



Berne, le 22 avril 2009

Recommandation

émise au titre

**de l'art. 14
de la loi fédérale du 17 décembre 2004
sur le principe de la transparence
dans l'administration**

relativement à la demande en médiation introduite

**par
X
et
Y**

**représentés par
Z**

contre

l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)

I. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence constate ce qui suit :

1. Le 15 mai 2007, les demandeurs ont déposé auprès de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), plus exactement auprès de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) après réattribution du dossier, une demande d'accès selon la loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans ; RS 152.3) aux documents suivants :
 - Données remises par la SSPh et santésuisse à l'OFAS dans le cadre de l'élaboration de la liste des spécialités et des conventions tarifaires conclues entre la SSPh et santésuisse depuis l'an 2000
(ci-après : liste des spécialités (LS) ; conventions tarifaires)
 - Etudes RoKA 2005 et 2006
(ci-après : études RoKA)
 - Base de calcul utilisée pour l'établissement de la liste des prix des médicaments au



sens de l'article 53 LAMal (« LS »)

(ci-après : base de calcul 1)

- Base de calcul de la part revenant aux grossistes et aux détaillants dans la LS
(ci-après : base de calcul 2)

2. Le 6 juin 2007, l'OFSP a pris position comme suit sur les différents documents :

Liste des spécialités (LS) :

« Selon l'article 23 de la loi sur la transparence (LTrans), nous ne sommes pas en mesure de vous communiquer les informations concernant votre question relative aux données utilisées pour l'élaboration de la liste des spécialités (LS), car celles-ci ont été établies avant l'entrée en vigueur de la LTrans et ne sont donc pas soumises à cette loi. »

Conventions tarifaires :

Pour ce qui est des informations sur les conventions tarifaires, l'OFSP a prié les demandeurs de s'adresser directement à pharmaSuisse et à santéSuisse, car il n'est pas en mesure de communiquer ces informations.

Etudes RoKA :

« L'OFSP ne dispose pas des études RoKA. »

Base de calcul 1 et base de calcul 2 :

Dans sa prise de position, l'OFSP a présenté sous forme résumée les fondements et le mode de calcul des deux bases de calcul.

3. Par courrier du 14 juin 2007, les demandeurs se sont adressés une nouvelle fois à l'OFSP pour contester ses réponses sur la base des informations dont ils disposaient, lui exposer leur point de vue et le prier encore une fois de leur remettre les documents souhaités.
4. Le 3 septembre, le 1^{er} novembre et le 3 novembre 2007, les demandeurs ont prié l'OFSP de prendre position, car aucun des documents demandés ne leur était jusqu'alors parvenu. L'avocat des demandeurs a fait part de leur impatience croissante en ces termes : « La patience de mes mandants sur laquelle votre Office compte depuis de nombreuses semaines est désormais à bout. »
5. Le 5 novembre 2007, l'OFSP a pris position sur la demande d'accès. Il a expliqué que les affaires du Conseil fédéral, telles que l'approbation des conventions tarifaires, n'entraient pas dans le champ d'application de la LTrans. Il a ajouté que les documents demandés, relatifs aux conventions tarifaires, contenaient des secrets d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans, et qu'il n'était donc pas possible d'accorder le droit d'accès. L'OFSP a en outre souligné qu'il ne détenait pas de documents afférents aux études RoKA. Enfin, il a reconfirmé que le nouveau système pour les bases de calcul 1 et 2 avait été discuté et introduit en 2001.
6. Le 27 novembre 2007, les demandeurs ont déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé). Le préposé a exigé de l'OFSP, *pour chaque extrait de texte* pour lequel l'accès a été refusé ou reporté, une prise de position étayée et exhaustive ainsi que des copies de tous les documents, y compris des documents non finalisés, qui ont un rapport avec l'affaire en question.
7. Le 17 décembre 2007, l'OFSP a transmis au préposé plusieurs lettres et documents relatifs aux conventions tarifaires et lui a indiqué le nom de l'unité d'organisation compétente, afin qu'il puisse entrer en contact avec elle. Pour aider à la compréhension de la situation, l'OFSP a fait pour commencer des remarques générales sur les prix des médicaments et sur les tarifs



concernant les prestations des pharmaciens selon la loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10). Concernant la liste des spécialités, l'office explique que celle-ci a fait l'objet d'une révision en 2000 et en 2001, soit avant l'entrée en vigueur de la LTrans. Or l'art. 23 LTrans interdit la rétroactivité ; la liste des spécialités n'entre donc pas dans le champ d'application de la LTrans.

Concernant les documents en rapport avec les conventions tarifaires, l'OFSP a fourni les explications suivantes : en vertu de l'art. 46, al. 4, LAMal, une convention tarifaire dont la validité s'étend à toute la Suisse doit être approuvée par le Conseil fédéral. Dans la mesure où une procédure de co-rapport a été menée auparavant dans ce contexte, l'OFSP est d'avis que l'art. 8, al. 1, LTrans s'applique et que le droit d'accès aux documents officiels ne peut pas être accordé. Conformément à l'art. 5, al. 1^{bis}, de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (OLOGA), la procédure de co-rapport commence le jour où le département compétent signe sa proposition. Selon les explications de l'Office fédéral de la justice du 24 mai 2006, il faut en conclure que les documents de l'office compétent, en particulier le projet de proposition, ne constituent pas des documents de la procédure de co-rapport et il est donc en principe permis d'y avoir accès. Mais dans le cas présent, il n'est pas clair si cela vaut aussi pour les documents envoyés par les partenaires tarifaires au Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale. Il ne s'agit en effet pas de documents créés par l'office compétent. Si le préposé décide qu'il faut permettre aux demandeurs d'avoir accès à la proposition formulée par l'administration à l'intention du Conseil fédéral (projet remis au DFI) ainsi qu'aux bases de calcul remises à l'OFSP, ce dernier est subsidiairement d'avis que les documents contiennent des secrets professionnels et des secrets d'affaires des parties contractantes et que le fait d'y donner accès entraînerait des distorsions de la concurrence. Concernant les études RoKA ainsi que les bases de calcul 1 et 2, l'OFSP renvoie à ses prises de position du 6 juin 2007 et du 5 novembre 2007.

8. Comme le préposé n'était pas convaincu que l'OFSP avait transmis tous les documents nécessaires à une évaluation correcte de la demande en médiation, il a pris contact à plusieurs reprises avec le service compétent (conversations téléphoniques du 19 novembre 2008, plusieurs appels en janvier 2009, ainsi que réunion du 25 novembre 2008). A chaque fois, il a demandé à l'OFSP de lui remettre immédiatement tous les documents communiqués/transmis à l'office par santésuisse et pharmaSuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans ainsi que les pièces justificatives sous forme d'extraits du système de gestion des documents de l'OFSP.

Le 26 janvier 2009, l'OFSP remit alors les documents suivants au préposé :

- les instructions concernant la liste des spécialités ;
- des documents relatifs à la consultation des offices du 28 octobre 2008 ;
- un extrait du système de gestion des documents concernant les études RoKA ;
- une documentation datée du 6 novembre 2000, destinée aux médias.

L'OFSP n'a en revanche ni indiqué si santésuisse et pharmaSuisse lui avaient transmis des documents depuis l'entrée en vigueur de la loi, ni remis d'extrait du système de gestion pour ces documents.

9. Par courrier électronique du 29 janvier 2009, le préposé a intimé une nouvelle fois à l'OFSP de lui remettre les informations manquantes et a demandé si des documents – et le cas échéant lesquels – relatifs à la liste des spécialités (LS) et aux conventions tarifaires avaient été transmis à l'OFSP par pharmaSuisse et santésuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans. L'OFSP devait en outre vérifier si des documents relatifs aux bases de calcul 1 et 2 existaient.



10. Par courrier électronique du 29 janvier 2009, l'OFSP n'a fourni que des réponses partielles : en ce qui concerne les études RoKA, l'office a une nouvelle fois souligné qu'il ne disposait pas de telles études et qu'il ne pouvait donc pas les fournir. Pour ce qui est des autres points, il n'a pas fourni d'informations détaillées (les extraits du système de gestion des documents faisaient par exemple défaut).
Le 12 février 2009, le préposé a prié l'OFSP de lui fournir des documents supplémentaires (documents transmis à l'OFSP par santésuisse et pharmaSuisse, bases de calcul 1 et 2), de compléter les informations partielles et de lui remettre des extraits du système de gestion des documents (cf. ch. 9).
11. Le 19 février 2009, l'OFSP a livré une partie des informations exigées, mais a manqué une nouvelle fois de répondre à la question concernant les documents fournis à l'OFSP par pharmaSuisse et santésuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans. Le préposé a pour cette raison dû insister à nouveau et exiger, le 24 février 2009, que l'OFSP lui livre une réponse au plus tard le 25 février 2009. Le 26 février 2009, l'OFSP a appelé le préposé et lui a fait savoir que de tels documents existaient. Alors la question avait été éludée pendant des mois, voilà que des documents apparaissaient subitement. Au dire de l'OFSP, les documents n'avaient pas été fournis, car l'office partait du principe qu'ils n'étaient pas soumis à la LTrans et que la confidentialité devait être respectée. Le préposé a alors, en se référant à l'art. 20 LTrans, insisté pour que les documents concernés, y compris les extraits du système de gestion des documents, lui soient remis au plus tard le 2 mars 2009. L'OFSP n'a pas non plus respecté ce délai. Le 3 mars 2009, le préposé a reçu par courrier électronique une liste des documents transmis à l'OFSP par pharmaSuisse et santésuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans, mais pas les documents à proprement parler.
12. Compte tenu de ce manque de coopération, le préposé a exigé qu'une réunion ait lieu dans les plus brefs délais avec les services compétents et la préposée à la transparence de l'OFSP, afin d'examiner les documents existants, d'obtenir les extraits du système de gestion des documents et d'éclaircir les malentendus concernant l'application de la LTrans. Lors de la réunion du 4 mars 2009, le préposé s'est vu remettre les documents figurant dans la liste du 3 mars 2009 et les extraits demandés du système de gestion des documents. Lorsque le préposé demanda pourquoi il avait fallu autant de temps pour produire les documents en question, l'OFSP lui répondit qu'il s'agissait de données sensibles et confidentielles qui constituaient les bases d'une décision non encore prise ; elles ne devaient donc pas être rendues accessibles en vertu de l'art. 8 LTrans ni n'étaient concernées par la procédure en cours. L'OFSP craignait que la confidentialité des documents ne puisse éventuellement pas être garantie en cas de remise au préposé. De plus, le service compétent de l'OFSP ignorait, malgré les informations préalables fournies par la préposée à la transparence de l'office, que le préposé avait aussi accès aux documents officiels secrets (art. 20, al. 1, LTrans) et qu'il était lui-même soumis au secret de fonction (art. 20, al. 2, LTrans).

II. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence prend en considération les éléments suivants :

A. Médiation et recommandation selon l'art. 14 LTrans

1. En vertu de l'art. 13 LTrans, toute personne peut déposer une demande en médiation lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée, différée ou refusée, ou lorsque l'autorité n'a pas pris position sur sa demande dans les délais prescrits par la loi.



Le préposé n'agit pas d'office, mais seulement sur la base d'une demande déposée par écrit.¹ Toute personne qui a pris part à une procédure de demande d'accès à des documents officiels est habilitée à introduire une demande en médiation. Pour la présentation de la demande en médiation, la forme écrite simple suffit. La demande doit spécifier que l'affaire est confiée au préposé. Elle doit être remise dans les 20 jours qui suivent la réception de la prise de position de l'autorité.

2. Les demandeurs ont déposé une demande d'accès au sens de l'art. 6 LTrans auprès de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) et de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP), et ont reçu des réponses négatives. Etant partie à la procédure de demande d'accès, ils sont légitimés à déposer une demande en médiation. Celle-ci a été remise au préposé en la forme (forme écrite simple) et dans les délais requis (20 jours à compter de la réception de la prise de position de l'autorité).
3. La procédure de médiation peut se dérouler par écrit ou de vive voix (en présence de tous les intéressés ou de certains d'entre eux), sous l'égide du préposé. C'est à lui qu'incombe de fixer les modalités de la procédure.²

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 de l'affaire.

B. Champ d'application matériel

1. Etudes RoKA

Les demandeurs ont demandé à avoir accès aux études RoKA 2005 et 2006. L'OFSP a rejeté la demande au motif qu'il ne détenait pas ces études.

Pour qu'une information puisse être réputée document officiel, elle doit être détenue par l'autorité en vertu de l'art. 5, al. 1, let. b, LTrans. Au cours de la procédure de médiation, le préposé a demandé de manière réitérée l'accès au dossier ainsi qu'un justificatif sous forme d'extrait du système de gestion des documents prouvant que l'OFSP ne détenait effectivement pas les études souhaitées. Le 26 janvier 2009, l'OFSP a fini par remettre un extrait certifiant qu'il ne détenait aucune des études RoKA.

L'OFSP ne doit remettre aucune étude RoKA aux demandeurs, car il ne dispose pas de ces documents.

2. Base de calcul 1 / base de calcul 2

Les demandeurs avaient prié l'OFSP de leur remettre la « Base de calcul utilisée pour l'établissement de la liste des prix des médicaments au sens de l'article 53 LAMal (LS) » et la « Base de calcul de la part revenant aux grossistes et aux détaillants dans la LS ». Ces bases de calcul 1 et 2 font partie intégrante de la liste des spécialités (LS), mais peuvent être jugées indépendamment de celle-ci du fait de leur caractère autonome. Dans la première prise de position du 6 juin 2007, l'OFSP a présenté les fondements et les modes de calculs des deux

¹ FF 2003 1864

² FF 2003 1865



bases, sans fournir cependant les documents en question. Dans une autre prise de position datée du 5 novembre 2007, l'OFSP avançait que « le nouveau système pour la fixation des prix a été introduit le premier juillet 2001 ». Le 26 janvier 2009, l'OFSP a remis au préposé des instruction expliquant le calcul de la part relative à la distribution. Ces instructions³ peuvent être consultées sur le site Internet de l'OFSP et sont donc accessibles au public. Le préposé a prié l'OFSP de lui fournir des informations complémentaires sur les bases de calcul pour déterminer si elles entrent dans le champ d'application de la LTrans. Le 19 février 2009, l'OFSP a par conséquent fourni des documents supplémentaires, afférents aux prix des médicaments.

Pour que le droit d'accès à des documents officiels puisse être accordé, il faut que ceux-ci entrent dans le champ d'application de la LTrans, c'est-à-dire qu'ils doivent, en vertu de l'art. 23 LTrans, avoir été produits ou reçus par l'autorité après l'entrée en vigueur de la loi. Sur la base des documents qui lui ont été remis, le préposé a pu s'assurer que ceux-ci avaient tous été produits ou reçus avant l'entrée en vigueur de la LTrans et qu'ils n'entraient ainsi pas dans le champ d'application de cette dernière.

Les divers documents concernant les bases de calcul ne doivent pas être remis aux demandeurs, car ils ont été produits avant l'entrée en vigueur de la LTrans.

3. Approbation par le Conseil fédéral

Dans sa prise de position du 17 décembre 2007, l'OFSP explique qu'une convention tarifaire dont la validité s'étend à toute la Suisse doit être approuvée par le Conseil fédéral (art. 46, al. 4, LAMal). Comme le Conseil fédéral est, en tant qu'autorité collégiale, exclu du champ d'application de la LTrans, il ne faudrait pas accorder le droit d'accès à la convention tarifaire. Selon le préposé, la question de savoir si la convention tarifaire tombe sous la LTrans ne se pose pas, car les demandeurs ne souhaitent pas l'accès à la convention tarifaire elle-même, mais uniquement aux documents remis à l'OFSP par santésuisse et pharmaSuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans et qui ont un lien avec la convention tarifaire.

Il faut donc examiner s'il y a lieu d'accorder l'accès à ces documents. Selon la prise de position de l'OFSP du 17 décembre 2007, il n'est pas clair si cela vaut aussi pour les documents envoyés par les partenaires tarifaires au Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale. Il ne s'agit en effet pas de documents créés par l'office compétent. L'OFSP a insisté sur ce point lors de la réunion du 4 mars 2009.

Le préposé peine à comprendre cet argument. Il est certes exact que le Conseil fédéral est, en tant qu'autorité collégiale, exclu du champ d'application de la LTrans – champ « qui se limite à son administration »⁴. La LTrans s'applique ainsi à l'administration du Conseil fédéral, puisque l'office exécute, pour le Conseil fédéral, les tâches administratives en rapport avec l'approbation de la convention tarifaire. En vertu de l'art. 8, al. 1, LTrans, le droit d'accès n'est cependant pas reconnu pour les documents officiels afférents à la procédure de co-rapport, en particulier pour la proposition au Conseil fédéral et pour la décision du Conseil fédéral. Concernant les annexes à la proposition au Conseil fédéral (convention tarifaire et proposition d'approbation des partenaires tarifaires), ni la LTrans ni le message ne disent clairement si elles font partie de la proposition à proprement parler. Le préposé est convaincu que la notion de « proposition au Conseil fédéral » doit être interprétée au sens strict et a déjà indiqué par

³ „[Instructions concernant la liste des spécialités \(LS\), valable dès le 1^{er} février 2008](#)“ (www.bag.admin.ch > Thèmes > Assurance-maladie > Prestations et tarifs > Médicaments)

⁴ FF 2003 1828



le passé⁵ que les annexes à une proposition au Conseil fédéral n'étaient pas exclues automatiquement du champ d'application de la LTrans, mais qu'il fallait juger au cas par cas si une annexe constituait un document officiel au sens de l'art. 5 LTrans. Seul l'un des documents souhaités constitue une annexe à la proposition au Conseil fédéral ; les deux parties à la convention y prient le Conseil fédéral d'approuver la convention tarifaire. Le préposé pense qu'il s'agit là d'un document de nature générale, sans rapport quant au contenu de la convention tarifaire. La LTrans s'applique donc pour décider s'il faut accorder le droit d'accès aux annexes.

Les documents remis à l'OFSP par santésuisse et pharmaSuisse dans le cadre de la convention tarifaire à approuver par le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale ne sont pas exclus du champ d'application de la LTrans ; l'octroi du droit d'accès doit être examiné.

4. Documents remis au préposé par l'OFSP le 17 décembre 2007

L'OFSP a joint les documents ci-dessous à sa prise de position du 17 décembre 2007, adressée au préposé ; ces documents avaient été envoyés à l'office par santésuisse et pharmaSuisse dans le cadre de la convention tarifaire RBP III :

- *courrier de santésuisse et de pharmaSuisse du 24 novembre 2006 : courrier d'accompagnement demandant l'approbation de la convention tarifaire RBP III ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 29 novembre 2006 : prises de position sur différentes questions relatives à la convention tarifaire RBP III ;*
- *courrier de santésuisse du 19 septembre 2006 : lettre d'accompagnement et explications relatives à la convention tarifaire RBP III.*

Dans sa prise de position et lors de la séance du 4 mars 2009, l'OFSP était d'avis que même si les documents entraient dans le champ d'application de la LTrans, le droit d'accès serait refusé en raison de l'existence de secrets d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans. La révélation de bases et d'explications relatives au calcul des tarifs entraînerait, selon l'OFSP, des distorsions de la concurrence, ce qui constituerait une atteinte inadmissible au principe de la libre concurrence. L'OFSP pense que les négociations tarifaires deviendraient alors impossibles, car les partenaires tarifaires ne seraient pas vraiment disposés à en mener s'ils devaient révéler leurs structures de coûts et leurs structures organisationnelles, c'est-à-dire si ces informations étaient rendues publiques. Par ailleurs, les assurances-maladie sont en partie des entreprises de droit privé et se trouvent ainsi en concurrence directe avec des tiers ; elles ont de ce fait besoin de la confidentialité de rigueur lors de négociations relatives à des conventions tarifaires.

La clause dérogatoire de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans ne concerne que des données essentielles dont la prise de connaissance par la concurrence entraînerait des distorsions du marché et ferait perdre un avantage concurrentiel à l'entreprise concernée.⁶ Dans les documents soumis à évaluation, il n'est cependant pas question d'entreprises ou de pharmacies particulières, nommément désignées ; les documents abordent de manière générale des questions relatives à la convention tarifaire RBP III et à son adaptation ou ne sont que des courriers d'accompagnement rédigés en termes généraux. Ces explications générales n'impliquent aucun risque d'abus ou de dommages ni ne contiennent de données afférentes à des affaires ; elles n'ont ainsi d'importance cruciale pour aucune entreprise particulière. La nature des documents à évaluer est le critère déterminant pour statuer sur leur

⁵ Recommandation du 30 juillet 2007 : ODM / Liste de critères pour les pays sûrs

⁶ Brunner / Mader (éd.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 Rz. 41



caractère confidentiel. Pour les raisons ci-dessus, le préposé est d'avis que les documents ne contiennent pas de secrets d'affaires au sens de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans.

Les documents suivants doivent ainsi être remis aux demandeurs :

- *courrier de santésuisse et de pharmaSuisse du 24 novembre 2006 (sans les conventions tarifaires, car celles-ci n'ont pas été demandées explicitement) ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 29 novembre 2006 ;*
- *courrier de santésuisse du 19 septembre 2006 (annexes incluses : explications de fond concernant la convention tarifaire RBP III).*

Les noms des personnes figurant dans les courriers doivent être anonymisés avant consultation en vertu de l'art. 9, al. 1, LTrans.

5. Documents remis au préposé par l'OFSP le 4 mars 2009

Lors de la réunion du 4 mars 2009, l'OFSP a remis des documents supplémentaires au préposé après que celui-ci ait insisté à plusieurs reprises. Il s'agit des documents suivants :

- *courrier de santésuisse du 29 septembre 2006 (annexes incluses) : révision du mode de calcul des marges pour la liste des spécialités (y compris les bases de calcul et une étude sur les recettes et les coûts des pharmacies publiques) ;*
- *courrier de santésuisse du 3 mai 2007 (annexes incluses) : lettre d'accompagnement, y compris les réponses à des questions concernant la réglementation de la part relative à la distribution ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 11 mai 2007 : prise de position sur des questions concernant la réglementation de la part relative à la distribution ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 23 août 2007 : 2^e prise de position sur la part relative à la distribution ;*
- *courrier de santésuisse du 31 août 2007 (annexes incluses) : prise de position sur la révision de la part relative à la distribution.*

Selon l'OFSP, il s'agissait là de données sensibles et confidentielles qui constituaient la base d'une décision non encore prise ; elles ne devaient donc pas être rendues accessibles en vertu de l'art. 8 LTrans ni n'étaient concernées par la procédure en cours. L'OFSP a précisé son propos par courrier électronique du 12 mars 2009. Les documents susmentionnés de santésuisse et de pharmaSuisse constituent la base de la décision de réviser (ou non) la part relative à la distribution et, par conséquent, de la décision de procéder (ou non) à une révision de l'OPAS⁷. L'OFSP a ajouté que la consultation des offices (du 28 octobre 2008) était certes terminée, mais que le Département fédéral de l'intérieur (DFI) n'avait pour l'instant pas pris de décision quant à une éventuelle modification de l'OPAS en ce qui concerne la part relative à la distribution.

En vertu de l'art. 8, al. 2, LTrans, l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base.

Ainsi que l'a expliqué l'OFSP, la consultation des offices est terminée, mais aucune décision n'a pour l'instant été prise en ce qui concerne la part relative à la distribution. Des décisions ont en revanche été prises pour d'autres parties de l'OPAS qui sont par conséquent entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2009. Dans le cadre de la consultation des offices, l'OFSP a pu se faire une opinion et, ainsi, aussi prendre une décision quant à la part relative à la distribution. Le préposé est pour cette raison d'avis que la décision administrative a déjà été prise, que

⁷ Ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie (Ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins, OPAS)



l'OFSP a arrêté son opinion et que le droit d'accès aux documents ne peut donc pas être refusé au nom de l'art. 8, al. 2, LTrans. Si l'OFSP devait, après réexamen de la question, arriver à la conclusion inverse – à savoir que l'art. 8, al. 2, LTrans s'applique malgré tout –, alors il devra expliquer sommairement aux demandeurs les motifs du report du droit d'accès (art. 12, al. 4, LTrans) et leur remettra les documents concernés dès que la décision politique aura été prise.

Les documents suivants doivent ainsi être remis aux demandeurs :

- *courrier de santésuisse du 29 septembre 2006 (annexes incluses) ;*
- *courrier de santésuisse du 3 mai 2007 (annexes incluses) ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 11 mai 2007 ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 23 août 2007 ;*
- *courrier de santésuisse du 31 août 2007 (annexes incluses).*

6. Autres documents remis au préposé par l'OFSP le 4 mars 2009

Lors de la réunion du 4 mars 2009, l'OFSP a encore remis au préposé un courrier de santésuisse et de pharmaSuisse, daté du 16 décembre 2008 et portant sur les négociations relatives à la nouvelle convention tarifaire RBP IV. Comme aucune décision n'a pour l'instant été prise pour cette convention tarifaire, l'art. 8, al. 2, LTrans s'applique et le document n'a pas à être remis aux demandeurs.

III. Se fondant sur les considérations ci-dessus, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

1. L'OFSP accorde l'accès aux documents suivants :

- *courrier de santésuisse et de pharmaSuisse du 24 novembre 2006 (sans les conventions tarifaires, car celles-ci n'ont pas été demandées explicitement) ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 29 novembre 2006 ;*
- *courrier de santésuisse du 19 septembre 2006 (annexes incluses, mais sans la convention tarifaire) ;*
- *courrier de santésuisse du 29 septembre 2006 (annexes incluses) ;*
- *courrier de santésuisse du 3 mai 2007 (annexes incluses) ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 11 mai 2007 ;*
- *courrier de pharmaSuisse du 23 août 2007 ;*
- *courrier de santésuisse du 31 août 2007 (annexes incluses).*

2. L'Office fédéral de la santé publique rend une décision selon l'art. 5 de la loi sur la procédure administrative, s'il refuse d'octroyer l'accès conformément à la recommandation (ch. III.1.).

L'OFSP rend la décision dans les vingt jours qui suivent la réception de la présente recommandation (art. 15, al. 3, LTrans).

3. Dans les dix jours qui suivent la réception de la présente recommandation, les demandeurs peuvent demander que l'OFSP rende une décision selon l'art. 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative (art. 15, al. 1, LTrans), s'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation.

La décision peut faire l'objet d'un recours devant le Tribunal administratif fédéral (art. 16 LTrans).



4. La présente recommandation est publiée ; afin de protéger les données personnelles des parties à la procédure de médiation, les noms des demandeurs sont anonymisés (art. 13, al. 3, de l'ordonnance sur la transparence, OTrans ; RS 152.31).
5. La recommandation est notifiée :
 - Z (avocat des demandeurs)

 - à l'Office fédéral de la santé publique
3003 Berne

Hanspeter Thür