



Berne, le 14 juillet 2021

**Recommandation  
selon l'art. 14 de la loi sur la transparence  
concernant la procédure de médiation entre**

**X. et Y.  
(demandeurs)**

**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), les demandeurs (politiciens) ont déposé, le 8 décembre 2020, une demande d'accès auprès de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) concernant :
  - "Le contrat de livraison de données conclu entre l'entreprise SASIS SA et l'OFSP ainsi que le montant de la rémunération annuelle que l'OFSP verse à SASIS SA" (cité: contrat SASIS SA) ;
  - "les hypothèses et les prévisions que les assureurs-maladie ont retenues - et dont la plausibilité et la légalité ont été vérifiées par l'OFSP - en vue de fixer les primes des années 2019, 2020 et 2021" (cité: hypothèses et prévisions)

Concernant le premier point de leur demande d'accès, les demandeurs ont notamment indiqué qu'il ressortait de l'avis du Conseil fédéral du 11 novembre 2020 concernant l'interpellation 20.4013<sup>1</sup> qu'il existait un contrat de livraison de données entre l'entreprise SASIS SA et l'OFSP. La seconde partie de la demande a été justifiée par les demandeurs comme suit: "il ressort de l'avis du Conseil fédéral du 18 novembre 2020 concernant la motion 20.4199<sup>2</sup> que les assureurs-maladie fixent les primes sur la base de calculs actuariels en s'appuyant sur des hypothèses et des prévisions qu'ils déterminent eux-mêmes. En sa qualité d'autorité de surveillance, l'OFSP vérifie la plausibilité des hypothèses et des prévisions retenues par les assureurs-maladie avant d'approuver les tarifs des primes. D'ailleurs, en vertu de l'article 16, alinéa 4, de la loi sur la surveillance de l'assurance maladie, l'OFSP doit refuser d'approuver les tarifs des primes présentés par les assureurs-maladie si ces tarifs contreviennent aux prescriptions légales, ne couvrent pas les coûts, les dépassent de manière inappropriée ou entraînent des réserves excessives. Malgré cela, le Conseil fédéral, dans son avis du 18

<sup>1</sup> [Interpellation 20.4013 CN Maitre Vincent du 16.09.2020.](#)

<sup>2</sup> [Motion 20.4199 CN Feller Olivier du 24.09.2020.](#)



novembre 2020, considère que les hypothèses et les prévisions formulées par les assureurs-maladie sont couvertes par le secret des affaires et qu'elles ne peuvent pas être portées à la connaissance de tiers." Les demandeurs ont contesté cette appréciation et ont appuyé leur demande d'accès en relevant que "les coûts de la santé et l'évolution des primes de l'assurance-maladie sociale constituent des enjeux majeurs de notre société. Le fonctionnement de l'assurance maladie sociale doit être compréhensible de manière à ce que la population, qui paie les primes, et les acteurs publics et privés du système de santé puissent prendre les décisions qui s'imposent en connaissance de cause. "Finalement, les demandeurs ont conclu en notant qu'il est "hautement contestable de refuser de communiquer ces hypothèses et prévisions à l'opinion publique alors que l'assurance-maladie sociale est obligatoire, toute personne devant s'assurer et s'acquitter des primes facturées, et qu'elle fait régulièrement l'objet de débats dans la population, dans les médias et sur le plan politique."

2. Le 23 décembre 2020, l'OFSP a communiqué aux demandeurs que leur demande concernait un très grand nombre de données et de documents, que le traitement de ces informations était difficile et qu'il impliquerait probablement d'entendre des tiers. Finalement, l'autorité a informé les demandeurs que le traitement de la demande soulevait des questions complexes et que par conséquent le délai pour remettre la prise de position serait vraisemblablement prolongé jusqu'au 18 janvier 2021, conformément à l'art. 12 al. 2 LTrans.
3. Par courrier du 15 janvier 2021, l'OFSP a accordé l'accès au contrat conclu entre la Confédération suisse, par l'entremise de l'OFSP et l'Office fédéral de la statistique (OFS) et SASIS SA du 15/23 et 11/14 novembre 2019 (dont les composants contractuels que sont les conditions générales de la Confédération relatives à l'achat de services de septembre 2016 et l'offre de SASIS SA du 5 juin 2019). L'autorité a cependant ajouté que certains documents ne pouvaient être rendus accessibles que partiellement car ils contenaient des données personnelles. Concernant le second point de la demande d'accès, l'OFSP a expliqué que les informations demandées représentaient un volume extraordinairement important et qu'elles relevaient du secret d'affaires de l'activité des assureurs au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. L'OFSP a également rappelé dans sa prise de position, la place importante de la concurrence dans le système voulu par le législateur, ainsi que le fait qu'une partie des données mentionnées à l'art. 28b al. 2 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (OAMal; RS 831.102) était publiée sur son site Internet. En outre, l'autorité a relevé qu'au regard du principe d'économie de procédure, elle avait renoncé à consulter les plus de cinquante assureurs-maladie car "il importe en tout cas aux caisses-maladie de ne pas dévoiler leur stratégie, faute de réduire à néant la concurrence qui subsiste dans le système voulu par le législateur (cf. arrêt du Tribunal fédéral du 20 novembre 2020, 1C\_59/2020, consid. 4.3)."
4. Par courrier daté du 4 février 2021 et reçu le 8 février 2021, les demandeurs ont déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Préposé), dans laquelle ils ont contesté le refus de l'autorité de leur communiquer les documents en lien avec le second point de leur demande d'accès. Les demandeurs ont argumenté en substance que le premier argument de l'autorité pourrait tout au plus justifier une prolongation du délai relatif au traitement de la demande et ont constaté que l'OFSP en avait déjà fait usage. S'agissant du deuxième argument, les demandeurs ont rappelé que la jurisprudence souligne que les exceptions de l'art. 7 LTrans devaient être interprétées de manière restrictive et que l'OFSP s'était contenté de citer une jurisprudence récente - mais qui porte sur l'accès d'informations d'une autre nature - sans établir en quoi les informations requises entraient dans le champ d'application de l'exception de secret d'affaires. En dernier lieu, les demandeurs ont mentionné une jurisprudence récente de la Cour européenne des



droits de l'homme<sup>3</sup> en matière de droit à l'information qui impose une balance des intérêts en présence et qui, à leurs avis, semblait plaider en faveur de l'accès aux documents et informations demandés.

5. Par courrier du 9 février 2021, le Préposé a accusé réception de la demande en médiation et a informé les demandeurs que la procédure serait, en principe, menée par écrit en raison du contexte sanitaire lié à la pandémie de Covid-19 et des mesures supplémentaires prises par le Conseil fédéral le 13 janvier 2021 pour combattre cette dernière. Le Préposé a partant donné la possibilité aux demandeurs de prendre position jusqu'au 19 février 2021.
6. Par courriel du 10 février 2021, le Préposé a informé l'OFSP du dépôt de la demande en médiation et lui a imparti un délai de 10 jours pour lui transmettre les documents concernés ainsi qu'une prise de position complémentaire.
7. Par courrier du 19 février 2021, les demandeurs ont déploré le fait que le Préposé optait pour une procédure écrite et ont fait part de leur souhait d'échanger par oral. En outre, les demandeurs n'ont pas souhaité ajouter d'autres éléments sur le fond.
8. Par courriel du 19 février 2021, l'OFSP a remis au Préposé sa correspondance avec les demandeurs ainsi que les documents nécessaires pour la procédure de médiation.
9. Le 25 février 2021, le Préposé a proposé aux demandeurs, à condition que l'OFSP y consente, de suspendre la procédure de médiation jusqu'à la levée des mesures supplémentaires de lutte contre le Covid-19 prises par le Conseil fédéral en lien avec l'instauration de l'obligation du télétravail et de procéder ensuite à une séance de médiation dans ces locaux.
10. Le 4 mars 2021, les demandeurs et l'autorité ont consenti à la suspension de la procédure de médiation.
11. Lors de sa conférence de presse du 26 mai 2021, le Conseil fédéral a annoncé un assouplissement, pour le 31 mai 2021, des mesures de lutte contre le Covid-19 et a converti l'obligation du travail à domicile en une recommandation pour le personnel des entreprises qui proposent un dépistage hebdomadaire.
12. Le 15 juin 2021, une séance de médiation a eu lieu sans que les participants ne parviennent à un accord. A l'issue de cette dernière, les demandeurs ont précisé l'objet de leur demande d'accès en indiquant que "ce n'est pas le fonctionnement des assureurs-maladie qui nous intéresse, ni leurs pièces comptables, ni les données relevant de la sphère privée des assurées et des assurés, mais la manière dont l'OFSP exerce sa surveillance et, surtout, les éléments factuels et conjoncturels concrets sur lesquels il se fonde pour forger son opinion et avaliser les primes."
13. Le 17 juin 2021, le Préposé a communiqué par écrit à l'OFSP et aux demandeurs le résultat découlant de la séance de médiation, a pris acte des précisions fournies par les demandeurs et a constaté que la médiation n'avait pas abouti.
14. Les allégations des demandeurs 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.

---

<sup>3</sup> Arrêt de la CourEDH Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie du 28 novembre 2016.



## **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**

15. Les demandeurs ont déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de l'OFSP et ont reçu une réponse partiellement négative. Etant partie à la procédure préliminaire de demande d'accès, ils sont légitimés 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).
16. 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.<sup>4</sup> 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**

17. 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.<sup>5</sup>
18. La loi sur la transparence a pour but de créer un climat de confiance entre les citoyens et leurs autorités. Elle doit également contribuer à renforcer le caractère démocratique de l'administration en rendant le processus décisionnel plus transparent.<sup>6</sup> Depuis son introduction, toute personne peut demander à consulter des documents officiels sans devoir justifier d'un intérêt particulier. En raison du principe de la transparence énoncé à l'art. 6 LTrans, il existe une présomption légale réfragable en faveur du libre accès aux documents officiels. L'autorité concernée doit donner accès aux informations demandées, à moins qu'elle ne puisse prouver qu'une ou plusieurs des exceptions prévues aux articles 7 – 9 LTrans ne sont remplies. Le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels est supporté par l'autorité compétente ou le tiers (consulté). A défaut de preuve, l'accès doit en principe être accordé.<sup>7</sup>
19. Il convient de déterminer l'objet de la procédure de médiation. Au moyen de leur demande d'accès, les demandeurs avaient demandé l'accès au contrat SASIS SA et aux hypothèses et primes. L'OFSP leur a accordé l'accès au contrat SASIS SA mais a refusé de communiquer les hypothèses et les primes, notamment car cela représentait un volume trop important de données et de documents. A l'issue de la séance de médiation, les demandeurs ont précisé leur demande d'accès en relevant que "ce n'est pas le fonctionnement des assureurs-maladie qui nous intéresse, ni leurs pièces comptables, ni les données relevant de la sphère privée des assurées et des assurés, mais la manière dont l'OFSP exerce sa surveillance et, surtout, les éléments factuels et conjoncturels concrets sur lesquels il se fonde pour forger son opinion et

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> GUY-ECABERT, in: Brunner/Mader (Eds.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Berne 2008 (cité: Handkommentar zum BGÖ), n° 8 ad art. 13.

<sup>6</sup> FF 2003 1827.

<sup>7</sup> TF, arrêt 1C\_14/2016 du 23 juin 2016, consid. 3.4; TAF, arrêt A-6003/2019 du 18 novembre 2020, consid. 2.1.



avaliser les primes."

20. Le Préposé est de l'avis que les demandeurs d'accès disposent en tout temps de la possibilité de restreindre ou de préciser l'objet de la procédure de médiation par rapport à l'objet de la procédure d'accès<sup>8</sup>. Le Préposé constate que le champ d'informations couvert par la demande d'accès des demandeurs était très vaste et que les précisions apportées par ces derniers définissent et restreignent l'objet de la procédure de médiation qui porte désormais sur la demande d'accès précisée. Suite à la précision apportée par les demandeurs, l'autorité doit dans un premier temps identifier s'il existe des documents officiels permettant de répondre à la demande précisée avant d'analyser dans quelle mesure elles pourraient donner accès à ces documents.
21. On entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). En revanche, selon l'art. 5 al. 3 LTrans, ne sont pas considérés comme des documents officiels les documents qui sont commercialisés par une autorité (let. a), qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration (let. b) ou qui sont destinés à l'usage personnel (let. c).
22. Les deux dernières conditions liées à l'existence d'un document officiel sont remplies. On déduit de la première condition de l'art. 5 al. 1 que le document officiel doit avoir un contenu informationnel et doit évidemment déjà exister, ce qui signifie que le principe de transparence ne saurait contraindre l'administration à établir un document qui n'existe pas. Une autorité ne pourrait pas être chargée par un particulier de rédiger spécialement une note de synthèse sur un sujet donné.<sup>9</sup> Conformément à l'art. 5 al. 2 LTrans, une exception doit en revanche être faite pour les documents qui n'existent que virtuellement, et qui peuvent être aisément obtenus par une manipulation informatique simple sur la base d'informations enregistrées satisfaisant aux conditions énoncées à l'art. 5 al. 1 let. b et c LTrans.
23. Si le champ de documents identifiés est très vaste, l'autorité est tenue, en application de l'art. 3 al. 1 OTrans, de renseigner les demandeurs et de les assister en leur remettant par exemple un extrait de son gestionnaire électronique de documents ou – à défaut d'un tel outil – une liste des documents disponibles. Cette manière de procéder permet aux demandeurs de préciser leur demande et d'en mieux apprécier l'ampleur.<sup>10</sup>
24. En l'espèce, le Préposé recommande à l'OFSP d'identifier, dans un premier temps, s'il existe des documents permettant de répondre à la demande d'accès précisée (voir chiffre 12) ou, à défaut de documents existants, s'il est possible par un traitement informatisé simple, de générer un tel document. Si l'OFSP parvient à identifier un ou plusieurs documents, le Préposé recommande, dans un second temps, à l'OFSP d'y accorder l'accès tenant compte des dispositions pertinentes de la loi sur la transparence et du principe de la proportionnalité.

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

25. L'Office fédéral de la santé publique identifie les documents officiels répondant à la demande

<sup>8</sup> TAF, arrêt A-3884/2017 du 6 septembre 2018, consid. 1.3.1; TAF, arrêt A-6810/2015 du 13 septembre 2016, consid. 1.3; ATF 136 II 457 consid. 4.2.

<sup>9</sup> FF 2003 1834.

<sup>10</sup> 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. 6.2.1.



d'accès précisée.

26. L'Office fédéral de la santé publique accorde l'accès aux documents officiels identifiés en tenant compte des dispositions pertinentes de la loi sur la transparence et du principe de la proportionnalité.
27. Dans les dix jours à compter de la réception de la recommandation, les demandeurs peuvent 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'ils ne sont pas d'accord avec la recommandation (art. 15 al. 1 LTrans).
28. 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).
29. 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).
30. La présente recommandation est publiée. Afin de protéger les données relatives aux participants à la procédure de médiation, les noms des demandeurs sont anonymisés (art. 13 al. 3 OTrans).
31. La recommandation est notifiée à :
  - Recommandé (R) avec avis de réception X.
  - Recommandé (R) avec avis de réception Y.
  - Recommandé (R) avec avis de réception  
Office fédéral de la santé publique OFSP  
Schwarzenburgstrasse 157  
3003 Berne

Adrian Lobsiger