

## MEMORANDUM

A l'intention de	Public Eye, Dienerstrasse 12, 8021 Zurich
Par	Markus Prazeller, MLaw, Avocat, LL.M.
Concerne	Restriction du droit d'accès prévu par la LTrans dans le cadre de la modification de la LAMal : 2 <sup>ème</sup> volet de mesures visant à freiner la hausse des coûts.
Date	3 mars 2022

*Ce texte est une traduction en français du mémorandum initialement rédigé en allemand. En cas de divergence, la version originale allemande fait foi.*

### A. Mandat

1. Le présent mémorandum a été rédigé par nos soins à la demande de Public Eye. Il ne prétend pas être exhaustif. Il ne peut être transmis à des tiers qu'avec l'accord écrit de Wagner Prazeller Hug AG.
2. Après avoir présenté la situation de départ (B.), ce mémorandum propose un aperçu général des bases légales du droit d'accès prévu par la loi sur la transparence. Il expose notamment sous quelles conditions le droit d'accès peut être limité (C.1.). Il explicite ensuite la restriction du droit d'accès envisagée par le Conseil fédéral, en situant la disposition en question sur le plan juridique dans le projet de loi, avant de la comparer avec d'autres dispositions relatives au secret dans le domaine de l'assurance sociale (C.2.). Le Mémorandum se conclut ensuite avec une appréciation (D.).

### B. Situation initiale

3. Le 2 juin 2020, la Chancellerie fédérale suisse a publié dans la Feuille fédérale l'aboutissement de l'initiative populaire fédérale « Pour des primes plus basses. Frein aux coûts dans le système de santé (initiative pour un frein aux coûts) » (ci-après « l'initiative »), lancée par le Parti démocrate-chrétien suisse (aujourd'hui "Le Centre"), exigeant que la Confédération « règle, en collaboration avec les cantons, les assureurs-maladie et les fournisseurs de prestations, la prise en charge des coûts par l'assurance obligatoire des soins de manière à ce que, moyennant des incitations efficaces, les coûts évoluent conformément à l'économie nationale et aux salaires moyens. Elle introduit à cet effet un frein aux coûts ». <sup>1</sup>
4. Le Conseil fédéral a rejeté l'initiative et le « mécanisme » de réduction des coûts qu'elle propose, les jugeant « trop rigides ». Il a présenté en novembre 2021 un contre-projet indirect

<sup>1</sup> Arrêté fédéral relatif à l'initiative populaire « Pour des primes plus basses. Frein aux coûts dans le système de santé (initiative pour un frein aux coûts) » (projet), FF 2021 2820.

à l'initiative, ayant pour objet l'introduction d'un objectif de croissance maximale des coûts dans l'assurance obligatoire des soins. Le Conseil fédéral avait initialement prévu un ensemble de mesures nettement plus complet, incluant un contre-projet indirect à l'initiative, mis en consultation en août 2020. Celui-ci prévoyait diverses adaptations de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal ; RS 832.10), parmi lesquelles une restriction du droit d'accès conformément à la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) (« Modification de la LAMal : 2<sup>ème</sup> volet de mesures visant à maîtriser les coûts »). En avril 2021, après avoir pris connaissance du rapport sur les résultats de la consultation, le Conseil fédéral a décidé d'extraire la proposition d'objectif de maîtrise des coûts de son ensemble de mesures et de la présenter seule comme contre-projet à l'initiative.<sup>2</sup>

5. Les mesures du 2<sup>ème</sup> volet seront poursuivies séparément. Selon l'annonce du Conseil fédéral, elles seront présentées dans le cadre d'un message correspondant au premier semestre 2022.<sup>3</sup>
6. Les mesures adoptées par le Conseil fédéral le 19 août 2020 dans le cadre du deuxième volet de mesures visant à maîtriser les coûts prévoient notamment l'ancrage dans la loi des modèles de prix et des restitutions, et, dans ce contexte, la limitation de l'accès aux documents officiels. Selon l'acte modificateur<sup>4</sup> présenté par le Conseil fédéral, la LAMal doit être complétée à l'avenir notamment par les art. 52b et 52c suivants :

*Art. 52b Restitutions*

*<sup>1</sup> Lorsqu'il fixe le prix des médicaments conformément à l'art. 52, al. 1, let. b, l'OFSP peut prévoir, pour autant que le respect des principes de l'art. 32 le requiert, l'obligation pour le titulaire de l'autorisation de restituer une partie du prix des médicaments:*

- a. à l'assureur, à sa demande, ou*
- b. au fonds pour les restitutions, à la demande de l'OFSP.*

*<sup>2</sup> Le Conseil fédéral peut habiliter le DFI à prévoir des restitutions au sens de l'al. 1 dans les listes visées à l'art. 52, al. 1, let. a.*

- 
- <sup>2</sup> Communiqué de presse du Conseil fédéral intitulé « Le Conseil fédéral rejette l'initiative pour un frein aux coûts et adopte le contre-projet », disponible à l'adresse <<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-85812.html>> (consulté pour la dernière fois le 3 mars 2022).
  - <sup>3</sup> Office fédéral de la santé publique (OFSP), Communiqué du 10 novembre 2021, disponible à l'adresse <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>> (Consulté pour la dernière fois le 3 mars 2022).
  - <sup>4</sup> Documents de consultation, Modification de la LAMal : 2e volet de mesures visant à maîtriser les coûts, disponibles à l'adresse <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>> (Consulté pour la dernière fois le 3 mars 2022).

<sup>3</sup> Il règle :

- a. les conditions auxquelles des restitutions au sens de l'al. 1 peuvent être prévues ;
- b. le calcul et les modalités de la restitution ;
- c. la répartition entre les assureurs des sommes versées au fonds pour les restitutions ;
- d. les frais d'administration du fonds pour les restitutions.

Art. 52c *Exception au droit d'accès aux documents officiels*

*L'accès aux documents officiels au sens de l'art. 5 de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence est refusé dans la mesure où ils concernent le montant, le calcul ou les modalités des restitutions au sens de l'art. 52b.*

7. Le rapport explicatif relatif à la modification de la LAMal (2<sup>ème</sup> volet de mesures visant à freiner la hausse des coûts) (ci-après « Rapport »), précise que le calcul du montant des restitutions doit être exclu de l'accès au même titre que le montant lui-même. Cette exclusion concerne donc également les informations relatives au calcul et à la fixation des restitutions, c'est-à-dire l'évaluation du caractère économique ou des deux critères de fixation des prix (comparaison avec les prix pratiqués à l'étranger et comparaison thérapeutique). En outre, l'accès aux informations relatives aux modalités de remboursement est lui aussi refusé.<sup>5</sup>
8. Dans son rapport, le Conseil fédéral qualifie de « nécessité » la restriction au droit d'accès pour les documents officiels relatifs aux rétributions susmentionnées et la justifie essentiellement par les arguments suivants<sup>6</sup> :
  - Toutes les restitutions ne peuvent être « indiquées en toute transparence », car lorsque les restitutions sont trop élevées, les titulaires d'autorisation ne seraient pas disposés à ce qu'elles soient rendues publiques. A l'étranger, les prix effectivement payés et le montant de la restitution sont « entourés d'un grand secret ». Les prix effectivement remboursés ne sont donc pas publiés, et le calcul du prix, dans de tel cas, n'est pas rendu accessible au public. « En Suisse aussi, les entreprises pharmaceutiques sont prêtes à proposer leurs médicaments à des prix nettement inférieurs si, dans des cas exceptionnels, seul le prix maximum est publié ».
  - L'article 7 de la LTrans comporte une disposition permettant de limiter ou de refuser l'accès en vertu du secret professionnel, d'affaires et de fabrication. Toutefois, avec la décision A-3649/2014, le Tribunal administratif fédéral a refusé *de lege lata* l'application

---

<sup>5</sup> Rapport explicatif relatif à la modification de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance maladie (2<sup>ème</sup> volet de mesures visant à freiner la hausse des coûts) à titre de contre-projet indirect à l'initiative populaire fédérale 'Pour des primes plus basses. Frein aux coûts dans le système de santé (initiative pour un frein aux coûts)', p. 77, disponible à l'adresse <<https://www.bag.admin.ch/bag/fr/home/versicherungen/krankenversicherung/krankenversicherung-revisionsprojekte/kvg-aenderung-massnahmen-zur-kostendaempfung-paket-2.html>> (Consulté pour la dernière fois le 3 mars 2022) [citations issues du rapport explicatif].

<sup>6</sup> Rapport explicatif, p. 36 ss.

de la disposition en question dans le cadre de la fixation du prix d'un médicament.

- La majorité des requêtes concernant des documents relatifs à des médicaments figurant sur la liste des spécialités ne proviennent pas seulement de personnes souhaitant s'informer sur l'action de l'Etat, mais aussi de titulaires d'autorisations de mise sur le marché désirant consulter les informations commerciales d'entreprises concurrentes. De plus, selon le rapport explicatif du Conseil fédéral, le droit d'accès permet de collecter des pièces justificatives avant ou pendant un litige, ce qui est contraire à l'objectif de la LTrans.
- Une limitation du droit d'accès permettrait ainsi de réduire les coûts en supprimant les dépenses liées au traitement des demandes d'accès à des informations relatives aux médicaments en vertu de la loi sur la transparence.

## C. Droit matériel

---

### 1. Droit d'accès en vertu de la LTrans

#### 1.1. Généralités

9. La Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans ; RS 152.3) a été adoptée par le Parlement le 17 décembre 2004 et est entrée en vigueur le 1er juillet 2006. Elle vise à « promouvoir la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité de l'administration. » (Art. 1, LTrans). La mise en œuvre de la LTrans a entraîné un changement de paradigme dans la politique d'information de la Confédération, et a remplacé le principe du secret sous réserve de transparence qui prévalait jusqu'alors, en établissant au niveau fédéral le principe de transparence (principe de transparence sous réserve du secret).<sup>7</sup>
10. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le principe de transparence constitue « une condition essentielle pour permettre une participation démocratique adaptée au processus de décision politique et pour un contrôle efficace des autorités étatiques ». <sup>8</sup> Selon BLECHTA, le principe de transparence augmente la pression exercée sur les décideurs étatiques, dont les décisions (et leurs fondements) sont plus facilement compréhensibles et peuvent être contrôlées, ce qui élimine en grande partie les « boîtes noires » existantes dans le cadre des processus de prise de décision politiques et administratifs.<sup>9</sup>
11. Le droit d'accès accordé par la LTrans est un droit subjectif et exécutoire garanti à toute personne et qui, en tant que droit individuel, n'est pas lié aux caractéristiques personnelles du demandeur.<sup>10</sup> Il s'ensuit notamment que le requérant n'a pas à prouver ou à rendre

---

<sup>7</sup> MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: EHRENZELLER (éditions), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006, p. 15.

<sup>8</sup> TF 133 II 209 E. 2.3.1, avec renvoi à d'autres références

<sup>9</sup> BSK BGÖ-BLECHTA, Art. 1 N 6.

<sup>10</sup> Office fédéral de la justice, Commentaire : Ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence, du 24 mai 2006, paragraphe 1; BSK BGÖ-BLECHTA, Art. 1 N 20.

vraisemblable l'existence d'un intérêt à accéder au document<sup>11</sup>, ni à motiver sa demande<sup>12</sup>.

12. Le droit d'accès prévu par la LTrans n'impose aux autorités qu'une information passive : il ne les oblige pas à informer activement le public, obligation qui découle – au niveau constitutionnel et en ce qui concerne la politique gouvernementale du Conseil fédéral – de l'art. 180, al. 2, Cst.<sup>13</sup> La LTrans régit l'accès aux documents officiels (art. 5 LTrans). Selon l'art. 5, al. 1, LTrans, est considérée comme document officiel toute information (i) qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), (ii) qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a été communiquée (let. b) et (iii) qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). Ne sont en revanche pas des documents officiels les documents qui sont commercialisés par une autorité, qui n'ont pas atteint leur stade définitif d'élaboration ou qui sont destinés à l'usage personnel (art. 5, al. 3, LTrans).

## 1.2. Champ d'application à raison de la personne et de la matière (Art. 2 ss. LTrans)

13. L'art. 2 LTrans définit le champ d'application de la loi à raison de la personne, et précise que la LTrans s'applique à l'administration fédérale et aux Services du Parlement (art. 2, al. 1, let. a et c, LTrans) ainsi qu'aux organismes et personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale, dans la mesure où ils édictent des actes ou rendent en première instance des décisions au sens de l'art. 5 de la PA (art. 2, al. 1, let. b, LTrans). En revanche, ni le Conseil fédéral en tant qu'autorité collégiale, ni l'Assemblée fédérale et ses commissions parlementaires n'entrent dans le champ d'application personnel de la loi.<sup>14</sup> L'art. 2, al. 2, LTrans exclut en outre la Banque nationale suisse et l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers du champ d'application de la loi à raison de la personne.
14. Le champ d'application de la LTrans à raison de la matière est défini à l'art. 3 LTrans. Le point de départ est d'abord l'accès aux documents officiels selon l'art. 5 LTrans. Le législateur définit le champ d'application à raison de la matière sous la forme d'une liste négative. Ainsi, la loi ne s'applique pas à l'accès aux documents officiels concernant les procédures judiciaires (art. 3, al. 1, let. a, LTrans), ni à la consultation du dossier par une partie dans une procédure administrative de première instance (let. b). Ces dispositions concernent aussi bien les procédures en cours que les procédures closes.<sup>15</sup>
15. Il résulte *a contrario* de cette liste négative que la LTrans (sous réserve de l'art. 4 LTrans) s'applique matériellement à tous les domaines qui ne sont pas mentionnés dans l'énumération légale.<sup>16</sup>

<sup>11</sup> BRUNNER/MADER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung N. 40.

<sup>12</sup> BSK BGÖ-BLECHTA, Art. 1 N 21.

<sup>13</sup> Cf. MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes – Einführung in die Grundlagen, in: EHRENZELLER (Hrsg.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St. Gallen 2006, p. 17.

<sup>14</sup> BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 2 N 9 ss

<sup>15</sup> Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, en date du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1832, point. 2.1.3.

<sup>16</sup> BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 3 N. 1.

### 1.3. Dispositions spéciales réservées (Art. 4 LTrans)

16. L'art. 4 LTrans formule une réserve concernant les dispositions spéciales qui priment sur la LTrans et excluent ou limitent ainsi son application. Cette disposition a été introduite dans le projet de loi par le Conseil fédéral après la consultation et concrétise le principe juridique selon lequel les règles spéciales priment sur les règles générales (*lex specialis derogat legi generali*).<sup>17</sup> L'art. 4 LTrans constitue donc *a contrario* une restriction du principe selon lequel le droit le plus récent prime sur le droit plus ancien (*lex posterior derogat legi priori*), qui stipule expressément l'applicabilité d'autres lois fédérales, qu'elles aient été adoptées avant ou après l'entrée en vigueur de la LTrans.<sup>18</sup>
17. Selon le message du Conseil fédéral, la notion de « loi fédérale » mentionnée à l'art. 4 LTrans doit être comprise comme une loi formelle au sens de l'art. 163, al. 1, Cst.<sup>19</sup> Les dispositions relatives au secret au niveau de l'ordonnance ne peuvent donc pas justifier une limitation du droit d'accès.
18. Selon l'art. 4 LTrans, les dispositions spéciales contraires sont celles qui déclarent certaines informations secrètes (let. a) ou accessibles à des conditions dérogeant à la LTrans (let. b). Ces dispositions sur le secret visent à protéger les personnes physiques et morales contre les atteintes à leur vie privée et à garantir le bon fonctionnement de l'administration.<sup>20</sup> Concernant l'art. 4 LTrans, COTTIER constate en outre que le droit fédéral contient diverses normes relatives au secret qui visent à protéger des intérêts publics importants, tels que la défense nationale ou la sécurité intérieure, mais aussi et surtout à garantir la sécurité d'informations relevant de la sphère privée des citoyens.<sup>21</sup> En d'autres termes, le droit d'accès ne doit être limité que lorsque des intérêts privés (ou des intérêts prépondérants de l'Etat) s'opposent au droit d'accès, ce qui correspond d'ailleurs au concept de l'art. 7 LTrans (exceptions au droit d'accès).
19. L'adoption irréfléchie d'une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans (ou l'adoption irréfléchie de nouvelles dispositions spéciales) conduit en revanche à vider de sa substance le principe de transparence et est en contradiction avec la finalité de l'art. 1 LTrans, qui est de promouvoir la transparence quant à la mission, à l'organisation et à l'activité de l'administration. C'est d'ailleurs dans ce contexte qu'il faut replacer l'ATF 146 II 265, par lequel le Tribunal fédéral annule une décision du Tribunal administratif fédéral selon laquelle l'art. 10, al. 4, en relation avec l'art. 12 de la loi fédérale sur la sécurité des produits (LSPro ; RS 930.11) constitue une base légale spéciale qui prime sur la loi sur la transparence selon l'art. 4 LTrans.

<sup>17</sup> COTTIER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung N. 40; BSK BGÖ- STAMM-PFISTER, Art. 4 N 2.

<sup>18</sup> BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N 2.

<sup>19</sup> Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, en date du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1832, point. 2.1.4.

<sup>20</sup> BSK StGB II-OBERHOLZER, Art. 320 N.1.

<sup>21</sup> COTTIER, in: BRUNNER/MADER (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Einleitung N. 40; BSK BGÖ- STAMM-PFISTER, Art. 4 N 9 unter Hinweis auf konkrete Geheimhaltungsinteressen.

Les dispositions susmentionnées visent essentiellement à faire en sorte que les organes d'exécution puissent mettre en garde la population contre les produits dangereux et rendre publiques leurs informations sur la dangerosité de certains produits et sur les mesures prises, tout en respectant par ailleurs leurs obligations en matière de confidentialité. Le Tribunal fédéral précise que ces dispositions ne peuvent pas être considérées comme une *lex specialis* relative au droit d'accès prévu par la LTrans. Il ajoute que le fait que le message d'une loi adoptée après l'entrée en vigueur de la LTrans ne contienne pas d'indications sur la coordination avec la LTrans ne permet pas de conclure que la validité de la LTrans devait être limitée.<sup>22</sup> Le Tribunal fédéral estime par ailleurs que l'obligation au secret, prévue par l'art. 12 LSPro, ne va pas au-delà du secret professionnel, du secret d'affaires ou du secret de fabrication en général.<sup>23</sup>

20. Selon la jurisprudence, les lois fédérales suivantes contiennent notamment une limitation du droit d'accès au sens de l'art. 4 LTrans (la présente liste<sup>24</sup> ne prétend cependant pas être exhaustive) :
- Loi fédérale sur les marchés publics (LMP ; RS 172.056.1) ;
  - Loi fédérale sur le renseignement (LRens ; RS 121) ;
  - Loi fédérale sur l'impôt fédéral direct (LIFD ; RS 642.11) ;
  - Loi fédérale sur l'impôt anticipé (LIA ; RS 642.21) ;
  - Loi fédérale sur les droits de timbre (LT ; RS 641.10) ;
  - Loi fédérale régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA ; RS 641.20) ;
  - Loi fédérale sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID ; RS 642.14) ;
  - Loi sur la statistique fédérale (LSF ; RS 431.01) ;
  - Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (LDAI ; RS 817.0) ;
  - Loi sur l'Assemblée fédérale (LParl ; RS 171.10) ;
  - Loi fédérale sur l'agrément et la surveillance des réviseurs (LSR ; RS 221.302) ;
  - Loi fédérale sur les chemins de fer (LCdF ; RS 742.101) ;
  - Loi fédérale sur les installations à câbles transportant des personnes (LICa ; RS 743.01) ;
  - Loi fédérale sur le transport de voyageurs (LTV ; RS 745.1) ;
  - Loi fédérale sur la navigation intérieure (LNI ; RS 747.201) ;

---

<sup>22</sup> ATF 146 II 265, E. 5.2.1.

<sup>23</sup> ATF 146 II 265, E. 5.2.2.

<sup>24</sup> Renseignements fournis par écrit à Public Eye par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) le 6 septembre 2021, et mis à disposition de l'auteur.

- Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne (LB ; RS 952.0) ;
- Loi fédérale sur les brevets d'invention (LBI ; RS 232.14) ;
- Loi fédérale sur les crédits garantis par un cautionnement solidaire à la suite du coronavirus (LCaS-COVID-19 ; RS 951.26).

21. Selon les explications fournies dans le message du Conseil fédéral relatif à la LTrans, les normes relatives au secret dans le droit des assurances sociales sont également des dispositions spéciales au sens de l'art. 4 LTrans.<sup>25</sup> On peut citer à cet égard l'exemple de l'art. 33 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA ; RS 830.1), selon lequel les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers. La conception véhiculée par le message est en contradiction avec la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, qui ne qualifie pas l'art. 33 LPGA de disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans. Selon le Tribunal administratif fédéral, cette disposition de la LPGA vise principalement à garantir la protection de la personnalité de la personne assurée : il faut donc considérer l'art. 33 LPGA comme une concrétisation de la protection générale de la personnalité garantie par l'art. 28 CC. Celle-ci n'est pas considérée comme une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans lorsque les informations ne concernent pas les données d'un assuré, ce qui, selon le Tribunal administratif fédéral, doit également s'appliquer à la disposition correspondante de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA ; RS 832.20).<sup>26</sup>
22. Par ailleurs, selon un arrêt récent du Tribunal fédéral,<sup>27</sup> les articles 61 et 62 de la loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (LPTh, RS 812.21) ne constituent pas non plus des dispositions spéciales au sens de l'art. 4 LTrans.

#### 1.4. Limitations du droit d'accès en raison d'intérêts prépondérants (art. 7 LTrans)

23. Contrairement à l'art. 2 s. LTrans, l'art. 7 LTrans ne limite pas le champ d'application de la LTrans. Selon l'opinion dominante, en formulant les exceptions de l'art. 7, al. 1 LTrans, le législateur a déjà anticipé une pesée concrète des intérêts en énumérant de manière exhaustive les exceptions entraînant une limitation du droit d'accès.<sup>28</sup> L'autorité doit uniquement déterminer si l'octroi de l'accès entraîne un risque (sérieux) de préjudice par rapport aux intérêts en cause ; elle ne peut pas, en revanche, procéder à une pesée des intérêts.<sup>29</sup> Cela n'empêche cependant pas les tribunaux de procéder parfois à une pesée

<sup>25</sup> Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, en date du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1833, point. 2.1.4.

<sup>26</sup> Arrêt (TAF) A-5111/2013 du 6 août 2014 E. 4.1 ss.

<sup>27</sup> Arrêt (TAF) 1C\_562/2017 du 2 juillet 2018 E. 3.2.

<sup>28</sup> BSK BGÖ-HÄNER/STEIMEN, Art. 7 N. 3 ; Message du Conseil fédéral en date du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1848, point. 2.2.2.1

<sup>29</sup> COTTIER/SCHWEIZER/WIDMER, in: BRUNNER/MADER (Editions), Stämpflis Handkommentar zum BGÖ, Art. 7 N. 4; BSK BGÖ-STAMM-PFISTER, Art. 4 N 9 avec d'autres références à des intérêts au maintien du secret ; BSK BGÖ- HÄNER/STEIMEN, Art. 7 N 3 s.

concrète des intérêts lorsqu'ils évaluent la légitimité d'une restriction du droit d'accès.<sup>30</sup> Il convient en revanche de procéder à une pesée des intérêts lors de l'évaluation de l'art. 7, al. 2 LTrans, selon lequel l'accès est limité si son octroi peut porter atteinte à la sphère privée de tiers.

24. L'énumération (exhaustive) de l'art. 7, al. 1, LTrans protège non seulement les intérêts publics tels que la formation de l'opinion par les autorités et les intérêts de l'Etat en matière de sécurité, mais aussi les intérêts des particuliers. Ainsi, l'art. 7, al. 1, LTrans contient également, à la lettre g, une disposition qui protège le secret professionnel, le secret d'affaires et le secret de fabrication. Enfin, la let. h permet de limiter l'accès à des informations qui ont été communiquées volontairement à l'autorité par des tiers et dont l'autorité a garanti le secret.

## **2. Limitation du droit d'accès dans le cadre de la révision de la LAMal**

### **2.1. Généralités**

25. Comme indiqué plus haut au para. 6, le volet de mesures adopté par le Conseil fédéral en août 2020 prévoit l'ancrage dans la loi de modèles de prix et de restitutions et, par conséquent, une restriction du droit d'accès au titre de la LTrans, en quelque sorte à titre de mesure d'accompagnement. Selon l'art. 52c P-LAMal, l'accès aux documents officiels au sens de l'art. 5 LTrans est refusé « dans la mesure où ils concernent le montant, le calcul ou les modalités des restitutions visés à l'art. 52b ».
26. Selon son rapport explicatif, le Conseil fédéral considère que la limitation du droit d'accès est une « nécessité ». Les raisons invoquées par le Conseil fédéral sont indiquées plus haut au para. 8.

---

<sup>30</sup> Cf TF 1C\_462/2018 du 17 avril 2019, E. 5.1; KÄMPFER, Strenge Rechtsprechung zum Öffentlichkeitsprinzip festigt sich, Medialex 02/2020, 4 mars 2020, <<https://doi.org/10.52480/ml.20.6>, N. 31> (Consulté pour la dernière fois le 3 mars 2022).

## 2.2. Classification juridique de l'art. 52c P-LAMal

27. Le rapport explicatif du Conseil fédéral ne contient aucune indication sur la classification juridique de la limitation du droit d'accès selon l'art. 52c P-LAMal.
28. Selon la systématique de la loi sur la transparence (voir en particulier les para. 9 ss. plus haut) et le libellé de la disposition, l'art. 52c P-LAMal est une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans, qui prévoit une restriction (complète) de l'accès aux documents officiels concernant le montant, le calcul ou les modalités des restitutions prévues par l'art. 52b et considère donc lesdits documents comme confidentiels au sens de l'art. 4, let. a, LTrans.
29. Par souci d'exhaustivité, il convient de souligner qu'aucun motif juridique ne s'oppose *prima facie* à l'adoption et à l'applicabilité d'une disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans, pour autant que la disposition en question ait été adoptée dans le cadre du processus législatif prescrit par la Constitution et la loi, et qu'elle ait en outre été intégrée dans une loi au sens formel, conformément à l'art. 163, al. 1, Cst (voir para. 17 du présent document). En d'autres termes, le législateur est libre d'intégrer une disposition limitant l'accès (comme l'art. 52c) dans la loi fédérale sur l'assurance-maladie et d'aider ainsi à limiter en pratique l'application du principe de transparence. Cela ne signifie pas pour autant que la restriction complète soit juridiquement fondée.

## 2.3. Autres dispositions limitant l'accès dans le domaine des assurances sociales

30. Il existe, dans le domaine des assurances sociales et de la législation sur les produits thérapeutiques, diverses dispositions imposant le secret aux autorités concernées et ainsi susceptibles, en tant que *lex specialis* par rapport à la loi sur la transparence, de restreindre le droit d'accès prévu par la LTrans. A cet égard, nous renvoyons en particulier aux dispositions pertinentes de la LPGa, de la LAA et de la LPTTh. Comme indiqué au para. 21 ss. ci-dessus, la jurisprudence ne prévoit pas de dispositions spéciales au sens de l'art. 4 LTrans dans les dispositions correspondantes des lois fédérales précitées, du moins en ce qui concerne les documents qui ne contiennent pas d'informations relatives aux assurés.
31. Les dispositions spéciales qui priment sur la LTrans se trouvent quant à elles en premier lieu dans les domaines de la sécurité publique et de la législation fiscale (voir para. 20 ci-dessus).

## 2.4. Critiques émises lors de la consultation

32. Dans le rapport de consultation, la limitation du droit d'accès n'est abordée que par certains participants.
33. Concernant les cantons, le canton de Thurgovie s'oppose à la restriction du droit d'accès. Il explique que le principe de transparence nécessite que les pratiques de l'OFSP en matière d'autorisation soient compréhensibles, sans quoi il n'existerait aucune possibilité d'examiner publiquement les modalités d'octroi d'autorisations dans ce domaine particulièrement

sensible.<sup>31</sup> Parmi les partis politiques, le Parti socialiste suisse s'est notamment prononcé contre la limitation du droit d'accès.<sup>32</sup> L'Union syndicale suisse (USS) a également critiqué l'art. 52c P-LAMal, estimant que la limitation du principe d'accès constitue un dangereux « précédent de capitulation devant des intérêts économiques privés ».<sup>33</sup>

34. Des critiques ont aussi été émises par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), qui s'était opposé, dans le cadre de la consultation des offices, à la limitation du droit d'accès liée aux modèles de prix des médicaments. Selon lui, il existe un « large consensus en faveur de la transparence des coûts dans le domaine de la santé », raison pour laquelle il est « indispensable » que la population et les concurrents puissent continuer à « comprendre et contrôler de manière exhaustive » la pratique de l'OFSP en matière d'autorisation.<sup>34</sup> Le Conseil fédéral n'a pas tenu compte de ces arguments, puisque l'art. 52c P-LAMal a été repris dans le projet de loi.

#### D. Appréciation

---

35. Avec l'art. 52c P-LAMal, le Conseil fédéral envisage une restriction globale du droit d'accès de la LTrans concernant le montant, le calcul ou les modalités des restitutions au sens de l'art. 52b P-LAMal. Selon le point de vue défendu ici, il faut y voir une restriction du principe de transparence contraire au système. Cette conclusion s'impose notamment si l'on tient compte du fait que d'autres lois fédérales dans le domaine des assurances sociales ne contiennent aucune disposition spéciale au sens de l'art. 4 LTrans.
36. L'argument du Conseil fédéral, selon lequel la majorité des demandes d'accès ne sont pas déposées par des personnes souhaitant s'informer sur les activités de l'Etat, mais par des entreprises concurrentes qui collectent des pièces justificatives par le biais du droit d'accès à la LTrans avant ou pendant des litiges, n'est guère convaincant. Le Conseil fédéral méconnaît le fait que le droit d'accès à la LTrans est un droit individuel qui ne peut pas être lié à des caractéristiques particulières. L'idée de se fonder sur l'identité du requérant est contraire au principe de transparence : elle ne peut donc jouer aucun rôle dans l'évaluation de la limitation du droit d'accès, d'autant que des entreprises concurrentes sont également susceptibles d'avoir un intérêt légitime à obtenir un droit d'accès. L'idée d'imposer des limites au droit d'accès en fonction de l'identité de la partie requérante ne convainc pas. Le Conseil fédéral oublie également que, conformément au libellé explicite de l'art. 3 LTrans, la loi sur la

---

<sup>31</sup> Conseil d'Etat du Canton de Thurgovie, Consultation relative à la modification de la loi fédérale sur l'assurance maladie du 18 mars 1994 (2<sup>ème</sup> volet de mesures visant à maîtriser les coûts) du 17 Novembre 2020, p. 3.

<sup>32</sup> Office fédéral de la santé publique (OFSP), Modification de la loi fédérale sur l'assurance maladie : 2<sup>ème</sup> volet de mesures visant à maîtriser les coûts), rapport sur les résultats de la procédure de consultation, p.34.

<sup>33</sup> Union syndicale suisse (USS), Consultation relative à la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance maladie relative aux mesures visant à maîtriser les coûts (volet 2) du 21 Octobre 2020, p. 6.

<sup>34</sup> Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), 27<sup>ème</sup> rapport d'activité 2019/20, p. 75

transparence n'est déjà pas applicable *de lege lata* aux documents officiels de la procédure judiciaire au sens de l'art. 3, al. 1, LTrans. Les justifications à ce sujet dans le rapport explicatif (demandes d'accès pour l'obtention d'éléments de preuve) ne sont donc pas compréhensibles dans leur ensemble.

37. Le fait que le Conseil fédéral ne se base manifestement pas en premier lieu sur des intérêts juridiques pour justifier l'exception légale, mais choisisse de se laisser guider par des objectifs politiques, est également critiquable. Il apparaît, à l'évidence, que la mesure de restriction d'accès a pour objectif de créer des incitations économiques : le rapport explicatif indique en effet que les titulaires d'autorisation n'accepteraient pas de rendre public le montant des restitutions si ceux-ci dépassent un certain montant. Une politique économique est ainsi menée au détriment du principe de transparence, et l'on intervient en outre dans la concurrence par le biais de dispositions relatives au secret, d'une manière que l'on ne peut que juger contraire à l'intérêt d'une économie de marché libérale (art. 1 LCart). Dans le domaine des assurances sociales en particulier, qui engendre des coûts considérables pour l'Etat et les assurés, il ne semble pas acceptable de limiter la transparence de l'administration pour satisfaire des intérêts liés au pilotage politico-économique, d'autant que le législateur ne semble pas, jusqu'à présent, s'être laissé guider par des considérations comparables au moment d'édicter des dispositions spéciales au sens de l'art. 4 LTrans. De mon point de vue, dans le domaine des assurances sociales et de leur financement, il est essentiel que l'action de l'Etat puisse être suivie et contrôlée de manière transparente. Une limitation d'accès prévue par la loi établirait donc un précédent problématique et contreviendrait à l'objectif du principe de transparence.

\*\*\*