'il a de l'importance de l'information et de l'assistance des personnes, surtout les plus vulnérables, dans l'utilisation de l'outil en amont mais également durant la téléconsultation :

« C'est aussi justement je reviens un peu sur cette marotte qu'on a mis en place mais elle est hyper importante pour nous. La raison pour laquelle on accompagne nous beaucoup les patients dans tout l'acte de téléconsultation avant et pendant. Avant avec nos opérateurs du centre de coordination médicale et pendant avec les infirmières qui savent l'importance que cela revêt et on veut tous être bien certain que le message est passé et la chose est comprise⁹¹ ».

Information sur les conséquences et les risques prévisibles de la téléconsultation. Concernant l'information sur les conséquences et les risques prévisibles de la téléconsultation, il peut s'agir d'informer le patient des incertitudes générées par un rendez-vous médical à distance, lequel ne permet pas de contact physique afin d'ausculter le patient. Ainsi, si certains maux peuvent être détectés à distance, si un simple interrogatoire ou un relevé de données de santé (*via* un tensiomètre par exemple) vont permettre dans certaines hypothèses et pour certaines pathologies de poser un diagnostic, ce ne sera pas toujours le cas et un certain nombre d'éléments peuvent aussi échapper au professionnel à distance. Il apparaît ainsi indispensable que le médecin puisse prévenir son patient de cette réalité, tout en envisageant une consultation ultérieure en présentiel si nécessaire. Il peut s'agir, également, d'informer sur les éventuelles difficultés techniques de l'outil utilisé pour réaliser la téléconsultation et d'indiquer au patient que, s'il accepte cette modalité de consultation, il ne doit pas hésiter à faire connaître à son interlocuteur tout problème rencontré susceptible d'affecter le bon déroulé de l'opération, ainsi que la compréhension de l'information divulguée relative à son état de santé.

Modalités de l'information. L'ensemble de ces dispositions interroge sur les modalités de cette information qui doit en principe être préalable à l'acte de télémedecine. En effet, s'il est indispensable d'informer le patient avant tout recours à un acte de télémedecine, ceci impliquerait nécessairement un entretien en présentiel en vue d'une téléconsultation ultérieure. Or, les témoignages recueillis montrent que ce n'est pas le cas et que l'information en question est, en pratique, concomitante à l'acte de télémedecine.

Responsabilité. Les règles relatives à l'information préalable à tout soin s'appliquant à l'information préalable au recours à la téléconsultation, le régime relatif à la responsabilité en cas de manquement à l'information préalable aux soins doit pouvoir logiquement s'appliquer en cas de défaut dans l'information préalable au recours à la technologie. Aucune jurisprudence n'existe à ce jour sur la question. Le préjudice d'impréparation semble toutefois susceptible de revêtir les mêmes caractéristiques dans les deux cas.

⁹¹ Entretien soignant n°13, pp. 3-4.

Enfin, cette information préalable au recours à la technologie doit être complétée d'une information relative au traitement de données à caractère personnel par le responsable de traitement, lequel peut être l'entreprise mettant à disposition l'outil technique pour réaliser la téléconsultation, mais aussi le médecin qui recueille et trace les informations au cours de la téléconsultation.

3/ Au traitement de données à caractère personnel

Conditions de mise en œuvre d'un acte de télémédecine. En vertu de l'article R. 6316-3 du Code de la santé publique, « Chaque acte de télémédecine ou activité de télésoin [doit être] réalisé dans des conditions garantissant [...] l'identification du patient » et permettre « l'accès des professionnels de santé aux données médicales du patient, nécessaires à la réalisation de l'acte [...] ».

Règlement général sur la protection des données (RGPD)⁹². Pour assurer ces conditions, la technologie que constitue la télémédecine implique un traitement des données à caractère personnel du patient devant répondre, non seulement au principe du secret médical⁹³, mais également aux dispositions particulières du RGPD puisque, selon ce texte, les données de santé sont des « données sensibles », soumises à un régime juridique spécifique. En effet, en vertu de l'article 9§1 du RGPD, les données de santé ne peuvent pas, par principe, faire l'objet d'un traitement de données en raison du risque qu'un tel traitement ferait peser sur les droits et libertés de la personne. Néanmoins, des exceptions existent, notamment lorsque « le traitement est nécessaire aux fins de la médecine préventive ou de la médecine du travail, de l'appréciation de la capacité de travail du travailleur, de diagnostics médicaux, de la prise en charge sanitaire ou sociale, ou de la gestion des systèmes et des services de soins de santé ou de protection sociale sur la base du droit de l'Union, du droit d'un État membre ou en vertu d'un contrat conclu avec un professionnel de la santé et soumis aux conditions et garanties visées au paragraphe 3⁹⁴ ». Ledit paragraphe 3 dispose que « Les données à caractère personnel visées au paragraphe 1 peuvent faire l'objet d'un traitement aux fins prévues au paragraphe 2, point h), si ces données sont traitées par un professionnel de la santé soumis à une obligation de secret professionnel conformément au droit de l'Union, au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents, ou sous sa responsabilité, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret conformément au droit de l'Union ou au droit d'un État membre ou aux règles arrêtées par les organismes nationaux compétents ». Ces dispositions permettent le traitement des données à caractère personnel, et qui plus est le traitement des données de santé, dans le cadre de la téléconsultation, et plus largement de la télémédecine.

⁹² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

⁹³ En vertu de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique.

⁹⁴ RGPD, article 9§2 h.

Identification des traitements de données à caractère personnel. Dans le cadre de la téléconsultation, deux traitements de données à caractère personnel du patient sont identifiés.

Le premier est celui réalisé par la plateforme pour la création des comptes utilisateurs. À ce titre, ladite plateforme est alors responsable de traitement au sens du RGPD, c'est-à-dire qu'elle est la personne qui détermine les moyens et les finalités du traitement. Par exemple, dans sa politique de protection des données à caractère personnel, *Doctolib* se présente comme « responsable de traitement des Données à caractère personnel des Utilisateurs recueillies dans le cadre de la création et gestion du Compte Utilisateur, de leur navigation sur le Site et de leur utilisation de la Plateforme *Doctolib* ».

Le second est celui réalisé par le professionnel de santé lorsqu'il trace le contenu de la consultation dans le dossier médical du patient afin de poser un diagnostic et d'assurer la continuité des soins. Le professionnel – ou l'établissement auquel il appartient – est alors responsable de traitement et la plateforme peut devenir sous-traitant. C'est en ce sens que *Doctolib* se présente dans cette situation dans sa politique de protection des données à caractère personnel : « Les Acteurs de santé, Abonnés des Services, sont Responsables de traitement des Données à caractère personnel recueillies dans le cadre de toute consultation ou suivi du patient. *Doctolib* intervient alors en tant que Sous-traitant⁹⁵ ». La sous-traitance intervient notamment pour la fourniture du service de téléconsultation et de tous ses accessoires (agenda, outil de prise de rendez-vous en ligne, partage de documents, outil de suivi du parcours de soins, paiement). Dans ce cadre, *Doctolib* n'est pas responsable de traitement pour la téléconsultation mais seulement sous-traitant. Il n'est responsable de traitement que pour le suivi de la qualité du service de téléconsultation (sur la base des retours utilisateurs).

Droit à l'information. En vertu du RGPD, l'information de la personne concernée – ici du patient – est nécessaire avant le traitement de ses données à caractère personnel⁹⁶, impliquant l'obligation pour le responsable de traitement d'y procéder en amont de la téléconsultation. Ce droit à l'information a été particulièrement renforcé dans le cadre du RGPD. Les entretiens menés dans le cadre du projet témoignent, pourtant, de ce qu'une telle information est parfois trop rapide, voire inexistante :

« Il y a aussi ce côté caractère des données personnelles et tout ça. C'est vrai qu'on sait pas vraiment jusqu'où ça va réellement. Si elles sont réutilisées à d'autres fins, médicales ou non, on connaît pas vraiment la portée de tout ça. Enfin moi en tout cas je la connais pas⁹⁷ ».

Dans l'entretien du patient n°1, on peut également noter que la téléconsultation s'est faite avec l'usage de *Skype*, outil suscitant de véritables difficultés en matière de sécurisation des données à caractère personnel. Cet outil, comme peut l'être également *WhatsApp* n'est pas adapté pour des téléconsultations au sein desquelles sont échangées des données sensibles. On ne peut que recommander aux professionnels d'éviter à tout prix l'utilisation de tels outils pour pratiquer la téléconsultation et de préférer ceux élaborés spécifiquement à cette fin.

⁹⁵ *Doctolib*, politique de protection des données à caractère personnel disponible sur son site internet.

⁹⁶ RGPD, articles 13 et 14.

⁹⁷ Entretien patient n° 5, pp. 9-10.

Contenu de l'information. Lorsque les données ont été collectées auprès de la personne concernée⁹⁸, l'information du patient doit porter sur l'identité et les coordonnées du responsable de traitement (le cas échéant du représentant du responsable de traitement), sur les coordonnées du délégué à la protection des données⁹⁹, mais aussi sur les finalités du traitement ainsi que sur la base juridique de celui-ci, sur les intérêts légitimes poursuivis par le responsable de traitement (quand cette hypothèse est applicable), sur les destinataires ou catégories de destinataires des données à caractère personnel, sur l'intention du responsable de traitement d'effectuer un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers et sur les garanties appropriées pour ce transfert. Afin de garantir un traitement équitable et transparent, l'information doit également indiquer : la durée de conservation des données, l'existence des droits de la personne concernée (droit d'accès, de rectification et d'effacement des données, droit d'opposition au traitement, et droit à la portabilité des données), le droit pour la personne qui a consenti au traitement de ses données de retirer son consentement à tout moment sans que cela ne porte atteinte à la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant le retrait de celui-ci, le droit pour la personne concernée d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle, l'exigence réglementaire ou contractuelle de la fourniture de ces données, si elles conditionnent la conclusion d'un contrat ou les conséquences éventuelles de la non-fourniture de ces données, et l'existence d'une prise de décision automatisée, y compris un profilage.

Lorsque les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée, l'information qui lui est délivrée doit porter sur les catégories de données à caractère personnel concernées, les sources des données à caractère personnel et, le cas échéant, sur le fait qu'elles sont issues ou non de sources accessibles au public¹⁰⁰.

Rôle du médecin. Le médecin n'est pas responsable du traitement de données liées au compte utilisateur de la plateforme. Il n'est donc pas débiteur, pour ce traitement de données, de l'obligation d'information du patient. Cette obligation est à la charge de la plateforme, par exemple *Doctolib*, qui est alors à ce stade responsable de traitement. Néanmoins, il pourrait être envisagé que le médecin puisse s'assurer auprès du patient, dans le cadre de l'information qu'il lui délivre relativement au recours à la télémédecine, qu'il a bien reçu ou eu accès aux informations qui doivent être mises à sa disposition par le responsable de traitement. Cela pourrait participer à renforcer la relation de confiance qui le lie au patient.

En revanche, lorsque le médecin devient responsable de traitement dans le cadre du fonctionnement de la téléconsultation (et que la plateforme devient alors sous-traitant), il est tenu de divulguer les informations relatives aux données à caractère personnel qu'il traite. Lorsqu'il est salarié ou agent d'un établissement de santé, c'est à l'établissement – alors responsable de traitement –, de mettre en œuvre les moyens permettant de donner ces informations au patient.

⁹⁸ RGPD, art. 13.

⁹⁹ Le cas échéant, particulièrement pour les plateformes qui relèveront des cas où la nomination du DPO est obligatoire. Par contre, ce ne sera pas obligatoire pour le médecin qui est en exercice individuel.

¹⁰⁰ RGPD, article 14.

Les modalités de l'information. La quantité d'informations à délivrer questionne sur les modalités de cette information préalablement au recours à la télémédecine. Le règlement européen a prévu de faciliter l'exercice des droits des personnes, y compris leur droit à l'information. Ainsi, après avoir précisé que « L'information doit être concise et lisible et facilement accessible », la Commission Nationale Informatique et Libertés (CNIL) précise qu'une « notice d'information sur la protection » des données des personnes doit être proposée par le responsable de traitement, « cette page [devant] être accessible depuis la page d'accueil du site de l'organisme sous un intitulé clair (« politique de confidentialité », « page vie privée », ou « données personnelles »)¹⁰¹ ». *Doctolib*, par exemple, a une telle politique de confidentialité, qui présente les cas dans lesquels la société est responsable de traitement et les cas dans lesquels elle est sous-traitante.

Le médecin – ou l'établissement auquel il appartient – qui devient responsable de traitement dans le cadre du fonctionnement de la téléconsultation, dès lors qu'il n'a pas de site internet et qu'il ne gère pas lui-même la plateforme et le service de téléconsultation, va plus difficilement pouvoir satisfaire une telle exigence concernant la politique de confidentialité. Le guide pratique sur la protection des données à caractère personnel, publié en juin 2018 par la CNIL et le CNOM, précise que l'information dont est redevable le professionnel ou l'établissement en tant que responsable de traitement au patient « peut se faire par voie d'affichage, dans la salle d'attente, ou par la remise d'un document spécifique (ex : dépliant remis au patient ou mis à disposition dans la salle d'attente)¹⁰² ». La CNIL réitère ces recommandations à l'attention des professionnels libéraux sur son site internet : « Vous devez délivrer aux patients une information portant sur le traitement de données que vous effectuez pour leur prise en charge (soit dans votre logiciel de suivi, soit dans votre dossier papier). Cela peut être sous la forme d'une affiche, dans votre salle d'attente¹⁰³ ».

Responsabilité. En ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel, la responsabilité incombe au responsable de traitement. En effet, en vertu de l'article 24 du RGPD, « Compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement ». Il en va naturellement de même pour l'obligation d'information de la personne concernée qui est à sa charge.

Ce n'est ainsi que clairement informé de l'ensemble des éléments relatifs au traitement de données et à la protection de celles-ci, que le patient pourra consentir de façon libre et éclairée au traitement de ses données à caractère personnel dans le cadre d'une téléconsultation.

¹⁰¹ <https://www.cnil.fr/fr/le-droit-detre-informe-sur-lutilisation-de-vos-donnees-0>

¹⁰² Guide pratique sur la protection des données à caractère personnel publié en juin 2018 par la CNIL et le CNOM.

¹⁰³ <https://www.cnil.fr/fr/rgpd-et-professionnels-de-sante-liberaux-ce-que-vous-devez-savoir>

4/ Synthèse et proposition prospective

Les informations à divulguer au patient sont particulièrement nombreuses. Il est nécessaire de les organiser et de les structurer pour n'en omettre aucune et pour assurer leur bonne compréhension par le patient.

Concernant l'information relative aux soins, elle doit être inscrite dans le dossier médical selon les mêmes modalités que celles prévues pour une consultation en présentiel.

Concernant l'information sur la technologie « télémédecine » en tant que telle, il est préconisé d'établir un document qui puisse être soumis au préalable au patient, cela ne dispensant en aucun cas d'une information orale. Il ne serait élaboré que pour soutenir en amont cette information orale.

Le document ou la page d'informations relatif au traitement des données à caractère personnel incombe quant à lui au responsable de traitement.

Les enjeux de ces diverses informations sont considérables, tant d'un point de vue juridique qu'éthique. D'un point de vue juridique, les obligations d'informations engagent la validité du consentement subséquent. Par ailleurs, le professionnel – ou l'établissement auquel il appartient – est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de défaut d'information¹⁰⁴.

D'un point de vue éthique, l'autonomie du patient peut être remise en question par un défaut d'information. C'est aussi la relation de confiance entre le patient et le professionnel indispensable à la qualité de la prise en charge qui peut être mise en péril.

L'information dûment divulguée au patient, il est ensuite indispensable de recueillir son consentement.

B/ Modalités de recueil du consentement

Il convient, à présent, d'identifier les modalités de recueil des consentements aux soins (1) et à la téléconsultation elle-même (2). Nous verrons que le traitement de données à caractère personnel est soumis à un régime juridique qui peut être différent de celui du consentement (3). À l'image du droit à l'information, des dispositions juridiques diverses et variées s'enchevêtrent. Il convient de les expliciter en vue de formuler des propositions visant à faciliter la mise en œuvre des droits reconnus au patient dans le cadre d'une téléconsultation (4).

¹⁰⁴ Par ex. Cass., 1^{re} civ., 25 janv. 2017, n° 15-27898 ; A.-L. Fabas-Serlooten, Défaut d'information sur les risques d'un acte médical. Confirmation des préjudices réparables et fin de l'indemnisation d'office », *LPA* 19 avril 2017, n° 125s3, p. 10.

Fondements du consentement aux soins. L'obtention du consentement du patient préalablement à tout acte médical a été exigée par la Cour de cassation dans un arrêt de 1942¹⁰⁵. Ce consentement est un outil protecteur du patient à plus d'un titre : il répond aux principes d'inviolabilité et d'intangibilité du corps humain, lesquels sont désormais consacrés par les articles 16-1 et 16-3 du Code civil, issus de la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain. Le consentement est un motif nécessaire à la légalité de l'intervention médicale sur le corps d'autrui. Il est même devenu un droit fondamental du patient, exigé de façon générale par la loi¹⁰⁶. Devant la nécessité de réaffirmer les droits du patient, le caractère essentiel de l'expression de sa volonté au sein de la relation de soins et son autonomie pour qu'il puisse être acteur de sa prise en charge, la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 a inscrit, en le renforçant, le droit au consentement à l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique. Celui-ci dispose qu'« Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne ». La même année, dans une ordonnance de référé, le juge administratif a qualifié le consentement aux soins de liberté fondamentale¹⁰⁷.

Application du droit commun. Comme exposé *supra*, le consentement aux soins est une règle générale qui s'impose quelles que soient les modalités de la prise en charge ; que celle-ci ait lieu en présentiel ou à distance. Le médecin est ainsi tenu de recueillir le consentement aux soins du patient y compris lors d'une téléconsultation.

Caractères du consentement. Le consentement doit être exprimé de façon libre et éclairé¹⁰⁸. Ceci signifie qu'il ne doit pas être donné sous la contrainte et que toutes les informations préalables légalement prévues doivent avoir été transmises au patient. Ce sont les conditions de la validité de son consentement.

Actes médicaux justifiant le consentement. L'article R. 4127-36 du Code de la santé publique et ses commentaires sur le site internet du Conseil National de l'Ordre des Médecins précisent que « les actes médicaux justifiant ce consentement doivent être entendus au sens large : en commençant par l'examen clinique habituel dont certains gestes peuvent être désagréables, comprenant d'éventuelles investigations complémentaires, différents traitements, la surveillance du traitement et de ses suites ; le consentement du patient porte également sur sa participation éventuelle à la formation d'étudiants ou de professionnels de santé (article L.1111-4, 8^{ème} alinéa, du Code de la santé publique) ».

Corollaire : le droit au refus de soins. Le consentement aux soins a pour corollaire le droit de refuser les soins. Ce droit existe aussi bien dans la relation en présentiel qu'en distanciel. Il

¹⁰⁵ Cass. req., 28 janvier 1942, *Teyssier*, *Gaz. Pal.* 1942, 1, p. 177 ; *D.* 1942, p. 63.

¹⁰⁶ Le projet de loi de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé expliquait qu'il s'agissait de « lever les ambiguïtés qui ont pu marquer cette notion au cours de son histoire, en passant d'une acceptation passive par la personne malade d'une décision médicale à une véritable expression de la volonté. Le consentement devient ainsi l'instrument privilégié de l'autonomie de la personne » (Projet de loi n° 3258 relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, p. 5).

¹⁰⁷ CE, Ord., 16 août 2002, *Feuillat*, req. n° 249552, *RJPF* 2002, n° 11, p. 11, note E. Putman ; *JCP G.* 2002, I, 190, n° 15, obs. C. Boiteau ; *LPA* 2003, n° 61, p. 4, doct., C. Clément ; *RTD. civ.* 2004, p. 641, note P. Lokiec.

¹⁰⁸ CSP, article L. 1111-4, précité.

revêt peut-être, toutefois, une dimension particulière lorsqu'il est exprimé à distance. Pour guider le médecin dans cette situation, souvent infiniment délicate et complexe, l'article L. 1111-4 alinéa 3 encadre le droit au refus de soins par une procédure qui impliquera une adaptation dans le cadre de la téléconsultation. En vertu de cet article, le médecin doit, en premier lieu, informer le patient des conséquences de ses choix ; si le patient persiste, mettant ainsi sa vie en danger, il doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Dans le cadre d'une téléconsultation, cela impliquera de pouvoir revoir le patient ou de s'entretenir de nouveau à distance avec lui. Il peut être préconisé de lui proposer un rendez-vous en présentiel selon les enjeux de ce refus de soins. L'article L. 1111-4 précise, ensuite, que le patient peut faire appel à un autre membre du corps médical. Si, à l'issue de ce processus, le patient maintient son choix, le médecin est tenu de le respecter. Il convient de noter que l'autonomie du patient a encore été renforcée dans l'expression de son refus de soins par la loi *Santé* du 26 janvier 2016¹⁰⁹, laquelle a supprimé, à l'article L. 1111-4, l'obligation pour le médecin de tenter de convaincre d'accepter les soins. Cette prévalence de l'autonomie du patient doit aussi pouvoir être mise en œuvre dans le cadre de la téléconsultation. Néanmoins, la relation spécifique qui s'établit entre le patient et le médecin à distance doit faire prendre à ce dernier des précautions particulières pour s'assurer que le refus de soins du patient est bien libre et éclairé.

Ce processus a pour objectif de guider le médecin dans une démarche contraire à sa mission originelle de soins. Face à ce conflit de valeurs, la loi a expressément tranché en faisant prévaloir la volonté du patient sur la mission de soins du médecin. Le principe de bienfaisance laisse ici sa place au principe d'autonomie. La loi permet au médecin respectant le refus de soins d'échapper à toute condamnation pénale, dès lors qu'il se conforme à la procédure et à l'esprit de la loi. La loi du 4 mars 2002 n'impose pas, ici, au patient de se soigner, de prendre soin de sa santé, de son corps. Elle impose le respect de sa volonté au médecin, en contraignant seulement ce dernier à s'assurer que le refus du patient est libre et éclairé.

Traçabilité dans le dossier médical. Le consentement ayant vocation à être recueilli oralement, il est indispensable de le tracer dans le dossier médical, de la même façon que dans le cadre d'une consultation traditionnelle en présentiel. Il en sera de même pour le refus de soin exprimé par le patient ainsi que pour tout le processus suivi pour en assurer l'expression libre et éclairée. Si nécessaire, ce sera au médecin qu'incombera la charge de la preuve de son recueil.

Responsabilité. Le médecin qui ne recueillerait pas préalablement aux soins le consentement du patient commettrait une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile et s'exposerait à une sanction disciplinaire. Il s'agirait d'une faute éthique, ou plus exactement d'un manquement à l'humanisme médical¹¹⁰. Une telle faute est susceptible d'engager la responsabilité personnelle du professionnel devant le juge judiciaire, même si celui-ci est salarié d'un établissement de santé privé ou agent d'un établissement de santé public, lorsqu'il y a une importante prise de risque pour le patient¹¹¹.

¹⁰⁹ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé.

¹¹⁰ En ce sens R. Savatier, note sous T. confl., 25 mars 1957, *Chilloux et Isaad Slimane*, *JCP* 1957.II.10004.

¹¹¹ CA Amiens, 20 février 1958, *JCP* 1958.II.10538.

Liberté de consentir - liberté thérapeutique du médecin. Il convient de distinguer le droit au consentement aux soins de la liberté thérapeutique du médecin¹¹². Celui-ci reste, en effet, libre de déterminer la thérapeutique adéquate. Plus précisément, « si le médecin ne peut soumettre un malade, contre sa volonté éclairée et librement exprimée, à un traitement, des actes ou des examens médicaux, il ne saurait pour autant se voir imposer la mise en œuvre d'une thérapeutique par le malade¹¹³ ». Il s'agit d'un point de vigilance dans le cadre de la téléconsultation, laquelle demeure un espace particulier d'échanges entre le patient et le médecin. Là encore, en cas d'incompréhension, on ne peut que préconiser de convenir d'un entretien en présentiel.

Outre le consentement aux soins, le patient doit également consentir à l'acte de téléconsultation, c'est-à-dire à l'usage de la technologie le permettant.

2/ À la technologie

Application du droit commun. Le consentement à la technologie que constitue la télémédecine doit répondre au même régime juridique que le consentement aux actes de soins. La HAS rappelle, dans ses recommandations de bonne pratique, que le consentement du patient à la téléconsultation doit être expressément recueilli. Dans la continuité de l'information préalablement donnée sur ce qu'est la téléconsultation, ce consentement doit être libre et éclairé¹¹⁴.

Analyse des pratiques. Dans les pratiques actuelles de téléconsultation, le consentement n'est le plus souvent même pas questionné, tant il semble évident qu'il est donné par le patient qui se prête à la téléconsultation. Le consentement serait tacitement donné par le fait que la téléconsultation a lieu. Le parallèle est souvent fait avec la consultation en présentiel : si le patient se déplace au cabinet médical, c'est qu'il consent à ce rendez-vous. Ainsi, s'il se connecte, c'est qu'il le veut bien. C'est ce qui est mis en lumière par ces témoignages :

« Il y avait mon consentement dans la mesure, je sais pas si je répons bien à votre question, je comprends pas trop le sens de consentement oui puisque c'est moi qui ai fait la démarche¹¹⁵ ».

« Je n'ai pas formalisé lors de la téléconsultation. À partir du moment, où ils acceptaient que je leur fixe un rendez-vous de téléconsultation, ça valait consentement pour moi mais ce n'était peut être pas suffisant¹¹⁶ ».

¹¹² CE, 26 juillet 2017, n° 412618, *JCP A* janv. 2018, n° 2, p. 21, note M.-L. Moquet-Anger.

¹¹³ M.-L. Moquet-Anger, *Droit hospitalier*, LGDJ, 6^e édition, 2021, p. 415.

¹¹⁴ https://www.has-sante.fr/jcms/p_3069228/fr/telemedecine-la-teleconsultation-et-la-teleexpertise-en-pratique

¹¹⁵ Entretien patient n°9, p. 2.

¹¹⁶ Entretien soignant n°11, p. 3.

Droit au refus de recourir à la téléconsultation. Le corollaire est le droit au refus de recourir à la télémedecine : celle-ci « ne saurait être imposée au patient lorsqu'il refuse consciemment et délibérément d'y avoir recours¹¹⁷ ».

Le formalisme du recueil du consentement en question. La question se pose alors de savoir si le recueil de ce consentement doit revêtir un formalisme particulier. Le consentement doit-il être écrit, ou bien peut-il être simplement exprimé oralement ? Si l'on suit les textes législatifs, le consentement écrit n'est pas requis et son oralité suffit, tout comme pour n'importe quel acte de soin. C'est ce que corrobore la HAS dans ses recommandations de bonnes pratiques : le recueil du consentement peut aussi bien se faire à l'écrit qu'à l'oral ; ce qui importe, c'est qu'il soit tracé dans le dossier médical du patient¹¹⁸.

Certaines associations proposent néanmoins une procédure beaucoup plus formalisée :

« La première chose qui est faite, je vous expliquais tout à l'heure que quand un patient avait besoin d'un avis médical ou d'une téléconsultation qui était inclus, il passait par un stade de qualification par nos équipes. Nous on appelait cela la cellule de coordination, de coordination médicale, et donc une fois qu'ils appellent, ces patients-là s'ils sont éligibles à la téléconsultation, d'emblée, nos assistants de coordination expliquent très clairement en quoi consiste l'acte de télémedecine. À la fois dans sa généralité mais aussi dans sa façon plus précise de s'exercer là où nous on l'exerce ce qu'il fait qu'il va se passer, comme ça va se passer. Ils savent que tout ça, c'est sécurisé, et cetera, et cetera. Donc finalement c'est un pré consentement oral qu'on leur propose et on leur explique aussi par téléphone qu'ils devront, qu'ils seront soumis entre guillemet lors de la téléconsultation à un consentement qu'ils signeront de manière manuscrite auprès de l'infirmière qui les accueillera. Donc finalement nous le consentement on le conçoit comme plus une information et un outil de réassurance qui sera confirmé lors de l'acte de téléconsultation le jour J et donc c'est fait de toute façon et ce consentement est enregistré, il est sanctuarisé dans le dossier du patient ad vitam entre guillemets¹¹⁹ ».

Modalités d'expression du consentement. Le consentement doit-il être exprimé d'abord en présentiel ou bien peut-il l'être directement en distanciel ? Initialement, la direction générale de l'offre de soins (DGOS) considérait qu'une première consultation en présentiel était requise pour informer le patient de manière claire et individualisée. Elle affirmait ainsi, en 2012, que « l'entretien physique demeure indispensable pour pouvoir délivrer cette information avant tout recours à un processus de télémedecine et obtenir ainsi le consentement libre et éclairé du patient¹²⁰ ». Toutefois, les pratiques actuelles et la nécessité de recourir à la téléconsultation dans les situations de désert médical, par exemple, imposent parfois concrètement de faire fi d'une consultation préalable en présentiel.

« Nous on fait pas comme ça, la signature électronique c'est encore plus dématérialisée, encore plus distanciée par rapport à la personne. Y a certaines société qui le font par exemple

¹¹⁷ CNOM, *Télémedecine. Les préconisations du Conseil national de l'ordre des médecins*, janv. 2009, p. 9.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Entretien soignant n°13, p. 3.

¹²⁰ DGOS, *Télémedecine et responsabilités juridiques engagées*, 18 mai 2012, p. 3.

des grandes sociétés de téléconsultation à la chaîne telle qu'il y a en France, Qare, Lilly pour pas les citer quand ils font des téléconsultations en B to C (business to consumer) en visio seul effectivement le patient avant de rentrer en consultation, il coche une case sur sa surface logiciel. Il accepte les conditions sans les avoir lu. Donc ça c'est encore plus dangereux, plus compliqué pour les personnes plus fragiles¹²¹ ».

On s'interroge alors : la téléconsultation constitue-t-elle un contrat électronique ?

La téléconsultation, un contrat électronique ? Le recours aux outils numériques dans le cadre de la téléconsultation soulève la question de l'application des règles propres aux contrats électroniques, prévues aux articles 1125 et suivants du Code civil, la téléconsultation étant à la fois une consultation médicale – impliquant une relation de soin entre un médecin et un patient – et le recours à une technique particulière. Ces deux aspects doivent, de nouveau, être clairement distingués concernant la question de l'existence d'un contrat électronique.

La discussion est, en effet, en général menée en s'intéressant exclusivement à la relation de soin. Certains auteurs rejettent ainsi toute application des règles propres aux contrats électronique en matière de téléconsultation en arguant de la nature légale et non contractuelle de la responsabilité médicale¹²². La relation de soins ne se déroulant pas dans le cadre d'un contrat, il ne saurait être question d'un contrat électronique, forme particulière de contrat. Il est vrai que la nature de la relation médicale est discutée en doctrine depuis l'adoption de la loi *Kouchner* du 4 mars 2002. Auparavant, la Cour de cassation avait consacré, dans son célèbre arrêt *Mercier* en 1936, l'existence d'un contrat de soins entre le médecin et son patient – ou entre le patient et l'établissement de santé¹²³ –, leur responsabilité étant donc de nature contractuelle. Depuis 2002, la responsabilité médicale est désormais fondée sur l'article L. 1142-1 du CSP. Elle serait donc, pour certains, d'origine légale : elle sanctionnerait des obligations posées par le législateur et pesant sur le médecin en sa qualité de professionnel de santé. Une telle analyse s'appuie sur le fait que la jurisprudence a désormais tendance à viser le seul article L. 1142-1 du CSP¹²⁴. L'analyse n'est, toutefois, pas partagée par d'autres auteurs, lesquels soulignent le fait que de nombreux contrats spéciaux donnent lieu à un régime de responsabilité prévu par la loi, ce qui ne fait toutefois pas obstacle à leur qualification de contrat et à l'application de la responsabilité contractuelle. Par exemple, la garantie des vices cachés est imposée au vendeur par l'article 1641 du Code civil. De même, la responsabilité des constructeurs est très encadrée par les articles 1792 et suivants du Code civil. La nature contractuelle de la relation médicale n'aurait, ainsi, pas été remise en cause par la loi de 2002. Si, depuis 2010 et à l'appui de l'article 16 du Code civil, la Cour de cassation affirme que la responsabilité est extracontractuelle lorsque le médecin manque à son devoir d'information¹²⁵, la règle serait cantonnée à cette hypothèse particulière.

¹²¹ Entretien soignant n°13, p. 4.

¹²² C. Le Goffic, « Consentement et confidentialité à l'épreuve de la télémédecine », *RDSS* 2011, p. 987.

¹²³ Civ., 20 mai 1936, *Mercier*, *DP* 1936, 1, p. 88 : le médecin fait la promesse de soigner le patient avec tous les moyens à sa disposition, conformément « aux données actuelles de la science ».

¹²⁴ Cass. 1^{re} civ., 28 janv. 2010, n° 09-10.992, concernant « une intervention chirurgicale mutilante, non justifiée et non adaptée » ; Cass. 1^{re} civ. 1, 14 oct. 2010, n° 09-69.195, pour le retard de prise en charge d'une patiente.

¹²⁵ Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13.591.

En réalité, la nature – contractuelle ou non – de la relation médicale n'est pas dirimante concernant l'application des articles 1125 et suivants du Code civil aux téléconsultations. En effet, « la télémédecine constitue à la fois une pratique médicale et une pratique électronique¹²⁶ ». Dès lors, quelle que soit la nature de la pratique médicale, la téléconsultation, en tant que pratique électronique, devrait être soumise aux articles 1125 et suivants du Code civil¹²⁷, s'agissant de la fourniture par un professionnel d'un service par voie électronique. Si l'acceptation d'une offre de contrat peut, en droit commun, en vertu du principe du consensualisme, être exprimée sous forme écrite ou orale¹²⁸ ou résulter d'un comportement non équivoque – comme le fait de lever la main lors d'une vente aux enchères¹²⁹ –, un formalisme particulier est exceptionnellement imposé par le législateur concernant les contrats électroniques conclus avec un professionnel où l'acceptation est soumise à la « règle du double-clic ». Aux termes de l'article 1127-2 du Code civil, « Le contrat n'est valablement conclu que si le destinataire de l'offre a eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation définitive ». Autrement dit, la conclusion du contrat suppose *ad validatem* que deux étapes soient respectées dans un but de protection de l'acceptant – ici du patient. D'une part, le premier clic permet de maîtriser le contenu de la commande (après vérification) ; d'autre part, le second clic confirme la commande et permet de former définitivement le contrat. En outre, « L'auteur de l'offre doit accuser réception sans délai injustifié, par voie électronique, de la commande qui lui a été adressée¹³⁰ ».

Le patient décidant de recourir à la téléconsultation devrait ainsi, d'une part, souscrire un contrat électronique avec un prestataire de services en vue d'avoir accès à la technologie requise et, d'autre part, consentir à l'établissement d'une relation de soins (dont la nature contractuelle est discutée) avec le médecin téléconsulté.

3/ Au traitement de données à caractère personnel

Règlement général à la protection des données (RGPD). Comme le droit à l'information, le droit au consentement au traitement de données à caractère personnel a été renforcé par le RGPD, entré en vigueur en 2018. Il n'est toutefois pas certain, qu'en matière de téléconsultation, le consentement soit la base légale des traitements de données à caractère personnel réalisés par la plateforme dans le cadre de la mise en place, notamment, du compte utilisateur, puis par le médecin qui recueille au cours de la téléconsultation les données nécessaires à la prise en charge du patient.

¹²⁶ V. Vioujas, « La réglementation française de la pratique de la télémédecine : des exigences excessives ? », in E. Brosset, S. Gambardella et G. Nicolas (dir.), *La santé connectée et « son » droit : approches de droit européen et de droit français*.

¹²⁷ Comp. P. Desmarais, « L'impact de la santé numérique sur le consentement du patient », in Association française de droit de la santé (dir.), *Consentement et santé*, Dalloz, 2014, pp. 296-297.

¹²⁸ Cass. com., 22 janv. 1991, n° 88-13.710.

¹²⁹ C. civ., art. 1113, al. 2.

¹³⁰ C. civ., art. 1127-2, al. 2.

D'ailleurs, en pratique, les patients ayant recours à la téléconsultation témoignent ne pas donner leur consentement au traitement de leurs données : « *Je me suis pas vraiment posé la question. J'avoue, j'ai fait confiance puisque justement j'étais un peu rassuré du fait que ce soit une plateforme à laquelle adhèrent des pharmaciens. Donc moi j'avais plutôt confiance, je sais pas, je me suis pas posé la question*¹³¹ ».

Un patient explique cependant qu'il comprend l'intérêt technique du traitement de ses données pour assurer le bon déroulement de la téléconsultation : « *Et puis il y a évidemment confirmation des coordonnées, nom, prénom, numéro de téléphone. Au cas où la téléconsultation ne peut pas avoir lieu. Le médecin peut appeler directement sur le portable. Ça m'est déjà arrivé plusieurs fois, au final, ça coupe... Ce qui arrive, on n'est pas à l'abri d'un bug ou quoi que ce soit*¹³² ».

Au regard du principe de responsabilité du traitement posé par l'article 5 du RGPD, il y aurait d'ailleurs trop de risques que le traitement devienne non fondé si la personne refuse ou retire son consentement. Ainsi, le responsable de traitement a tout intérêt à utiliser une autre base légale que celle du consentement.

Bases légales. Pour le traitement de données mis en place par la plateforme de téléconsultation en tant que responsable de traitement, la base légale peut être la nécessité de l'exécution du contrat¹³³. C'est ainsi, par exemple, ce que fait *Doctolib*, qui pose la conclusion d'un contrat d'usage du service par l'acceptation des conditions générales d'utilisation. Nul besoin, dès lors, de recueillir le consentement du patient au traitement de ses données à caractère personnel.

Pour les usagers de la téléconsultation, aussi bien patients que professionnels, une clarification semble s'imposer : « *Je pense que c'est comme pour tout élément et consultation médicale c'est d'accepter effectivement qu'il y ait des éléments notés sur la plateforme. Lorsqu'ils recevaient leur sms de confirmation, je pense qu'il y avait un consentement à l'utilisation, il me semble. C'est ce qu'on nous avait présenté mais en pratique je ne sais pas comment ça se présentait. [...] C'est pour ça que nous avons choisi la plateforme de l'ARS, notre autorité de santé, c'est reconnu. On avait cette garantie d'une plateforme sécurisée qui faisait ce qu'il fallait en terme médico-légal*¹³⁴ ».

L'obligation préalable d'information sur la base légale par le responsable de traitement reprend ici toute son acuité.

Pour le médecin – qui devient responsable de traitement une fois la téléconsultation commencée –, cette même base légale pourrait éventuellement être utilisée si la relation médecin/patient était encore une relation contractuelle, ce qui est loin d'être acquis. La question s'est posée de savoir si le traitement de données qu'il effectue tout au long de la téléconsultation pouvait être fondé sur l'intérêt public (si personne publique ou mission d'intérêt public), sur l'intérêt légitime, voire sur la sauvegarde des intérêts vitaux ou sur une obligation légale¹³⁵ ? Pour les

¹³¹ Entretien patient n°9, p. 5.

¹³² Entretien patient n°5, p. 3.

¹³³ RGPD, article 6§1b.

¹³⁴ Entretien soignant n°11, p. 3.

¹³⁵ RGPD, article 6§1.

professionnels de santé libéraux, la CNIL indique qu'ils n'ont « pas besoin de recueillir le consentement des patients pour collecter et conserver les données de santé les concernant, dans la mesure où leur collecte et leur conservation sont nécessaires aux diagnostics médicaux et à la prise en charge sanitaire ou sociale des patients concernés¹³⁶ ». Il va dès lors de même pour les établissements de santé responsables de traitement. Ainsi, pour le traitement des données liées à la gestion du dossier médical, il n'est pas nécessaire que le patient y consente.

4/ Synthèse et proposition prospective

Il est dénoncé que « ce foisonnement de consentements nuit à la qualité même de l'expression de la volonté des personnes et révèle une fois de plus les difficultés causées par un enchevêtrement des dispositions légales et réglementaires sur le sujet du consentement ». Pourtant, éthiquement, ces consentements sont indispensables pour s'assurer de l'autonomie du patient dans sa prise en charge. Ces consentements contribuent, par ailleurs, à favoriser la relation de confiance entre le médecin et le patient.

Par ailleurs, afin d'éviter tout contentieux, et pour assurer la sécurisation de la relation de soin, la traçabilité des consentements dans le dossier médical du patient au fur et à mesure qu'ils sont recueillis est essentielle.

Il est ainsi important de rappeler aux professionnels l'importance de ces consentements ainsi que la nécessité de les tracer, y compris dans le cadre de la téléconsultation.

II - La personne âgée sous mesure de protection¹³⁷

Avant d'envisager, plus précisément, la question de la participation d'une personne âgée sous mesure de protection à une téléconsultation (B), il est nécessaire de réaliser une synthèse générale sur le droit des majeurs protégés (A).

A/ Présentation générale du droit des majeurs protégés

Nous envisagerons la présentation rapide des cinq mesures de protection existantes (1), avant de faire une présentation synthétique du régime juridique de protection de la personne des majeurs protégés (2), puis nous préciserons les règles générales en matière de consentement (3) et d'information (4) en matière médicale.

¹³⁶ <https://www.cnil.fr/fr/rgpd-et-professionnels-de-sante-liberaux-ce-que-vous-devez-savoir>

¹³⁷ Texte rédigé par A. Bateur, Professeur émérite de droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967) et F. Rogue, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967).

Le majeur de dix-huit ans est pleinement capable¹³⁸. Il peut seul agir sur la scène juridique. Néanmoins, il faut tenir compte de l'altération des facultés mentales d'une personne majeure, susceptible d'entraver ses capacités juridiques. Ainsi, certains majeurs souffrent d'une incapacité générale d'exercice. Comme pour les mineurs, dans un but de protection, il ne leur est pas ou plus possible d'exercer leurs droits par eux-mêmes, en pleine autonomie. Ils devront être assistés (l'acte sera accompli AVEC le protecteur) ou représentés (l'acte sera accompli PAR le protecteur seul) par un organe de protection (curateur ou tuteur essentiellement, qu'il soit familial ou professionnel).

Le droit civil organise la protection de la personne et la gestion des biens du majeur protégé lorsqu'une altération, médicalement constatée¹³⁹, de ses facultés mentales – ou de ses facultés personnelles l'empêchant d'exprimer sa volonté – l'empêche de pourvoir seul à ses intérêts¹⁴⁰.

Depuis la loi du 5 mars 2007, complétée par l'ordonnance du 15 octobre 2015, plusieurs mesures de protection sont prévues par le Code civil. Il en existe cinq : la sauvegarde de justice, la curatelle, la tutelle, l'habilitation familiale et le mandat de protection future.

Les quatre premières mesures sont judiciaires : elles sont prononcées par le juge des contentieux de la protection (juge des tutelles). Le mandat de protection future est une mesure de protection juridique conventionnelle, rédigée par acte sous signature privée ou notarié.

Le droit des majeurs protégés prévoit une gradation entre les mesures de protection : certaines entravent peu la capacité juridique du majeur, d'autres conduisent à soumettre le majeur vulnérable à une incapacité générale d'exercice : le majeur ne pourra plus agir par lui-même et sera assisté ou représenté par un organe de protection, qui pourra être un proche ou un professionnel, mandataire judiciaire à la protection des majeurs (MJPM).

Ainsi, la sauvegarde de justice¹⁴¹ n'entraîne aucune incapacité juridique. Le majeur vulnérable continuera à agir seul mais une protection *a posteriori*, après réalisation d'un acte litigieux ou préjudiciable, est organisée, essentiellement pour la protection des biens. Le majeur sous sauvegarde de justice conserve une autonomie quant à la protection de sa personne, notamment en matière de santé. La sauvegarde de justice est une mesure de protection temporaire. Elle est prononcée pour un an, renouvelable une fois¹⁴².

La curatelle est une mesure dite d'assistance¹⁴³. Le majeur protégé pourra continuer à accomplir certains actes seuls mais pour d'autres, il devra être assisté par son curateur. Cela pourra se matérialiser concrètement par une cosignature de l'acte nécessitant assistance. La curatelle est une mesure mise en œuvre pour les troubles peu graves (par exemple un léger handicap mental ou un début de dégénérescence sénile).

¹³⁸ C. civ., art. 414.

¹³⁹ C. civ., art. 431.

¹⁴⁰ C. civ., art. 425.

¹⁴¹ C. civ., art. 433 et s.

¹⁴² C. civ., art. 439.

¹⁴³ C. civ., art. 440 al. 1^{er}.

La tutelle est une mesure dite de représentation¹⁴⁴. Le majeur protégé voit son autonomie juridique limitée à certains actes de la vie courante. Pour le reste, il est représenté par un tuteur qui accomplit les actes en son nom et pour son compte, le cas échéant avec autorisation préalable du juge des tutelles pour les actes les plus graves (ce qui concerne essentiellement la gestion de ses biens). La tutelle est mise en œuvre pour les troubles les plus graves (comme la maladie d'Alzheimer, des affections psychiatriques plus graves, ou encore concernant des majeurs dans le coma ou dans un état végétatif).

Quant à l'habilitation familiale¹⁴⁵, introduite par l'ordonnance du 15 octobre 2015, elle peut être une mesure d'assistance ou de représentation, selon la décision du juge des tutelles. C'est une mesure de protection familiale, qui repose sur la confiance dans la famille du majeur protégé. Ainsi, l'organe de protection désigné par le juge ne peut être qu'un ascendant, descendant, frère, sœur, conjoint, partenaire ou concubin du majeur protégé. De manière synthétique, l'habilitation familiale est similaire à une tutelle familiale, où le juge des tutelles n'intervient quasiment pas pendant toute la durée de la mesure.

Enfin, le mandat de protection future est un contrat par lequel une personne, encore capable et n'ayant pas encore de troubles, désigne le ou les personnes chargées de représenter ses intérêts lorsqu'elle souffrira d'une altération de ses facultés et ne pourra plus pourvoir seule à ses intérêts¹⁴⁶. Le mandat de protection est donc une mesure de représentation conventionnelle qui couvrira tout ou partie des actes, selon ce que le mandant souhaite et selon qu'il a été établi sous signature privée (par la personne elle-même, selon un modèle disponible sur internet¹⁴⁷) ou par un notaire.

2/ Données générales sur le régime de protection de la personne des majeurs

La loi du 5 mars 2007 a introduit une distinction essentielle s'agissant de la protection juridique des majeurs : il faut distinguer entre la protection de la personne et la protection des biens. Le juge peut donc moduler la mesure selon qu'il lui apparaît nécessaire de protéger le patrimoine du majeur protégé seulement ou également sa personne.

La matière médicale relève à ce titre de la protection de la personne du majeur protégé. Comme pour le mineur, il faut tenir compte des règles générales énoncées par le Code civil et des règles spéciales édictées par le Code de la santé publique.

Ainsi, l'article 459 du Code civil met en place une autonomie graduée du majeur protégé, quelle que soit la mesure de protection prononcée, les dispositions relevant de la protection de la personne étant commune à toutes les mesures de protection.

Le principe demeure, en matière personnelle, l'autonomie du majeur protégé. Ainsi, la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne, dans la mesure où son état le permet. De façon pragmatique, la règle est nuancée. Selon l'altération des facultés mentales du majeur protégé, ce dernier ne pourra peut-être pas prendre seul ces décisions. Aussi, le juge des tutelles

¹⁴⁴ C. civ., art. 440, al. 2.

¹⁴⁵ C. civ., art. 494-1 et s.

¹⁴⁶ C. civ., art. 477 et s.

¹⁴⁷ https://www.formulaires.service-public.fr/gf/cerfa_13592.do

peut, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 459 du Code civil, prévoir que le majeur sera assisté de son organe de protection pour les décisions personnelles, dès lors que le majeur protégé n'est pas en état de prendre seul une décision éclairée.

Pour les situations d'altération des facultés les plus importantes, le juge pourra prévoir une représentation de l'organe de protection (en cas de tutelle ou d'habilitation familiale). Dans ce cas, il accordera au tuteur ou à la personne habilitée un pouvoir de représentation à la personne. Ce pouvoir de représentation couvrira tous les actes personnels, y compris ceux pouvant porter atteinte gravement à l'intégrité physique du majeur protégé.

Hors cas d'urgence, lorsqu'il y a un désaccord entre le majeur protégé et l'organe de protection pour les décisions relatives à sa personne, il sera nécessaire de saisir le juge des tutelles afin qu'il tranche le conflit, en autorisant ou pas la réalisation de l'acte personnel litigieux.

Jusqu'à une ordonnance du 11 mars 2020, ce principe d'autonomie graduée du majeur protégé pouvait être contredit par les textes spéciaux du Code de la santé publique en matière médicale. Or, l'article 459-1 du Code civil précise explicitement que les textes du Code civil relatifs à la protection de la personne des majeurs protégés ne peuvent déroger aux dispositions particulières du Code de la santé publique qui prévoient l'intervention d'un représentant légal.

Cela pouvait conduire à ce que l'autorisation de l'organe de protection soit nécessaire, alors même que le majeur protégé était apte à prendre une décision personnelle par lui-même. Fort heureusement, un nouveau texte est venu harmoniser les règles générales du Code civil et les règles du Code de la santé publique relatives au consentement à l'acte médical, mais également au droit à l'information en la matière. Ce texte a eu pour objet de valoriser encore davantage l'autonomie de la personne sous protection juridique, en lui permettant de recevoir une information éclairée relative à son état de santé en vue de consentir seul, lorsque cela est possible, aux actes médicaux et aux modalités de sa prise en charge.

3/ Le consentement du majeur protégé à l'acte médical

L'ordonnance du 11 mars 2020, complétée par la loi de bioéthique du 2 août 2021, a harmonisé les règles générales du Code civil et les règles spéciales du Code de la santé publique.

Le principe de l'autonomie graduée du majeur protégé est repris par l'article L. 1111-4 du Code de la santé publique, relatif au consentement à l'acte médical. Le principe demeure que, toute mesure de protection confondue, le majeur protégé prend seul les décisions concernant sa santé. Tel est le cas même s'il fait l'objet d'une mesure de protection juridique avec représentation relative à la personne¹⁴⁸, dès lors qu'il est apte à exprimer sa volonté. Il pourra le cas échéant être assisté de son organe de protection (tuteur, personne habilitée, mandataire de protection future) dans la prise de décision.

Ce n'est que lorsque le majeur protégé, faisant l'objet d'une mesure de représentation à la personne, n'est pas apte à exprimer un consentement libre et éclairé, qu'il sera nécessaire de rechercher l'autorisation de son organe de protection.

¹⁴⁸ CSP, art. L. 1111-4, al. 8.

Soyons cependant pragmatique : lorsqu'une mesure de représentation à la personne est prononcée, dans la très grande majorité des cas, le majeur a une altération qui l'empêche de pouvoir consentir seul à un acte médical et d'exprimer sa volonté. C'est donc bien souvent l'organe de protection (tuteur, personne habilitée) qui prendra seul la décision médicale.

Par ailleurs, sauf urgence médicale, si un désaccord existe entre le majeur protégé et l'organe de protection (par exemple : le majeur protégé refuse l'acte médical et l'organe de protection souhaite l'autoriser), il sera nécessaire de saisir le juge des tutelles afin qu'il tranche le conflit.

Rappelons qu'en cas d'urgence médicale, le médecin est autorisé à dispenser les actes nécessaires pour sauvegarder la santé du patient¹⁴⁹.

En définitive, concernant le consentement à l'acte médical, l'organe de protection n'a en principe pas vocation à intervenir. Il n'autorisera l'acte que si le majeur protégé n'est pas apte à exprimer sa volonté et si le juge des tutelles a prononcé une mesure de représentation à la personne ce qui concernera essentiellement les tutelles et les habilitations familiales. .

4/ L'information en matière médicale du majeur protégé

Précisons, également, qu'en matière médicale, l'information, nécessaire à l'expression d'un consentement libre et éclairé, est délivrée par le médecin au majeur protégé, comme pour tout patient¹⁵⁰. Cette information doit toutefois être donnée selon le niveau de compréhension du majeur protégé. L'information doit être adaptée et individualisée par le médecin, en fonction de l'altération des facultés mentales dont est affectée le majeur protégé¹⁵¹.

Lorsque le juge a prononcé une mesure de protection, avec représentation à la personne, l'information sera également délivrée à l'organe de protection¹⁵², celui-ci, comme on vient de le voir, pouvant être amené à autoriser l'acte.

Si le juge n'a prononcé qu'une mesure de protection avec assistance à la personne (ex : curatelle, avec assistance du curateur pour les actes relevant de la personne du curatelaire), l'information ne pourra être délivrée par le médecin à l'organe de protection qu'avec l'autorisation expresse du majeur protégé¹⁵³.

Qu'en est-il maintenant de la téléconsultation réalisée pour un majeur protégé ?

¹⁴⁹ CSP, art. L. 1111-4, al. 9.

¹⁵⁰ CSP, art. L. 1111-2.

¹⁵¹ CSP, art. L. 1111-2, III.

¹⁵² CSP, art. L. 1111-2, III, al. 2.

¹⁵³ CSP, art. L. 1111-2, III, al. 2.

Rien n'interdit à un majeur protégé de recourir à la téléconsultation et aucune disposition spéciale, dans les chapitres du Code de la santé publique relatifs à la télésanté¹⁵⁴, n'encadre l'expression de leur consentement à une téléconsultation. Aussi, il convient de se reporter aux principes énoncés précédemment.

Le majeur protégé, comme pour tout autre acte en matière personnelle et plus particulièrement en matière médicale, pourra donner seul son consentement à la téléconsultation. Ce n'est que dans la situation où une mesure de protection avec représentation à la personne a été prononcée, et où le majeur protégé est inapte à énoncer un consentement, qu'il sera nécessaire de recourir à l'autorisation de son organe de protection. Dans ce cas, il faudra tenir compte de la temporalité de l'exercice de la mesure de protection par l'organe de protection. Si celui-ci est un membre de la famille ou un proche, l'éloignement géographique éventuel pourra justifier qu'il ne soit pas en mesure de consentir immédiatement à la téléconsultation. Il en va de même pour les MJPM qui exercent plusieurs mandats, bien souvent dans un secteur géographique très étendu. Ces derniers ne voient bien souvent les majeurs protégés qu'une fois par mois, bien qu'ils puissent avoir des contacts téléphoniques et mails plus réguliers, selon les besoins de l'exercice de la mesure et les demandes des majeurs protégés. Ainsi, une téléconsultation qui ne serait pas suffisamment anticipée ne sera pas possible pour un majeur protégé faisant l'objet d'une mesure de représentation à la personne, et nécessitant l'autorisation de son organe de protection. Une téléconsultation impromptue ne sera possible que si le majeur protégé est apte à y consentir personnellement.

Une autre difficulté tient à la possibilité pour le professionnel de santé de connaître l'existence et l'étendue de la mesure de protection. Si le médecin traitant ou le médecin spécialiste qui suivent régulièrement le majeur protégé sont informés de la mesure de protection, et le cas échéant du rôle de l'organe de protection, il n'en ira pas de même d'un majeur protégé qui déciderait de recourir à une téléconsultation en ligne, *via* une plateforme comme *Doctolib* ou *Qare*, ou à une téléconsultation *via* une cabine de téléconsultation en pharmacie¹⁵⁵. Par souci de respect de la vie privée du majeur protégé, l'existence de la mesure de protection n'est pas inscrite sur la carte vitale du patient. L'intermédiaire, que ce soit une plateforme ou un pharmacien, ne pourra pas avoir connaissance de la mesure de protection. Le majeur protégé sera donc traité comme un patient « lambda » et consentira seul à la téléconsultation.

On peut à ce titre préconiser une vigilance particulière du professionnel de santé, confronté à un majeur qui paraît souffrir d'une altération de ses facultés personnelles¹⁵⁶. Il peut paraître intéressant de l'interroger sur l'éventuelle existence d'une mesure de protection, sans toutefois être trop insistant, pour ne pas porter atteinte à sa vie privée.

Qu'en est-il cependant de l'impact de la mesure de protection sur le traitement de données personnelles, notamment de santé, par le professionnel de santé, voire par l'intermédiaire technique qui met à disposition l'outil de téléconsultation ?

¹⁵⁴ Partie législative (CSP, art. L. 6316-1 et s.) et Partie Réglementaire (CSP, art. R. 6316-1 et s.).

¹⁵⁵ Entretien pharmacien n°3 : « *Après ils sont majeurs, je ne peux pas le savoir forcément qu'il soit protégé, c'est pas marqué sur leur front mais on adapte donc si on a besoin d'appeler la tutelle on le fera* ».

¹⁵⁶ Cf. sur le recueil du consentement à un acte médical d'une personne vulnérable, CCNE, *L'évolution des enjeux éthiques relatifs au consentement dans le soin*, avis n°136, 15 avril 2021, p. 17 et s.

Le RGPD ne vise pas explicitement la situation des majeurs protégés. La loi *Informatique et Libertés* ignore tout autant la protection particulière des majeurs protégés, à l'exception de son article 70, relatif aux traitements spécifiques de données de santé, ne relevant pas du fonctionnement normal du système de santé, ce qui renvoie notamment à l'utilisation des données à des fins de recherches (recherches impliquant la personne humaine) ou justifiées par l'intérêt public (par exemple traitement de données de santé aux fins de pharmaco-vigilance ou données de santé conservées dans le cadre d'un entrepôt de données de santé).

L'article 70 de la Loi *Informatique et Libertés* prévoit que, pour ces traitements spécifiques de données de santé, l'organe de protection est destinataire de l'information et exerce les droits des personnes concernées (accès, rectification, effacement, limitation, portabilité, opposition au traitement de données), mais à deux conditions : d'une part, que le majeur protégé fasse l'objet d'une mesure de protection accordant une mission de représentation à l'organe de protection (tutelle, habilitation familiale par représentation et mandataire de protection future) ; d'autre part, que le majeur protégé soit dans un état qui ne lui permette pas une décision personnelle éclairée. Ce texte spécial n'est pas applicable au contexte du traitement des données personnelles dans le cadre de la télémédecine mais éclaire sur le principe d'autonomie du majeur protégé en la matière.

On retrouve ici encore le principe d'autonomie graduée applicable en matière personnelle, en vertu de l'article 459 du Code civil. Si le majeur protégé est apte à donner un consentement éclairé au traitement des données¹⁵⁷ ou à prendre une décision seul (lui permettant l'exercice de ses droits quant à l'utilisation de ses données personnelles), il accomplira ces actes seul. Dans le cas contraire, il faudra se reporter à la décision du juge des tutelles qui pourra prévoir une assistance ou une représentation à la personne. Dans ce dernier cas, l'organe de protection pourra consentir au nom et pour le compte du majeur protégé à l'utilisation de ses données personnelles, ou exercer les droits du majeur protégé quant à ses données personnelles.

En outre, quelle que soit la mesure de protection, l'organe de protection est tenu d'une obligation d'information générale à l'égard du majeur protégé, portant sur sa situation personnelle, les actes concernés, leur utilité, leur degré d'urgence, leurs effets et les conséquences d'un refus de leur part¹⁵⁸. Au regard de cette disposition, l'organe de protection pourrait être amené à éclairer le majeur protégé sur la téléconsultation et ses conséquences en matière d'utilisation des données à caractère personnel.

Une autre interrogation peut se poser s'agissant des majeurs protégés : l'organe de protection peut-il avoir accès au dossier médical du majeur protégé ?

La réponse, nuancée, est apportée par l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique. L'organe de protection ne peut accéder au dossier médical en lieu et place du majeur protégé que s'il exerce une mesure de représentation à la personne. Lorsque l'organe de protection exerce une mesure d'assistance, il ne peut accéder au dossier médical qu'avec le consentement exprès du majeur protégé. Ces principes sont rappelés par l'article R. 1111-1 du Code de la santé publique.

¹⁵⁷ Si un consentement au traitement des données personnelles est la base légale de traitement choisie par le responsable du traitement des données. Cf. livre blanc général *Enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine en Normandie*.

¹⁵⁸ C. civ., art. 457-1.

§2 –Le rôle du tiers dans la relation patient / médecin

Le rôle du tiers mérite d’être analysé, tant sous l’angle sociologique (I) que juridique (II).

I - Les rôles du tiers dans la relation patient-médecin en situation de téléconsultation en EHPAD : quelques réflexions sociologiques¹⁵⁹

Dans la perspective d’analyse de la sociologie interactionniste, la consultation est considérée comme un processus relationnel : elle est le résultat d’une négociation entre le médecin et le patient dans un cadre formel¹⁶⁰. C’est une approche relationnelle qui met en scène la participation active des deux membres du colloque singulier¹⁶¹, entre confiance du patient et conscience du médecin. Il s’agit d’obtenir des *consensus* ponctuels toujours renouvelés face à l’incompréhension de l’un ou de l’autre. C’est ce qui est mis en scène, classiquement, dans la rencontre en cabinet de consultation entre le patient et le médecin, mais c’est aussi ce qui se joue dans la mise en place de la téléconsultation. En effet, l’acte même de la téléconsultation se substitue à la consultation, et cela indépendamment du contenu. Le fait même de téléconsulter est l’acceptation du déplacement du statut de patient. La démarche formelle de consultation, qu’elle soit en cabinet ou à domicile, institue la personne ; celle de la téléconsultation institue différemment, autrement, ailleurs ou d’une autre manière. La téléconsultation propose un autre monde social, d’autres relations sociales. Les repères classiquement utilisés ou mobilisés ne sont plus efficaces ou actifs de la même manière.

En partant de l’idée, certes discutable, que le vieillissement relève de la chronicisation pathologique de l’individu, conception médicale du vieillissement, et que nous la complétons par l’effet de la téléconsultation, nous posons dans le texte qui suit, l’hypothèse que le rôle social de la personne vieillissante est modifié partiellement ou en profondeur par le principe de la téléconsultation. Que nous propose cette hypothèse ? Qu’il est indispensable d’ouvrir le colloque singulier classique que nous évoquions *a minima* au regard du rôle du tiers, autrement dit de celui qui introduit ou assiste à la téléconsultation. Ce tiers peut être un troisième en *sus* du médecin ou du patient, un vrai tiers, c’est-à-dire une troisième personne. Mais ce tiers peut aussi être le médecin ou le patient, peu importe, il est alors patient-téléconsulté ou médecin - téléconsultant. Le patient qui propose la téléconsultation n’est plus seulement le patient, il modifie la relation au soignant ; le médecin qui propose la téléconsultation ouvre son cabinet et déplace ses pratiques, ses usages peut-être ses compétences qui le caractérisaient pour faire autrement, faire différemment. Ces télé-acteurs, patient ou médecin, jouent un autre rôle que celui tenu habituellement. À rôle identique, la modification de la scène impose d’autres

¹⁵⁹ Texte rédigé par L. Bocéno et G. Desquesnes, Maîtres de conférences en sociologie, Université de Caen Normandie, CERReV (UR 3918).

¹⁶⁰ A.-L. Strauss, « Comment les compromis se négocient selon les contextes d’ordres sociaux », *Négociations*, vol. n° 5, n° 1, 2006, pp. 133-154.

¹⁶¹ A.-C. Hardy, « Du colloque singulier à l’éthique médicale », *Travailler à guérir. Sociologie de l’objet du travail médical*, A.-C. Hardy (dir.), Presses de l’EHESP, « Recherche, santé, social », 2013, pp. 23-45.

attitudes, comportements, elle empêche le toucher¹⁶² mais peut rapprocher les corps¹⁶³. Devenant téléconsultation, la consultation est une autre représentation, un autre « système d'activité situé » qui, en suivant Goffman, est « un circuit d'actions interdépendantes, relativement fermé, contrôlant de lui-même son équilibre et sa clôture¹⁶⁴ ». Ce sont ces transformations subtiles qui se jouent dans le contexte particulier de la téléconsultation en EHPAD et qui affectent la relation patient-soignant que nous nous proposons de mettre à jour ici dans le cadre d'une analyse interactionniste.

La téléconsultation : dépassement de l'institution médicale et image médiatisée de soi.

Avec la téléconsultation, il est indispensable de dépasser la seule institution médicale. Celle-ci n'est plus la seule à mettre en place des règles, des normes, des lois et règlements qui organisent la relation. Ainsi, cette indication factuelle et fonctionnelle « *Au début, c'est vrai, on a eu pas mal d'intervention de maintenance, de service après-vente, parce qu'il y avait des problèmes avec le matériel*¹⁶⁵ » montre le dépassement, le franchissement des frontières de l'institution médicale. S'il s'agit de prendre en compte cette évolution structurelle – et cela d'autant plus que la chronicisation, le vieillissement ici, désorganise profondément le patient qui subit une perturbation de ses dispositions relationnelles –, la télémédecine semble lui apporter un confort certain à l'image de ces résidents âgés qui « *sont beaucoup mieux pris en charge parce que c'est un médecin spécialiste qui apporte des solutions*¹⁶⁶ ».

La téléconsultation peut renforcer l'effet perturbant du vieillissement, qui est à la fois continuités et ruptures, ce qu'on retrouve bien à travers la notion de déprise¹⁶⁷. En effet, les interactions de consultation classique – les interactions traditionnelles pour le dire plus simplement – sont non seulement socialement organisées, mais surtout socialement légitimées et construisent un cadre social particulier. Répétées par l'acteur (médecin ou patient) ou le spectateur (médecin ou patient), les paroles, les actes, les attitudes et comportements sont autant d'éléments participant de l'ordre des choses, de la paix sociale, d'une quiétude relative dans un environnement pourtant potentiellement stressant : celui de l'annonce du diagnostic. Chacun est *a priori* à sa place, l'ordre social est préservé : le malade contrôle les symptômes, le médecin contrôle la maladie ; l'un soutient l'autre dans son effort. Pourtant, si le patient contrôle les symptômes, il doit aussi gouverner sa maladie en termes d'effets sociaux, au niveau de la temporalité comme au niveau de la lisibilité, du paraître et cela pour la maladie, ici « la vieillesse qui va mal » pour reprendre l'expression de B. Ennuyer¹⁶⁸, ou pour les conséquences de son traitement. Avec la téléconsultation, la socialisation immédiate de la maladie peut être perturbée. Que ce soit pour le patient ou pour le médecin, la mise à distance des corps, la

¹⁶² Entretien soignant n°2.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ E. Goffman, *Encounters : Two Studies in the Sociology of Interaction*, éd. The Bobbs-Merrill Company, 1961, p. 96.

¹⁶⁵ Entretien soignant n°18, p. 2.

¹⁶⁶ Entretien soignant n°18, p. 5.

¹⁶⁷ J.-F. Barthe, S. Clément et M. Drulhe, « Vieillesse ou vieillissement ? Les processus d'organisation des modes de vie chez les personnes âgées », *Les Cahiers de la Recherche sur le Travail Social*, 1988, n°15, pp. 11-31 ; V. Caradec, *Le couple à l'heure de la retraite*, éd. PUR, 1996.

¹⁶⁸ B. Ennuyer, *Les malentendus de la dépendance*, éd. Dunod, 2003.

modification des couleurs, l'absence d'odeurs, l'absence du toucher, de la sensation de température, de moiteur des peaux modifient les éléments constitutifs de la maladie, ici de la vieillesse. En suivant E. Goffman, ce n'est plus le soi socialisé qui est présenté et donné à voir, mais l'image médiatisée du soi.

Contexte de téléconsultation et téléexpertise : un tiers multi rôles. Le rôle du tiers dans la relation patient/médecin peut apparaître de manières différenciées. Pour Klinger et Schehr, « L'intervention du tiers dans le cours des choses peut conduire au compromis, à la négociation et à la neutralisation des tensions, tout comme elle peut déboucher sur l'emballement conflictuel et une montée aux extrêmes ou avoir pour conséquence le renversement des alliances et des rapports de forces¹⁶⁹. »

Le tiers est la place occupée en tant que source d'information, d'incitation, de soutien, d'encouragement, d'orientation par une personne vers ou dans la démarche de soins. Dans le cas qui nous occupe, le tiers est prescripteur, il peut faciliter, conforter le recours à la télémédecine mais il peut aussi dénoncer partiellement ou totalement celui-ci. Précisons dès à présent que le tiers dont il est question ici, n'est pas nécessairement institutionnalisé dans le cadre d'une relation légale, comme la parenté ou la tutelle, mais plus généralement celui qui entre en relation avec le patient.

Mais avant d'influencer le patient, le tiers peut tout aussi bien corrompre ou dévier l'usage initial du dispositif de téléconsultation. Ainsi, dans un EHPAD où le dispositif est mis en place depuis longtemps, ce sont « des réunions multidisciplinaires » qui se déroulent par le biais de l'outil¹⁷⁰. Il s'agit de pallier l'absence de temps dévolu ordinairement à la consultation car « *c'est toujours les consultations montre en main parce que derrière, il y a toujours un autre établissement qui attend*¹⁷¹ » le médecin.

Selon cette soignante, la question du cadre social importe ; il ne s'agit plus seulement de téléconsultation mais de consultation en téléexpertise qui se déroule en l'absence du médecin. « *On a demandé, avec l'accord d'un médecin traitant, de pouvoir présenter ces grosses ordonnances en consultation téléexpertise. [...] Le patient n'est pas là, on réévalue en fonction des antécédents de l'état clinique avec l'infirmière, éventuellement l'aide-soignante*¹⁷². »

En situation, la consultation, sous son format de téléexpertise, correspond à un type de réunion où plusieurs acteurs soignants échangent pour déterminer si le patient présent dans l'EHPAD doit « passer » en téléconsultation. Si le patient n'est pas disponible, c'est le médecin traitant qui « vient présenter son cas clinique ». Ici, ces tiers en tant qu'acteurs sociaux sont clairement dans la posture qu'E. Goffman décrit dans l'analyse des institutions totales¹⁷³. En suivant E.

¹⁶⁹ M. Klinger et S. Schehr, « Introduction : Tiers et conflictualité », *Négociations*, 2015/2 (n° 24), pp. 69-72, disponible en ligne : <https://www.cairn.info/revue-negociations-2015-2-page-69.htm>

¹⁷⁰ Entretien soignant n°20, p. 4.

¹⁷¹ Entretien soignant n°20.

¹⁷² Entretien soignant n°20, p. 2.

¹⁷³ E. Goffman, *Asiles*, éd. De Minuit, 1968.

Goffman, cette téléexpertise est un outil, un instrument institutionnel aux mains des soignants, qui signe comme nouveau symptôme le passage du patient de « la vie normale » à « la vie recluse » – cette vie normale caractéristique de nos sociétés modernes, où les patients, mènent une vie ordinaire qui voit leurs activités sociales de dérouler dans des espaces et des lieux différents. La téléconsultation dans sa version téléexpertise apparaît être un outil institutionnel qui trace le « fossé infranchissable¹⁷⁴ » entre les soignants dirigeants et les patients reclus et elle serait l'illustration du « maniement bureaucratique de masses de gens¹⁷⁵ ».

Organisation du parcours de consultation : quand téléconsultation rime avec efficacité.

Le tiers peut être facilitateur d'accès à la consultation, à la téléconsultation. Il est dans le cas des EHPAD, un élément indispensable car c'est lui qui prépare la téléconsultation. Nous avons brièvement évoqué la situation de vie recluse qui caractérise les patients, les résidents en EHPAD. Leur autonomie est relative et ils n'en disposent plus suffisamment pour pouvoir effectuer les activités et gestes normaux. Ils sont organisés, plus qu'ils ne s'organisent.

Les patients ne sont plus les seuls acteurs dans la démarche de consultation. Ils ne sont plus à l'initiative stricte de la demande car « *les demandes de télé médecine, elles doivent toujours passer et doivent être demandées par le médecin traitant¹⁷⁶* », mais surtout, ils ne sont jamais dans la maîtrise de leur dossier qui est « *fait par l'intermédiaire de l'outil informatique [...] parce qu'il faut reprendre des fiches préalablement remplies* ». Ce sont donc les personnels médicaux et paramédicaux qui sont à la manœuvre pour mettre en place une téléconsultation qui peut être « *chronophage¹⁷⁷* » dans sa préparation tout en gagnant en efficacité d'une part parce que la qualité de la consultation « *au niveau de la résolution d'image, pour la dermato., je pense que c'est nettement plus efficace¹⁷⁸* » et d'autre part « *parce que si le patient est d'accord, on prend un rendez-vous avec la dermatologue, on présente le patient d'ici, sans bouger. Alors, c'est merveilleux parce qu'en fait les délais de consultation sont extrêmement rapides [...]. En ville, tu as rendez-vous dans 6 mois¹⁷⁹* ». Efficacité mais aussi confort et bienveillance pour les patients : « *On montre la fesse du patient, il ne bouge pas et il retourne à ses activités. En général, on s'arrange pour que ce soit après le repas [...] qu'ils ont bien mangé. Ils viennent présenter leurs fesses, ils vont faire leur sieste juste après. Ça prend un quart d'heure [...] alors qu'en ville, il faut aller à la consultation, attendre dans la salle d'attente et faire le chemin du retour, ils sont épuisés et la journée est foutue¹⁸⁰*. »

Un autre élément extrêmement positif de la téléconsultation semble être le maintien de l'accompagnement et/ou le maintien de la relation de soin pour le patient. Ce dernier n'est plus isolé pendant la période de transfert, celle de l'ambulance et de l'attente de la consultation. Avec la téléconsultation, il n'est plus nécessaire de mobiliser des personnels ou des membres

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.*

¹⁷⁶ Entretien patient n°20, p. 6.

¹⁷⁷ Entretien soignant n°20, p. 7.

¹⁷⁸ *Ibid.*

¹⁷⁹ Entretien soignant n°20, p. 8.

¹⁸⁰ Entretien soignant n°20, pp. 8-9.

de la famille : il y a « *beaucoup d'avantages, rien que pour le résident, c'est un confort, il n'y a plus de transport. Il n'a plus besoin d'attendre longtemps ou dans les couloirs, et il n'a plus besoin d'accompagnement au niveau de sa famille*¹⁸¹ ». On peut effectivement noter que la téléconsultation sur site pallie nombre de situations inconfortables liées à l'organisation, mais également que ce type de services forclos un peu plus le patient au niveau de son établissement d'accueil. L'espace de liberté, de sortie, de rencontre est un peu plus limité aux habituelles rencontres.

Un tiers technique. Un tiers technique peut donc apparaître dans cet univers médicalisé. Il peut s'agir de l'ambulancier, qui devra faire preuve de savoir-faire pour la prise en charge du patient, mais ce peut être aussi l'informaticien. « *Pendant la Covid, on a embauché un informaticien ici parce que on n'en sortait pas au niveau des bornes wifi. On doit signer nos actes sur tablette, tout ce genre de truc et on n'a pas de connaissances en informatique nous autres ici, donc on a embauché un informaticien. Depuis qu'il est là, il y a quand même des améliorations*¹⁸². » Le colloque singulier entre le patient et son médecin est porté par de nombreux intervenants extérieurs, des tiers de métiers différents, dont certains fort éloignés de la médecine.

La confiance du tiers et la confiance envers le médecin – une approche négociée. Il peut s'agir du rôle de confiance du tiers dans la relation du patient avec le soignant *via* la télémédecine. Qu'il s'agisse d'une première information, de soutien, d'entretien d'un contact, cette mise en confiance portée par le tiers vers la satisfaction du patient touche aussi bien la consultation, que le diagnostic, l'élaboration du traitement et les conditions de sa mise en œuvre que, plus classiquement, la continuité des soins – à savoir l'inscription sans rupture de la téléconsultation dans le parcours de soins habituel, le soin « ordinaire » : « *On leur explique qu'ils vont voir un médecin. Pourquoi, s'il y a une spécialité. On leur explique qu'ils peuvent poser des questions, en quoi cela consiste. On va expliquer tout ce qui va se passer*¹⁸³. »

Cette confiance accordée par le patient au tiers structure la relation de soins de la téléconsultation et la surdétermine : « *la téléconsultation ne peut se faire si nous ne sommes pas là pour rassurer le patient. Même si nous sommes dans un EHPAD, on l'amène devant quelqu'un qu'il ne connaît pas. S'il n'y a pas quelqu'un en qui il a confiance, vous n'aurez pas votre consultation qui va se passer normalement*¹⁸⁴. »

Le rôle du tiers dans la relation patient/médecin modifie le colloque singulier, la relation bilatérale souvent intime et emprunte de confiance entre le patient et le médecin. L'effet du tiers peut agir sur le processus relationnel liant le patient et le médecin, il peut modifier à la marge ou en profondeur la relation, le *consensus* qui se déroule dans le face-à-face¹⁸⁵ lors de la

¹⁸¹ Entretien soignant n°17, p. 5.

¹⁸² Entretien soignant n°20, p. 7.

¹⁸³ Entretien soignant n°17, p. 3.

¹⁸⁴ Entretien soignant n°17, p. 4.

¹⁸⁵ E. Goffman, *Les rites d'interaction*, éd. De minuit, 1974.

consultation : « *On ne prend pas leur place. Je dirais plus que l'on est en appui, qu'on les aide, on vient en appui*¹⁸⁶. »

Si ce *consensus*, cette approche négociée, relève bien de la liberté du patient et de sa rationalité pour mettre en œuvre son action, sa visite chez son médecin, la relation peut se trouver modifiée par la présence d'un tiers. Ce dernier peut modifier profondément la liberté et la rationalité du patient. Le risque est grand, pour les situations qui mettent en scène des patients supposés en perte de repères, de conscience des réalités sociales, personnes considérées comme relevant des troubles du comportement car l'interprétation peut être abusive. Ainsi, une personne malentendante peut être considérée comme « non comprenante » et être privée de son expression : « *Nous, on peut répondre directement [...] quand il y a un résident qui arrive, qui ne sait pas, qui n'est pas capable de parler, dire ce qu'il a, sans famille*¹⁸⁷. »

La présence d'un tiers modifie le système social qui se développe en donnant naissance à de nouvelles contraintes. Une nouvelle relation naît ; un autre système social surgit, dans lequel le patient peut ne plus se retrouver car ses repères classiquement utilisés disparaissent ou sont remis en cause. Il ne s'agit ici que de dimensions du pouvoir rapportées à des zones d'incertitudes qui génèrent des nouveaux systèmes d'actions concrets en tenant compte des interactions entre les acteurs dans une organisation donnée¹⁸⁸. La présence du tiers est sensible. Elle est mesurable ou lisible au regard de son effet sur la relation de soin. Elle modifie le système et les relations de pouvoir. Le tiers décale la place du patient dans la relation qu'il entretient avec le médecin.

Pour le considérer autrement, la présence et l'activité du tiers va modifier le statut, le rôle, la posture du patient. Si la maladie désorganise l'individu non souffrant en modifiant, outre les dimensions physiologiques et psychiques, son identité sociale pour le faire advenir patient – condition où cet individu-patient voit ses rapports classiques, ordinaires ou routiniers soumis à d'autres ajustements que ceux classiquement mobilisés –, la présence et l'activité du tiers va surdéterminer le patient. En effet, la prise en charge du patient par un tiers peut le faire disparaître en tant qu'acteur de sa maladie. Le tiers socialement actif jouant un rôle justifié, légitimé par la chronicité ou le caractère invalidant de la pathologie, l'organisation du travail ou l'urgence médicale, peut faire oublier tendanciellement le patient derrière son intervention. Le patient peut s'absenter du protocole thérapeutique ou diagnostique qui se développe hors de lui, autour de lui.

Le soignant n°15 précise que, dans le cadre de consultations psychologiques, les patients sont, selon lui, d'accord pour qu'un professionnel de l'EHPAD y assiste : « *Je pense même qu'ils étaient rassurés par la présence de professionnels habituels de la maison de retraite*¹⁸⁹. » Le devenir, l'avenir et la carrière¹⁹⁰ thérapeutiques du patient vont alors être organisés par des

¹⁸⁶ Entretien soignant n°17, p. 5.

¹⁸⁷ Entretien soignant n°17, p. 5.

¹⁸⁸ I. Baszanger, *La Trame de la Négociation : Sociologie Qualitative et Interactionnisme*, (*The Web of Negotiation: Qualitative Sociology and Interactionism*), éd. L'Harmattan, 1992.

¹⁸⁹ Entretien soignant n°15.

¹⁹⁰ H. Becker, *Outsiders: Études de sociologie de la déviance*, éd. Métailié, 1985 (1963).

acteurs et agents sociaux au milieu desquels et avec lesquels va s'élaborer sa prise en charge ; le risque est fort pour le patient de perdre son autonomie, ses caractéristiques sociales, son identité. Le rôle qu'il va devoir jouer peut fort bien être ordonné de l'extérieur avec une injonction à la passivité relative dans un cadre médical, la téléconsultation, institué nouvellement pour lui, dans une relation où il est probable qu'il ne puisse faire montre d'expérience. D'une certaine manière, sa santé va être bougée, décentrée du système traditionnel de soin avec son accord, mais sans son avis.

II – Le rôle du tiers dans la relation patient / médecin : réflexions juridiques¹⁹¹

Il convient d'étudier le rôle du tiers lorsqu'il accompagne le patient âgé lors d'une téléconsultation à domicile (A), mais également lorsque la téléconsultation intervient en institution de type EHPAD (B).

A/ Le rôle du tiers à domicile

Le tiers qui intervient à domicile peut être un professionnel (1) ou un proche, un aidant (2). Les régimes juridiques diffèrent selon les situations.

1/ Le tiers professionnel¹⁹²

Un tiers plébiscité. Tandis que la consultation traditionnelle mettait, en principe, seulement en présence l'un de l'autre le patient et le professionnel de santé (hormis les hypothèses de représentation de personnes sous protection juridique), la téléconsultation implique fréquemment un tiers professionnel : infirmier, pharmacien, *etc.* Elle s'avère parfois indispensable pour la prise de constante, notamment grâce à l'aide d'objets connectés dans les cabines de téléconsultation situées au sein des officines de pharmacie : « *L'otoscope, il faut forcément quelqu'un qui le fasse, sinon ce n'est pas possible de le faire seul*¹⁹³. »

Une telle participation est majoritairement plébiscitée, tant par les soignants que par les patients afin d'éviter tout risque de déshumanisation, de rassurer le patient et, sur le plan technique, de prendre des mesures simples, telles que le pouls. Cela est particulièrement important s'agissant de patients âgés, en situation de vulnérabilité qui peuvent être mis en difficultés par l'utilisation

¹⁹¹ Texte rédigé par A. Catherine, Maître de conférences en droit public, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967) et F. Rogue, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967), ainsi que par A. Cayol, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967) – pour les parties relatives au tiers professionnel.

¹⁹² Texte rédigé par A. Catherine, Maître de conférences en droit public, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967) et A. Cayol, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967).

¹⁹³ Entretien pharmacien 3.

de l'outil de téléconsultation : « *Le pharmacien m'a dit "vous appuyer là, vous appuyer là" bon voilà et puis après il m'a laissé, il m'a laissé tout seul*¹⁹⁴. »

La présence du professionnel de santé peut à ce titre apparaître comme fondamental pour une personne âgée : « *Alors c'est vrai que quand on a affaire à des gens d'un certain âge, on leur pose la question, mais en général on assiste à côté d'eux. Ne serait-ce que pour utiliser les objets connectés puis les aider peut-être à répondre aux questions parce qu'ils comprennent pas forcément toujours très bien. Et puis ça les rassure parce que quelque part, ils me connaissent. C'est le personnel de la pharmacie. Ils savent aussi que nous on a accès à leur traitement*¹⁹⁵. »

Elle peut aussi être une personne ressource pour la création d'un compte utilisateur tant il est courant que la personne âgée, en situation d'illectronisme, sera en incapacité de fournir un email ou de donner un mot de passe ou un numéro de téléphone pour assurer la sécurité de la connexion et de la création du compte utilisateur : « *Nous, on accompagne les personnes âgées. Quand il y a besoin d'aide a créé son mot de passe, créer son compte en ligne, donc de l'accompagnement, c'est surtout un support technique*¹⁹⁶. »

Certaines associations en font même une condition de toute consultation : « *C'est que nous concevons, nous, la téléconsultation, que avec l'aide d'un assistant auprès du patient qui la plupart du temps un infirmier ou une infirmière, quelqu'un de formé en l'occurrence et qui pourra se faire le relais du médecin auprès du patient, reverbalisé certaines choses, mettre son bras armé à distance pour utiliser les dispositifs médicaux et puis surtout et avant tout et cela compte énormément rassurer le patient qui souvent dans les milieux ruraux n'est pas geek et est plutôt âgé pour sa prise en charge, son accueil, pour un certain soutien et puis après l'acte de téléconsultation, un accompagnement et une reformulation des choses qu'ont été dites*¹⁹⁷. »

« *On arrive à faire de la qualité parce que la particularité de ce projet, c'était d'avoir un infirmier sur place. Un infirmier qui connaît le terrain, qui connaît même les patients et qui peut, du coup, réaliser l'examen clinique avec des objets connectés. Et puis ensuite, nous, on pouvait faire une analyse clinique et puis faire une démarche diagnostique, je dirais presque comme si on était présent. Donc voilà faire de la téléconsultation de qualité quoi*¹⁹⁸. »

En comparaison, la téléconsultation sans tiers pour prendre des constantes, semble de qualité bien inférieure : « *Je regardais le patient et j'avais tellement l'habitude de pouvoir écouter le cœur, les poumons, avoir quelqu'un qui me donnait les constantes et là, je me suis sentie vraiment démunie*¹⁹⁹. »

Toutefois, la présence d'un tiers conduit à rompre le colloque singulier entre le patient et le médecin du fait de l'interférence d'un tiers, qui peut être ressentie comme une intrusion malvenue et mettre le patient mal à l'aise : « *J'aime mieux avec un médecin, moi j'aime mieux être en face-à-face avec un médecin, sans tierce personne*²⁰⁰. »

¹⁹⁴ Entretien patient n°9.

¹⁹⁵ Entretien pharmacien n°1. Cf. également entretien pharmacien n°3.

¹⁹⁶ Entretien pharmacien n°2.

¹⁹⁷ Entretien soignant n°13, p. 2.

¹⁹⁸ Entretien soignant n°21, p. 3.

¹⁹⁹ Entretien soignant n°21, p. 4.

²⁰⁰ Entretien patient n°9, p. 3.

Vers une recomposition des professions médicales ? L'intervention de ces divers tiers semble conduire à une recomposition des professions médicales, certains actes, jusque-là directement réalisés par les médecins au cours de la consultation physique, l'étant désormais par des auxiliaires de santé.

Les infirmiers interviennent ainsi fréquemment lors de téléconsultations, notamment au sein des EHPAD : « *Dans le petit village de Saint Georges de Rouellay. C'était le premier projet français ou on a mis de la téléconsultation en milieu rural, complètement isolé, désert médical, vraiment. Avec des infirmières sur place, qui jouent le rôle de l'opérateur de consultations et des médecins de la région qui jouent le rôle du docteur entre guillemet*²⁰¹. »

De nombreux pharmaciens sont également partie prenante dans la réalisation de téléconsultations en officines. Ils peuvent même, selon certains, être vus comme l'« une des dernières professions de santé en proximité [développant] de nouvelles compétences techniques et de dialogue²⁰². Les téléconsultations en officines de pharmacie permettent en effet un accompagnement des patients dans des territoires où les médecins sont peu nombreux ou sur des créneaux horaires où ces derniers ne consultent plus (par ex. le soir). « Ce dispositif tend à faire du pharmacien le professionnel de santé de proximité et de la pharmacie d'officine, un cabinet médical²⁰³ ».

Quels actes peuvent ainsi être réalisés par ces auxiliaires de santé ? Quelle responsabilité y afférente peut être engagée ?

Protocoles de coopération entre professionnels de santé. L'articulation entre les interventions de ces auxiliaires de santé – aux côtés du patient lors de la consultation - et des médecins – à distance -, peut avoir lieu dans le cadre, très formalisé, de la coopération médicale. Cette dernière est prévue par l'article 51 de la loi HPST du 21 juillet 2009 : « par dérogation aux conditions légales d'exercice, les professionnels de santé peuvent s'engager, à leur initiative, dans une démarche de coopération ayant pour objet d'opérer entre eux des transferts d'activités ou d'actes de soins ou de réorganiser leur mode d'intervention auprès du patient ». Il s'agit, en pratique, d'élaborer un protocole de coopération précisant les modalités d'organisation entre les différents professionnels concernés. Une autorisation du directeur général de l'ARS est ensuite requis après avis conforme de la HAS. « La télémédecine pourrait favoriser ces procédés²⁰⁴. » Ce dispositif peut être utilisé pour associer des auxiliaires de santé aux téléconsultations en leur déléguant la réalisation d'actes de soins réservés aux médecins²⁰⁵. Ainsi, la HAS relevait, dans son rapport de 2015²⁰⁶, l'existence de protocoles « répondant à un manque de disponibilité médicale, nécessaire pour le suivi des maladies chroniques, ainsi que pour la filière ophtalmique ». Toutefois, ce mécanisme « lourd et chronophage » reste peu

²⁰¹ Entretien soignant n°13, p. 5

²⁰² F. Martial : « La pharmacie de demain sera le premier espace connecté en matière de santé dans les territoires », Propos recueillis par S. Ménival, *Horizons publics*, Hors-série printemps 2019, *Quelle santé dans les territoires en 2030 ?*, p. 33.

²⁰³ M.-L. Moquet-Anger, « Télémédecine et égal accès aux soins », *RDSS* 2020, p. 13.

²⁰⁴ M. Contis, « La télémédecine : nouveaux enjeux, nouvelles perspectives juridiques », *RDSS* 2010, p. 235.

²⁰⁵ En ce sens, Y. Ferrari, « La santé et la télémédecine », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, n° 108, 1 oct. 2014, concernant l'intervention de l'infirmier libéral dans le cadre d'une téléconsultation.

²⁰⁶ HAS, *Les protocoles de coopération. Art. 51. Bilan du dispositif. Evaluation 2014*, nov. 2015, p. 28.

utilisé²⁰⁷. Il n'est, dans tous les cas, utile qu'en dehors des actes prévus par la réglementation applicable à chaque profession.

Évolution des compétences. Plus simplement, l'intervention des auxiliaires de santé dans la relation de soin entre le patient et le médecin lors du recours à la téléconsultation pourrait relever des compétences qui leur sont reconnues par les textes en vigueur.

Les compétences des infirmiers ont, d'ores et déjà, été accrues au fil du temps par l'évolution du décret socle. À l'heure actuelle, l'exercice de la profession d'infirmier comporte notamment « la contribution au recueil de données cliniques et épidémiologiques et la participation à des actions de prévention et de dépistage²⁰⁸ ». Leur activité a pour objet de « concourir à la mise en place de méthodes et au recueil des informations utiles aux autres professionnels, et notamment aux médecins pour poser leur diagnostic et évaluer l'effet de leurs prescriptions²⁰⁹ ». Dans le cadre de son rôle propre, l'infirmier ou l'infirmière accomplit les actes ou dispense les soins suivants : « Recueil des observations de toute nature susceptibles de concourir à la connaissance de l'état de santé de la personne et appréciation des principaux paramètres servant à sa surveillance : température, pulsations, pression artérielle, rythme et fréquence respiratoires, taux de saturation en oxygène, volume de la diurèse, poids, dont indice de masse corporelle (IMC) calculé à l'aide d'un outil paramétré, mensurations, mesure du périmètre crânien, réflexes pupillaires, réflexes de défense cutanée, observations des manifestations de l'état de conscience, évaluation de la douleur²¹⁰ », et même le « recueil des données biologiques obtenues par des techniques à lecture instantanée suivantes : a) Urines : glycosurie acétonurie, protéinurie, recherche de sang, potentiels en ions hydrogène, pH ; b) Sang : glycémie par captation capillaire brève ou lecture transdermique, acétonémie taux de bilirubine par lecture instantanée transcutanée²¹¹ ». La prise de mesures au cours d'une téléconsultation entre donc pleinement dans ses compétences.

Le développement des téléconsultations interroge toutefois sur une montée en compétences des infirmiers afin d'améliorer l'accès aux soins. Lors d'un colloque organisé le 20 janvier 2022 par l'Ordre National des Infirmiers sur le thème « Comment construire un système de santé plus proche, plus efficient et plus durable ? », le ministre de la santé Olivier Véran a annoncé « l'ouverture du chantier de la révision du décret des compétences » et, notamment, l'« ouverture d'une réflexion sur la prescription infirmière²¹² ». Il s'agirait alors d'une solution pour maintenir des consultations en présentiel malgré la baisse du nombre de médecins. L'idée serait de s'inspirer de ce qui est pratiqué dans d'autres pays, notamment au Canada, où les infirmiers interviennent en première ligne dans le système de santé. Une proposition de loi en ce sens est attendue très prochainement, visant à permettre aux infirmiers en pratique avancée (IPA) de réaliser des prescriptions concernant des maladies bénignes.

²⁰⁷ I. Poirot-Mazères, « Télémédecine : renouvellement des professions et des formations de santé ? », in N. de Grove-Valdeyron et I. Poirot-Mazères (dir.), *Télémédecine et intelligence artificielle en santé : quels enjeux pour l'Union européenne et les Etats membres ?*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, Lextenso, 2020, p. 58.

²⁰⁸ CSP, art. R. 4311-1.

²⁰⁹ CSP, art. R4311-2, 2°.

²¹⁰ CSP, art. R4311-5, 19°.

²¹¹ CSP, art. R4311-5, 39°.

²¹² Ordre National des Infirmiers, Communiqué de presse, 25 janv. 2022.

Concernant les pharmaciens, l'avenant n° 15 à la convention nationale pharmaceutique, signée le 6 décembre 2018²¹³, a consacré leur participation à la réalisation de consultations. Leur rôle est d'assister le médecin en réalisant certains actes participant de l'examen clinique, et de permettre une bonne compréhension de la prise en charge proposée par le patient²¹⁴.

Ainsi, l'accompagnement par un professionnel de santé est déjà pris en charge par l'assurance maladie pour les pharmaciens²¹⁵ et les infirmiers libéraux²¹⁶.

Vers un développement de la téléconsultation assistée ? L'assistance d'un tiers professionnel pourrait se développer, à l'avenir, avec l'intervention plus fréquente d'infirmiers au domicile des patients²¹⁷ ou au sein de « tiers lieux » de santé, avec l'installation de salles de téléconsultation équipées dans des lieux de proximité tels qu'une mairie. Le CNPEN propose ainsi de développer « des espaces dédiés à la téléconsultation, comme dans les pharmacies ou autre lieux de proximité » et de faire « appel à des intermédiaires de proximité habitués à l'usage des outils informatiques comme certaines administrations locales, les auxiliaires de soin ou les associations²¹⁸ ».

Un amendement, adopté par la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale dans le cadre de la préparation de la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2023, précise que « les actes de téléconsultation doivent être réalisés par le biais d'une maison de santé pluridisciplinaire, d'une officine ou d'une collectivité afin de garantir le meilleur encadrement de cette pratique ». Trop large, ce texte, s'il était définitivement adopté, interdirait de manière générale la téléconsultation à domicile, notamment par les populations jeunes et urbaines auxquelles elle offre pourtant des avantages certains. La téléconsultation assistée semble pouvoir être réservée aux patients les plus vulnérables, notamment aux personnes âgées.

Responsabilité personnelle de l'auxiliaire de santé. L'infirmier exerçant en libéral et le pharmacien engagent leur responsabilité personnelle lorsqu'une faute de leur part a causé un préjudice à un patient²¹⁹. Tel pourrait être le cas, par exemple, lorsque la prise de constantes n'a pas été correctement réalisée et a faussé le diagnostic du médecin, faisant ainsi perdre la chance au patient de recevoir les soins adaptés.

« L'inconvénient c'est que c'est pas nous qui plaçons le stéthoscope, donc faut vraiment faire confiance à l'infirmière qu'on a avec nous, qui est plus ou moins à l'aise avec les choses. S'il est mal placé, on n'entend rien²²⁰. »

²¹³ Avenant approuvé par un arrêté du 2 septembre 2019 (NOR : SSAS1917436A, JO 6 sept.)

²¹⁴ Avenant n° 15, art. 13.1.2.

²¹⁵ Convention organisant les rapports entre les pharmaciens titulaires d'officine et l'Assurance Maladie, 9 mars 2022, art. V.I.

²¹⁶ L'avenant 9 de la convention nationale des infirmières et infirmiers libéraux, signé le 27 juillet 2022, offre désormais à ces derniers la possibilité d'assister une téléconsultation réalisée à la demande de toute profession médicale (et non uniquement à la demande d'un médecin)

²¹⁷ L. Canipel, « La télésanté fait-elle évoluer les bonnes pratiques », in SANOFI, *Innovation digitale en santé : l'éthique au cœur*, 2020.

²¹⁸ CNPEN, Bulletin de veille n°3, *Enjeux éthiques liés aux outils numériques en télémédecine et télésoin dans le contexte de la Covid-19*, 21 juil. 2020, p. 11.

²¹⁹ C. Civ., art. 1240.

²²⁰ Entretien soignant n°21, p. 31.

Responsabilité en cas de défaut du matériel utilisé. Il convient de préciser qu'en qualité de simple utilisateur du matériel, l'infirmier ou le médecin ne pourrait pas voir sa responsabilité engagée sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux en cas de défaillance mécanique ou technique. La jurisprudence propose, en effet, de distinguer selon que le professionnel de santé est intervenu en qualité de prestataire de services, simple utilisateur d'un produit défectueux, ou en qualité de fournisseur de ce produit²²¹. Seul le fournisseur entre impérativement dans le champ de la directive de 1985 : le concernant le régime de responsabilité issu de cette dernière est applicable de manière exclusive. Le simple utilisateur est, quant à lui, mis en cause au titre d'un autre régime de responsabilité. La jurisprudence avait initialement développé une responsabilité de plein droit pour les dommages causés par le défaut du matériel utilisé²²². Cette règle a, toutefois, été abandonnée par la Cour de cassation : si le professionnel de santé est un simple utilisateur du produit et non le fournisseur, il n'est tenu que d'une obligation de moyens devant les juridictions de l'ordre judiciaire²²³. La Cour de cassation a rappelé clairement ces règles dernièrement : d'une part, la responsabilité de plein droit du producteur d'un produit de santé et, d'autre part, la nécessité d'établir la faute du praticien qui fait usage du produit²²⁴.

Responsabilité du fait d'autrui du médecin réalisant la téléconsultation. La particularité d'une intervention d'un infirmier ou d'un pharmacien au cours de la réalisation d'une téléconsultation est le fait d'être potentiellement soumis à des directives de la part du médecin consulté à distance. Il est alors possible de se demander si un rapport de préposition ne pourrait pas être reconnu dans une telle situation, entraînant dès lors l'application, tout à la fois, de l'immunité du préposé – donc de l'auxiliaire de santé – et de la responsabilité du fait d'autrui du commettant – donc du médecin. Le lien de préposition ne suppose pas nécessairement l'existence d'un contrat de travail et peut résulter d'une simple situation de fait. La jurisprudence reconnaît ainsi un lien de préposition dans des hypothèses où le travail est effectué de manière informelle et sans rémunération, notamment dans le cadre de relations occasionnelles d'entraide amicale ou familiale (par ex. pour des travaux de jardinage). Selon la Cour de cassation, « le lien de subordination, d'où découle la responsabilité mise à la charge des commettants par l'art. 1384 [devenu 1242], alinéa 5, suppose essentiellement que ceux-ci ont le droit de faire acte d'autorité en donnant à leurs préposés des ordres ou des instructions sur la manière de remplir, à titre temporaire ou permanent, avec ou sans rémunération, fût-ce en l'absence de tout louage de services, les emplois qui leur ont été confiés pour un temps ou un objet déterminés²²⁵ ». Il ne suffit donc pas, pour qu'un lien de préposition puisse être établi, que la personne réalisant les travaux reçoive des instructions. Encore faut-il qu'elle ne dispose pas d'une réelle indépendance dans leur mise en œuvre. Tout dépendra donc, en pratique, de la marge de manœuvre laissée à l'infirmier ou au pharmacien.

²²¹ CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-495/10.

²²² Cass. 1^{re} civ., 9 nov. 1999, n° 98-10.010 : « Le contrat conclu entre le patient et son médecin met à la charge de ce dernier [...] une obligation de sécurité de résultat en ce qui concerne les matériels qu'il utilise pour l'exécution d'un acte médical d'investigation ou de soins ».

²²³ Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-17.510 ; Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2018, n° 17-27.980 : lorsqu'il utilise des produits de santé, le praticien n'engage sa responsabilité que si sa faute est la cause du dommage

²²⁴ Cass. 1^{re} civ., 26 févr. 2020, n° 18-26.256, concernant, pour la première fois, un litige auquel l'article L. 1142-1, al. 1^{er}, du CSP était applicable *ratione temporis*

²²⁵ Cass. crim., 7 nov. 1968, n° 68-90.118.

Lorsque la personne âgée recourt à une téléconsultation à domicile, en dehors de toute intervention d'un professionnel, la présence d'un proche peut être un soutien et une ressource pour la bonne mise en œuvre de cette téléconsultation. Ce proche peut avoir la qualité de personne de confiance, ou accompagner la personne âgée en dehors de ce cadre. Il peut également être l'organe de protection juridique de la personne âgée.

Personne de confiance. Le proche peut avoir été désigné personne de confiance, au sens de l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique²²⁷. Le rôle principal de la personne de confiance en matière médicale est de « porter la voix » du patient si celui-ci n'est plus en situation d'exprimer sa volonté, particulièrement dans le contexte de la fin de vie. L'avis de la personne de confiance est en effet prépondérant sur les autres témoignages exprimés par les proches du patient hors d'état de s'exprimer sur son état de santé. Par ailleurs, la personne de confiance, si le patient le souhaite, peut l'accompagner dans ses démarches, assister aux entretiens et l'aider dans sa prise de décision. La personne de confiance peut donc avoir une place toute indiquée en cas de téléconsultation. Ainsi, si le proche qui accompagne le patient lors de la téléconsultation est juridiquement la personne de confiance, sa place et son rôle justifient sa présence lors de la téléconsultation.

Sa qualité de personne de confiance lui impose de respecter la confidentialité des informations auxquelles elle a accès, avec l'accord de la personne accueillie. Elle peut être un soutien précieux pour cette dernière dans les décisions médicales qui seront proposées et prises lors de la téléconsultation²²⁸.

Il s'agira alors d'informer, si ce n'est déjà fait, le praticien, de cette désignation. On peut à ce titre imaginer que le formulaire de désignation soit communiqué *via* la plateforme de téléconsultation. Par exemple, le site *Doctolib* propose un espace où conserver des documents, qui pourront être partagés avec les professionnels de santé, selon le souhait du patient.

Le professionnel de santé, qui réalise la téléconsultation, pourra également utilement rappeler au début de cette téléconsultation le rôle de la personne de confiance et la nécessité pour lui de respecter un principe de confidentialité afin de garantir la protection de la vie privée du patient. Le praticien pourra également préciser au patient que c'est lui qui décide si la présence de sa personne de confiance lui importe et les informations médicales qui lui seront divulguées.

Le proche. Si le proche n'est pas désigné, juridiquement, comme personne de confiance, il n'en reste pas moins que sa présence lors de la téléconsultation sera possible, voire nécessaire, au regard de la probable vulnérabilité du patient âgé.

On ne peut nier les avantages liés à la présence d'un proche du patient lors de la téléconsultation, particulièrement lorsque le patient est une personne âgée²²⁹. Son rôle peut être variable selon la place que souhaite lui donner le patient. Il pourra aider le patient à comprendre les questions, les demandes formulées par le médecin, en reformulant les choses, voire l'aider et lui donner

²²⁶ Texte rédigé par A. Catherine, Maître de conférences en droit public, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967) et F. Rogue, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967).

²²⁷ Cf. livre blanc général *Enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine en Normandie*.

²²⁸ Cf. livre blanc général *Enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine en Normandie*.

²²⁹ Cf. entretien patient n°8.

son avis lors de la prise de décision. Son rôle n'est pas bien différent alors de celui du proche qui accompagne le patient, à sa demande, lors d'un rendez-vous physique avec le professionnel de santé. Cette situation nécessite cependant d'envisager la question du respect du secret médical et de la vie privée.

Respect du secret médical et confidentialité des informations médicales. Il convient de souligner l'importance de l'information et de la volonté du patient quant à la présence du proche. Il apparaît nécessaire que le professionnel de santé, en amont de la téléconsultation, puisse préciser au patient qu'il est libre de choisir d'être accompagné, ou pas, d'un proche lors de la téléconsultation et que, s'il choisit d'être accompagné de son proche, il peut néanmoins refuser que certaines informations lui soient divulguées.

Si le proche n'est pas un professionnel soumis au secret médical au sens de l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique, il n'en reste pas moins que, comme toute personne, il est tenu de respecter la vie privée d'autrui. Ainsi, si le proche divulgue des informations médicales du patient, sans l'accord de ce dernier, il est susceptible de voir sa responsabilité engagée sur le fondement de l'article 9 du Code civil²³⁰. À ce titre, pourrait être rappelé au proche, en début de la téléconsultation auquel il participe avec le patient âgé, qu'il se doit de respecter la vie privée du patient et qu'il est tenu par un principe de confidentialité relatif aux informations médicales auxquelles il a accès, susceptible d'engager sa responsabilité. Un tel rappel sera particulièrement utile tant pour le proche que pour le patient lui-même. Bien souvent, les membres d'une même famille n'ont pas conscience que le respect de la vie privée et de la confidentialité des données joue également dans le cadre familial. Un patient témoigne en ce sens : « *Peu importe. On partage tout, il n'y a pas de secret. Puis, souvent, si c'est pour un problème de couple on consulte ensemble*²³¹. »

Si bien souvent rien n'est formalisé ou procéduralisé au sein de la famille ou du couple, il n'en demeure pas moins que chaque personne, individuellement, conserve la maîtrise de ce qu'il souhaite ou ne souhaite pas révéler à ses proches et que, si des informations sont révélées au proche, cela relève de l'accord, exprès ou tacite, du patient.

La personne âgée, au centre de la téléconsultation. La vulnérabilité du patient âgé peut, en outre, l'amener à « subir » la téléconsultation, plus qu'à y participer réellement, dès lors que le proche peut prendre une place prépondérante dans les interactions avec le professionnel de santé. Ce dernier se doit de rester vigilant à ce que le patient puisse s'exprimer librement, sans être influencé par la présence du proche qui peut agir avec bonne volonté, mais au détriment des intérêts du patient.

Utilisation de l'outil informatique. Le proche pourra également être un « relais technique » pour le patient²³², en l'accompagnant et en l'aidant dans la connexion à la plateforme ou à l'outil informatique, en l'aidant à régler le son et la vidéo ou en l'accompagnant dans son identification numérique. On ne peut nier les difficultés des personnes vulnérables, particulièrement les personnes âgées²³³, dans l'utilisation des outils numériques et nombre de personnes âgées

²³⁰ C. civ., art. 9 : « Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé ».

²³¹ Entretien patient n°3 (présence du conjoint).

²³² Cf. entretien patient n°8.

²³³ Cf. par exemple l'entretien patient n°7, réalisé à distance. Cf. également les entretiens patients n°10 et n°11.

subissent une forme plus ou moins renforcée d'illectronisme²³⁴. Un patient interrogé témoigne en ce sens de la nécessité d'accompagner les personnes âgées dans l'utilisation de l'outil électronique : « *Parce ce que ce que je peux vous dire, c'est que moi j'en vois bien l'utilité de ces pratiques là et pour moi l'utilité est évidente. Elle a déjà au moins le but de simplifier, mais je ne suis pas sûr que toutes les personnes âgées arriveront d'emblée à ce que les choses soient aussi naturelles. Il faudra former des gens pour les aider à être les supports de compétences dans ce domaine-là*²³⁵. »

Ainsi, la présence du proche, assurant un rôle d'intermédiaire technique, peut rassurer le patient âgé contraint d'avoir recours à une téléconsultation, ou souhaitant bénéficier d'une téléconsultation, tout en favorisant le respect de la vie privée du patient, dès lors que le proche peut s'effacer dès l'instant que la connexion est établie.

La récurrence du recours à la téléconsultation pourra favoriser et faciliter son usage, ce dont témoigne encore un autre patient : « *Déjà au départ, je trouve le principe extraordinaire et techniquement, bon, si j'en faisais toutes les semaines, il n'y aurait plus aucun problème, donc ce n'est qu'une question d'habitude. La technologie peut peut-être encore évoluer pour simplifier un peu plus les choses*²³⁶. »

Le proche pourrait par ailleurs avoir un rôle d'intermédiaire entre le médecin et le patient âgé, par exemple en prenant les constantes du patient. En ce cas, se pose la question de la responsabilité du médecin, du proche, voire du patient, si un dommage est subi à cette occasion.

Responsabilité du proche et du patient. Si le patient est blessé par le proche aidant lors de la consultation, par exemple lors de la prise de constantes, la mise en jeu de la responsabilité du proche est envisageable, dans les conditions de l'article 1240 du Code civil. Sa responsabilité ne pourra être engagée que si une faute est établie, en lien de causalité avec le préjudice subi par le patient. Il en ira sans doute ainsi si le proche commet une imprudence ou est négligent lors de la prise de constantes. Réciproquement, il en sera de même à l'encontre du patient si celui-ci blesse l'aidant qui l'accompagne lors de la téléconsultation. Le cas échéant, le fait générateur de la responsabilité pourra être contractuel, si l'on considère qu'est conclue entre le patient et son proche une convention d'assistance bénévole²³⁷, faisant naître entre eux des obligations juridiques. Une telle qualification de la relation patient/proche est néanmoins peu probable, au regard des cas très limités qui ont, pour l'instant, conduit à l'admission d'une telle convention par la jurisprudence²³⁸.

Responsabilité du médecin. Le médecin pourrait-il voir sa responsabilité engagée pour un mauvais diagnostic, s'il s'est fondé sur un mauvais geste du proche ? La réponse à cette interrogation doit être nuancée. Dès lors que le médecin a commis une faute dans l'exercice de son activité médicale, et en particulier lors de l'établissement de son diagnostic, sa responsabilité pourra être engagée mais à la condition que soit caractérisée une faute qui résultera de son imprudence ou de sa négligence. Il pourrait ainsi être reproché au professionnel de santé de ne pas avoir sollicité le proche pour qu'il reprenne les constantes si les résultats sont

²³⁴ Entretien patient n°10 : « *Moi, personnellement, ça me crée un petit peu de stress parce que, c'est pas encore tout à fait au point alors... on arrive pas à se connecter, il faut appeler avant enfin bref c'est tout un...* ».

²³⁵ Entretien patient n°8.

²³⁶ Entretien patient n°11.

²³⁷ Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1959.

²³⁸ Qui concernent essentiellement des situations d'aides aux travaux ou à l'organisation d'événements. Jamais la notion de convention d'assistance bénévole n'a été utilisée dans un cadre médical.

douteux, ou de ne pas avoir sollicité un rendez-vous physique pour vérifier l'état de santé du patient et conforter son diagnostic.

On ne peut, à ce titre, que conseiller aux professionnels de santé qui réalisent des téléconsultations à l'occasion desquels le proche a un rôle actif dans la prise d'informations sur l'état de santé du patient de se montrer prudents et de solliciter un rendez-vous physique en cas de doute sur les informations transmises lors de la téléconsultation. Et ce d'autant plus que le patient, personne âgée, peut ne pas disposer pleinement de toutes ses capacités physiques ou mentales, et ne pourrait donc contredire le proche ou le médecin qui se fonderait sur des données médicales incorrectes. Il est également à préconiser de tracer le rôle et les actes du proche, ainsi que les échanges qui ont lieu avec lui dans le dossier médical du patient.

La personne âgée sous mesure de protection juridique. Si l'âge n'est pas en soi un critère d'ouverture d'une mesure de protection, l'altération des facultés liées à l'âge d'une personne peut conduire à l'ouverture d'une mesure de protection juridique.

Rappelons que c'est le patient, majeur protégé, qui en principe consent seul à la téléconsultation²³⁹. Ce n'est que s'il fait l'objet d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne, et qu'il est inapte à consentir à la téléconsultation, que l'autorisation, préalable à la téléconsultation de l'organe de protection (tuteur en particulier) sera requise.

L'organe de protection n'a donc pas vocation à être présent en amont ou lors de la téléconsultation²⁴⁰, en dehors de ce cas. Au regard de ses missions, l'organe de protection ne sera pas une personne ressource pour accompagner le patient lors de sa téléconsultation à domicile.

Cela étant dit, lorsque l'organe de protection est désigné par le juge des tutelles parmi les membres de la famille (et n'est donc pas un professionnel MJPM), sa qualité de proche peut l'amener à accompagner le patient lors de la téléconsultation. C'est bien plus cette qualité qui justifiera sa présence que le fait qu'il soit organe de protection au sens du droit des majeurs protégés. Son rôle, sa place et ses obligations ne seront alors donc pas différents de ceux d'un proche qui n'exerce pas une mesure de protection juridique.

Il convient à présent de se pencher sur le rôle des tiers professionnels et non professionnels dans le cadre d'une téléconsultation qui intervient dans l'établissement où réside la personne âgée.

²³⁹ Cf. *supra*, consentement à la téléconsultation et majeurs protégés.

²⁴⁰ Entretien MJPM.

Il convient ici encore de distinguer selon que ce tiers est un professionnel de santé (1) ou un proche, un aidant (2).

1/ Le tiers professionnel ²⁴¹

Un tiers plébiscité. Comme vu *supra* concernant l'intervention d'un tiers professionnel pour accompagner la personne âgée lors de la téléconsultation réalisée à son domicile, le tiers professionnel est largement plébiscité pour assister le résident à la téléconsultation qui se déroule en EHPAD. Un soignant évoque ainsi le rôle d'intermédiaire de l'infirmier lors de la téléconsultation qui permet de favoriser le dialogue du résident avec le médecin : « *Après voilà les résidents nous connaissent bien, ils ont confiance en nous, du coup ça les rassure aussi qu'on soit à côté d'eux, et ils savent très bien que s'il y a un souci de communication, que nous on va essayer de le résoudre, s'ils entendent mal, on va répéter des choses, on va faire en sorte que le dialogue et la communication soient bonnes et que ça se passe bien*²⁴². »

Un autre soignant témoigne aussi en ce sens : « *Donc non il y a pas d'interaction. Alors l'interaction que j'ai vu en fait, c'est l'infirmière qui sert de transfert. C'est-à-dire que le docteur dit "Est-ce que ça la démange ?", parce qu'en plus, elle est sourde la personne, souvent les personnes âgées elles ont quand même une certaine surdité. Alors au bout du fil, l'infirmière lui dit "Madame, est-ce que ça vous gratte ? ça vous gratte comment ?". Puis du coup c'est l'infirmière qui donne la réponse. Donc, au-delà des problèmes de vision et des problèmes auditifs, c'est sûr que c'est difficile*²⁴³. »

Le professionnel en établissement est un véritable allié du patient dans le cadre de la téléconsultation pour l'aider à saisir les informations qui lui sont données, mais aussi pour réaliser certains gestes ou aider à positionner le patient d'une certaine façon pour que le médecin puisse voir certaines parties du corps de la personne : « *Alors il suffit qu'elle ait quelques petits troubles cognitifs, que l'infirmière, parce que l'infirmière elle va vouloir voir le docteur, donc elle va se mettre de profil, du coup on va essayer de mettre la personne en fonction que le docteur puisse voir la plaie*²⁴⁴. »

Le tiers professionnel a également un rôle important à jouer en amont et en aval de la téléconsultation, comme en témoigne un soignant : « *Après l'infirmière elle a un lien privilégié avec cette personne-là. Elle va pouvoir expliquer, moi je l'ai vu faire l'infirmière très clairement, alors c'est un moment très rapide la téléconsult'. Il y a ce qui peut se dire en amont de cette téléconsult' "Madame Untel, vous oubliez pas demain matin ou ce matin tout à l'heure, on va venir vous chercher". Et il y a ce qui va pouvoir se dire après "Bon, le docteur a dit que c'était pas grave, vous inquiétez pas. Je commande la crème truc truc. On commence ça à partir de demain et puis on reverra le docteur, on a reposé un rendez-vous". En fait, je pense que le*

²⁴¹ Texte rédigé par A. Catherine, Maître de conférences en droit public, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967), et A. Cayol, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICRéJ (UR 967).

²⁴² Entretien soignant n°17.

²⁴³ Entretien soignant n° 14, p. 17.

²⁴⁴ Entretien soignant n° 14.

*plus important c'est pas forcément la séance en elle-même, c'est ce qui va être en amont et en aval*²⁴⁵. »

Difficultés relatives à la disponibilité des personnels. Néanmoins, les professionnels interrogés témoignent des difficultés à mobiliser des professionnels pour accompagner la personne âgée lors de la téléconsultation. Le temps manque et les personnels sont en nombre insuffisant. Assister, accompagner un patient lors d'une téléconsultation constitue une tâche qui vient s'ajouter à toutes celles qui sont déjà celles du professionnel :

*« Le jour de la téléconsult' il faut que le professionnel qui est là soit formé, il faut qu'il se détache des soins, qu'il réalise la téléconsultation et là, ça pose problème. On voit bien qu'en termes d'organisation au niveau des structures c'est vraiment problématique. Alors sauf sur les structures où on a des personnes qui sont en poste aménagé où là, effectivement, c'est beaucoup plus facilement réalisable, pour les autres c'est vraiment un point noir. [...] J'appelle poste aménagé c'est l'infirmière. Par exemple, un gros problème dorsal ou d'épaule et qui peut plus travailler sur ses missions premières de soins et pour lesquelles on va lui confier des missions spécifiques en lien avec ses capacités motrices restantes. Par exemple, une infirmière qui a été opérée d'un cancer du sein et qui a une grosse problématique avec un œdème persistant, une faiblesse musculaire ou je ne sais quel autre problème, on va lui proposer peut-être un poste aménagé, elle va être plutôt versée vers une partie l'administratif*²⁴⁶. »

Un autre soignant témoigne encore : *« Les difficultés que nous on a rencontré sur le terrain, c'est le personnel pour ces actes de télémédecine qui sont très chronophages malgré tout pour le personnel, parce que déjà pour le médecin il y a tout un dossier à remplir, donc ça se prépare, il faut préparer les consultations, il faut préparer le planning et puis après c'est surtout amener en interne, là pour le coup, les résidents ou les patients de leur chambre à la salle de téléconsult*²⁴⁷. »

Contraintes techniques. À ces contraintes de personnel et de temps s'ajoutent des contraintes techniques importantes, liées aux difficultés de connexions. Toutefois, un soignant évoque d'autant plus l'importance centrale du tiers professionnel pour assister la personne âgée dans la mise en œuvre des outils permettant la téléconsultation : *« C'est-à-dire que vous faites une téléconsultation à 11h du matin, c'est ce que je vous disais, tout le monde est en train de se connecter, donc là il va falloir choisir : soit vous avez l'image, soit vous avez le son. Mais vous pourrez pas avoir les 2. Donc, en fait, ce qu'on fait en général, c'est que on choisit l'image et on se téléphone. On coupe le son et on se téléphone. Et donc la personne, alors nous on est jeune, on a tout de suite capté que l'image c'est l'écran et le son c'est téléphone. Par contre, la personne âgée qui, elle, n'a jamais utilisé le téléphone portable parce que c'est pas de sa génération. Quand elle a 80, 90, 95 ans, elle connaissait que le téléphone avec le fil. Et encore, c'était les trucs que nous on tournait là. Là, déjà, elle a pas compris, elle a raté plusieurs étapes, elle a pas du tout suivi*²⁴⁸. »

²⁴⁵ Entretien soignant n° 14, p. 18

²⁴⁶ Entretien soignant n° 14, p. 4.

²⁴⁷ Entretien soignant n° 15, p. 2.

²⁴⁸ Entretien soignant n° 14, p. 17.

Les salles de téléconsultation en question. Dans le cadre de projets de déploiement de la télémédecine dans les établissements, comme les EHPAD, l'ARS préconisait l'installation de salles dédiées à la télémédecine, notamment pour faciliter l'équipement technique des structures. Toutefois, les soignants soulignent la difficulté à mobiliser ainsi certains résidents particulièrement dépendants. Pouvoir permettre aux résidents de rester dans leur chambre, voire alités, selon leur état de santé, relève de préoccupations relatives à leur confort et ainsi de bienveillance à leur égard : *« La problématique qu'on retrouve en EHPAD, c'est qu'on a des personnes qui pour certains sont dépendants, voire très dépendants et que pour certaines téléconsultations, quand vous êtes en salle de télémédecine par exemple, et que vous avez un escarre fessier, c'est pas évident d'aller défaire le pansement. Soit la personne vient en fauteuil mais c'est pas pratique. Comment on l'installe ? L'installation est très difficile, le lit ne va pas rentrer. Si par exemple vous avez quelqu'un pour lequel on sollicite une consultation, plutôt soins palliatifs dans ce cas-là on aurait tendance à aller directement au lit du résident. Donc c'était pas pratique. Donc c'est vrai que pour en avoir discuté avec l'ARS, moi je leur avais dit ce qui serait bien c'est qu'on puisse avoir un système plutôt nomade ou qu'on puisse avoir les 2. C'est-à-dire qu'on puisse faire de la télémédecine, téléexpertise en salle avec des professionnels sur la salle, mais il faut aussi qu'on puisse téléconsulter au lit du résident²⁴⁹. »*

Pouvoir faire des actes de téléconsultation dans la chambre du résident implique néanmoins que cette dernière puisse être équipée d'une connexion et du matériel adéquat, ce qui n'est pas encore le cas dans tous les établissements :

« Il y a pas forcément de Wifi dans toutes les chambres. Donc c'est un surcoût pour les établissements parce qu'ils sont obligés de se doter de matériel qui permettent d'avoir du Wifi pour pouvoir fonctionner dans la chambre même du résident²⁵⁰. »

« Donc si vous voulez aujourd'hui on fait de la télémédecine dans les établissements en fonction du matériel que chacun dispose²⁵¹. »

Cela implique également, dans un souci de confidentialité, de préservation de l'intimité de la personne, que le résident ne partage pas sa chambre avec un autre résident. Le cas échéant, il sera nécessaire d'organiser la mise en œuvre de cette confidentialité, soit en déplaçant le temps de la téléconsultation l'autre résident, s'il l'accepte, soit en utilisant du matériel tels que des paravents et des casques insonorisés.

Médecin coordonnateur. Le médecin coordonnateur peut-il être un tiers professionnel susceptible d'intervenir dans la téléconsultation et d'accompagner le résident en EHPAD ? Cela n'est, *a priori*, pas certain au regard des missions qui sont les siennes en vertu du Code de l'action sociale et des familles. En effet, contrairement au médecin traitant qui s'occupe du suivi médical individuel du résident, le médecin coordonnateur assure la qualité de la prise en charge médicale globale des résidents grâce à ses compétences gérontologiques²⁵². Un soignant explique ainsi qu'au début de la mise en œuvre de la téléconsultation dans son établissement, le médecin coordonnateur *« participait à la téléconsult' et on s'est très rapidement rendu compte que ça allait pas être possible, que le médecin il était pris par d'autres missions et qu'il*

²⁴⁹ Entretien soignant n° 14, p. 6.

²⁵⁰ Entretien soignant n° 14, p. 6.

²⁵¹ Entretien soignant n° 14, p. 7.

²⁵² CASF, article D. 312-157.

*allait falloir former. Et maintenant systématiquement former plutôt d'autres professionnels, en l'occurrence les infirmiers*²⁵³. »

Tout établissement hébergeant des personnes âgées dépendantes doit se doter d'un médecin coordonnateur²⁵⁴. Néanmoins, le médecin coordonnateur n'exerce pas, la plupart du temps, à temps plein. Son temps de présence dans l'établissement varie selon la taille de la structure. Il peut alors cumuler une activité libérale et être aussi le médecin traitant de certains résidents.

Missions du médecin coordonnateur. En vertu de l'article D. 312-158 du Code de l'action sociale et des familles, le médecin coordonnateur est en charge de l'élaboration et du suivi du projet de soins de l'établissement, de l'évaluation médicale des résidents et de l'animation de l'équipe soignante. Par ailleurs, il élabore et met en œuvre le projet de soins avec le concours de l'équipe soignante²⁵⁵. Il donne son avis sur l'admission d'un résident et réalise l'évaluation gériatrique du résident²⁵⁶. Il coordonne les interventions des différents intervenants. En ce sens, il est en relation avec les intervenants extérieurs (kinésithérapeute, orthophoniste, *etc.*) ainsi qu'avec des médecins traitants et les spécialistes. Il veille, avec l'infirmier coordonnateur de l'EHPAD, à la bonne tenue des dossiers médicaux et para médicaux. Il participe à la mise en œuvre des conventions avec les établissements de santé et les réseaux gériatriques ou tout autre acteur de la filière de soins gériatriques. Il est en charge de l'animation de l'équipe soignante²⁵⁷. Il peut réaliser des prescriptions médicales pour les résidents, en cas de situation d'urgence ou de risques vitaux, ainsi que lors de la survenue de risques exceptionnels ou collectifs nécessitant une organisation adaptée des soins²⁵⁸. Depuis le décret n° 2019-714 du 5 juillet 2019 portant réforme du métier de médecin coordonnateur en établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, les risques exceptionnels incluent les « épidémies de grippe saisonnière en établissement », en prévention desquelles les médecins pourront prescrire des vaccins et des antiviraux. D'autre part, le médecin coordonnateur peut désormais « intervenir pour tout acte, incluant l'acte de prescription médicamenteuse » lorsque le médecin traitant, ou désigné par le patient, ou son remplaçant, n'est pas en mesure d'assurer une consultation par intervention dans l'établissement, conseil téléphonique ou téléprescription. Pour autant, le médecin traitant doit être informé des prescriptions réalisées.

Ses missions relatives à la coordination avec les professionnels extérieurs et à la prescription médicale permettent ainsi au médecin coordonnateur d'être un tiers dans le cadre de la téléconsultation entre le résident et le professionnel consulté, mission qui s'est accrue au fil du temps dans la mesure où elle permet à ce médecin de mieux suivre le patient dans son parcours de soins et ainsi d'assurer davantage les prescriptions qu'il peut être amené à réaliser. Un ancien médecin coordonnateur témoigne en ce sens : « *Moi je le faisais en tant que médecin-co, j'assistais à chaque séance parce que déjà je trouvais ça intéressant et puis aussi nous ça nous permet de faire les prescriptions en direct, de gagner un petit peu de temps parce qu'une fois*

²⁵³ Entretien soignant n° 14, p. 6.

²⁵⁴ CASF, article D. 312-156.

²⁵⁵ Le projet de soin détermine les modalités de prise en charge des résidents. Par exemple, le projet de soins de l'EHPAD peut indiquer s'il y a des pathologies pour lesquelles l'établissement n'est pas en capacité d'intervenir.

²⁵⁶ Il réalise pour cela plusieurs évaluations (tests cognitifs, bilan nutritionnel...) dont le résultat permet à l'équipe soignante d'organiser des interventions auprès du résident.

²⁵⁷ Le médecin coordonnateur est en charge de l'élaboration des protocoles que les professionnels des EHPAD doivent suivre dans l'exercice quotidien de leur fonction : protocole d'hygiène, protocole du circuit des déchets, protocole de nettoyage et de désinfection des locaux et des chambres, *etc.* Il veille également à l'application des bonnes pratiques gériatriques.

²⁵⁸ Les médecins traitants des résidents concernés sont, dans tous les cas, informés des prescriptions réalisées.

que vous avez l'avis du spécialiste, il faut aussi faire les prescriptions du spécialiste et imprimer votre dossier et imprimer pour vos soignants²⁵⁹. »

Cela permet en effet notamment de réinterroger le médecin téléconsultant en cas d'incompréhension et de renforcer la coopération entre praticiens autour de la prise en charge d'un patient : *« Mais nous on avait pris le parti de participer justement à la téléconsult' et comme ça on pouvait aussi, avec le professionnel, s'assurer quand on comprenait pas quelque chose de dire "Attends là je comprends pas pourquoi tu me dis ça, qu'est-ce qu'il en est exactement ? Et qu'est-ce que moi je fais sur place pour mon patient²⁶⁰ ?" »*.

Cette présence du médecin coordonnateur semble par ailleurs rassurante pour le résident lui-même, la relation de confiance établie entre ce professionnel qui est une figure quasi-quotidienne, connue dans l'établissement et qui participe de la vie de l'établissement : *« Après on lui demandait s'il était d'accord pour qu'on reste. En fait, ils étaient plutôt d'accord parce que... je sais pas comment dire... si ils étaient d'accord parce que je pense qu'ils étaient rassurés par la présence des professionnels habituels de la maison de retraite. [...] il y a jamais aucun résident qui nous ont dit "Non, je préfère rester tout seul avec le médecin". Et je pense que comme ils savent que bon après comme nous aussi, on est médecin traitant des résidents, ils savent qu'on est dans le secret professionnel²⁶¹. »*

Dans les entretiens, est également évoquée la nécessité de la présence du médecin coordonnateur dans un souci d'assurer l'exhaustivité du suivi du patient et la qualité de sa prise en charge relativement aux informations médicales, lesquelles doivent impérativement faire l'objet d'un échange entre les médecins : *« Il faut qu'il y ait un médecin côté requérant. Une aide-soignante par exemple qui accompagnerait la téléconsultation, je pense qu'il faut que ce soit une personne autonome qui soit derrière l'écran quoi. Parce qu'une aide-soignante elle a pas tous les tenants et les aboutissants sur la pathologie, donc il faut vraiment que votre dossier soit nickel quoi. Il faut vous disiez bien qu'il a des allergies, bien qu'il y a une insuffisance rénale, bien que... Si on prescrit un traitement, on peut pas prescrire n'importe quoi²⁶². »*

La question de la responsabilité est en effet prégnante dans l'intervention d'un tiers professionnel à la téléconsultation, aussi bien en tant que professionnel intervenant auprès du résident qu'en tant que professionnel interagissant avec le praticien téléconsultant.

Responsabilité : immunité de principe de l'auxiliaire de santé exerçant en établissement.

Si l'auxiliaire de santé exerce dans le cadre d'une structure, sa responsabilité personnelle ne sera, en principe, pas engagée.

S'il est salarié d'un établissement privé²⁶³, il pourra en effet bénéficier de l'immunité des préposés, en vertu de laquelle *« n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant²⁶⁴ »*. On appelle préposé une personne physique effectuant un travail sous la subordination d'une autre – le commettant –, laquelle peut être une personne physique ou morale. Le terme de

²⁵⁹ Entretien soignant n° 15, p. 2.

²⁶⁰ Entretien soignant n° 15, p. 20-21.

²⁶¹ Entretien soignant n° 15, p. 11.

²⁶² Entretien soignant n° 15, p. 22.

²⁶³ Ce qui peut être le cas tant d'un infirmier (par exemple dans une clinique privée ou dans un EHPAD privé) ou d'un pharmacien (salarié dans une officine).

²⁶⁴ Cass. Ass. Plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378 et 97-20.152, *Costedoat*.

subordination désigne une situation de dépendance, se traduisant par le pouvoir du commettant de diriger, surveiller et contrôler l'activité du préposé²⁶⁵. Précisons qu'il s'agit seulement là d'une immunité civile (et non pénale). Elle ne concerne, en outre, que le préposé, et non son assureur de responsabilité, lequel peut être tenu de rembourser le commettant après indemnisation, par ce dernier, de la victime²⁶⁶. La Cour de cassation a, par ailleurs, exclu le jeu de cette immunité en présence de fautes particulièrement graves, ce que suggère de consacrer la proposition de loi du 29 juillet 2020 portant réforme de la responsabilité civile. Aux termes de son article 1248, alinéa 4, « Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions²⁶⁷ ». Il importe d'insister sur le fait que des cas de cumul de responsabilité peuvent donc exister, le préposé et le commettant étant tous les deux reconnus civilement responsables d'un même dommage (le premier de son fait personnel, et le second du fait d'autrui). Une condamnation *in solidum* est alors prononcée par les juges.

En effet, en présence d'un rapport de préposition, l'établissement peut être tenu à réparation sur le fondement de la responsabilité des commettants du fait de leurs préposés²⁶⁸. Toute faute²⁶⁹ commise par un préposé dans l'exercice de ses fonctions engage la responsabilité de son commettant. Un lien est donc indispensable entre la faute et les fonctions du salarié, le commettant étant totalement exonéré en cas d'abus de fonction : « Le commettant ne s'exonère de sa responsabilité que si son préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions²⁷⁰ ». Trois conditions sont exigées, de manière cumulative, par la jurisprudence pour qu'un abus de droit soit retenu : le fait que le préposé ait agi sans autorisation du commettant ; le fait que le préposé ait agi à une fin étrangère à ses attributions (autrement dit, qu'il ait commis une faute pour une raison étrangère à son travail, donc dans son intérêt personnel) ; enfin, le fait que le préposé ait agi hors de ses fonctions (ce qui suppose que la faute n'ait pas eu lieu dans le cadre matériel des fonctions, c'est-à-dire sur le lieu de travail pendant le temps de travail). La définition de l'abus de fonction est, ainsi, particulièrement restrictive : il suffit qu'un seul rattachement au travail soit présent

²⁶⁵ Cass. soc., 13 nov. 1996, n° 94-13.187, *Société générale*.

²⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 12 juil. 2007, n° 06-13.790 : « Cette immunité n'emportant pas l'irresponsabilité de son bénéficiaire, la cour d'appel, [...] a exactement énoncé [qu'elle] ne faisait pas obstacle à l'exercice, par la société Generali assurances IARD, de son recours subrogatoire à l'encontre de la société Le Sou médical, tenue, en sa qualité d'assureur de responsabilité [du préposé] ».

²⁶⁷ Cette seconde hypothèse fait référence à l'abus de fonction – Dans le même sens, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, art. 1249, al. 4.

²⁶⁸ Aux termes de l'article 1242, alinéa 5, du Code civil (déjà, anc. art. 1384, al. 5) : « Les maîtres et les commettants sont responsables du dommage causé par leurs domestiques et leurs préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés ». La même règle est reprise par les récents projets de réforme (*Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, 29 juillet 2020, art. 1248 ; *Projet de réforme de la responsabilité civile*, art. 1249).

²⁶⁹ Même si cette condition n'apparaît pas explicitement dans la loi, elle a toujours été exigée par la jurisprudence afin d'engager la responsabilité du commettant du fait des dommages causés par son préposé. Il est donc nécessaire que la victime prouve l'existence d'une faute du préposé, au sens des articles 1240 et 1241 du Code civil. La proposition de loi de juillet 2020 confirme l'exigence d'une faute du préposé en précisant, de manière plus générale, que la responsabilité du fait d'autrui suppose toujours un fait susceptible d'engager la responsabilité personnelle de l'auteur direct du dommage (art. 1244 ; déjà, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017, art. 1245, al. 2).

²⁷⁰ Cass. Ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654, *La cité*.

pour que la responsabilité du commettant soit engagée, ce qui est donc très fréquemment le cas²⁷¹.

Si l'auxiliaire de santé travaille dans une structure publique²⁷², le régime de responsabilité applicable sera celui de la responsabilité administrative. Le juge compétent pour connaître les actions en réparation est en principe le juge administratif, lequel appliquera les règles du droit public. Toutefois, le juge judiciaire est compétent dans certains cas particuliers. Tout dépendra de la qualification de la faute à l'origine du préjudice subi par la victime. Cette faute peut être qualifiée soit de faute personnelle²⁷³, soit de faute de service. L'existence d'une faute personnelle a pour effet d'engager la responsabilité personnelle de l'agent²⁷⁴. Dans ce cas, le juge compétent sera le juge judiciaire qui appliquera le droit commun. L'agent condamné devra indemniser la victime sur ses propres fonds. En revanche, si la faute est qualifiée de faute de service, la responsabilité de l'employeur public sera recherchée devant la juridiction administrative. En cas de condamnation, la personne morale de droit public devra indemniser la victime sur les fonds publics (plus précisément, ce sera l'assureur de la personne publique qui indemnifiera la victime). Au regard de la jurisprudence, la faute personnelle recouvre deux hypothèses : soit elle a été commise en dehors du service et n'a aucun lien avec le service²⁷⁵ ; soit elle a été réalisée à l'occasion du service, mais en raison de l'intention de nuire de son auteur ou de son exceptionnelle gravité, elle se détache du service pour n'engager que la responsabilité de l'agent²⁷⁶. La jurisprudence ne retient pas facilement l'existence d'une faute détachable du service. Outre l'intention dolosive, la faute professionnelle ou déontologique doit être d'une particulière gravité. Le professionnel doit avoir commis une faute inexcusable. Néanmoins, même en cas de faute grave, la Cour de cassation semble rejeter l'existence d'une faute personnelle, faisant primer de plus en plus la qualification de faute de service²⁷⁷, probablement non seulement pour protéger le patrimoine de l'agent mais également pour orienter les victimes vers des responsables solvables. En ce sens, les juridictions administratives utilisent les techniques du cumul de fautes²⁷⁸ et du cumul de responsabilités²⁷⁹ pour éviter de se déclarer incompétentes ou pour faciliter l'indemnisation des victimes.

²⁷¹ Par ex. concernant un vol, Cass. 2^e civ., 21 mai 2015, n° 14-14.873 : absence d'abus de fonction car le salarié « avait trouvé dans son emploi l'occasion et les moyens de commettre sa faute ayant consisté, par un détournement d'informations et de matériel, à se rendre complice de ce vol » ; concernant un homicide, Cass. crim., 25 mars 1998, n° 96-85.593 : « Le crime a été commis sur les lieux du travail et à l'occasion des fonctions que [le préposé] exerçait dans l'entreprise » ; concernant des viols et agressions sexuelles, Cass. 2^e civ., 17 mars 2011, n° 10-14.468 : « Ce préposé, qui avait ainsi trouvé dans l'exercice de sa profession sur son lieu de travail et pendant son temps de travail les moyens de sa faute et l'occasion de la commettre, fût-ce sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, n'avait pas agi en dehors de ses fonctions, et l'association, son commettant, était responsable des dommages qu'il avait ainsi causés ».

²⁷² Ce qui peut être le cas d'un infirmier (par exemple dans un établissement public hospitalier ou dans un EHPAD public) mais aussi d'un pharmacien exerçant dans une pharmacie à usage intérieur (PUI).

²⁷³ Selon la formule de Laferrière, la faute personnelle est « la faute qui révèle l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences » (Conc. sur T. confl., 5 mai 1877, Laumonier-Carriol, *Rec.*, p. 437).

²⁷⁴ T. confl., 30 juillet 1873, *Pelletier, D.*, 1874.3.5, concl. David.

²⁷⁵ C.E., 28 juillet 1951, *Société Standard des pétroles, Rec.*, p. 470 ; C.E., 23 juin 1954, *Veuve Litzer, Rec.*, p. 376.

²⁷⁶ Par ex. C.E., Ass., 12 avril 2002, *Papon, Rec.*, p. 139, concl. Boissard.

²⁷⁷ Cass. crim., 18 novembre 2014, n° 13-86284.

²⁷⁸ C'est l'hypothèse dans laquelle deux fautes (l'une personnelle et l'autre de service), résultant de deux faits distincts, coexistent à l'origine d'un dommage. Voir par ex. CAA Nancy, 30 juin 1994, n° 93NC00697.

²⁷⁹ Lorsqu'un dommage résulte d'une faute personnelle commise dans le cadre du service, la jurisprudence accepte que la victime puisse engager la responsabilité de l'administration plutôt que celle de l'agent. On parle alors de « cumul de responsabilités » puisqu'une seule et même faute est susceptible d'engager, au choix de la victime, la

Responsabilité en cas de défaut du matériel utilisé. Voir *supra* concernant l'intervention d'un tiers professionnel à domicile.

Responsabilité du fait d'autrui du médecin réalisant la téléconsultation. Voir *supra* concernant l'intervention d'un tiers professionnel à domicile.

Si un tiers professionnel peut assister dans la téléconsultation la personne âgée qui réside en établissement, un proche, un aidant, par définition non professionnel, peut également accompagner la personne âgée.

2/ Le tiers proche/aidant²⁸⁰

Lorsque la personne âgée est accueillie dans un établissement, au-delà de l'intervention d'un professionnel lors de la téléconsultation, ne doit pas être négligée la place que peut jouer le proche dans la téléconsultation.

Le proche peut avoir la qualité de personne de confiance dans le domaine social (a), ou bien intervenir en dehors de cette qualité (b).

a/ La personne de confiance dans le domaine social

Désignation de la personne de confiance. L'admission d'une personne âgée dans un établissement pourra, tout d'abord, la conduire à désigner une personne de confiance. Lorsqu'une personne est prise en charge par un établissement social ou médico-social (par exemple un EHPAD), elle est incitée à la désignation d'une personne de confiance²⁸¹. Rappelons que la personne de confiance est une personne majeure désignée par le patient qui peut être un parent, un proche ou son médecin traitant²⁸². Cette personne de confiance du domaine social sera consultée au cas où la personne intéressée rencontre des difficultés dans la connaissance et la compréhension de ses droits²⁸³. En particulier, la personne de confiance pourra être présente lors de la conclusion du contrat de séjour ou pourra donner son avis sur le recours à la téléconsultation, de façon générale, pour le résident qu'elle accompagne lors de son entrée dans l'établissement, comme le souligne un des soignants interrogés : « *Pour certains qui ont des gros troubles de la mémoire, oui, on est obligé de demander, quel que soit le geste, on est obligé de demander l'accord de la personne de confiance. Quand ils ont des gros troubles*

responsabilité de l'agent devant le juge judiciaire ou celle de l'administration devant le juge administratif. Le juge admet que l'administration n'a commis aucune faute de service, mais fait comme si elle en avait commise une, ce qui permet à la victime d'engager sa responsabilité. L'administration permet ainsi à la victime d'obtenir une réparation du dommage subi du fait de la faute personnelle de l'agent. Voir par ex. CAA Paris, 1^{re} ch., 4 fév. 1993, n° 92PA00084, *Assistance publique des hôpitaux de Paris c/ Consorts* ; Cass. crim., 8 juin 1994, *Bull. crim.*, n° 226.

²⁸⁰ Texte rédigé par A. Catherine, Maître de conférences en droit public, ICREJ (UR 967) et F. Rogue, Maître de conférences en droit privé, Université de Caen Normandie, ICREJ (UR 967).

²⁸¹ CASF, art. L. 311-5-1.

²⁸² CSP, art. L. 1111-6.

²⁸³ CASF, art. L. 311-5-1.

de la mémoire, on leur demande quand même leur avis, mais c'est pas toujours adéquat. Donc on demande aussi à la personne de confiance²⁸⁴. »

Modalités de désignation. Huit jours au moins avant l'entretien visant à la conclusion du contrat de séjour, le directeur de l'établissement informe la future personne accueillie de la possibilité pour elle de désigner une personne de confiance et lui en explique le rôle²⁸⁵. Il lui est également remis une notice d'information²⁸⁶, complétant les informations orales faites. L'exécution de cette information sur la personne de confiance est attestée par un document daté et signé par le directeur de l'établissement et la future personne accueillie.

La notice d'information délivrée à la personne, outre le fait d'apporter des précisions sur le rôle et la place de la personne de confiance, indique que la personne de confiance, peut avoir accès au dossier médical du patient, en présence de ce dernier, et ne pourra divulguer ces informations sans accord du patient²⁸⁷. En outre, elle comporte un modèle de désignation de la personne de confiance (ainsi qu'un modèle de révocation).

Le rôle de la personne de confiance en matière médicale. La personne de confiance peut également, si la personne accueillie le souhaite, l'accompagner dans ses démarches et assister aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions. Dans ce cas, la personne de confiance joue aussi un rôle en matière médicale, tel que prévu par l'article L. 1111-6 du Code de la santé publique²⁸⁸.

La personne de confiance peut donc avoir une place toute indiquée en cas de téléconsultation. Ainsi, si le proche qui accompagne le patient lors de la téléconsultation est juridiquement la personne de confiance, sa place et son rôle justifient sa présence lors de la téléconsultation.

Sa qualité de personne de confiance lui impose de respecter la confidentialité des informations auxquelles elle a accès, avec l'accord de la personne accueillie. Elle peut être un soutien précieux pour cette dernière dans les décisions médicales qui seront proposées et prises lors de la téléconsultation²⁸⁹.

En dehors du proche qui sera juridiquement désigné comme personne de confiance, quelle place peut être accordée au proche dans le cadre d'une téléconsultation ayant lieu au sein de l'établissement qui accueille le patient ?

b/ Le proche

Rôle du proche. De prime abord, on peut penser que le rôle du proche sera limité, voire inexistant, dès lors que la présence des professionnels conduit à ce que ce soit eux qui prennent une place importante lors de la téléconsultation. Pour autant, le proche de la personne accueillie pourra être un relais précieux pour les professionnels de l'établissement²⁹⁰. Sa présence pourra

²⁸⁴ Entretien soignant n°15. Cf. également entretien soignant n°20.

²⁸⁵ CASF, art. D. 311-0-4.

²⁸⁶ Établie conformément à un modèle défini par l'annexe 4-10 du Code de l'action sociale et des familles.

²⁸⁷ CASF, Annexe 4-10.

²⁸⁸ Cf. livre blanc général *Enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine en Normandie*.

²⁸⁹ Cf. livre blanc général *Enjeux juridiques et éthiques du développement de la télémédecine en Normandie*.

²⁹⁰ Entretien soignant n°18.

rassurer le patient qui pourrait être angoissé, voire hostile à la téléconsultation. Le proche pourra soutenir le patient dans cette démarche, participer à la transmission de l'information en expliquant certains éléments non compris par le patient ou en posant des questions que le patient n'oserait pas ou ne pourrait pas poser, comme en témoigne un soignant : « *Les familles aussi sont présentes la plupart du temps donc elles peuvent aussi remonter ce qu'elles observent, leurs questionnements, et elles peuvent aussi échanger directement avec le professionnel*²⁹¹. »

Une formalisation du rôle du proche dans le projet d'établissement ? Dans une visée plus prospective, on peut imaginer que la participation du proche à la téléconsultation soit encadrée et formalisée par le projet d'établissement de l'organisme qui accueille le patient et qui recourt à la téléconsultation. Ne pourrait-on pas imaginer que le proche puisse être le relais des professionnels dans les actes, les plus simples et les moins invasifs, accomplis lors de la téléconsultation ? Une telle formalisation dans le projet d'établissement permettrait d'encadrer le rôle et la place du tiers dans la téléconsultation et de formaliser les responsabilités de chacun.

Majeur sous protection juridique. Une autre interrogation peut être soulevée, lorsque la personne accueillie dans l'établissement, fait l'objet d'une mesure de protection juridique : son organe de protection est-il une personne ressource en matière de téléconsultation ?

Rappelons que c'est le patient, majeur protégé qui, en principe, consent seul à la téléconsultation²⁹². Ce n'est que s'il fait l'objet d'une mesure de protection avec représentation relative à la personne, et qu'il est inapte à consentir à la téléconsultation, que l'autorisation, préalable à la téléconsultation, de l'organe de protection (tuteur en particulier) sera requise²⁹³.

L'organe de protection n'a donc pas vocation à être présent en amont ou lors de la téléconsultation²⁹⁴, en dehors de ce cas. Au regard de ses missions, l'organe de protection ne sera pas une personne ressource pour accompagner le patient lors de sa téléconsultation au sein de l'établissement.

Le proche, organe de protection juridique. Cela étant dit, lorsque l'organe de protection est désigné par le juge des tutelles parmi les membres de la famille (et n'est donc pas un professionnel MJPM), sa qualité de proche peut l'amener à accompagner le patient lors de la téléconsultation. C'est bien plus cette qualité qui justifiera sa présence que le fait qu'il soit organe de protection au sens du droit des majeurs protégés. Son rôle, sa place et ses obligations ne sont donc pas différents de ceux d'un proche qui n'exerce pas une mesure de protection juridique. Néanmoins, en tant que garant des intérêts du majeur protégé, chargé d'assurer sa protection, tout en préservant son autonomie, ses libertés individuelles, ses droits fondamentaux et sa dignité²⁹⁵, le proche en charge d'une mesure de protection juridique peut être plus à même d'alerter le majeur protégé sur les conséquences de la téléconsultation et de s'inquiéter que les droits et libertés du patient vulnérable soient bien préservés lors de la téléconsultation ayant lieu dans l'établissement.

²⁹¹ Entretien soignant n°18.

²⁹² Cf. *supra*, consentement à la téléconsultation et majeurs protégés.

²⁹³ CSP, art. L. 1111-4, al. 8.

²⁹⁴ Entretien MJPM.

²⁹⁵ C. civ., art. 415.

Annexe : Liste des terrains EDeTeN

Phase exploratoire : 22 avril 2021-8 juillet 2021.

1. Observation n°1. Prise de rdv téléconsultation sur *Doctolib*. 22 avril 2021.
2. Observation n°2. Échanges informels avec une dermatologue sur le développement de la télémédecine en Normandie. 26 et 27 avril 2021.
3. Observation n°3. Téléconsultation *Doctolib*. 28 avril 2021.
4. Observation n°4. Rdv avec groupe ayant développé les téléconsultations en officine. (Orne). 10 mai 2021.
5. Observation n°5. Observations de téléconsultations en dermatologie. (Calvados). 17 mai 2021.
6. Entretien pharmacien n°1. Cabine téléconsultation. (Orne). 28 mai 2021.
7. Entretien patient n°1. Homme. 34 ans. (Seine-Maritime). 1^{er} juin 2021.
8. Entretien soignant n°1. IDE psychiatrie auprès des mineurs. (Seine-Maritime). 4 juin 2021.
9. Entretien soignant n°2. Médecin ophtalmologue. (Seine-Maritime). 8 juin 2021.
10. Observation n°6. Téléconsultation *Qare*. 8 juin 2021.
11. Observation n°7. Réunion COPIL Télémédecine. (Seine-Maritime). 14 juin 2021.
12. Entretien soignant n°3. IDE psychiatrie auprès des mineurs. (Seine-Maritime). 17 juin 2021.
13. Observations n°8. Téléconsultation en dermatologie. (Seine-Maritime). 21 juin 2021.
14. Entretien soignant n°4. Psychiatre. (Seine-Maritime). 22 juin 2021.
15. Entretien soignant n°5. IDE Télésurveillance diabétologie. (Seine-Maritime). 25 juin 2021.
16. Entretien soignant n°6. Cardiologue. (Calvados). 25 juin 2021.
17. Entretien soignant n°7. Médecin généraliste. (Calvados). 29 juin 2021.
18. Entretien soignant n°8. Coordinatrice en télédermatologie. (Seine-Maritime). 2 juillet 2021.
19. Entretien soignant n°9. Dermatologue et gériatre. (Seine-Maritime). 2 juillet 2021.
20. Entretien soignant n°10. Médecin généraliste. (Seine-Maritime). 6 juillet 2021.
21. Entretien patient n°2. Femme. 30 ans. (Seine-Maritime). 8 juillet 2021.

Enquête phase 2 : 12 octobre 2021-1^{er} juin 2022

22. Entretien patient n°3. Homme. 32 ans. (Seine-Maritime). 12 octobre 2021.
23. Entretien patient n°4. Femme. 34 ans. (Seine-Maritime). 15 octobre 2021.
24. Entretien soignant n°11. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). Médecin généraliste. (Calvados). 23 octobre 2021.
25. Entretien soignant n°12. IDE. Suivi psychologique et addictologie. (Seine-Maritime). 26 octobre 2021.
26. Entretien pharmacien n°2. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). (Manche). 28 octobre 2021.
27. Entretien patient n°5. Femme. 28 ans. (Seine-Maritime). 3 novembre 2021.
28. Entretien mandataire judiciaire à la protection des majeurs n°1. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). (Calvados). 3 novembre 2021.
29. Entretien patient n°6. Suivi psychiatrique. Femme. 45 ans. (Calvados). 8 novembre 2021.
30. Entretien soignant n°13. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). Médecin généraliste urgentiste. (Calvados). 9 novembre 2021.
31. Entretien patient n°7. Suivi psychiatrique. Femme. 70 ans. (Calvados). 10 novembre 2021.
32. Entretien patient n°8. Homme. 67 ans. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). (Orne). 15 novembre 2021.
33. Entretien soignant n°14. Coordonnatrice télémedecine. (Eure). 10 novembre 2021.
34. Entretien soignant n°15. Médecin gériatre en EHPAD. (Seine-Maritime). 15 novembre 2021.
35. Entretien pharmacien n°3. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). (Calvados). 16 novembre 2021.
36. Entretien patient n°9. Homme. 64 ans. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). 16 novembre 2021.
37. Observation n°9. Journées d'observations dans un service de télésurveillance médicale (SCAD). (Calvados). 16 et 17 novembre 2021.
38. Entretien soignant n°16. IDE SCAD. (Calvados). 16 novembre 2021.
39. Entretien soignant n°17. Infirmière en EHPAD. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). (Calvados). 18 novembre 2021.
40. Entretien soignant n°18. Infirmière coordinatrice en EHPAD. (Étudiant Master droit/Clinique juridique). (Orne). 26 novembre 2021.
41. Entretien patient n°10 et n°11 (couple de patients de 69 et 71 ans). Consultation psychiatrique. (Calvados). 18 novembre 2021.
42. Entretien soignant n°19. Médecin du travail. (Calvados-Manche). 24 novembre 2021.
43. Entretien patient n°12. Homme. 66 ans. (Calvados). 25 novembre 2021.
44. Entretien soignant n°20. Médecin coordinatrice en EHPAD. (Seine-Maritime). 26 novembre 2021.
45. Entretien soignant n°21. Médecin généraliste. (Manche). 30 novembre 2021.

46. Entretien patient n°13. Suivi psychiatrique. Femme 61 ans. (Calvados). 3 décembre 2021.
47. Entretien soignants n°22 et n°23. Médecin coordinateur et directeur d'EHPAD. (Eure). 16 décembre 2021.
48. Entretien patient n°14. Femme. 70 ans. (Calvados). 16 décembre 2021.
49. Entretien patiente n°15. 72 ans. (Calvados). 5 janvier 2022.
50. Entretien patiente n°16. Femme. 65 ans. (Calvados). 7 janvier 2022.
51. Observation n°10. Téléconsultation *Qare*. 18 janvier 2022.
52. Observation n°11. Téléconsultation dans prototype de cabine ophtalmologique. 3 février 2022.
53. Entretien soignante n°24. (Calvados). 16 novembre 2021.
54. Entretien soignant-patient n°1. (Calvados). 16 novembre 2021.
55. Entretien soignant-patient n°2. (Calvados). 17 novembre 2021.
56. Entretien patient n°17. Homme. 87 ans. (Seine-Maritime). 30 mai 2022.
57. Entretien patient n°18. Homme. 68 ans. (Seine-Maritime). 1^{er} juin 2022.