

EDOEB recommandation-du-20-juin-2016-ofas-informations-concernant-les-médecins-des-ser-2016-06-20 vom 20. Juni 2016

EDÖB, 2016-06-20, FR

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-20-juin-2016-ofas-informations-concernant-les-médecins-des-ser-2016-06-20

FR: EDOEB

recommandation-du-20-juin-2016-ofas-informations-concernant-les-médecins-des-ser-2016-06-20 du 20 juin 2016

IT: EDOEB

recommandation-du-20-juin-2016-ofas-informations-concernant-les-médecins-des-ser-2016-06-20 del 20 giugno 2016

Erwägungen

E. 1

Suite à un arrêt du Tribunal administratif fédéral (TAF)¹, le demandeur d'accès (avocat) a soumis à l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), par courriel daté du 2 avril 2015, une demande d'accès à des documents officiels, en se fondant sur la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence (LTrans ; RS 152.3) : ■ Je vous prie de me donner accès aux noms de tous les collaborateurs de tous les offices AI suisses ou aux listes/données correspondantes ou de me les remettre. ■ Je vous prie plus particulièrement de me donner accès aux noms de tous les collaborateurs des SMR, notamment des collaborateurs médicaux de tous les SMR ou de me remettre les listes/données correspondantes. ■ Je vous prie de me donner notamment accès aux noms de tous les autres collaborateurs médicaux/médecins de tous les offices AI suisses ou aux listes/données correspondantes ou de me remettre les listes/données correspondantes. Je souhaite obtenir les noms des collaborateurs internes et externes ou une liste de ces noms, que ces personnes soient engagées à l'interne/fixes ou à l'externe/sur mandat ou sur contrat assimilé à un mandat. Je souhaite obtenir l'état actuel ou le dernier état disponible des listes intégrales correspondantes, et donc une copie conforme des listes dont l'OFAS dispose. Je souhaite en particulier obtenir aussi les données concernant la date d'entrée en fonction et le taux d'occupation des collaborateurs médicaux, ainsi que leur lieu de domicile ou de séjour.

E. 2

L'OFAS a pris position par lettre du 26 août 2015 et fait savoir au demandeur d'accès qu'il dispose des listes du personnel de tous les offices AI, SMR compris, que ces offices lui ont

¹ Arrêt du TAF A-1757/2014 du 31 mars 2015 ; procédure de recours portant sur l'accès à une liste comprenant les noms de tous les médecins SMR en Suisse

2/14

communiquées en vue du contrôle annuel². Les listes les plus récentes dont l'OFAS déclare disposer portent sur les années de contrôle 2014 et 2015. Elles constituent à ses yeux des documents officiels au sens de la LTrans. De l'avis de l'OFAS, un accès partiel à ces listes peut être accordé. Pour l'OFAS, l'accès aux noms de tous les collaborateurs de tous les SMR peut être accordé sans restriction ; l'accès au nom des collaborateurs des offices AI exerçant une fonction dirigeante élevée ou assez élevée peut lui aussi être accordé. Par

contre, l'OFAS n'allait pas accorder l'accès aux noms des autres collaborateurs des offices AI. À l'appui de cette décision, l'OFAS invoque la pesée des intérêts conformément à l'art. 9, al. 2, LTrans, en liaison avec l'art. 19, al. 1bis, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1), en liaison avec l'art. 7, al. 2, LTrans et en application d'un arrêt du TAF3. Pour l'OFAS, le caractère abstrait de la demande d'accès, qui exige la publication générale des noms de tous les collaborateurs de tous les offices AI ainsi que de leur date d'entrée en fonction et de leur taux d'occupation, fait qu'il n'existe aucun intérêt public prédominant qui justifie un accès général, illimité, aux noms de tous les employés de tous les offices AI ; c'est pourquoi l'accès sera restreint aux noms des collaborateurs des offices AI qui exercent une fonction dirigeante élevée. Par contre, l'OFAS n'allait pas accorder l'accès aux informations relatives à la date d'entrée en fonction et au taux d'occupation – en admettant même qu'elles soient disponibles – et ce, pour les mêmes motifs que ceux qui s'opposent à la divulgation du seul nom des employés subordonnés des offices AI. L'OFAS précise que si le refus d'accorder l'accès à ces informations, exception faite du nom, s'étend également aux données concernant les collaborateurs qui exercent une fonction dirigeante, c'est que leur divulgation porterait une atteinte supplémentaire à la personnalité et à la sphère privée, sans qu'aucun intérêt public prédominant ne paraisse le justifier. Enfin, l'OFAS affirme ne pouvoir donner aucun accès aux informations demandées concernant le lieu de domicile ou de séjour des collaborateurs médicaux, ces informations ne se trouvant ni dans les listes correspondantes, ni ailleurs auprès de l'OFAS.

E. 3

Arrêt du TAF A-6054/2013 du 18 mai 2015

E. 4

À l'occasion de ce réexamen, l'OFAS a pris contact avec les chefs des offices AI qui exploitent des SMR, par lettre du 12 octobre 2015, et les a renseignés sur la demande d'accès. Il leur a fait savoir que le demandeur voulait obtenir des données relatives à la date d'entrée en fonction, au taux d'occupation et au domicile des médecins SMR. En ce qui concerne les taux d'occupation, l'OFAS disposerait de l'ensemble des données requises. Il disposerait également de données relatives aux dates d'entrée en fonction, mais incomplètes. Les domiciles des médecins SMR lui seraient par contre inconnus et ne pourraient donc pas être communiqués au demandeur. L'OFAS estime cependant que l'accès aux informations disponibles relatives aux dates de l'entrée en fonction et aux taux d'occupation devrait être accordé, du fait qu'il ne perçoit aucun intérêt privé ou public prépondérant qui s'opposerait à leur divulgation. Il demande aux offices AI de lui faire parvenir une prise de position avant le 22 octobre 2015, s'ils jugent que l'octroi prévu de l'accès à ces informations est problématique ; sans réponse de leur part l'OFAS allait conclure à leur acquiescement.

E. 5

Entre le 20 et le 26 octobre 2015, l'OFAS a reçu les prises de position de l'office AI ou de l'établissement cantonal d'assurances sociales des cantons de Berne, de Saint-Gall, d'Appenzell Rhodes-Extérieures, de Lucerne, d'Argovie, du Tessin et de Zurich, ainsi que de la Conférence des offices AI (COAI)⁵. Ces neuf prises de position, dont le contenu se recoupe largement, rejettent unanimement l'accès partiel que l'OFAS envisageait d'accorder. La compétence de l'OFAS quant à l'octroi de l'accès aux données réclamées

par le demandeur a notamment été niée ou mise en doute dans plusieurs réponses. Il a en outre été avancé que – même en admettant cette compétence concernant la divulgation des données correspondantes – l’atteinte à l’intérêt qu’ont les médecins SMR concernés de voir préserver le secret, comme le prévoit l’art. 7, al. 2, LTrans, primerait un éventuel intérêt public. De plus, conformément à l’art. 9, al. 1, LTrans, la communication des données demandées ne pourrait se faire que sous une forme anonymisée. Enfin, un office AI a renvoyé à l’art. 11 LTrans pour signaler la nécessité de consulter chacun des médecins SMR concernés. Un seul office AI a partiellement soutenu le projet d’accorder l’accès aux données en question, dans la limite cependant où seuls le nom des médecins SMR et l’office AI pour lequel ils travaillent seraient communiqués.

E. 6

Par lettre du 22 janvier 2016, l’OFAS s’est une nouvelle fois adressée aux offices AI responsables de SMR pour leur confirmer, en renvoyant à l’art. 11, al. 2, LTrans, qu’il s’en tiendrait à l’octroi de l’accès partiel envisagé, comme annoncé dans la lettre du 12 octobre 2015 (cf. ch. 4). Il a précisé que l’octroi de l’accès prévu ne comprendrait aucune indication relative au domicile des médecins SMR, l’OFAS ne disposant pas des données en question. L’OFAS rejette en outre les déclarations des offices AI qui ont nié ou mis en doute sa compétence

5 La COAI est l’organisation faîtière des 26 offices AI des cantons, de l’office AI de la Confédération pour les assurés résidant à l’étranger et de l’établissement d’assurance-invalidité de la Principauté du Liechtenstein (cf. www.coai.ch, dernière consultation le 1er avril 2016).

4/14

relative la demande d’accès en question. Il explique que les informations demandées lui ont été transmises en raison de sa fonction d’autorité de surveillance et de principal destinataire ; il précise en outre que ces informations concernent la mise en œuvre et l’organisation de l’assurance-invalidité, ainsi que l’activité de surveillance exercés par l’OFAS. Il s’agirait donc de documents officiels au sens de la LTrans et ce serait l’OFAS qui serait compétent pour le traitement de la demande d’accès correspondante. En ce qui concerne l’accès aux données personnelles contenues dans des documents officiels, l’OFAS avance que leur anonymisation est exclue en l’espèce car c’est précisément l’accès à ces données personnelles qui est demandé. La question devrait donc être examinée à la lumière de l’art. 19, al. 1bis, LPD, qui prévoit que l’accès peut être accordé si les données personnelles concernées sont en rapport avec l’accomplissement de tâches publiques et que leur communication répond à un intérêt public prépondérant. L’OFAS rappelle d’ailleurs qu’en ce qui concerne la communication des seuls noms des médecins SMR, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (préposé) a admis, dans sa recommandation du 4 février 2014, ch. 19 à 216, l’existence d’un intérêt public prépondérant. Il n’y aurait pas lieu de craindre une atteinte portée à la sphère privée, ni même des conséquences négatives concrètes, en cas de communication de ces noms. De plus, les noms des médecins SMR associés à certains offices AI seraient même déjà publiés sur Internet. En l’espèce, la communication du nom de ces médecins étant déjà réglée, il ne resterait que la question de la communication supplémentaire de la date d’entrée en fonction (pour autant qu’elle soit disponible) et du taux d’occupation. L’OFAS ne voit aucune raison pour laquelle ces indications devraient être soumises à des conditions fondamentalement différentes. Là

encore, il ne s'agirait ni de données sensibles ni de profils de la personnalité au sens de l'art. 3 LPD. Dans leurs prises de position adressées à l'OFAS, les offices AI n'auraient pas fait état de motifs concrets ni de motifs de fait ou de droit concrètement étayés qui auraient pu montrer qu'un intérêt prépondérant privé ou public s'oppose à la communication des données personnelles demandées. L'OFAS estime en outre qu'il n'existe pas non plus de disposition spéciale réservée, au sens de l'art. 4 LTrans, qui s'opposerait à l'accès aux données en question. Par conséquent, l'OFAS envisage d'accorder au demandeur l'accès aux nom, prénom, date d'entrée en fonction (pour autant qu'elle soit disponible) et taux d'occupation des médecins SMR, y compris l'identification du SMR pour lequel ils travaillent ; les collaborateurs concernés ayant de leur côté la possibilité de déposer une demande en médiation auprès du préposé, en vertu de l'art. 13, al. 1, let. c, LTrans. L'accès allait être différé jusqu'à droit connu, conformément à l'art. 12, al. 3, LTrans. Enfin, l'OFAS demandait aux offices AI d'informer à ce sujet les médecins SMR avec lesquels ils travaillent. Par lettre du 22 janvier 2016 également, l'OFAS s'est adressé au demandeur d'accès pour l'informer de l'accès partiel qu'il envisageait de lui accorder, en lui remettant une copie de l'avis du préposé adressé aux offices AI.

E. 7

Entre le 4 et le 12 février 2016, l'OFAS a reçu les prises de position de l'office AI ou de l'établissement cantonal d'assurances sociales des cantons de Berne, de Saint-Gall, du Valais, d'Argovie, du Tessin, de Zurich, de Bâle-Campagne et de Vaud, ainsi que de la COAI. Dans ces neuf prises de position, les offices AI ou établissements cantonaux d'assurances sociales ont réagi à la prise de position, au sens de l'art. 11, al. 2, LTrans, de l'OFAS du 22 janvier 2016, dans laquelle ce dernier les informait de l'accès qu'il entendait accorder (cf. ch. 6).

6 Cette recommandation porte sur une liste comprenant les noms de tous les médecins SMR en Suisse. À ce sujet, cf. également l'arrêt du TAF A-1757/2014 du 31 mars 2015 et l'arrêt du TF 1C_233/2015 du 5 octobre 2015.

5/14

Tout d'abord, ils ont unanimement fait remarquer que les offices AI n'étaient pas soumis en eux-mêmes à la LTrans, comme il appert notamment de l'arrêt du Tribunal fédéral 1C_125/2015 du 17 juillet 2015, aux termes duquel les offices AI cantonaux, comme établissements de droit public des cantons, ne sont pas soumis aux dispositions de la LPD, mais aux dispositions correspondantes des législations cantonales respectives. Vu le rapport matériel étroit, ce principe pourrait et devrait être appliqué sans autres à la LTrans, qui, elle non plus, ne serait pas applicable aux offices AI. Bien plus, la plupart des cantons auraient édicté leur propre loi régissant l'accès aux informations, raison pour laquelle les demandes d'accès correspondantes devraient être transférées pour traitement à l'office AI compétent en l'espèce. Il serait inadmissible que des informations en possession d'un office AI qui, conformément à la législation cantonale, ne seraient pas accessibles ou ne le seraient que de façon restreinte fussent être communiquées en raison d'un détour par l'OFAS en tant qu'autorité de surveillance. Cette façon de procéder serait contraire à la clause de protection prévue à l'art. 7, al. 1, let. e, LTrans (mise en péril des relations entre la Confédération et les cantons), qui vise précisément à éviter ce type de situations. Divers motifs matériels ont en outre été avancés contre l'octroi de l'accès ; la nécessaire pesée entre l'intérêt public à l'accès et les intérêts privés au refus de l'accès est notamment vue sous un tout autre angle

que celui adopté par l'OFAS. Les réponses des offices AI ont également été unanimes à déclarer que la consultation organisée par l'OFAS conformément à l'art. 11 LTrans ne se serait pas déroulée correctement au point de vue du droit de la procédure. C'est ainsi que l'OFAS n'aurait jamais pris contact personnellement avec les médecins SMR directement concernés pour les informer, les entendre et leur expliquer leurs droits. La consultation par le biais des offices AI dont dépendent les médecins SMR serait incorrecte et les offices AI – ne serait-ce qu'en raison du fait qu'ils ne sont pas partie en l'espèce – n'auraient ni le droit ni l'obligation d'informer leur personnel SMR, a fortiori de le consulter sur mandat de l'OFAS. En résumé, certains offices AI ont sévèrement critiqué la démarche de l'OFAS comme grave manquement au droit d'être entendu et ont simultanément exigé que l'OFAS procède lui-même aux consultations prescrites par la loi et ce, directement auprès des personnes concernées. Enfin, quelques offices AI ont exprimé l'avis que les informations demandées ne se présentaient pas du tout sous la forme de documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans, dans la mesure où elles ne présenteraient aucun lien avec l'exécution d'une tâche officielle des offices AI ni des SMR et que l'OFAS n'aurait même pas besoin de ces données pour exercer sa surveillance comme le prévoit la loi.

E. 8

Le 16 février 2016, le directeur de l'OFAS a alors adressé une nouvelle lettre aux offices IV ou établissements d'assurances sociales des cantons de Berne, de Saint-Gall, du Valais, d'Argovie, du Tessin, de Zurich, de Bâle-Campagne et de Vaud. Il a d'abord clairement dit que l'OFAS est bel et bien compétent en matière de communication des données demandées ; que par ailleurs, selon le message relatif à la LTrans, l'autorité ne doit consulter la personne concernée, comme le prévoit l'art. 11 LTrans, que dans la mesure du possible. Comme déjà évoqué à plusieurs reprises, l'OFAS ne dispose même pas des données relatives aux adresses des médecins SMR et ne serait donc pas en mesure de consulter directement ces derniers. De plus, des données comme le nom, la date d'entrée en fonction et le taux d'occupation ne constitueraient pas des données sensibles. En conséquence, l'OFAS n'était pas obligé d'organiser une consultation. Du point de vue de l'OFAS, les offices AI et les établissements d'assurances sociales seraient tenus, en tant qu'employeurs, d'informer les médecins SMR concernés, conformément au devoir de sollicitude prévu par le droit du travail. Enfin, le directeur de l'OFAS a indiqué qu'en leur qualité d'experts appelés à examiner les bénéficiaires potentiels de prestations, les médecins SMR exécutaient une tâche publique

6/14

concernant directement les citoyens, ce qui fait que la transparence en ce domaine est non seulement indispensable, mais qu'elle sert en fin de compte les intérêts des offices AI et des SMR.

E. 9

Par la suite, le préposé a reçu, entre le 5 février et le 1er mars 2016, 74 demandes en médiation émanant de médecins SMR concernés, dont il a chaque fois accusé réception sans délai ; deux de ces demandes en médiation ont été déposées au nom de l'ensemble des médecins d'un SMR et sur mandat de ceux-ci, toutes les autres par contre l'ont été à titre individuel.

E. 10

À la demande du préposé, l'OFAS a fourni les documents préliminaires le 18 mars 2016 déjà. Ce même jour, le préposé a informé l'OFAS du nombre de demandes en médiation reçues jusque-là. Le 30 mars 2016, l'OFAS a en outre fourni les listes litigieuses des collaborateurs des offices AI, SMR compris, contenant les informations requises par le demandeur – pour autant que l'OFAS en dispose.

E. 11

Enfin, par lettre du 30 mars 2016, le préposé a informé le demandeur d'accès du dépôt des demandes en médiation et de l'ouverture d'une procédure de médiation correspondante (cf. ch. 15).

E. 12

Les considérations qui suivent s'attachent, dans la mesure de ce qui est nécessaire, au reste des déclarations des demandeurs et de l'OFAS, ainsi qu'aux documents fournis. II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence considère ce qui suit : A. Considérants formels : Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

E. 13

Les demandeurs sont tous des tiers concernés par la même procédure de médiation. À ce titre, ils sont habilités à déposer une demande en médiation. Les demandes ont été déposées auprès du préposé sous la forme (forme écrite simple) et dans le délai (20 jours à compter de la date de réception de la prise de position de l'autorité) requis (art. 13, al. 2, LTrans).

E. 14

La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou par oral (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du préposé. C'est à lui qu'il incombe de fixer les modalités⁷. Si la médiation n'aboutit pas ou si aucune solution consensuelle n'est envisageable, le préposé est tenu par l'art. 14 LTrans de formuler une recommandation fondée sur son appréciation du cas d'espèce.

E. 15

Les 74 demandes en médiation concernent une seule et même demande d'accès ou, de par leur nature, les mêmes documents officiels (listes des collaborateurs des offices AI, SMR compris). Il est donc justifié de réunir toutes les demandes en médiation en question et d'y répondre par une recommandation unique.

E. 16

Les demandes en médiation réunies dans la présente procédure groupée ont été déposées soit en allemand, soit en français, soit en italien. En elle-même, la LTrans ne contient pas de disposition relative à la langue de la procédure. Conformément à l'art. 33a, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA ; RS 172.021), la procédure est conduite dans l'une des quatre langues officielles, en règle générale la langue dans laquelle les parties ont déposé ou déposeraient leurs conclusions. Le préposé ayant en l'espèce reçu des demandes en médiation concernant la même affaire mais rédigées dans trois des langues

⁷ Cf. message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration, FF 2003 1807 (ci-après : FF 2003), en l'occurrence p. 1865

officielles, il déclare que seule la version en allemand de la présente recommandation fait foi, afin d'exclure les contradictions ou malentendus éventuels. La recommandation a toutefois été traduite en français et en italien, à l'intention des demandeurs. B. Considérants matériels

E. 17

Selon l'art. 12, al. 1, de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur la transparence (OTrans ; RS 152.31), le préposé examine la licéité et l'adéquation de l'appréciation de la demande d'accès par l'autorité. À l'occasion de la procédure de médiation, le préposé vérifie par exemple si, dans le cadre d'une demande d'accès, l'autorité compétente a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) et les clauses d'exception (art. 7 et 8 LTrans), ainsi que les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans) ; il examine par ailleurs, pour tous les domaines dans lesquels la LTrans confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (par ex. les modalités d'accès à des documents officiels), si la solution retenue par l'autorité est adéquate et proportionnée au vu des circonstances du cas d'espèce. Le préposé peut faire des propositions dans le cadre de la procédure de médiation (art. 12, al. 2, OTrans) ou, le cas échéant, émettre une recommandation (art. 14 LTrans)⁸.

E. 18

Certains offices AI ou établissements d'assurances sociales sont d'avis que les informations requises par le demandeur d'accès et dont dispose l'OFAS ne se présentent pas sous la forme de documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans, du fait que ces informations ne seraient pas liées à l'exécution des tâches légales assignées aux offices AI et à l'OFAS.

E. 19

Conformément à l'art. 5, al. 1, LTrans, 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). Les deux premiers critères sont manifestement remplis et, de plus, ne sont pas contestés. Le lien avec l'accomplissement d'une tâche publique doit être évalué à la lumière de l'activité de surveillance que l'OFAS exerce, conformément à la loi, sur les offices AI cantonaux, y compris sur les SMR qu'ils exploitent. Conformément à l'art. 76, al. 1, LPGA, en liaison avec l'art. 64a LAI, l'OFAS est chargé de la surveillance matérielle et administrative des offices AI et des SMR. Le cahier des charges correspondant (art. 64a LAI, en liaison avec les art. 50 et ss du règlement sur l'assurance-invalidité [RAI ; RS 831.201]), règle de manière détaillée les tâches et les compétences de l'OFAS dans le cadre de son activité de surveillance des SMR. L'OFAS est ainsi compétent, entre autres, dans les domaines de la formation et du perfectionnement du personnel des SMR (art. 50, al. 3, RAI), des contrôles relatifs au respect des critères prescrits visant à garantir l'efficacité, la qualité et l'uniformité de l'exécution des tâches des SMR (art. 51 RAI), ainsi que de l'approbation des tableaux des postes de travail, du budget et des comptes annuels des offices AI, SMR compris (art. 53, al. 1, RAI). Dans ce contexte, le préposé estime que c'est bien dans le cadre de l'accomplissement de sa tâche légale de surveillance des offices AI que l'OFAS a obtenu les informations faisant l'objet de la présente discussion. L'OFAS a explicitement confirmé cette façon de voir par sa lettre du

E. 22

Précisons tout d'abord que la question de la compétence de l'OFAS relativement à la présente demande d'accès est indépendante de la question de savoir si les offices AI cantonaux eux-mêmes sont soumis ou non à la LTrans. Conformément à l'art. 10, al. 1, LTrans, la demande d'accès à des documents officiels doit être adressée à l'autorité qui les a produits ou qui les a reçus en tant que destinataire principal de la part de tiers qui ne sont pas soumis à la LTrans. Comme exposé plus haut, les informations dont il est question ici ont été transmises à l'OFAS dans le cadre des tâches de surveillance que lui confie la loi ; l'OFAS doit donc être qualifié de destinataire principal au sens des dispositions de la loi, indépendamment du fait que les offices AI soient eux-mêmes soumis ou non à la LTrans à l'échelon fédéral. Au contraire, dans l'arrêt du Tribunal fédéral évoqué plus haut, la question de l'applicabilité de la LPD se posait directement par rapport à un office AI cantonal. En l'espèce, la situation de départ est différente. Il ne s'agit pas de savoir si les offices AI sont eux-mêmes soumis à la LTrans. À ce propos, le message relatif à la LTrans précisait déjà que les autorités cantonales n'entrent pas dans le champ d'application de cette loi, même lorsqu'une tâche publique de la Confédération leur a été confiée⁹. En ce qui concerne les offices AI, le législateur a toutefois renoncé à préciser explicitement ce point dans la loi¹⁰.

E. 23

En résumé, le préposé parvient au constat intermédiaire suivant : L'OFAS, chargé de traiter la demande d'accès, a obtenu les informations pertinentes dans le cadre de la tâche de surveillance des offices AI que lui attribue la loi et comme destinataire principal ; il s'est donc légitimement déclaré compétent. En principe, les informations demandées entrent par conséquent dans le champ d'application de la LTrans et l'accès doit notamment être examiné ci-après sous l'angle des dispositions d'exception prévues par la loi.

E. 24

Quelques offices AI sont d'avis que la communication des données personnelles demandées enfreindrait l'art. 7, al. 1, let. e, LTrans (mise en péril des relations entre la Confédération et les cantons ou des relations entre cantons). Selon le message relatif à la LTrans, la divulgation de documents inaccessibles en vertu du droit cantonal parce qu'ils proviennent d'un canton qui ne connaît pas le principe de transparence ou dans lequel l'accès aux documents officiels est régi par des critères qui divergent des dispositions en vigueur au niveau fédéral est susceptible, suivant le contexte, de

9 FF 2003 1829 10 FF 2003 1831

9/14

perturber les relations entre ce canton et la Confédération ou entre différents cantons¹¹. Aux termes de la loi, les relations entre autorités pourraient donc être perturbées sous deux aspects : d'une part, celui de la Confédération et des cantons ; d'autre part, celui des cantons entre eux.

E. 25

En ce qui concerne les relations entre la Confédération et les cantons, le préposé est d'avis que l'art. 7, al. 1, let. e, LTrans est inapplicable en l'espèce car l'OFAS lui-même ne craint ni n'invoque une mise en péril à cet égard. Dans ce contexte, la défense d'un intérêt officiel de l'OFAS à garder secrètes les données personnelles demandées serait difficile à justifier sur la base de l'exception prévue à l'art. 7, al. 1, let. e, LTrans, alors que l'OFAS lui-même

n'entend pas se référer à cette disposition. Au point de vue des cantons, il faut prendre en considération le fait que ceux-ci exécutent avec leurs offices AI, qui sont des établissements de droit public, des tâches fédérales placées par la loi sous la surveillance de l'OFAS. On ne peut pas présumer à cet égard que les offices AI aient compté de bonne foi sur le secret concernant les informations et les documents transférés à l'échelon supérieur dans le cadre de ces activités de surveillance. Il ne saurait notamment être question d'un contournement du droit cantonal, étant donné qu'en l'espèce le demandeur d'accès a dès le début déposé sa demande auprès de l'autorité de surveillance et demandé communication de documents élaborés à l'échelon de la Confédération dans le cadre de l'activité de surveillance.

E. 26

En ce qui concerne les relations des cantons entre eux, le préposé ne voit pas en quoi la divulgation des données personnelles demandées pourrait entraver leur collaboration et – de ce fait – concerner leurs relations mutuelles ou porter concrètement atteinte à celles-ci. Si une éventuelle mise en péril de ces relations intercantionales ne devait consister qu'en ce que l'acceptation de la présente demande déposée auprès de l'OFAS entraîne également la communication de listes de personnel SMR de ceux des cantons qui n'appliquent pas le principe de transparence ou qui n'en appliquent qu'une version moins stricte, les conséquences juridiques de cette acceptation devront être acceptées, ne serait-ce que parce que la présente demande d'accès concerne tous les cantons et qu'une inégalité de traitement en faveur des (rares) cantons qui ne reconnaissent encore aucun principe de transparence ne pourrait être justifiée matériellement et serait problématique au point de vue de la sécurité du droit. Enfin, il faut considérer que les premiers concernés par la divulgation des informations demandées sont les médecins SMR, du fait que ce sont leurs données personnelles qui sont contenues dans les documents en question. De l'avis du préposé, ce ne sont donc pas les intérêts des autorités cantonales qui sont prépondérants, mais bien les intérêts personnels des particuliers concernés (à cet égard, cf. ch. 28 et ss).

E. 27

En résumé, le préposé parvient au constat intermédiaire suivant : La divulgation des données personnelles demandées ne paraît pas être en mesure de porter sérieusement atteinte aux relations entre les cantons. En ce qui concerne les relations entre l'OFAS et les cantons, l'OFAS, chargé de traiter la demande, ne voit lui-même aucun risque de mise en péril de ses relations avec les cantons. Sur la base des considérations qui précèdent, le préposé ne distingue aucun motif qui justifierait l'application de l'art. 7, al. 1, let. e, LTrans.

E. 28

Les listes requises par le demandeur d'accès contiennent des données personnelles, au sens de l'art. 3, let. a, LPD, concernant les médecins SMR liés à chacun des offices AI. Les noms de tous les médecins travaillant pour les SMR ont déjà été rendus publics par l'OFAS (cf. ch. 1 et n.b.p. 1). En l'espèce, la discussion ne porte plus que sur la communication supplémentaire de la date d'entrée en fonction et du taux d'occupation de chacun des médecins SMR. À cet égard,

11 FF 2003 1852 ; pour l'ensemble de la question, cf. arrêt du TAF A-5146/2015, consid. 5.3 ss

10/14

la demande d'accès porte sur les informations les plus récentes dont dispose l'OFAS.

E. 29

Conformément à l'art. 9, al. 1, LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils ne soient consultés. Même lorsqu'un document peut être anonymisé, il ne doit l'être que dans la mesure du possible. L'obligation d'anonymiser n'est donc pas absolue. Elle est régie par les circonstances relatives à chaque cas particulier et doit notamment respecter le principe de la proportionnalité (art. 5, al. 2, de la Constitution [Cst. ; RS 101])¹². L'anonymisation des données personnelles contenues dans un document officiel est même exclue d'emblée lorsque qu'elle est impossible sans un effort disproportionné ou que le demandeur réclame précisément l'accès à ces données personnelles¹³. Les données personnelles qui ne peuvent pas être anonymisées doivent être évaluées à la lumière de l'art. 19 LPD (art. 9, al. 2, LTrans), alors que la procédure d'accès reste régie par la LTrans¹⁴.

E. 30

L'art. 19, al. 1, LPD fixe le principe selon lequel les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que s'il existe une base légale au sens de l'art. 17 LPD ou à l'une des conditions énumérées à l'art. 19, al. 1, let. a à d, LPD. Si aucune de ces conditions n'est remplie, la divulgation des données personnelles demandées est régie par l'art. 19, al. 1bis, LPD, qui prévoit que organes fédéraux peuvent communiquer les données personnelles concernées dans le cadre de l'information officielle du public, d'office (information active) ou en vertu de la LTrans (information passive), si ces données sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques (let. a) ou si leur communication répond à un intérêt public prépondérant (let. b).

E. 31

Conformément à l'art. 6, al. 2, OTrans, l'intérêt public à l'accès est notamment jugé prépondérant lorsque le droit d'accès à un document répond à un besoin particulier d'information de la part du public, suite notamment à des événements importants (let. a), que le droit d'accès sert à protéger des intérêts publics spécifiques, notamment l'ordre, la sécurité ou la santé publics (let. b) ou que la personne dont la sphère privée pourrait être atteinte par le droit d'accès à un document officiel est liée à une autorité soumise à la LTrans par un rapport de fait ou de droit qui lui procure des avantages importants (let. c).

E. 32

En l'espèce, le demandeur d'accès a requis les noms de tous les médecins SMR des offices AI, y compris la date de leur entrée en fonction et leur taux d'occupation, et donc, précisément, la divulgation de données personnelles. L'anonymisation est de ce fait exclue d'emblée (cf. ch. 28) et un éventuel accès doit être étudié conformément à l'art. 19 LPD. Comme aucune des conditions énumérées à l'art. 19, al. 1, let. a à d, LPD ne peut être considérée comme remplie, l'éventuelle communication des données concernées doit être étudiée à la lumière de l'art. 19, al. 1bis, LPD.

E. 33

La première condition (données en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques) découle du principe de finalité inscrit dans le droit de la protection des données et la simple définition de la notion de « document officiel » qui figure à l'art. 5, al. 1, let. c, LTrans permet de juger qu'elle est remplie en ce qui concerne la LTrans. Concrètement, la question de l'existence d'un rapport entre les données personnelles concernées et l'accomplissement

de la tâche de

12 Office fédéral de la justice et Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, Mise en œuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées, 7 août 2013, ch. 3.1.3 (avec renvois complémentaires) 13 Pour l'ensemble de la question, cf. également arrêt du TF 1C_74/2015 du 2 décembre 2015, consid. 3.4 ; arrêt du TF 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 5.2.2 ; arrêt du TAF A-3220/2015 du 22 février 2016, consid. 4.2.1 ; FLÜCKIGER, Handkommentar BGÖ, ad art. 9, ch. 20 ss ; Office fédéral de la justice, Gutachten über die Zugänglichkeit nach dem Öffentlichkeitsgesetz von Angaben über Beratungsmandate, 5 juillet 2012, JAAC 2013, p. 9 ss 14 Cf. arrêt du TAF A-3220/2015 du 22 février 2016, consid. 4.2.1

11/14

surveillance des offices AI que la loi confie à l'OFAS doit être tranchée sans autres par l'affirmative (cf. ch. 19 à cet égard).

E. 34

La pesée des intérêts doit tenir compte, au point de vue de l'intérêt public à l'accès aux informations demandées, du fait que les médecins SMR accomplissent des tâches publiques et qui relèvent de la puissance publique. Lorsque ces médecins examinent les bénéficiaires potentiels sous l'angle des conditions personnelles donnant droit à des prestations de l'AI, l'expertise SMR revêt chaque fois une importance considérable. On peut présumer que les médecins SMR et l'expertise qu'ils effectuent exercent cas par cas une influence déterminante sur les décisions de droit administratif prises par les offices AI concernant l'octroi d'une rente (partielle), voire qu'ils préjugent ces décisions. À la lumière de l'art. 6, al. 2, let. c, OTrans, on peut donc établir que les médecins SMR concernés sont liés de droit et de fait, vu les rapports de travail et de surveillance existants, aux offices AI auxquels ils sont subordonnés ainsi qu'à l'OFAS en tant qu'autorité officielle de surveillance, et que ce lien leur procure des avantages particuliers au sens de la disposition correspondante de l'ordonnance, ne serait-ce que pour des motifs économiques. Les avantages ou la dépendance économiques qui résultent pour les médecins SMR de leur activité d'expert croissent en outre en fonction du taux d'occupation.

E. 35

En plus de cette relation particulière, qui fait présumer que la balance penche en faveur de l'intérêt public à l'accès, il faut encore tenir compte du fait que la thématique des qualifications et de l'indépendance des médecins SMR, ainsi que de la qualité de leurs expertises, a déjà suscité à plusieurs reprises des discussions dans le public, voire des controverses dans les médias et les revues spécialisées¹⁵. Elle s'est également invitée dans la sphère politique, où elle a donné lieu à diverses interventions parlementaires¹⁶. Vu les discussions récurrentes que ces thèmes ont fait naître dans le public et les médias, il faut donc retenir qu'il existe un besoin particulier d'information de la part du public, au sens de l'art. 6, al. 2, let. a, OTrans. Ce besoin particulier d'information est encore renforcé par le fait que la question des expertises relevant du droit des assurances sociales et réalisées par des médecins mandatés par l'administration peut toucher tout citoyen personnellement, directement et de manière significative.

E. 36

À l'inverse, la pesée des intérêts prévue à l'art. 19, al. 1bis, LPD doit prendre en compte l'intérêt privé qu'ont les médecins SMR à ce que leurs données personnelles ne soient pas divulguées. Cet intérêt privé n'est toutefois pas évident. Vu la nature des données personnelles requises par le demandeur d'accès, le préposé en arrive à la conclusion que la combinaison des noms et prénoms, date d'entrée en fonction et taux d'occupation de tous les médecins SMR ne constitue ni des données sensibles au sens de l'art. 3, let. c, LPD ni des profils de la personnalité au sens de l'art. 3, let. d, LPD, qui bénéficieraient d'un niveau de protection supérieur. Bien plus, le préposé est d'avis que la divulgation de ces données personnelles ne paraît d'emblée pas à même de pouvoir porter sérieusement atteinte à la sphère privée des personnes concernées, ni même de la menacer. De plus, les médecins SMR, en raison de leur position et de leur fonction particulières, doivent être assimilés à des employés de l'administration. Conformément à la doctrine dominante et à la jurisprudence constante, ceux-ci doivent accepter des atteintes plus prononcées à leur sphère privée que ce n'est le cas pour les tiers indépendants de l'administration¹⁷. Même si la publication des données personnelles demandées pouvait laisser

15 Cf. en particulier Markus Föhn/Dominique Strebler, Beobachter 14/2012, Gutachter Die Gesundheitsrecher, 04.12.2012 ; Gian Andrea Schmid, Plädoyer 6/2015, IV : Einseitige Auswahl der Gutachter, 23.11.2015 16 Cf. par ex. interpellation CN Pascale Bruderer 06.3518 du 05.10.2006 ; initiative parlementaire CN Margret Kiener Nellen 10.429 du 19.03.2010 ; interpellation CN Maria Roth-Bernasconi 11.3869 du 28.09.2011 ; interpellation CN Bea Heim 12.4235 du 14.12.2012 ; interpellation CN Bea Heim 15.4093 du 01.12.2015 17 Cf. arrêt du TAF A-6054/2013 du 18 mai 2015, consid. 4.2.2

12/14

entrevoir une légère atteinte à la personnalité, il faudrait encore en accepter le risque, vu l'intérêt public majeur à la divulgation de ces données personnelles (cf. ch. 35).

E. 37

En résumé, le préposé parvient au constat intermédiaire suivant : À l'issue de la pesée des intérêts prévue à l'art. 19, al. 1bis, LPD, il faut admettre qu'il existe un intérêt public prépondérant à la communication des données demandées concernant les médecins SMR.

E. 38

Lorsqu'une demande d'accès porte sur des documents officiels contenant des données personnelles et que l'autorité envisage d'y donner suite, celle-ci, conformément à l'art. 11, al. 1, LTrans, consulte la personne concernée et l'invite à se prononcer dans un délai de dix jours.

E. 39

D'après le message relatif à la LTrans, l'autorité ne doit consulter la personne concernée, comme le prévoit l'art. 11, al. 1, LTrans, que « si possible ». En doctrine également, avant même l'entrée en vigueur de la LTrans, il a été relevé que la consultation prévue à l'art. 11, al. 1, LTrans ne pouvait être de nature absolument contraignante, mais qu'un assouplissement limité devait pouvoir être prévu dans des cas particuliers, notamment pour éviter qu'une procédure d'accès concernant de nombreuses personnes ne traîne en longueur ou lorsqu'il est impossible d'organiser une consultation, ou encore lorsque la charge administrative liée à la consultation doit être qualifiée de disproportionnée¹⁸. Dans un arrêt rendu récemment au sujet de la LTrans, le Tribunal fédéral a précisé que même si la loi ne

prévoit pas explicitement des exceptions, le droit d'être entendu ne pouvait pas s'appliquer de manière absolue, pour des motifs systématiques et téléologiques, mais qu'il était sujet à une réserve exécutoire : renoncer à entendre une personne concernée devant toutefois rester l'exception¹⁹. D'après les considérants du Tribunal fédéral, il est possible de renoncer exceptionnellement à consulter une personne concernée dans deux conditions: Premièrement, la pesée préalable des intérêts doit pencher si clairement en faveur de l'intérêt public qu'il ne faille pas escompter sérieusement qu'il existe des intérêts privés non encore reconnus qui pourraient déboucher sur un autre résultat ; Deuxièmement, il faut que l'application du droit d'être entendu paraisse excessive, notamment parce que la consultation entraînerait une charge administrative disproportionnée ou un conflit insoluble avec le principe fondamental de la LTrans, qui est de promouvoir la transparence quant à l'activité de l'administration²⁰.

E. 40

En l'espèce, dans le cadre de la consultation prévue à l'art. 11 LTrans, ce ne sont pas les médecins SMR véritablement concernés qui ont donné leur avis quant à la position de l'OFAS, mais les offices AI dont ils dépendent. En ce qui concerne la possibilité effective d'organiser une consultation, évoquée plus haut, il faut souligner que l'OFAS – comme il l'a déclaré à plusieurs reprises aux offices AI – ne disposait pas des adresses des médecins SMR et qu'il lui était donc d'emblée impossible de leur écrire directement et personnellement. Manifestement, et comme le demandait l'OFAS, les personnes concernées ont toutefois été informées de l'autorisation d'accès envisagée et de leurs droits par les offices AI dont elles dépendent ; si tel n'avait pas été le cas, elles n'auraient probablement pas été si nombreuses à faire usage du droit accordé par l'art. 13, al. 1, let. c, LTrans aux personnes concernées de déposer une demande en médiation auprès du préposé. Les explications que les médecins concernés ont fournies dans leurs demandes en médiation ne leur ont toutefois pas permis de démontrer que des intérêts privés justifiaient un refus d'accorder l'accès aux données personnelles demandées. Au contraire, ces médecins n'ont fait que des déclarations très générales, en

18 FLÜCKIGER, Handkommentar BGÖ, ad art. 11, ch. 11 19 Arrêt du TF 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 6.2 20 TF, loc. cit., consid. 6.3

13/14

arguant par exemple du fait que l'accès devait être refusé pour des motifs relevant de la protection de la sphère privée ou que l'accès aux données personnelles demandées ne présentait pas un intérêt public prépondérant.

E. 41

En ce qui concerne d'éventuels intérêts privés non encore reconnus que pourraient avoir les personnes concernées à s'opposer à la divulgation et qui, à l'issue de la pesée des intérêts en présence pourraient inverser la décision, le préposé constate que les demandes en médiation n'en font pas état. Il faut remarquer à cet égard que l'identité du médecin SMR chargé de l'expertise est connue de la personne examinée ou du moins qu'elle lui est communiquée à sa demande. De même, les offices AI publient en règle générale les offres d'emploi SMR, qui font apparaître chaque fois le taux d'occupation. De plus, le préposé tient à rappeler ici qu'à l'issue de la pesée des intérêts prévue à l'art. 19, al. 1bis, LPD, il est arrivé à la conclusion que les données personnelles demandées ne sont pas d'une nature telle que leur divulgation puisse d'emblée porter sérieusement atteinte à la sphère privée des personnes

concernées (cf. ch. 36).

E. 42

En ce qui concerne la proportionnalité que le Tribunal fédéral exige en matière de consultation, il faut tenir compte du fait qu'elle a été niée dans le cas sur lequel porte l'arrêt du TF déjà cité (cf. n.b.p. 19), alors que le nombre d'entreprises concernées n'était que de 4021. D'après les documents fournis par l'OFAS, les offices AI occupent actuellement plus de 300 médecins SMR. La consultation d'un si grand nombre de personnes concernées peut donc d'emblée être qualifiée de disproportionnée, à la lumière des critères d'exception formulés par le Tribunal fédéral. Si, de plus, on tient compte du fait que la divulgation des données personnelles demandées ne paraît pas à même de porter atteinte à la sphère privée des personnes concernées, on peut partir en l'espèce du point de vue qu'il était possible de renoncer à titre exceptionnel à organiser une consultation, qui n'était donc pas nécessaire, même sous la forme que lui a donnée l'OFAS. Il en résulte que les vices de procédure relatifs à la consultation évoqués dans les demandes en médiation ne sont pas pertinents et qu'ils ne demandent pas à être discutés plus avant.

E. 43

En résumé, le préposé parvient au constat intermédiaire suivant : Les données personnelles demandées ne sont pas d'une nature telle que leur divulgation puisse d'emblée porter sérieusement atteinte à la sphère privée des médecins SMR concernés. Au point de vue du droit de la procédure, une consultation paraît par ailleurs disproportionnée, eu égard au grand nombre de personnes concernées. Par conséquent, il s'agit en l'espèce d'une situation particulière dans laquelle il est possible de renoncer à titre exceptionnel à consulter les personnes concernées. III. Se fondant sur les considérants exposés ci-dessus, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

E. 44

L'OFAS maintient sa décision d'accorder un accès partiel, limité aux noms, aux données relatives à l'entrée en fonction et au taux d'occupation de tous les médecins SMR.

E. 45

Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, les demandeurs, ainsi que le demandeur d'accès, peuvent, s'ils ne sont pas d'accord avec la présente recommandation, requérir que l'OFAS rende une décision selon l'art. 5 PA (art. 15, al. 1, LTrans).

21 TF, loc. cit., consid. 6.5

14/14

E. 46

L'OFAS, s'il n'est pas d'accord avec la présente recommandation du préposé, rend une décision (art. 15, al. 2, LTrans).

E. 47

Il rend sa décision dans les 20 jours à compter de la réception de la recommandation ou de la requête de décision (art. 15, al. 3, LTrans).

E. 48

La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms des demandeurs et du demandeur d'accès sont anonymisés (art. 13, al. 3, OTrans).

E. 49

La recommandation est notifiée à :

- Recommandé (R) avec avis de réception ainsi que par courrier électronique à tous les offices AI qui exploitent des SMR en les priant de faire suivre à l'adresse des médecins SMR correspondants et à la conférence des offices AI.

En outre, la présente recommandation est notifiée aux médecins SMR par publication d'une indication correspondante dans la Feuille fédérale no 24 du 21 Juin 2016 (FF 2016 4485), par analogie avec l'art. 36, let. c et d, PA.

- Recommandé (R) avec avis de réception X

- Recommandé (R) avec avis de réception Office fédéral des assurances sociales OFAS
3003 Berne

Adrian Lobsiger

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