Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal

Cour I
A-4049/2009
{T 0/2}

Arrêt du 3 mai 2010

Composition

Claudia Pasqualetto Péquignot (présidente du collège),
Christoph Bandli, Lorenz Kneubühler, juges,
Yanick Felley, greffier.

Parties

A._____,
Société Suisse des Pharmaciens d'Officine,
tous deux représentés par Me François Bellanger,
5, avenue Léon-Gaud, 1206 Genève,
recourants,

contre

Office fédéral de la santé publique OFSP,
autorité inférieure.

Objet

Demande d'accès à des documents officiels.

Faits :

A.
Le 15 mai 2007, la Société suisse des Pharmaciens d'Officine et A._____ ont demandé à l'Office fédéral de la santé publique (ci-après: OFSP) une copie:

> "- des données remises par la Société Suisse des Pharmaciens [(ci-après: SSph)] et santésuisse à l'Office fédéral des assurances sociales [(ci-après: OFAS] dans le cadre de l'élaboration de la liste des spécialités [(ci-après: LS)] et des conventions tarifaires [(ci-après: CT)] conclues entre la SSPh et santésuisse depuis l'an 2000;
> - des études permanentes des coûts en pharmacie [(ci-après: études RoKA)] 2005 et 2006;
> - de la base de calcul utilisée pour l'établissement de la liste des prix des médicaments au sens de l'article 53 LAMal (LS) [(ci-après: base de calcul 1)];
> - de la base de calcul de la part revenant aux grossistes et aux détaillants dans la LS [(ci-après: base de calcul 2)]".

Par lettre du 6 juin 2007, l'OFSP a expliqué qu'il n'avait pas à produire les données utilisées pour l'élaboration de la LS, celles-ci ayant été établies avant l'entrée en vigueur de la législation applicable, que la communication d'informations sur les CT n'était pas de son ressort mais de celui des partenaires concernés, pharmaSuisse ou santésuisse, et qu'elle ne disposait pas des études RoKA 2005-2006 "mandatées par pharmaSuisse". Elle a en revanche formulé des explications quant à la fixation des prix publics des médicaments, précisant que les différents acteurs de la distribution (grossistes, pharmaciens, médecins) déterminaient eux-mêmes leurs parts respectives.

B.
Le 14 juin 2007, la Société suisse des Pharmaciens d'Officine et A._____ ont d'abord fait valoir, d'une part, que tous les documents sur la base desquels le Conseil fédéral avait approuvé la dernière CT, courant décembre 2006, c'est-à-dire après l'entrée en vigueur de la législation applicable, devaient leur être communiqués et, d'autre part, que les informations sur dite CT relevaient de l'OFSP, celui-ci ayant préparé la décision d'approbation en question. Ils ont ensuite sollicité la confirmation de ce que l'OFSP ne disposait pas des études RoKA 2005-2006 et/ou ne les utilisait pas, ainsi que, cas échéant, l'indication de la date à laquelle l'office précité avait reçu ces études et/où les avait utilisées pour la dernière fois. Ils ont enfin demandé que l'OFSP

leur indique sur quelle base et à quelle date le barème du calcul des prix des médicaments, différent de celui qu'il connaissait jusque-là, avait été modifié.

Par correspondance du 5 novembre 2007, l'OFSP a répondu que, dans la mesure où elle relevait du Conseil fédéral, l'approbation de la CT (RBP III) n'entrait pas dans le champ d'application de la législation fédérale sur la transparence. Il a également refusé de fournir les documents liés à cette CT, afin de protéger des secrets d'affaires, de conserver le principe de la liberté de contracter prévue par la législation fédérale sur l'assurance-maladie, et de prévenir le danger d'une distorsion de la concurrence. Concernant les études RoKA 2005-2006, l'OFSP a confirmé qu'elles n'étaient pas en sa possession. S'agissant enfin du barème des prix des médicaments, il a exposé que le nouveau système pour la fixation des prix a été introduit le premier juillet 2001. Le système en vigueur avant cette date se serait basé sur un ordre des marges et aurait constitué un cartel. L'association Sanphar aurait été compétente pour réglementer cet ordre des marges. Elle se serait engagée en faveur d'un marché concurrentiel pharmaceutique en Suisse. Selon l'OFSP, toujours, le système a été interdit par décision de la Commission de la concurrence. A partir de ce moment, l'OFAS, aujourd'hui OFSP, indique avoir fixé le prix des médicaments de la LS sur la base du prix de fabrique. Il ajoute enfin que le système mentionné dans la lettre du 6 juin 2007 serait celui en vigueur.

C.
Le 27 novembre 2007, la Société suisse des Pharmaciens d'Officine et A._____ ont déposé une demande en médiation auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après: le PFPDT). Reprenant leurs arguments exposés précédemment, ils ont en outre produit deux correspondances.

La première de ces correspondances, adressée le 9 septembre 2003 par le Chef du Département fédéral de l'intérieur (ci-après: DFI) à la Société Vaudoise de Pharmacie (ci-après: SVPh), case postale 1215, 1001 Lausanne, exposait que pour fixer les parts relatives à la distribution, l'OFAS s'était basé en particulier sur les données des études Rollende Kostenstudie in der Apotheke-RoKA 98 et Rollende Kostenstudie in der Apotheke Aktivitätsmessung 99, Schips et al., Konjonkturforschungsstelle, ETH Zurich, études analysant un

échantillon de 235 pharmacies de toutes les régions de Suisse.

Dans la seconde, datée du 16 septembre 2003, Hansruedi Stadler, Conseiller aux Etats, membre de la Commission de gestion, président de la Sous-commission DFI/DETEC, et B._____, secrétaire suppléant des Commissions de gestion, ont écrit à C._____ que, s'agissant de la fixation des prix de la LS, l'OFAS se fondait notamment sur les données établies par le Centre de recherches conjoncturelles (KOF) sur mandat de la Société Suisse des Pharmaciens (SSPh).

D.
Par courrier électronique du 30 novembre 2007, le PFPDT a exigé de l'OFSP, pour chaque demande d'accès refusée, une prise de position étayée et exhaustive ainsi que des copies de tous les documents – y compris ceux non finalisés – qui avaient "un rapport avec l'affaire".

En date du 17 décembre 2007, l'OFSP a transmis au PFPDT plusieurs documents concernant les CT.

E.

E.a N'étant pas convaincu de posséder tous les documents nécessaires à une évaluation correcte de la demande en médiation, le PFPDT a pris plusieurs fois contact avec l'OFSP afin d'obtenir immédiatement tous les documents qui, depuis l'entrée en vigueur de la législation fédérale sur la transparence, lui avaient été communiqués ou transmis par santésuisse et pharmaSuisse, ainsi que les pièces justificatives les concernant sous forme d'extraits de son système de gestion des documents.

E.b Le 26 janvier 2009, l'OFSP a alors remis au PFPDT les instructions concernant la LS, des documents relatifs à la consultation des offices du 28 octobre 2008, un extrait du système de gestion des documents certifiant qu'il ne détenait pas les études RoKA 2005-2006, et une documentation datée du 6 novembre 2000, destinée aux médias. L'OFSP n'a en revanche ni indiqué si santésuisse et pharmaSuisse lui avaient transmis des documents depuis l'entrée en vigueur de la législation précitée, ni remis d'extrait du système de gestion pour ces documents.

E.c Par courrier électronique du 29 janvier 2009, le PFPDT a une nouvelle fois exigé de l'OFSP la remise des informations manquantes,

et demandé si, depuis l'entrée en vigueur de la législation fédérale sur la transparence, celui-ci avait reçu de pharmaSuisse ou santésuisse des documents relatifs à la LS et aux CT, le cas échéant lesquels. L'OFSP devait en outre vérifier si des documents relatifs aux bases de calcul 1 et 2 existaient.

E.d Par courrier électronique du même jour, l'OFSP a confirmé ne pas disposer des études RoKA 2005-2006, mais n'a pas fourni d'informations détaillées sur les autres points.

E.e Le 12 février 2009, le PFPDT, estimant que les réponses étaient partielles, a prié l'OFSP de s'exécuter.

E.f Le 19 février 2009, l'OFSP a livré une partie des informations exigées, manquant toutefois de répondre à la question concernant les documents fournis par pharmaSuisse et santésuisse depuis l'entrée en vigueur de la législation fédérale sur la transparence.

E.g En date du 24 février 2009, Le PFPDT a insisté, exigeant que l'OFSP lui livre une réponse au plus tard le 25 février 2009.

E.h Le 26 février 2009, l'OFSP a appelé le PFPDT et lui a fait savoir que de tels documents existaient. A cette occasion, l'OFSP a indiqué que les documents n'avaient pas été fournis, car il partait du principe qu'ils n'étaient pas soumis à la législation sur la transparence et que la confidentialité devait être respectée.

Le PFPDT a insisté pour que les documents concernés, y compris les extraits du système de gestion des documents, lui soient remis au plus tard le 2 mars 2009.

E.i Le 3 mars 2009, le PFPDT a reçu par courrier électronique une liste des documents transmis à l'OFSP par pharmaSuisse et santésuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans, mais pas les documents à proprement parler.

E.j Le PFPDT a exigé qu'une réunion ait lieu dans les plus brefs délais avec les services compétents et la préposée à la transparence de l'OFSP, afin d'examiner les documents existants, d'obtenir les extraits du système de gestion des documents et d'éclaircir les malentendus concernant l'application de la législation fédérale sur la transparence. Lors d'une réunion du 4 mars 2009, le PFPDT s'est vu

remettre les documents figurant dans la liste du 3 mars 2009 et les extraits demandés du système de gestion des documents. Au cours de cette réunion l'OFSP a signalé que certains des documents étaient des données sensibles et confidentielles constituant les bases d'une décision non encore prise; de l'avis de l'OFSP, ces documents ne devaient pas être rendue accessibles ni n'étaient concernés par la procédure en cours. L'office a également indiqué craindre que la confidentialité des documents ne puisse pas être garantie en cas de remise au PFPDT.

F.
Le 22 avril 2009, le PFPDT a émis une recommandation (ci-après: la recommandation). Outre les faits rappelés ci-dessus, le PFPDT a considéré que l'OFSP n'était pas tenu de remettre les études RoKA 2005-2006, puisqu'il ressortait du système de gestion des documents que l'autorité ne les avait pas en sa possession.

Il a par ailleurs été d'avis que, produits avant l'entrée en vigueur de la législation fédérale sur la transparence, les divers documents concernant les bases de calcul 1 et 2 ne devaient pas être communiqués.

Cela étant, il a estimé que, ne contenant pas de secrets d'affaires, les documents obtenus du PFPDT le 17 décembre 2007, à savoir la lettre d'accompagnement et les explications de santésuisse relatives à la CT RBP III, du 19 septembre 2006, la demande d'approbation de la convention tarifaire RBP III de santésuisse et pharmaSuisse, du 24 novembre 2006, les prises de position de pharmaSuisse sur différentes questions relatives à la CT RBP III, du 29 novembre 2006, pouvaient être livrés, mais anonymisés.

Le PFPDT a ensuite considéré que, sous réserve de la motivation d'un point de vue contraire après réexamen de la question par l'OFSP, plusieurs documents concernaient des décisions entrées en vigueur depuis le 1er janvier 2009 et devaient de la sorte eux aussi être transmis: courrier de santésuisse ayant trait à la révision du mode de calcul des marges pour la LS, y compris les bases de calcul et une étude sur les recettes et les coûts des pharmacies publiques, du 29 septembre 2006, courrier de santésuisse avec les réponses à des questions concernant la réglementation de la part relative à la distribution, du 3 mai 2007, 1ère prise de position de pharmaSuisse sur

des questions concernant la réglementation de la part relative à la distribution, du 11 mai 2007, 2ème prise de position de pharmaSuisse sur la part relative à la distribution, du 23 août 2007, courrier de santésuisse avec prise de position sur la révision de la part relative à la distribution, du 31 août 2007.

Enfin, le PFPDT a recommandé de ne pas accorder accès au courrier de santésuisse et pharmaSuisse concernant les négociations sur la nouvelle CT RBP IV, du 16 décembre 2008, motif pris qu'il n'y avait alors pas eu de décision en la matière.

G.
Par écriture du 4 mai 2009, la Société suisse des Pharmaciens d'Officine et A._____ ont demandé à l'OFSP qu'il rende une décision sur l'accès aux études RoKA, et mentionné qu'ils ne contestaient pas le solde de la recommandation.

H.
Le 20 mai 2009, l'OFSP a rendu une décision dont le dispositif est le suivant :

> "1. En dépit de la recommandation du PFPDT du 22 avril 2009, l'accès aux documents suivants est refusé:
> - courrier de santésuisse et de pharmaSuisse du 24.11.2006, sans les CT;
> - courrier de pharmaSuisse du 29.11.2006;
> - courrier de santésuisse du 19.9.2006, y c. les annexes, mais sans la CT;
>
> [ci-après: documents CT]).
>
> 2. En dépit de la recommandation du PFPDT du 22 avril 2009, l'accès aux documents suivants est différé jusqu'à ce que la décision concernant la part y relative de la distribution soit prise:
> - courrier de santésuisse du 29.9.2006, y c. les annexes;
> - courrier de santésuisse du 3.5.2007, y c. les annexes;
> - courrier de pharmaSuisse du 11.5.2007;
> - courrier de pharmaSuisse du 23.8.2007;
> - courrier de santé suisse du 31.08.2007, y c. les annexes;
>
> [(ci-après: documents LS)] .
>
> 3. Sur requête, l'accès aux documents énumérés au ch. 2 sera reconsidéré après la décision concernant la révision de la part relative à la distribution.
>
> 4. L'OFSP ne disposant pas des études RoKA, l'accès à ces documents ne peut être accordé. […]".

I.
Le 22 juin 2009, la Société suisse des Pharmaciens d'Officine et

A._____ (ci-après les recourants) ont déféré cette décision au Tribunal administratif fédéral (ci-après TAF), concluant notamment à son annulation et à ce qu'il soit ordonné à l'OFAS de remettre aux recourants les documents suivants:
- données remises par la SSph (devenue ensuite pharmaSuisse) et santésuisse à l'OFAS – actuellement OFSP – dans le cadre de l'élaboration de la LS et des [CT] conclues entre la SSPh et santésuisse depuis l'an 2000.
- études RoKA 2005 et 2006;
- base de calcul 1;
- base de calcul 2;
- documents CT;
- documents LS.

J.
Invitée à répondre au recours, l'OFSP (ci-après l'autorité inférieure) a conclu à son rejet le 24 août 2009.

K.
En date du 27 août 2009, la cause a été gardée à juger, des mesures d'instruction complémentaires demeurant réservées.

L.
Les autres faits et arguments des parties seront repris en tant que besoin dans les considérants en droit du présent arrêt.

Droit :

1.
Aux termes des articles 31 et 33 let. d de la loi sur le Tribunal administratif fédéral du 17 juin 2005 (LTAF, RS 173.32), le recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF) est recevable contre les décisions au sens de l'article 5 de la loi fédérale sur la procédure administrative du 20 décembre 1968 (PA; RS 172.021), rendues en particulier par les départements et les unités de l'administration fédérale qui leur sont subordonnées ou administrativement rattachées.

L'OFSP est une unité de l'administration fédérale centrale (cf. annexe de l'ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 25 novembre 1998 [OLOGA; RS 172.010.1] par renvoi de son article 6 al. 4). L'acte attaqué satisfait aux conditions prévalant à la reconnaissance d'une décision au sens de l'art. 5 PA et

ne rentre pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF. Cela étant, le Tribunal administratif fédéral est compétent pour connaître du litige.

2. La procédure est régie par la PA, pour autant que la LTAF (art. 37 LTAF) ou les dispositions spéciales consacrées par la législation matérielle applicable, ici la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de transparence dans l'administration (loi sur la transparence, LTrans; RS 152.3) 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. Quant aux autres conditions de recevabilité du recours (art. 48 ss PA), elles sont remplies.

3.
Le TAF applique le droit d'office, sans être lié par les motifs invoqués (art. 62 al. 4 PA), ni par l'argumentation juridique développée dans la décision entreprise (PIERRE MOOR, Droit administratif, vol. II, Berne 2002, n. 2.2.6.5). La procédure est régie par la maxime inquisitoire, ce qui signifie que le TAF définit les faits et apprécie les preuves d'office et librement (art. 12 PA). Les parties doivent toutefois collaborer à l'établissement des faits (art. 13 PA) et motiver leur recours (art. 52 PA). Ainsi, l'administré qui adresse une demande à l'administration dans son propre intérêt doit la motiver et apporter les éléments en sa possession permettant d'établir la preuve des faits dont il se prévaut (ATF 132 III 731 consid. 3.5; MOOR, op. cit., vol. II, n. 2.2.6.3). 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 (ATF 122 V 157 consid. 1A; ATF 121 V 204 consid. 6c; ATAF 2007/27 p. 315, 319 consid. 3.3).

4.
La loi sur la transparence, qui est entrée en vigueur le 1er juillet 2006, a substitué au principe du "secret des activités administratives sous réserve de transparence", celui de la "transparence sous réserve de secret" (LUZIUS MADER, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes - Einführung in die Grundlagen, p. 15, et STEPHAN C. BRUNNER, Vom Öffentlichkeitsprinzip zur transparenten Verwaltung, p. 76 s, tous deux in: Bernhard Ehrenzeller (éd.), Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Saint-Gall, 2006). Toute personne a ainsi un droit subjectif à la consultation des documents officiels, qu'elle peut faire valoir en justice

(ATF 133 II 209, 212 consid. 2.1 = JdT 2008 I 132, 134; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 3.1). Les étapes de la procédure d'accès à des documents officiels sont réglées aux art. 10 ss LTrans.

Non soumise à des exigences de forme ou de motivation (art. 7 al. 1 OTrans), la demande d'accès à des documents officiels est tout d'abord adressée à l'autorité qui les a produits ou reçus de tiers en tant que destinataire principal (art. 10 al. 1 LTrans).

Puis, dans l'hypothèse où l'accès est limité, différé ou refusé, le requérant a la possibilité de faire une demande écrite en médiation auprès du PFPDT (art. 13 al. 1 et 2 LTrans). La procédure de médiation peut être menée par écrit ou oralement (art. 12 al. 2, 3ème phrase OTrans).

Si la médiation n'aboutit pas, le PFPDT doit, dans les 30 jours à compter de la réception de la demande en médiation, établir une recommandation écrite à l'attention des participants à la procédure (art. 14 LTrans). Dite recommandation n'a pas la qualité d'une décision au sens de l'art. 5 PA; elle est donc dépourvue d'effets obligatoires (arrêt du Tribunal administratif fédéral A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.1; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 2.1; Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1865; CHRISTINE GUY-ECABERT, Procédure administrative et médiation, Zurich/Bâle/Genève 2002, p. 97).

Le requérant peut ensuite demander que l'autorité à qui a été faite la demande d'accès rende une décision selon l'art. 5 PA dans les 10 jours qui suivent la réception de la recommandation du PFPDT (art. 15 al. 1 LTrans). En tout état de cause, l'autorité doit alors rendre une telle décision si, s'écartant de la recommandation du PFPDT, elle entend refuser, différer ou limiter le droit d'accès (art. 15 al. 2 let. a LTrans).

La décision de l'autorité – prise après la recommandation du PFPDT – peut enfin, selon l'art. 16 al. 1 LTrans, faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (TAF), conformément aux dispositions de la PA.

Ainsi, la décision qui fait l'objet du présent recours est celle rendue par l'autorité inférieure le 20 mai 2009.

5.
Il convient de retenir des faits exposés ci-dessus ce qui suit. En résumé, la demande d'accès formée par les recourants le 15 mai 2007 visait les données qui, remises par pharmaSuisse et santésuisse à l'OFSP, concernaient la LS et la CT depuis l'an 2000, les études RoKA 2005-2006, ainsi que les bases de calcul 1 et 2. Suite à la réponse négative de l'OFSP, les recourants ont, le 27 novembre 2007, demandé une médiation. Le 22 avril 2009, le PFPDT a uniquement recommandé l'accès à des courriers avec ou sans annexes qui, écrits entre le 19 septembre 2006 et le 31 août 2007, avaient pour auteur pharmaSuisse et/ou santésuisse. Il s'agissait en particulier de trois documents CT et cinq documents LS. Les recourants ont ensuite, le 4 mai 2009, demandé à l'OFSP qu'il rende une décision sur l'accès aux études RoKA 2005-2006, ajoutant qu'ils ne contestaient pas le solde de la recommandation. Par décision du 20 mai 2009, l'OFSP a rejeté cette demande, ajoutant que, une fois prise la décision en rapport avec les documents LS, l'accès à dits documents serait reconsidéré, sur requête des recourants.

Le recours interjeté le 22 juin 2009 contre la décision précitée conclut au libre accès des données LS-CT remises depuis l'an 2000, des études RoKA 2005-2006, et des bases de calcul 1 et 2, demandés le 15 mai 2007, d'une part. Il conclut d'autre part au libre accès des documents LS-CT que le PFPDT a considéré comme accessibles dans sa recommandation du 22 avril 2009.

6.
Les conclusions d'un recours doivent rester dans le cadre des questions qui ont fait l'objet de la procédure antérieure, c'est-à-dire dans le cadre de l'objet de la contestation. Le recourant ne peut pas prendre des conclusions qui dépassent ce cadre. Cette règle vaut pour tous les recours (ATF 131 V 164, 165 consid. 2.1; arrêt du TAF A-5083/2008 du 9 septembre 2009 consid. 5.1; PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. II, Berne, 2002, p. 566 s; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Bâle, 2008, p. 25 s, n. 2.7 s).

Comme indiqué au considérant 5 ci-dessus, les recourants ont, le

4 mai 2009, demandé à l'autorité inférieure qu'elle rende une décision sur l'accès aux études RoKA 2005-2006, ajoutant qu'ils ne contestaient pas le solde de la recommandation du 22 avril 2009. Selon cette recommandation, seuls étaient accessibles les courriers avec ou sans annexes qui, écrits entre le 19 septembre 2006 et le 31 août 2007, avaient pour auteur pharmaSuisse et/ou santésuisse.

Dans sa décision du 20 mai 2009, l'autorité inférieure ne se prononce – à juste titre – que sur l'accès aux courriers et documents RoKA précités. En conséquence, les conclusions prises dans le recours interjeté le 22 juin 2009 relativement à d'autres documents, en particulier à ceux qui, demandés le 15 mai 2007, concernent les données LS-CT remises depuis l'an 2000 et les bases de calcul 1 et 2, sont irrecevables.

7.

7.1 La demande d'accès doit être formulée de manière suffisamment précise (art. 10 al. 3 LTrans) afin de permettre à l'autorité d'identifier le document demandé (art. 7 al. 2, 1ère phrase OTrans). Dans cette perspective, l'art. 7 al. 2, 2ème phrase OTrans dispose que, s'il le peut, le demandeur indiquera les données courantes permettant d'identifier clairement un document comme sa date, son titre ou une référence (let. a), une période déterminée (let. b), l'autorité qui a établi le document (let. c), ou encore le domaine visé (let. d). Quand la précision exigée fait défaut, il incombe à l'autorité d'inviter le demandeur à préciser sa demande (art.7 al. 3 OTrans). Si les indications complémentaires requises dans un délai de dix jours ne sont pas fournies, sa demande est considérée comme retirée (art. 7 al. 4, 1ère phrase OTrans). L'autorité rend le demandeur attentif aux conséquences du non respect du délai (art. 7 al. 4, 2ème phrase OTrans).

L'autorité inférieure n'a pas estimé que la demande du 15 mai 2007 manquait de précision. Ce point n'a dès lors pas à être examiné ici. Il y a toutefois lieu de constater que la recommandation du 22 avril 2009 va au-delà de la demande précitée, et de préciser dès lors ce qui suit.

7.2 Le PFPDT a accès aux documents officiels dans le cadre de la procédure de médiation, même si ceux-ci sont secrets (art. 20 al. 1 LTrans). Avec son secrétariat, ils sont soumis au secret de fonction dans la même mesure que les autorités dont ils consultent

les documents officiels ou obtiennent des renseignements (art. 20 al. 2 LTrans). Encore faut-il préciser que, constituée d'étapes successives et essentielles (voir supra consid. 4), la procédure des art.10 ss LTrans forme un tout (cf. infra consid. 9.2). Par ailleurs, en vertu du principe de proportionnalité, le PFPDT n'a accès qu'aux documents dans la mesure nécessaire pour formuler une recommandation (Message du Conseil fédéral du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration, FF 2003 1807, 1872). Se pose alors la question de savoir si, compte tenu de ce principe, le PFPDT peut, en vertu de l'art. 10 Ltrans, recommander un accès à des documents officiels plus large que celui demandé à l'origine par l'administré. Cette question n'ayant pas non plus été soulevée par l'autorité inférieure, pourrait a priori demeurer ouverte dans le cas d'espèce. Cela étant, une fois dévoilés par la recommandation du PFPDT, les documents non sollicités expressément lors de la demande d'accès du 15 mai 2007, au sens de l'art. 10 LTrans, l'ont été ensuite par les recourants dans leur demande de décision du 4 mai 2009, au sens de l'art. 15 LTrans. Il faut en déduire que si on leur imposait de recommencer la procédure ab ovo avec une demande d'accès (art. 10 LTrans) aux documents précités, les recourants le feraient sans autre. Or, l'avis du PFPDT, tout comme celui de l'autorité inférieure, est à cet égard, on vient de le voir, d'ores et déjà connu. Dans pareil cas de figure, le principe d'économie de la procédure exige que le Tribunal de céans se prononce sur l'entier du dispositif de la décision du 4 mai 2009, et sur les conclusions y relatives du recours interjeté le 22 juin 2009.

8.

8.1 Les recourants se prévalent de l'accessibilité des documents CT, motif pris qu'ils "ne seraient pas couverts" par l'art. 8 LTrans.

L'art. 8 LTrans consacre des catégories de documents que le législateur a directement soustraits ou bien soumis au droit d'accès sans que l'autorité ne doive examiner si une exception entre en ligne de compte (PASCAL MAHON/OLIVIER GONIN, Öffentlichkeitsgesetz, Bundesgesetz über das Öffentlichkeitsprinzip der Verwaltung vom 17. Dezember 2004 [BGÖ], in: Handkommentar, Stephan C. Brunner, Luzius Mader [édit], Berne 2008, ad art. 8 LTrans, p. 167, N° 2). En particulier, l'art. 8 al. 1 LTrans prévoit une limitation générale et absolue du droit de consulter des documents officiels afférents à une

procédure de co-rapport telle que définie par l'article 15 de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA; RS 172.010) (arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.1.4; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807ss, 1828 et 1855).

Selon le premier alinéa de l'article 15 LOGA, les affaires que le Conseil fédéral doit trancher sont préalablement soumises aux chefs des départements de l'administration pour co-rapport. La procédure de co-rapport sert à préparer la décision du Conseil fédéral (art. 5 al. 1, 1ère phrase OLOGA). Elle doit lui permettre de concentrer ses délibérations sur les aspects essentiels de l'affaire (art. 5 al. 1, 2ème phrase OLOGA). Concrètement, tous les intérêts et points de vue doivent pouvoir être exprimés dans le cadre d'une procédure formelle entre les départements et la Chancellerie, ce avant les délibérations et la décision du Conseil fédéral (Message concernant la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration du 20 octobre 1993, FF 1993 III 949, 1022).

Le département responsable remet en temps utile à la Chancellerie fédérale la proposition définitive en vue de l'ouverture d'une procédure de co-rapport (art. 5 al. 2 OLOGA). Celle-ci commence le jour où le département compétent signe sa proposition (art. 5 al. 1bis OLOGA). Une fois la procédure de co-rapport ouverte, le devoir de confidentialité concerne tous les documents officiels qui en font partie, notamment la proposition signée du chef du département, les co-rapports des autres départements et de la Chancellerie fédérale, les éventuelles réponses, répliques et dupliques, tout comme les projets y relatifs, élaborés par les offices fédéraux ou services des départements (Pascal Mahon/Olivier Gonin, op. cit., p. 172, n. 20; Luzius Mader, Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, Einführung in die Grundlagen, in: Bernhard Ehrenzeller [édit], Das Öffentlichkeitsgesetz des Bundes, St-Gall 2006, p. 27, Laurenz Rotach, Zugang zu den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens, in: LeGes 2008, p. 245, 266). Les notes des conseillers fédéraux, de leurs conseillers personnels ou d'autres collaborateurs doivent être également soustraites du droit d'accès (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1855).

Dès lors, les documents que l'administration a élaborés afin de

préparer la proposition d'un département ou un document ultérieur, soit, en d'autres termes, les documents établis pendant les processus décisionnels antérieurs à la procédure de co-rapport, ne relèvent pas de l'art. 8 al. 1 LTrans (Office fédéral de la justice [OFJ], Commentaire de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence, du 24 mai 2006, p. 23). Il en va de même pour les documents reçus de tiers. Logiquement, ceux-ci constituent tout au plus l'une des sources permettant la rédaction d'un projet de proposition qui, à ce titre, expriment un – ou le – point de vue "interne" de l'administration (OFJ, Commentaire de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur le principe de la transparence, du 24 mai 2006, p. 23). Dit autrement, ils ne peuvent, comme tels, former l'avis "externe" d'un département, exprimé lors de la procédure de co-rapport. Peu importe à cet égard que le destinataire de documents de tiers soit le Conseil fédéral, la Chancellerie fédérale, un département, un office ou une autre subdivision de l'administration. Peu importe également que ces documents soient joints en annexe à la proposition. Conformément à l'art. 8 al. 2 LTrans, l'accès à de telles informations ne pourra toutefois être accordé que lorsque le Conseil fédéral aura pris sa décision (voir infra consid. 9.1).

Ainsi, les documents CT remis à l'OFSP par santésuisse ou pharmaSuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans ne concernent pas la procédure de co-rapport et ne tombent pas sous le coup de l'art. 8 al. 1 LTrans.

8.2 L'autorité inférieure relève que les documents CT auraient trait à une procédure d'approbation par le Conseil fédéral. Elle en déduit qu'il faudrait faire application a contrario de l'art. 2 al. 1 let. a LTrans.

L'art. 2 al. 1 let. a LTrans prescrit son applicabilité à l'administration fédérale. En sa qualité de gouvernement, c'est-à-dire au regard de son activité centrale d'autorité directoriale et exécutive suprême de la Confédération (art. 174 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 [Cst., RS 101]; art. 1er LOGA); qui prend ses décisions en autorité collégiale (art. 177 al. 1 Cst.; art. 12 LOGA), le Conseil fédéral a été exclu du champ d'application de la loi sur la transparence (ATF 133 II 209, 215 consid. 3.1 = JdT 2008 I 132, 136; arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.1.1; Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1828 et 1855). Cette exclusion se

comprend aisément. Si, en effet, les départements, en tant qu'ils préparent les décisions du Conseil fédéral (art. 177 al. 2 Cst.) n'ont pas d'obligation de transparence lors de la procédure de co-rapport (voir supra consid. 8.1), cela devra d'autant plus être le cas pour les délibérations et décisions du collège lui-même.

8.3 La CT dont la validité s'étend à toute la Suisse doit être approuvée par le Conseil fédéral (art. 46 al. 4, 1ère phrase de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie [LAMal]); ce dernier vérifie que la convention respecte la loi, l'équité et le principe d'économie (art. 46 al. 4, 2ème phrase). Dès lors que la convention tarifaire est le document faisant l'objet de l'approbation du Conseil fédéral, il n'existe aucun droit d'accès à la convention tarifaire (arrêt du TAF A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 4.2). Ce point de vue est d'ailleurs partagé par le PFPDT. Il ne s'agit toutefois pas d'examiner ici l'accès à la CT elle-même ou aux délibérations y relatives du Conseil fédéral, mais uniquement les documents CT remis par santésuisse et pharmaSuisse depuis l'entrée en vigueur de la LTrans (art. 23 LTrans), et non, en tout état de cause (voir supra consid. 6), ceux remis depuis l'an 2000 et que demandent les recourants.

Quand bien même ils ont été l'objet des délibérations du Conseil fédéral relatives à la CT, les documents susmentionnés n'en font pas partie: ils ne laissent nullement transparaître d'éventuelles divergences dudit conseil. L'art. 2 al. 1 let. a LTrans ne leur est ainsi pas applicable a contrario. Le recours devra donc être admis sur ce point, dans les limites du présent considérant.

9.

9.1 Selon les recourants, la LS est un texte évolutif. Dès lors considérer que dite LS tomberait sous le coup de l'art. 8 al. 2 LTrans, en vertu duquel "l'accès aux documents officiels est seulement possible une fois prise la décision politique ou administrative dont ils constituent la base", reviendrait à vider de son sens le principe de la transparence. Il y a ainsi lieu d'examiner si une modification de la LS a rang de décision au sens de l'article précité.

La LS contient les prix maximums déterminants pour la remise des médicaments par les pharmaciens, les médecins, les hôpitaux et les établissements médico-sociaux (art. 67 al. 1 de l'ordonnance du

27 juin 1995 sur l'assurance-maladie [OAMal, RS 832.102]). Ce prix maximum se compose du prix de fabrique, à savoir du prix facturé par le grossiste ou le fabricant, et de la part relative à la distribution, elle-même constituée de la rémunération du distributeur et des frais de distribution (art. 67 al. 1bis OAMal et 35*a* de l'ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations dans l'assurance obligatoire des soins en cas de maladie [OPAS, RS 832.112.31]).

La LS fait partie intégrante de l'OPAS, ordonnance législative de substitution reposant sur une délégation du législateur en faveur de l'exécutif consacrée à l'art. 96 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10). Un changement dans la LS peut ainsi être assimilé à la modification d'une ordonnance législative de substitution (arrêt du TAF C-2055/2008 du 3 septembre 2008 consid. 6.3). A l'évidence, ces modification et changement constituent tous deux une décision politique, au sens de l'art. 8 al. 2 LTrans.

D'abord adoptée et envisagée, lors des débats parlementaires, à l'art. 4 al. 1 LTrans (Bulletin officiel de l'Assemblée fédérale [BO] 2004 N, 1258 ss), puis transférée à l'art. 8 al.1bis LTrans (BO 2004 E, 592 s; BO N 2004, 1973 s) avant d'intégrer l'art. 8 al. 2 LTrans, la disposition qui soumet l'accessibilité des documents officiels à la prise de la décision politique ou administrative dont ils constituent la base a été introduite par les Chambres fédérales. Le but et l'esprit du texte clair de cette disposition consistent à "préserver la liberté de formation de l'opinion de l'autorité" (BO CN 2003, p. 1258). "Tout est transparent, pour autant que ce soit décidé et à moins qu'on décide que ce soit secret" (BO CE 2004, p. 592 s).

Si l'on suivait l'argumentation des recourants, seuls les documents officiels afférents à l'adoption première d'un acte législatif tomberaient sous le coup de l'art. 8 al. 2 LTrans. Or, ainsi que cela ressort du paragraphe précédent, rien ne permet une interprétation en ce sens. Par ailleurs, si un texte change, s'adapte, le mécanisme politique de son évolution demeure, lui, identique, conformément au principe du parallélisme des formes, qui précisément consiste à soumettre la révision d'un acte à la même procédure que celle de son adoption (arrêt du TF 2P.63/2003 du 29 juillet 2003 consid. 2.3). C'est dire que l'art. 8 al. 2 LTrans ne concerne plus la version originelle, ni les modifications antérieures ou actuelles de l'art. 35*a* OPAS et de la LS. Il vise en revanche leurs révisions futures qui, peut-être en préparation,

n'ont pas encore été décidées.

Entrée en vigueur le 1er octobre 2009 (ch. II de l'ordonnance du DFI du 1er juillet 2009, Recueil officiel [RO] 2009 4253), la modification de l'art. 35*a* OPAS a été adoptée – et par-là même décidée – le 1er juillet 2009 (ch. I de l'ordonnance du DFI du 1er juillet 2009, RO 2009 4251 s). Dès lors, les documents officiels qui ont joué un rôle dans la dernière modification de l'article précité bénéficiaient de la protection de l'art. 8 al. 2 LTrans jusqu'au 1er juillet 2009, moment où cette modification a été adoptée. Tel n'a plus été le cas ensuite. L'argumentation des recourants tirée du caractère évolutif de la LS ne peut donc être suivie.

9.2 Dans sa réponse du 24 août 2009, l'autorité inférieure a relevé que "le DFI ayant, en date du 1er juillet 2009, pris une décision concernant la part relative à la distribution – soit une modification de l'OPAS –, le réexamen de la question de l'accès aux documents conformément à la LTrans [était] désormais possible". Elle en a conclu que, "sur demande, l'OFSP reconsidérera[it] dans son ensemble l'accès à ces documents".

Lorsqu'un recours a été interjeté, son effet dévolutif transfère la compétence de trancher à l'autorité administrative ou judiciaire de recours (art. 54 PA). L'autorité qui a rendu la décision attaquée ne peut alors plus la modifier. L'effet dévolutif n'est toutefois pas absolu car, selon l'art. 58 al. 1 PA, l'auteur de cette décision peut encore la réexaminer jusqu'à l'envoi de sa réponse à l'autorité de recours.

En application du principe de la légalité (art. 5 al. 1 Cst.) et du droit à l'égalité de traitement (art. 8 al. 1 Cst.), l'autorité administrative qui rend une décision est chargée d'appliquer correctement le droit public dans un cas particulier. Dès lors, si, avant de répondre au recours, elle constate que les circonstances de fait sur lesquelles s'était fondée cette décision ont changé, la faisant apparaître aujourd'hui erronée, dite autorité doit poser d'office la question de sa modification (Piermarco Zen-Ruffinen, Le réexamen et la révision des décisions administratives, in: Quelques actions en annulations, Neuchâtel, 2007, p. 224, N° 71). Aucune réponse ne s'impose pourtant d'emblée, car l'intérêt public à une correcte application du droit peut encore heurter un intérêt privé au maintien d'une décision viciée. Il en va ainsi lorsqu'une telle décision crée, modifie ou constate des droits en faveur

du destinataire. Divergents, les intérêts de la cause doivent alors être confrontés, pesés (PIERRE MOOR, Droit administratif, Vol. II, Berne, 2002, p. 327). Par contre, la révocation ne pose aucun problème lorsqu'elle se fait en la faveur du recourant (PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, op. cit., p. 224, N° 71). La nouvelle décision non seulement respecte la loi, mais satisfait aussi les attentes de l'administré. Intérêts public et privé convergent. Conséquemment, l'auteur d'une décision qui, avant de répondre à l'autorité de recours, se rend compte de l'existence du vice formel ou matériel dont se plaint le recourant doit le corriger, en conformité de l'art. 58 al. 1 PA.

A cela s'ajoute que la LTrans consacre une procédure simple et rapide d'accès aux documents officiels (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1808 et 1820). Cette procédure se divise en "deux parties principales": d'une part la demande d'accès et la médiation du PFPDT, d'autre part la décision de l'autorité intérieure et le recours devant le tribunal de céans (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1859). Ces deux parties doivent doivent toutefois être appréhendées dans leur globalité. Chacune de leur étape étant essentielle (arrêt du TAF A-7369/2006 du 24 juillet 2007 consid. 4.3), elles forment un tout indissociable. Admettre le contraire reviendrait à vider de leur substance les art. 10 ss LTrans, dont le but final – et partant la raison d'être – est le prononcé d'une décision sur le droit d'accéder à des documents officiels, ce dans les brefs délais légaux des art. 12 à 15 LTrans (arrêt du TAF A-75/2009 du 16 avril 2009 consid. 4.3).

Précis et fixé en jours, ce délai est impératif. Il a pour corollaire des droits subjectifs de l'administré, qui peut exiger son respect du PFPDT. Faute de quoi, le retard pris est inadmissible, en ce sens que l'on ne peut le justifier (arrêt du TAF A-6032/2009 du 16 décembre 2009 consid. 3.1). Compte tenu de ce qui précède, l'autorité inférieure devait, dans ces circonstances, transmettre aux recourants les documents officiels qui, par application de l'art. 8 al. 2 LTrans, sont devenus accessibles entre le moment de la décision attaquée et celui de sa réponse au présent tribunal. Ceci d'autant plus que la décision attaquée elle-même réservait expressément cette possibilité au chiffre 3 du dispositif. Conclure au rejet du recours tout en reconnaissant expressément que les conditions faisant obstacle à l'accès aux

documents ici en question avaient disparu est contraire au principe de l'économie procédurale.

9.3 Le projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration accompagnant le message du Conseil fédéral du 12 février 2003 (FF 2003 1888) ne contenait pas de dispositions transitoires. Lors des débats parlementaires s'est posée la question de savoir si le texte devait également s'appliquer aux documents officiels établis ou reçus par l'autorité non seulement après, mais aussi avant son entrée en vigueur. Encore faut-il préciser: reçus de tiers, soit légalement soit contractuellement. Car partisans et adversaires d'un effet rétroactif excluaient les uns comme les autres de soumettre à la loi les documents que "des tiers" avaient fournis librement avant cette entrée en vigueur (BO 2003 E, 1142 s s; BO N 2004, 1265 s). Finalement, le contenu de l'art. 23 LTrans s'est imposé et la loi sur la transparence s'applique sans effet rétroactif à tous les "documents officiels qui ont été produits ou reçus par l'autorité". Ainsi, la réception de documents à laquelle se réfère l'art. 23 LTrans vise de façon claire l'action d'un tiers, que celui-ci les transmette légalement, contractuellement ou librement.

La production par l'administration ou la transmission par un tiers d'un document sont des actes ponctuels et isolés. Ils se distinguent sans ambiguïté de leur utilisation qui, susceptible d'intervenir en tout temps, n'est pas visée par l'art. 23 LTrans précité. Or, le PFPDT a pu s'assurer que les bases de calcul 1 et 2 n'avaient été ni produites par l'administration ni transmises par un tiers après le 1er juillet 2006, date d'entrée en vigueur de la loi sur la transparence (RO 2006 2326). Peu importe de savoir si elles ont encore été utilisées par la suite. Quand bien même les conclusions relatives à ces documents seraient recevables, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (voir supra consid. 6), dits documents échapperaient donc à l'application de la loi sur la transparence et resteraient de toute façon inaccessibles.

10.
L'autorité inférieure a également estimé que, ne possédant pas les études RoKA 2005 et 2006, elle n'était pas tenue de les remettre aux recourants.

10.1 D'après l'art. 5 al. 1 LTrans, l'on entend par document officiel toute information qui a été enregistrée sur un quelconque support (let. a), qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou à laquelle elle a

été communiquée (let. b), et qui concerne l'accomplissement d'une tâche publique (let. c). S'il ne fait aucun doute que l'article précité pose des conditions cumulatives, le contenu de la lettre b n'apparaît quant à lui pas clair. Deux interprétations littérales sont en effet possibles. Soit un "document officiel" vise l'information qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou – l'information détenue par l'autorité – à laquelle elle a été communiquée. Soit il désigne l'information qui est détenue par l'autorité dont elle émane ou l'information – à l'autorité – à laquelle elle a été communiquée. Les recourants soutiennent la seconde de ces interprétations. Selon eux, il suffirait que le document ait été produit par un tiers puis remis à l'autorité, sans se préoccuper de savoir si celle-ci le détient encore. Les travaux législatifs les contredisent.

Pour qu'une information tombe dans le champ d'application de la loi, il faut qu'elle soit détenue par une autorité et qu'elle émane de celle-ci ou qu'elle lui ait été communiquée (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). Le document demandé dans lequel l'information est contenue doit se trouver effectivement en possession de l'autorité sollicitée; cette règle signifie que l'autorité doit elle-même être en mesure d'accéder à l'information pour qu'elle puisse ensuite accorder l'accès au public (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). La version en allemand de cette disposition, langue qui revêt en tant que langue officielle la même importance que le français (art. 70 al. 1 Cst), corrobore par ailleurs cette interprétation et l'argumentation des recourants sur ce point doit donc être rejetée.

10.2 Cela étant, si l'autorité ne détient pas effectivement un document alors qu'elle en est le destinataire principal, elle doit prendre toutes les mesures nécessaires pour y accéder (Message relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration du 12 février 2003, FF 2003 1807, 1835). Dans le langage courant, dont il n'y a pas lieu de s'écarter *in casu*, le terme "principal" signifie le premier parmi plusieurs. Tel sera par exemple le cas de celui qui est le destinataire d'une étude qu'il a lui-même commandée.

L'autorité inférieure ne revêt pas ici la qualité de destinataire principal. Les études RoKA demandées ont en effet été mandatées par

pharmaSuisse. De sorte que les recourants n'ont pas le droit d'obtenir dites études de l'autorité inférieure.

11.
Compte tenu de ce qui précède, le recours du 22 juin 2009 doit être partiellement admis et la décision attaquée réformée, en ce sens que l'accès aux documents CT et LS anonymisés (art. 9 al. 1 LTrans) est accordé. Toutes autres ou plus amples conclusions concernant l'accès à des documents supplémentaires sont rejetées, dans la mesures de leur recevabilité.

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]). L'émolument judiciaire est calculé en fonction de la valeur litigieuse, de l'ampleur et de la difficulté de la cause, de la façon de procéder des parties et de leur situation financière (art. 2 al. 1 et 4 FITAF). Si le recourant est débouté partiellement, ces frais sont en principe réduits. Aucun frais de procédure n'est mis à la charge des autorités inférieures, ni des autorités fédérales recourantes et déboutées (art. 63 al. 2, 1ère phrase PA).

En l'espèce, les recourants, partiellement déboutés, devront supporter, le tiers des frais de la présente procédure, fixés à 1'500 francs, soit 500 francs. Ce dernier montant sera compensé avec l'avance de frais déjà versée de 1'500 francs, le solde étant restitué au recourant une fois l'arrêt entré en force.

11.2 Aux termes de l'art. 64 al. 1 PA, l'autorité de recours peut allouer, d'office ou sur requête, à la partie ayant entièrement ou partiellement gain de cause une indemnité de dépens pour les frais indispensables et relativement élevés qui lui ont été occasionnés (voir également l'art. 7 FITAF). Les dépens comprennent les frais de représentation – par un avocat ou un mandataire professionnel – et les éventuels autres frais nécessaires de la partie, qui ne sont couverts qu'à partir de 100 francs (cf. art. 8, 9 et 13 FITAF).

En l'occurrence, le recourant conclut au versement d'une indemnité pour les frais occasionnés par la procédure. A ce titre, il recevra de

l'OFSP une indemnité de dépens de 2'000 francs.

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours est partiellement admis, au sens des considérants 8 et 9.

2.
Les chiffres 1 à 3 du dispositif de la décision de l'OFSP du 20 mai 2009 sont annulés au sens des chiffres 3 et 4 ci-après.

3.
L'accès aux documents anonymisés suivants est admis:
- courrier de santésuisse du 19 septembre 2006, y compris les annexes, mais sans la CT;
- courrier de santésuisse et de pharmaSuisse du 24 novembre 2006, sans les CT;
- courrier de pharmaSuisse du 29 novembre 2006.

4.
L'accès aux documents anonymisés suivants est admis:
- courrier de santésuisse du 29 septembre 2006, y compris les annexes;
- courrier de santésuisse du 3 mai 2007, y compris les annexes;
- courrier de pharmaSuisse du 11 mai 2007;
- courrier de pharmaSuisse du 23 août 2007;
- courrier de santé suisse du 31 août 2007, y compris les annexes.

5.
L'accès aux études RoKA 2005 et 2006 est refusé.

6.
Toutes autres ou plus amples conclusions sont rejetées pour autant que recevables.

7.
Les frais de procédure par 500 francs sont mis à la charge des recourants et imputés sur l'avance de frais totale de 1'500 francs, le surplus par 1'000 francs leur étant remboursé dès l'entrée en force du présent arrêt.

8.
Une indemnité à titre de dépens de 2'000 francs à la charge de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) est allouée aux recourants.

9.
Le présent arrêt est adressé :

- aux recourants (Acte judiciaire)
- à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
- au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (courrier B)

La présidente du collège : Le greffier :

Claudia Pasqualetto Péquignot Yanick Felley

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 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral [LTF, RS 173.110]). 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 (voir art. 42 LTF).

Expédition :