

Traduction en français par M^e Werner Gloor

A. Faits

A. Le 30 mai 2013, A., membre du conseil d'administration de B. SA, a résilié les rapports de travail de C. pour fin novembre 2013. Suite à un différend avec A., C. s'est retrouvé en traitement médical le 3 juillet 2013, et s'est fait délivrer, à plusieurs reprises, des certificats attestant d'une incapacité de travail totale – la dernière fois jusqu'au 12 septembre 2013. Sur ce, B. SA a fait examiner A. par X., médecin-conseil de l'entreprise, spécialiste en psychiatrie et psychothérapie. L'examen a eu lieu le 9 septembre 2013. Le lendemain, X. a adressé un rapport à B. SA, intitulé « Appréciation, faite par le médecin-conseil, de la capacité de travail de C. ». Le Ministère public reproche à X. d'avoir violé son secret professionnel, vu, en particulier, que l'étendue et le caractère détaillé de l'appréciation faite dépassaient de loin le cadre d'un avis médical à fournir par un médecin-conseil.

B. Le 18 novembre 2015, le Bezirksgericht Zurich a reconnu X. coupable de violation du secret professionnel et l'a condamné à une peine pécuniaire de 60 jours-amende à Fr. 160.- avec sursis. X. a formé appel. L'Obergericht du Canton de Zurich a confirmé le jugement de première instance par arrêt du 30 août 2016.

C. X. forme un recours en matière pénale. Il conclut à son acquittement.

B. Considérants en droit

1.

1.1. Le recourant fait valoir n'avoir déployé ni activité thérapeutique, ni diagnostique pour C., mais être intervenu en qualité d'expert. En cette qualité, il n'exercerait pas la profession de médecin et, par conséquent, ne serait pas soumis au secret professionnel visé à l'art. 321 CP. De même, il ne jouirait pas de la confiance qu'un patient apporterait à son médecin traitant. Le recourant se réfère à plusieurs avis doctrinaux, qui, à son avis, confirmeraient son point de vue (recours, p. 3 ss). A ce propos, l'instance précédente considère que l'art. 321 CP vise non seulement le médecin qui déploie une activité thérapeutique, mais toute personne qui dispose d'un diplôme médical universitaire. En d'autres termes, le cercle des auteurs possibles englobe également les médecins qui ne sont actifs que dans le diagnostic ou dans l'expertise médicale. Par conséquent, le médecin-conseil d'un employeur serait également soumis au secret professionnel de l'art. 321 CP. Ceci découlerait tant de la teneur large que de la *ratio legis* de la norme pénale, ainsi que de la doctrine (arrêt, p. 14).

1.2. Selon le Commentaire bâlois, référencé par le recourant, sont considérés médecins au sens de l'art. 321 CP les personnes qui, ensuite de leur formation dans une haute école de médecine agréée par l'Etat agissent sur le plan thérapeutique ou simplement posent des diagnostics. L'obligation de

garder le secret découlerait du traitement médical en tant que tel. Dès lors, l'existence préalable, entre patient et médecin, d'une relation de confiance particulière, ne serait pas requise. Seraient donc soumis au secret professionnel également le médecin membre d'une autorité ou pratiquant dans un établissement pénitentiaire, de même que le médecin légiste ou le pathologiste (*Niklaus Oberholzer, in: Basler Kommentar, StGB II, 3^e éd., 2013, N. 9 ad art. 321 CP*). *Manuel Stengel* remarque à ce propos que les résultats de l'examen effectué par le médecin-conseil et les informations y sous-jacentes, constituent par principe des données protégées par le secret. Ces informations ne seraient pas connues du public et le travailleur aurait un intérêt digne de protection à ce que celles-ci restent confidentielles. Par conséquent, le médecin-conseil mandaté par l'employeur serait, lui aussi, soumis au secret professionnel de l'art. 321 CP (*Manuel Stengel, Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2014, p. 146 ss*). Tant le médecin que le patient auront choisi librement que le médecin-conseil désigné par l'employeur soit sollicité en raison de leurs connaissances et qualifications professionnelles. Le médecin-conseil mandaté par l'employeur doit disposer d'informations suffisantes relatives à l'état de santé de la personne à examiner pour pouvoir accomplir la tâche confiée de façon correcte. Le travailleur à qui il est demandé d'accepter un contre-examen par le médecin-conseil de l'employeur doit pouvoir se fier à ce que les informations recueillies ne soient pas sans autre transmises à l'employeur. Il en découle que – contrairement à la thèse du recourant – le médecin-conseil mandaté par l'employeur est lui aussi soumis au secret professionnel de l'art. 321 CP. Savoir si et dans quelle mesure ce médecin peut faire un rapport à l'employeur dépend de la réponse à la question si le travailleur l'a délié ou non de son secret professionnel.

2.

2.1. Selon l'art. 321 ch. 2 CP, la révélation (du secret) ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé. Le recourant fait valoir que C. l'aurait autorisé à transmettre à son employeur un certificat médical. Il aurait informé C. avoir besoin d'une autorisation écrite pour l'examen. C. aurait parfaitement compris que cette autorisation écrite concernait non seulement l'examen, mais également la rédaction d'un rapport et sa transmission à l'employeur. L'examen effectué aurait été détaillé et tellement complet qu'il eût pu fournir la base pour une expertise médicale. Pendant l'examen, C. l'aurait vu prendre des notes, à intervalles réguliers et à aucun moment n'aurait-il demandé lesquelles des informations recueillies seraient utilisées pour le rapport. C. aurait librement répondu aux questions et ne se serait pas opposé à ce que les informations données fussent utilisées dans un rapport. Le consentement de C., donné par écrit, aurait été global. Le recourant expose établir des expertises pour des assurances et, qu'à ces occasions-là, utiliser toujours le même formulaire. L'instance précédente aurait considéré que cela ne suffirait pas. Or, lui imputer que durant toute sa carrière professionnelle il aurait, ce faisant, délibérément accepté de violer le secret professionnel ne ferait pas sens. Il aurait échappé à l'instance précédente que, dans le langage courant, un certificat médical engloberait aussi, cas échéant, une expertise médicale. Son mandant – en l'espèce l'employeur – ne lui aurait rien précisé pour ce qui est de l'étendue des informations à donner dans le rapport, et il aurait convenu du même honoraire que celui demandé, dans des cas analogues, aux assureurs.

2.2. A cet égard, l'instance précédente considère que, vu l'art. 328b CO, l'employeur ne saurait solliciter du médecin-conseil que les données nécessaires pour évaluer l'aptitude d'un candidat pour l'emploi proposé ou la capacité du travailleur à exécuter les tâches confiées dans le cadre du contrat de travail. En font partie le fait, la durée et le degré de l'incapacité de travail ainsi que la réponse à la question de savoir s'il s'agit d'une maladie ou d'un accident. Serait en revanche prohibé l'établissement d'un diagnostic. Le médecin-conseil ne serait habilité à renseigner l'employeur que pour autant qu'il ait été délié de son secret médical – ce déliement résulterait, en règle générale, d'actes concluants, c'est-à-dire du fait que le travailleur exprime son souhait que le praticien fasse parvenir à l'employeur un rapport dont la teneur ne dépasse pas le cadre posé par l'art. 328b CO. Selon le Guide de l'Académie suisse des sciences médicales et de la Fédération des médecins suisses

(Guide pratique ASSM/FMH)¹, le certificat d'incapacité de travail doit indiquer depuis quand l'incapacité de travail existe, combien de temps elle durera et si elle est complète ou partielle et si le traitement a eu lieu en raison de maladie ou d'accident. Le Guide pratique ASSM/FMH précise clairement que les certificats d'incapacité de travail établis à l'intention de l'employeur ne contiennent pas de diagnostic et que l'employeur n'est pas habilité à le connaître. De même, le Manuel de la Société suisse des médecins-conseils et des médecins d'assurance (SSMC) indique explicitement que le certificat d'incapacité de travail à l'intention de l'employeur se limite exclusivement aux données indispensables. Devraient donc figurer sur le certificat le nom et prénom du patient, le terme incapacité de travail, avec mention « maladie ou accident », le début et la fin de l'incapacité de travail, le degré de cette incapacité de travail, la date à laquelle le certificat est établi, le timbre et la signature du médecin. Il conviendrait de distinguer le certificat médical à l'intention de l'employeur et l'expertise médicale complète (arrêt, p. 76 ss). En l'espèce, C. n'aurait pas délié le recourant, de façon complète, de son secret professionnel. Il ne l'aurait autorisé à transmettre à l'employeur qu'un rapport usuel en droit du travail, rapport qui ne contiendrait que des indications relatives au principe et au degré de l'incapacité de travail, sur la durée prévisible de celle-ci et sur la question de savoir par rapport à quelle affectation l'atteinte à la santé restreint la capacité de travailler. Le recourant aurait objectivement rempli les éléments constitutifs de l'art. 321 CP en transmettant à l'employeur des informations supplémentaires (arrêt, p. 16 ss).

2.3. C. a autorisé le recourant par écrit « d'établir des certificats médicaux à l'intention d'assureurs (caisse-maladie, assurance-accident, AI, assurance d'indemnité journalière) et d'autorités et de tiers (employeurs) » (pièce 18/2). Le déliement du secret professionnel est survenu dans le cadre d'un examen par le médecin-conseil demandé par l'employeur. Le point de vue de l'instance précédente selon laquelle le consentement du patient n'autorisait que la transmission d'informations à l'employeur qui se cantonnait à l'art. 328b CO ne saurait être critiqué. En effet, déjà le simple établissement d'un certificat médical requiert un examen approfondi et la collaboration de la personne à examiner. L'objection du recourant selon lequel l'examen aurait été approfondi et que C. ne se serait pas opposé à la transmission d'informations à l'employeur est dénuée d'intérêt. De même, sont sans pertinence les accords que le recourant et l'employeur ont pu passer, dès lors que cette dernière ne saurait vouloir disposer du secret auquel peut prétendre son travailleur. Ne fait pas l'objet de la présente procédure la question de savoir si le recourant avait également violé le secret professionnel dans le cadre de son activité antérieure comme expert; ce point ne concernerait de toute façon seulement la question de l'intention. Les éléments constitutifs objectifs de la violation du secret professionnel sont réunis.

3.

3.1. S'agissant des éléments constitutifs subjectifs de l'infraction, l'instance précédente a considéré que le Guide pratique ASSM/FMH était connu du recourant. Le rapport litigieux contiendrait tant d'informations sensibles, sans pertinence pour la question de la capacité de travail, que le recourant ne pouvait ignorer qu'il n'avait pas le droit de les transmettre en intégralité à l'employeur. Contrairement à ce qu'il soutient, en tant que médecin expérimenté il savait que les honoraires convenus avec la mandante ne devaient servir d'indicateur quant au degré de son déliement du secret médical, ce d'autant moins que ce n'était pas l'employeur, mais seul le travailleur qui était maître des secrets confiés ou constatés lors de l'examen. De même, le recourant aurait dû savoir que, comme il est précisé clairement dans le Guide pratique ASSM/FMH, le consentement de l'intéressé pour la transmission d'informations à des tiers repose sur l'exigence d'un « *informed consent* »². Le recourant aurait omis d'informer préalablement le travailleur sur la nature des

¹ Citation complète : ASSM/FMH, Bases juridiques pour le quotidien du médecin. Un guide pratique, Berne, 2^e éd., 2013. (www.fmh.ch).

² Texte dans l'arrêt – qui reprend cette expression anglaise de l'arrêt de l'Obergericht. Il s'agit, en français, du « consentement éclairé » du patient.

informations qu'il communiquerait à l'employeur. Dans ces conditions, il aurait dû être conscient que l'autorisation écrite obtenue de C., le 9 septembre 2013, ne pouvait constituer une renonciation générale et sans réserve au secret médical, mais qu'elle était limitée à la transmission à l'employeur d'un certificat médical, établi par le médecin-conseil, qui se tenait au cadre usuel et légalement admissible. L'instance précédente ajoute que même le médecin-conseil d'une caisse-maladie publique, vu l'art. 57 LAMal, restait lié au secret médical et qu'il ne pouvait transmettre que les indications dont celle-ci a besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation. Le médecin-conseil d'une assurance, à l'instar du médecin-conseil d'un employeur privé, ne doit transmettre que les données requises pour répondre aux questions posées. A la différence de l'employeur, un assureur était, cas échéant, fondé à connaître le diagnostic et à recevoir des informations médicales complémentaires. Ces circonstances, tant factuelles que juridiques, étaient connues du recourant. L'instance précédente rejoint le recourant lorsqu'il soutient avoir établi le rapport en conformité stricte avec les règles de la Société suisse de psychiatrie d'assurance. Elle retient toutefois qu'en l'espèce il ne s'agissait pas d'établir une expertise psychiatrique dans le cadre d'une procédure, relevant du droit des assurances, à l'intention d'une autorité administrative ou judiciaire. Ceci apparaissait comme évident, sur le vu des circonstances du mandat confié; même un profane l'aurait remarqué. En conclusion, n'on ne pouvait retenir, à charge du recourant, qu'une simple ignorance par négligence. En particulier, en transmettant des déclarations subjectives de C. par rapport aux conflits à la place de travail, et des informations détaillées – sans lien direct avec la question de la capacité de travail – par rapport à la situation personnelle, professionnelle et financière de ce dernier – le recourant devait être conscient qu'il violait le secret professionnel. Force est dès lors de retenir un agissement par dol éventuel. Appelle une appréciation identique le fait qu'il avait révélé à l'employeur le diagnostic dont il savait clairement qu'il n'était sans pertinence pour la question de la capacité de travail. Le recourant aurait transgressé des prescriptions élémentaires pour tout un chacun, que la conclusion d'imposait qu'il lui était égal s'il pouvait ou non transmettre des données sensibles sans autorisation valable (arrêt, p. 17 ss).

3.2. En résumé, le recourant, se référant aux circonstances concrètes, soutient n'avoir pas eu conscience de violer le droit, ce qui excluait un agir intentionnel ou par dol éventuel. Il n'aurait pas eu conscience que le rapport à un employeur devait contenir moins d'informations qu'une expertise pour une assurance (recours, p. 7 ss). L'instance précédente a considéré, entre autres, que le médecin-conseil d'une assurance lui aussi devait se limiter à la transmission d'informations nécessaires pour répondre à des questions concrètes. Elle a également retenu qu'en l'espèce le rapport contenait des informations sans pertinence pour la question de l'incapacité de travail, et que le recourant devait savoir qu'il ne pouvait les transmettre sans autre à l'employeur. Le recourant omet de discuter les arguments de l'instance cantonale. Or, une motivation du recours qui ne discute pas les considérants de l'instance cantonale ne satisfait pas aux exigences de l'art. 42 al. 2 LTF. Dès lors, il n'y a pas lieu d'examiner le grief du recourant selon lequel il n'avait pas agi intentionnellement.

4. Dans la mesure où il est recevable, le recours doit être rejeté (...).