

EDOEB recommandation-du-8-février-2022-ofsp-prix-des-vaccins-prise-de-position-dans-le--2022-02-08 vom 8. Februar 2022

EDÖB, 2022-02-08, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-8-février-2022-ofsp-prix-des-vaccins-prise-de-position-dans-le--2022-02-08

FR: EDOEB

recommandation-du-8-février-2022-ofsp-prix-des-vaccins-prise-de-position-dans-le--2022-02-08 du 8 février 2022

IT: EDOEB

recommandation-du-8-février-2022-ofsp-prix-des-vaccins-prise-de-position-dans-le--2022-02-08 del 8 febbraio 2022

Erwägungen

E. 1

Conformément à la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3), le demandeur (journaliste) a déposé, le 30 août 2021, une demande d'accès adressée à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) concernant "les prix et historiques des prix des vaccins contre le Covid-19 acquis par la Suisse." Dans sa demande, il a indiqué que "la réserve utilisée jusqu'à aujourd'hui pour ne pas communiquer ces prix (ne pas nuire aux intérêts de la Suisse durant des négociations stratégiques) n'a plus lieu d'être."

E. 2

Le même jour, l'OFSP a répondu au demandeur en lui spécifiant que "les prix pour les doses de vaccins sont des accords contractuels confidentiels avec les fabricants de vaccins" et que "la publication des détails du contrat diminuerait la position de négociation de la Suisse." L'autorité a aussi souligné que le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) avait confirmé cette position dans ses dernières recommandations.¹ Elle a ajouté que la Confédération poursuit actuellement ses efforts pour constituer un portefeuille de vaccins diversifié et qu'elle est encore en contact avec différents fabricants de vaccins.

E. 3

Par e-mail daté du même jour, le demandeur a répondu à l'autorité et a relevé que la situation avait évolué depuis la dernière recommandation du Préposé et qu'il y aura éternellement des négociations avec des fournisseurs. Il a ensuite soutenu qu'au regard "des accords conclus pour 40 millions de doses Pfizer + Moderna (plus des options pour 14 millions de doses Pfizer) et de 16 millions d'autres vaccins [...]" l'approvisionnement semble actuellement assuré. Pour

¹ Recommandation du PFPDT du 29 octobre 2020 2020: BAG/Vertrag Covid 19 Impfstoff; Recommandation du PFPDT du 12 novembre 2020: BAG/Vertrag Covid-19-Impfstoff; Recommandation du PFPDT du 26 mai 2021: BAG/Vorverträge und Verträge Impfstoff Covid-19-Impfstoff und weitere Dokumente zur Impfstoffbeschaffung; Recommandation du PFPDT du 26 mai 2021: BAG/Vertrag Covid-19-Impfstoff; Recommandation du PFPDT du 28 mai 2021: UFSP/contratti vaccini e medicamento Covid-19.

ces motifs, le demandeur a requis de l'OFSP qu'il reconsidère sa demande au regard de la loi sur la transparence.

E. 4

Le 3 septembre 2021, l'OFSP a fourni au demandeur une réponse complémentaire dans laquelle il précise que les coûts pour les vaccins n'avaient pas encore été révélés et l'a renvoyé vers le communiqué de presse du Conseil fédéral qui informait la population que le budget pour l'achat de vaccins se montait à 400 millions de francs.²

E. 5

Le 7 septembre 2021, le demandeur a sollicité que l'OFSP le contacte afin d'obtenir des explications complémentaires sur les raisons pour lesquelles les motifs d'exceptions soulevés par l'autorité étaient donnés.

E. 6

Par courriel du 10 septembre 2021, l'OFSP a répété une nouvelle fois que les négociations avec les fabricants de vaccins n'étaient pas terminées et a maintenu sa position.

E. 7

Le 17 septembre 2021, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé.

E. 8

Par courriers des 17 et 20 septembre 2021, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation, a informé l'OFSP du dépôt de la demande et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.

E. 9

Le 28 septembre 2021, l'OFSP a transmis au Préposé les documents concernés ainsi qu'une prise de position. Il ressort en substance de cette dernière que, du point de vue de l'autorité, le demandeur n'avait pas qualifié sa demande comme étant une demande d'accès à des documents officiels et que, pour l'autorité, il n'était pas évident de parvenir d'emblée à cette conclusion. L'autorité a ajouté que la demande n'indiquait pas clairement les documents souhaités alors que le demandeur, sur la base des recommandations déjà publiées du PFPDT, aurait eu la possibilité d'être plus précis. L'OFSP a poursuivi en mentionnant que le demandeur, sur la base des réponses de l'autorité, aurait dû constater "que sa demande n'avait pas été considérée comme telle [demande d'accès] [...] il a pourtant renoncé à toute clarification, on ne saurait reprocher à l'OFSP de ne pas avoir appliqué l'art. 7, al. 3, OTrans, en invitant le demandeur à préciser sa demande". Elle a relevé qu'au vu de ces éléments le demandeur avait manqué à son obligation de formuler de manière suffisamment précise l'objet de sa demande et que, de ce fait, l'OFSP n'avait pas pris position sur la demande vu qu'aucune demande d'accès n'avait été déposée. De l'avis de l'OFSP, les conditions pour ouvrir une procédure de médiation ne sont pas remplies. L'autorité a toutefois indiqué que si le Préposé devait tout de même entrer en matière, elle rendait la prise de position suivante: "[l]a requête du demandeur de connaître les prix des vaccins impliquerait de rendre publics des détails des contrats conclus avec les fabricants de vaccins contre le COVID-19, alors même que la Confédération n'a pas terminé le processus

d'acquisition des vaccins. Ainsi que l'OFSP l'a fait valoir dans diverses procédures [...] et expliqué de manière circonstanciée, la publication de ces contrats, ou de certains détails de ces contrats, compromettrait les intérêts de politique économique de la Suisse dans le cadre de négociations en cours ou futures. À noter par ailleurs que l'OFSP ne dispose d'aucun document détaillant l'évolution des prix des vaccins contre le COVID-19." L'OFSP a ensuite renvoyé vers ses prises de position relatives à des procédures de médiation antérieures et a relevé que "[p]ar rapport à l'automne 2020 et à l'été 2021, la situation, autrement les risques liés au virus SARS-CoV-2, n'a évolué que de manière limitée. Si la Suisse se trouve globalement dans une conjoncture plus favorable, l'évolution de la pandémie reste imprévisible et la situation est fragile, notamment en raison des mutations du virus qui, à l'instar du variant Delta, sont susceptibles d'influencer et d'accélérer le cours des infections à l'échelle mondiale. Des

2 Coronavirus : le Conseil fédéral relève le crédit pour l'achat de vaccins contre le COVID-19 (admin.ch) (consulté le 03.02.22).

3/11

incertitudes demeurent par conséquent quant aux processus d'acquisition et de livraison de vaccins en vue de garantir la protection de la santé de la population suisse." L'autorité a rappelé qu'"[à] l'heure actuelle, le processus d'acquisition des vaccins par la Confédération ne saurait être considéré comme achevé. La publication des prix des vaccins, requise par le demandeur, est donc toujours susceptible de compromettre les intérêts de politique économique de la Suisse. Par conséquent, l'OFSP maintient sa décision de refuser au demandeur, pour une durée limitée, l'accès aux clauses contractuelles relatives aux prix des vaccins, à savoir jusqu'à la clôture des procédures d'acquisition. [...]. Pour les motifs exposés dans les procédures susmentionnées [...], il existe un intérêt public prépondérant à continuer de différer, en vertu des art. 7, al. 1, let. f et d et 8, al. 4, LTrans, l'accès aux documents officiels concernés, car cela compromettrait la position de la Confédération dans le cadre de l'acquisition de nouveaux vaccins, de quantités supplémentaires ou de doses de rappel. Des dommages considérables pourraient en résulter."

E. 10

Le 16 novembre 2021, une séance de médiation a eu lieu, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord. A l'issue de la séance, l'OFSP s'est engagé, avec l'accord du demandeur, à transmettre au Préposé, jusqu'au 25 novembre 2021, une prise de position détaillant de manière plus approfondie les raisons pour lesquelles les motifs d'exceptions soulevés, en particulier l'art. 7 al. 1 let. f LTrans, étaient encore donnés.

E. 11

Par courriel du 25 novembre 2021, l'OFSP a remis au Préposé sa prise de position détaillée, dans laquelle il a commencé par rappeler ces précédents arguments et par reconnaître l'intérêt du public pour ces contrats. L'OFSP a poursuivi en relevant que l'intérêt du public était "contrecarré par une mise en danger des intérêts politico-économiques de la Suisse : tous les contrats d'acquisition de vaccins COVID-19 déjà conclus ou à venir sont étroitement liés entre eux." L'OFSP a entre autres justifié sa position en expliquant que certains éléments contractuels étaient similaires et se répétaient dans tous les contrats d'achat de vaccins et "[s]i une partie adverse a connaissance, lors de futures négociations, du contenu de contrats conclus antérieurement par la Confédération, elle peut en tirer des conclusions sur le pouvoir de négociation et la disposition au compromis de la

Confédération. Cette constatation vaut également pour les fabricants avec lesquels la Confédération a déjà conclu des contrats, mais qui doivent négocier la livraison de doses de vaccin supplémentaires en raison de la persistance de la pandémie. Le fait que certains contrats aient été négociés il y a plus d'un an ne change rien à ces constatations. La situation de négociation n'a pas changé pour la Suisse. [...] Si une partie seulement de ces contrats était divulguée de manière anticipée, la Confédération risquerait sérieusement de perdre du pouvoir de négociation et de ne plus pouvoir mener des négociations fructueuses. La publication de ces informations comporte donc un risque sérieux que la Confédération ne puisse plus conclure de contrats qu'à des conditions difficilement acceptables, par exemple parce qu'elle devrait payer des prix plus élevés. De même, des partenaires contractuels potentiels pourraient exiger l'égalité de traitement pour certains résultats de négociation, faute de quoi ils ne concluraient pas le contrat avec la Confédération. A l'inverse, la divulgation peut aussi avoir pour conséquence qu'un fabricant de vaccins, conscient du succès des négociations et du standard ainsi fixé, ne veuille pas entamer de négociations avec la Confédération et que la Suisse n'ait ainsi d'emblée pas accès à un vaccin potentiellement prometteur. Il est évident que les intérêts politico-économiques de la Suisse sont ainsi touchés". L'OFSP a indiqué dans sa prise de position détaillée que la divulgation des contrats ne sera envisagée qu'une fois toutes les négociations individuelles dans le cadre la procédure d'acquisition des vaccins auront été entièrement conclues. D'après l'OFSP, si ces contrats devaient être divulgués avant cela, la position de négociation de la Confédération serait considérablement affaiblie, voire menacée, car les négociations sont très complexes et se déroulent sous une énorme pression de temps et de concurrence. Pour les

4/11

motifs évoqués, l'OFSP est parvenu à la conclusion qu'il est "essentiel pour la Confédération que les succès partiels obtenus jusqu'à présent dans la stratégie d'acquisition puissent être poursuivis et que d'autres contrats de réservation et d'achat correspondant aux positions et aux objectifs de négociation de la Confédération puissent être conclus rapidement. En effet, ce n'est que si d'autres contrats similaires sont conclus avec des fabricants de vaccins qu'il sera possible de continuer à approvisionner la population suisse en doses de vaccin suffisantes. Le risque décrit ci-dessus est concret et se réalisera certainement en cas de publication anticipée des contrats. Compte tenu de la situation pandémique, cela est tout simplement inacceptable."

E. 12

Durant la session d'hiver 2021 du Parlement, dans le cadre des discussions relatives à la modification de la loi Covid-19, la publication active des contrats passés avec les fabricants de vaccins a fait, jusqu'au dernier tour, l'objet des débats. Le Conseil national voulait, au moyen d'une disposition spéciale, ancrer dans la loi Covid-19 l'obligation de publier activement les contrats. Le Conseil des Etats, même s'il s'est opposé à l'introduction de cette disposition, a soutenu le fait que la loi sur la transparence était applicable à ces contrats. A l'issue de la conférence de conciliation, le Parlement a décidé de biffer l'alinéa.3

E. 13

Les allégations du demandeur et de l'OFSP ainsi que les documents déposés sont pris en compte, dans la mesure où cela s'avère nécessaire, dans les considérants ci-après. 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. 14

Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFSP et a reçu une réponse négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, il est légitimé à déposer une demande en médiation (art. 13 al. 1 let. a LTrans). Celle-ci a été remise selon la forme prescrite (forme écrite simple) et dans le délai légal (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité) au Préposé (art. 13 al. 2 LTrans).

E. 15

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 modalités.⁴ 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. B. Considérants matériels

E. 16

Selon l'art. 12 al. 1 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance 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. Il peut ainsi vérifier dans le cadre de la procédure de médiation si la demande d'accès a été traitée par l'autorité conformément à la loi.⁵

3 21.066| Loi Covid-19. Modification (prorogation de certaines dispositions) |Objet du Conseil fédéral | Le Parlement suisse, (consulté le 26.01.22). 4 Message relatif à la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans) du 12 février 2003, FF 2003 1807 (cité : FF 2003), FF 2003 1865. 5 GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), no 8 ad art. 13.

5/11

E. 17

Avant de passer à l'examen des arguments amenés par les parties, il convient de se pencher sur le grief que l'OFSP fait au demandeur en lien avec le dépôt de sa demande d'accès. L'autorité lui a, en substance, reproché de ne pas avoir explicitement qualifié sa requête de demande d'accès à des documents officiels et de ne pas avoir été suffisamment précis dans sa demande, puisqu'il n'avait pas indiqué clairement les documents souhaités, alors qu'il était en mesure de le faire vu qu'il devait avoir connaissance des documents en possession de l'autorité. Au vu de ces éléments, l'OFSP considère qu'aucune demande d'accès n'ayant été déposée, il n'y a pas lieu, pour le Préposé, d'entrer en matière et d'ouvrir une procédure de médiation.

E. 18

En application de l'art. 6 al. 1 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu par l'autorité. Pour obtenir l'accès à des documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans, la personne dépose une demande d'accès auprès de 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 loi (art. 10 al. 1 LTrans). Cette

demande ne doit pas être motivée et n'est soumise à aucune exigence de forme, le demandeur dispose d'une très grande liberté dans le choix de la forme. Elle doit cependant être formulée de manière suffisamment précise, c'est-à-dire qu'elle doit contenir des indications suffisantes pour permettre à l'autorité d'identifier le document demandé (art. 7 al. 1 OTrans). Si l'autorité éprouve des difficultés à identifier les documents souhaités, elle invite le demandeur à préciser sa demande. D'après le message⁶, l'exigence d'une demande suffisamment précise ne saurait être interprétée de manière trop restrictive, il suffit que le document soit identifiable pour l'autorité saisie sans complication excessive. En outre, l'autorité devra soutenir le demandeur dans sa démarche et l'aider à affiner sa demande (art. 3 OTrans).

E. 19

En l'espèce, le demandeur a, dès le 30 août 2021, précisé que sa demande se basait sur la loi sur la transparence et a motivé sa requête en faisant appel à des dispositions de ladite loi. Il semble de ce fait évident qu'il convenait de traiter cette demande comme une demande d'accès au sens de l'art. 10 al. 1 LTrans. Admettre le contraire serait faire preuve de mauvaise foi. Par ailleurs, l'autorité ne semble pas avoir éprouvé de difficulté à identifier les documents souhaités par le demandeur, puisqu'elle les a remis au Préposé. Cependant, si tel n'avait pas été le cas, elle aurait dû inviter le demandeur à préciser sa demande et le soutenir plus activement dans sa démarche (art. 3 al. 1 OTrans). Il ne saurait par conséquent être reproché au demandeur un manque de précision ou un défaut quant à la forme de sa demande. Au contraire, le demandeur a cherché le dialogue avec l'autorité et l'a relancé à plusieurs reprises, en indiquant à chaque fois des références claires à la loi sur la transparence et au contexte entourant sa demande. L'argumentation de l'OFSP n'est pas convaincante. Le Préposé constate que la requête déposée par le demandeur a la qualité d'une demande d'accès et qu'elle est suffisamment précise.

E. 20

Il convient désormais d'identifier l'objet de la procédure de médiation. Dans sa demande d'accès, le demandeur a requis l'accès aux prix des vaccins et à leurs historiques, ces informations sont contenues dans les contrats conclus avec les fabricants de vaccins. L'OFSP a par ailleurs traité cette demande d'accès de la même manière que les autres demandes d'accès relatives aux contrats portant sur l'acquisition de vaccins. L'autorité a en effet renvoyé vers l'ensemble de ses prises de position passées et maintenu son argumentaire. L'objet de la présente procédure porte néanmoins uniquement sur les clauses contractuelles permettant de déterminer le prix des vaccins.

6 FF 2003 1860.

6/11

E. 21

L'OFSP soutient que le fait de divulguer "les prix des vaccins impliquerait de rendre public des détails des contrats conclus avec les fabricants de vaccins contre le Covid-19, alors même que la Confédération n'a pas terminé le processus d'acquisition des vaccins." L'OFSP renvoie ensuite vers les arguments développés dans les autres procédures de médiation portant sur l'accès aux contrats conclus avec les fabricants de vaccins. Ces arguments se répètent tous en substance dans la prise de position remise dans le cadre de la présente procédure et ne seront donc pas repris en détail. L'autorité conclut que "pour les motifs

exposés dans les procédures susmentionnées [...], il existe un intérêt public prépondérant à continuer de différer, en vertu des art. 7, al. 1, let. f et d et 8, al. 4, LTrans, l'accès aux documents officiels concernés, car cela compromettrait la position de la Confédération dans le cadre de l'acquisition de nouveaux vaccins, de quantités supplémentaires ou de doses de rappel. Des dommages considérables pourraient en résulter."

E. 22

Conformément à la présomption énoncée à l'art. 6 al. 1 LTrans, tout document officiel est accessible. Si l'autorité décide de refuser l'accès à celui-ci, elle doit prouver que les conditions des art. 7-9 LTrans - instituant des exceptions au principe de la transparence – sont réalisées. L'autorité qui soulève une des exceptions de l'art. 7 al. 1 LTrans doit prouver que la publication du document causera une atteinte d'une certaine intensité, cela signifie que des conséquences mineures ou désagréables ne suffisent pas, et qu'il existe un risque sérieux que cette atteinte se produise.⁷ Si elle n'y parvient pas, elle supporte alors les conséquences du défaut de preuve.⁸ De plus, selon la jurisprudence⁹, l'autorité doit respecter le principe de la proportionnalité en ce sens que l'accès à des informations ne peut être restreint que dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour protéger des informations devant rester secrètes. Autrement dit, l'accès à un document ne peut pas simplement être entièrement refusé lorsqu'il contient des informations qui ne sont pas accessibles selon les exceptions de la loi sur la transparence. En pareil cas, un accès partiel doit être accordé à tous les passages du texte qui ne justifient d'aucun intérêt digne de protection au maintien du secret au sens des exceptions de la loi sur la transparence.¹⁰

E. 23

Le Préposé doit dans un premier temps examiner si l'argumentation passée apportée par l'OFSP est encore suffisante, afin de justifier le fait qu'un report de l'accès en application de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans¹¹ est à ce jour encore proportionné et adéquat. Dans ce cadre, il sied de prendre en considération le fait que cette norme d'exception doit être appliquée de manière restrictive.¹² Si cette exception ne devait plus être donnée, il conviendrait, dans un second temps, d'analyser si d'autres exceptions soulevées par l'OFSP pourraient s'appliquer afin de différer, restreindre ou refuser l'accès aux informations demandées.

E. 24

Le demandeur fait valoir dans ses échanges avec l'autorité que depuis les dernières recommandations du Préposé la situation a évolué et souligne que, comme pour d'autres biens et services, il y aura éternellement de nouvelles négociations avec les fabricants pour de futures acquisitions. Il ajoute qu'à son avis, au vu des accords conclus jusqu'ici, l'approvisionnement du pays est assuré pour plusieurs années à venir et que l'exception soulevée par l'OFSP, à savoir: "ne pas nuire aux intérêts de la Suisse durant des négociations stratégiques", n'a plus lieu d'être.

⁷ ATF 142 II 340, c. 2.2 ; TAF, arrêt A-6745/2017 du 6 août 2018, consid. 3.2.3. ⁸ TF, arrêt 1C_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4. ⁹ ATF 133 II 206, c. 2.3.3 et TAF, arrêt A-1432/2016 du 5 avril 2017, consid. 5.6.1. ¹⁰ TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 4.2. ¹¹ Voir à ce propos la recommandation du PFPDT du 26 mai 2021: BAG/Vertrag Covid-19-Impfstoff, N18. ¹² COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, N39.

E. 25

Comme l'OFSP l'a déjà fait dans ses dernières prises de position, il rappelle qu'«à l'heure actuelle, le processus d'acquisition des vaccins par la Confédération ne saurait être considéré comme achevé. La publication des prix des vaccins requise par le demandeur est donc toujours susceptible de compromettre les intérêts de politique économique de la Suisse. Par conséquent, l'OFSP maintient sa décision de refuser au demandeur, pour une durée limitée, l'accès aux clauses contractuelles relatives aux prix des vaccins, à savoir jusqu'à la clôture des procédures d'acquisition. Sont concernées les clauses des contrats conclus avec les fabricants suivants [...] : - Moderna Therapeutics ; - AstraZeneca (accord de revente et accord tripartite) ; - Pfizer/BioNTech ; - Curevac (accord de revente et accord tripartite) ; - Novavax (contrat préliminaire).» Dans sa prise de position complémentaire du 25 novembre 2021, l'OFSP a donné des explications plus détaillées quant aux raisons pour lesquelles le report d'accès en application de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans était toujours approprié. Il insiste en particulier sur le fait que tous les contrats sont liés les uns aux autres, vu que des clauses se répètent dans chacun d'entre eux. L'autorité maintient que "si une partie seulement de ces contrats était divulguée de manière anticipée, la Confédération risquerait sérieusement de perdre du pouvoir de négociation et de ne plus pouvoir mener des négociations fructueuses. La publication de ces informations comporte donc un risque sérieux que la Confédération ne puisse plus conclure de contrats qu'à des conditions difficilement acceptables, par exemple parce qu'elle devrait payer des prix plus élevés."

E. 26

Au mois d'août 2021, l'OFSP expliquait sur son site internet¹³ que la Confédération avait conclu un nouveau contrat avec l'entreprise Pfizer. "Grâce à cet accord, la population suisse continuera de disposer d'une quantité suffisante de vaccins à ARNm ces deux prochaines années." Il ressort également de ce communiqué de presse que la Confédération a signé des contrats avec cinq fabricants : "Moderna (13,5 mio de doses pour 2021 et 7 mio pour 2022), Pfizer/BioNTech (environ 6 mio de doses pour 2021, 7 mio pour 2022 et 7 mio pour 2023), AstraZeneca (environ 5,4 mio de doses, dont 4 mio sont remises au programme COVAX), Curevac (5 mio de doses) et Novavax (6 mio de doses)." Il ressort du communiqué de presse du 1er octobre 2021¹⁴ que l'OFSP avait acheté le vaccin de Johnson & Johnson qui avait entre-temps été autorisé. D'après l'autorité "ce vaccin à vecteur offre à la population suisse une alternative aux vaccins à ARNm de Pfizer/BioNTech et Moderna." Dans le cadre de la cession de la majeure partie des quelque 5,4 millions de doses de vaccins commandées auprès d'AstraZeneca au programme Covax, l'OFSP a déclaré dans son communiqué de presse du 30 juin 2021¹⁵ que la campagne de vaccination en Suisse continuait à progresser : "plus de 60 % de la population adulte a reçu une dose, tandis que plus de 40 % est complètement vaccinée. En outre, suffisamment de doses sont disponibles pour vacciner les enfants et les adolescents tout en assurant un éventuel vaccin de rappel. Les vaccins supplémentaires que la Confédération a commandé pour 2022 prendront en compte les possibles mutations du virus. D'après le communiqué de presse du 25 août 2021¹⁶, la Confédération a conclu un autre contrat avec l'entreprise Pfizer. "Grâce à cet accord, la population suisse continuera de disposer d'une quantité suffisante de vaccin à ARNm ces deux prochaines années. Le nouveau contrat

13 Vaccins COVID-19 : un nouveau contrat avec Pfizer garantit la disponibilité du vaccin en 2022 et 2023 (admin.ch), (consulté le 28.01.22). 14 Le vaccin contre le Covid-19 de Johnson & Johnson devrait être disponible à partir du milieu de la semaine prochaine

(admin.ch), (consulté le 28.01.22). 15 Coronavirus : la Suisse remet quatre millions de doses de vaccin au programme COVAX (admin.ch), (consulté le 28.01.22). 16 Vaccins COVID-19 : un nouveau contrat avec Pfizer garantit la disponibilité du vaccin en 2022 et 2023 (admin.ch), (consulté le 28.01.22).

8/11

porte sur une livraison annuelle de 7 millions de doses de vaccin en 2022 et en 2023, avec une option pour 7 millions de doses supplémentaires chaque année." Le communiqué de presse du

E. 29

Toutefois, lors des débats parlementaires, il a été révélé, à juste titre, que les intérêts privés des fabricants de vaccins devaient également être pris en compte dans le cadre de l'évaluation d'une demande d'accès. La loi sur la transparence protège les secrets d'affaires et la sphère privée des entreprises concernées (art. 7 al. 1 let. g et art. 7 al. 2 LTrans). L'OFSP n'a pas encore examiné concrètement leurs intérêts privés au maintien du secret, car, compte tenu de la position qu'il a défendu jusqu'à présent, il n'a pas encore consulté les entreprises concernées en application de l'art. 11 LTrans.

E. 30

Pour que le motif d'exception du secret d'affaires (art. 7 al. 1 let. g LTrans), qui protège un intérêt privé, puisse être invoqué, les conditions suivantes doivent être cumulativement remplies: (1) il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise; (2) l'information doit être relativement inconnue; c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible (3) le détenteur du secret ne veut pas révéler l'information (intérêt subjectif), et (4) il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif).²¹ Une référence générale aux secrets d'affaires ne suffit pas ; le détenteur du secret ou l'autorité compétente doit montrer concrètement et en détail dans quelle mesure une information est protégée par le secret d'affaires.²²

E. 31

En l'espèce, l'OFSP n'a pas encore consulté les entreprises concernées, bien qu'il ait fait valoir qu'il s'attend d'ici fin 2022 à une normalisation des règles du marché concernant l'acquisition

17 Vaccins contre le COVID-19 : la Confédération signe un contrat avec Janssen (admin.ch), (consulté le 03.02.22). 18 Recommandation du PFPDT du 29 octobre 2020 2020: BAG/Vertrag Covid 19 Impfstoff. 19 Recommandation du PFPDT du 12 novembre 2020: BAG/Vertrag Covid-19-Impfstoff. 20 Recommandation du PFPDT du 26 mai 2021: BAG/Vorverträge und Verträge Impfstoff Covid-19-Impfstoff und weitere Dokumente zur Impfstoffbeschaffung, Recommandation du PFPDT du 26 mai 2021: BAG/Vertrag Covid-19-Impfstoff et recommandation du PFPDT du 28 mai 2021: UFSP/contratti vaccini e medicamento Covid-19. 21 TF, arrêt 1C_59/2020 du 20 novembre 2020, consid. 4ss et références citées. 22 TAF, arrêt A-6108/2016 du 28 mars 2018, consid. 6.1.1.

9/11

des vaccins. Ainsi, ni l'office ni les entreprises concernées n'ont jusqu'à présent expliqué concrètement pourquoi le prix et l'historique des prix constituent selon eux un secret d'affaires et dans quelle mesure la divulgation de tels secrets pourrait éventuellement entraîner des désavantages financiers pour la Confédération lors de l'acquisition d'autres

éventuels futurs vaccins. Si tel devait être le cas, les conditions d'application de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans pourraient encore être remplies. En l'occurrence, on ne sait pas si les entreprises concernées s'opposeraient effectivement à la communication des clauses contractuelles permettant de déterminer le prix des vaccins et l'historique des prix. Si tel ne devait pas être le cas, la prolongation du report du droit d'accès requis par l'OFSP ne s'avérerait plus fondée. Selon l'avis du Préposé, il n'est, à ce jour, pas démontré avec une vraisemblance suffisante pour quelles raisons les fabricants de vaccins devraient accorder à la Confédération des conditions plus désavantageuses qu'ils ne l'ont fait jusqu'à présent lors d'autres acquisitions. Mais surtout, l'OFSP n'a pas suffisamment détaillé les raisons pour lesquelles la détérioration qu'il craint aurait lieu par la simple divulgation des prix et de l'historique des prix, alors que la pénurie de vaccins a entre-temps disparu.

E. 32

A l'issue des débats, les chambres ne sont pas parvenues à un accord quant à une obligation de publier activement les contrats, mais elles ont rappelé que la loi sur la transparence règle la question de la transparence de ces contrats vu qu'elle leur est applicable.²³ Partant, il convient de constater que le législateur a clairement signalé sa volonté d'accorder au moins autant d'importance au respect de la transparence qu'aux intérêts financiers de la Confédération. On peut désormais attendre de l'OFSP qu'il entreprenne des efforts supplémentaires pour motiver le risque invoqué selon lequel les entreprises concernées, en cas de divulgation intégrale ou même partielle des informations demandées, chercheraient effectivement à péjorer les conditions accordées jusqu'ici à la Confédération et que cette péjoration perdurerait une fois la pénurie de vaccins résorbée. L'OFSP est donc tenu d'entendre les entreprises concernées, afin de connaître leur position quant à la divulgation des clauses permettant de déterminer le prix des vaccins. En l'absence de déclarations concrètes ou de preuves indiquant que les entreprises concernées imposeraient effectivement à la Confédération des conditions contractuelles défavorables qui entraîneraient une charge financière supplémentaire, la menace des intérêts financiers invoquée par l'OFSP n'est par conséquent plus suffisamment motivée et le maintien du report de l'accès complet aux informations demandées ne se justifie plus sur la base de l'exception de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans.

E. 33

En outre, l'OFSP a motivé le report d'accès en application de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans. Selon cette disposition, l'accès peut être refusé, limité ou différé lorsque les intérêts de la Suisse en matière de politique extérieure risquent d'être compromis. Les informations relevant des relations internationales de la Suisse sont soumises au principe de la transparence. Ces informations peuvent aussi bien se rapporter à des autorités étrangères, des entreprises privées ou à des ressortissants étrangers. Elles peuvent être gardées secrètes uniquement si leur divulgation porterait atteinte aux relations de la Suisse avec d'autres Etats ou avec des organisations internationales.²⁴ Le droit d'accès ne doit pas dévoiler prématurément aux partenaires de négociation le contenu des négociations, les marges de manœuvre et autres circonstances annexes. Ne sont pas seulement concernés les prises de position ou arguments de la Suisse, mais aussi d'autres informations qui pourraient être importantes pour la poursuite des négociations. L'élément déterminant est de savoir si l'information en soi est susceptible d'affaiblir la position de départ de la Suisse, dans la négociation à venir, et de porter ainsi

23 21.066| Loi Covid-19. Modification (prorogation de certaines dispositions) |Objet du Conseil fédéral | Le Parlement suisse, (consulté le 03.02.22). 24
COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Handkommentar zum BGÖ, Art. 7, N30.

10/11

atteinte aux intérêts en matière de politique extérieure ou aux relations internationales de la Suisse.²⁵ Dans ce contexte, l'autorité dispose, conformément à la jurisprudence²⁶, d'une marge d'appréciation pour déterminer quelles informations seraient susceptibles de compromettre les intérêts de la Suisse si elles étaient rendues publiques. Cela implique que l'opportunité politique d'une décision de refus d'accès prise par une autorité fédérale, qui comprend une composante essentielle de politique extérieure, n'est réexaminée qu'avec retenue par les tribunaux. Cette retenue ne s'étend cependant pas à l'appréciation juridique du litige. La décision de l'autorité de refuser l'accès aux documents sur la base de l'art. 7 al. 1 let. d LTrans doit être compréhensible, objective et conforme au droit. Conformément à la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral²⁷, des considérations d'ordre général sont en principe insuffisantes pour refuser un droit d'accès.

E. 34

L'OFSP n'a, jusqu'à présent, pas amené suffisamment d'éléments permettant de soutenir qu'il existe une composante essentielle de politique extérieure dans ce cas. Il n'est pas non plus parvenu à démontrer de manière vraisemblable quelle menace sérieuse pour la politique extérieure ou quelle atteinte importante aux relations internationales, la divulgation des informations demandées pourrait entraîner. Pour le Préposé, de tels cas ne sont pas non plus évidents. En outre, l'OFSP n'a pas démontré de manière plausible qu'un autre pays aurait un intérêt substantiel à la confidentialité absolue des données demandées, ou que leur divulgation entraînerait de sérieux désaccords entre Etats. De l'avis du Préposé, la norme d'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. d LTrans n'est donc pas donnée.

E. 35

En vertu de l'art. 8 al. 4 LTrans, le droit d'accès aux documents officiels relatifs à des positions prises lors de négociations en cours ou futures est, dans tous les cas, exclu. Cette exception s'applique en principe à tous les types de négociations. La raison de cette exception s'explique par le fait qu'aucune négociation ne pourrait être menée efficacement si l'une des parties était contrainte de dévoiler ses cartes dès le début. Néanmoins, pour bénéficier de cette exception, les documents doivent faire ressortir les positions de la Confédération ou de l'administration fédérale, c'est-à-dire la stratégie de négociation des autorités suisses. Les documents qui ne traitent ni de positions de négociation ni de l'appréciation du processus de négociation ne sont pas concernés par l'exclusion prévue à l'art. 8 al. 4 LTrans.²⁸ En outre, selon la jurisprudence²⁹, cette disposition ne s'applique pas aux contrats conclus et doit être interprétée de manière restrictive en ce qui concerne les négociations futures.³⁰ Pour cette raison, le Préposé estime que les informations qui font l'objet de la présente demande ne sont pas non plus couvertes par le motif d'exception prévu à l'art. 8 al. 4 LTrans.

E. 36

Au vu des éléments susmentionnés, le Préposé constate que le report d'accès en application de l'art. 7 al. 1 let. f LTrans n'est actuellement plus suffisamment justifié. Il note également que les motifs d'exception des art. 7 al. 1 let. d et 8 al. 4 LTrans ne sont pas donnés. Des

intérêts privés au maintien du secret (voir chiffre 29) pouvant entrer en ligne de compte, l'OFSP se doit de procéder à la consultation des entreprises concernées. Le Préposé recommande par conséquent à l'OFSP de consulter les entreprises concernées et d'accorder l'accès, en application de la loi sur la transparence, aux clauses contractuelles permettant de déterminer le prix des vaccins et l'historique des prix.

25 TAF, arrêt A-6315/2015 du 27 avril 2016, consid. 5.6.2. 26 TAF, arrêt A-746/2016 du 25 août 2016, consid. 5.5.2ss; TF, arrêt 1C_222/2018 du 21 mars 2019. 27 TAF, arrêt A-7405/2014 du 23 novembre 2015, consid. 6.3. 28 TAF, arrêt A-6313/2015 du 27 avril 2016, consid. 5.6.2. 29 TAF, arrêt A-306/2015 du 28 décembre 2015, consid. 6.4. 30 MAHON/GONIN, in: Handkommentar zum BGÖ, Art. 8, N47 ss.

11/11

E. 37

Enfin, il convient de noter que l'OFSP est libre de démontrer, dans le cadre d'une éventuelle décision faisant suite à cette recommandation, l'applicabilité des dispositions d'exception invoquées, avec le degré de motivation exigé par la jurisprudence. III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

E. 38

L'Office fédéral de la santé publique consulte les entreprises concernées et accorde l'accès aux clauses contractuelles permettant de déterminer le prix des vaccins et l'historique des prix selon les dispositions de la loi sur la transparence.

E. 39

Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, le demandeur peut requérir que l'Office fédéral de la santé publique rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) s'il n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).

E. 40

L'Office fédéral de la santé publique rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).

E. 41

L'Office fédéral de la santé publique rend la 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. 42

La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, le nom du demandeur est anonymisé (art. 13 al. 3 OTrans).

E. 43

La recommandation est notifiée à : - Recommandé (R) avec avis de réception X.

- Recommandé (R) avec avis de réception Office fédéral de la santé publique
Schwarzenburgstrasse 157 3003 Berne

Adrian Lobsiger

Mélissa Beutler Préposé fédéral à la protection des Juriste Domaine de direction données et à la transparence

Principe de la transparence

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