**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**

**Décision confirmée partiellement par le TF par arrêt du 20.11.2020 (1C_59/2020)**

Cour I
A-2352/2017

# Arrêt du 11 décembre 2019

Composition

Jérôme Candrian (président du collège),
Claudia Pasqualetto Péquignot, Jürg Steiger, juges,
Valérie Humbert, greffière.

Parties

**A._____**,
recourant,

contre

**B._____ Assurances SA,**

intimée**,**

**Office fédéral de la santé publique OFSP,**
Schwarzenburgstrasse 165, 3003 Berne,
autorité inférieure.

Objet

Accès à des documents officiels selon la LTrans (documents relatifs à l'augmentation des primes de l'AOS de B._____ Assurances SA pour les années 2014 à 2017).

## Faits :

**A.**
**A.a** Par lettre du 9 décembre 2016, A._____ (ci-après également le requérant) 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 (AOS), 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 ».

**A.b** 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 liquidés, 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.

**B.**
**B.a** 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).

**B.b** 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._____ 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.

**B.c** La séance de médiation organisée le 3 février 2017 par le Préposé n'ayant abouti à aucun accord, celui-ci a prononcé une recommandation en date 9 février suivant par laquelle il a constaté que le refus de l'OFSP était justifié. En substance, le Préposé estimait 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.

**B.d** 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 maintenait 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.

**C.**

**C.a** Par acte du 21 avril 2017, A._____ interjette recours par devant le Tribunal administratif fédéral (ci-après aussi le Tribunal) à l'encontre de cette décision dont il demande la réformation dans le sens qu'il soit donné un accès complet aux documents sollicités pour chaque canton, respectivement pour chaque région de primes dans lesquelles B._____ est active dans l'AOS pour les années 2014, 2015, 2016 et 2017.

A l'appui de ses conclusions, le recourant, en substance, soutient qu'en se prévalant de l'application de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans pour ce qui est des échanges avec les assureurs et de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans pour les documents que ceux-ci lui soumettent, l'autorité inférieure empêcherait toute demande d'accès fondée sur la transparence en matière de fixation des primes. Ce qui reviendrait à introduire une exception à l'application de la LTrans non prévue par celle-ci et même refusée par le Parlement. Le recourant conteste la lecture faite par l'autorité inférieure de l'art. 28b OAMal, disposition qu'il juge peu claire. Il cite encore l'art. 16 de la loi du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale (LSAMal, RS 832.12) qui règle la procédure d'approbation des primes et qui interdit de rendre publics les tarifs de primes seulement *avant* leur publication. Il fonde son droit d'accès également sur l'art. 16 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst., RS 101), l'art. 10 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et

des libertés fondamentales (CEDH, RS 0.101) et l'art. 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II, RS 0.103.2). Son recours est assorti d'une demande d'audience publique avec plaidoiries.

**C.b** Invitée à se déterminer, B._____ Assurances SA (ci-après aussi B._____), par plis des 29 mai et 23 juin 2017, rejette entièrement les prétentions du recourant. A l'appui de sa position, elle ajoute aux exceptions figurant à l'art. 7 al. 1 let. a et g LTrans avancées par l'autorité inférieure, celle de l'art. 7 al. 1 let. h LTrans selon laquelle le droit d'accès peut aussi être refusé lorsque celui-ci peut avoir pour effet de divulguer les informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret. Enfin, elle est d'avis que l'art. 7 al. 2 LTrans constitue également un fondement au refus d'accès à l'instar de l'art. 16 al. 6 LSAMal, qui serait une disposition spéciale au sens de l'art. 4 let. a LTrans.

**C.c** Dans sa réponse du 12 juin 2017, l'autorité inférieure conclut au rejet du recours. Elle produit un classeur de pièces confidentielles en expliquant dans son écriture les raisons pour lesquelles elles ne doivent pas être communiquées au recourant.

**D.**

**D.a** Invité à répliquer, le recourant, par écriture du 5 juillet 2017, sollicite en premier lieu la production des pièces déposées par l'autorité inférieure, ce à quoi le Tribunal accède partiellement, par ordonnance du 11 juillet 2017, jugeant pour le surplus que l'accès procédural aux pièces de la cause se confond avec l'accès au titre de la LTrans, objet du recours au fond.

Par réplique du 2 août 2017, le recourant maintient les conclusions de son recours et réitère sa demande de fixation d'une audience publique.

**D.b** Invitée à prendre position, l'intimée se détermine par écriture du 28 août 2017, répondant sommairement aux derniers arguments développés par le recourant.

**D.c** Dans sa duplique du 8 septembre 2017, l'autorité inférieure persiste dans sa position. Elle rappelle que le système de concurrence régulée entre assureurs-maladie est voulu par le Conseil fédéral et qu'il serait mis à mal si les documents révélant les options stratégiques des assureurs étaient révélés. Au sujet de la LSAMal, l'autorité inférieure remarque qu'afin d'éviter que des informations erronées circulent, les tarifs de primes ne

peuvent pas être rendus publics avant d'avoir été approuvés, cette approbation déployant un effet constitutif. Elle relève encore que la CEDH n'exclut pas des limitations à l'accès aux documents publics.

**D.d** Le recourant dépose des observations conclusives le 3 octobre 2017.

**D.e** Par ordonnance du 8 novembre 2017, le Tribunal porte la dernière écriture du recourant à la connaissance de l'autorité inférieure et de l'intimée. Dans le cadre de la suite de l'instruction et par ordonnance du 30 avril 2019, il invite le recourant à préciser les motifs fondant sa demande d'audience publique et les parties à faire savoir si elles entendent requérir des mesures d'instruction complémentaires.

**D.f** Par écritures respectives des 3 et 10 mai 2019, l'autorité inférieure et l'intimée déclarent ne pas requérir de mesures d'instruction complémentaires.

Pour sa part, par pli du 16 mai 2019, le recourant précise qu'il requiert d'une part une audience d'instruction afin de débattre du caractère secret des pièces en cause et, d'autre part, des débats publics fondés sur l'art. 6 § 1 CEDH dès lors que les documents requis sont nécessaires pour contester ses primes d'assurance maladie, ce qui constitue indirectement un litige civil au sens de cette disposition. Le recourant s'interroge, en outre, sur la qualité d'intimée reconnue à B._____ dans la présente cause du moment qu'elle n'a pas participé à la procédure devant l'instance inférieure.

**D.g** Par ordonnance du 4 juin 2019, le Tribunal considère qu'il n'y a pas lieu de procéder à une audience d'instruction. Pour le surplus, il donne suite à la requête de débats publics conformément à l'art. 40 al. 1 LTAF. Il invite enfin l'autorité inférieure à préciser si elle avait invité B._____ à se déterminer sur la cause devant son instance.

**D.h** Par écriture du 28 juin 2019, transmise à l'intimée et au recourant le 30 juillet suivant, l'autorité inférieure précise n'avoir jamais consulté d'elle-même B._____.

**D.i** Par ordonnance du 27 août 2019, le Tribunal confirme la qualité d'intimée de B._____ et convoque les parties à une audience de débats publics le 25 septembre 2019.

**D.j** Une audience de débats publics se déroule au siège du Tribunal en date du 25 septembre 2019.

**D.k** Par ordonnance du 26 septembre 2019, le Tribunal communique le procès-verbal de l'audience aux parties en les invitant à déposer leurs observations finales valant notes de plaidoiries.

**D.l** Le recourant et l'intimée déposent chacun leurs observations finales le 8 octobre 2019.

**D.m** L'autorité inférieure dépose ses observations finales le 16 octobre 2019.

**D.n** Par ordonnance du 16 octobre 2019, le Tribunal annonce que la cause est gardée à juger.

Les autres faits et arguments des parties seront repris dans les considérants en droit suivant dans la mesure utile à la résolution du litige.

## Droit :

**1.**

**1.1** Sous réserve des exceptions figurant à l'art. 32 LTAF – non pertinentes en l'espèce –, le Tribunal administratif fédéral, en vertu de l'art. 31 LTAF, connaît des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021) prises par les autorités mentionnées à l'art. 33 LTAF. En particulier, les décisions des départements et des unités de l'administration fédérale peuvent être portées devant le Tribunal administratif fédéral en application de l'art. 33 let. d LTAF.

**1.2** L'OFSP est une unité de l'administration fédérale centrale (cf. annexe 1 de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 [OLOGA, RS 172.010.1] par renvoi de l'art. 8 al. 1 let. a). L'acte attaqué satisfaisant aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du litige.

**1.3** La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF (cf. art. 37 LTAF) ou les dispositions spéciales consacrées par la législation matérielle applicable, ici la LTrans et l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence dans l'administration (ordonnance sur la transparence [OTrans, RS 152.31]), n'en disposent autrement.

**1.4** Pour le surplus, déposé en temps utile (art. 50 al. 1 PA) et en la forme requise (art. 52 PA), par le destinataire de la décision litigieuse, lequel a participé à la procédure devant l'autorité inférieure et possède un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (art. 48 al. 1 PA), le recours est recevable sur ce plan et il peut être entré en matière.

**2.**

**2.1** Le Tribunal constate les faits et applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (cf. art. 62 al. 4 PA) ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (cf. PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, vol. II, Berne 2011, p. 300 s.). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce dont il découle que le Tribunal définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (cf. art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (cf. art. 13 PA) et motiver leur recours (cf. art. 52 PA). En conséquence, l'autorité saisie se limite en principe aux griefs soulevés et n'examine les questions de droit non invoquées que dans la mesure où les arguments des parties ou le dossier l'y incitent (cf. ATF 122 V 157 consid. 1a ; ATAF 2012/23 consid. 4, ATAF 2007/27 consid 3.3 ; ALFRED KÖLZ/ISABELLE HÄNER/MARTIN BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 3e éd., Zurich/Bâle/Genève 2013, ch. 1135).

**2.2** Le recourant peut invoquer la violation du droit fédéral, y compris l'excès ou l'abus du pouvoir d'appréciation (cf. art. 49 let. a PA), la constatation inexacte ou incomplète des faits pertinents (cf. art. 49 let. b PA) ou l'inopportunité (art. 49 let. c PA; cf. ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7e éd., Zurich/St-Gall 2016, ch. 1146 ss ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2e éd., Bâle 2013, ch. 2.149, p. 73).

**3.**

**3.1** La demande d’accès porte sur toute la documentation qu’a dû remettre l’intimée à l’autorité inférieure en vue de la vérification et de l’approbation des primes pour l’assurance obligatoire de soins ainsi que toute la correspondance échangée à ce sujet entre elles. Les années visées par la demande s’étendent de 2014 à 2017 y compris. Dans la procédure devant le Préposé fédéral ainsi que devant la Cour de céans, l’autorité inférieure n’a produit – à l’argument que le type de documents était similaire chaque année – que les éléments ayant trait à l’année 2017, tout en précisant garder à la disposition du Tribunal les pièces afférentes aux autres années.

**3.2**

**3.2.1** C'est le lieu de préciser que les dispositions de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) et de l'OAMal, en lien avec une activité de surveillance spécifique, ont été abrogées suite à l'entrée en vigueur le 1er janvier 2016 de la LSAMal et de l'ordonnance sur la surveillance de l'assurance-maladie sociale, du 18 novembre 2015 (OSAMal, RS 832.121), dont le but est la protection des intérêts des assurés conformément à la LAMal, en particulier par la garantie de la transparence de l'assurance-maladie sociale et de la solvabilité des caisses-maladie (art. 1 al. 2 LSAMal ; cf. Message du Conseil fédéral du 15 février 2012 relatif à la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie [Message LSAMal], FF 2012 1725, p. 1732). La LSAMal reprend en effet toutes les règles régissant les rapports entre les caisses-maladie et les autorités de surveillance (cf. Message LSAMal, p. 1775).

La LSAMal apporte des améliorations notamment, dans les domaines de la sécurité financière, de la gestion d'entreprise des caisses-maladie, des pouvoirs et des compétences de l'autorité de surveillance et des dispositions pénales (FF 2012 1725, p. 1726, 1732-1733).

**3.2.2** La vérification et l'approbation des primes présentées par les assureurs ont été réalisées pour la première fois sur la base de la LSAMal et de ses dispositions d'exécution en ce qui concerne les primes pour l'année 2017 (cf. Rapport d'activité 2016 – Surveillance de l'assurance-maladie sociale et de l'assurance-accidents, publié par l'OFSP, avril 2017, p. 10 ; https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/service/publikatioen/taetigkeitsberichte/taetigkeitsbericht-aufsicht-soziale-kranken-und-unfallversicherung.html).

**3.3** Il s'ensuit que la LSAMal et l'OSAMal, citées tant par le recourant que par l'autorité inférieure et par l'intimée, ne sont applicables que pour l'approbation des primes 2017, soit celles pour lesquelles la documentation a été produite par devant le Tribunal. C'est donc le droit en vigueur au 1er janvier 2016 qui sera cité dans les considérants qui suivent. Cela étant, l'exposition ci-après des règles applicables en matière d'AOS et d'approbation des primes a pour seul but de comprendre le contexte dans lequel s'inscrit la demande d'accès et les motifs de refus de l'autorité inférieure. Il s'agit d'appréhender un système et non d'appliquer le droit matériel issu de la LAMal et de la LASMal dans l'objectif de contrôler l'approbation des primes. Ainsi, il convient de préciser, s'agissant des primes 2014 à 2016, que si le système de surveillance est censé s'être amélioré avec l'entrée en vigueur de la LASMaL, les principes qui régissent l'AOS n'ont pas été

modifiés par l'avènement de cette loi. Le siège de certaines dispositions a toutefois été modifié. Dans la mesure du possible, référence sera également faite aux articles topiques en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015; pour le surplus, il est renvoyé en particulier aux art. 11 à 15, 60, 61 al. 5, 68, 75 aLAMal 12 à 18, 19b à 21, 24 à 26, 28a, 78 à 92c aOAMal.

**3.4** Avant de présenter les dispositions qui régissent l'assurance obligatoire de soins, singulièrement la procédure d'approbation des tarifs de primes (cf. consid. 5) et d'examiner la légitimité des restrictions opérées par l'autorité inférieure (cf. consid. 6–7), il convient de rappeler les règles applicables en matière de transparence dans l'administration fédérale (cf. consid. 4).

**4.**

**4.1** La LTrans vise à promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration fédérale. A cette fin, elle contribue à l'information du public en garantissant l'accès aux documents officiels (art. 1 LTrans). Ce droit d'accès général concrétise le but essentiel de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de transparence (cf. ATF 142 II 340 consid. 2.2, 142 II 324 consid. 3.4 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_462/2018 du 17 avril 2019 consid. 3.2 ; ATAF 2016/18 consid. 4.1, 2014/24 consid. 3.1). Il s'agit, en effet, de susciter la confiance du citoyen en l'administration et en son fonctionnement, de renforcer le caractère démocratique des institutions publiques, tout en améliorant le contrôle des autorités étatiques (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.1 ; ATAF 2011/52 consid. 3 ; parmi d'autres : arrêts du Tribunal administratif fédéral A-683/2016 du 20 octobre 2016 consid. 3.1). La loi s'applique ainsi à l'ensemble de l'administration fédérale (art. 2 al. 1 let. a LTrans), y compris les organismes de droit public ou privé chargés de rendre des décisions. La notion s'étend également aux unités administratives décentralisées disposant d'une organisation et d'un statut spécifiques tout en étant subordonnées sous une forme ou une autre à l'administration fédérale centrale (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.1).

**4.2** Ainsi, pour autant que la LTrans soit applicable à raison de la personne et de la matière (art. 2 et 3 LTrans) et qu'aucune disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans n'existe, toute personne a le droit de consulter – et de demander une copie sous réserve des droits d'auteur – des documents officiels (art. 5 LTrans) et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités (art. 6 al. 1 et al. 2 LTrans), sans devoir justifier d'un intérêt particulier (ATF 142 II 340 consid. 2.2, 133 II 209 consid. 2.1). Par

documents officiels, il faut entendre toute information qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée, et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (art. 5 al. 1 let. b et c LTrans). A cet égard, peu importe le support sur lequel a été enregistrée le document officiel (cf. art. 5 al. 1 let. a LTrans). La loi admet également que si le document n'existe pas, l'autorité est néanmoins obligée de le produire si celui-ci peut être facilement établi par un traitement informatisé (cf. art. 5 al. 2 LTrans).

La LTrans fonde donc une présomption en faveur du libre accès aux documents officiels (ATF 142 II 340 consid. 2.2 et réf. cit).

**4.3** 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 ou plusieurs des exceptions légales figurant aux art. 7 et 8 LTrans est ou sont réalisées (cf. ATF 142 II 324 consid.3.4 ; ATAF 2014/24 consid. 3, ATAF 2011/52 consid. 6 ; Message du Conseil fédéral relatif à loi fédérale sur la transparence [Message LTrans], FF 2003 1807, 1844 ; PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN in : Stephan C. Brunner/Luzius Mader [éd.], Öffentlichkeitsgesetz, Handkommentar, Berne 2008 [ci-après : Öffentlichkeitsgesetz], ad art. 6 N 11). A cet égard, une motivation sommaire de l'autorité lors de la décision définitive qui fait suite à la recommandation du Préposé (cf. art. 15 LTrans) n'est pas suffisante. L'autorité jouissant d'un important pouvoir d'appréciation dans l'application des exceptions prévues par la loi, les exigences de motivation en sont d'autant plus élevées. Les explications de l'autorité doivent être convaincantes, à savoir être précises et claires, complètes et cohérentes (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6/2015 du 26 juillet 2017 consid. 4.1). Le principe de la proportionnalité dicte également qu'elle explique pourquoi, le cas échéant, un accès restreint ne peut pas être autorisé (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.6 ; ISABELLE HÄNER, in Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 15 N 8).

**4.4**
Dans les cas spécifiés à l'art. 7 al. 1 LTrans, l'accès aux documents officiels est restreint, différé ou refusé.

**4.4.1** Les intérêts publics (let. a à f) ou privés (let. g et h) énoncés à l'art. 7 al. 1 LTrans, qui peuvent justifier le maintien du secret, doivent alors revêtir un caractère prépondérant par rapport à l'intérêt (public) à l'accès auxdits documents, respectivement à la transparence. La loi procède par avance

à une pesée des intérêts en cause, dans la mesure où elle énumère de manière exhaustive les différents cas où les intérêts publics ou privés apparaissent prépondérants (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 ; ATAF 2014/24 consid. 3.4, 2011/53 consid. 6, 2013/50 consid. 8.1, arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 3.2.3, A-3884/2017 du 6 septembre 2018 consid. 3.3.1, A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.1, A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 4.2.1, A-700/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.2 ; URS STEIMEN, in Maurer-Lambrou/Blechta [éd.], Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3 éd., 2014 [BSK DSG/BGÖ], ad art. 7 LTrans N 3; BERTIL COTTIER/RAINER J. SCHWEIZER/NINA WIDMER, in : Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 3 et 5).

Cela étant, il revient ensuite à l'autorité d'examiner de cas en cas si les exceptions légales sont réalisées.

**4.4.2** En effet, pour que les clauses d'exclusion figurant à l'art. 7 al. 1 LTrans trouvent application, il faut que l'éventuel préjudice consécutif à la divulgation atteigne une certaine intensité et que le risque de sa survenance, selon le cours ordinaire des choses, soit hautement probable (cf. ATAF 2013/50 consid. 8.1, ATAF 2011/52 consid. 6 ; URS STEIMEN, in BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 4, COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 4). Une conséquence mineure ou simplement désagréable engendrée par l'accès ne saurait constituer une telle atteinte (cf. ATF 144 II 77 consid. 3, 142 II 340 consid. 2.2, 133 II 209 consid. 2.3.3). L'atteinte menaçante doit être importante. Si sa survenance ne doit pas apparaître comme certaine, cette atteinte ou menace ne saurait uniquement être imaginable ou possible, au risque de vider de son sens le changement de paradigme introduit par la LTrans (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.4).

Comme en général en matière de limitation des droits fondamentaux, ces clauses d'exclusion doivent être interprétées restrictivement (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.1, A-700/2015 du 26 mai 2015 consid. 4.2 et les réf. citée). Dans les cas limites, par exemple lorsque la probabilité de la réalisation de la violation d'intérêts à protéger existe tout en étant faible ou lorsqu'il faut s'attendre à une conséquence négative mineure, il est indiqué d'opter en faveur de l'accès (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6054/2013 du 18 mai 2015 consid. 3.2, A-6291/2013 du 28 octobre 2014 consid. 7; voir aussi Office fédéral de la justice [OFJ], Loi sur la transparence: guide pour l'appréciation des demandes et check-list, du 2 août 2013, p. 5). Dans tous les cas, en application du principe de la proportionnalité, lorsqu'une limitation paraît

justifiée, l'autorité doit choisir la variante la moins incisive et qui porte le moins possible atteinte au principe de la transparence (cf. ATF 142 II 324 consid. 3.3 ; 142 II 313 consid. 3.6 ; ATAF 2013/50 consid. 9.3, arrêts du Tribunal administratif fédéral A-6475/2017 du 6 août 2018 consid. 3.2.2 ; A-3367/2017 du 3 avril 2018 consid. 3.4).

**4.5**

**4.5.1** L'art. 7 al. 1 let. a LTrans, auquel se réfère l'autorité inférieure, permet de restreindre ou de refuser l'accès à un document lorsque la divulgation est susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté d'une autorité qui est soumise à la présente loi, d'un autre organe législatif ou administratif ou d'une instance judicaire. Il se distingue de l'art. 8 al. 2 LTrans qui dispose que l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la décision politique ou administrative dont ils constituent la base. En effet, le champ d'application de l'art. 8 al. 2 LTrans – qui sursoit en quelque sorte à l'accès – est plus large que celui de l'art. 7 al. 1 let. a LTrans dans la mesure où il est directement lié à la qualité du document et le protège entièrement, alors que l'art. 7 al. 1 let. a LTrans exige une altération notable du processus décisionnel et ne justifie une restriction que pour les parties du document concernées par le besoin de confidentialité (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6313/2015 du 27 avril 2016 consid. 5.4 ; MAHON/GONIN, in : Öffentlichkeitsgesetz, ad. art. 8 N 32 ; ISABELLE HÄNER in : BSK DSG/BGÖ, ad art. 8 LTrans N 11). Cela étant, la libre formation de l'opinion et de la volonté ne peut être considérée comme « notablement » menacée au sens de cette disposition que si, à la suite de la divulgation, elle ne peut plus être mise en œuvre ou si elle peut encore être influencée après que la décision ait été prise. La simple possibilité que la publication puisse déclencher un débat public féroce et controversé n'est pas suffisante. De même tout retard ou complication dans le processus de formation de l'opinion et de la volonté ne constitue pas *de facto* une atteinte significative (cf. ATF 133 II 209 consid. 4.2 ; ATAF 2011/52 consid. 5.1, arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6313/2015 du 27 avril 2016 consid. 5.7.1).

**4.5.2** Selon l'art. 7 al. 1 let. g LTrans, principalement invoqué dans le cas d'espèce par l'autorité et par l'intimée, le droit d'accès est limité, différé ou refusé lorsque l'accès à un document officiel peut révéler des secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication. Le but de cette disposition est d'empêcher que l'introduction du principe de la transparence entraîne la divulgation de secrets à des tiers extérieurs à l'administration (cf. Message LTrans, p. 1853). Cette clause d'exclusion ne concerne pas toutes les informations commerciales, mais uniquement les données essentielles dont

la divulgation provoquerait une distorsion de la concurrence ou pourrait nuire à la marche des affaires (cf. ATF 144 II 91 consid. 3.1, 142 II 340 consid. 3.2, arrêt du Tribunal fédéral 1C_562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.2 ; ATAF 2013/50 consid. 8.2 COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in : Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 41; HÄNER in : BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 38). 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 (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.2, A-1592/2014 du 22 janvier 2015 consid. 5.4 ; HÄNER in : BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 33). 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 ; cf. arrêt du Tribunal fédéral 1C_562/2017 du 2 juillet 2018 consid. 3.2, arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3621/2014 précité consid. 4.2.2 et réf. cit. ; A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 8.2.2).

**4.5.3** L'art. 7 al. 1 let. h LTrans, dont fait état l'intimée, permet aussi de limiter, différer ou refuser l'accès à des documents officiels, lorsqu'il peut avoir pour effet de divulguer des informations fournies librement par un tiers à une autorité qui en a garanti le secret. L'absence de contrainte et la garantie du secret doivent exister de manière cumulative, faute de quoi, le tiers ne peut invoquer sa bonne foi. Lorsqu'une personne a l'obligation légale – une loi au sens matériel suffit – ou contractuelle de donner une information, elle ne peut en exiger le secret (cf. arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3667/2017 du 3 avril 2018 consid. 6.2 t les réf. citées, A-3291/2010 du 17 juin 2011 consid. 5.2).

**4.6** Le droit d'accès peut également être limité, différé ou refusé si l'accès à un document officiel peut porter atteinte à la sphère privée de tiers, à moins qu'un intérêt public à la transparence ne soit exceptionnellement jugé prépondérant (art. 7 al. 2 LTrans).

**4.6.1** L'art.13 al. 1 Cst. garantit de manière générale le droit à la sphère privée et à la sphère intime ; l'art. 13 al. 2 Cst. protège de manière spécifique le droit à l'autodétermination en matière de données personnelles. Ce droit garantit à chacun de pouvoir déterminer si et dans quel but des données qui le concernent peuvent être conservées et traitées par des tiers, publics ou privés (cf. ATF 142 II 340 consid. 4.2, ATF 140 I 2 consid.

9.1). La notion du traitement de données inclut la divulgation, à savoir l'octroi de l'accès aux données personnelles, leur transmission ou leur publication (cf. ATF 142 II 340 consid. 4.2, arrêt du Tribunal fédéral 1C_74/2015 du 2 décembre 2015, consid. 4.1). La définition de données personnelles figure à l'art. 3 let. a de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1).

**4.6.2** Afin de résoudre le conflit qui peut opposer l'intérêt à la protection de la sphère privée et l'intérêt à l'accès aux documents officiels, la LTrans consacre à son article 9 des règles de coordination entre elle-même et la LPD. D'après l'art. 9 al. 1 LTrans, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés. Pour le cas où il n'est pas possible de rendre anonyme un document (cf. Message LTrans, FF 2003 1807ss, spéc. 1873 ; arrêt du Tribunal fédéral 1C_50/2015 du 5 février 2016 consid. 5.2.2 ; ATAF 2013/50 consid. 9.5 p. 791 s.), l'art. 19 LPD s'applique (cf. art. 9 al. 2 LTrans). L'art. 19 al.1*bis* LPD consacre lui aussi une norme de coordination sur l'accès à des documents officiels contenant des données personnelles (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6/2015 du 26 juillet 2017 consid. 4.5.2.2, Message LTrans, FF 2003 1807ss, spéc. 1873 ; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich, Bâle, Genève, 2008, ad art. 19 N 31) et fixe les conditions auxquelles les organes fédéraux peuvent communiquer des données personnelles en vertu de la LTrans.

Ainsi, l'art. 9 al. 2 LTrans en relation avec l'art. 19 al. 1*bis* LPD, commande de déterminer au cas par cas, après évaluation minutieuse des intérêts en présence, le type de données pouvant être publiées. Lors de la pondération de ces intérêts privés, il faut en particulier tenir compte du genre des données visées, du rôle et de la position de la personne concernée, et de la gravité des conséquences que la divulgation entraînerait pour elle (cf. ATF 142 II 340 consid. 4.4). Il faut rappeler qu'en présence d'intérêts privés prépondérants, l'autorité ne doit pas nécessairement refuser l'accès ; elle peut aussi se borner à limiter ou à différer l'accès conformément au principe de la proportionnalité (cf. art. 7 al. 2 LTrans, cf. consid 4.3).

**4.6.3** Dans les circonstances de l'art. 7 al. 2 LTrans, compte tenu de la pesée des intérêts à effectuer, l'autorité dispose d'un plus large pouvoir d'appréciation que dans les cas de l'art. 7 al. 1 LTrans (cf. ATAF 2013/50 consid. 9.1, arrêt du Tribunal fédéral A-6/2015 du 26 juillet 2017 consid. 4.5.2.1 ; COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in : Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 7 N 50).

**5.**
Les règles en matière de transparence étant rappelées, il convient à présent de retracer le contexte dans lequel s'inscrit l'approbation des primes des assureurs pratiquant à la charge de l'AOS afin d'appréhender en contexte les motifs qui ont conduit l'autorité inférieure à refuser de donner suite à la requête de transparence du recourant.

**5.1** L'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 LAMal). 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). Le choix de l'assureur est libre parmi ceux autorisés à pratiquer l'assurance-maladie sociale en vertu de la LSAMal (cf. art. 4 LAMal [avant le 1er janvier 2016 cf. art. 4 LAMal en lien avec art. 11 LAMal]).

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 [avant le 1er janvier 2016 cf. art. 12 al. 2 LAMal]). Ces assurances complémentaires sont régies par la loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA, RS 221.229.1) et leur exploitation requiert une autorisation de l'autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA ; cf. art. 3 de la loi du 17 décembre 2004 sur la surveillance des assurances [LSA], RS 961.01). Les assureurs doivent tenir une comptabilité distincte pour l'assurance-maladie sociale (cf. art. 49 al. 1 OSAMal [avant le 1er janvier 2016 cf. art. 81 al. 1 LAMal]). Ils ne peuvent poursuivre de but lucratif dans le domaine des assurances complémentaires s'ils pratiquent à la fois l'assurance-maladie sociale et l'assurance complémentaire au sein d'une seule personne juridique. Ils sont par ailleurs tenus – sous réserve des modèles d'assurance alternatifs – de conclure des contrats avec tous les fournisseurs de prestations admis à pratiquer à la charge de la LAMal (obligation de contracter, cf. art. 41 LAMal) et doivent admettre tout nouvel assuré qui voudrait changer d'assureur (obligation d'admission, cf. 7 LAMal), quels que soient son sexe, son âge ou son état de santé.

Afin d'éviter la sélection des risques – c'est-à-dire la tendance à vouloir assurer si possible que des personnes en bonne santé – et compte tenu

des structures de risques différentes entre les assureurs, le législateur a prévu un mécanisme appelé la « compensation des risques », comprenant plusieurs indicateurs afin d'assurer un rééquilibrage financier entre assureurs-maladie, géré par l'Institution commune LAMal (cf. art. 16 ss LAMal [avant le 1er janvier 2016 cf. art. 18 al.3 et 6 LAMAL et ch. 2, al. 5 et 6, des dispositions transitoires de la modification du 21 décembre 2007 de la LAMal, RO 2009 4755] et l'ordonnance du 12 avril 1995 sur la compensation des risques dans l'assurance-maladie [OCoR, RS 832.112.1]).

**5.2**

**5.2.1** Le financement de l'AOS est fondé sur le système de la couverture des besoins (cf. art. 12 LSAMal). L'ancien art. 60 LAMal en vigueur jusqu'au 31 décembre 2015 parlait de système de répartition des dépenses. La nouvelle terminologie n'exerce aucun changement sur le mode de financement ; elle utilise simplement les termes actuariels exacts (cf. Message LSAMal, FF 2012 1725, p. 1745 ; cf. également ATF 144 V 388 consid. 5.2). 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. Les assureurs ont en effet l'obligation de constituer des provisions techniques appropriées qui doivent notamment comprendre les provisions destinées à couvrir les coûts des traitements passés qui n'ont pas encore été facturés (cf. art. 13 LSAMal), ainsi que des réserves suffisantes en vue de garantir leur solvabilité (cf. art. 14 al. 1 LSAMal). Le financement doit être autonome dans le sens que les ressources de l'assurance-maladie sociale ne sont affectées qu'aux buts de celle-ci (cf. art. 5 let. f LSAMal) ; les excédents étant attribués aux réserves légales et les résultats négatifs prélevés sur celles-ci (cf. ATF 135 V 39 consid. 4.1). Il n'y a donc ni bénéfice ni dettes et le subventionnement croisé par les fonds de l'assurance-complémentaire est interdit (cf. à cet égard ATF 144 V 388).

**5.2.2** Les réserves doivent atteindre un niveau au moins suffisant pour que la moyenne des réserves possibles à la fin de l'année qui se trouvent en dessous de la valeur-seuil soit nulle. La valeur-seuil est la valeur que les réserves dépasseront au cours d'une année avec une probabilité de 99 % (art. 11 al. 1 OSAMal en relation avec l'art. 14 al. 2 LSAMal). Si, dans un canton, les primes encaissées par un assureur pour une année donnée étaient nettement plus élevées que les coûts cumulés dans ce canton-là,

l'assureur peut, dans le canton concerné, procéder à une compensation des primes l'année suivante. Le montant de la compensation doit être clairement indiqué et motivé par l'assureur dans la demande d'approbation. Celle-ci doit être déposée auprès de l'autorité de surveillance au plus tard à la fin du mois de juin de l'année suivante (cf. art. 17 LSAMal). La compensation des primes est possible si, après l'avoir effectuée, l'assureur dispose de réserves supérieures à 150% du niveau minimal visé à l'art. 11 al. 1 OSAMal (cf. art. 31 OSAMal). L'assureur peut réduire ses réserves si elles risquent de devenir excessives ; cette réduction s'opère sous la forme d'une compensation octroyée aux assurés dont le montant doit être réparti entre les assurés dans le champ territorial d'activité de l'assureur et approuvé par l'autorité de surveillance (cf. art. 26 OSAMal). Le Département fédéral de l'intérieur (DFI) a édicté une ordonnance pour le calcul du niveau minimal des réserves (cf. ordonnance du DFI du 18 octobre 2011 sur les réserves dans l'assurance-maladie sociale (ORe-DFI, RS 832.102.15).

**5.2.3** Les primes des assurés constituent, avec la participation aux coûts, la principale source de financement de l'AOS. Les principes régissant les primes ainsi que les prescriptions relatives au rabais en cas de formes particulières d'assurance sont restés dans la LAMal et l'OAMal (cf. art. 61 ss LAMal et 89 ss OAMal). L'assureur fixe le montant des primes à payer par ses assurés. En principe, il échelonne les montants des primes selon les différences des coûts cantonaux. Il peut échelonner les primes selon les régions. Le département délimite uniformément les régions ainsi que les différences maximales admissibles de primes fondées sur les différences de coûts entre les régions (cf. ordonnance du 25 novembre 2015 du DFI sur les régions de primes, RS 832.106). Les primes sont uniques par adulte, assureur et région.

**5.3**

**5.3.1** 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 inappropriés (c) et/ou s'ils entraînent

des réserves excessives (d) (cf. art. 16 al. 4 LSAMal). Les réserves sont excessives au sens de cette disposition lorsque la couverture du niveau minimal des réserves de l'assureur serait garantie à long terme avec un niveau inférieur de réserves (cf. art. 20 al. 5 OSAMal).

**5.3.2** Les documents et les informations qui doivent être joints aux tarifs et la description des standards dans lesquels ils doivent transmis sont fixés dans une directive de l'OFSP (cf. circulaire 5.1 mise à jour chaque année). Ils doivent être communiqués au plus tard cinq mois avant leur application (cf. art. 27 al. 1 et 2 OSAMal). Avant l'approbation, les cantons sont invités à donner leur avis sur l'évaluation des coûts pour leur territoire et obtenir à cet égard les informations nécessaires, lesquelles ne peuvent être rendues publiques ni transmises à des tiers (art. 16 al. 6 LSAMal). 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 Solvenzstest » qui est un test de solvabilité comprenant une estimation des réserves pour l'année suivante.

**5.3.3** 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). Ils sont en particulier tenus de lui fournir chaque année des indications sur les données liées à leur activité en matière d'assurance-sociale (art. 35 al. 2 LSAMal). L'art. 84 LAMal habilite les organes chargés d'appliquer cette loi ou la LSAMal, d'en contrôler ou d'en surveiller l'exécution, à traiter et à faire traiter des données personnelles pour accomplir les tâches que ces deux lois leur assignent. L'art. 84b LAMal traite de la communication de ces données. L'alinéa 3 de cette disposition dispose qu'en dérogation à l'art. 33 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1), les données d'intérêt général qui se rapportent

à l'application de ladite loi peuvent être publiées. L'anonymat des assurés doit être garanti.

**5.3.4**

**5.3.4.1** 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 apparier 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. L'OFSP est responsable de garantir l'anonymat des assurés dans le cadre de l'exploitation et de l'appariement des données (art. 28 al. 5 OAMal).

**5.3.4.2** 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 même disposition dicte à l'OFSP de publier, par assureur, (a) les recettes et dépenses ; (b) le résultat par assuré ; (c) les réserves ; (d) les provisions pour cas d'assurance non liquidés ; (c) les coûts des soins ; (f) la compensation des risques ; (g) les frais d'administration ; (h) l'effectif des assurés ; (i) les primes et (j) le bilan et compte d'exploitation.

**5.3.4.3** 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>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>chiffres & statistiques>statistiques de l'assurance obligatoire).

**6.**
Sur ce vu, il s'agit d'analyser, à l'aune des exceptions de la LTrans dont elle se prévaut et des arguments de l'intimée et du recourant à cet égard, la légitimité du refus de l'autorité inférieure de divulguer les pièces demandées (cf. consid. 7). Avant cela, seront rappelés ci-après les éléments essentiels de la décision litigieuse

**6.1** Dans sa décision litigieuse du 10 mars 2017, l'autorité inférieure avait réparti les documents en deux catégories, l'une (a) figurant la correspondance entre elle et l'intimée en relation avec l'approbation des primes, et l'autre (b) constituée des documents de l'intimée contenant des informations introduites dans une banque de données (appelée ISAK, cf. consid. 5.3.2) selon une procédure de téléchargement. Les deux catégories étaient ensuite schématiquement décrites sans qu'une liste des différents documents la composant ne figure dans la décision ou en annexe à celle-ci.

L'accès à la première catégorie de documents était nié car susceptible de porter notablement atteinte au processus de la libre formation de l'opinion et de la volonté de l'autorité inférieure (cf. art. 7 al. 1 let. a LTrans). Il était précisé que les documents de cette catégorie étaient « mélangés avec des informations sur l'activité d'affaires de B._____ […] et des données personnelles qui doivent être anonymées selon les art. 7 al. 1 let. g et 9 LTrans ». L'autorité inférieure était d'avis que les très nombreux noircissements qui devaient être effectués enlevaient une grande part de leur signification aux documents.

La divulgation des informations de la catégorie (b) était refusée sur le motif de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans bien que l'art. 7 al. 1 let. a LTrans fut également

confusément cité, le point 18 de la décision étant une simple redite du point 16. L'autorité inférieure estimait que ces informations – détail de la situation financière, provisions par canton, comptes de résultats par canton, indications relatives à la structure des assurés, à la politique commerciale, aux calculs budgétaires, estimation des réserves et des risques, stratégie – constituaient des secrets d'affaires.

Elle était d'avis que l'accès à de telles données conduirait à une distorsion de la concurrence dans la mesure où cela désavantagerait l'intimée puisque d'autres assureurs pourraient en tirer profit, et ce même si toutes les données de tous les assureurs étaient divulguées, ce qui nécessiterait, selon elle, une base légale expresse.

L'autorité inférieure concluait en affirmant que l'art. 28b al. 1 OAMal – disposition qui dérogerait à la LTrans (cf. *infra* consid. 9.2) – énumère exhaustivement les domaines dans lesquels elle est autorisée à publier par assureur des données.

**6.2** Le Tribunal observe que cette manière de faire n'est pas conforme aux exigences de motivation de la jurisprudence en matière de droit d'être entendu. Il s'est déjà prononcé à réitérées reprises sur la portée du droit d'être entendu dans le cadre d'une procédure aboutissant au prononcé d'une décision au sens de l'art. 15 LTrans (cf. notamment arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 3.2.1, A-4307/2010 du 28 février 2013 consid. 5.2). Ainsi, si l'autorité est de toute évidence admise à refuser la consultation des pièces qui font justement l'objet d'une procédure d'accès, elle reste tenue en tous les cas de communiquer au demandeur un résumé du contenu essentiel de ces documents, si elle les utilise à leur détriment (cf. art. 28 PA). Une motivation sommaire n'est pas admissible. La décision doit indiquer clairement les motifs qui ont conduit l'autorité à considérer que tel ou tel document ne pouvait pas être consulté ou alors que partiellement.

**6.3** Ce n'est que dans la réponse au recours qu'apparaissent les éclaircissements nécessaires. En effet, à l'appui de sa réponse et à la demande du Tribunal, l'autorité inférieure a produit un jeu des pièces litigieuses et a motivé en détail la portée de ces pièces et les raisons de son refus. On peut dès lors admettre que s'il faut retenir une violation du droit d'être entendu – que le recourant n'invoque pas mais que le Tribunal examine d'office – celle-ci a été réparée devant la Cour de céans compte tenu du fait que cette dernière dispose d'un même pouvoir d'examen sur ces questions que

l'autorité inférieure et que le recourant a eu la faculté de répliquer à la nouvelle motivation de l'autorité inférieure (cf. sur le droit d'être entendu et sa guérison, parmi d'autres arrêts du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 25 janvier 2016 consid. 3.3.2.1).

**7.**

**7.1** Ainsi qu'il vient d'être dit, dans sa réponse au recours, l'autorité inférieure a produit douze documents pour chacun desquels elle expose les raisons de leur confidentialité.

**7.1.1** Onze des documents en question ont été classés par l'autorité inférieure dans la catégorie (a) (cf. *supra* consid. 6.1.).

Sont mentionnées sur ces documents, des parties grisées qui doivent vraisemblablement constituer celles qui devraient être noircies en cas d'accès, l'autorité inférieure ayant décidé que cela n'avait plus de signification de les livrer avec de nombreux caviardages.

En substance, hormis les informations cachées en application de l'art. 7 al. 2 et 9 LTrans pour des motifs de protection des données personnelles, l'essentiel des arguments de l'autorité inférieure s'articule autour de l'assertion selon laquelle, un concurrent qui viendrait à connaître les estimations et les réflexions stratégiques de l'intimée pourrait adapter ses primes et son action de marketing en fonction des positions des faiblesses de celle-ci selon les cantons et axer sa politique d'acquisition de nouveaux assurés dans les cantons déterminés. Ce risque réaliserait la condition de l'exception visée à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans.

Il s'agit des documents suivants (descriptif et exposé des motifs de l'exception à la transparence selon l'autorité inférieure) :

> **Annexe 16**: Begleitschreiben von B._____ vom 22. Juli 2016 zur Prämieneingabe und Freigabeerklärung der Ersteingabe
>
> *Document contenant les estimations et les réflexions stratégiques d'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 d'B._____, il pourrait adapter ses primes et son action de marketing en fonctions des positions de faiblesse d'B._____ 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 assures dans ces deux cantons. Un concurrent pourrait ainsi profiter, en*

*ayant connaissance de ces données, pour axer sa politique d'acquisition de nouveaux assures dans des cantons déterrninés.*

**Annexe 18**: Begleitschreiben der B._____ vom 8. August 2016 zur Prämieneingabe und Freigabeerklärung der korrigierten Ersteingabe

*Seuls les noms des représentants d'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 d'B._____ dans chaque canton et en déduire la rnanière 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 d'B._____ 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 d'B._____ Assurances SA. La 2e annexe de ce document contient les nouvelles propositions de primes d'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 d'B._____ Assurances SA. Un concurrent pourrait en déduire les forces et les faiblesses d'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 rnenées 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 d'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 d'B._____ Assurances SA et de l'OFSP ont été cachés sur ce document.*

**Annexe 25**: Verfügung (Gehehmigungsschreiben) des BAG von 24. September 2016 zur Prämeiengehehmigung

*Décision d'approbation des tarifs de primes d'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 d'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 assures dans ce canton en particulier.*

Le dernier document qu'elle tient pour confidentiel (annexe 11) est constitué de deux exemples de captures d'écran tirées de la banque de données ISAK (cf. *supra* consid. 5.3.2), soit des éléments de la catégorie (b) (cf. *supra* consid. 6.1.). Elle précise à cet égard ce qui suit :

**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*.

En substance, l'autorité inférieure évoque également pour ces données, le risque de distorsion grave de la concurrence « dans le cadre de l'acquisition de nouveaux assurés » ou « dans le cadre d'éventuels développements de l'activité de l'entreprise d'assurance dans de nouveaux secteurs ou dans de nouvelles régions ». Elle prétend que les concurrents pourraient devancer l'intimée dans ses projets d'évolution commerciale et les réduire à néant. L'autorité inférieure insiste par ailleurs sur le fait que le législateur a expressément voulu que l'assurance-maladie sociale soit pratiquée par une pluralité d'assureurs pour une question de maîtrise des coûts.

**7.1.2** L'intimée est également de l'avis que la divulgation des informations demandées permettrait aux autres assurances de connaître les provisions par canton et de prévoir où l'intimée va augmenter, baisser ou stabiliser ses primes et d'adapter les leurs en conséquence. Si la stratégie d'un assureur est connue, les concurrents pourraient agir de manière proactive plutôt que de réagir. L'intimée perdrait ainsi un marché plus rapidement que prévu. Elle explique, dans ses observations finales, qu'aucun assureur ne chercherait plus à se montrer innovant mais qu'ils se contenteraient d'exploiter les faiblesses des concurrents.

**7.1.3** Il est à rappeler que, dans sa recommandation du 9 février 2017, le Préposé fédéral a considéré qu'il paraissait 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.

**7.2** Le Tribunal observe en premier lieu que, quoique tardivement (cf. *supra* consid. 6.3), l'autorité inférieure prend désormais la peine, dans la réponse au recours, de détailler les documents dont elle refuse l'accès et de préciser sa motivation quant au caractère dommageable de la divulgation des informations commerciales contenues dans les documents en question. A cet égard, elle expose clairement le risque concret de survenance élevé d'atteinte dommageable sérieuse et importante que la divulgation des informations contenues dans les documents en question causerait à la situation économique de l'intimée.

**7.2.1** Au vu de ces explications, le Tribunal retient d'abord que les informations demandées ont trait à des années pour lesquelles les tarifs de primes ont été approuvés par l'autorité inférieure et appliqués par l'intimée. Partant, la documentation demandée contient des données révolues. Il est toutefois erroné d'en déduire que les autres assureurs ne pourraient plus en tirer avantage pour modifier leur offre ou leur positionnement sur le marché pour les années concernées. En effet, comme l'a expliqué l'autorité inférieure en audience, outre le fait qu'au moment de la demande d'accès, soit en décembre 2016, les données budgétaires pour l'année suivante (soit 2017) figuraient dans la documentation, les données des années antérieures concernées par la demande d'accès pourraient permettre de dessiner la politique tarifaire de l'intimée et, partant, sa stratégie pluriannuelle, qui constitue une donnée commerciale. Ainsi, ces informations étaient encore susceptibles d'influencer de manière opérante les autres assureurs, et même s'ils avaient déjà dû produire, à ce moment, leurs propres données et pronostics et dont le tarif de primes a été approuvé.

De plus, bien qu'il s'agisse d'un marché réglementé par l'Etat (cf. *supra* consid. 5.1 et 5.2), le système voulu par le législateur est orienté vers la concurrence dans la mesure même où il implique une pluralité d'assureurs. Il s'agit d'un élément de concurrence résiduel essentiel, dans la mesure même où leur marge de manœuvre 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 étant réglées par la loi (cf.

consid. 5.1). 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.

Certes, toute situation de concurrence n'induit pas *de facto* une distorsion de la concurrence au sens de l'art. 7 al. 1 let. g LTrans (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3649/2014 du 26 janvier 2016 consid. 9.2.2, A-3621/2014 du 2 septembre 2015 consid. 5.2.4). Pour autant, le modèle économique basé sur la pluralité des caisses-maladie est destiné à contribuer à la lutte contre la hausse des coûts car il part du postulat que les assureurs ont 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). Pour atteindre cet objectif, il appert qu'il convient précisément de permettre aux caisses-maladie de ne pas dévoiler leur stratégie faute de réduire à néant la concurrence à la marge qui subsiste dans le système voulu par le législateur.

**7.2.2** Finalement, 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 (cf. *infra* consid. 5.1). Or, on ne peut exclure que la divulgation de certaines informations ayant trait à la société en charge de l'application de la LAMal pourrait nuire aux autres sociétés du groupe dans la mesure où le positionnement de l'une produit 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 quant à lui.

**7.2.3** Le Tribunal constate certes qu'un bon nombre des données, qui ressortent tant du tableau produit que de la correspondance, se retrouvent en partie déjà dans les documents soumis à publication aux termes de l'art.

28b OAMal, elles ont donc déjà été partiellement divulguées. C'est parfois l'appariement qui diffère dans la mesure où l'art. 28b al. 1 OAMal n'exige pas que les données mentionnées soient livrées par assureur alors que l'al. 2 de cette même disposition énumère les informations à donner par assureur qui ne se recoupent pas avec l'al. 1. Or la distinction entre les données retenues et celles déjà publiées aurait dû être opérée par l'autorité inférieure qui supporte le fardeau de la preuve de l'existence d'une exception à la LTrans (cf. *infra* consid. 4.3). Cet examen ne s'avérait toutefois en soi pas déterminant vu que la divulgation des données non couvertes par l'art. 28b OAMal viendrait, comme il a été vu, fausser le jeu de la concurrence.

**7.2.4** Par voie de conséquence, il s'ensuit que l'autorité inférieure a établi à suffisance de droit la survenance *hautement probable* d'une distorsion de la concurrence dommageable. Ainsi la réalisation de l'exception prévue à l'art. 7 al. 1 let. g LTrans peut-elle être retenue pour l'ensemble des données en cause.

**8.**
Pour invalider ce résultat, le recourant ne peut tirer argument comme il tente de le faire de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) *Magyar Helsinki Bizottság contre Hongrie* (Grande Chambre) du 28 novembre 2016 req. n° 18030/1 et exiger que, nonobstant la jurisprudence développée au sujet de l'art. 7 al. 1 LTrans (cf. *supra* consid. 4.6.3), il soit procédé à une pesée des intérêts semblable à celle de l'art. 7 al. 2 LTrans dans l'examen de l'exception des secrets d'affaires et qu'un poids prépondérant soit donnée à la transparence.

**8.1** Il est vrai qu'une partie de la doctrine s'est montrée critique – notamment à la suite de l'arrêt CEDH *Magyar Helsinki Bizottság* (cf. ALEXANDRE FLÜCKIGER/VALÉRIE JUNOD, La reconnaissance d'un droit d'accès aux informations détenues par l'Etat fondée sur l'art. 10 CEDH, in : Jusletter 27 février 2017, p. 24 ss), invoqué par le recourant – à l'égard de l'interprétation donnée par la jurisprudence de l'art. 7 al. 1 LTrans qui veut que comme une pesée des intérêts a été opérée en amont par le législateur, elle ne doit pas être pratiqué dans un cas concret (cf. jurisprudence citée *supra* consid. 4.4.1).

Or, un examen attentif de la portée de cette jurisprudence fédérale conduit à considérer qu'elle est compatible avec l'arrêt CEDH *Magyar Helsinki Bizottság* (cf. consid. 8.5) Pour le démontrer, il convient d'analyser tout d'abord cet arrêt, la Suisse étant liée par la jurisprudence de la Cour EDH

(cf. consid. 8.2) puis de le considérer à l'aune de la pratique tirée de la LTrans (cf. consid. 8.3).

**8.2**

**8.2.1** L'arrêt de la Cour EDH du 28 novembre 2016 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 tout d'abord que la demande d'accès ait pour but d'exercer « sa liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées » (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 158) ; autrement dit, que les documents requis soient nécessaires à la liberté d'expression du demandeur. Il s'agit là, selon les termes même de la Cour EDH, d'une « condition préalable ». Le deuxième critère a trait à la nature des informations recherchées, lesquelles doivent généralement présenter un intérêt public. Les demandes visant à satisfaire un goût pour le sensationnel et le voyeurisme ne sont pas protégées par l'art. 10 CEDH (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 162 ; ég. 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 » (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 164). La Cour EDH évoque en particulier la presse et les ONG, tout en rappelant le niveau de protection élevé dont bénéficient d'autres « chiens de garde publics » (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 168). Le quatrième critère tient à la disponibilité des informations sollicitées (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 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 (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 170).

**8.2.2** La condition et les critères ainsi dégagés par la Cour EDH étaient à l'évidence satisfait dans l'affaire en question qui mettait aux prises une ONG demandant des informations relatives aux avocats commis d'office et l'Etat hongrois qui les refusait au motif qu'elles contenaient des données personnelles non soumises à divulgation selon le droit hongrois. L'ingérence de l'Etat hongrois étant reconnue, la Cour a examiné dans un deuxième temps si elle était justifiée par une base légale suffisante, un but légitime et était « nécessaire dans une société démocratique » (cf. arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 181). C'est ce dernier point – celui de la proportionnalité – qui a posé problème, en particulier parce que la loi hongroise – du moins telle qu'interprétée par les juridictions nationales – excluait toute « appréciation sérieuse » du droit à la liberté d'expression (qui

inclut celui de recevoir des informations) de la demanderesse (arrêt *Magyar Helsinki Bizottság,* § 199). Aucune pesée des intérêts en présence n'était possible : la seule présence de données personnelles dans les documents requis empêchait leur divulgation sans qu'il ne soit procédé à un « contrôle minutieux » de la restriction du droit d'accès que la demanderesse pouvait tirer de l'art. 10 CEDH. La Cour EDH a condamné ce schématisme en imposant qu'il soit toujours procédé à une pesée des intérêts en présence au cas d'espèce (cf. aussi le commentaire de ISABELLE HÄNNER, Oeffentlichkeitsprinzip in der Steuerverwaltung, in : Expert Focus 6-7/2017, p. 24 ss).

**8.2.3** Contrairement aux attentes (cf. à cet égard la critique de BERTIL COTTIER, Accès aux documents administratifs : La Cour EDH pose des critères précis, in : Medialex 2017 p. 148, 157s), la Cour EDH s'est toutefois bien gardée d'ouvrir un droit d'accès général aux documents en mains d'autorités publiques. Elle a précisé considérer que « l'article 10 CEDH n'accorde pas à l'individu un droit d'accès aux informations détenues par une autorité publique, ni n'oblige l'État à les lui communiquer » (cf. arrêt*,* § 156). Ce n'est que lorsque l'accès à l'information est déterminant pour l'exercice par l'individu de son droit à la liberté d'expression, en particulier « la liberté de recevoir et de communiquer des informations », et que refuser la divulgation de cette information constitue une ingérence qu'un tel droit d'accès peut naître, aux conditions précitées (cf. *Idem*).

**8.3**

**8.3.1** La LTrans est plus généreuse à bien des égards puisqu'elle accorde un accès à toute personne, sans justification de son intérêt (cf. consid 4.2). Le demandeur peut être mû par la seule curiosité ; il n'est pas exigé que sa demande d'accès s'inscrive dans l'exercice de sa liberté d'expression ni qu'il joue un rôle de sentinelle particulier. Le privilège accordé aux médias consiste en une célérité accrue dans le traitement de leur demande (cf. art. 10 al. 4 LTrans en lien avec l'art. 9 OTrans) et dans la réduction voire l'exonération des émoluments (art. 15 al. 4 OTrans ; cf. ATF 139 I 114 consid. 4.3). Lorsque des données personnelles figurent dans les documents demandés (comme dans le cas *Magyar Helsinki Bizottság*), l'art. 7 al. 2 LTrans impose également – en conformité avec l'arrêt CEDH *Magyar Helsinki Bizottság* – de mettre en balance les intérêts à la transparence et ceux au respect de la sphère privé (cf. consid 4.6.3). Elle n'exclut ainsi pas automatiquement, contrairement à la loi hongroise, la divulgation de tels documents.

**8.3.2** En revanche, dans les situations saisies par l'art. 7 al. 1 let. a à h LTrans, selon la jurisprudence du Tribunal de céans, l'accès est nié sans qu'il soit procédé à une véritable pondération des intérêts en présence, le législateur ayant anticipé cette mise en balance. Cette interprétation se fonde notamment sur la différence de formulation de l'art. 7 al. 1 et de l'art. 7 al. 2 LTrans, ainsi que sur le Message LTrans (cf. FF 2003 1849). Il faut relever dans ce contexte que le Tribunal fédéral a confirmé l'interprétation de la Cour de céans (cf. *supra* consid. 4.4.1) à la faveur d'un arrêt prononcé le 27 septembre 2017 (cf. ATF 144 II 77 consid. 3 et 5.7) soit après celui de la CEDH, sans qu'il soit fait référence à ce dernier, quand bien même le demandeur était un journaliste et que le Tribunal fédéral a rappelé que les libertés de l'information et des médias consacrées aux art. 16 et 17 Cst. pouvaient être invoquées à l'appui de la requête d'accès, le principe de la transparence contribuant à leur réalisation.

Ainsi, la jurisprudence fédérale est conforme aux prescriptions de l'arrêt Cour EDH *Magyar Helsinki Bizottság,* dans la mesure où elle impose à l'autorité saisie d'évaluer *in casu* si la divulgation porterait une atteinte sérieuse et importante aux intérêts prédéfinis *in abstracto* par le législateur à l'art. 7 al. 1 let. a à h LTrans. En effet, la protection des documents concernés doit être indispensable à la sauvegarde de l'intérêt public ou privé reconnu par le législateur comme prépondérant en cause. Pour ce faire, trois conditions doivent être remplies: (1) un intérêt public ou un intérêt privé, (2) un intérêt public ou privé reconnu *in abstracto* comme prépondérant et (3) une protection du document qui soit *in concreto* indispensable à la sauvegarde de celui-ci. Elle est indispensable (*unerlässlich*) si elle est absolument nécessaire (*unbedingt notwendig*), en ce sens que, si l'accès aux documents est accordé, l'intérêt public ou privé important prédéfini en cause serait gravement affecté.

L'autorité doit donc bien procéder à une évaluation au cas par cas, en tenant compte de toutes les circonstances de l'espèce, faute de vider de son sens le régime des exceptions à la transparence

**8.3.3** Cette méthode, appelée aussi « test du préjudice » (« Schadensrisikoprüfung ») délègue à l'autorité l'examen de l'existence d'une atteinte (cf. PIERRE MOOR/ALEXANDRE FLÜCKIGER/VINCENT MARTENET, Droit administratif, vol. I, Berne 2012, n° 7.2.4.3, p. 966 ; ANNINA KELLER/DANIEL KÄMPFER, Öffentlichkeitsgesetz: Gerichte stärken das Recht auf Zugang zu Verwaltungsakten, in: Medialex 2018 p. 79 n° 35 ; KELLER/KÄMPFER Öffentlichkeitsgesetz: die neuere Rechtsprechung im Lichte des gesetzgeberischen Konzepts und seinen Stolpersteinen, in: Medialex 2017 p. 95 n° 26;

URS STEIMEN, in BSK DSG/BGÖ, ad art. 7 LTrans N 4). En ce sens, elle lui ménage ainsi une certaine et nécessaire marge d'appréciation conforme au principe de la proportionnalité, quand bien même la jurisprudence s'est montrée exigeante tant dans l'évaluation de l'atteinte que dans le risque de réalisation de celle-ci (cf. consid. 4.4.2).

Si ce test n'implique pas la même pesée des intérêts que celle prescrite en présence de données personnelles (cf. consid. 4.6.3), on est néanmoins loin de l'automatisme épinglé par l'arrêt de la Cour EDH *Magyar Helsinki Bizottság*, comme il a été exposé précédemment. De surcroît, en vertu du principe de la proportionnalité, l'accès à la documentation protégé par l'un des intérêts figurant à l'art. 7 al. 1 LTrans ne serait pas purement refusé : seules les parties concernées devraient faire l'objet d'une restriction (cf. consid. 4.4.2). A cela s'ajoute encore que la jurisprudence CEDH *Magyar Helsinki Bizottság* ne trouve application que dans des conditions spécifiques (cf. consid. 4.7.2.1), au premier chef desquelles, il faut que soit en jeu la liberté d'expression du demandeur, ce qui n'est pas le cas de toutes les demandes, à l'instar de la présente cause.

**8.4** Ainsi, l'arrêt de la Cour EDH *Magyar Helsinki Bizottság* ne remet pas en cause les interprétations jurisprudentielles des arts. 7 al. 1 et 7 al. 2 LTrans et le recourant ne peut en tirer une meilleure protection à ce que lui offre la LTrans.

**9.**

**9.1** L'issue du litige dispense la Cour de céans de l'examen de l'exception générale de l'art. 7 al.1 let a LTrans sur laquelle s'appuie également l'autorité inférieure pour refuser l'accès. Pour le même motif, peut souffrir de demeurer ouverte l'application de l'art. 7 al. 1 let. h LTrans et de l'art. 7 al. 2 LTrans invoqués par l'intimée.

**9.2** Cela étant, il convient encore de déterminer si une disposition spéciale ferait échec par dérogation à la LTrans. En effet, l'art. 4 LTrans, auquel les parties se réfèrent, réserve les *dispositions spéciales d'autres lois fédérales* qui déclarent certaines informations secrètes (let. a) ou qui déclarent certaines informations accessibles, à des conditions dérogeant à la présente loi (let. b). Par «lois fédérales», on entend uniquement des lois au sens formel du terme, soit des règles de droit ayant un caractère général et abstrait, édictées par le Parlement fédéral conformément à l'art.163 al. 1er Cst. (cf. BERTIL COTTIER, in: Öffentlichkeitsgesetz, ad art. 4 N 7).

**9.2.1** Le recourant ne prétend pas dans ses écritures qu'au titre de l'art. 4 let. b LTrans existerait une disposition légale autorisant l'accès dans la constellation de l'espèce à des documents confidentiels protégés par le secret d'affaires et le Tribunal n'en décèle aucune. Le recourant se contente de contester, à juste titre, les développements de l'autorité inférieure au sujet de l'art. 4 let. a LTrans.

**9.2.2** En effet, au titre de cette disposition, l'autorité inférieure se prévaut de l'art. 28b OAMal relatif à la publication des données des assureurs (cf. *supra* consid. 5.3.4.2). Cela étant, elle confond visiblement à cet égard, l'*information active* – laquelle est réglée par des dispositions spéciales et obligent les autorités à diffuser de leur propre initiative certaines informations –, de l'*information passive* qui est délivrée suite à une demande de tiers et pour laquelle la LTrans constitue une base légale suffisante (cf. arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3849/2014 du 25 janvier 2016 consid. 9.1.2). Il s'ensuit que si l'art. 28b OAMal contraint l'OFSP à une certaine transparence (devoir d'information), il ne l'empêche pas de communiquer d'autres documents sur demande. A cela s'ajoute que cette disposition ne figure pas dans une loi au sens formel mais dans une ordonnance édictée par le Conseil fédéral.

**9.2.3** L'autorité inférieure – ainsi que l'intimée qui s'y réfère également – s'appuie aussi sur l'art. 16 al. 6 LSAMal et, en particulier, sur le message du Conseil fédéral relatif à cet article. Ainsi que déjà exposé (cf. *supra* consid. 5.3.2), l'art. 16 al. 6 LSAMal dispose que (avant 2016, cf. art. 61 al. 5 et 21*a* aLAMal) :

> "Avant l'approbation des tarifs, les cantons peuvent donner leur avis aux assureurs et à l'autorité de surveillance sur l'évaluation des coûts pour leur territoire, pour autant que ces échanges ne prolongent pas la procédure d'approbation. 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."

Dans son message relatif à cet alinéa (cf. Message LSAMal, FF 2012 1725, 1749), le Conseil fédéral exprime l'avis que :

> "Ils [les cantons] n'auront toutefois pas le droit de publier ces informations ni de les transmettre à des tiers avant l'approbation des tarifs de primes. Le secret professionnel des caisses-maladie devra également être respecté après l'approbation."

Or, ce point de vue est en pleine concordance avec la LTrans qui, d'une part, précise que l'accès aux documents officiels n'est autorisé qu'après la

décision politique ou administrative dont ils constituent la base (art. 8 al. 2 LTrans, cf. consid. 4.5.1) et, d'autre part, érige déjà les secrets professionnels, d'affaires ou de fabrication comme des exceptions au droit d'accès. Toute la question à résoudre est justement *celle de la qualification des données concernées*, étant rappelé que toute information commerciale ne constitue pas un tel secret (cf. consid. 4.4.4). Ainsi, l'art. 16 al. 6 LSAMal ne constitue en rien une *lex specialis* au sens de l'art. 4 let. a LTrans.

**9.2.4** Il s'en suit que ni la let. a ni la let. b de l'art. 4 LTrans ne trouvent application au cas de l'espèce.

**10. Synthèse**

**10.1** Il découle de l'examen qui précède que l'autorité inférieure a retenu à bon droit que l'accès aux documents objets de la demande peut être refusé en application de la LTrans. C'est ainsi que la limitation d'accès décidée par l'autorité inférieure apparaît justifiée en l'espèce.

**10.2** Enfin, compte tenu du fait que l'autorité inférieure affirme que la documentation est identique pour les années précédentes, le raisonnement ainsi développé pour l'année 2017 peut être étendu aux années précédentes (cf. *supra* consid. 3.1).

**10.3** En conséquence, le recours est rejeté et la décision litigieuse confirmée.

**11.**

**11.1** Les frais de procédure comprenant l'émolument judiciaire et les débours sont mis à la charge de la partie qui succombe (art. 63 al. 1 PA et art. 1 al. 1 du Règlement concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral du 21 février 2008 [FITAF, RS 173.320.2]). Ainsi, le recourant, qui est débouté, devra supporter les frais de justice, par 1'000 francs, montant qui correspond à l'avance de frais effectuée.

**11.2** Le Tribunal peut allouer d'office ou sur requête à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (art. 64 al. 1 PA et art. 7 ss FITAF). L'intimée, qui a pris des conclusions dans la présente cause, obtient gain de cause. Elle n'a toutefois pas eu à faire appel à un mandataire extérieur à ses services et, partant, n'a pas droit à des dépens. L'autorité inférieure n'a elle-même pas droit à des dépens.

## Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

**1.**
Le recours est rejeté.

**2.**
Les frais de procédure, fixés à 1'000 francs, sont mis à la charge du recourant et prélevé sur l'avance de frais du même montant versée par ce dernier.

**3.**
Il n’est pas alloué de dépens.

**4.**
Le présent arrêt est adressé :

– au recourant (Acte judiciaire)
– à l’intimée (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
– au Préposé fédéral (courrier B)

L'indication des voies de droit se trouve à la page suivante.

Le président du collège : La greffière :

Jérôme Candrian Valérie Humbert

## Indication des voies de droit :

La présente décision peut être attaquée devant le Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par la voie du recours en matière de droit public, dans les trente jours qui suivent la notification (art. 82 ss, 90 ss et 100 LTF). Le mémoire doit être rédigé dans une langue officielle, indiquer les conclusions, les motifs et les moyens de preuve, et être signé. La décision attaquée et les moyens de preuve doivent être joints au mémoire, pour autant qu'ils soient en mains de la partie recourante (art. 42 LTF).

## Expédition :