

BVGer A-4049/2009 vom 3. Mai 2010

Bundesverwaltungsgericht, 2010-05-03, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-4049_2009

FR: TAF A-4049/2009 du 3 mai 2010

IT: TAF A-4049/2009 del 3 maggio 2010

Regeste

Principe de la transparence

Erwägungen

E. 2

En dépit de la recommandation du PFPDT du 22 avril 2009, l'accès aux documents suivants est différé jusqu'à ce que la décision concernant la part y relative de la distribution soit prise: - courrier de santésuisse du 29.9.2006, y c. les annexes; - courrier de santésuisse du 3.5.2007, y c. les annexes; - courrier de pharmaSuisse du 11.5.2007; - courrier de pharmaSuisse du 23.8.2007; - courrier de santé suisse du 31.08.2007, y c. les annexes; [(ci-après: documents LS)] .

E. 3

Sur requête, l'accès aux documents énumérés au ch. 2 sera reconsidéré après la décision concernant la révision de la part relative à la distribution.

E. 4

La loi sur la transparence, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2006, a substitué au principe du "secret des activités administratives sous réserve de transparence", celui de la "transparence sous réserve de secret" (Luzius Mader, *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes - Einführung in die Grundlagen*, p. 15, et Stephan C. Brunner, *Vom Öffentlichkeitsprinzip zur transparenten Verwaltung*, p. 76 s, tous deux in: Bernhard Ehrenzeller (éd.), *Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes*, Saint-Gall, 2006). Toute personne a ainsi un droit subjectif à la consultation des documents officiels, qu'elle peut faire valoir en justice (ATF 133 II 209, 212 consid. 2.1 = JdT 2008 I 132, 134; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 3.1). Les étapes de la procédure d'accès à des documents officiels sont réglées aux art. 10 ss LTrans. Non soumise à des exigences de forme ou de motivation (art. 7 al. 1 OTrans), la demande d'accès à des documents officiels est tout d'abord adressée à l'autorité qui les a produits ou reçus de tiers en tant que destinataire principal (art. 10 al. 1 LTrans). Puis, dans l'hypothèse où l'accès est limité, différé ou refusé, le requérant a la possibilité de faire une demande écrite en médiation auprès du PFPDT (art. 13 al. 1 et 2 LTrans). La procédure de médiation peut être menée par écrit ou oralement (art. 12 al. 2, 3ème phrase OTrans). Si la médiation n'aboutit pas, le PFPDT doit, dans les 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation, établir une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure (art. 14 LTrans). Dite recommandation n'a pas la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 PA; elle est donc dépourvue d'effets obligatoires (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 2.1; Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur

la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1865; Christine Guy-Ecabert, Procédure administrative et médiation, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 97). Le requérant peut ensuite demander que l'autorité à qui a été faite la demande d'accès rende une décision selon l'art. 5 PA dans les 10 jours qui suivent la réception de la recommandation du PFPDT (art. 15 al. 1 LTrans). En tout état de cause, l'autorité doit alors rendre une telle décision si, s'écartant de la recommandation du PFPDT, elle entend refuser, différer ou limiter le droit d'accès (art. 15 al. 2 let. a LTrans). La décision de l'autorité - prise après la recommandation du PFPDT - peut enfin, selon l'art. 16 al. 1 LTrans, faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF), conformément aux dispositions de la PA. Ainsi, la décision qui fait l'objet du présent recours est celle rendue par l'autorité inférieure le 20 mai 2009.

E. 5

Il convient de retenir des faits exposés ci-dessus ce qui suit. En résumé, la demande d'accès formée par les recourants le 15 mai 2007 visait les données qui, remises par pharmaSuisse et santésuisse à l'OFSP, concernaient la LS et la CT depuis l'an 2000, les études RoKA 2005-2006, ainsi que les bases de calcul 1 et 2. Suite à la réponse négative de l'OFSP, les recourants ont, le 27 novembre 2007, demandé une médiation. Le 22 avril 2009, le PFPDT a uniquement recommandé l'accès à des courriers avec ou sans annexes qui, écrits entre le 19 septembre 2006 et le 31 août 2007, avaient pour auteur pharmaSuisse et/ou santésuisse. Il s'agissait en particulier de trois documents CT et cinq documents LS. Les recourants ont ensuite, le 4 mai 2009, demandé à l'OFSP qu'il rende une décision sur l'accès aux études RoKA 2005-2006, ajoutant qu'ils ne contestaient pas le solde de la recommandation. Par décision du 20 mai 2009, l'OFSP a rejeté cette demande, ajoutant que, une fois prise la décision en rapport avec les documents LS, l'accès à dits documents serait reconsidéré, sur requête des recourants. Le recours interjeté le 22 juin 2009 contre la décision précitée conclut au libre accès des données LS-CT remises depuis l'an 2000, des études RoKA 2005-2006, et des bases de calcul 1 et 2, demandés le 15 mai 2007, d'une part. Il conclut d'autre part au libre accès des documents LS-CT que le PFPDT a considéré comme accessibles dans sa recommandation du 22 avril 2009.

E. 6

Les conclusions d'un recours doivent rester dans le cadre des questions qui ont fait l'objet de la procédure antérieure, c'est-à-dire dans le cadre de l'objet de la contestation. Le recourant ne peut pas prendre des conclusions qui dépassent ce cadre. Cette règle vaut pour tous les recours (ATF 131 V 164, 165 consid. 2.1; arrêt du TAF A-5083/2008 du 9 septembre 2009 consid. 5.1; Pierre Moor, Droit administratif, Vol. II, Berne, 2002, p. 566 s; André Moser/Michael Beusch/Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle, 2008, p. 25 s, n. 2.7 s). Comme indiqué au considérant 5 ci-dessus, les recourants ont, le 4 mai 2009, demandé à l'autorité inférieure qu'elle rende une décision sur l'accès aux études RoKA 2005-2006, ajoutant qu'ils ne contestaient pas le solde de la recommandation du 22 avril 2009. Selon cette recommandation, seuls étaient accessibles les courriers avec ou sans annexes qui, écrits entre le 19 septembre 2006 et le 31 août 2007, avaient pour auteur pharmaSuisse et/ou santésuisse. Dans sa décision du 20 mai 2009, l'autorité inférieure ne se prononce - à juste titre - que sur l'accès aux courriers et documents RoKA précités. En conséquence, les conclusions prises dans le recours interjeté le 22 juin 2009 relativement à d'autres documents, en particulier à ceux qui, demandés le 15 mai 2007, concernent les données LS-CT remises depuis l'an 2000 et les bases de calcul 1 et 2, sont irrecevables.

E. 7.1

La demande d'accès doit être formulée de manière suffisamment précise (art. 10 al. 3 LTrans) afin de permettre à l'autorité d'identifier le document demandé (art. 7 al. 2, 1ère phrase OTrans). Dans cette perspective, l'art. 7 al. 2, 2ème phrase OTrans dispose que, s'il le peut, le demandeur indiquera les données courantes permettant d'identifier clairement un document comme sa date, son titre ou une référence (let. a), une période déterminée (let. b), l'autorité qui a établi le document (let. c), ou encore le domaine visé (let. d). Quand la précision exigée fait défaut, il incombe à l'autorité d'inviter le demandeur à préciser sa demande (art.7 al. 3 OTrans). Si les indications complémentaires requises dans un délai de dix jours ne sont pas fournies, sa demande est considérée comme retirée (art. 7 al. 4, 1ère phrase OTrans). L'autorité rend le demandeur attentif aux conséquences du non respect du délai (art. 7 al. 4, 2ème phrase OTrans). L'autorité inférieure n'a pas estimé que la demande du 15 mai 2007 manquait de précision. Ce point n'a dès lors pas à être examiné ici. Il y a toutefois lieu de constater que la recommandation du 22 avril 2009 va au-delà de la demande précitée, et de préciser dès lors ce qui suit.

E. 7.2

Le PFPDT a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont secrets (art. 20 al. 1 LTrans). Avec son secrétariat, ils sont soumis au secret de fonction dans la même mesure que les autorités dont ils consultent les documents officiels ou obtiennent des renseignements (art. 20 al. 2 LTrans). Encore faut-il préciser que, constituée d'étapes successives et essentielles (voir supra consid. 4), la procédure des art.10 ss LTrans forme un tout (cf. infra consid. 9.2). Par ailleurs, en vertu du principe de proportionnalité, le PFPDT n'a accès qu'aux documents dans la mesure nécessaire pour formuler une recommandation (Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1872). Se pose alors la question de savoir si, compte tenu de ce principe, le PFPDT peut, en vertu de l'art. 10 Ltrans, recommander un accès à des documents officiels plus large que celui demandé à l'origine par l'administré. Cette question n'ayant pas non plus été soulevée par l'autorité inférieure, pourrait a priori demeurer ouverte dans le cas d'espèce. Cela étant, une fois dévoilés par la recommandation du PFPDT, les documents non sollicités expressément lors de la demande d'accès du 15 mai 2007, au sens de l'art. 10 LTrans, l'ont été ensuite par les recourants dans leur demande de décision du 4 mai 2009, au sens de l'art. 15 LTrans. Il faut en déduire que si on leur imposait de recommencer la procédure ab ovo avec une demande d'accès (art. 10 LTrans) aux documents précités, les recourants le feraient sans autre. Or, l'avis du PFPDT, tout comme celui de l'autorité inférieure, est à cet égard, on vient de le voir, d'ores et déjà connu. Dans pareil cas de figure, le principe d'économie de la procédure exige que le Tribunal de céans se prononce sur l'entier du dispositif de la décision du 4 mai 2009, et sur les conclusions y relatives du recours interjeté le 22 juin 2009.

E. 8.1

Les recourants se prévalent de l'accessibilité des documents CT, motif pris qu'ils "ne seraient pas couverts" par l'art. 8 LTrans. L'art. 8 LTrans consacre des catégories de documents que le législateur a directement soustraits ou bien soumis au droit d'accès sans que l'autorité ne doive examiner si une exception entre en ligne de compte (Pascal Mahon/Olivier Gonin, Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 [BGÖ], in: Handkommentar, Stephan C. Brunner, Luzius Mader [édit], Berne 2008, ad art. 8 LTrans, p. 167, N° 2). En particulier, l'art. 8 al. 1

LTrans prévoit une limitation générale et absolue du droit de consulter des documents officiels afférents à une procédure de co-rapport telle que définie par l'article 15 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) (arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.1.4; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807ss, 1828 et 1855). Selon le premier alinéa de l'article 15 LOGA, les affaires que le Conseil fédéral doit trancher sont préalablement soumises aux chefs des départements de l'administration pour co-rapport. La procédure de co-rapport sert à préparer la décision du Conseil fédéral (art. 5 al. 1, 1ère phrase OLOGA). Elle doit lui permettre de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire (art. 5 al. 1, 2ème phrase OLOGA). Concrètement, tous les intérêts et points de vue doivent pouvoir être exprimés dans le cadre d'une procédure formelle entre les départements et la Chancellerie, ce avant les délibérations et la décision du Conseil fédéral (Message concernant la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 20 octobre 1993, FF 1993 III 949, 1022). Le département responsable remet en temps utile à la Chancellerie fédérale la proposition définitive en vue de l'ouverture d'une procédure de co-rapport (art. 5 al. 2 OLOGA). Celle-ci commence le jour où le département compétent signe sa proposition (art. 5 al. 1bis OLOGA). Une fois la procédure de co-rapport ouverte, le devoir de confidentialité concerne tous les documents officiels qui en font partie, notamment la proposition signée du chef du département, les co-rapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale, les éventuelles réponses, répliques et dupliques, tout comme les projets y relatifs, élaborés par les offices fédéraux ou services des départements (Pascal Mahon/Olivier Gonin, op. cit., p. 172, n. 20; Luzius Mader, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Einführung in die Grundlagen, in: Bernhard Ehrenzeller [édit], Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St-Gall 2006, p. 27, Laurenz Rotach, Zugang zu den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens, in: LeGes 2008, p. 245, 266). Les notes des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs doivent être également soustraites du droit d'accès (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1855). Dès lors, les documents que l'administration a élaborés afin de préparer la proposition d'un département ou un document ultérieur, soit, en d'autres termes, les documents établis pendant les processus décisionnels antérieurs à la procédure de co-rapport, ne relèvent pas de l'art. 8 al. 1 LTrans (Office fédéral de la justice [OFJ], Commentaire de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence, du 24 mai 2006, p. 23). Il en va de même pour les documents reçus de tiers. Logiquement, ceux-ci constituent tout au plus l'une des sources permettant la rédaction d'un projet de proposition qui, à ce titre, expriment un - ou le - point de vue "interne" de l'administration (OFJ, Commentaire de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence, du 24 mai 2006, p. 23). Dit autrement, ils ne peuvent, comme tels, former l'avis "externe" d'un département, exprimé lors de la procédure de co-rapport. Peu importe à cet égard que le destinataire de documents de tiers soit le Conseil fédéral, la Chancellerie fédérale, un département, un office ou une autre subdivision de l'administration. Peu importe également que ces documents soient joints en annexe à la proposition. Conformément à l'art. 8 al. 2 LTrans, l'accès à de telles informations ne pourra toutefois être accordé que lorsque le Conseil fédéral aura pris sa décision (voir infra consid. 9.1). Ainsi, les documents CT remis à l'OFSP par santésuisse ou pharmaSuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans ne concernent pas la procédure de co-rapport et ne tombent pas sous le coup de l'art. 8 al. 1 LTrans.

E. 8.2

L'autorité inférieure relève que les documents CT auraient trait à une procédure d'approbation par le Conseil fédéral. Elle en déduit qu'il faudrait faire application a contrario de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans. L'art. 2 al. 1 let. a LTrans prescrit son applicabilité à l'administration fédérale. En sa qualité de gouvernement, c'est-à-dire au regard de son activité centrale d'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération (art. 174 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]; art. 1er LOGA); qui prend ses décisions en autorité collégiale (art. 177 al. 1 Cst.; art. 12 LOGA), le Conseil fédéral a été exclu du champ d'application de la loi sur la transparence (ATF 133 II 209, 215 consid. 3.1 = JdT 2008 I 132, 136; arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.1.1; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1828 et 1855). Cette exclusion se comprend aisément. Si, en effet, les départements, en tant qu'ils préparent les décisions du Conseil fédéral (art. 177 al. 2 Cst.) n'ont pas d'obligation de transparence lors de la procédure de co-rapport (voir supra consid. 8.1), cela devra d'autant plus être le cas pour les délibérations et décisions du collège lui-même.

E. 8.3

La CT dont la validité s'étend à toute la Suisse doit être approuvée par le Conseil fédéral (art. 46 al. 4, 1ère phrase de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal]); ce dernier vérifie que la convention respecte la loi, l'équité et le principe d'économie (art. 46 al. 4, 2ème phrase). Dès lors que la convention tarifaire est le document faisant l'objet de l'approbation du Conseil fédéral, il n'existe aucun droit d'accès à la convention tarifaire (arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.2). Ce point de vue est d'ailleurs partagé par le PFPDT. Il ne s'agit toutefois pas d'examiner ici l'accès à la CT elle-même ou aux délibérations y relatives du Conseil fédéral, mais uniquement les documents CT remis par santésuisse et pharmaSuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans (art. 23 LTrans), et non, en tout état de cause (voir supra consid. 6), ceux remis depuis l'an 2000 et que demandent les recourants. Quand bien même ils ont été l'objet des délibérations du Conseil fédéral relatives à la CT, les documents susmentionnés n'en font pas partie: ils ne laissent nullement transparaître d'éventuelles divergences dudit conseil. L'art. 2 al. 1 let. a LTrans ne leur est ainsi pas applicable a contrario. Le recours devra donc être admis sur ce point, dans les limites du présent considérant.

E. 9.1

Selon les recourants, la LS est un texte évolutif. Dès lors considérer que dite LS tomberait sous le coup de l'art. 8 al. 2 LTrans, en vertu duquel "l'accès aux documents officiels est seulement possible une fois prise la décision politique ou administrative dont ils constituent la base", reviendrait à vider de son sens le principe de la transparence. Il y a ainsi lieu d'examiner si une modification de la LS a rang de décision au sens de l'article précité. La LS contient les prix maximums déterminants pour la remise des médicaments par les pharmaciens, les médecins, les hôpitaux et les établissements médico-sociaux (art. 67 al. 1 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie [OAMal, RS 832.102]). Ce prix maximum se compose du prix de fabrique, à savoir du prix facturé par le grossiste ou le fabricant, et de la part relative à la distribution, elle-même constituée de la rémunération du distributeur et des frais de distribution (art. 67 al. 1bis OAMal et 35a de l'ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie [OPAS, RS 832.112.31]). La LS fait partie intégrante de l'OPAS, ordonnance

législative de substitution reposant sur une délégation du législateur en faveur de l'exécutif consacrée à l'art. 96 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10). Un changement dans la LS peut ainsi être assimilé à la modification d'une ordonnance législative de substitution (arrêt du TAF C-2055/2008 du 3 septembre 2008 consid. 6.3). A l'évidence, ces modification et changement constituent tous deux une décision politique, au sens de l'art. 8 al. 2 LTrans. D'abord adoptée et envisagée, lors des débats parlementaires, à l'art. 4 al. 1 LTrans (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2004 N, 1258 ss), puis transférée à l'art. 8 al.1bis LTrans (BO 2004 E, 592 s; BO N 2004, 1973 s) avant d'intégrer l'art. 8 al. 2 LTrans, la disposition qui soumet l'accessibilité des documents officiels à la prise de la décision politique ou administrative dont ils constituent la base a été introduite par les Chambres fédérales. Le but et l'esprit du texte clair de cette disposition consistent à "préserver la liberté de formation de l'opinion de l'autorité" (BO CN 2003, p. 1258). "Tout est transparent, pour autant que ce soit décidé et à moins qu'on décide que ce soit secret" (BO CE 2004, p. 592 s). Si l'on suivait l'argumentation des recourants, seuls les documents officiels afférents à l'adoption première d'un acte législatif tomberaient sous le coup de l'art. 8 al. 2 LTrans. Or, ainsi que cela ressort du paragraphe précédent, rien ne permet une interprétation en ce sens. Par ailleurs, si un texte change, s'adapte, le mécanisme politique de son évolution demeure, lui, identique, conformément au principe du parallélisme des formes, qui précisément consiste à soumettre la révision d'un acte à la même procédure que celle de son adoption (arrêt du TF 2P.63/2003 du 29 juillet 2003 consid. 2.3). C'est dire que l'art. 8 al. 2 LTrans ne concerne plus la version originelle, ni les modifications antérieures ou actuelles de l'art. 35a OPAS et de la LS. Il vise en revanche leurs révisions futures qui, peut-être en préparation, n'ont pas encore été décidées. Entrée en vigueur le 1er octobre 2009 (ch. II de l'ordonnance du DFI du 1er juillet 2009, Recueil officiel [RO] 2009 4253), la modification de l'art. 35a OPAS a été adoptée - et par-là même décidée - le 1er juillet 2009 (ch. I de l'ordonnance du DFI du 1er juillet 2009, RO 2009 4251 s). Dès lors, les documents officiels qui ont joué un rôle dans la dernière modification de l'article précité bénéficiaient de la protection de l'art. 8 al. 2 LTrans jusqu'au 1er juillet 2009, moment où cette modification a été adoptée. Tel n'a plus été le cas ensuite. L'argumentation des recourants tirée du caractère évolutif de la LS ne peut donc être suivie.

E. 9.2

Dans sa réponse du 24 août 2009, l'autorité inférieure a relevé que "le DFI ayant, en date du 1er juillet 2009, pris une décision concernant la part relative à la distribution - soit une modification de l'OPAS -, le réexamen de la question de l'accès aux documents conformément à la LTrans [était] désormais possible". Elle en a conclu que, "sur demande, l'OFSP reconsidérera[it] dans son ensemble l'accès à ces documents". Lorsqu'un recours a été interjeté, son effet dévolutif transfère la compétence de trancher à l'autorité administrative ou judiciaire de recours (art. 54 PA). L'autorité qui a rendu la décision attaquée ne peut alors plus la modifier. L'effet dévolutif n'est toutefois pas absolu car, selon l'art. 58 al. 1 PA, l'auteur de cette décision peut encore la réexaminer jusqu'à l'envoi de sa réponse à l'autorité de recours. En application du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.) et du droit à l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), l'autorité administrative qui rend une décision est chargée d'appliquer correctement le droit public dans un cas particulier. Dès lors, si, avant de répondre au recours, elle constate que les circonstances de fait sur lesquelles s'était fondée cette décision ont changé, la faisant apparaître aujourd'hui erronée, dite autorité doit poser d'office la question de sa modification (PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Le réexamen et la révision des décisions administratives, in: Quelques

actions en annulations, Neuchâtel, 2007, p. 224, N° 71). Aucune réponse ne s'impose pourtant d'emblée, car l'intérêt public à une correcte application du droit peut encore heurter un intérêt privé au maintien d'une décision viciée. Il en va ainsi lorsqu'une telle décision crée, modifie ou constate des droits en faveur du destinataire. Divergents, les intérêts de la cause doivent alors être confrontés, pesés (PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. II, Berne, 2002, p. 327). Par contre, la révocation ne pose aucun problème lorsqu'elle se fait en la faveur du recourant (PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 224, N° 71). La nouvelle décision non seulement respecte la loi, mais satisfait aussi les attentes de l'administré. Intérêts public et privé convergent. Conséquemment, l'auteur d'une décision qui, avant de répondre à l'autorité de recours, se rend compte de l'existence du vice formel ou matériel dont se plaint le recourant doit le corriger, en conformité de l'art. 58 al. 1 PA. A cela s'ajoute que la LTrans consacre une procédure simple et rapide d'accès aux documents officiels (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1808 et 1820). Cette procédure se divise en "deux parties principales": d'une part la demande d'accès et la médiation du PFPDT, d'autre part la décision de l'autorité intérieure et le recours devant le tribunal de céans (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1859). Ces deux parties doivent toutefois être appréhendées dans leur globalité. Chacune de leur étape étant essentielle (arrêt du TAF A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.3), elles forment un tout indissociable. Admettre le contraire reviendrait à vider de leur substance les art. 10 ss LTrans, dont le but final - et partant la raison d'être - est le prononcé d'une décision sur le droit d'accéder à des documents officiels, ce dans les brefs délais légaux des art. 12 à 15 LTrans (arrêt du TAF A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.3). Précis et fixé en jours, ce délai est impératif. Il a pour corollaire des droits subjectifs de l'administré, qui peut exiger son respect du PFPDT. Faute de quoi, le retard pris est inadmissible, en ce sens que l'on ne peut le justifier (arrêt du TAF A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 3.1). Compte tenu de ce qui précède, l'autorité inférieure devait, dans ces circonstances, transmettre aux recourants les documents officiels qui, par application de l'art. 8 al. 2 LTrans, sont devenus accessibles entre le moment de la décision attaquée et celui de sa réponse au présent tribunal. Ceci d'autant plus que la décision attaquée elle-même réservait expressément cette possibilité au chiffre 3 du dispositif. Conclure au rejet du recours tout en reconnaissant expressément que les conditions faisant obstacle à l'accès aux documents ici en question avaient disparu est contraire au principe de l'économie procédurale.

E. 9.3

Le projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration accompagnant le message du Conseil fédéral du 12 février 2003 (FF 2003 1888) ne contenait pas de dispositions transitoires. Lors des débats parlementaires s'est posée la question de savoir si le texte devait également s'appliquer aux documents officiels établis ou reçus par l'autorité non seulement après, mais aussi avant son entrée en vigueur. Encore faut-il préciser: reçus de tiers, soit légalement soit contractuellement. Car partisans et adversaires d'un effet rétroactif excluaient les uns comme les autres de soumettre à la loi les documents que "des tiers" avaient fournis librement avant cette entrée en vigueur (BO 2003 E, 1142 s s; BO N 2004, 1265 s). Finalement, le contenu de l'art. 23 LTrans s'est imposé et la loi sur la transparence s'applique sans effet rétroactif à tous les "documents officiels qui ont été produits ou reçus par l'autorité". Ainsi, la réception de documents à laquelle se réfère l'art. 23 LTrans vise de façon claire l'action d'un tiers, que celui-ci les transmette légalement, contractuellement ou

librement. La production par l'administration ou la transmission par un tiers d'un document sont des actes ponctuels et isolés. Ils se distinguent sans ambiguïté de leur utilisation qui, susceptible d'intervenir en tout temps, n'est pas visée par l'art. 23 LTrans précité. Or, le PFPDT a pu s'assurer que les bases de calcul 1 et 2 n'avaient été ni produites par l'administration ni transmises par un tiers après le 1er juillet 2006, date d'entrée en vigueur de la loi sur la transparence (RO 2006 2326). Peu importe de savoir si elles ont encore été utilisées par la suite. Quand bien même les conclusions relatives à ces documents seraient recevables, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (voir supra consid. 6), dits documents échapperaient donc à l'application de la loi sur la transparence et resteraient de toute façon inaccessibles.

E. 10

L'autorité inférieure a également estimé que, ne possédant pas les études RoKA 2005 et 2006, elle n'était pas tenue de les remettre aux recourants.

E. 10.1

D'après l'art. 5 al. 1 LTrans, l'on entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b), et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). S'il ne fait aucun doute que l'article précité pose des conditions cumulatives, le contenu de la lettre b n'apparaît quant à lui pas clair. Deux interprétations littérales sont en effet possibles. Soit un "document officiel" vise l'information qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou - l'information détenue par l'autorité - à laquelle elle a été communiquée. Soit il désigne l'information qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou l'information - à l'autorité - à laquelle elle a été communiquée. Les recourants soutiennent la seconde de ces interprétations. Selon eux, il suffirait que le document ait été produit par un tiers puis remis à l'autorité, sans se préoccuper de savoir si celle-ci le détient encore. Les travaux législatifs les contredisent. Pour qu'une information tombe dans le champ d'application de la loi, il faut qu'elle soit détenue par une autorité et qu'elle émane de celle-ci ou qu'elle lui ait été communiquée (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). Le document demandé dans lequel l'information est contenue doit se trouver effectivement en possession de l'autorité sollicitée; cette règle signifie que l'autorité doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour qu'elle puisse ensuite accorder l'accès au public (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). La version en allemand de cette disposition, langue qui revêt en tant que langue officielle la même importance que le français (art. 70 al. 1 Cst), corrobore par ailleurs cette interprétation et l'argumentation des recourants sur ce point doit donc être rejetée.

E. 10.2

Cela étant, si l'autorité ne détient pas effectivement un document alors qu'elle en est le destinataire principal, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour y accéder (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). Dans le langage courant, dont il n'y a pas lieu de s'écarter in casu, le terme "principal" signifie le premier parmi plusieurs. Tel sera par exemple le cas de celui qui est le destinataire d'une étude qu'il a lui-même commandée. L'autorité inférieure ne revêt pas ici la qualité de destinataire principal. Les études RoKA demandées ont en effet

été mandatées par pharmaSuisse. De sorte que les recourants n'ont pas le droit d'obtenir dites études de l'autorité inférieure.

E. 11

Compte tenu de ce qui précède, le recours du 22 juin 2009 doit être partiellement admis et la décision attaquée réformée, en ce sens que l'accès aux documents CT et LS anonymisés (art. 9 al. 1 LTrans) est accordé. Toutes autres ou plus amples conclusions concernant l'accès à des documents supplémentaires sont rejetées, dans la mesure de leur recevabilité.

E. 11.1

Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 [FITAF, RS 173.320.2]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). Si le recourant est débouté partiellement, ces frais sont en principe réduits. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2, 1^{ère} phrase PA). En l'espèce, les recourants, partiellement déboutés, devront supporter, le tiers des frais de la présente procédure, fixés à 1'500 francs, soit 500 francs. Ce dernier montant sera compensé avec l'avance de frais déjà versée de 1'500 francs, le solde étant restitué au recourant une fois l'arrêt entré en force.

E. 11.2

Aux termes de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité de dépens pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (voir également l'art. 7 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation - par un avocat ou un mandataire professionnel - et les éventuels autres frais nécessaires de la partie, qui ne sont couverts qu'à partir de 100 francs (cf. art. 8, 9 et 13 FITAF). En l'occurrence, le recourant conclut au versement d'une indemnité pour les frais occasionnés par la procédure. A ce titre, il recevra de l'OFSP une indemnité de dépens de 2'000 francs.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.