

Bundesgericht  
Tribunal fédéral  
Tribunale federale  
Tribunal federal



**1C\_59/2020**

**Arrêt du 20 novembre 2020**

**Ire Cour de droit public**

**Composition**

MM. et Mme les Juges fédéraux Chaix, Président,

Kneubühler et Jametti.

Greffière : Mme Tornay Schaller.

**Participants à la procédure**

A.\_\_\_\_\_,  
recourant,

*contre*

B.\_\_\_\_\_ Assurances SA,  
intimée,

Office fédéral de la santé publique (OFSP), Schwarzenburgstrasse 157, 3003 Berne.

**Objet**

Accès à des documents officiels selon la LTrans,

recours contre l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, Cour I, du 11 décembre 2019 (A-2352/2017).

**Faits :**

**A.**

Par lettre du 9 décembre 2016, A.\_\_\_\_\_ a adressé à l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) une demande fondée sur la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans; RS 152.3), tendant à obtenir "toutes les pièces comptables et explications y relatives qui ont été soumises par B.\_\_\_\_\_ Assurances SA en vue de l'augmentation des primes pour chaque canton, respectivement chaque région de primes dans lesquelles B.\_\_\_\_\_ Assurances SA est active dans l'assurance obligatoire de soins, demandes remises pour les années 2014, 2015, 2016 et 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".

Par courrier du 21 décembre 2016, considérant que les documents demandés contenaient des secrets d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, l'OFSP en a refusé l'accès. L'Office a toutefois observé qu'il publiait un certain nombre de données par assureur - recettes et dépenses, réserves, provisions pour cas d'assurance non liquidées, coûts des soins, frais d'administration, effectif des assurés et primes - sur la base de l'art. 28b al. 2 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal; RS 832.102). L'OFSP renvoyait à ce sujet à son site Internet.

A.\_\_\_\_\_ a déposé le 9 janvier 2017 une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après: le Préposé fédéral). A l'invitation du Préposé fédéral, l'OFSP lui a remis par pli du 20 janvier 2017 les documents relatifs à la procédure d'approbation des primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA pour 2017 ainsi qu'une prise de position à leur sujet, en précisant que la

procédure étant identique chaque année et le volume des pièces important, les documents pour 2014, 2015 et 2016 ne seraient produits que si nécessaire.

La séance de médiation organisée le 3 février 2017 par le Préposé fédéral n'ayant abouti à aucun accord, celui-ci a prononcé une recommandation en date 9 février 2017 dans laquelle il a constaté que le refus de l'OFSP était justifié. En substance, le Préposé fédéral a estimé que les conditions posées par la jurisprudence pour reconnaître un secret d'affaires au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans étaient réalisées. En particulier, il lui semblait 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 d'accès.

A la demande de A.\_\_\_\_\_, l'OFSP a prononcé le 10 mars 2017 une décision au sens de l'art. 15 al. 1 LTrans dans laquelle il a maintenu son refus d'accès. L'OFSP était d'avis en substance qu'un droit d'accès porterait atteinte au processus de la libre formation de son opinion et de sa volonté au sens de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans et que les données tombaient sous l'exception des secrets d'affaires de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans. L'OFSP relevait qu'une demande visant un assureur en particulier aurait inévitablement pour conséquence de le désavantager par rapport à ses concurrents, mais que même une demande concernant plusieurs assureurs, voire la totalité d'entre eux, ne pourrait être admise, sans une base légale expresse. L'Office estimait que l'art. 28b al. 1 OAMal énumérant de manière exhaustive les domaines dans lesquels il était autorisé à publier des chiffres par assureur, la transparence était suffisamment assurée de ce fait.

**B.**

A.\_\_\_\_\_ a recouru contre la décision du 10 mars 2017 auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF). Dans le cadre de l'instruction de ce recours, l'OFSP a produit un classeur de douze pièces confidentielles en expliquant les raisons pour lesquelles elles ne devaient pas être communiquées à A.\_\_\_\_\_. Il s'agit des documents suivants (descriptif et exposé des motifs de l'exception à la transparence selon l'OFSP en italique) :

- Annexe 16: Begleitschreiben von B.\_\_\_\_\_ vom 22. Juli 2016 zur Prämieneingabe und Freigabeerklärung der Ersteingabe

*Document contenant les estimations et les réflexions stratégiques de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA et sur la manière dont elle se positionne sur la tranche de l'assurance-maladie et sur son évolution financière. Si un concurrent venait à apprendre comment se développe la stratégie de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA, il pourrait adapter ses primes et son action de marketing en fonctions des positions de faiblesse de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA selon les cantons et en tirer un grand avantage concurrentiel.*

- Annexe 17: E-Mail-Wechsel vom 3. August 2016 betreffend Korrektur der Prämieneingabe

*Dans le cadre de l'examen technique, les chiffres de la compensation des risques dans deux cantons pris pour exemple (Argovie et Appenzell Rhodes Interieures) dévoilent la structure des assurés dans ces deux cantons. Un concurrent pourrait ainsi en profiter, en ayant connaissance de ces données, pour axer sa politique d'acquisition de nouveaux assurés dans des cantons déterminés.*

- Annexe 18: Begleitschreiben der B.\_\_\_\_\_ vom 8. August 2016 zur Prämieneingabe und Freigabeerklärung der korrigierten Ersteingabe

*Seuls les noms des représentants de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA ont été cachés sur ce document.*

- Annexe 19: E-Mail des BAG vom 18. August 2016 mit Fragen und Kommentaren (inkl. Beilage)

*Ce document qui contient les feedbacks (questions et justifications) de la part de l'OFSP sur les propositions de primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA est complètement caviardé car un concurrent pourrait, en ayant connaissance de ces informations, estimer les primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA dans chaque canton et en déduire la manière dont procède l'OFSP pour approuver les primes.*

- Annexe 20: E-Mail der B.\_\_\_\_\_ vom 22. August 2016 mit Antworten und Erläuterungen (inkl. Beilage)

*Réponses de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA sur les feedbacks de l'OFSP en donnant des explications détaillées sur les cantons objets des questions de l'annexe 19. Ce document montre les forces et faiblesses de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA selon les cantons et aussi la manière dont procède l'OFSP pour approuver les primes.*

- Annexe 21: E-Mail der B.\_\_\_\_\_ vom 2. September 2016 mit Anpassungen der Prämien und Erläuterungen (inkl 2 Beilagen)

*Nouvelles propositions de primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA. La 2e annexe de ce document contient les nouvelles propositions de primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA.*

- Annexe 22: E-Mail-Wechsel vom 2. Bzw. 8. September 2016 zu weiteren Fragen bezüglich der Eingabe der B.\_\_\_\_\_ namentlich der Kantone

*Ce document contient les questions posées par les cantons et les réponses de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA. Un concurrent pourrait en déduire les forces et les faiblesses de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA selon les cantons et renforcer sa politique commerciale dans les cantons où il constate des faiblesses. Les annexes 20, 21 et 22 démontrent jusqu'où un assureur peut aller dans les discussions menées avec l'OFSP et le concurrent pourrait en tirer certains avantages pour lui-même.*

- Annexe 23: Freigabeerklärung der B.\_\_\_\_\_ vom 7. September 2016 zur Neueingabe

*Seuls les noms des représentants de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA ont été cachés sur ce document.*

- Annexe 24: E-Mail-Wechsel vom 22. September 2016 zum Datum der Bekanntgabe der Prämien

*Seuls les noms des représentants de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA et de l'OFSP ont été cachés sur ce document.*

- Annexe 25: Verfügung (Genehmigungsschreiben) des BAG von 24. September 2016 zur Prämiengenehmigung

*Décision d'approbation des tarifs de primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA pour l'année 2017. Seul le nom d'un collaborateur de l'OFSP est caché dans ce document.*

- Annexe 26: Exemple d'un tableau de toutes les évaluations détaillées d'un assureur-maladie faites par l'OFSP sur une base cantonale.

Ce document est strictement confidentiel car il donne toutes les informations de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA dans le canton de Glaris. Un concurrent pourrait ainsi en profiter, en ayant connaissance de ces données, pour axer sa politique d'acquisition de nouveaux assurés dans ce canton en particulier.

- Annexe 11 : Note OFSP/PFDT du 20 janvier 2017 concernant les données transmises par les assureurs dans le cadre de l'approbation des primes (en allemand). L'annexe contient également deux exemples de captures d'écrans tirés de la banque de données ISAK.

Ce document est confidentiel car il expose deux captures d'écran tirées de la banque de données ISAK qui contiennent des données confidentielles de l'assureur. Du point de vue économique, un concurrent pourrait cependant tirer avantage de ces données en anticipant sa propre fixation des primes en fonctions de données de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA.

Après avoir procédé à une audience de débats publics le 25 septembre 2019, le Tribunal administratif fédéral a rejeté le recours, par arrêt du 11 décembre 2019. Il a considéré en substance que la réalisation de l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans pouvait être retenue pour l'ensemble des données en cause.

## C.

Agissant par la voie du recours en matière de droit public, A.\_\_\_\_\_ demande principalement au Tribunal fédéral d'annuler l'arrêt du 11 décembre 2019 et de dire que l'OFSP devra lui donner accès à l'intégralité des pièces demandées. Il conclut subsidiairement au renvoi de la cause à l'instance précédente pour complément d'instruction et nouvelle décision au sens des considérants.

Invités à se déterminer, l'OFSP et l'intimée ont conclu au rejet du recours. Le Tribunal administratif fédéral s'est référé intégralement à son arrêt. Par courrier du 18 mars 2020, le Tribunal fédéral a transmis au recourant la réponse de l'OFSP ainsi que le bordereau des pièces produit en cinq exemplaires (contenant par mégarde certaines pièces dont l'accès a été refusé). Le recourant a répliqué, en se référant à ces dernières pièces dont il a pris connaissance. L'intimée a dupliqué, sans réagir à la malencontreuse communication des pièces précitées, alors que l'OFSP et le TAF ont renoncé à déposer d'autres observations.

## Considérant en droit :

### 1.

L'arrêt attaqué, relatif à l'accès à des documents officiels au sens de la LTrans, constitue une décision finale (art. 90 LTF) rendue dans une cause de droit public (art. 82 let. a LTF) par le Tribunal administratif fédéral (art. 86 al. 1 let. a LTF). Le recourant, auteur de la demande d'accès aux documents, dispose de la qualité pour agir selon l'art. 89 al. 1 LTF. Les conclusions, principales et subsidiaires, sont recevables au regard de l'art. 107 LTF. Il y a donc lieu d'entrer en matière.

### 2.

Dans sa réplique, le recourant se plaint pour la première fois d'une violation de l'obligation de motiver, l'instance précédente n'ayant pas répondu à son argument selon lequel le Parlement a refusé la proposition du Conseil fédéral d'écartier les assureurs-maladie et accidents du champ d'application de la LTrans lors de l'approbation de cette loi. Or, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le mémoire de réplique ne saurait être utilisé aux fins de présenter de nouveaux arguments ou griefs qui auraient déjà pu figurer dans l'acte de recours ([ATF 143 II 283](#) consid. 1.2.3 et les références citées). Admettre le contraire aurait en effet pour conséquence de prolonger les délais légaux, ce qui est expressément prohibé par l'art. 47 al. 1 LTF, et de créer des inégalités de traitement. Le recourant aurait dû se prévaloir de cet argument dans son recours. Il s'ensuit que ce moyen ne peut être pris en considération.

Peu importe au demeurant, ce grief ayant été rejeté sur le fond (voir infra consid. 4.3).

### 3.

Dans un grief d'ordre formel qu'il convient d'examiner en premier lieu, le recourant se plaint d'un établissement inexact et incomplet des faits (art. 97 LTF).

Le Tribunal fédéral statue en principe sur la base des faits établis par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF), sous réserve des cas prévus à l'art. 105 al. 2 LTF ([ATF 142 I 155](#) consid. 4.4.3 p. 156). Le recourant ne peut critiquer les constatations de fait ressortant de la décision attaquée que si celles-ci ont été effectuées en violation du droit au sens de l'art. 95 LTF ou de manière manifestement inexacte, c'est-à-dire arbitraire, et si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF; [ATF 145 V 188](#) consid. 2 p. 190).

En l'occurrence, le recourant se pose la question, vu la mention du Préposé fédéral dans sa recommandation du 9 février 2017 d'une quantité de documents très importante, de savoir si les pièces dont il a demandé l'accès ont été présentées au Préposé fédéral et au Tribunal administratif fédéral, dans la mesure où larrêt attaqué mentionne seulement 12 documents confidentiels. Fût-il suffisamment motivé et recevable (art. 106 al. 2 LTF), ce grief devrait être écarté, la quantité de documents n'étant pas un argument avancé par l'instance précédente pour refuser l'accès aux pièces litigieuses. Cet élément n'est ainsi pas susceptible d'avoir une influence sur l'issue du litige.

Le grief d'établissement incomplet des faits doit donc être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité.

### 4.

Sur le fond, le recourant se plaint d'une violation de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.

**4.1.** Selon l'art. 6 LTrans, toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. Ce droit d'accès général concrétise le but fixé à l'art. 1 de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public. Il s'agit en effet de rendre le processus décisionnel de l'administration plus transparent dans le but de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, de même que la confiance des citoyens dans les autorités, tout en améliorant le contrôle de l'administration ([ATF 133 II 209](#) consid. 2.3.1 p. 213; Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence du 12 février 2003, FF 2003 1807 ss, 1819, 1827). Conformément à ce but, la loi définit de manière large la notion de documents officiels (art. 5 LTrans), le champ d'application *ratione personae* (art. 2 LTrans) ainsi que les bénéficiaires et les conditions d'exercice du droit d'accès (art. 6 LTrans).

La LTrans fonde une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels ([ATF 142 II 340](#) consid. 2.2 et références citées). Dès lors, si l'autorité décide de limiter ou refuser l'accès à des documents officiels, elle supporte le fardeau de la preuve destiné à renverser la présomption du libre accès aux documents officiels, instituée par la LTrans. En d'autres termes, elle doit exposer pour quel motif et dans quelle mesure une exception légale est réalisée (cf. [ATF 142 II 324](#) consid. 3.4 p. 336).

Dans les cas spécifiés à l'art. 7 al. 1 LTrans, l'accès aux documents officiels est restreint, différé ou refusé. Le législateur a procédé de manière anticipée à une pesée des intérêts en cause, dans la mesure où il énumère de manière exhaustive les différents cas où les intérêts publics ou privés apparaissent prépondérants ([ATF 144 II 77](#) consid. 3 p. 80 et les références citées).

Selon l'art. 7 al. 2 let. g LTrans, le droit d'accès est limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. La notion de secret doit être comprise dans un sens large puisqu'il s'agit de toute information qu'une entreprise est légitimée à vouloir conserver secrète, soit plus concrètement les données susceptibles d'influer sur la marche de ses affaires ou d'entraîner une distorsion de concurrence au cas où des entreprises concurrentes en prendraient connaissance ([ATF 142 II 340](#) consid. 3.2 p. 345). L'existence d'un secret protégé dépend de la réalisation de quatre conditions cumulatives: il doit y avoir un lien entre l'information et l'entreprise; l'information doit être relativement inconnue, c'est-à-dire ni notoire ni facilement accessible; il doit exister un intérêt subjectif au maintien du secret (volonté du détenteur de ne pas révéler l'information) et cet intérêt doit être objectivement fondé (intérêt objectif; [ATF 144 II 77](#) consid. 3 p. 80) (arrêt 1C\_533/2018 du 26 juin 2019 consid. 2.6).

**4.2.** L'assurance obligatoire des soins (AOS) a pour but de garantir à tous une couverture de soins médicaux complète. Sous réserve de certaines exceptions, toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer pour les soins en cas de maladie (cf. art. 3 de la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 [LAMal; RS 832.10]). Le catalogue des prestations à la charge de l'AOS est identique pour tous les assureurs (cf. art. 34 LAMal). Ceux-ci peuvent proposer des modèles d'assurance alternatifs, dans les limites de la loi, afin de baisser les primes (cf. art. 62 LAMal et 93 à 101 OAMal). Conformément à l'art. 4 LAMal, le choix de l'assureur est libre parmi ceux autorisés à pratiquer l'assurance-maladie sociale en vertu de la loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal; RS 832.12).

Ces assureurs ont le droit de proposer, en plus de l'assurance-maladie sociale qui comprend aussi l'assurance facultative d'indemnités journalières (cf. art. 1a LAMal et art. 5 let. h LSAMal), des assurances complémentaires pour les prestations de soins excédant le catalogue de la LAMal et d'autres branches d'assurances définies par le Conseil fédéral (cf. 2 al. 2 LSAMal et art. 1 OSAMal).

Le financement de l'AOS est fondé sur le système de la couverture des besoins (cf. art. 12 LSAMal). Le système de la couverture des besoins signifie que les recettes de primes d'une année civile doivent permettre de financer l'ensemble des besoins de cette année. Les besoins englobent toutes les dépenses liées à la pratique de l'assurance-maladie sociale, à savoir en particulier les prestations médicales, les frais d'administration, les redevances à la compensation des risques et les ressources nécessaires à la constitution des réserves et des provisions techniques. Il n'y a donc ni bénéfice ni dettes.

Les tarifs de primes sont soumis chaque année à l'OFSP, qui vérifie, en sa qualité d'autorité de surveillance de la LAMal (cf. art. 56 LSAMal), qu'ils garantissent la solvabilité de l'assureur et les intérêts des assurés au sens de la LAMal; ils ne peuvent être rendus publics ni être appliqués avant leur approbation (cf. art. 16 al. 1 et 2 LSAMal). Les primes de l'assureur couvrent les coûts spécifiques des cantons. L'assureur doit tenir compte notamment de la compensation des risques, des variations des provisions ainsi que de la taille et de l'évolution permanente de l'effectif des assurés dans le canton donné (cf. art. 16 al. 3 LSAMal). L'OFSP n'approuve pas les tarifs de primes s'ils ne respectent pas les prescriptions légales (a), s'ils ne couvrent pas les coûts au sens de l'art. 16 al. 3 LSAMal (b) ou s'ils les dépassent de manière inappropriée (c) et/ou s'ils entraînent des réserves excessives (d) (cf. art. 16 al. 4 LSAMal).

Les assureurs ont l'obligation de renseigner l'autorité de surveillance et de lui transmettre tous les renseignements et documents nécessaires à l'exécution de la surveillance (cf. art. 35 LSAMal). Les documents et les informations qui doivent être joints aux tarifs et la description des standards dans lesquels ils doivent être transmis sont fixés dans une directive de l'OFSP (cf. circulaire 5.1 mise à jour chaque année). La saisie des données nécessaires à l'approbation des primes s'effectue dans l'application ISAK depuis 2016. Le relevé pour l'approbation des primes de l'OAS doit fournir, outre l'ensemble des primes proposées pour l'année suivante, les comptes des résultats cantonaux ainsi que les effectifs détaillés (effectifs moyens, pour le calcul cf. art. 29 OAMal) pour trois ans (valeurs effectives pour l'année précédente, extrapolation pour l'année en cours et pronostic pour l'année suivante). Par ailleurs, les assureurs doivent également présenter plusieurs autres relevés : "Prämien TG" pour l'approbation des primes de l'assurance individuelle facultative d'indemnités journalières qui fait partie de l'assurance-maladie sociale (cf. consid. 5.1); "EF MC" pour la preuve des coûts pour les réductions de primes concernant les assurances avec choix limité de fournisseurs de prestations; "Risikobestand MC" pour la structure détaillée pour le calcul des réductions de primes admissibles pour les assurances avec choix limité de fournisseurs de prestations; "Unterjähriger Solvenztest" qui est un test de solvabilité comprenant une estimation des réserves pour l'année suivante.

L'art. 28 al. 1 OAMal énumère les buts que vont servir les données récoltées conformément à l'art. 35 al. 2 LSAMal. L'OFSP veille à ce que la communication des données requises occasionne aussi peu de travail que possible aux assureurs. Afin de limiter les coûts, il peut apprécier ces données avec d'autres sources de données à condition de les avoir rendues anonymes. Il met les résultats des relevés de données à la disposition des organes participant à l'application de la LAMal et de la LSAMal (art. 28 al. 2 OAMal). L'art. 28 al. 3 OAMal détaille les données que les assureurs doivent transmettre chaque année à l'OFSP, par assuré.

**4.3.** En l'espèce, le recourant reproche à l'instance précédente, tout comme à l'OFSP et à B.\_\_\_\_\_ Assurances SA, de ne pas avoir chiffré le risque d'atteinte économique en cas de divulgation des informations demandées, tout en relevant que ce serait de toute façon une mission impossible. Il soutient que, comme B.\_\_\_\_\_ Assurances SA n'a pas le droit de faire des bénéfices avec l'assurance obligatoire des soins (AOS), il ne voit pas où serait la perte car le bénéfice resterait de toute manière de zéro franc. En d'autres termes, il affirme que "dans la mesure où le mandat donné aux assureurs dans la LAMal est très clairement la gestion de l'AOS, ils ne peuvent pas opposer le secret des affaires relativement à leur gestion dans la mesure où les prestations sont imposées par la loi, doublée d'une interdiction de faire des bénéfices". S'agissant plus précisément de certains documents (annexes 16, 17, 19, 20, 21, 22 et 26), il avance que ces pièces ne relatent que la stricte application de la LAMal, de sorte que la nécessité de conserver ces pièces secrètes ne serait pas prouvée. Il prétend que si quelqu'un doit profiter de la situation

ce serait l'assuré, lequel bénéficierait d'une baisse des primes faite par les concurrents d'B. \_\_\_\_\_ Assurances SA pour attirer de nouveaux clients.

Ce faisant, le recourant perd de vue que, comme l'a relevé l'instance précédente, bien qu'il s'agisse d'un marché réglementé par l'Etat, le système voulu par le législateur est orienté vers la concurrence, puisqu'il implique une pluralité d'assureurs: il s'agit d'un élément de concurrence résiduel essentiel, dans la mesure même où la marge de manœuvre des assureurs demeure réduite dans le système de l'assurance-maladie; certes, le catalogue de prestations est identique pour chaque assureur qui doit rembourser les coûts de tous les fournisseurs autorisés et les formes particulières d'assurance sont réglées par la loi (cf. art. 34 et 62 LAMal); cela étant, les modèles alternatifs peuvent varier d'un assureur à l'autre, voire d'un canton ou d'une région de primes à l'autre pour le même assureur (cf. art. 93 et 100b al. 1 OAMal), même si les types de produits se ressemblent nécessairement (modèles réseau de soins [HMO], médecin de famille [MF], télémédecine [TEL], plus rarement modèle PHA pour la limitation du choix de la pharmacie ou avec bonus); c'est dans la combinaison de ces modèles que les assureurs peuvent se montrer créatifs.

Le Tribunal administratif fédéral a encore relevé que certes, toute situation de concurrence n'induisait pas de facto une distorsion de la concurrence au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans; pour autant, le modèle économique basé sur la pluralité des caisses-maladie était destiné à contribuer à la lutte contre la hausse des coûts car il partait du postulat que les assureurs avaient intérêt à maintenir les primes à un niveau bas (cf. Message du Conseil fédéral du 20 septembre 2013 concernant l'initiative populaire "Pour une caisse publique unique", FF 2013 7113). L'instance précédente a jugé que pour atteindre cet objectif, il convenait précisément de permettre aux caisses-maladie de ne pas dévoiler leur stratégie, faute de réduire à néant la concurrence qui subsistait dans le système voulu par le législateur.

Ce raisonnement peut être suivi. En effet, si un assureur AOS fournit les mêmes prestations qu'un concurrent, les primes et le service sont quant à eux différents. Ainsi, même s'il n'y a ni bénéfice ni dette dans le financement de l'AOS, il n'en demeure pas moins qu'il subsiste une marge de manœuvre soumise à la concurrence pour les assureurs AOS. Les données qu'ils fournissent dans le cadre de l'approbation des primes portent notamment sur la structure des assurés (soit la recherche pour constituer une répartition équilibrée des assurés entre les différents groupes d'âge et entre les différentes formes d'assurance), sur la politique commerciale (soit la volonté d'accroître l'effectif d'assurés dans certains cantons ou certaines régions en particulier par une publicité ou un engagement de moyens commerciaux ciblés ou la création de nouvelles agences), sur l'estimation des risques (afin de permettre d'évaluer le plus précisément possible les conséquences financières d'un développement d'activités sur la compensation des risques entre assureurs) ainsi que sur la stratégie à court, moyen et long terme (afin de garantir une certaine stabilité économique et une évolution des primes aussi régulière que possible d'une année à l'autre). Ces données peuvent représenter des informations qu'un assureur AOS est légitimé à vouloir conserver secrètes. La divulgation de ces informations pourrait permettre aux autres assureurs AOS de faire obstacle de manière ciblée à la politique de développement de l'effectif d'assurés dans certaines régions.

Quoi qu'en dise le recourant, cette argumentation n'est pas contraire au fait que la proposition du Conseil fédéral d'écartier les assureurs-maladie et accidents du champ d'application de la LTrans (FF 2003 p. 1888 ss) a été refusée par le Parlement lors de l'approbation de cette loi. Au contraire, l'art. 7 al. 1 let. g LTrans a été ici appliquée.

**4.4.** Pour le Tribunal administratif fédéral, l'intérêt pour un assureur pratiquant l'AOS d'augmenter le nombre de ses assurés tient aussi en partie au fait qu'il pourra ensuite leur proposer la conclusion d'autres polices d'assurances, en particulier dans l'assurance complémentaire de soins; les caisses maladies actives dans l'assurance de base appartiennent en effet souvent - comme c'est le cas de l'intimée - à des groupes constitués de plusieurs sociétés actives dans le domaine de l'assurance; les assurances complémentaires sont le plus souvent exploitées et gérées par une autre société du groupe, sans quoi elles ne pourraient pas poursuivre un but lucratif à ce titre (**ATF 144 V 388**). L'instance précédente a considéré qu'on ne pouvait exclure que la divulgation de certaines informations ayant trait à la société en charge de l'application de la LAMal puisse nuire aux autres sociétés du groupe dans la mesure où le positionnement de l'une produisait des effets sur les parts de marché de l'autre; bien qu'il s'agirait là d'un éventuel dommage par ricochet qui atteindrait une autre entité juridique, il priverait des caisses-maladies de cet aspect pleinement concurrentiel.

On peine à suivre le recourant lorsqu'il critique cette argumentation en relevant que ce sont les mêmes personnes qui siègent dans le conseil d'administration de la société du groupe qui gère l'assurance obligatoire des soins et dans celui de la société qui s'occupe des assurances complémentaires et que les employés et les actionnaires sont probablement les mêmes. Cette remarque sort en effet du cadre du présent litige puisque la décision de l'OFSP à l'origine du présent litige ne porte que sur les documents relatifs à l'approbation des primes de l'AOS et ne s'étend pas aux assurances complémentaires qui sont soumises à la surveillance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA).

**4.5.** Au demeurant, un certain nombre de données requises se retrouve en partie déjà dans les documents soumis à publication aux termes de l'art. 28b OAMal et a ainsi été partiellement divulgué. En effet, l'art. 28b OAMal exige que l'OFSP publie les données mentionnées à l'art. 28 de façon à ce qu'apparaissent clairement, notamment, les informations sur les formes d'assurance, les prestations d'assurance et les coûts

distingués selon l'âge, le sexe et la région ainsi que selon les catégories de fournisseurs de prestations, d'établissements et de soins. L'al. 2 de cette disposition dicte à l'OFSP de publier, par assureur, les recettes et dépenses (let. a), le résultat par assuré (let. b), les réserves (let. c), les provisions pour cas d'assurance non liquidés (let. d), les coûts des soins (let. e), la compensation des risques (let. f), les frais d'administration (let. g), l'effectif des assurés (let. h), les primes (let. i) et le bilan et compte d'exploitation (let. j).

L'OFSP satisfait à son obligation de publication en proposant à la consultation et au téléchargement de nombreuses informations sur son site Internet. S'y trouvent, classés par année, les comptes d'exploitation et bilans par assureurs; le résultat du test de solvabilité (T 5.03) indiquant par assureur les réserves disponibles, le montant minimal des réserves et le taux de solvabilité; le tableau des données de surveillance AOS (T 5.01) qui indique par assureur, l'effectif moyen des assurés, les primes par personnes assurée en francs, les prestations nettes par personne assurée en francs, la participation des assurés aux frais par personne assurée en francs, les prestations brutes par personne assurée en francs, la compensation des risques par personne assurée en francs, les frais administratifs par personne assurée en francs, le résultat global par personne assurée en francs, l'état des provisions par personne assurée en francs, l'état des réserves par personne assurée en francs, le rapport prestations nettes/primes en %, la compensation des risques en % des recettes ainsi que les frais administratifs en % des dépenses (cf. [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch)>Assurances>Assurances-maladie>Assurances et surveillance Présentation des rapports). Sous la rubrique "Chiffres et statistiques" sont publiés d'autres tableaux de l'AOS pour chaque année, notamment dans le dossier T 5, les données individuelles par assureur. Ce dossier, outre les deux tableaux T 5.01 et T 5.01 précités, regroupe le tableau des effectifs en début d'année par assureur et tranche d'âge (T 5.05), à la fin de l'année par assureur et tranche d'âge (T 5.09) et celui de l'effectif moyen par assureur et par tranche d'âge (T 5.089); le tableau des effectifs moyen par assureur et par canton (T 5.06), le tableau des effectifs en fin d'année par assureur et par canton (T 5.07) et celui des parts de marché par assureur et par canton (T 5.10) (cf. [www.bag.admin.ch](http://www.bag.admin.ch) chiffres & statistiques de l'assurance obligatoire).

**4.6.** Enfin, le recourant relève que pour quatre documents (annexes 18, 23, 24 et 25) le seul motif de refus de production est que les noms de représentants de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA et/ou de l'OFSP auraient été cachés. Il ne comprend pas que cela soit la seule raison justifiant la non-transmission.

**4.6.1.** 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.

La protection prévue à l'art. 9 al. 1 LTrans ne vaut pas dans la même mesure pour les collaborateurs de l'administration publique. Si ces personnes ont agi dans l'accomplissement d'une tâche publique, elles ne peuvent se prévaloir de la protection de leur sphère privée de la même manière que des tiers privés. Leurs données personnelles en lien avec l'exercice de leur fonction ne sont en principe pas anonymisées (ISABELLE HÄNER, in: Basler Kommentar, Datenschutzgesetz und Öffentlichkeitsgesetz, 3ème éd., 2014, N 8 ad art. 9 LTrans; ALEXANDRE FLÜCKIGER, in: Brunner/Mader, Öffentlichkeitsgesetz, 2008, N 14 ad art. 9 LTrans; Mise en oeuvre du principe de transparence dans l'administration fédérale: questions fréquemment posées, document du 7 août 2013 de l'Office fédéral de la justice et du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, p. 31).

**4.6.2.** En l'espèce, l'instance précédente n'a pas retenu, à bon droit, que ces quatre documents contenaient des données révélant des secrets d'affaire. En effet, les annexes 18 et 23 sont des lettres de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA à l'OFSP contenant uniquement l'attestation de libération pour les primes de l'AOS Suisse; y sont mentionnés les noms, les numéros de téléphone professionnels et les adresses e-mail professionnelles du chef "Versicherungstechnik & Underwriting" et de la personne responsable pour "Daten/Technisch" chez B.\_\_\_\_\_ Assurances SA.

L'annexe 24 est quant à elle composée de deux courriels au sujet de la date de la conférence de presse prévue pour annoncer les nouvelles primes; y figure à nouveau le nom, le numéro de téléphone et l'adresse e-mail du chef "Versicherungstechnik & Underwriting" chez B.\_\_\_\_\_ Assurances SA ainsi que le nom et l'adresse e-mail professionnelle d'un collaborateur de l'OFSP.

L'annexe 25 est la décision de l'OFSP approuvant les nouvelles primes de B.\_\_\_\_\_ Assurances SA pour 2017; y figure notamment le nom d'un collaborateur de l'OFSP.

Or l'assurance concernée a le statut d'organe fédéral dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire (art. 2 al. 1 let. b LTrans). Dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire, les collaborateurs des assurances-maladie remplissent une tâche publique. Les données personnelles les concernant ne doivent donc pas être anonymisées (voir ég. recommandation du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence du 19 décembre 2011 n° 6 p. 8). Les annexes 18, 23, 24 et 25 n'avaient ainsi pas à être rendues anonymes pour être consultées.

C'est par conséquent à tort que l'instance précédente a considéré que ces quatre documents (annexes 18, 23, 24 et 25) ne pouvaient être transmis au recourant, car ils n'avaient plus de signification en raison de leur nombreux caviardages. La LTrans fonde en effet une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels, si l'autorité qui décide de refuser l'accès n'apporte pas la preuve qu'une exception légale est

réalisée. L'accès non anonymisé aux annexes 18, 23, 24 et 25 doit donc être autorisé et le recours doit être admis sur ce point.

**4.7.** Il s'ensuit que l'instance précédente n'a pas violé l'art. 7 al. 1 let. g LTrans en confirmant la réalisation de l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans pour l'ensemble des données en cause, à l'exception des annexes 18, 23, 24 et 25.

**5.**

Le recourant fait aussi valoir une violation des art. 10 CEDH et 19 Pacte ONU II. Il reproche au Tribunal administratif fédéral d'avoir jugé que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie* du 28 novembre 2016 ne remettait pas en cause les interprétations jurisprudentielles des art. 7 al. 1 et 7 al. 2 LTrans.

**5.1.** L'arrêt de la CourEDH *Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie* du 28 novembre 2016 (requête n° 18030/11) consacre la reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par un Etat fondée sur l'art. 10 CEDH, à certaines conditions. Il faut d'abord que la demande d'accès ait pour but d'exercer "sa liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées" (§ 158); autrement dit, que "les informations recherchées [soient] réellement nécessaires à l'exercice de la liberté d'expression" du demandeur. Le deuxième critère a trait à la nature des informations recherchées, lesquelles doivent généralement présenter un intérêt public (§ 162; arrêt du Tribunal fédéral 1C\_447/2016 du 31 août 2017 consid. 5.5). Troisièmement, le statut du demandeur doit être pris en compte. Celui-ci doit assumer "un rôle particulier de réception et de communication au public des informations qu'il recherche" (§ 164). La CourEDH évoque en particulier la presse et les ONG, tout en rappelant le niveau de protection élevé dont bénéficient d'autres "chiens de garde publics" (§ 168). Le quatrième critère tient à la disponibilité des informations sollicitées (§ 169), en ce sens que dans l'appréciation globale de la question de savoir s'il y a ingérence de l'Etat dans la liberté d'expression protégée par l'art. 10 CEDH, le fait qu'aucun travail de collecte de données n'est nécessaire constitue un élément important (§ 170).

**5.2.** En l'espèce, le Tribunal administratif fédéral a considéré que la liberté d'expression du demandeur n'était pas en jeu, de sorte que la première condition de la jurisprudence de la CourEDH n'était pas remplie.

Le recourant ne répond pas à cette argumentation. Il se contente d'affirmer que les conditions jurisprudentielles du droit d'accès aux informations détenues par un Etat fondé sur l'art. 10 CEDH "lui semblent remplies", sans exposer en quoi elles le seraient. Il se borne en effet à relever qu'il se considère comme un "chien de garde" dans le domaine des primes d'assurance-maladie obligatoire et que le sujet de l'augmentation plus importante des primes de l'AOS par rapport à l'augmentation des coûts de la santé est un sujet d'intérêt public. Fût-elle suffisamment motivée et recevable, cette argumentation ne démontre pas en quoi les informations recherchées seraient réellement nécessaires à l'exercice de sa liberté d'expression.

**6.**

Il s'ensuit que le recours est admis partiellement. L'arrêt attaqué est réformé en ce sens que l'accès non anonymisé à quatre documents (annexes 18, 23, 24 et 25) doit être octroyé au recourant. Le recours est rejeté pour l'accès à tous les autres documents.

Conformément à l'art. 66 al. 1 LTF, les frais judiciaires sont mis pour moitié à la charge du recourant, et pour moitié à la charge de l'intimée. Le recourant et l'intimée, qui ont agi sans l'aide d'un mandataire professionnel, n'ont pas droit à des dépens (art. 68 al. 2 LTF). Il n'est pas non plus alloué de dépens à l'OFSP (art. 68 al. 3 LTF). La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de sa procédure.

**Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce :**

**1.**

Le recours est admis partiellement et l'arrêt attaqué est réformé en ce sens que l'accès non anonymisé aux annexes 18, 23, 24 et 25 est octroyé au recourant. Il est rejeté pour le surplus.

**2.**

La cause est renvoyée au Tribunal administratif fédéral pour qu'il statue à nouveau sur les frais et dépens de sa procédure.

**3.**

Le recourant est prié de restituer au Tribunal fédéral, sans en garder copie, les pièces n° 21 à 32 du bordereau des pièces de l'OFSP qui lui ont été transmises par mégarde le 18 mars 2020.

**4.**

Les frais judiciaires, arrêtés à 3'000 francs, sont mis pour moitié à la charge du recourant et pour moitié à la charge de l'intimée.

**5.**

Il n'est pas alloué de dépens.

**6.**

Le présent arrêt est communiqué au recourant, à l'intimée, à l'Office fédéral de la santé publique et à la Cour I du Tribunal administratif fédéral.

Lausanne, le 20 novembre 2020

Au nom de la Ire Cour de droit public  
du Tribunal fédéral suisse

Le Président : Chaix

La Greffière : Tornay Schaller