

Résumé et analyseIncapacité de travailler ;
destiné à la publication**Proposition de citation :**

Werner Gloor, Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1199/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2017

Art. 321 CP

Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur ; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B_1199/2016

Werner Gloor, avocat à Genève, Juge suppléant à la Cour de justice de Genève, Président à la Chambre des prud'hommes

I. Objet de l'arrêt

Dans cet arrêt, rédigé en langue allemande¹ et destiné à la publication au Recueil Officiel, le Tribunal fédéral avait, pour la première fois, à trancher², au pénal, un cas de violation du secret professionnel (art. 321 CPS) par un *médecin-conseil* (« Vertrauensarzt ») d'un employeur.

II. Résumé

L'état de fait, en résumé, était le suivant³ : un conflit de travail a opposé C., un enseignant d'une école privée zurichoise, organisée sous forme de société anonyme, à A., directeur général et membre du conseil d'administration. Le 30 mai 2013, l'employé est licencié moyennant préavis. Il tombe malade et son médecin traitant atteste d'une incapacité de travail totale par un certificat médical du 3 juillet 2013 ; ce praticien renouvelle son constat à plusieurs reprises, la dernière fois le 3 septembre 2013. Sur ce, l'employeur – soit pour ce dernier, A. – demande à l'employé de se soumettre à un contre-examen médical, et désigne à cet effet le Dr. X, psychiatre FMH. Il n'est demandé à ce spécialiste que de déterminer le principe, le début, le degré et la nature (maladie/accident) de l'incapacité, ainsi que sa durée prévisible. L'examen a eu lieu le 9 septembre 2013. Le lendemain, le psychiatre adresse à l'employeur un rapport médical détaillé évoquant l'anamnèse, le résultat des examens, et le

¹ L'auteur en a établi une traduction française (voir dans ce même numéro de cette Newsletter).

² À vrai dire, le Tribunal fédéral ne prend pas position lui-même par rapport à la thématique traitée, mais se borne à relater, au style indirect, les considérants de l'Obergericht ; le recourant ayant omis de les discuter suffisamment dans son recours, le Tribunal fédéral n'avait pas à en examiner le bien-fondé. Mais, la tonalité générale de l'arrêt ne laisse planer aucun doute : eût-il eu à les examiner, il les aurait confirmés.

³ Etat des faits tirés de l'arrêt de la 2^e Strafkammer de l'Obergericht du canton de Zurich du 30 août 2016 (SB160142-O/U), consultable sur : www.gerichte-zh.ch, et, résumé in : FELBER, Obergericht. *Psychiater verletzt Berufsgeheimnis. Zu intime Angaben in einem ärztlichen Arbeitsfähigkeitszeugnis* in : Neue Zürcher Zeitung, 31 août 2016.

diagnostic de l'état de santé de C., ainsi que les informations que lui a confiées l'examiné et qui portaient sur sa biographie, sa situation familiale, économique, financière et professionnelle ; le rapport faisait également état d'un conflit de travail et des appréciations peu amènes que l'employé aurait eues à l'égard de l'employeur : A. est « un dangereux psychopathe » ; « il veut toujours avoir raison » et ne réfléchit qu'en termes de « guerre et destruction ». L'employeur transmet à A. une copie de ce rapport. Le 18 octobre 2013, plainte pénale est déposée contre le Dr. X. pour violation du secret médical. Le Procureur se saisit du dossier et obtient la condamnation du médecin en première instance (jugement du Bezirksgericht Zurich, du 11 novembre 2016). Le 30 août 2016, statuant sur appel du condamné, l'Obergericht confirme le jugement pénal entrepris. Le 4 mai 2017, le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en matière pénale, confirme la décision cantonale par identité des motifs.

Cet arrêt du Tribunal fédéral incite à examiner la thématique « secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur » sous l'angle de différents corps de règles : déontologie du médecin, droit pénal, droit du travail et droit de la protection des données.

III. Analyse

a. Le certificat médical

Il incombe à l'employé qui se dit victime d'un empêchement de travailler dû à la maladie, à un accident ou à la grossesse, d'en apporter la preuve (art. 8 CC). En règle générale, cette preuve – réfragable⁴ – est fournie par la production d'un certificat médical.

Il est d'usage⁵ que certificat médical se limite exclusivement aux données indispensables pour l'employeur : ainsi, il comporte les indications suivantes : 1. Le nom et prénom du patient, 2. Le terme incapacité de travail, avec mention « maladie ou accident », 3. Le début et la fin (prévisible) de l'incapacité de travail (en aucun cas l'indication : « durée indéterminée »), 4. Le degré de cette incapacité de travail (en cas d'incapacité partielle, l'indication, cas échéant, s'il s'agit d'un pourcentage de temps ou de rendement), 5. La date à laquelle le certificat est établi, le timbre et la signature du médecin⁶.

L'employeur peut éprouver des doutes quant au réel et sérieux de l'empêchement ainsi attesté : ses doutes peuvent porter sur la nature, le degré ou la durée de l'incapacité de travail, voire sur le début ou la durée (prévisible) de cet empêchement. Les doutes peuvent aussi porter sur les qualifications du médecin consulté par le travailleur (médecin traitant

⁴ Le certificat médical produit par le travailleur n'est pas une preuve absolue de l'incapacité de travail alléguée (cf. TF 1C_64/2008 du 14 avril 2008, cons. 3.4), mais un « *Anscheinsbeweis* », et, du point de vue procédural, un simple allégué de partie (« *Parteibehauptung* ») (cf. TF 8C_619/2014 du 13 avril 2014 cons. 3.2.1).

⁵ En droit suisse, il n'existe pas de normes légales énonçant des critères pour l'octroi d'un certificat médical en cas de maladie ou d'accident, ni pour ce qui est du degré ou de la durée de l'incapacité de travail en présence d'une atteinte à la santé.

⁶ Cf. Académie suisse des sciences médicales (ASSM)/ Fédération des médecins suisses (FMH), Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique, Berne, 2^e éd., 2013 § 7.6 p. 111). Il arrive que le médecin traitant établisse un certificat médical détaillé sur demande de son patient.

non spécialiste⁷, permanence médicale). Enfin, les doutes peuvent être provoqués par des carences d'ordre formel ou matériel du document (p. ex. certificat à rétroactivité excessive⁸).

Le certificat médical est un élément critique pour l'exécution des rapports de travail ; en effet, il influe sur le principe et la durée de l'obligation de l'employeur de continuer à payer le salaire, respectivement de l'obligation de l'assureur perte de gain de verser les indemnités journalières assurées (cf. art. 324a/b CO) ; et, pour faire court, il protège le travailleur contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c CO).

Depuis la réforme du droit du contrat de travail, en 1972, comportant notamment l'adoption des arts. 324a/b et 336e CO (à présent : l'art. 336c CO), il est devenu pratique courante que l'employeur puisse, en cas de doute fondé, soumettre – à ses frais – le travailleur à un contre-examen médical, et lui désigner, à cet effet, un praticien, appelé *médecin-conseil de l'employeur*⁹. La demande peut être faite sans délai, s'il s'agit d'un certificat médical suspect ; dans les autres cas, l'employeur attendra un certain laps de temps. L'intéressé est tenu, en vertu de son *devoir de fidélité* (art. 321a CO) d'accepter un tel contre-examen¹⁰ ; point n'est nécessaire que l'employeur se soit réservé le droit de le demander dans le contrat du travail ou dans un Règlement du personnel. La mesure est compatible avec l'obligation légale de l'employeur de respecter la personnalité du travailleur (art. 328 CO)¹¹, pour autant toutefois que les questions posées par l'employeur au médecin-conseil ne dépassent pas le cadre de l'art. 328b CO (*infra*)¹². Pour le travailleur, se soumettre au contre-examen demandé ne constitue pas une obligation (« *Pflicht* »), mais une *incombanche* (« *Obliegenheit* ») ; s'il refuse de se laisser examiner par le médecin-conseil¹³, ou s'il refuse

⁷ De l'avis du Tribunal fédéral, « selon l'expérience générale de la vie », les médecins traitants ont tendance « à se prononcer plutôt en faveur de leurs patients, en raison de leur position de confiance résultant du contrat de mandat » (ATF 125 V 351 ; TF 4A_571/2016 du 23 mars 2016 du 23 mars 2017 cons. 4. 2) et tendance à établir des certificats d'arrêt maladie sur la foi des seules déclarations de leurs patients (TF 2A.201/2005 du 30 juin 2005 cons. 4.3.2).

⁸ Cf. CAPH GE JAR 2008 p. 376 cons. 3.4.

⁹ Cf. TF 8C_619/2014 du 13 avril 2015 cons. 3.2.1 ; TF 4A_140/2009 du 12 mai 2009 cons. 5.2. – Dans la législation, le *médecin-conseil de l'employeur* apparaît, pour la première fois, à l'art. 21 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004 (LAGH, RS 810.12). Il ne faut pas le confondre avec le médecin-conseil de la caisse-maladie (art. 57 LAMal) ou d'autres assurances sociales, ni avec le médecin-conseil de l'assureur privé ou, encore, avec le médecin d'entreprise (« *Betriebsarzt* ») ou le médecin du travail (« *Arbeitsmediziner* ») ; sur les obligations de ce dernier, voir : FMH, Annexe 4 au Code de déontologie. Directive à l'intention des médecins du travail, Berne, 16 octobre 1998.

¹⁰ *Pro multis* : STENGEL Manuel, *Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, thèse St. Gall ; Zurich, 2014, p. 165 ss. ; REHBINDER/STOECKLI, *Berner Kommentar*, 2010, N. 9 ad art. 321 a CO.

¹¹ Cf. ATF 125 III 70 cons. 3c ; CAPH GE JAR 1982 p. 113 ; OG ZH JAR 1982 p. 129 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, *Arbeitsvertrag*, Zurich, 2012, N. 12 ad art. 324a/b CO p. 424 ; MUELLER Roland, *Arztzeugnisse in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten*, AJP/PJA 2010 p. 171 ; VON KAENEL, *Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis*, in : *ArbR 2006* p. 103 ; SCHOENENBERGER, *Das Erschleichen der Lohnfortzahlung unter Berufung auf Krankheit*, Berne, 2001, p. 158 ss. ; ZINSLI Jörg Mathias, *Krankheit im Arbeitsverhältnis*, thèse Zurich, 1992, p. 48.

¹² Cf. TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008 cons. 6.2 in : JAR 2009 p. 290.

¹³ OG BE JAR 2013 p. 409.

de délier de son secret professionnel¹⁴ (cf. *infra*), il accepte que la valeur probante de son propre certificat médical soit affaiblie, voire réduite à néant¹⁵.

Un examen médical par le médecin-conseil peut également être demandé lorsque le travailleur s'absente, prétendument pour des raisons de santé, mais sans produire un certificat médical.

L'employeur peut également soumettre un candidat à l'embauche à un examen auprès de son médecin-conseil ; dans certaines circonstances, il est même tenu de le faire¹⁶.

b. La mission du médecin-conseil de l'employeur

La mission du médecin-conseil de l'employeur – que ce soit dans le secteur privé ou dans le secteur public – consiste, s'agissant d'un travailleur victime d'une incapacité de travail, de vérifier le réel et sérieux de cet empêchement¹⁷. En principe, pour ce faire, il n'a pas à procéder à une anamnèse ni à établir un diagnostic¹⁸.

En règle générale, il n'est demandé au médecin-conseil que d'établir un *certificat simple* (« *einfaches Arztzeugnis* »). Dans ce cas, l'examen porte sur l'aptitude ou inaptitude, totale ou partielle, passagère ou plus durable, de l'examiné à remplir son emploi¹⁹. L'employeur n'a pas à connaître les raisons de l'incapacité de travail²⁰, sauf la précision : maladie, accident, grossesse.

L'employeur peut cependant être amené à demander au médecin-conseil l'établissement d'un certificat médical détaillé (« *detailliertes Arztzeugnis* »). À cet effet, il fera parvenir au praticien, une description des tâches et activités confiées au travailleur, ainsi que de l'horaire qu'il doit observer (travail de jour, travail de nuit)²¹.

¹⁴ Exemples de refus de délier le médecin-conseil de l'employeur de son secret professionnel et conséquences sur le plan probatoire : 8C_619/2014 du 13 avril 2015 cons. 3.2.4 ; TF 8C_760/2012 du 4 septembre 2013 cons. 3.

¹⁵ TF du 12 décembre 1995 cons. 3b/aa in : JAR 1997 p. 132. ; TF 2P.206/2006 du 24 janvier 2007 cons. 3.4. Le refus peut, dans certaines circonstances, justifier un licenciement immédiat (TF du 14 juillet 1997 cons. 3 in : JAR 1998 p. 237).

¹⁶ Cf. art. 72 de l'Ordonnance sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles du 19 décembre 1983, (OPA, RS 832.30). ; cf. pour le personnel effectuant du travail de nuit : art. 17c al. 1 LTr.

¹⁷ Cf. MARTIN-ACHARD/HOCHMANN-FAVRE, *Médecin-conseil et médecin du travail*, in : La Harpe/Ummel/Dumoulin (éd.), *Droit de la santé et médecine légale*, Genève, 2^e éd., 2014, p. 196.

¹⁸ Cf. TF 2P.206/2006 du 24 janvier 2007 cons. 3.3. et TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017 cons. 2.2.

¹⁹ Cf. Société suisse des médecins-conseils et médecins d'assurance (SSMC), *Manuel*, chapitre 11 in : www.medecins-conseil.ch/manual ; BRAENDLI Tobias, *Voraussetzungen für vertrauensärztliche Untersuchungen von Angestellten*, in : plädoyer 4/2015, p. 39. À titre d'illustration : l'étendue d'un examen – fait par le médecin du travail – et la nature des informations à communiquer à l'employeur sont décrits à l'art. 3 de l'Ordonnance du DEFR sur les activités dangereuses ou pénibles en cas de grossesse et de maternité du 20 mars 2001 (Ordonnance sur la protection de la maternité, RS 822. 111.52).

²⁰ DUNAND, Jean-Philippe in : Dunand/Mahon, *Commentaire du contrat de travail*, Berne, 2013, N. 67 ad art. 328b CO ; SCHWARZ F., Dr. med., *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, in : *Bulletin des médecins suisses*, 1969 p. 233.

²¹ Cf. STENGEL, op. cit., p. 194, p. 250 et p. 331.

Tant l'examen médical en vue pour l'établissement d'un certificat médical simple, que l'examen en vue de l'établissement d'un certificat médical détaillé demande *le consentement préalable* du travailleur. Ce consentement n'a pas besoin d'avoir d'être donné par écrit ; il peut découler d'actes concluants.

La détermination du principe, du degré, du début et de la durée d'une incapacité de travail à contrôler requiert du médecin-conseil, selon le type de l'affection en jeu (physique, psychique), cas échéant une anamnèse et l'apport – avec le consentement de l'examiné, exprimé tant vis-à-vis du médecin traitant que vis-à-vis du médecin-conseil – du dossier médical détenu par le médecin traitant. Un échange de vues avec le médecin traitant du travailleur peut s'avérer utile – cependant, il suppose également la double autorisation préalable du patient²². Cet échange de vues peut prendre la forme d'un questionnaire.

L'examen du médecin-conseil peut déboucher sur un diagnostic qui confirme ou dément celui du médecin traitant – mais, ce diagnostic, quel qu'il soit, n'a pas à être communiqué à l'employeur ni au médecin traitant – à moins que le travailleur examiné n'y ait consenti²³. Si l'employeur demande l'établissement d'un certificat médical détaillé et fournit, à cet effet, une description ou un profil du poste de travail, le médecin-conseil doit, cas échéant, indiquer les travaux que le travailleur ne peut pas, en l'état, ou ne peut plus effectuer, et le type d'activité qu'il peut encore accomplir²⁴.

Si l'incapacité de travail alléguée est d'ordre psychique, liée aux conditions de travail (stress, harcèlement psychologique), et que l'anamnèse et les éléments du dossier médical transmis par le médecin traitant paraissent le confirmer, le médecin traitant peut, pour autant que le patient l'y ait préalablement autorisé, thématiser le problème dans un rapport et, compte tenu de l'art. 6 LTr, suggérer à l'employeur les mesures à prendre pour accélérer le retour en emploi du travailleur ; venant de son médecin-conseil, l'employeur sera plus enclin à prendre en considération des recommandations visant l'amélioration de l'environnement du travail de l'intéressé²⁵.

Plus délicat paraît le traitement de la question éventuelle de l'employeur d'après le caractère général ou limité à la place du travail de l'incapacité de travail. D'apparence anodine, cette question sous-tend une théorie – défendue en Suisse alémanique – voulant qu'un travailleur dont l'incapacité de travail serait limitée à la place de travail ne saurait se prévaloir de la protection contre le congé donné en temps inopportun (art. 336c al. 1 let. b CO)²⁶. À notre sens, le médecin-conseil de l'employeur – à l'instar du médecin-traitant, doit

²² Le secret professionnel de l'art. 321 CPS s'applique aussi dans les relations entre médecins (cf. art. 11 al. 3 Code de déontologie de la FMH) ; cf. REHBERG Jörg, *Die strafrechtliche Seite des ärztlichen Berufsgeheimnisses*, in : Bulletin des médecins suisses, 1969 p. 234.

²³ Cf. TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017 cons. 2.2, confirmant OG ZH, II. Strafkammer, SB160142-O, du 30 août 2016 cons. 3.2.2.

²⁴ Cf. ASSM/FHM, Guide pratique, op. cit. chapitre 7.6 p. 112 ; STENGEL, op. cit. p. 331.

²⁵ Cf. plus précisément les obligations incombant à l'employeur en vertu de l'art. 3 al. 3 OLT 3 ; STEIGER-SACKMANN Sabine, *Schutz vor psychischen Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz. Rechtliche Möglichkeiten zur Verbesserung der Prävention*, Zurich, 2013, p. 28.

²⁶ RUDOLPH Roger/VON KAENEL Adrian, *Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit. Eine rechtliche Auslegeordnung zu einem um sich greifenden Phänomen*, SJZ/RSJ 2010 p. 361 ss. ; EMMEL, *Krank bloss am Arbeitsplatz*, Neue Zürcher Zeitung, 2/3 juillet 2011 p. e3.

se limiter à se prononcer sur l'existence ou non, d'une incapacité, totale ou partielle, du travailleur d'effectuer les tâches *contractuelles*²⁷. La question de savoir si l'intéressé, en soi, serait à même de chercher un autre emploi, n'a pas à être investiguée par le médecin-conseil de l'employeur ; cas échéant, cette tâche incombe, p. ex. dans le cadre d'une « détection précoce » (art. 3a ss LAI), au médecin-conseil d'une assurance sociale ou privée.

c. Les rapports juridiques employeur, employé, médecin traitant

Le recours à un médecin-conseil par l'employeur met en jeu un rapport triangulaire : travailleur – employeur ; employeur – médecin-conseil ; médecin-conseil – travailleur.

L'employeur et le travailleur sont liés par un *contrat de travail* (art. 319 CO). L'employeur – on l'a vu – peut demander au travailleur, victime d'une incapacité de travail, de se soumettre à un contre-examen médical. Cela découle de son droit de donner des directives (art. 321d CO) ; et le travailleur doit y donner suite en vertu de son devoir de fidélité (art. 321a CO). L'employeur est cependant tenu de respecter son obligation de protéger la personnalité du travailleur (art. 328 CO), et, plus précisément, de ne demander au médecin-conseil qu'un examen qui respecte le cadre posé par l'art. 328b 1^{ère} phrase CO : l'information sollicitée ne peut concerner que la capacité de travail du travailleur (*cf. supra*). Ces principes s'appliquent aussi aux rapports précontractuels : les questions de l'employeur ne peuvent concerner que celles qui ont trait à l'aptitude du candidat à l'embauche à remplir l'emploi proposé²⁸.

À noter qu'en recourant à un médecin-conseil, l'employeur recourt aux services d'un *auxiliaire* dans l'exécution du contrat de travail ; les errements de ce dernier lui sont imputables (art. 101 CO) et engagent sa responsabilité contractuelle (art. 328 CO ; art. 97 CO).

Les rapports entre l'employeur et son médecin-conseil sont fondés sur le *mandat* (art. 394 ss CO). L'employeur, en sa qualité de mandant, est, *prima vista*, fondé à donner des instructions au médecin-conseil mandataire (*cf.* art. 397 al. 1 CO). Toutefois, ce dernier, lié par les règles légales²⁹ et déontologiques³⁰ qui régissent sa profession, n'a pas à déférer à des directives et instructions inappropriées, ou qui portent, de façon reconnaissable, atteinte à la personnalité de l'examiné³¹. Le secret professionnel prime l'obligation de fidélité vis-à-vis du mandant³². Le médecin-conseil ne doit pas, pour faire plaisir à

²⁷ Dans le même sens : GEISER Thomas, *Kündigungsschutz bei Krankheit*, AJP/PJA 1996 p. 553 ; EGLI H.-P., *Der zeitliche Kündigungsschutz*, in : ArbR 1998 p. 125. ; STENGEL, *op. cit.* p. 96 .

²⁸ TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008 cons. 6.2 = JAR 2009 p. 290.

²⁹ *Cf.* art. 40 let. c et d de la Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006 (LPMéd, RS 811.11).

³⁰ *Cf.* art. 11 et 33 Code de déontologie de la FMH, Berne, 2016, ; Manuel de la Société suisse des médecins-conseils et médecins d'assurance (SSMC), Berne, 2009, chapitre 11 : Incapacité de travail, certificat médical et expertise.

³¹ STENGEL, *op. cit.* p. 136 ; GEISER, *Arztzeugnisse zur Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit. Zwischen Informationsbedürfnissen und Datenschutz*, in : Festschrift Eugen Bucher, Berne, 2009, p. 29 ; FELLMANN, *Berner Kommentar*, 1992, N. 252 ad art. 394 CO.

³² GUILLOD Olivier/GIAUQUE Alain, *Secret médical et rapports de travail*, Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale, Zurich, 1997, p. 65.

l'employeur ou à l'assureur perte de gain de ce dernier, émettre un certificat médical qui, matériellement, constitue un faux au sens de l'art. 318 CPS³³.

Entre le médecin-conseil et le travailleur dont il est chargé par l'employeur d'examiner la capacité de travail, *il n'existe pas de relation contractuelle*³⁴. Cela étant, le médecin-conseil est tenu, en vertu des arts. 27 et 28 CC, de respecter la personnalité de l'examiné. Ce dernier, à l'instar de tout patient, a droit au respect de sa sphère intime et privée³⁵, et par conséquent, peut s'attendre à ce que ce praticien, à l'instar de son médecin traitant, respecte ses devoirs professionnels, garantisse les droits du patient (art. 40 let. c LPMéd), à commencer par l'observation du secret professionnel (art. 40 let d LPMéd ; art. 321 CPS), et de la législation sur la protection des données³⁶. La violation de cette obligation constitue, outre un délit pénal, un acte illicite (art. 41 CO) et engage sa responsabilité civile vis-à-vis du travailleur examiné.

La teneur et l'étendue du mandat que l'employeur a passé avec le médecin-conseil constituent pour le travailleur *acta inter tertios* ; en particulier, une « autorisation » donnée par l'employeur au médecin-conseil, de lui faire part de tout ce qu'il aura appris ou constaté, et de lui communiquer un diagnostic ne serait pas opposable au travailleur.

Un consentement donné par le travailleur examiné à la transmission à l'employeur, par le médecin-conseil, de la totalité des constatations faites, serait, dans la mesure où elles sortiraient du cadre posé par l'art. 328b 1^{ère} phrase CO, nul. En effet, une personne ne saurait valablement renoncer, de façon excessive, aux droits de sa personnalité (art. 27 CC, art. 20 CO). Une telle renonciation ne serait pas de nature à lever l'illicéité de l'atteinte (art. 28 al. 2 CC)³⁷. De même, le praticien ne saurait vouloir invoquer, l'existence, dans le contrat de travail, d'une clause obligeant le travailleur à communiquer à l'employeur, en cas d'incapacité de travail, toutes les données médicales ; une telle clause violerait l'art. 27 CC, d'une part, et, de toute façon, le médecin-conseil ne saurait vouloir déduire des droits du contrat de travail passé entre l'employeur et le travailleur³⁸.

Cela étant, il n'est pas certain que l'art. 328b CO soit une norme de protection générale, ayant un effet *erga omnes*, c'est-à-dire une norme qui, à l'instar des arts. 27/28 CC, serait également opposable au médecin-conseil de l'employeur. La norme relève du droit du contrat de travail ; elle n'est pas reçue en droit médical ni en droit pénal. Pourtant – et c'est intéressant de le relever – dans l'affaire du psychiatre zurichois, c'est ce que les instances cantonales, suivies par le Tribunal fédéral, ont cru bon de soutenir, à tout le moins implicitement : en effet, parmi les griefs retenus à l'égard de ce médecin figure, en bonne

³³ TF 6B_152/2007 du 13 mai 2008.

³⁴ Cf. GUILLOD/GIAUQUE, op. p. 82.

³⁵ Droit, au demeurant, garanti par l'art. 13 al. 1 Cst. Féd. ; cette norme constitutionnelle protège le citoyen contre l'action de l'Etat, mais elle déploie également un effet horizontal indirect, c'est-à-dire elle doit être respectée dans les rapports entre personnes privées.

³⁶ Notamment : la Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1).

³⁷ TERCIER Pierre, *De la confidentialité des données médicales en droit du travail*, in : Mélanges Pierre Engel, Lausanne, 1989, p. 440.

³⁸ ROSSEL Jean-Emmanuel, *Le secret médical et le certificat d'arrêt de travail*, SZS/RSAS 1992 p. 339.

place, celui d'avoir méconnu le cadre posé par l'art. 328b 1^{ère} phrase CO³⁹. À vrai dire, pour que l'art. 328b CO – et le cadre posé – soit opposables au médecin-conseil, il faudrait que l'employeur l'ait intégré dans le mandat confié à ce dernier. Dans le cas zurichois, il ne ressort pas de l'état des faits que l'employeur ait précisé le cadre de l'examen ; de fait, l'employeur partait de l'idée que le praticien s'en tiendrait à la communication des données usuelles.

d. Secret professionnel (secret médical), art. 321 CPS/ art. 40 let. f LPMéd.

L'art. 321 ch. 1 CPS sanctionne, sur *plainte*, d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire, la violation du secret professionnel, par – entre autres – des « *médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues*⁴⁰, ainsi que leurs auxiliaires ».

d/aa

Les éléments constitutifs objectifs de l'infraction sont au nombre de cinq : il faut 1. Une personne exerçant l'une des professions énumérées, 2. Un secret, 3. Un secret appris dans l'exercice de la profession, 4. L'absence d'une levée du secret, 5. La violation du secret.

Ad 1 : À n'en point douter, le médecin-conseil de l'employeur tombe dans le champ d'application de l'art. 321 CPS.

Un avis professoral a considéré que le médecin-conseil⁴¹ ne tombait pas dans le champ d'application de l'art. 321 CPS ; l'auteur de cette thèse, mandaté par les assurances privées, a soutenu qu'entre le médecin-conseil et le patient, il n'existerait pas de lien thérapeutique, et dès lors, il n'existerait pas non plus un lien de confiance ; or, l'existence d'un lien serait une des prémisses pour l'application de cette norme pénale – dès lors que, n'étant pas lié par un lien thérapeutique, il ne jouirait pas *de la confiance* du patient, prémisses pour l'application de l'art. 321 CPS⁴². Cet avis, pour le moins iconoclaste, a été immédiatement combattu dans la même revue⁴³ – mais, cette opinion a été reprise dans une publication plus récente traitant des médecins-conseils d'assurance⁴⁴.

³⁹ Cf. OG ZH, II. Strafkammer, SB160142-O, du 30 août 2016, cons. 3.2.1 et TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017 cons. 3.2.

⁴⁰ Les psychologues (indépendants) figurent dans le champ d'application de l'art. 321 CPS, et ce depuis le 1^{er} avril 2013 (RO 2012 1929), introduit par la Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 18 mars 2011 (LPsy, RS 935.81) ; à teneur de l'art. 27 LPsy, le terme légal « psychologue » englobe les *psychothérapeutes* (cf. aussi Messages, FF 2009 p. 6277). Les psychologues et psychothérapeutes travaillant sur délégation d'un psychiatre étaient déjà antérieurement liés par le secret professionnel de l'art. 321 CPS (cf. MORIN Ariane, *Les contrats dans la psychothérapie déléguée*, in : Kahil-Wolff/Wyler (éd), Assurance sociale, responsabilité de l'employeur, assurance privée. Psychothérapie déléguée, Lausanne (IRAL) – Berne, 2005, p. 175).

⁴¹ *In casu*, il s'agissait du médecin-conseil de l'assurance privée, travaillant essentiellement sur dossier.

⁴² SCHMID Niklaus, *Rechtsgutachten zum Arztgeheimnis nach StGB Art. 321 bei der Erstellung von Aktengutachten. Erstattet am 2. April 2003 zuhanden des Schweizerischen Versicherungsverbands*, Zürich, in : HAVE/REAS 1/2004 p. 52 ss. Cette thèse, eût-elle eu du succès, aurait pu s'appliquer aussi au médecin-conseil de l'employeur.

⁴³ ALBRECHT Peter, *Rechtsgutachten zur Strafbarkeit der Verletzung des ärztlichen Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB. Erstattet zuhanden der Vereinigung der Geschädigtenanwälte*, in : HAVE/REAS 1/2004,

Ad 2 : Constitue un secret au sens de l'art. 321 CPS « un fait qui n'est pas déjà connu, que le maître a la volonté de garder confidentiel et un intérêt à ce qu'il reste confidentiel ». Dans le domaine médical, est secret tout ce que le patient confie au médecin en vue de l'exercice de sa profession⁴⁵. Le médecin-conseil de l'employeur est, lui aussi une personne de confiance, ne fût-ce qu'en vertu de son statut de médecin ; à ce titre, il se voit régulièrement, sur questions ou spontanément, confier des secrets que l'*explorandus* souhaite garder confidentiels. Ce dernier doit pouvoir librement répondre et poser des questions sans devoir craindre que ces données sensibles soient, sans qu'il ait un mot à dire, transmises intégralement à l'employeur.

Le médecin-conseil de l'employeur doit être conscient que la transmission inconsidérée à son mandant de données sensibles sur le travailleur examiné, ne constitue pas seulement une violation du secret professionnel (art. 321 CPS), mais la démarche peut causer à ce dernier la perte de son emploi ; en effet, fort d'information sur la nature d'une maladie, et la possible évolution de cette maladie affectant le travailleur, l'employeur peut être amené à éviter des absences futures en licenciant l'intéressé – bien évidemment – en apparence pour un motif sans rapport avec les problèmes de santé récurrents de celui-ci. Ayant été, de par sa faute, à l'origine d'une grave atteinte à la personnalité du travailleur (art. 28 CC), c'est-à-dire d'une atteinte à un bien absolu, et partant, d'un acte illicite (art. 41 CO) ayant débouché sur le licenciement, le médecin-conseil de l'employeur pourra, cas échéant, être tenu d'indemniser la victime pour les conséquences de la perte de l'emploi.

Ad 3 : Bien qu'il ne soit pas chargé d'un diagnostic ou d'une mesure thérapeutique, le médecin-conseil de l'employeur est *médecin* ; à l'issue de l'examen, il dresse un constat (« *Befund* ») sur l'état de santé de l'examiné, et notamment, sur la capacité de travail de ce dernier. Il s'agit, à l'évidence, de données sensibles⁴⁶ récoltées et traitées *en vertu de sa profession*. Le secret professionnel couvre tout ce que l'*explorandus* a pu lui confier, oralement, lors d'un rendez-vous en son cabinet, ou sur papier ou support électronique, en lui faisant transmettre son dossier médical. Il couvre également toutes les informations qu'il a pu donner au médecin-conseil et qui touchent à d'autres domaines de sa sphère privée : famille, salaire, patrimoine, situation et projets professionnels⁴⁷. Le secret s'exerce *erga omnes*, à l'égard de tout tiers, y compris à l'égard de l'employeur de l'intéressé⁴⁸.

p. 60 ss. ; TAG Brigitte, *Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich*, in : ZStrR/RPS 2004 p. 9.

⁴⁴ UTTINGER Ursula, *Aerztliche Schweigepflicht oder Datenschutz ? Aerzte in der Assekuranz und deren Berufsgeheimnis*, in : Festschrift Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht, Zurich, 2010, p. 656 avec un renvoi à un arrêt OG BE, No 1603 du 18 janvier 2007.

⁴⁵ ATF 112 Ib 606 cons. 2b = JdT 1987 IV 150 ; 116 IV 131 cons. 3 ; déjà ATF 75 IV 71 ; DUPUIS/MOREILLON et al., *Petit commentaire CP*, Bâle, 2^e éd., 2017, N. 24 ad art. 321 CPS ; LANGMACK Hans, *Die strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes*, in : ZStrR/RPS 1972 p. 71.

⁴⁶ Notamment au sens de l'art. 3 let. c LPD (cf. ATF 133 V 359 cons. 6.4).

⁴⁷ HIRSIG-VOUILLLOZ Madeleine, *La responsabilité du médecin. Aspects de droit civil, pénal et administratif*, Berne – Genève, 2017, p. 194.

⁴⁸ FELLMANN, in : Ayer/Kieser/Poledna/Sprumont (éd.), *Loi sur les professions médicales (LPMéd)*, Commentaire, Bâle, 2009, N. 132 ad art. 40 LPMéd. ; KELLER Karin, *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB*, thèse Zurich, Zurich, 1993, p. 103. Ce n'était pas encore une évidence en 1944 : un auteur, ultérieurement Procureur Général dans le Canton de Vaud, avait soutenu, dans sa thèse de doctorat de

Enfin, contrairement à ce que de nombreux praticiens pensent, la communication, par un médecin, de données médicales, sans autorisation préalable du patient, à un collègue professionnel, parce que lui-même soumis au secret professionnel, ne constitue pas un motif excluant l'illicéité de la démarche⁴⁹.

Ad 4 : À teneur de l'art. 321 ch. 2 CPS, la révélation du secret ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisé par écrit. L'art. 321 ch. 3 CPS réserve en outre les cas où la législation fédérale ou cantonale statue une obligation de renseigner une autorité⁵⁰ ou de témoigner en justice⁵¹.

L'examen par le médecin-conseil suppose le *consentement préalable* du travailleur, d'une part, et, avant la communication, à l'employeur, des résultats de l'examen et de toute autre information sensible – une seconde autorisation du travailleur⁵². Ces autorisations peuvent être données oralement ou par comportement concluant⁵³ – mais, il incombe au praticien, de s'assurer de la preuve d'avoir obtenu ces consentements, ainsi que la preuve du fait que ces consentements lui aient été accordés en *connaissance de cause*⁵⁴.

Dans l'affaire du psychiatre zurichois, les instances cantonales, suivies par le Tribunal fédéral, ont clarifié un point important : ils ont judicieusement mis l'accent sur la nécessité d'un « *informed consent* », c'est-à-dire sur la nécessité, pour le médecin-conseil de l'employeur, d'obtenir le consentement éclairé⁵⁵ du travailleur. En tout cas, une autorisation *globale et sans réserve* aucune doit être reçue avec précaution, car, en règle général, un déliement du secret va au-delà de l'usuel⁵⁶. En l'occurrence, le psychiatre mandaté s'était contenté de la signature du travailleur, apposée sur un formulaire lui accordant une autorisation globale : c'était insuffisant, parce qu'excessif, pour valoir consentement valable au sens de l'art. 321 ch. 2 CPS. À tout le moins, lui ont expliqué les tribunaux, il aurait dû, dans un premier temps, une fois l'examen fait, informer le travailleur sur la teneur et l'étendue des informations qu'il s'apprêtait à transmettre à l'employeur ; et, cette

l'époque, que la révélation de l'état de santé aux patrons était *une révélation nécessaire* pour la bonne marche de l'entreprise (cf. HEIM Willy, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, Lausanne, 1944, p. 67).

⁴⁹ OBERHOLZER Niklaus, in : Niggli/Wiprächtiger (ed), *Strafrecht II*, Art. 111 – 392 StGB, Basler Kommentar 3^e éd., Bâle, 2013, N. 20 ad art. 321 CPS : cf. art. 11 al. 3 Code de déontologie FMH : « *Le secret médical vaut également pour les confrères (...)* ».

⁵⁰ Cf. p. ex. art. 15d al. 1 let. e et al. 3 de la Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR, RS 741.01) : « *Les médecins sont libérés du secret professionnel dans le cas des communications au sens de l'al. 1 et. E* ». (re perte d'aptitude, en raison d'une maladie physique ou mentale, à conduire un véhicule automobile). En revanche, le médecin-conseil de l'employeur ne figure pas dans le catalogue des personnes ou instances autorisées à procéder à la communication au sens de l'art. 3 b al. 3 LAI (« *détection précoce* »).

⁵¹ BURKHARDT/NIVEAU/LA HARPE/DUMOULIN/UMMEL, *Secret professionnel : généralités*, in : La Harpe/Ummel/Dumoulin (éd.), *Droit de la santé et médecine légale*, Genève, 2014, p. 330.

⁵² STENGEL, op. cit., p. 264.

⁵³ Cf. TRECHSEL/VEST in : Trechsel/Pieth (éd), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2^e éd., Zurich/St.Gall, 2013, N. 28 ad art. 321 CPS.

⁵⁴ DEVAUD Coralie, *L'information en droit médical*, thèse Lausanne, Zurich, 2009, p. 199.

⁵⁵ Cf. aussi ROSSEL, op. cit., p. 255 et p. 339.

⁵⁶ Et cela confinerait à l'absence de volonté du maître de prétendre à un secret (cf. OBERHOLZER Niklaus, in : BaK, op. cit., N. 22 ad art. 321 CPS).

information faite, solliciter, dans un deuxième temps, l'autorisation du travailleur avant de procéder à la transmission des données⁵⁷.

Il paraît normal que le médecin-conseil de l'employeur, ou le médecin d'entreprise, chargé, dans le cadre d'un examen de routine, d'examiner l'aptitude *physique ou psychique* du travailleur à continuer à accomplir ses tâches critiques pour la sécurité de nombreuses personnes (pilote d'un avion de ligne, conducteur de locomotive, chauffeur de bus, chirurgien, ingénieur dans une centrale nucléaire, responsable d'un barrage hydraulique etc.), soit tenu de porter un éventuel constat négatif à la connaissance de l'autorité compétente⁵⁸ ; l'on soutiendra ici qu'en présence d'un danger patent pour la vie de personnes, le médecin-conseil est légitimé, voire tenu, même en l'absence d'un consentement de l'intéressé ou d'une réglementation traitant de la question, *de prévenir immédiatement son employeur*, pour que le danger puisse être écarté⁵⁹. Sans doute, la démarche bénéficierait de la protection de l'art. 17 CPS (état de nécessité licite)⁶⁰.

Ad 5 : L'acte délictueux consiste à rendre le secret accessible à une personne non autorisée. La manière de le rendre accessible est sans importance : il peut s'agir d'une communication orale ou écrite⁶¹. S'agissant d'un médecin-conseil, il arrive fréquemment que l'employeur lui pose, suite à la réception du certificat médical, des questions « complémentaires » ; le praticien se gardera de lui fournir des éléments dépassant le cadre de certificat, respectivement, de l'art. 328b al. 1 CO.

Le fait, pour le médecin-conseil d'informer l'employeur que le travailler ne s'était pas présenté à l'examen, qu'il l'avait repoussé ou refusé, ne constitue pas une violation de son secret professionnel⁶².

d/bb

Enfin, côté éléments constitutifs subjectifs, la violation du secret médical suppose que l'auteur ait agi *intentionnellement*. Le dol éventuel suffit.

⁵⁷ OG ZH, II. Strafkammer, SB160142-O, du 30 août 2016, cons. 3.4.1. b ; confirmé par TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017, cons. 2.1. À noter que le Tribunal fédéral ne s'était pas toujours montré si sévère avec l'exigence d'un *consentement éclairé* ; il lui suffisait que l'intéressé jouisse de la capacité de discernement : cf. ATF 98 IV 217 cons. 2.

⁵⁸ Cf. ainsi par ex. art. 15 d LCR ; et implicitement : art. 77 let. f de l'Ordonnance du DETEC concernant les licences du personnel navigant de l'aéronautique qui ne sont pas réglementées ni harmonisées à l'échelon européen du 25 mars 1975 (RS 748.222.1).

⁵⁹ La discussion a été alimentée par la catastrophe aérienne causée par le copilote du vol 9525 de la *Germanwings*, qui, le 24 mars 2015, pris dans les rets d'une affection psychique, s'était enfermé au cockpit et avait délibérément fait crasher sa machine – un Airbus 320-211 –, avec 150 personnes à bord, dans une montagne des Alpes de Haute-Provence ; l'inaptitude du copilote à conduire un aéronef avait pourtant été détectée par le médecin traitant, mais, vu le secret médical allemand, n'avait pas été communiquée ni à l'employeur, ni au *Betriebsarzt*, ni encore, à l'autorité de surveillance, cf. CONTI Julia, *Le crash de Germanwings met le secret médical sous pression*, in : « Le Temps », 2 avril 2015.

⁶⁰ cf. AEBI-MUELLER/FELLMANN/GAECHTER/RUETSCHKE/TAG, *Arztrecht*, Berne, 2016, p. 466.

⁶¹ ATF 114 III 107 cons. 3a ; 112 Ib 607 ; CORBOZ Bernard, *Les infractions en droit Suisse*, Berne, vol. II, 2^e éd., 2010, N. 68 ad art. 321 CPS.

⁶² Cf. 106 IV 131 = Jdt 1981 IV 113 (cas un médecin-conseil d'assurance sociale avait informé l'Office AI du refus de l'assuré de se laisser examiner).

L'on notera encore que l'employeur qui s'aviserait à déterminer le médecin-conseil, chargé d'examiner son travailleur, ou une employée du cabinet du médecin-conseil, à lui révéler des éléments couverts par le secret médical commettrait le délit d'instigation (cf. art. 21 al. 1 CPS). La violation du secret professionnel constituant un délit, et non pas un crime, la tentative d'instigation n'est pas punissable (art. 21 al. 2 CPS)⁶³.

e. Protection des données

e/aa

L'employeur qui fait procéder, par son médecin-conseil, à un contre-examen médical du travailleur, traite – par auxiliaire interposé (art. 101 CO) – des données personnelles au sens de la loi fédérale sur la protection des données⁶⁴. Le médecin-conseil lui-même traite également des données au sens de cette loi.

Les deux acteurs traitent de données ayant trait à la santé d'une personne physique ; il s'agit, par conséquent, de données dites *sensibles* au sens de l'art. 3 let. c al. 2 LPD⁶⁵.

S'agissant du médecin-conseil de l'employeur, à l'instar de tout praticien, il doit respecter, en traitant les données de santé de ses patients, les principes suivants : a) le traitement doit être licite (*principe de la licéité*, art. 4 al. 1 LPD), b) la collecte des données doit être faite de manière transparente et loyale, et toujours dans le cadre du but de la collecte, et dans le cadre du consentement donné par le patient (*principe de la bonne foi*, art. 4 al. 2 LPD) ; c) les données ne seront pas traitées au-delà du but communiqué au patient (*principe de la finalité*, art. 4 al. 4 LPD) ; d) le traitement, en particulier la collecte, est limité à ce qui est strictement nécessaire à l'examen médical (*principe de la proportionnalité*, art. 4 al. 3 LPD) ; e) les données récoltées sont correctes et conformes aux constatations faites (*principe de l'exactitude*, art. 5 LPD), f) les données médicales sont protégées contre tout traitement illicite, et leur confidentialité est garantie (*principe de la sécurité*, art. 7 LPD)⁶⁶.

Un médecin-conseil de l'employeur qui, fût-il – comme dans l'affaire jugée par le Tribunal fédéral⁶⁷ – psychiatre de son état, s'ingénie, sans que le mandat confié ne le justifie, à procéder à un examen détaillé du « patient », dressant une anamnèse complète, investigue la vie privée du sujet (famille, finances, loisirs), à poser un diagnostic et un pronostic (voire à évoquer des mesures thérapeutiques), viole les principes de la finalité et de la proportionnalité du traitement des données.

Si, en sus, ce praticien en vient, comme dans l'affaire évoquée, à rédiger – sans que personne ne le lui ait demandé, sans que le travailleur examiné n'en ait été informé ni n'ait

⁶³ ATF 128 IV 11 cons. 2a ; 81 IV 285 cons II/b = JdT 1956 IV 12.

⁶⁴ Loi fédérale sur la protection de données du 19 juin 1992 (LPD, RS 235.1).

⁶⁵ ATF 133 V 359 cons. 6. 4. ; MAURER-LABMROU/STEINER in : Maurer-Labrou/Blechta (éd), *Datenschutzgesetz. Oeffentlichkeitsgesetz*, Bâle, 3^e éd., 2014, N. 24 ad art. 4 LPD.

⁶⁶ Cf. DUBOIS, Isabelle, *Protection des données dans le domaine de la santé*, in : La Harpe/Ummel/Dumoulin/ Droit de la santé et médecine légale, op. cit., p. 362. ; ASSM/FMH, Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Guide pratique, Berne, 2013, chap. 2.3.

⁶⁷ TF 6B_1199/2016 du 4 mai 2017

pu donner son consentement, un rapport médical complet (« *medizinisches Gutachten* »), puis le transmet, toujours sans le consentement de l'intéressé, à l'employeur, il viole l'interdiction faite par l'art. 19 LPD au maître du fichier de communiquer, sans consentement et sans motifs justifiés, des données sensibles d'une personne physique à un tiers.

Hélas, la violation illicite de ces normes par le maître du fichier, et, en particulier, et notamment, de son devoir de discrétion, n'est sanctionnée, au pénal, que d'une amende⁶⁸.

e/bb

Quant à l'employeur, la norme topique, en la matière, est l'art. 328b 1^{ère} phrase : CO. Elle stipule que « *l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail* ».

Par rapport à la Loi fédérale sur la protection des données, cette norme a le statut d'une *lex specialis*⁶⁹ – le renvoi, contenu à l'art. 328b 2^e phrase CO à la LPD, n'intervient qu'à titre subsidiaire. La disposition introduit, en droit privé du travail, les principes de proportionnalité (art. 4 al 2 LPD) et de finalité (art. 4 al. 3 LPD)⁷⁰, ce qui donne un fondement *contractuel* aux prétentions qui y sont rattachées, alors que la violation de la LPD constitue un acte illicite, et partant, ne fonde qu'une prétention délictuelle (art. 41 CO)⁷¹. L'art. 328b al. 1^{ère} phrase CO délimite *plus étroitement* que les arts. 12 et 13 LPD les informations que l'employeur est autorisé à traiter⁷².

Il est exclu que le médecin-conseil de l'employeur s'estime autorisé à transmettre à l'employeur un certificat médical dont le contenu dépasserait les limites posées par l'art. 328b 1^{ère} phrase CO⁷³.

La norme a donc une importance matérielle considérable : les données personnelles traitées par l'employeur – notamment celles concernant la santé du travailleur – sont réputées traitées de façon licite si et pour autant qu'elles portent uniquement sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail⁷⁴ et que le traitement respecte le principe de la proportionnalité par rapport à ces buts (art. 324a/b CO ; 336c CO ; protection de la santé ; médecine du travail ; prévention d'accidents).

⁶⁸ Cf. art. 35 al. 1 LPD.

⁶⁹ STAEHELIN Adrian, *Zürcher Kommentar*, 2006, N. 1 ad art. 328b CO.

⁷⁰ MEIER, Philippe, *Protection des données*, Berne, 2011, p. 650 N. 2037.

⁷¹ WYLER Rémy/HEINZER Boris, *Droit du Travail*, Berne, 3^e éd, 2014, p. 339.

⁷² AUBERT Gabriel, in : Thévenoz/Werro (éd), *Code des obligations I, Commentaire romand*, Bâle, 2^e éd., 2012, N. 1 ad art. 328b CO.

⁷³ Cf. PPF PDT (= Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence), *Guide pour le traitement des données personnelles dans le secteur du travail. Traitement par des personnes privées*, Berne, octobre 2014, p. 6 (in : www.edoeb.admin.ch).

⁷⁴ DUNAND, op. cit. N. 4 ad art. 328b CO.

L'art. 328b CO s'applique également aux rapports précontractuels, c'est-à-dire à la phase de l'embauche (pourparlers contractuels)⁷⁵. Si l'embauche n'a pas lieu, les résultats des examens médicaux du candidat conduit doivent être détruits.

A *fortiori* et d'une façon générale, l'obligation de destruction concerne toutes les données de santé concernant le travailleur que l'employeur aurait obtenues du médecin-conseil que ce dernier aurait recueillies et communiqués en violation des principes ancrés à l'art. 4 à 7 LPD, respectivement, communiqués en violation du secret professionnel (art. 321 CPS). En effet, le traitement – par quoi il faut également comprendre la *conservation* – de données recueillies ou obtenues de façon illicite est prohibée.

La norme est *relativement impérative* (cf. art. 362 CO), c'est-à-dire le travailleur ne saurait renoncer valablement à la protection qu'elle lui confère⁷⁶. En clair, le travailleur ne saurait consentir, fût-ce d'avance, et de façon éclairée, par une clause insérée dans le contrat de travail ou dans le Règlement du personnel, où en cours d'exécution du contrat, que l'employeur soit habilité à faire porter un examen médical sur des points non couverts par le cadre posé par l'art. 328b 1^{ère} phrase CO⁷⁷ – à moins, peut-être, que cette renonciation n'intervienne, *après coup*, une fois le problème surgi et dans un cadre de concessions réciproques d'importance égale (cf. art. 341 al. 1 CO) ou s'opère autrement dans propre intérêt.

Conclusion

Quidquid agis, prudenter agas, et respice finem. Tel pourrait être la devise que l'on serait tenté de recommander au médecin-conseil de l'employeur. Rien n'interdit que, par acquis de conscience, il examine de façon approfondie la santé de l'*explorandus*, et que, dans une approche bio-psycho-médicale et sociale, il sonde également la cause de l'affection entraînant l'incapacité de travail alléguée. Mais, dans sa communication à l'employeur, il est strictement tenu au cadre de l'art. 328b CO ; son certificat médical n'a pas à devenir rapport médical, voire expertise médicale comportant des données de santé qui ne sont pas nécessaires pour la détermination de l'aptitude pour l'emploi. On l'a vu : le ferait-il, fût-ce en présence d'un consentement de l'examiné, il risque de violer le secret professionnel ainsi que la Loi sur la protection des données.

⁷⁵ Cf. TF 2C_103/2008 du 30 juin 2008 cons. 6. 2 = JAR 2009 p. 290 ; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit., N. 4 ad art. 328b CO p. 580 ; AUBERT, Gabriel, op. cit., N. 1 ad art. 328b CO ; *contra* : WYLER/HEINZER, op. cit., p. 339 et MEIER, op. cit., p. 660, No. 2068 ; PAPA Roberto/PIETRUSZAK Thomas, in : Pasadelis/Rosenthal/Thür, *Datenschutzrecht*, Bâle, 2015, p. 579 ; ROSENTHAL David/JOEHRI Yvonne, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich, 2008, N. 101 ad art. 4 al. 5 LDP p. 117.

⁷⁶ Cf. STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, op. cit. N. 24 ad art. 328b CO p. 629.

⁷⁷ DUNAND, op. cit. N. 32 ad art. 328 CO.