

RDSS 2023 p.288

Levons le voile sur le secret professionnel des ostéopathes

Hélène Dantras-Bioy, Maître de conférences de droit privé et sciences criminelles à l'Université de Nantes.
Laboratoire Droit et changement social (UMR CNRS 6297)

L'essentiel

Depuis la loi Kouchner du 4 mars 2002, l'ostéopathie peut être pratiquée tant par des professionnels de santé que par des non-professionnels de santé. En l'absence de disposition légale ou réglementaire soumettant expressément l'exercice de l'ostéopathie au secret professionnel, cette étude se propose d'analyser si l'obligation au secret est garantie avec la même efficacité selon le statut de l'ostéopathe.

Plus de deux décennies se sont écoulées depuis que la loi « Kouchner » du 4 mars 2002 (1) a marqué un tournant dans l'exercice de l'ostéopathie en élargissant la catégorie de ceux qui sont autorisés à la pratiquer. Cette activité était en effet jusqu'alors réservée aux seuls médecins (2) détenteurs d'un DIU d'ostéopathie, sous peine, pour toute autre personne, d'encourir des poursuites pénales pour exercice illégal de la médecine (3). Or l'article 75 de cette nouvelle loi rendait le titre d'ostéopathe accessible à d'autres professionnels de santé mais aussi à des non-professionnels de santé (4). Il fallut toutefois attendre cinq ans avant qu'un décret d'application (5) ne vienne définir précisément les personnes pouvant faire un usage professionnel du titre d'ostéopathe et les actes qu'elles sont autorisées à pratiquer selon leur statut.

D'après l'article 4 du décret du 25 mars 2007, « l'usage professionnel du titre d'ostéopathe est réservé : 1° aux médecins, sages-femmes, masseurs-kinésithérapeutes et infirmiers autorisés à exercer, titulaires d'un diplôme universitaire ou interuniversitaire sanctionnant une formation suivie au sein d'une unité de formation et de recherche de médecine délivré par une université de médecine et reconnu par le Conseil national de l'ordre des médecins ; 2° aux titulaires d'un diplôme délivré par un établissement agréé dans les conditions prévues par le décret n° 2014-1043 du 12 septembre 2014 ; 3° aux titulaires d'une autorisation d'exercice de l'ostéopathie ou d'user du titre d'ostéopathe délivrée par le directeur général de l'agence régionale de santé en application des articles 6 ou 16 du présent décret ».

En dehors de la situation spécifique du 3° (6), deux catégories de professionnels peuvent donc désormais exercer l'ostéopathie : les professionnels de santé (ceux visés au 1° notamment, mais pas exclusivement) (7), et ceux n'appartenant pas à cette catégorie, souvent désignés sous l'appellation d'« ostéopathes à titre exclusif ». Le cadre juridique d'exercice de l'ostéopathie est donc original : non érigée en profession de santé (8) (le code de la santé publique déclinant strictement celles-ci en seulement trois catégories (9)) et les ostéopathes n'appartenant à aucune d'elles, la pratique de l'ostéopathie n'a pas davantage été réservée à un corps de professionnels spécifié.

Il ne sera pas rappelé dans ces lignes le climat de tension suscité par la légalisation de l'ostéopathie pratiquée par des non-médecins, ni d'envisager les évolutions, souhaitables ou non, de cette situation. En revanche, il est possible de s'interroger sur les éventuelles incidences juridiques de la différence de statut des professionnels pratiquant l'ostéopathie, et cette

étude s'intéressera spécifiquement aux effets de cette situation sur la teneur du secret professionnel⁽¹⁰⁾, en l'absence de disposition spécifique prévue à ce sujet par le cadre légal et réglementaire de l'activité ostéopathique.

La protection du secret professionnel tend en effet à garantir le droit fondamental à la vie privée⁽¹¹⁾ dans un contexte où des informations concernant une personne sont confiées à un professionnel dans le cadre de son activité. Or les patients s'adressant à des ostéopathes se retrouvent dans une situation de relation asymétrique où, quel que soit le statut du praticien, ce dernier va être amené à obtenir des informations à leur sujet, notamment relatives à leur état de santé. En l'absence de disposition réglementaire relative au secret professionnel dans le cadre d'une activité ostéopathique, il semble donc légitime de se demander si le secret professionnel s'impose à tout ostéopathe, quel que soit son statut, et sur quel fondement. En effet, le secret professionnel peut connaître différents niveaux de protection. Les textes - de nature légale ou réglementaire - régissant l'exercice de certaines professions peuvent ainsi soumettre ceux qui les pratiquent au secret. Cette obligation peut être d'ordre déontologique, civil ou pénal, sa violation étant alors corrélativement susceptible d'engager plusieurs responsabilités : disciplinaire, civile, voire pénale⁽¹²⁾.

Si la question de la responsabilité civile ne pose guère de difficulté, celle-ci pouvant toujours être recherchée en cas de révélation d'informations à caractère secret, les responsabilités disciplinaire et pénale sont davantage circonscrites. Le prononcé d'une sanction disciplinaire en réponse à une violation du secret professionnel présuppose l'existence d'une juridiction ordinaire. Dès lors, une première différence apparaît entre ostéopathes puisque ceux qui ne sont pas professionnels de santé ne sont pas regroupés au sein d'un ordre professionnel. Quant à la responsabilité pénale, celle-ci peut être engagée en cas de commission du délit de violation du secret professionnel prévu à l'article 226-13 du code pénal⁽¹³⁾, la répression ne pouvant alors intervenir que si les éléments constitutifs de l'infraction tels que définis par le texte sont réunis. Ce délit poursuit une double finalité : il vise à assurer tant la protection de l'intérêt privé de celui dont l'intimité pourrait être atteinte que la protection de l'intérêt collectif de la profession, en laquelle la confiance doit être préservée⁽¹⁴⁾. Savoir si tout ostéopathe peut voir sa responsabilité pénale engagée apparaît donc essentiel, non seulement pour une utile comparaison de leur situation juridique face au secret, mais également pour savoir si le secret des données relatives à la santé d'un patient bénéficie du même degré de protection selon le statut de celui qui pratique l'ostéopathie. En effet, l'existence d'une incrimination pénale garantit une protection supérieure du secret professionnel en raison de la nature et des conséquences attachées à la responsabilité pénale, au regard notamment des sanctions encourues (1 an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende outre les peines complémentaires prévues à l'article 226-31, telles que l'interdiction d'exercer l'activité professionnelle dans l'exercice ou à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise).

Aucun texte ne prévoyant que l'activité ostéopathique s'exerce sous le sceau du secret professionnel, quel que soit le « statut » de celui qui la pratique ou le cadre de son exercice, il n'existe donc pas de fondement commun à l'assujettissement au « secret professionnel » des différents ostéopathes. Il s'agit alors de vérifier s'il n'en résulte pas une variation dans la teneur de l'obligation au secret professionnel des ostéopathes selon leur statut. Pour ce faire, après quelques explications liminaires relatives au délit de violation du secret professionnel, utiles aux développements ultérieurs (I), sera envisagée la situation juridique des ostéopathes professionnels de santé quant au secret (II) pour la comparer à celle des ostéopathes n'appartenant pas à cette catégorie (III).

I - Explications liminaires : le problème de l'interprétation de l'article 226-13 du code pénal comme fondement de la responsabilité pénale

L'article 226-13 du code pénal punit « la révélation d'une information à caractère secret⁽¹⁵⁾ par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire »⁽¹⁶⁾. Une des difficultés posées par ce texte d'incrimination est de savoir si le délit, pour être constitué, implique qu'un texte spécial, qu'il soit légal ou réglementaire, soumette tel ou tel professionnel au secret. Dans ce cas, l'infraction supposerait une «

condition préalable » au délit. En l'absence d'indication expresse, comment interpréter le texte ? Il est aisément compréhensible que le législateur ne puisse procéder aujourd'hui¹⁷ à l'établissement d'une liste exhaustive de l'ensemble des professions assujetties au secret, *a fortiori* dans un contexte de prolifération des textes y soumettant divers professionnels. Néanmoins si son intention était d'introduire une telle condition préalable, il aurait pu expressément le faire grâce à une formulation générale explicite, ce qu'il n'a pas fait.

La tâche de l'interprétation de l'article 226-13 du code pénal revient *in fine* au juge, dans le respect de la directive légale lui enjoignant d'interpréter « strictement » la loi pénale¹⁸. En l'absence de disposition expresse, le juge pourrait donc considérer qu'il s'agit d'une incrimination « ouverte ». En ce sens, il lui appartiendrait alors à la suite d'examiner, au cas par cas, si celui qui est poursuivi pour violation du secret professionnel doit être considéré comme « dépositaire » d'un secret au sens de l'article 226-13, bien qu'aucun texte spécial extérieur ne l'affirme. C'est l'interprétation qui semble aujourd'hui majoritairement retenue en doctrine¹⁹. Bon nombre d'auteurs considèrent en effet que la détermination des personnes tenues au secret peut résulter soit d'un texte spécial réglementant une profession, soit de l'interprétation jurisprudentielle de la formule légale visant le « dépositaire » d'un secret par « état ou profession, mission ou fonction ». Dans ce cas, il y aurait une place pour ceux que les juges considèrent comme étant des « confidentiels nécessaires », selon une expression récurrente en jurisprudence. Ainsi par exemple dans un arrêt du 28 septembre 1999²⁰, la chambre criminelle rejette le pourvoi exercé contre une décision de cour d'appel ayant estimé que « l'assureur ne figure pas parmi les personnes, professions ou fonctions qui, par désignation de la loi, sont tenues dans l'exercice de leurs fonctions au secret professionnel ; *qu'il n'est pas davantage un confident nécessaire*, chacun étant libre de souscrire un tel contrat ou pas ». De même, s'agissant du secret auquel une personne serait assujettie en raison de sa « fonction », la Cour de justice de la République, dans une décision n° 1-2019 du 30 septembre 2019 rendue au sujet du Garde des Sceaux, a affirmé très explicitement qu'un texte spécial n'était pas nécessaire. Cette décision a pu être analysée comme confortant l'opinion doctrinale qui considère le délit de violation du secret professionnel comme une incrimination « ouverte »²¹. On peut y lire que « si l'obligation au secret peut, pour certaines personnes, résulter d'un texte spécifique, *le fait qu'aucun texte n'impose au garde des Sceaux le respect d'un secret en raison de sa fonction est sans incidence* sur l'application de l'article 226-13 du code pénal, dont le domaine d'application n'a pas été ainsi délimité par le législateur. [...]. Prétendre qu'une disposition spécifique est nécessaire pour que le délit soit constitué reviendrait à ajouter au texte, ce que n'autorise pas une interprétation stricte de la loi pénale »²².

Cependant, une telle interprétation rend la prévisibilité de la répression incertaine en subordonnant celle-ci à l'appréciation des juges quant aux personnes « dépositaires » ou non d'un secret. Il en résulte une atteinte problématique au principe de la légalité criminelle et à la sécurité juridique comme le relève V. Peltier²³, d'après laquelle « la jurisprudence ne devrait donc normalement avoir aucun rôle dans ce processus puisqu'il ne lui appartient pas - à défaut de légitimité pour cela - de décider qui doit être soumis à l'article 226-13 du code pénal et qui ne l'est pas »²⁴.


La question de l'interprétation de l'article 226-13 du code pénal pourrait ainsi être déterminante dans la comparaison de la situation juridique de ceux qui pratiquent l'ostéopathie - selon qu'ils sont professionnels de santé ou non - face à la question du respect du secret professionnel. Examinons en premier lieu la situation juridique des ostéopathes professionnels de santé.



II - La situation juridique des ostéopathes professionnels de santé quant au respect du secret professionnel

Les professionnels de santé, qu'ils soient détenteurs d'un DU ou DIU d'ostéopathie obtenu après la formation dispensée par une université, ou qu'ils soient titulaires du diplôme d'ostéopathie délivré par un établissement de formation agréé, sont spécialement tenus au secret professionnel²⁵ en vertu des textes régissant leur profession de santé. Ainsi en est-il des médecins²⁶, des sages-femmes²⁷, des infirmiers²⁸, des masseurs-kinésithérapeutes²⁹, des

pédicures-podologues  (30) notamment.

S'ils sont soumis au secret professionnel par un texte normatif s'imposant dans le cadre de leur profession de santé, une question pourrait néanmoins se poser : ces professionnels restent-ils, dans le cadre d'une activité ostéopathique, soumis à leurs obligations déontologiques lorsqu'ils banalisent certaines journées ou demi-journées durant lesquelles ils s'y consacrent ou s'ils choisissent de pratiquer exclusivement l'ostéopathie ? La réponse est très certainement positive.

D'abord, parce que le champ des actes ostéopathiques qu'un professionnel de santé peut accomplir est fixé selon son statut  (31). Il serait donc incohérent de considérer que les obligations déontologiques afférentes à celui-ci cesseraient dans le cadre de l'activité ostéopathique. Dès l'origine, la pratique légale de l'ostéopathie, exclusivement réservée aux médecins, était « liée » à la qualité de médecin formé à l'ostéopathie. Il s'agissait d'une *condition sine qua non* de l'utilisation de techniques ostéopathiques et il eût été peu concevable de considérer que le médecin soit délié de ses obligations déontologiques, dont celle du secret professionnel, dans le cadre d'une pratique ostéopathique, fût-elle exclusive.

Ensuite, et dans la continuité, l'article 14 du décret du 25 mars 2007  (32) pris en application de la loi Kouchner prévoit aujourd'hui que « les praticiens autorisés à faire usage du titre d'ostéopathe doivent indiquer, sur leur plaque et tout document, leur diplôme et, s'ils sont professionnels de santé en exercice, les diplômes d'État, titres, certificats ou autorisations professionnelles dont ils sont également titulaires ». Le professionnel de santé doit donc « afficher » cette qualité dont il ne peut se départir - à moins de s'être fait radier - y compris lors d'une pratique exclusive de l'ostéopathie. Ces mentions, accessibles aux patients à l'entrée du cabinet, pourraient d'ailleurs être déterminantes du choix de leur praticien ostéopathe. Ils pourraient être ainsi « trompés » si le professionnel de santé était dégagé de ses obligations déontologiques et professionnelles dans le cadre de la pratique ostéopathique. Ainsi, bien que, *a priori*, « le professionnel n'est tenu à discrétion que lorsqu'il exerce l'activité couverte par le secret »  (33), il faut considérer que les professionnels de santé restent assujettis au secret attaché à leur profession. Une violation du secret professionnel pourrait donc les exposer à l'engagement de la responsabilité tant civile que disciplinaire et pénale.

Il faut alors envisager par comparaison la situation des ostéopathes non professionnels de santé pour savoir s'il y a une variation dans la teneur juridique de l'obligation au secret professionnel dans le cadre d'une pratique ostéopathique.

III - La situation juridique des ostéopathes non professionnels de santé quant au respect du secret professionnel

S'agissant des ostéopathes non professionnels de santé, c'est sur la responsabilité pénale que sera focalisée l'analyse, car la question de la responsabilité disciplinaire est, sans nul doute, écartée, à défaut d'existence d'un ordre professionnel et d'une juridiction ordinaire, comme expliqué dans la partie introductive. Pour rappel, l'article 226-13 du code pénal punit « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ». Les ostéopathes non professionnels de santé sont-ils soumis au secret à raison de leur « profession » au sens de cet article ? La réponse à cette question étant liée à celle de l'interprétation de l'article (*v. supra*), il faut se poser deux autres questions : existe-t-il un texte spécial permettant de fonder l'assujettissement des ostéopathes non professionnels de santé au secret professionnel ? Les juges pourraient-ils considérer, à défaut, qu'ils y sont néanmoins tenus au sens de l'article 226-13 du code pénal ?

A - La recherche de textes susceptibles de fonder, au plan pénal, l'obligation au secret

1 - Un recours inopérant aux dispositions déontologiques

Depuis la reconnaissance légale de la pratique ostéopathique à titre exclusif, les ostéopathes non professionnels de santé se sont attachés à inscrire l'exercice de leur profession dans un cadre déontologique. Des associations et syndicats représentatifs d'ostéopathes exerçant à titre exclusif se sont ainsi mobilisés pour élaborer des codes de déontologie. Ces derniers, calqués sur le code de déontologie médicale, sont notamment accessibles sur leurs sites respectifs (34). Comme l'exprime Didier Truchet dans sa préface du code de déontologie élaboré par le Syndicat français des ostéopathes (SFDO), il s'agit alors d'un « document que les pouvoirs publics n'ont ni contrôlé, ni approuvé et qui n'est pas juridiquement obligatoire pour les ostéopathes. C'est librement qu'ils s'y soumettent, notamment par la procédure du serment, contraignante moralement mais non juridiquement » (35). Aucun de ces codes n'a de valeur réglementaire faute d'avoir été pris par décret en Conseil d'État, contrairement à ceux des professionnels de santé, codifiés dans la partie réglementaire du code de la santé publique (36). Il s'agirait donc de règles déontologiques relevant de ce qui est communément appelé le « droit souple », se rattachant au « petit droit » (37). En ce sens, ils ne sont certes pas dénués de portée. Mais il reste que l'adhésion à un syndicat ou à une association dotés d'un tel code relève de la volonté et liberté individuelles du professionnel (38). Pour cette raison, des poursuites pénales pour violation du secret professionnel ne pourraient s'appuyer sur un tel fondement. En matière civile, une décision du 6 février 2019 de la première chambre de la Cour de cassation fut remarquée en ce qu'elle se référait « au » code de déontologie des ostéopathes, dans une affaire où l'un d'eux était assigné par une société en paiement de sommes dues pour la publication d'un encart publicitaire qu'il avait fait réaliser. La société s'était pourvue en cassation après avoir été déboutée en appel. Son pourvoi a été rejeté par la Haute juridiction, au motif que « l'article 21 du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie » (39) interdit aux ostéopathes de recourir à des procédés directs ou indirects de publicité. Aussi estimait-elle qu'un contrat portant sur l'insertion d'un encart publicitaire est nul en raison du caractère illicite de son objet. L'arrêt pouvait surprendre (40) en ce qu'il a permis, au civil, de donner une place à la disposition d'un code de déontologie pourtant dénué de valeur réglementaire et de permettre l'assimilation d'une faute déontologique à un vice de formation du contrat (41). Cette décision, relative à une question civile très spécifique, ne saurait être transposée à la question de la responsabilité pénale pour violation du secret professionnel. D'abord, parce qu'il ne saurait être admis, en raison du principe de la légalité criminelle, qu'il soit invoqué pour « fondement textuel » une disposition dépourvue de toute force normative. Ensuite, parce qu'il est impossible de fonder la répression pénale sur un texte dont la portée, fût-elle de droit souple, est subordonnée à la libre adhésion de certains individus. Aussi convient-il de rechercher d'autres fondements textuels éventuels.

2 - Un recours envisageable à certains textes du code de la santé publique ?

Il faut se demander si une argumentation fondée sur l'article L. 1110-4 du code de la santé publique pourrait prospérer. Cette disposition, introduite par la loi Kouchner, précise en son premier alinéa que « toute personne prise en charge par un professionnel de santé, un établissement ou service, *un professionnel ou organisme concourant à la prévention ou aux soins dont les conditions d'exercice ou les activités sont régies par le présent code*, le service de santé des armées, un professionnel du secteur médico-social ou social ou un établissement ou service social et médico-social [...] a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant[...]. *Il s'impose à tous les professionnels intervenant dans le système de santé* ». Se trouve ainsi affirmé le droit du patient au respect de sa vie privée et au respect des informations qui le concernent et le devoir corrélatif du professionnel (42).

Serait-il envisageable de considérer cet article comme un texte général pouvant servir de base au secret professionnel pour toutes les professions entrant dans son champ d'application ? La formulation pourrait en effet inviter à considérer que l'article L. 1110-4 du CSP est le siège d'une obligation générale au secret pour « tout professionnel intervenant dans le système de santé », y compris pour l'application de l'article 226-13 du code pénal. Si tel était le cas, il resterait à savoir si

les ostéopathes à titre exclusif sont considérés comme faisant partie du système de santé. À cet égard, on peut relever, sans que cela puisse constituer un argument suffisant, la référence faite au système de santé dans l'intitulé de la loi qui est venue consacrer la légalité de leur pratique, la loi Kouchner étant « relative aux droits des malades et à la qualité du *système de santé* ». De son côté, l'OMS a défini le système de santé de façon assez souple comme étant « la totalité des organisations, institutions et ressources consacrées à la production d'actions visant principalement à améliorer, maintenir ou restaurer la santé d'une population »⁽⁴³⁾ ; en revanche, aucune définition légale du système de santé ne figure au code de la santé publique.

Il ne fait aucun doute que l'activité ostéopathique agit pour l'état de santé des patients, comme l'indique à plusieurs reprises le référentiel d'activités et de compétence des ostéopathes annexé à l'arrêté du 12 décembre 2014 (par exemple dans la définition du traitement ostéopathique)⁽⁴⁴⁾. En outre, certains éléments de la réglementation laissent à penser qu'ils font partie intégrante du système de santé : ainsi, par exemple, l'obligation d'enregistrement des diplômes, certificats, titres ou autorisations de ces professionnels auprès du directeur général de l'ARS, ainsi que l'élaboration consécutive par celle-ci d'une liste des praticiens habilités à faire usage de ces titres pour la porter à la connaissance du public, ou encore l'agrément par le ministère de la Santé des établissements de formation des ostéopathes. Mais l'argument le plus décisif pourrait être trouvé dans le II et le III de l'article L. 1110-4 du CSP. Ces dispositions traitent de la question de ce qui est communément appelé le « partage d'informations » entre « professionnels » participant à la prise en charge d'une même personne et définissent les modalités de l'échange selon que les praticiens appartiennent ou non à une même équipe de soins⁽⁴⁵⁾. Un tel partage peut avoir lieu si les informations communiquées sont « strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins, à la prévention ou à son suivi médico-social et social ». On remarquera que ces termes (« soins, prévention ou suivi médico-social et social ») font écho à ceux employés au premier alinéa de l'article L. 1110-4, tout en étant moins restrictifs puisque ne sont justement plus évoquées les « conditions d'exercice ou les activités régies par le [code de la santé publique] ». Cela semble logique, dès lors que la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé a en effet étendu la « boucle du partage d'informations » à d'autres qu'aux professionnels de santé⁽⁴⁶⁾.

C'est pourquoi l'article R. 1110-2 du CSP⁽⁴⁷⁾, relatif aux conditions et modalités de l'échange et du partage d'informations, opère une distinction : il évoque, d'un côté, les professionnels de santé et, de l'autre, ceux « relevant d'autres sous-catégories » listées, dont celle des ostéopathes, mentionnés au 2°B de l'article. Il reste que cette disposition ne vise qu'à fixer des conditions de partage d'informations entre différents professionnels intervenant dans la prise en charge d'un même patient. Elle n'a pas vocation en tant que telle à affirmer une règle de soumission au secret professionnel au sens de l'article 226-13 du code pénal de certains d'entre eux⁽⁴⁸⁾. Elle conforte cependant l'idée, *a minima*, que les ostéopathes doivent être considérés comme des « professionnels intervenant dans le système de santé ». À défaut toutefois de décision en ce sens, il existe une incertitude quant au point de savoir si les juges seraient enclins à qualifier les ostéopathes non professionnels de santé de « dépositaires d'un secret » sur le fondement de l'article général L. 1110-4 du CSP, qui semble pourtant à ce jour le seul texte utilement invocable. Aussi, à titre subsidiaire, une seconde interrogation émerge : pourraient-ils être qualifiés de « confident nécessaires », ce qui permettrait le cas échéant d'engager leur responsabilité pénale pour violation du secret professionnel, en dehors de tout texte ?

B - L'analyse de la notion de « confident nécessaire » susceptible de fonder, au plan pénal, la soumission au secret

En l'absence de critère jurisprudentiel précis et explicite auquel se référer, il faut tenter de cerner les contours de la notion de « confident nécessaire ». On peut lire dans une décision de la chambre criminelle du 13 octobre 2020⁽⁴⁹⁾ que « l'infraction prévue à l'article 226-13 du code pénal est destinée à protéger la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession, dans un intérêt général et d'ordre public, fait d'elle un

confident nécessaire ».

On notera toutefois que cette décision concernait la question de la recevabilité de l'action civile d'un médecin exercée dans le cadre d'une révélation de données par une secrétaire médicale, et donc une situation dans laquelle l'assujettissement au secret professionnel ne posait pas de difficulté. La motivation ne venait donc pas au soutien d'une application extensive de l'article 226-13 du code pénal, c'est-à-dire en dehors de l'existence d'un texte spécial, mais visait simplement à éclairer la finalité du délit pour justifier la déclaration d'irrecevabilité de l'action civile du médecin (50). Elle permet toutefois de dégager l'idée que le secret professionnel s'imposerait ainsi « à tous ceux dont l'activité requiert la confiance du public » (51) dans « un intérêt général et d'ordre public ». C'est pourquoi, sous cet angle, la notion de « confident nécessaire » évoquée en jurisprudence et dans des textes relatifs à certaines professions (52) n'a pas nécessairement vocation à être réduite aux seuls « confidents obligés » et ne serait pas exclusive d'une certaine liberté de choix de celui qui s'est adressé à tel ou tel professionnel. Au contraire, au regard de ces éléments, il nous semble légitime de penser que les ostéopathes non professionnels de santé devraient être « désignés » par les juges comme étant des « confidents nécessaires », malgré la liberté de choix des patients de leur praticien (53).

Il pourrait être objecté en effet que la possibilité des patients de choisir, sur la liste établie par l'ARS, un ostéopathe appartenant à une profession de santé, et en tant que tel expressément soumis au secret professionnel, s'oppose à ce que les non-professionnels de santé soient des confidents « nécessaires ». Mais cette objection éventuelle nous semble devoir être écartée pour deux raisons.

La première est que la loi Kouchner est venue ouvrir la pratique légale de l'ostéopathie à d'autres catégories que les professionnels de santé. Aussi la réglementation de cette activité tend à garantir la confiance des patients en ces ostéopathes dits « à titre exclusif », notamment en raison de la procédure d'agrément des écoles de formation. En conséquence, dans l'intérêt général, celui des patients et de la confiance nécessaire en cette profession réglementée, il serait injustifié de considérer que l'exercice par le patient de son droit de choisir son praticien s'opposerait à faire de l'ostéopathe non professionnel de santé un « confident nécessaire ». Ensuite, il semble que la « nécessité » en l'occurrence ne doit pas seulement s'analyser au regard du choix du patient de consulter le praticien mais aussi au regard des confidences qu'il est dans l'obligation de lui faire. Car tout ostéopathe est appelé à recueillir des données sur l'état de santé - considérées comme étant « à caractère sensible » - de son patient dans le cadre de son interrogatoire en vue de l'établissement de son diagnostic ostéopathique (54), des comptes rendus d'examen ou autres documents auxquels il pourrait avoir accès. Il est également mis en mesure de faire des constatations par lui-même, au-delà de toute révélation que le patient est enclin à lui faire dans l'espoir d'une prise en charge efficace. En outre, les constatations ou révélations de certaines informations semblent même indispensables puisque « les praticiens (...) sont tenus, s'ils n'ont pas eux-mêmes la qualité de médecin, d'orienter le patient vers un médecin lorsque les symptômes nécessitent un diagnostic ou un traitement médical, lorsqu'il est constaté une persistance ou une aggravation de ces symptômes ou que les troubles présentés excèdent son champ de compétences » (55).

L'ensemble de ces éléments doit conduire à faire de l'ostéopathe, quel que soit son statut, un confident nécessaire, dépositaire d'informations à caractère secret. Et il ne serait pas acceptable que le secret des données relatives à l'état de santé puisse bénéficier d'un degré de protection variable selon que la séance d'ostéopathie est exercée par un professionnel de santé ou non. C'est une nécessité au regard tant de l'intérêt du patient que de l'intérêt général, qui sont au fondement de la protection pénale légalement accordée. De ce point de vue, il importe peu que le professionnel soit détenteur d'un diplôme d'État comme les professionnels de santé ou d'un « DO » (diplôme en ostéopathie).

En conséquence, il semble impérieux, dans un intérêt général et d'ordre public, de ne pas faire dépendre l'existence du

secret professionnel du statut, au regard du code de la santé publique, de celui qui pratique des techniques ostéopathiques.

En conclusion, il faut dépasser, s'agissant du secret professionnel, la question de la place de l'ostéopathie pratiquée par des non-professionnels de santé dans le système de l'offre de soins français. S'il ne fait aucun doute que tout ostéopathe se sente lié par le secret professionnel, il serait utile, pour ôter toute incertitude ou aléa jurisprudentiel, qu'une disposition légale ou réglementaire expresse vienne assujettir l'activité ostéopathique elle-même, indépendamment du statut de celui qui la pratique, au secret. La protection pénale qui y serait alors attachée serait, en raison de la nature des informations confiées et de la relation de confiance nécessaire, pleinement justifiée et une garantie supplémentaire de la protection des données de santé. En outre, savoir si les ostéopathes non professionnels de santé peuvent être pénalement poursuivis pour violation de secret professionnel est primordial pour déterminer la conduite à tenir dans des situations où la non-dénonciation de certains faits est incriminée ⁽⁵⁶⁾. Dans ces hypothèses, le délit est écarté si le professionnel assujetti au secret révèle les faits ⁽⁵⁷⁾.

En revanche, celui qui n'y est pas assujetti pourrait être poursuivi pour certains délits de non-dénonciation. En conséquence, si un ostéopathe non professionnel de santé constatait des privations, sévices, mauvais traitements, agressions ou atteintes sexuelles sur mineur ou personne vulnérable, on ne saurait que lui recommander d'opérer un « signalement » dans les conditions prévues par la loi tant que l'incertitude persiste sur leur situation juridique face au secret. En effet, si les juges considéraient qu'ils sont liés par le secret, alors le délit de violation du secret professionnel serait néanmoins justifié ; mais dans le cas inverse, leur signalement les met à l'abri de poursuites pénales pour n'avoir pas dénoncé ces faits dans les cas où la loi l'impose. En attendant, leur liberté d'appréciation est obérée en raison de la réglementation lacunaire de leur activité, là où une certaine liberté de conscience des ostéopathes professionnels de santé peut encore jouer ⁽⁵⁸⁾.

Mots clés :

PROFESSION DE SANTE * Ostéopathe * Exercice * Secret professionnel * Statut de l'ostéopathe * Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002

(1) Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

(2) L'art. 2 de l'arrêté du 6 janv. 1962 fixant la liste des actes médicaux ne pouvant être pratiqués que par des médecins prévoyait que « ne peuvent être pratiqués que par les docteurs en médecine, conformément à l'article L. 372 (1°) du code de la santé publique, les actes médicaux suivants : 1° Toute mobilisation forcée des articulations et toute réduction de déplacement osseux, ainsi que toutes manipulations vertébrales, et, d'une façon générale, tous les traitements dits d'ostéopathie, de spondylothérapie (ou vertébrothérapie) et de chiropraxie ».

(3) CSP, art. L. 4161-1 ⁽¹⁾.

(4) L'art. 75 al. 1 prévoyant ainsi que « l'usage professionnel du titre d'ostéopathe ou de chiropracteur est réservé aux personnes titulaires d'un diplôme sanctionnant une formation spécifique à l'ostéopathie ou à la chiropraxie délivrée par un établissement de formation agréé par le ministre chargé de la santé dans des conditions fixées par décret ».

(5) Décret n° 2007-435 du 25 mars 2007 relatif aux actes et aux conditions d'exercice de l'ostéopathie.

(6) V. art. 6 et 16 du décret préc.

(7) Précisons en effet que des professionnels de santé, non cités au 1°, peuvent suivre une formation en ostéopathie en bénéficiant de certaines dispenses tenant compte de leurs qualifications et formations initiales. V. le décret n° 2014-1505 du 12 déc. 2014 relatif à la formation en ostéopathie (art. 7) et l'arrêté du 12 déc. 2014 relatif aux dispenses d'enseignement susceptibles d'être accordées en vue de la préparation au diplôme permettant d'user du titre d'ostéopathe (not. pédicure-podologues, autres professionnels de santé, chiropracteur, V. art 1 et 2).

(8) V. J. Moret-Bailly, L'ostéopathie : profession de santé ou activité de soins ?, RDSS 2009. 290 .

(9) La 4^e partie du code de la santé publique est ainsi consacrée aux professions de santé. Les *professions médicales* auxquelles appartiennent les médecins, sages-femmes et odontologistes ; les *professions de la pharmacie et de la physique médicale* auxquelles appartiennent les pharmaciens, préparateurs en pharmacie, préparateurs en pharmacie hospitalière, physiciens médicaux ; et les *professions d'auxiliaires médicaux* auxquelles appartiennent les infirmiers, masseurs-kinésithérapeutes, pédicures-podologues, ergothérapeutes et psychomotriciens, orthophonistes et orthoptistes, manipulateurs d'électroradiologie médicale et techniciens de laboratoire médical, audioprothésistes, opticiens-lunetiers, prothésistes et orthésistes, diététiciens, aides-soignants, auxiliaires de puériculture et ambulanciers et assistants-dentaires.

(10) Pour d'autres incidences juridiques, v. J. Moret-Bailly, L'ostéopathie... (*op. cit.*).

(11) Ce droit est garanti par la CESDH (art. 8), la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (chap. II, art. 7), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 17), la DUDH (art. 12), le code civil (art. 9). Sur le secret médical et le respect de la vie privée, v. X. Bioy, A. Laude, D. Tabuteau, Droit de la santé, PUF, Thémis Droit, 2020, n° 267 s.

(12) Les différentes actions peuvent en effet être cumulatives, notamment les poursuites disciplinaires pouvant être engagées nonobstant l'engagement de la responsabilité pénale, la règle *non bis in idem* n'y faisant pas obstacle : Crim., 26 mai 1905, S. 1909. 1. 285 ; 6 nov. 1954, D. 1953. 38 ; sur ce point, V. Merle et Vitu, Procédure pénale, 5^e éd., 2001, Cujas, n° 20 et 21, p. 34 s.


(13) Ne seront pas évoquées dans cette étude d'autres dispositions pénales garantissant, de façon plus générale, les individus contre les atteintes à leur vie privée (v. c. pén., art. 226-1 s.) ou contre les atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, spécifiquement de la divulgation des données à caractère personnel recueillies à l'occasion de tels traitements (v. not. art. 226-22 c. pén.).

(14) J.-Cl. Pénal Code, art. 226-13 et 226-14 - Fasc. 20 révélation d'une information à caractère secret -. Conditions d'existence de l'infraction. - Pénalités, n° 3-6, par V. Peltier.




(15) La définition de l'information à caractère secret ne sera pas développée dans le cadre de cette étude. Le lecteur intéressé pourra utilement consulter tout manuel de droit pénal spécial ou les fascicules des encyclopédies juridiques consacrés au délit de violation du secret professionnel.

(16) Les professions astreintes au secret ne sont donc pas énumérées et aucun renvoi n'est opéré vers certains textes spécifiques.

(17) Comme ce fut le cas sous l'ancien code pénal.

(18) C. pén., art. 111-4 .

(19) V. par ex. E. Dreyer, Droit pénal spécial, LGDJ, 2020 p. 463 : « cette formule synthétique va aussi plus loin -sans trop se soucier du principe de légalité- en permettant au juge de considérer qu'étaient tenues au secret des personnes sur qui ne pèse aucune obligation spéciale de discrétion. [...]. Le juge apprécie alors, au cas par cas, si celui qui reçoit une information doit se considérer -ou non- dépositaire d'un secret de la part de son interlocuteur ». V. dans le même sens C. André, Droit pénal spécial, n° 288, 6^e éd. 2021 : « pour déterminer quelles personnes sont soumises au respect du secret professionnel, il faut se référer soit à des textes extérieurs au code pénal, soit à l'interprétation jurisprudentielle de l'article 226-13 du code pénal, car à défaut de texte il appartient aux juges de désigner au cas par cas les personnes dépositaires d'un secret par état ou par profession. Aucun critère fiable n'est exploitable en la matière. On relèvera simplement que la jurisprudence considère toujours comme soumis au secret professionnel les « confidentiels obligés » c'est-à-dire *ceux que l'intéressé n'a pas pu choisir (secret professionnel de la justice, mais aussi parfois qu'il a choisis librement)* » ; v. aussi M.-L. Rassat, Droit pénal spécial, n° 502, 8^e éd. n° 2018, ou encore M. Véron, Droit pénal spécial, 2019, n° 374, 17^e éd.


(20) Crim., 28 sept. 1999, n° 98-86.762 , D. 1999. 273  ; RSC 2000. 202, obs. Y. Mayaud .


(21) V. en ce sens, note sous arrêt JCP n° 48, 25 nov. 2019, p. 1224, par J.-C. Saint-Pau.


(22) § 51, 52 et 53. La Cour de justice de la République a en conséquence considéré que le Garde des Sceaux était tenu au « respect du secret qu'impose la nature des informations qui lui sont transmises, en raison de sa fonction ».



(23) J.-Cl. Pénal Code, art. 226-13 et 226-14 - Fasc. 20 révélation d'une information à caractère secret -. Conditions d'existence de l'infraction.- Pénalités, par V. Peltier.

(24) V. également C. Ambroise-Casterot, Droit pénal spécial et droit pénal des affaires, Gualino, 7^e éd., 2019, n° 323 : « il est donc nécessaire d'examiner, pour chaque profession, s'il existe une disposition légale ou réglementaire imposant le secret ».

(25) CSP, art. L. 1110-4 .

(26) CSP, art. R. 4127-4  al. 1 : « le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi ».

(27) CSP, art. R. 4127-303  ; cet article est inséré au même chapitre dans la troisième section consacrée au code de déontologie des sages-femmes.

(28) CSP, art. L. 4314-3  : « les infirmiers et infirmières et les étudiants des instituts de formation préparant à l'exercice de la profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal » ; CSP, art. R. 4312-5  : « le secret professionnel s'impose à tout infirmier dans les conditions établies par la loi ».

(29) Art. R. 4321-55 : « le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose au masseur-kinésithérapeute et à l'étudiant en masso-kinésithérapie dans les conditions établies respectivement par les articles L. 1110-4 et L. 4323-3 [...] ». Il faut ici relever la référence expresse à l'article L. 1110-4. L'article L. 4323-3 dispose quant à lui que les masseurs-kinésithérapeutes et les pédicures-podologues se préparant à l'exercice de leur profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux art. 226-13 et 226-14 du code pénal.

(30) Art. R. 4322-35 al.1 : « le secret professionnel s'impose à tout pédicure-podologue, dans les conditions prévues par l'article L. 1110-4 du présent code ». Cet article relève de la section consacrée à la déontologie de cette profession.

(31) Décret n° 2007-435, 25 mars 2007, art. 3.

(32) Décret n° 2007-435, 25 mars 2007.

(33) V. J.-Cl. Pénal Code, art. 226-13 et 226-14 - Fasc. 20 Révélation d'une information à caractère secret-. Conditions d'existence de l'infraction.-Pénalités, préc. n° 23.

(34) Ainsi par exemple et sans exhaustivité, sur le site de l'AFO (<https://www.afosteo.org/wp-content/uploads/2014/10/Code-de-deontologie-de-la-profession-dosteopathe-vf.pdf>), ce code présentant en en-tête les

sigles de plusieurs associations, ou encore par exemple sur le site du SFDO (<https://www.osteopathe-syndicat.fr/medias/page/22855-Code-de-deontologie-du-SFDO-novembre-2018.pdf>)


(35) Préface consultable en ligne : <https://www.osteopathe-syndicat.fr/medias/page/22855-Code-de-deontologie-du-SFDO-novembre-2018.pdf>, extrait p. 3.



(36) L'art. L. 4127-1 CSP prévoit l'adoption d'un code de déontologie propre à chaque profession médicale, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé et édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'État, les codes de déontologie étant codifiés dans la partie réglementaire du CSP.

(37) Sur ces notions et notamment le rappel de leurs origines, v. not. S. Gerry-Vernières, *Délimitations : les figures du « petit » droit*, in E. Bonis et V. Malabat (Dir.), *La qualité de la norme*, Mare et Martin, 2021, p. 95-107.

(38) Préambule de la Constitution du 27 oct. 1946, al. 6 : « tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix ».

(39) Il est possible ici de relever l'imprécision de la chambre civile qui évoque l'article d'un code de déontologie des ostéopathes, sans préciser lequel.

(40) V. ainsi sur les aspects très discutables de cette solution rendue au civil, H. Barbier, *Déontologie violée = contrat annulé ! Quand la déontologie dicte la licéité du contrat*, RTD civ. 2019. 324 .

(41) V. not. A.-S. Leuret, *Licéité de l'objet : appréciation au regard d'une règle déontologique « extra-étatique »*, AJ contrat 2019. 243  ; G. Maire, *Interdiction déontologique de faire de la publicité : précisions relatives à l'objet du contrat*, RLDC, sept. 2019, n° 173 ; B. Maisonnat, *Incidence de la violation du code de déontologie des professionnels de l'ostéopathie sur l'objet du contrat*, D. 2019. 931 .


(42) Observons que la formulation du devoir est plus large et n'opère pas en simple miroir, car il n'y figure plus la restriction qui figure au premier alinéa relative aux professionnels concernés.

(43) Rapport intitulé « Des systèmes de santé renforcés sauvent plus de vies », cité sur le site Vie publique et consultable en ligne https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/78915/healthsys_savelives_fre.pdf sur

(44) Ainsi notamment d'après ce référentiel, annexé à l'arrêté du 12 déc. 2014 relatif à la formation en ostéopathie (BO santé, protection sociale et solidarité n° 2014/11 du 15 déc. 2014, p. 221), les manipulations et mobilisations exercées par les ostéopathes ont pour but de prévenir ou de remédier aux dysfonctions en vue de maintenir ou d'améliorer l'état de






santé, et le traitement ostéopathique est « l'ensemble des techniques ostéopathiques adaptées à la personne en fonction du diagnostic ostéopathique visant à améliorer l'état de santé de la personne »...

(45) Au sens du CSP, art. L. 1110-12 .

(46) CSP, art. L. 1110-4  dans sa version en vigueur du 12 août 2011 au 28 janv. 2016 : « il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. Lorsque la personne est prise en charge par une équipe de soins dans un établissement de santé, les informations la concernant sont réputées confiées par le malade à l'ensemble de l'équipe. Les informations concernant une personne prise en charge par un professionnel de santé au sein d'une maison ou d'un centre de santé sont réputées confiées par la personne aux autres professionnels de santé de la structure qui la prennent en charge ».

(47) Décret n° 2016-994 du 20 juill. 2016 relatif aux conditions d'échange et de partage d'informations entre professionnels de santé et autres professionnels des champs social et médico-social et à l'accès aux informations de santé à caractère personnel.


(48) Mais on ne peut que relever l'incohérence qu'il y aurait à autoriser des professionnels soumis au secret à partager des informations avec d'autres professionnels qui n'y seraient pas soumis par ailleurs, en dehors de cette « boucle » de partage nécessaire pour la continuité des soins.

(49) Crim., 13 oct. 2020, n° 19-87.341 , D. 2020. 2010  ; *ibid.* 2021. 2109, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire  ; AJ pénal 2020. 591, obs. B. Py  ; RSC 2021. 427, obs. P. Mistretta .

(50) Au motif que « la violation du secret professionnel ne porte directement préjudice qu'à l'intérêt général et à l'auteur des confidences ».

(51) E. Dreyer, Droit pénal spécial (*op. cit.*), p. 463.




(52) Ainsi par ex. l'art. 3.4 du Règlement national des notaires, ou encore le Règlement intérieur national des avocats, art. 2.1







(53) V. CSP, art. L. 1110-8 .

(54) D'après le référentiel d'activités et de compétences annexé à l'arrêté du 12 déc. 2014 relatif à la formation en ostéopathie (JO 14 déc. 2014, publié au BO Santé-Protection sociale-Solidarité, n° 2014/11 du 15 déc. 2014, p. 7), le diagnostic ostéopathique comprend un diagnostic d'opportunité (démarche de l'ostéopathe qui consiste à identifier les symptômes et signes d'alerte justifiant un avis médical préalable à une prise en charge ostéopathique) et un diagnostic fonctionnel (démarche de l'ostéopathe qui consiste à identifier et hiérarchiser les dysfonctions ostéopathiques ainsi que leurs interactions afin de décider du traitement ostéopathique le mieux adapté à l'amélioration de l'état de santé de la personne).

(55) Décret n° 2007-435, 25 mars 2007, art. 2.

(56) V. not. c. pén., art. 434-1 et 434-3.

(57) C. pén., art. 226-14  et 434-1  et 434-3  *in fine*.

(58) V. aussi les textes réglementaires du CSP traitant de ces questions, selon les professions de santé : art. R. 4127-44 , R. 4127-235 , R. 4127-316 , R. 4321-90 , R. 4322-58 , R. 4312-18 .