

EDOEB recommandation-du-9-avril-2015-ofsp-documents-concernant-la-modification-de-lart-2015-04-09 vom 9. April 2015

EDÖB, 2015-04-09, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/edoeb_recommandation-du-9-avril-2015-ofsp-documents-concernant-la-modification-de-lart-2015-04-09

FR: EDOEB

recommandation-du-9-avril-2015-ofsp-documents-concernant-la-modification-de-lart-2015-04-09
du 9 avril 2015

IT: EDOEB

recommandation-du-9-avril-2015-ofsp-documents-concernant-la-modification-de-lart-2015-04-09
del 9 aprile 2015

Erwägungen

E. 1

Ordonnance du Département fédéral de l'Intérieur (DFI) sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS, RS 832.112.31).

E. 2

Le 5 septembre 2013, l'OFSP a informé la demanderesse qu'en raison de la complexité du dossier le délai de traitement de la demande d'accès est prolongé de la durée nécessaire et que l'accès est différé jusqu'à droit connu conformément à l'art. 12 al. 2 LTrans. Par courrier du 9 septembre 2013, cette dernière a contesté la prolongation du délai arguant qu'aucune donnée personnelle n'était comprise dans ce dossier et que la prolongation ne pouvait pas dépasser le délai de 40 jours au sens de l'art. 12 al. 2 LTrans.

E. 3

Le 17 septembre 2013, l'OFSP lui a répondu qu'au vu des considérants de la demande d'accès, il n'était pas possible d'écarter la présence de données personnelles dans les documents demandés. L'office a ajouté qu'en outre, vu la complexité de la demande et de l'analyse d'un grand nombre de documents, celle-ci générerait pour l'office un surcroît de travail entravant l'accomplissement d'autres tâches et que, conformément à l'art. 10 de l'ordonnance sur le principe de la transparence dans l'administration (Ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), la demande d'accès sera traitée dans un délai raisonnable, sans pouvoir indiquer de durée.

E. 4

Recommandation du PFPDT du 22 juin 2009 : OFSP / études RoKa, base de calcul, liste des spécialités, conventions tarifaires.

3/8

l'art. 9 LTrans. Il a établi une liste des documents caviardés dans ce sens. L'office a aussi exposé ne pas donner accès à l'ensemble des documents faisant partie de la procédure de co-rapport, ceux-ci étant exclus de la loi sur la transparence (art. 8 al. 1 LTrans). Ensuite, il a renvoyé la demanderesse à l'ensemble de la documentation disponible sur son site internet (www.bag.admin.ch) concernant le domaine des médicaments en lien avec

l'assurance-maladie. Puis, concernant les études RoKA et le support de données portant sur l'utilisation directe ou indirecte de données fournies par Pharmasuisse, postérieurement au 1er juillet 2006, l'office a expliqué que le TAF s'était déjà positionné sur la question dans son arrêt A-409/2009 du 3 mai 2010. Le TAF avait décidé que les études RoKA n'étant pas en possession de l'autorité et celle-ci n'en étant pas le destinataire principal, le recourant ne pouvait pas obtenir leur accès par l'autorité et, concernant les correspondances de Pharmasuisse et Santésuisse, l'accès devait être accordé de manière anonymisée⁵. L'office a à nouveau transmis à la demanderesse les correspondances caviardées conformément au considérant de l'arrêt du TAF.

E. 5

Par courrier du 7 avril 2014, parvenu au Préposé le 8 avril 2014, la demanderesse a déposé une demande en médiation au sens de l'art. 13 LTrans concernant l'accès à l'ensemble des documents mentionnés au chiffre 1, particulièrement, elle souhaiterait une réponse aux questions suivantes : - « Quand l'OFSP a-t-il modifié le montant de la prime par emballage avant 2009 ? - Sous quelle forme ? - Sur quelles bases, étude RoKA ou autre ? ».

E. 6

Par courrier du 9 avril 2014, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et a informé par courrier électronique du même jour, l'OFSP du dépôt de celle-ci et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre une copie complète du dossier ainsi qu'une prise de position. Après une prolongation du délai, l'OFSP a, par courrier du 13 mai 2014, transmis au Préposé leur prise de position accompagnée de la correspondance effectuée avec la demanderesse ainsi que les documents qui avaient été remis à cette dernière ainsi que leur version non caviardée. Sa prise de position repose en substance sur les mêmes arguments que ceux figurant dans celle adressée à la demanderesse le 31 mars 2014.

E. 7

Par entretien téléphonique du 29 janvier 2014, le Préposé a demandé à l'OFSP quelques renseignements supplémentaires concernant les documents faisant partie de la procédure de co-rapport. Par courriel du 2 février 2014, l'office a complété sa prise de position à ce sujet.

E. 8

Les autres explications de la demanderesse 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. 9

La demanderesse a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFSP et a reçu une réponse partiellement négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, elle est légitimée à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été

⁵ Arrêt du TAF A-4049/2009 consid. 11.

4/8

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. 10

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 modalités⁶. 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. 11

Selon l'art. 12 al. 1 OTrans, 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 conformément à la loi par l'autorité. Ainsi, le Préposé vérifie notamment si l'autorité compétente dans le cadre d'une demande d'accès a correctement appliqué les dispositions relatives à la notion de document officiel (art. 5 LTrans) ainsi que la clause d'exception (art. 7 s. LTrans), ou les dispositions relatives à la protection des données personnelles (art. 9 LTrans). Par ailleurs, il peut examiner, pour tous les domaines dans lesquels la loi sur la transparence confère un certain pouvoir d'appréciation à l'autorité (p.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)⁷.

E. 12

La demanderesse a requis l'accès à différents types de documents. Pour une question de clarté, le Préposé examine la demande d'accès en fonction des différentes catégories de document concernées. Documents concernant la modification de l'art. 35a OPAS :

E. 13

Dans sa prise de position, l'autorité a indiqué avoir caviardé les documents relatifs à la procédure de modification de l'art. 35a OPAS de telle sorte que les données personnelles contenues dans ceux-ci soient protégées au sens de l'art. 9 al. 1 LTrans. Cela concerne des noms et prénoms ainsi que des coordonnées directes (numéros de téléphones et adresses e-mails) de personnes privées externes à l'administration fédérale. L'autorité a également exposé avoir caviardé les documents afin d'y exclure toutes les données ne relevant pas de l'objet de la demande d'accès. En effet, l'office a expliqué que la modification de l'art. 35a OPAS étant intervenue dans le cadre d'un paquet de mesures, conformément à la demande d'accès, seuls les éléments relevant de l'art. 35a OPAS ont été remis à la demanderesse.

E. 14

Selon l'art. 9 al. 1 LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés. Le système de l'art. 9 al. 2 LTrans prévoit que si l'anonymisation est impossible, par exemple si la demande d'accès porte sur une personne que le demandeur nomme ou si le caviardage nécessite un travail disproportionné⁸, il faut analyser si l'accès aux données personnelles est justifié par l'art. 19 de la loi fédérale sur la protection des données (Loi sur la protection des données, LPD, RS 235.1). A l'aide des documents remis par l'office, le Préposé a pu vérifier que ce dernier les avait caviardés conformément à l'obligation figurant à l'art. 9 al. 1 LTrans.

⁶ FF 2003 1865. ⁷ GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008, no8 ad art. 13. ⁸ FF 2003 1858.

E. 15

La demande d'accès de la demanderesse porte expressément sur la modification de l'art. 35a OPAS, et non sur d'autres dispositions. Pour répondre au plus près à la demande d'accès, l'office a indiqué avoir caviardé l'ensemble des documents afin que tout ce qui ne concerne pas l'art. 35a OPAS soit exclu. Le Préposé a pu vérifier si l'autorité a caviardé les documents conformément à la loi et de manière appropriée au sens de l'art. 12 al. 1 OTrans. Généralement, le Préposé estime que l'OFSP a correctement caviardé les documents, toutefois, il est d'avis que l'autorité ne devrait pas caviarder le point 1 « Einführung » du commentaire des dispositions (annexe 12.1c) ainsi que le point I « Begrüssung » du procès-verbal de la séance du 22 juin 2009 (annexe 12.3). En effet, ces propos introductifs portent sur l'ensemble de la révision envisagée et donc également sur la révision de l'art. 35a OPAS.

E. 16

En conclusion, le Préposé est d'avis que l'OFSP a en soi correctement caviardé l'ensemble des documents concernant la modification de l'art. 35a OPAS. Toutefois, il est d'avis que l'office ne devrait pas caviarder le point 1 « Einführung » du commentaire des dispositions (annexe 12.1c) ainsi que le point I « Begrüssung » du procès-verbal de la séance du 22 juin 2009 (annexe 12.3) car ces explications introductives et générales couvrent également l'art. 35a OPAS. Documents relatifs à la procédure de co-rapport :

E. 17

Dans sa prise de position, l'OFSP a indiqué qu'elle n'avait pas transmis à la demanderesse l'ensemble des documents relatifs à la procédure de co-rapport conformément à l'exception figurant à l'art. 8 al. 1 LTrans.

E. 18

Dans le document publié par le Préposé et l'Office fédéral de la Justice (OFJ) « Mise en œuvre du principe de la transparence dans l'administration fédérale : questions fréquemment posées », au chiffre 5.1.2, il est expliqué ce qui suit concernant les documents soumis à la procédure de co-rapport : « la procédure de co-rapport est conduite par la Chancellerie fédérale. Elle est ouverte lorsque la Chancellerie fédérale a reçu la proposition définitive de la part du département responsable. La proposition signée par le chef de département à l'intention du Conseil fédéral n'est pas accessible selon les règles posées par la loi sur la transparence, car elle représente déjà un document de la procédure de co-rapport. Ne sont pas non plus accessibles les prises de position fournies dans le cadre de la procédure de co-rapport, y compris les répliques et les dupliques du département responsable. Ceci vaut également pour les projets de tels documents qui ont été élaborés par exemple par un office et transmis ensuite au département dans le cadre de la procédure de co-rapport en cours. La proposition émanant de l'office responsable qui est transmise au département ne fait toutefois pas encore partie de la procédure de co-rapport, de sorte qu'elle est en principe accessible selon la LTrans »⁹. L'exception de l'art. 8 al. 1 LTrans vise à préserver le principe de collégialité prévalant pour le gouvernement fédéral à l'art. 12 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA, RS 172.010)¹⁰. Le TAF a eu l'occasion de s'exprimer à plusieurs reprises sur la question de l'appartenance de certains documents à la procédure de co-rapport (cf. notamment : ATAF 2014/24 consid. 3.5, arrêt du TAF 4049/2009 du 3 mai 2010 consid. 8.1, arrêt du TAF 2165/2009 du 19

octobre 2009 consid. 4.1.3).

E. 19

En l'espèce, l'office n'a pas fourni au Préposé les documents ou une liste des documents qu'il considère comme faisant partie de la procédure de co-rapport. Par contre, il lui a indiqué l'explication donnée par l'OFJ et par le Message du Conseil fédéral à ce sujet. Dans ces circonstances, le Préposé n'a pas pu vérifier si les documents que l'OFSP considère comme

9 Office fédéral de la justice / 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. 5.2.1. 10 FF 2003 1856.

6/8

faisant partie de la procédure co-rapport entrent bel et bien dans une telle procédure.

E. 20

Puisqu'aucun document ou liste de documents n'a été mis à disposition par l'OFSP à ce sujet, le Préposé lui recommande de rendre une décision concernant l'accès aux documents qu'il considère comme faisant partie de la procédure de co-rapport au sens de l'art. 8 al. 1 LTrans. Etudes RoKA :

E. 21

Le TAF a, dans son arrêt du 3 mai 2010, décidé que l'OFSP n'étant pas en possession des études RoKA et n'étant pas le destinataire principal de ces documents, la demanderesse n'avait aucun droit d'obtenir ces études de l'autorité (art. 5 LTrans)¹¹.

E. 22

Le TAF ayant déjà statué sur ce point dans son arrêt devenu entre-temps exécutoire, le Préposé est d'avis que l'OFSP a, à raison, refusé la requête de la demanderesse à ce sujet. Correspondances entre Pharmasuisse et Santésuisse entre 2006 et 2009 :

E. 23

Sur ce point également, le TAF a, dans son arrêt du 3 mai 2010, d'ores et déjà statué. Il a estimé qu'il devait être donné accès aux correspondances intervenues entre Pharmasuisse et Santésuisse entre 2006 et 2009 de manière anonymisée¹². L'OFSP a indiqué avoir renvoyé à la demanderesse, tel qu'il l'avait fait après le jugement du TAF, lesdites correspondances caviardées conformément au considérant de l'arrêt du TAF. Le Préposé a pu vérifier ceci dans les documents que lui a remis l'autorité.

E. 24

Le TAF ayant déjà statué sur ce point dans son arrêt devenu entre-temps exécutoire et l'OFSP ayant, à nouveau, envoyé les correspondances à la demanderesse, le Préposé estime que l'office a correctement agi et répondu à la demande d'accès. Toutes autres bases de données que les études RoKA ayant servies à l'OFSP pour l'adoption de l'art. 35a OPAS :

E. 25

L'OFSP et la demanderesse ont été en contact depuis plusieurs années dans des procédures différentes au sujet de l'art. 35a OPAS. Ainsi, il n'est pas possible d'exclure que l'office ait déjà répondu à cette question à l'occasion de l'une d'entre elles. Toutefois, une réponse ne

ressort pas clairement des documents remis par l'office à la demanderesse et au Préposé. Dans sa prise de position, l'office soutient que le TAF a tranché la question de l'accessibilité de l'ensemble des documents relevant de la part relative à la distribution. Sur la base des éléments en possession du Préposé, rien ne laisse augurer de l'existence d'autres documents. Confirmation par l'OFSP à la demanderesse qu'il n'y a pas eu de modification de l'art. 35a OPAS entre 2000 et 2009 :

E. 26

L'OFSP a déclaré, dans ses prises de position à l'attention de la demanderesse et du Préposé, qu'il n'existait aucun document officiel au sens de la loi sur la transparence sur cette problématique car il n'y a pas eu de modification de l'art. 35a OPAS entre 2000 et 2009. L'office a ajouté qu'il était impossible de mettre en œuvre une modification d'ordonnance (ou de tout autre acte législatif) sans suivre une procédure formelle et obligatoire comme la publication aux recueils officiels (RO) et systématique (RS).

E. 27

Il est important de souligner que la loi sur la transparence n'offre au Préposé aucun instrument lui permettant de vérifier l'exactitude et l'exhaustivité des documents officiels et des informations qui lui ont été communiquées. Bien plus, il doit baser son raisonnement sur les documents et informations qui lui sont remis et pouvoir compter sur leur exhaustivité ainsi que

11 Arrêt du TAF A-4049/2009 consid. 10.2. 12 Arrêt du TAF A-4049/2009 consid. 11.

7/8

leur exactitude¹³.

E. 28

Même si la demanderesse trouve des contradictions concernant le tarif de la part relative à la distribution dans les pièces qu'elle nous a remises, le Préposé peut uniquement relever que l'OFSP, dans le cadre de la procédure de médiation, lui a confirmé qu'il n'existait pas de document officiel au sens de la loi sur la transparence concernant une hypothétique modification de l'art. 35a OPAS entre 2000 et 2009, respectivement du tarif de la part relative à la distribution, puisqu'aucune modification n'a eu lieu. Il est également clair qu'une modification législative ne peut pas s'opérer sans suivre une certaine procédure formelle prédéterminée.

E. 29

Le préposé constate que, selon l'OFSP, il n'existe pas de document officiel concernant une éventuelle modification de l'art. 35a OPAS entre 2000 et 2009 au sujet d'un changement dans le tarif de la part relative à la distribution.

E. 30

En résumé, le Préposé arrive à la conclusion que l'OFSP a à raison : - restreint l'accès aux documents officiels concernant la modification de l'art. 35a OPAS ainsi qu'aux correspondances avec Pharmasuisse et Santésuisse entre 2006 et 2009 (art. 9 al. 1 LTrans) ; - refusé l'accès aux études RoKA ainsi qu'aux documents concernant une hypothétique modification de l'art. 35a OPAS entre 2000 et 2009 (art. 5 LTrans) ;

E. 31

En revanche, le Préposé est d'avis que l'OFSP devrait : - accorder l'accès au point 1 « Einführung » du commentaire des dispositions (annexe 12.1c) ainsi qu'au point I « Begrüssung » du procès-verbal de la séance du 22 juin 2009 (annexe 12.3) ; - rendre une décision concernant les documents appartenant à la procédure de co-rapport (car le Préposé n'a pas eu accès aux documents officiels concernés). III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

E. 32

L'Office fédéral de la santé publique maintient son refus partiel d'accorder l'accès : - aux documents concernant la modification de l'art. 35a OPAS (art. 9 al. 1 LTrans) à l'exception du point 1 « Einführung » du commentaire des dispositions (annexe 12.1c) ainsi que du point I « Begrüssung » du procès-verbal de la séance du 22 juin 2009 (annexe 12.3) ; - à la correspondance intervenue avec Pharmasuisse et Santésuisse entre 2006 et 2009 (art. 9 al. 1 LTrans ; arrêt du TAF A-4049/2009 consid. 11) ainsi qu'aux études RoKA (arrêt du TAF A-4049/2009 consid. 10.2).

E. 33

L'Office fédéral de la santé publique rend une décision concernant les documents qu'il considère comme appartenant à la procédure de co-rapport au sens de l'art. 8 al. 1 LTrans.

E. 34

Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, la demanderesse 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) si elle n'est pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).

E. 35

L'Office fédéral de la santé publique rend une décision selon l'art. 5 PA s'il refuse d'octroyer

13 Recommandation du PFPDT du 10 mars 2015 : VBS / Adressatenliste Weihnachts- und Neujahrgrüsse 2013, ch. 14 (disponible uniquement en allemand).

8/8

l'accès conformément aux chiffres 32 à 33 de la recommandation (art. 15 al. 2 LTrans).

E. 36

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 en décision (art. 15 al. 3 LTrans).

E. 37

Par analogie à l'art. 22a PA, les délais fixés en jours par la loi ne courent pas du 7e jour avant Pâques au 7e jour après Pâques inclusivement.

E. 38

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

E. 39

La recommandation est notifiée à : - X (demanderesse)

- Office fédéral de la santé publique OFSP Schwarzenburgstrasse 165 3003 Berne

Jean-Philippe Walter

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