



Berne, le 9 février 2017

Recommandation
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence
concernant la procédure de médiation entre
X
(demandeur)
et
l'Office fédéral de la santé publique (OFSP)

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

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 (personne privée) a déposé, le 9 décembre 2016, une demande d'accès adressée à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP). La demande porte sur « toutes les pièces comptables et explications y relatives qui ont été soumises [à l'OFSP] par A.____ en vue de l'augmentation des primes pour chaque canton, respectivement chaque région de primes dans lesquelles A.____ est active dans [l'assurance obligatoire des soins], demandes remises pour les années 2014, 2015, 2016, 2017, ainsi que la et, le cas échéant, les réponses apportées par [l'OFSP], ainsi que les correspondances effectuées relativement à ces demandes entre les demandes de l'assureur et [les réponses de l'OFSP]».
2. Par courrier du 21 décembre 2016 adressé au demandeur, l'OFSP a refusé l'accès aux documents sur la base de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. Selon l'autorité, les documents concernés contiennent des secrets d'affaires de l'assureur-maladie A.____. Elle a également indiqué que dans le régime de concurrence entre assureurs-maladie instauré par le législateur lors de la mise en œuvre de la loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal, RS 832.10), les données fournies à l'OFSP par chaque assureur dans le cadre de la procédure d'approbation des primes de l'assurance obligatoire des soins sont confidentielles et ne peuvent servir que pour l'évaluation de la plausibilité des primes fixées par l'assureur. Pour cette raison, elles ne peuvent être communiquées à des tiers. L'autorité précise également qu'au vu de l'art. 28b al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance maladie (OAMal, RS 832.102) certaines données sont publiées par l'OFSP et peuvent être consultées sur le site internet de l'Office.
3. Suite au refus de l'autorité, le demandeur a déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé) par courrier du 9 janvier 2017.



4. Par courriel du 10 janvier 2017, le Préposé a informé l'autorité du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui adresser les documents concernés ainsi que, si elle l'estime nécessaire, une prise de position complémentaire.
5. Par courrier du 20 janvier 2017, l'OFSP a remis au Préposé les documents relatifs à l'approbation des primes de A.____ pour l'année 2017 ainsi qu'une prise de position complémentaire. La quantité de documents demandés étant très importante, l'autorité a décidé de ne remettre au Préposé que les documents concernant l'approbation des primes de l'année 2017. Elle lui a expliqué que les documents relatifs aux autres années (2014-2016) sont identiques et doivent pour cette raison être jugés de manière analogue. Cette dernière a toutefois indiqué au Préposé être disposée à lui remettre tous les autres documents s'il l'estimait nécessaire. Pour des raisons de praticabilité, l'autorité a divisé les documents en deux catégories, à savoir :

- a) La correspondance entre l'OFSP et A.____ relative à l'approbation des primes
- b) Les documents remis par A.____ à l'OFSP (il s'agit d'informations introduites électroniquement par l'assureur dans une banque de données selon une procédure de téléchargement)

Dans sa prise de position complémentaire, l'autorité a indiqué que les documents de la catégorie a) sont, pour des raisons évidentes, mélangés avec des informations portant sur « l'activité d'affaires » de A.____ (art. 7 al. 1 let. g LTrans) et que les données personnelles qu'ils contiennent doivent être anonymisées (art. 9 LTrans). L'autorité a également indiqué que l'échange de courriel entre elle-même et A.____ relève du processus de négociation pour fixer les primes. Ce dernier serait rendu impossible si la confidentialité de ces échanges n'était plus garantie. En cela, le processus de libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité au sens de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans serait à l'avenir entravé. Concernant les documents de la catégorie b), l'autorité a indiqué qu'ils contiennent de nombreux secrets d'affaires (cf. ch. 11 de la recommandation).

6. Le 3 février 2017, une séance de médiation a eu lieu dans les locaux du Préposé, mais celle-ci n'a toutefois pas permis aux parties de trouver un accord.
7. Les allégations du demandeur et de l'Office fédéral de la santé publique 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

8. Le demandeur a déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'Office fédéral de la santé publique 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).
9. 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.¹ 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

10. 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.
11. Dans sa prise de position complémentaire, l'autorité indique que « les informations que les assureurs-maladie doivent fournir dans le cadre de l'approbation des primes contiennent divers secrets d'affaires, comme par exemple le détail de la situation financière, les provisions par canton, les comptes de résultats par canton, les indications relatives à la structure des assurés, à la politique commerciale, aux calculs budgétaires, les estimations des réserves, une estimation des risques, la stratégie, etc. ». Elle précise également qu'« un accès à ces informations aurait pour les concurrents de A.____ de grands avantages concurrentiels, c'est pourquoi ces informations tombent sous les dispositions d'exception de l'art. 7, al. 1, let. g, LTrans. Ces informations ont un lien avec A.____ puisque la demande ne concerne que cet assureur-maladie. Par conséquent, aucune anonymisation n'est possible. L'information est exclusivement connue des plus hauts cadres de A.____. A.____ veut maintenir secrète cette information. Dans son envoi des tarifs de primes à l'OFSP en vue de leur approbation, A.____ indique expressément que les données qu'elle fournit dans ce cadre doivent être traitées de manière absolument confidentielle et qu'elles ne peuvent être transmises à des tiers, à l'exception des cantons. Il existe enfin un intérêt justifié de maintenir le secret. L'accès de tiers à de telles données conduirait ainsi à une distorsion de la concurrence et doit être pour cette raison empêché totalement. » Concernant la distorsion de la concurrence, l'autorité précise que « la demande en transparence visant un assureur-maladie en particulier a pour conséquence de désavantager celui-ci par rapport à ses concurrents qui pourraient profiter des données secrètes qu'il pourrait être contraint de divulguer en cas d'acceptation de la demande en transparence du demandeur ». De plus, l'accès aux informations pénaliserait l'assureur concerné dans le système de l'assurance-maladie fondé sur le principe de la concurrence tel que l'a voulu le législateur fédéral.
12. Selon la jurisprudence, la clause d'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans ne concerne pas toutes les informations commerciales, mais uniquement les données essentielles dont la divulgation provoquerait une distorsion de la concurrence. Peut être qualifié de secret, tout fait qui n'est ni notoire ni généralement accessible au public et que le maître du secret, en raison d'un intérêt justifié ne veut pas divulguer. En d'autres termes, il est admis qu'un secret d'affaires existe uniquement si l'état de fait satisfait les quatre conditions cumulatives suivantes : (a) il doit exister un lien entre l'information et l'entreprise ; (b) le fait en question doit être relativement inconnu ; (c) le détenteur du secret souhaite ne pas le révéler (intérêt subjectif au maintien du secret) ; et (d) il existe un intérêt fondé au maintien du secret (intérêt objectif au maintien du secret).² Au sujet de cette dernière condition, il faut relever que l'éventuel préjudice consécutif à la divulgation de l'information doit atteindre une certaine intensité et le risque de sa survenance doit, selon le cours ordinaire des choses, être hautement vraisemblable. Ainsi, l'autorité ne peut

¹ 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.

² Arrêt du TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 8.2.2 et les références citées.



pas se contenter de prétendre que la divulgation entraînerait une distorsion de la concurrence ; il faut encore le démontrer, un simple renvoi au secret d'affaires ne suffisant pas.³ Le maître du secret, respectivement l'autorité compétente doit donc indiquer, concrètement et en détail, dans quelle mesure une information est protégée par le secret d'affaires.⁴

13. En l'espèce, les informations requises ont un lien avec A.____ étant donné qu'elles proviennent de ce dernier. De plus, ces informations sont, de par leur nature même, relativement inconnues. En outre, la volonté du détenteur du secret de ne pas révéler ces informations au public (intérêt subjectif au maintien du secret) ressort explicitement des documents remis à l'autorité (« wir erwarten, dass sämtliche Angaben absolut vertraulich behandelt und Dritten gegenüber weder mitgeteilt noch weitergegeben werden »). Ainsi, le Préposé estime que les trois premières conditions de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans sont remplies.
14. En ce qui concerne la quatrième condition, à savoir l'existence d'un intérêt objectif au maintien du secret, l'autorité indique que l'accès aux informations par des tiers, notamment des concurrents de A.____, conduirait à une distorsion de la concurrence en favorisant ses concurrents qui pourraient alors profiter des données secrètes divulguées. En cela, l'assureur concerné serait pénalisé par la demande d'accès. En outre, en garantissant l'accès à ces informations, le système de l'assurance-maladie fondé sur le principe de la concurrence tel que l'a voulu le législateur fédéral en adoptant la loi sur l'assurance maladie et la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal, RS 832.12) serait profondément modifié.
15. Du point de vue du Préposé, il paraît vraisemblable, dans un marché concurrentiel entre assureurs, que l'accès aux documents concernés puisse profiter aux autres acteurs du marché et ainsi défavoriser l'assureur concerné par la demande l'accès. En matière d'approbation des tarifs des primes, le législateur a prévu à l'art. 16 al. 6 LSAMal que « les cantons peuvent obtenir les informations nécessaires auprès des assureurs et de l'autorité de surveillance. Ces informations ne peuvent être rendues publiques ni transmises à des tiers ». A propos de cet article, le Conseil fédéral indiquait d'ailleurs déjà dans son message relatif à la loi sur la surveillance de l'assurance maladie que le secret professionnel des caisses-maladie devra être respecté par les cantons après l'approbation du tarif des primes, ce qui parle en faveur d'un maintien du secret.⁵ Cependant, tel qu'indiqué dans la prise de position complémentaire de l'autorité, le législateur est conscient que la transparence dans le domaine de l'approbation des primes joue un rôle important. A cet effet, l'art. 28b OAMal prévoit explicitement la publication active de certaines données. Ainsi, concernant l'assurance-maladie sociale, l'OFSP publie, par assureur, notamment les données relatives aux recettes et dépenses, réserves, coûts des soins, primes, bilan et compte d'exploitation.
16. Au vu des considérations qui précèdent et sur la base d'un examen sommaire des documents, le Préposé est d'avis que les informations contenues dans ces derniers sont en grande partie couvertes par le secret d'affaires. Le refus d'accès de l'autorité en raison de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans est par conséquent justifié.
17. *En résumé, après un examen sommaire des documents, le Préposé constate que l'autorité a refusé à juste titre d'accorder l'accès aux documents en raison des secrets d'affaires qu'ils contiennent.*

³ Arrêt du TAF A-3649/2014 du 25 janvier 2016, consid. 8.2.2 et 9.2.2.

⁴ Arrêt du TF 1C_50/2015 du 2 décembre 2015, consid. 5.3 ; Arrêt du TAF A-3829 du 26 novembre 2015, consid. 5.1.

⁵ Message relatif à la loi sur la surveillance de l'assurance maladie du 15 février 2012, FF 2012 1725 (cité : FF 2012), FF 2012 1749.



III. Se fondant sur les considérants susmentionnés, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence recommande ce qui suit :

18. L'Office fédéral de la santé publique maintient son refus d'accès aux documents.
19. 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).
20. L'Office fédéral de la santé publique rend la décision dans les 20 jours à compter de la réception de la requête de décision (art. 15 al. 3 LTrans).
21. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms du demandeur et du tiers concerné sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
22. La recommandation est notifiée à :
 - **Recommandé (R) avec avis de réception**
X
[Demandeur]
 - **Recommandé (R) avec avis de réception**
Office fédéral de la santé publique
Schwarzenburgstrasse 157
3003 Berne

Adrian Lobsiger