

# Documents photographiques et droit à l'image. Le point de vue d'une avocate

**RÉSUMÉ :** Le droit à l'image est inclus dans le droit à la vie privée. Il est donc protégé par des textes législatifs et doit être respecté par les médecins. L'image du patient fait partie des éléments contenus dans le dossier médical. Elle est donc couverte par le secret médical, contenue dans le dossier, et doit être transmise en cas de demande légitime du patient.

Dans le cadre d'une utilisation scientifique et d'enseignement, soit l'identification est impossible, soit un accord du patient a été obtenu. Mais les revues vont plus loin et exigent un consentement écrit.

Des précautions doivent être prises par le médecin : le recueil du consentement à l'utilisation d'une photo, l'utilisation de procédés techniques visant à empêcher l'identification et une conservation efficace.

L'utilisation d'image du patient peut également engendrer une sanction disciplinaire pour publicité prohibée.



→ Y. GLIOTT-NAOURI

Avocate, près de la Cour d'appel de PARIS.

**L**a photographie du corps humain entre dans le cadre d'un corpus de règles légales émanant du principe du droit à la vie privée. Le législateur a entendu protéger la vie privée dès 1803, sous l'article 9 du Code Civil, par un énoncé simple et général : *"Chacun a droit au respect de sa vie privée"*. Au gré des affaires qui leur ont été soumises, les juges ont créé un lien entre l'image du corps et la vie privée des individus, de même qu'ils ont condamné par un raisonnement juridique similaire des révélations non autorisées sur l'existence d'une maladie ou d'une intervention chirurgicale.

En droit pénal, en vertu de l'article 226-1 du Code pénal, est passible d'une peine d'emprisonnement et d'amende le fait de violer l'intimité de la vie privée d'une personne *"en fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé"*. Or, le cabinet

d'un médecin est assimilé à un lieu privé. La loi du 4 mars 2002 a ajouté sous l'article L 1110-4 du Code de la santé publique (CSP) une disposition spécifique au secret de l'état de santé : *"Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant"*. Les images portant sur le corps d'une personne sont également concernées par la réglementation des fichiers.

Dans ces conditions, les médecins doivent prendre des précautions quant aux images qu'ils prennent ou utilisent en ce qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à la vie privée des patients, au secret médical et aussi pour éviter la violation déontologique de l'interdiction de la publicité. La violation de ces lois peut entraîner des sanctions déontologiques, civiles, ou pénales.

## La protection de la vie privée des patients

### 1. Une utilisation diagnostique

L'utilisation de l'image en tant qu'outil diagnostique est habituelle pour des médecins dermatologues. Elle a pour objectif principal la conservation d'éléments comparatifs objectifs améliorant la qualité de la surveillance des patients.

La photographie fait partie des éléments contenus dans le dossier médical. Elle est donc concernée par le secret médical. Au-delà de son utilité, certains médecins pourraient craindre que l'image tende à devenir une sorte de "boîte noire" du diagnostic, de l'intervention. En effet, comme elle est contenue dans le dossier médical, sous forme papier ou, le plus souvent, sous forme informatisée; elle est amenée à être transmise à l'expert médical mandaté par le juge ou les assurances en précontentieux. Elle sera donc examinée, et l'avis de l'expert ou des juges pourrait être plus sévère que si une simple appréciation du médecin était disponible.

Ainsi, il est arrivé que des patients se plaignent, dans le cadre d'une action en responsabilité professionnelle, que leur dossier médical ne comporte pas de photographie. Dans une affaire récente, une patiente reprochait l'absence de photographies dans le cadre d'une plainte devant la chambre disciplinaire de l'Ordre des médecins pour des cicatrices disproportionnées et inesthétiques à la suite d'une abdominoplastie. Le médecin a été condamné pour certains faits, mais le Conseil de l'Ordre ne lui a pas reproché l'absence de clichés (Décision du 27/01/2011 – n° 10508).

En revanche, dans un dossier antérieur, concernant le dossier d'un stomatologue, la section des assurances sociales du Conseil national de l'Ordre a considéré que: "*aucun dossier ne présente de photographies. Que de telles lacunes sont critiquables dès lors que ces documents*

*sont nécessaires au praticien pour établir un diagnostic, élaborer un plan de traitement adapté aux dysmorphies à traiter et à évaluer la situation clinique des patients au cours du traitement*" (Décision du 20/10/2009 – n° 4638 Dr Barbara F.).

La jurisprudence n'est pas encore fixée avec certitude et ce d'autant que la photographie dépend surtout de son utilité au regard des soins proposés. Parfois, en effet, elle n'a aucune utilité et n'est donc tout simplement pas proposée par le médecin.

Il est possible que le document photographique soit communiqué directement par le patient. Certains médecins sollicitent cette communication pour détenir aisément un élément de preuve incontestable de l'état de la peau du patient avant son intervention. Ainsi, un chirurgien esthétique a été poursuivi par une patiente à qui il avait refusé d'effectuer une rhinoplastie alors qu'elle n'avait pas apporté des photographies faciales demandées lors d'une première visite. Le Conseil de discipline a considéré que son attitude sur ce point ne contrevenait pas à la déontologie médicale (Décision du 29/01/2009 – n° 10042 Mme O/Dr B).

Face à ce risque dans le cadre d'une procédure, certains médecins pourraient être tentés d'expliquer que le dossier a été égaré, lors d'un déménagement ou d'une prise de retraite par exemple. Les juridictions civiles tendent à dissuader cette démarche en condamnant les médecins sur le fondement de la perte de chances d'établir de façon certaine la responsabilité du médecin. Les dommages intérêts sont soit forfaitaires, soit fixés en pourcentage du préjudice global (TGI Marseille 07/04/2011 et Cour d'Appel de Toulouse 17/04/2001).

### 2. Une utilisation scientifique et d'enseignement

La règle de référence est issue du code de déontologie et codifiée sous l'article

R4127-73 du code de la Santé publique. Elle prévoit que "*le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut leur accord doit être obtenu*". Le terme générique de document est de nature à renvoyer aux photographies utilisées par le médecin. Le médecin a donc le choix: soit l'identification est impossible, soit un accord du patient a été obtenu.

### 3. Les usages à adopter

#### ● Le recueil du consentement

Dans la pratique, si le médecin souhaite uniquement utiliser l'image à des fins de suivi thérapeutique, il est admis que le consentement du patient soit verbal, voire implicite, puisque le cliché est pris en sa présence consciente dans le cadre d'explications orales nécessaires lors de la consultation. En revanche, dès lors que l'image est transmise à des confrères pour avis ou dans le cadre d'une succession de médecins, il est plus prudent d'obtenir un accord écrit du patient ou de son représentant légal s'il est mineur. En effet, le médecin qui a pris le cliché ne pourra pas contrôler l'utilisation de cette photographie et sa possible captation lors de la transmission. Le risque est accru avec l'utilisation d'internet et des boîtes mails, non sécurisées.

Dans ce cadre, le consentement du patient à l'utilisation d'une photographie de son corps doit être exprès et écrit. Il s'agit d'une question de preuve et donc de bon sens pour le médecin, lequel en cas de procès serait amené à prouver qu'il a sollicité et obtenu le consentement du plaignant. Le dermatologue devrait avoir à sa disposition "un document type" destiné à recueillir les consentements.

#### ● Le "floutage"

Le texte relatif à l'enseignement et aux publications prévoit expressément que

le document ne doit pas permettre l'identification du patient. Il vise donc le procédé de "floutage". Cette précaution semble ne concerner que le corps entier ou le visage d'une personne. En général, l'apposition de rectangles noirs au niveau des yeux est suffisante. Cependant, il faut évaluer au cas par cas, puisque certaines particularités peuvent permettre une identification, en raison d'une tache de naissance reconnaissable, d'un bijou, de quelque particularité anatomique. Malgré cette nuance issue du texte de loi, les revues scientifiques sont plus exigeantes et réclament un consentement systématique avant parution.

Si les détails de l'observation étaient de nature à permettre une identification facile, ils exposeraient l'auteur à des poursuites déontologiques et pénales pour violation du secret médical. Il convient de prendre des précautions supplémentaires pour préserver l'anonymat, comme celle de ne pas envoyer à l'éditeur la photographie avec le nom du patient dans le fichier de sauvegarde (exemple: photodupontnina.doc). Il convient également de faire attention au risque que "le floutage" soit trop fragile techniquement et que l'on puisse le retirer.

#### ● La conservation sûre et efficace des images

Le médecin doit s'efforcer de protéger les images des patients de toute indiscretion. La règle de référence figure aux termes de l'article R 4127-73 du code de la Santé publique: *"Le médecin doit protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu ou le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être détenteur."*

Les termes généraux utilisés volontairement dans cette disposition impliquent

que le médecin doit conserver avec soin et sécurité les photographies qu'il a prises ou qui lui ont été remises par son patient. Le médecin est potentiellement responsable si ses fichiers sont victimes d'une piraterie informatique et ce d'autant plus qu'il n'aurait pas pris de précautions pour s'en prémunir. Son ordinateur ne doit s'allumer qu'avec un mot de passe changé régulièrement, un anti-virus et anti-intrusion (chevaux de Troie) sont nécessaires *a minima*.

La transmission d'informations de santé par courrier électronique est un moyen risqué de communiquer. Les messages sur Internet comme hotmail, yahoo, gmail ou wanadoo ne garantissent pas la confidentialité des messages, le chiffrement des pièces jointes s'impose alors.

En l'absence de messagerie interne sécurisée, les informations de santé doivent être placées dans des documents joints au message. Ces documents doivent être chiffrés avant la transmission (exemple: programme de chiffrement) et le secret nécessaire à la lecture du fichier (exemple: mot de passe) doit être transmis par un canal de nature différente (exemple: par téléphone, message SMS).

#### Le risque de la publicité prohibée

Deux dispositions successives, issues de la déontologie médicale, interdisent au médecin de promouvoir son nom et sa qualité. Il s'agit des articles suivants:

>>> Selon l'article R4127-19 du code de la Santé publique: *"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."*

>>> De plus, l'article R4127-20 du code de la Santé publique dispose que: *"Le*

*médecin doit veiller à l'usage qui est fait de son nom, de sa qualité ou de ses déclarations. Il ne doit pas tolérer que les organismes, publics ou privés, où il exerce ou auxquels il prête son concours utilisent à des fins publicitaires son nom ou son activité professionnelle."*

Or l'utilisation par le médecin de sa propre image et de celles de ses patients peut conduire à transgresser ces règles légales et déontologiques.

Les documents photographiques juxtaposés d'un patient avant puis après l'intervention du praticien ne peuvent en principe qu'être utilisées dans le cadre scientifique. Elles peuvent éventuellement être utiles à éclairer un patient lors de la consultation visant à son information sur un traitement, un soin proposé par le médecin. En revanche, leur utilisation à des fins promotionnelles est condamnable. Il n'existerait pas de condamnation publiée de dermatologue, mais les principes dégagés pour d'autres médecins peuvent esquisser une jurisprudence.

Ainsi, un blâme a été prononcé à l'encontre d'un médecin qui avait publié des photos "avant-après" de patients sur un site Internet faisant la promotion de ses activités dans le domaine de la médecine esthétique (lipoaspiration, greffe de cheveux, lifting...) (Décision du 20/03/2007).

La chambre disciplinaire du Conseil national de l'Ordre a condamné à 3 mois d'interdiction d'exercer la médecine, dont 2 mois et demi avec sursis, un médecin généraliste qui avait ouvert un site Internet dénommé "[hypnotherapie.com](http://hypnotherapie.com)" comportant des images dites "avant-après" de ses patients (Décision du 03 avril 2008 – 9819).

Plus récemment, la Chambre disciplinaire nationale du Conseil de l'Ordre a sanctionné un médecin généraliste d'Ile-de-France qui avait ouvert un site

## POINTS FORTS

- ➞ Le dermatologue peut-il utiliser une photographie pour la faire paraître dans un ouvrage, ou lors d'un congrès médical ? Article R4127-73 du CSP : "Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut leur accord doit être obtenu".
- ➞ Que faire si un patient réclame la communication de la photographie ? Le médecin devra communiquer la photographie qu'il a prise dans le cadre prévu de la transmission du dossier médical, c'est-à-dire dans les conditions prévues par l'article L 1111-7 du CSP. La demande doit être traitée par le médecin entre 48 heures et 8 jours. Le délai est porté à 2 mois si le dossier a été constitué il y a plus de 5 ans.
- ➞ Dès lors que l'image est transmise à des confrères, pour avis ou dans le cadre d'une succession de médecins, il est plus prudent d'obtenir un accord écrit du patient ou de son représentant légal.
- ➞ Peut-on publier des photos "avant-après" de ses patients sur le site internet de son cabinet ? le médecin doit veiller à respecter le secret médical et la vie privée de ses patients. Il doit donc obtenir leur consentement ou à défaut utiliser la photo seulement si leur identification est impossible. Il doit présenter les photos de façon à éviter toute publicité, ce qui serait illégal et contraire à la déontologie.

Internet sur lequel apparaissait une galerie de photographies de ses patients sous les rubriques "liposculptures, traitement des rides, phlébologie". Dans ce cas d'espèce, une ancienne patiente avait porté plainte pour atteinte au secret professionnel et publicité prohibée. Les deux chefs d'accusation ont été validés et la peine de première instance confirmée : interdiction d'exercer

la médecine pendant une durée de trois ans dont un ferme et deux avec sursis, outre 3 000 euros de frais de justice. Le médecin expliquait pour sa défense que les images étaient floutées, mais que la patiente avait piraté le site, pendant une publication pour essai de son site, et avait remplacé frauduleusement les photos floutées par celles non floutées. Il n'a pas convaincu les juges, d'autant

qu'ils ont constaté que le site était bien en ligne (Décision du 11 février 2010 – n° 10320 Dr H.).

L'image du praticien avec son patient est *de facto* une circonstance aggravante de la publicité prohibée. Les instances disciplinaires insistent dès lors qu'elle est constatée. Ainsi, dans une affaire récente, au sujet d'un article de presse intitulé "L'esthétique sans bistouri", il est noté très clairement dans la décision de condamnation "*L'article est illustré par une photographie du Dr N. dans son cabinet, en train de traiter une patiente dont le visage n'est même pas flouté, accompagnée de la légende suivante : "Quand on va mieux à l'intérieur de soi on est plus beau, affirme le Dr N. spécialiste du lifting par acupuncture".*" (Décision du 03 mars 2011 Dr N.)

Force est de constater qu'en tout état de cause, il est préférable d'utiliser des images floutées et en accord avec ses patients. Le risque de publicité outrancière existe, indépendamment de ces précautions, même s'il reste encore ténu.

## Référence

Les articles de loi sont disponibles sur le site [legifrance.gouv.fr](http://legifrance.gouv.fr)

Les jurisprudences du Conseil de l'Ordre sont publiées sur le site du Conseil de l'Ordre national des Médecins.

Guide relatif à "la sécurité des données personnelles", CNIL fiche n° 14 – L'échange d'informations avec d'autres organismes.