

La télémédecine *low-cost*, ou la dangereuse assimilation du radiodiagnostic à une banale prestation de service

Dr Vincent HAZEBROUCQ, Maître de conférence des Universités à l'Université Paris Descartes (Paris-V) – Praticien hospitalier à l'AP-HP

La création, au plan international, de firmes commerciales de télémédecine incite le radiologue à reconsidérer plusieurs aspects juridiques de son métier. Le développement d'Internet et la dématérialisation de nos résultats d'examens (images et comptes-rendus), peuvent également conduire quelques décideurs et confrères, à envisager la virtualisation complète des radiologues, parfois inspirée ou confortée par certaines dérives et moutons noirs issus de nos propres rangs¹.

Plusieurs firmes de 'téléradiologie *low-cost*' prétendent limiter désormais le rôle du radiologue à l'interprétation à distance des examens radiologiques, dont l'indication, la détermination du protocole d'examen et sa réalisation technique passeraient sous la tutelle des médecins demandeurs d'examens alors qu'actuellement les médecins radiologues en sont, en France, pleinement responsables². Ce faisant, elles tendent vers une transformation du rôle du médecin radiologue, dont le véritable '*client*' est traditionnellement le *patient* (auquel le radiologue sait depuis 1936 devoir '*... des soins non pas quelconques mais attentifs, dévoués et conformes aux données de la science ...*') en un prestataire de service dont le '*client*' deviendrait le clinicien ou l'établissement adressant les images pour une *téléinterprétation*, et auquel il serait suffisant de répondre à la question posée, dès que cette réponse est présente sur les images.

Un juriste finlandais aurait même proposé aux instances européennes d'assimiler l'interprétation des radiographies à une banale traduction (le radiologue ne ferait que traduire en mots de son compte rendu ce qui est écrit sous formes d'ombres et de niveaux de gris sur les clichés qu'il examine) et de considérer que l'acte proprement médical ne serait en réalité établi qu'au moment de l'exploitation du compte-rendu lors de la prise en charge au chevet du patient, par sa confrontation avec les autres éléments cliniques et biologiques³.

Il convient de rappeler que cette possibilité de dérive technique de la radiologie est identifiée et combattue depuis les origines de la radiologie médicale : la fondation, le 10 décembre 1908, de la Société française de radiologie médicale (SFR) visait précisément à inscrire la pratique radiologique comme une *spécialité clinique exercée par des médecins spécialisés* et non comme une prestation technique déléguée à des techniciens⁴. Et

¹ La France entière a ainsi pu découvrir dans la Presse nationale et régionale qu'un médecin radiologue du Nord de la France avait pu créer, ainsi qu'en Belgique, plusieurs cabinets de radiologie en s'affranchissant de toutes les règles professionnelles et notamment d'hygiène et de radioprotection. Des personnels sans aucun diplôme réalisaient des examens interprétés à distance, via internet, sur des outils techniques et avec des méthodes ne garantissant nullement la qualité ni la sécurité des informations, et encore moins celle des diagnostics ainsi établis. (v. p. ex. l'Express, <http://www.lexpress.fr/info/quotidien/actu.asp?id=464768>, ou la Voix du Nord du 13 décembre 2007)

² La plupart de ces firmes internationales ont initialement été créées pour répondre au fonctionnement Nord-Américain, dans lequel ce sont les radiologues locaux qui sous-traitent une partie de leurs interprétations nocturnes, parfois aussi diurnes, et signent eux-mêmes les comptes-rendus délivrés aux cliniciens demandeurs et/ou aux patients, parfois sans les vérifier. Ce « *Ghost-reporting* » a fait l'objet d'une mise en garde extrêmement critique de la part de l'*American College of Radiology*, disponible au téléchargement sur le site web de l'ACR : <http://www.acr.org/SecondaryMainMenuCategories/NewsPublications/FeaturedCategories/CurrentHealthCareNews/More/GhostReporting.aspx>

³ De ce point de vue, la livraison de certains de comptes-rendus radiologiques du type « *contrôle de fracture, à confronter avec la clinique (ou avec les clichés antérieurs)* » sont de nature à conforter cette impression de démission du rôle médical de leurs auteurs, sans parler des trop nombreux clichés délivrés sans interprétation, en violation de la réglementation et de toutes les règles de prudence professionnelle.

⁴ En 1898, les « *laboratoires de radiologie* » de la Salpêtrière et de Necker créés par deux non-médecins ont de ce fait été vivement critiqués dès leur origine par Antoine Béchère, fondateur en 1897 à Tenon du premier *laboratoire hospitalier de radiologie médicale*, suivi en 1898 par le Pr Bouchard à l'hôpital de la Charité (sur l'emplacement de l'actuelle faculté des Saints-Pères de Paris). En 1899 Antoine Béchère a pris la direction du nouveau service de radiologie de l'hôpital Saint-Antoine, qu'il a dirigé jusqu'à son départ en retraite, en 1921.

pourtant, à cette époque héroïque des débuts de la radiologie, une bonne dose de technicité était indispensable pour réparer constamment les appareillages, ou les améliorer. Les éditoriaux historiques du *Journal de radiologie*, publiés cette année à l'occasion du Centenaire de la SFR permettent de constater que ces discussions du radiologue médecin versus technicien sont périodiquement relancées depuis un siècle ; plusieurs articles récents de *Radiology* démontrent que ces discussions se prolongent également en Amérique du Nord⁵ ravivées par le développement de la Téléradiologie, même si la tendance majoritaire semble revenir un peu du '*tout technologique et commercial*' pour se recentrer sur le patient.

Cependant, malgré de nombreuses prises de positions volontaristes explicites, inlassablement répétées depuis plus d'un siècle, en France comme à l'étranger, le rôle global proprement médical du radiologue doit toujours être expliqué et défendu sans relâche, tant à l'échelon local de nos services et de nos hôpitaux, qu'auprès des décideurs hospitaliers, des agences régionales, ou encore des tutelles nationales ou européennes.

De nombreux lobbys, notamment industriels, aimeraient tant voir déclasser l'acte médical, notamment radiologique, en une '*simple prestation de service*', plus facile à déréguler sous l'inoxydable et fallacieux prétexte d'un '*avantage manifeste pour le public d'une concurrence sans brides*'.

Les consommateurs de téléphonie mobile ou fixe, les abonnés à internet et à l'électricité peuvent tous témoigner de l'écart séparant ces théories de la réalité quotidienne. Cependant, la pression dérégulatrice se poursuit et s'amplifie malgré tout, pour tenter, à chaque occasion, d'effacer les règles spécifiquement établies pour la médecine.

S'y ajoute, le plus souvent la confusion soigneusement entretenue entre la '*télétransmission des images*' (simple étape technique), la '*téléinterprétation*' (une des étapes médicales) et la véritable '*téléradiologie*' complète, pratique globale et organisée de la radiologie à distance, et subdivisée en *télédiagnostic* et *téléexpertise*.

D'autres industriels, souvent nationaux, ont inversement saisi l'intérêt de privilégier les concepts et les produits industriels permettant de valoriser une '*télé médecine à la française*', conforme aux standards traditionnels de qualité et d'humanité qui ont conduit l'OMS en 2005 à qualifier la médecine française de meilleure du Monde⁶.

La téléradiologie est-elle régie par les dispositions du code du commerce ?

Si la plupart des médecins répondent automatiquement à cette question '*Bien sûr que non !* » et considèrent souvent qu'il s'agit d'une pure provocation, la réponse obtenue est différente chez les juristes et certains directeurs d'hôpitaux publics, du moins si l'on en juge par le déroulement de quelques récents appels d'offres en matière de téléradiologie. Et ces discussions sur la nature commerciale ou non de la médecine prennent aussi parfois des chemins insoupçonnés qu'illustrent deux récentes décisions de l'*Autorité de la Concurrence*⁷.

Cette '*Autorité de la Concurrence*', désignée avant le 1^{er} janvier 2009 '*Conseil de la Concurrence*', est une autorité administrative indépendante, créée en 1986 pour combattre

⁵ V. p. ex. : Maynard, C.D : *Radiologists, Physician or Expert Image Interpreters ?*, *Radiology*, août 2008, **248** (n°2) pp. : 333-338

⁶ La publication en avril 2009 du *Livre blanc de la Téléradiologie* par le LESSIS (Les Entreprises des Systèmes d'Information Sanitaires et Sociaux, www.lesiss.org) et le GIXEL (Groupement Industriel de l'interconneXion et des systèmes Electroniques [www.gixel.fr]), illustre cette seconde tendance. Ce document peut être téléchargé sur le site : www.lesiss.org/publications/20090415telerad. En quelque sorte c'est un domaine supplémentaire pour opposer la qualité, le confort, sinon le luxe, à la production industrielle de masse et de médiocre qualité.

⁷ Ces décisions sont intégralement téléchargeables sur le site web de l'Autorité de la concurrence : <http://www.autoritedelaconcurrence.fr>

les pratiques anticoncurrentielles illicites et étudier le fonctionnement des marchés, pour l'application, notamment, du traité de Rome du 25 mars 1957 instituant la Communauté Européenne. Ses décisions sont, nous le verrons, susceptibles de recours devant la Cour d'Appel de Paris, ainsi que de pourvois devant la Cour de cassation.

Deux dossiers distincts, traitant le 1er des relations financières possibles entre hôpitaux publics et structures libérales pour l'externalisation d'examens d'anatomo-cyto-pathologie et le 2nd de consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels médicaux peuvent alimenter la réflexion sur les modalités pertinentes d'organisation et de tarification des examens radiologiques externalisés et/ou délocalisés (téléradiologie) :

La décision n° 07-D-41 du 28 novembre 2007 relative à des pratiques s'opposant à la liberté des prix des services proposés aux établissements de santé à l'occasion d'appels d'offres pour l'externalisation d'examens d'anatomo-cyto-pathologie

Dans ce premier dossier d'application du droit de la Concurrence à la médecine, le *Syndicat national des médecins anatomo-cyto-pathologistes Français*, le *Conseil départemental du Nord de l'Ordre national des médecins* et la société '*Centre de pathologie Liberté*' ont été condamnés à des sanctions pécuniaires allant de 12 000 à 20 000 Euros pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce⁸ à l'occasion d'appels d'offres pour la fourniture de prestations d'anatomo-cyto-pathologie (ACP) à des hôpitaux publics.

Ces organismes professionnels avaient en effet diffusé des consignes aux médecins anatomo-pathologistes libéraux pour qu'ils refusent collégialement, lors des appels d'offres émanant des hôpitaux publics, d'accorder des rabais commerciaux sur les tarifs conventionnels des examens d'anatomopathologie, en se fondant sur plusieurs articles du Code de déontologie médicale : art. n° 19 (stipulant que la médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce) et art. n° 22 à 24 & 67 (interdisant tout partage d'honoraires, compéragé, ou ristourne de toutes natures)⁹.

Sur la foi de ces textes précis et clairs, les organisations professionnelles susmentionnées avaient publiquement diffusé des documents exposant qu'à la différence des biologistes, les

⁸ **Art. L-420-1 du Code de commerce :**

« Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à : 1°) Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2°) Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3°) Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4°) Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement »

⁹ **Article R4127-19 du Code de la santé publique (CSP) :**

« La médecine ne doit pas être pratiquée comme un commerce.

« Sont interdits tous procédés directs ou indirects de publicité et notamment tout aménagement ou signalisation donnant aux locaux une apparence commerciale. »

Article R4127-22 du CSP :

« Tout partage d'honoraires entre médecins est interdit sous quelque forme que ce soit, hormis les cas prévus à l'article R. 4127-94. L'acceptation, la sollicitation ou l'offre d'un partage d'honoraires, même non suivies d'effet, sont interdites. »

Article R4127-23 du CSP

« Tout compéragé entre médecins, entre médecins et pharmaciens, auxiliaires médicaux ou toutes autres personnes physiques ou morales est interdit. »

Article R4127-24 du CSP

« Sont interdits au médecin :

- tout acte de nature à procurer au patient un avantage matériel injustifié ou illicite ;

- toute ristourne en argent ou en nature, toute commission à quelque personne que ce soit ;

- en dehors des conditions fixées par l'article L. 4113-6, la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèces sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, pour une prescription ou un acte médical quelconque. »

Article R-4127-67 du CSP :

« Sont interdites au médecin toutes pratiques tendant à abaisser, dans un but de concurrence, le montant de ses honoraires. Il est libre de donner gratuitement ses soins. »

médecins ACP n'avaient pas la possibilité légale de pratiquer des remises en volume sur leurs analyses (art. L6211-6 du CSP). Le conseil de l'Ordre préconisait de substituer aux procédures d'appel d'offres, proposées par les directeurs hospitaliers, des conventions soumises à l'examen ordinal, et écartant toute ristourne ou remise, sans toutefois exclure la possibilité d'accorder à l'hôpital le remboursement des frais engagés par l'établissement pour permettre ou faciliter l'exercice médical de l'ACP ; ces frais, précisait l'Ordre, pouvaient éventuellement s'exprimer sous la forme d'un pourcentage d'honoraires (de l'ordre de 5%) mais devaient être rigoureusement évalués sur la base des dépenses réellement engagées par l'hôpital (mise à disposition de locaux, personnel, matériel, fournitures, etc.).

Le Conseil de la concurrence balayait cette argumentation au motif de la prééminence de la loi (à savoir ici de l'article législatif L420-1 du Code du commerce) sur les articles réglementaires du Code de la santé publique relatifs au Code de déontologie médicale, issus d'un décret : la loi prévaut effectivement sur les décrets et sur les arrêtés.

Le Conseil ajoutait qu'à la différence des relations traditionnelles s'instaurant directement lors d'un examen classiquement pratiqué en ville entre le patient et son médecin ACP, les examens effectués par un médecin ACP, quoique libéral, pour le compte d'un hôpital s'inscrivent dans le cadre de la fourniture par l'hôpital au patient d'une prestation hospitalière globale - incluant l'examen adressé par l'hôpital, sans aucune relation directe entre le sous-traitant ACP et le patient ; de plus, même lorsque le médecin ACP a un statut hospitalier, il n'a généralement aucun contact direct avec le patient.

Le Conseil concluait de ces observations que les tarifs des actes des médecins libéraux ACP effectués pour le compte de l'hôpital n'étaient pas prédéfinis par les nomenclatures et tarifs relatifs au remboursement des assurés sociaux et relevaient donc du régime de droit commun de la liberté des prix, prévu à l'article L. 410-2, premier alinéa, du code de commerce¹⁰.

Le parallélisme entre l'externalisation de prestations ACP et celles de téléinterprétation en masse des firmes de *Téléradiologie low-cost* éclaire ainsi les débats des premiers appels d'offres hospitaliers pour l'établissement de relations régulières de télédiagnostic entre un hôpital et ces firmes nationales ou étrangères, que ce soit pour la délégation de la téléinterprétation des urgences radiologiques nocturnes ou de week-end, ou pour leur faire assumer, à distance, le suivi radiologique de vacations diurnes régulières de scanner ou d'IRM, faute de médecins radiologues locaux en nombre suffisant pour les assurer sur place. Le lecteur relèvera cependant que la radiologie reste ordinairement une discipline clinique, le patient 'entier' étant reçu par le service de radiologie, le scanner ou l'IRM, alors que le service d'ACP ne reçoit et ne traite habituellement que des prélèvements effectués et adressés par d'autres praticiens de l'hôpital.

¹⁰ **Article L-410-2 du Code du commerce** (Modifié par Ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 - art. 4)

« Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services ... sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

« Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut réglementer les prix après consultation de l'Autorité de la concurrence.

« Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois. »

- Plusieurs des sociétés récemment créées en France pour développer des activités de téléexpertise ou de télédiagnostic indiquent respecter pleinement les recommandations établies en 2007 par le Conseil professionnel de la radiologie avec le Conseil national de l'Ordre des médecins¹¹. Elles organisent, pour le télédiagnostic, une relation directe entre le patient, le manipulateur radio, le demandeur de chaque examen individuel et le téléradiologue, lequel peut donc ainsi exercer son contrôle réglementaire sur l'indication de l'acte et définir pour le manipulateur le protocole de l'examen à effectuer, puis interpréter les images transmises et faire parvenir son compte-rendu dans des délais compatibles avec la présence du patient ; ce dernier peut parfois même, s'il le désire, avoir un entretien téléphonique avec 'son' radiologue, autant qu'il pourrait éventuellement rencontrer un praticien physiquement présent dans le service. Pour ce faire, chacun des médecins appelés à exercer régulièrement par Téléradiologie en collaboration avec un établissement doit, conformément aux recommandations G4-CNOM, signer individuellement un contrat ou une convention directe avec l'établissement demandeur. En quelque sorte, *la téléradiologie permet de simuler l'envoi du patient chez le radiologue libéral* et ces structures de téléradiologie préconisent majoritairement aussi le maintien du paiement à l'acte de la prestation intellectuelle du médecin.

- Une autre compagnie, qui a récemment remporté un appel d'offre hospitalier public pratique une politique assez radicalement différente de ce qui vient d'être exposé, tout en affirmant cependant respecter les règles déontologiques françaises et les recommandations G4-CNOM : elle explique avoir structuré son offre tarifaire sur la base d'un *forfait médical* établi par référence à la rémunération d'un médecin remplaçant pour une vacation libérale de scanner ou d'IRM, et complété, au bénéfice de la Société de téléradiologie par un *forfait technique* rémunérant l'organisation générale du système et la fourniture ainsi que la maintenance des appareillages de traitement et de transmission des données (images, demandes d'exams et comptes-rendus).

Cette société signe, seule, le contrat avec l'hôpital d'une part, et avec 'ses' médecins télévacataires d'autre part.

Ce modèle, à la différence du précédent, rejoint ou s'inspire du mode de fonctionnement proposé par les compagnies internationales de télé médecine et semble adapté aux raisonnements du conseil de la concurrence ci-dessus exposés.

Il est fortement prévisible que le dumping tarifaire et le dumping social seront les principaux outils de négociation de ce type d'organisation, si les considérations relatives à la qualité et à la sécurité des soins n'interrompent pas rapidement cette course de '*cost-killers*', déjà observée dans l'aviation civile, l'industrie textile ou la métallurgie.

La décision n° 08-D-06 du 2 avril 2008 du Conseil de la Concurrence relative à des consignes syndicales de dépassement des tarifs conventionnels par les médecins spécialistes de secteur I, et l'Arrêt du 18 mars 2009 de la Cour d'appel de Paris réformant cette décision

Dans ce second dossier, qui a largement eu les honneurs de la Presse, le Conseil de la concurrence avait sanctionné, à la demande de l'Association des familles rurales, sept syndicats médicaux libéraux accusés d'avoir organisé entre leurs adhérents des ententes illégales visant à augmenter les tarifs des consultations.

¹¹ Ce *Guide du bon usage de la Téléradiologie*, ci après dénommé « Recommandations G4-CNOM » peut être téléchargé sur les sites web du SRH (http://www.srh-info.org/upload/TEXTE_G4_REF.pdf), de la SFR, de la FNMR et du CNOM.

L'Association des familles rurales reprochait en effet aux syndicats concernés d'avoir diffusé à leurs adhérents des consignes d'application (quasi) systématique d'un dépassement exceptionnel (DE) pour accroître leurs honoraires entre octobre 2001 et février 2005, période durant laquelle les honoraires médicaux faisaient l'objet, en l'absence d'une convention médicale signée avec l'assurance maladie, d'un règlement conventionnel minimal. Ces dépassements ont totalisé un excédent d'honoraires global d'environ 180 millions d'Euros, laissé à la charge des patients et de leurs familles.

- Le Conseil de la concurrence avait donc estimé, dans sa décision du 2 avril 2008, que les sept syndicats avaient enfreint les dispositions de l'article L720-1 du Code du commerce et leur avait infligé des sanctions pécuniaires échelonnées de 37 000 à 220 000 Euros (pour un total de 814 000 Euros).
- Ces syndicats ont fait appel ; la Cour d'appel de Paris a réformé, dans un arrêt du 18 mars 2009, la décision du Conseil de la concurrence, considérant que s'agissant de praticiens exerçant en secteur I conventionné, la concurrence par les prix ne pouvait pas s'exercer entre eux, le prix de leurs actes étant fixé par les tarifs conventionnels (la concurrence s'exerçait en revanche librement sur la qualité du service rendu, disponibilité, réputation, qualité relationnelle, qualité des équipements, ou disponibilité et aménagements des locaux professionnels...). En conséquence l'entente concertée pour la pratique de dépassements ne pouvait pas fausser une inexistante concurrence sur les prix, ce qui excluait dès lors que les syndicats médicaux soient considérés comme ayant enfreint les dispositions de l'article L420-1 du Code du commerce.
- Cet Arrêt de la Cour d'appel faisant l'objet d'un pourvoi devant la Cour de cassation, cette décision et son argumentation n'ont pas encore pris de valeur définitive. Elles fournissent cependant quelques pistes de réflexions complémentaires sur la façon d'établir l'argumentation médicale pour écarter l'application, au moins pour le secteur I conventionné, des dispositions du Code du commerce et éviter le dumping tarifaire pour la téléradiologie.

Post-Scriptum : L'arrêt du 7 avril 2010 de la Cour de cassation¹² est venu depuis définitivement approuver la position de la Cour d'appel de Paris (et donc infirmer la décision du *Conseil de la Concurrence*) en confirmant que « *...les marchés des consultations, actes techniques et chirurgicaux des médecins spécialistes libéraux du secteur 1 sont soumis à une réglementation des prix excluant toute possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par les pratiques incriminées, c'est à juste titre que la cour d'appel a dit inapplicables les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce* ».

Les deux pourvois formés par l'Association des familles rurales d'une part et par le Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi ont donc été rejetés.

¹² COUR DE CASSATION, Comm., Arrêt n° 432 FS-P+B, Audience publique du 7 avril 2010, pourvois numéros D 09-13.494 et Y 0966.021