Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Cour I

Case postale
CH-3000 Berne 14
Téléphone + 41 (0)58 705 25 02
Fax +41 (0)58 705 29 80
www.tribunal-administratif.ch

Numéro de classement : A-4356/2010
caj/frv

Décision incidente du 25 janvier 2011

Composition

Jérôme Candrian, président du collège, Alain Chablais, Beat Forster, juges,
Virginie Fragnière Charrière, greffière.

En la cause

Parties

1. A._____**,**
recourante,
2. B._____**,**
recourante,

contre

C._____, représentée par Maître Robert G. Briner, CMS von Erlach Henrici AG, avocats, Dreikönigstrasse 7, 8002 Zurich,
intimée,

Swissmedic, Institut suisse des produits thérapeutiques,
Hallerstrasse 7, case postale, 3000 Berne 9,
autorité inférieure.

Objet

Accès aux documents officiels (LTrans) ; qualité de partie.

Faits :

A.
Par lettres du 7 décembre 2007 et 10 juin 2008, A._____ et B._____ (ci-après également: les requérantes) ont adressé à Swissmedic, Institut suisse des produits thérapeutiques (ci-après également: Swissmedic ou l'Institut) une demande qui, fondée sur la loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration (Loi sur la transparence, LTrans, RS 152.3), tend à accéder à certains documents en sa détention. Ces requêtes s'inscrivent dans le contexte de recherches universitaires menées par les requérantes. Les documents demandés portent sur les activités de Swissmedic relatives aux autorisations de mise sur le marché (AMM) de certains médicaments et à leur surveillance ; en particulier, les données qui font l'objet de la demande d'accès traitent de la procédure d'autorisation de mise sur le marché du médicament original Celsentri ; la demande porte également sur le médicament générique Finasterax (cf. annexe 1 de la demande d'accès du 10 juin 2008).

B.
B.a Swissmedic ayant, le 12 septembre 2008, refusé de donner une suite favorable à la demande d'accès précitée, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après: le Préposé fédéral) a, sur requêtes formées par les requérantes en date du 3 juillet et 3 octobre 2008, ouvert une procédure en médiation. Swissmedic et les requérantes sont parvenus à un accord, signé le 2 juin 2009 devant le Préposé fédéral, aux termes duquel le premier s'engageait notamment à fournir aux secondes, d'ici au 30 novembre 2009, les documents concernant les deux médicaments mentionnés, sous réserve des exceptions du droit d'accès prévues par la LTrans.

B.b Par lettre du 17 novembre 2009, Swissmedic a avisé les requérantes que l'accès aux documents était différé jusqu'à droit connu, dans la mesure où les personnes concernées qu'il avait consultées, en raison du fait que les documents contenaient des données personnelles, s'opposaient à l'accès aux documents.

B.c Le 27 novembre 2009, les requérantes, relevant qu'elles n'avaient pas été appelées à participer à la procédure de consultation des tiers concernés, dont elles ignoraient les arguments, et contestant l'existence du motif de suspension retenu par Swissmedic le 17 novembre 2009, ont déposé une troisième demande en médiation auprès du Préposé fédéral.

Les sociétés C._____, D._____ et E._____, soit les trois entreprises pharmaceutiques consultées par Swissmedic en tant que personnes concernées, ont, chacune, également saisi le Préposé fédéral d'une demande en médiation, en contestant l'intention exprimée par l'Institut le 17 novembre 2009 de donner partiellement accès aux requérantes aux dossiers d'autorisation.

C.
Le 30 mars 2010, le Préposé fédéral a rendu, en allemand, une recommandation, avec une traduction en français. Cette recommandation – notifiée à A._____ et B._____, aux trois entreprises pharmaceutiques précitées et à Swissmedic – invitait pour l'essentiel l'Institut à accorder aux requérantes l'accès partiel aux documents concernés, tel qu'il l'avait défini le 17 novembre 2009.

La société C._____ a déclaré s'opposer à cette recommandation. Quant à la société D._____, elle a informé Swissmedic que, tout en désapprouvant également la recommandation, elle ne prendrait pas part à la suite de la procédure, en estimant que, dans la mesure où elle avait cédé l'autorisation de mise sur le marché du médicament Celsentri à la société C._____, elle n'avait plus d'intérêt juridique suffisant à faire valoir.

D.
Le 12 mai 2010, Swissmedic a rendu une décision, rédigée en allemand, sujette à recours. Il a retenu en substance qu'un accès partiel à un certain nombre de documents – tenant compte des secrets d'affaires – et un accès complet à d'autres devaient être accordés aux requérantes. La décision a été notifiée à la société C._____, et une version caviardée de la décision a été communiquée aux deux requérantes ainsi qu'aux sociétés E._____ et D._____.

E.
En date du 12 juin 2010, les requérantes ont saisi le Tribunal administratif fédéral d'un recours, rédigé en français, contre la décision caviardée de Swissmedic du 12 mai 2010 (il s'agit de la présente cause A-4356/2010). Elles ont allégué notamment ne pas avoir été conviées à participer à la procédure de consultation des tiers concernés ouverte par l'Institut. Elles ont relevé que la décision attaquée s'écartait de la recommandation du Préposé fédéral et qu'elles ignoraient à cet égard quels passages avaient été caviardés aussi bien dans la recommandation que dans l'acte attaqué. Elles en ont déduit que leur droit d'être entendues avait été violé.

Elles ont ainsi souhaité, à titre préalable, que cette violation soit réparée ; elles ont requis que leur soient transmises une version de l'acte attaqué résumant le contenu essentiel des arguments de la société C._____, de Swissmedic et du Préposé fédéral, les pièces à la base de cet acte – ou, si celles-ci renfermaient des secrets protégés, un résumé de leur contenu essentiel –, ainsi qu'une copie des courriers et mémoires des personnes précitées, dans la mesure où ceux-ci ne renfermaient pas de secret protégé.

Sur le fond, elles ont demandé que la suspension de la consultation des documents portant sur le médicament Finasterax soit levée (ch. 4) ; que, dans la mesure où aucune exception prévue par la réglementation sur la transparence n'était applicable, Swissmedic leur permette de consulter les documents sollicités portant sur le Finasterax et le Celsentri (ch. 5 et 6) ; et que les dépens soient mis à la charge de la partie adverse (ch. 7).

F.
En date du 14 juin 2010, la société C._____ a saisi le Tribunal administratif fédéral d'un recours, rédigé en allemand, contre la décision (non caviardée) de Swissmedic du 12 mai 2010 (il s'agit de la cause A-4307/2010). Elle a conclu, principalement, à l'annulation de cette décision et au rejet de la demande d'accès aux documents traitant de la procédure d'autorisation du médicament Celsentri ; subsidiairement, au renvoi de la cause à l'autorité de première instance, afin que celle-ci détermine s'il existe un intérêt public à la consultation des documents requis ; elle a demandé, plus subsidiairement, que Swissmedic soit invitée à caviarder lesdits documents selon ses exigences ; elle a enfin demandé que les frais de procédure soient mis à la charge de l'Etat et qu'une indemnité de dépens lui soit accordée. Elle a invoqué en substance que les documents sollicités ne pouvaient être consultés en raison des réglementations sur les médicaments et les dispositifs médicaux, sur la transparence dans l'administration et sur la protection des données ; en outre, il n'existait aucun intérêt public à la consultation de ces données.

G.
G.a Invité à prendre position sur les questions du choix de la langue de la procédure et de la jonction des causes A-4356/2010 et A-4307/2010, Swissmedic a, le 20 juillet 2010, demandé que le Tribunal de céans examine la qualité pour recourir de A._____ et B._____, avant de trancher les questions de fond. Il a réitéré cette demande dans ses déterminations du 17 août 2010.

G.b Par décision incidente du 30 juillet 2010, le Tribunal de céans a, après avoir entendu les parties à ce propos, prononcé notamment que la présente cause A-43567/2010 serait traitée parallèlement à la cause A-4307/2010, mais séparément ; et que la langue de la procédure serait le français, mais qu'il serait loisible à la société C._____ de s'exprimer en langue allemande.

G.c Par écriture du 17 août 2010, Swissmedic a demandé en particulier que A._____ et B._____ n'aient pas la qualité d'intimées (cause A-4307/2010).

G.d Dans ses observations du 27 août 2010, la société C._____ a requis en particulier que, dans la présente cause A-4356/2010, le Tribunal de céans tranche la question de la qualité pour recourir de A._____ et B._____, ainsi que celle de sa propre qualité d'intimée, avant de statuer sur le fond. Elle a également conclu à ce que les personnes susmentionnées n'aient pas la qualité d'intimées dans la cause A-4307/2010 ; seule Swissmedic et elle-même devaient se voir reconnaître la qualité de parties.

G.e Appelées à se prononcer sur leur qualité pour recourir (présente cause A-4356/2010), les requérantes ont déposé des observations en date du 17 septembre 2010, en concluant à ce que cette qualité leur soit reconnue. Dans cette écriture, elles ont également demandé à être admises en qualité d'intimées dans la procédure A-4307/2010. Elles ont précisé qu'elles agissaient en tant que chercheurs scientifiques et que leur démarche, qui avait bénéficié d'un soutien financier des Hôpitaux universitaires de Genève, visait uniquement l'intérêt public, à savoir la défense de la santé publique et des droits des patients.

G.f Sur demande du juge instructeur, Swissmedic a, en date du 30 septembre 2010, produit une traduction en français de la décision attaquée, caviardée et non caviardée. Puis, par ordonnance du 7 octobre 2010, le Tribunal de céans a annoncé qu'il allait statuer sur la question de la situation procédurale des différents participants aux instances A-4356/2010 et A-4307/2010.

H.

Par écriture du 2 décembre 2010, Swissmedic, se référant à la présente cause A-4356/2010, a, en invoquant l'effet dévolutif attaché au recours, transmis au Tribunal de céans la réponse qu'il a apportée en même date à une lettre de A._____ du 24 novembre 2010 relative à sa demande

d'accès aux documents portant sur le médicament Finasterax de la société E._____.

I.
Les autres faits et arguments des parties seront si besoin repris dans les considérants en droit de la présente décision.

Droit :

1.
Le Tribunal administratif fédéral examine d'office la recevabilité des recours qui lui sont soumis (art. 7 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative [PA, RS 172.021]). Il applique la PA pour autant que la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32) n'en dispose autrement (art. 37 LTAF). Pour être recevable, le recours doit être dirigé contre une décision susceptible d'en faire l'objet, être interjeté par un recourant qui a qualité pour recourir, et remplir certaines conditions de forme et de délai.

1.1 En l'occurrence, Swissmedic est, en tant qu'unité décentralisée de l'administration fédérale, une autorité précédente au Tribunal administratif fédéral au sens de l'art. 33 let. d LTAF (cf. annexe de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [OLOGA, RS 172.010.19]). L'acte attaqué pris par Swissmedic constitue une décision fondée sur les art. 5 al. 1 PA et 15 al. 1 LTrans, qui n'entre par ailleurs pas dans le champ d'exclusion de l'art. 32 LTAF. La LTrans s'applique elle-même à l'ensemble de l'administration fédérale (art. 2 al. 1 let. a LTrans), y compris à ses unités décentralisées chargées de rendre des décisions (Message du 12 février 2003 relatif à la loi fédérale sur la transparence, FF 2003 1807, 1829). Le recours a été déposé dans le délai (art. 52 PA) et la forme (art. 50 PA) prévus par la loi.

1.2 Demeure, s'agissant de la recevabilité du recours dans la présente cause A-4356/2010, à déterminer si les conditions posées par l'art. 48 PA à la qualité pour recourir sont remplies. A cet égard, la société C._____ conteste la qualité pour recourir des requérantes et sa propre qualité d'intimée dans la présente instance A-4356/2010, ainsi que la qualité d'intimées des requérantes en l'instance A-4307/2010. Ces questions préjudicielles, qui, touchant à la situation procédurale des différents participants aux causes A-4356/2010 et A-4307/2010, sont liées entre elles, justifient un développement commun aux deux instances de recours dans les considérants qui suivent.

2.

2.1 En principe, la question de la légitimation active ou passive peut, en tant qu'elle doit être examinée d'office par le Tribunal (décision incidente du Tribunal administratif fédéral A-1563/2010 du 16 juin 2010 consid. 2), faire l'objet d'une décision séparée ou être traitée avec la décision au fond. Conformément à la jurisprudence, il s'impose toutefois de rendre une décision séparée lorsque, comme en l'espèce, la légitimation pour recourir, respectivement pour défendre au recours, et donc la reconnaissance des droits attachés à la qualité de partie à l'instance (art. 6 et 26 al. 1 PA), est contestée (arrêt du Tribunal fédéral 1A.72/2002 du 19 août 2002 consid. 2; décisions incidentes du Tribunal administratif fédéral A-1563/2010 du 16 juin 2010 consid. 2, B-1099/2007 du 12 décembre 2007 consid. 3).

2.2 La nécessité de rendre ici un prononcé séparé induit la question de sa nature juridique. En effet, le juge instructeur rend en principe seul les décisions incidentes en cours d'instruction, alors que les décisions partielles relèvent de la seule compétence du collège (art. 21 al. 1, 23 et 39 al. 1 LTAF).

2.2.1 A cet égard, et de manière générale, une décision incidente est définie comme une décision qui, tranchant une question de procédure, voire une question de droit matériel qu'il faut régler avant de pouvoir statuer sur le fond, est rendue en cours de procédure et ne constitue qu'une étape vers la décision finale. Quant à la décision partielle, elle est une décision qui ne met pas fin à la procédure dans son entier, mais qui tranche définitivement une question juridique matérielle préalable (arrêt du Tribunal administratif fédéral B-4223/2008 du 23 mars 2009 consid. 3.4; PHILIPPE WEISSENBERGER/PASCAL RICHARD, Les compétences du Tribunal administratif fédéral, Quelques aspects choisis, in: Le Tribunal administratif fédéral: Statut et missions, St-Gall 2008, p. 130). Cela étant, et contrairement à l'art. 91 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF, RS 173.110), la PA ne donne elle-même pas de définition de la notion de « décision partielle » (cf. FELIX UHLMANN/SIMONE WÄLLE-BÄR, in: Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, VwVG-Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zurich 2009, ad art. 44, p. 893, n. 20).

2.2.2 En l'occurrence, compte tenu de la pratique du Tribunal administratif fédéral dans le prononcé de décisions relatives à la qualité pour recourir devant son instance, il convient de retenir que le présent prononcé est une décision incidente (cf. décisions incidentes du Tribunal

administratif fédéral A-1563/2010 du 16 juin 2010, A-692/2008 du 7 avril 2008 consid. 1). Il sied par ailleurs d'admettre, au regard des art. 21 al. 1 et art. 39 al. 1 LTAF, que le collège des juges peut, au cours de l'instruction de la cause, être amené, non seulement à rendre des décisions partielles (cf. décision du Tribunal administratif fédéral A-4010/2007 du 7 novembre 2007 consid. 1), mais également des décisions incidentes, en particulier si le juge instructeur, normalement seul compétent, l'estime opportun, au vu de l'importance de la cause ou de la nouveauté des questions posées (cf. décision incidente du Tribunal administratif fédéral B-1092/2009 du 30 avril 2009 consid. 1.2) ou, encore, au vu du lien de la question préjudicielle avec l'objet matériel du litige (cf. aussi VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, op. cit., ad art. 6, p. 107 s., n. 17 et les réf. citées). Or, comme il sera exposé dans les considérants qui suivent, tel est bien le cas en l'espèce.

2.3 La décision incidente relative à la qualité pour recourir des requérantes dans la présente cause A-4356/2010 aboutira à admettre ou non la recevabilité de leur recours (VERA MARANTELLI-SONANINI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger, op. cit., ad art. 48, p. 947, n. 7 et les références citées). Quant à la décision incidente relative à la qualité d'intimées des requérantes en la cause A-4307/2010, elle aboutira à la reconnaissance de leur qualité de parties à cette instance.

3.

3.1 A teneur de l'art. 6 PA, ont qualité de partie les personnes dont les droits et obligations pourraient être touchés par la décision à prendre ainsi que les autres personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre cette décision. L'art. 48 al. 1 PA confère lui-même la qualité pour former recours à quiconque a pris part à la procédure devant l'autorité inférieure ou a été privé de la possibilité de le faire (let. a), est spécialement atteint par la décision attaquée (let. b) et a un intérêt digne de protection à son annulation ou à sa modification (let. c).

En l'occurrence, il s'avère que, vu l'objet de la contestation au fond, la question de la qualité pour recourir – et, parallèlement, celle de la qualité pour défendre au recours –, au sens de l'art. 48 al. 1 PA, ne peut être résolue qu'en relation avec les conditions posées par la LTrans pour disposer d'un droit d'accès aux documents officiels.

3.2 Il convient préalablement de rappeler les arguments y afférents des différents participants aux procédures de recours A-4356/23010 et 4307/2010.

3.2.1 Les requérantes ont, dans leur mémoire de recours du 12 juin 2010 (cause A-4356/2010), allégué être les destinataires directes de l'acte attaqué ; elles avaient en effet pris part à la procédure devant Swissmedic et devant le Préposé fédéral suite au dépôt de leurs demandes d'accès du 7 décembre 2007 et 10 juin 2008. Elles ont relevé ne pas avoir néanmoins été invitées à participer à la procédure de consultation des tiers concernés, ce qui constituait une violation de leur droit d'être entendu ; une telle circonstance ne devait toutefois pas nuire à leur qualité pour recourir contre la décision de Swissmedic du 12 mai 2010. Elles ont précisé avoir un intérêt propre à recourir, dans la mesure où la décision entreprise tranchait directement la question de leur droit de consulter les documents sollicités. De plus, elles ont souligné s'être demandées si elles pouvaient attendre – à supposer que le Tribunal administratif fédéral écarte le recours de la société C._____ – de recevoir de Swissmedic les documents caviardés pour ensuite déposer recours auprès du Tribunal de céans. Elles ont déclaré à cet égard que, selon l'Office fédéral de la justice, dont elles avaient demandé l'avis, leur recours serait irrecevable à ce stade ; cette réponse leur paraissait convaincante, car il était question de confronter leurs points de vue et celui de la société C._____ dans le cadre d'une seule et même procédure ; à l'inverse, si elles devaient attendre l'issue d'une première procédure entre Swissmedic et la société précitée, il serait nécessaire d'inviter à nouveau celle-ci à participer à cette seconde procédure ; il est probable de surcroît que des questions préjudicielles aient d'ores et déjà été tranchées dans la première procédure.

3.2.2 Dans sa détermination du 20 juillet 2010, Swissmedic a, pour sa part, invoqué que A._____ et B._____ n'avaient pas la qualité pour recourir (cause A-4356/2010), dans la mesure où elles n'étaient pas les destinataires de la décision attaquée; elles n'avaient pas réclamé le prononcé d'une décision par Swissmedic suite à la recommandation émise en date du 30 mars 2010 par le Préposé fédéral.

3.2.3 Dans ses déterminations du 27 août 2010, la société C._____ a conclu à ce que A._____ et B._____ ne soient pas légitimées à recourir contre l'acte entrepris et à ce qu'elle-même n'ait pas la qualité d'intimée dans la cause A-4356/2010, mais de « Beigeladene » aux côtés de Swissmedic, éventuellement de « Neben-Intervenientin ». Elle a

allégué en substance à ce propos que les requérantes n'avaient pas demandé à Swissmedic le prononcé d'une décision sujette à recours, au sens de l'art. 15 LTrans. En outre, elle a exposé que les requérantes ne pouvaient avoir la qualité d'intimées dans la cause A-4307/2010, étant donné qu'elles n'avaient pas eu cette qualité dans la procédure de consultation des tiers prévue à l'art. 11 LTrans et dans la procédure qui avait abouti à la décision du 12 mai 2010. Elle a relevé que les requérantes n'avaient pas participé, à juste titre, à la procédure prévue à l'art. 11 LTrans ; si tel avait été le cas, elles auraient eu accès aux documents concernant l'autorisation du médicament Celsentri, en vertu de leur droit de partie de prendre connaissance du dossier ; or, la question de la consultation de ces documents faisait justement l'objet de la contestation.

3.2.4 Enfin, dans leurs déterminations du 17 septembre 2010, A._____ et B._____ ont confirmé pour l'essentiel leur position. Elles ont avancé en outre qu'il était illogique de subordonner leur qualité pour recourir à la condition d'avoir requis de Swissmedic le prononcé d'une décision, alors même qu'elles n'avaient pas pu participer aux procédures de consultation des tiers et de médiation et que la recommandation du 30 mars 2010 leur était favorable. Elles ont invoqué que l'argumentation de Swissmedic et de la société C._____ leur paraissait d'autant plus incohérente que cette dernière aurait très bien pu ne pas demander de décision et donc se satisfaire de la recommandation. Elles en ont déduit que la position défendue par les autres parties revenait à charger davantage l'administration de tâches potentiellement inutiles ; une autorité saisie d'une demande de décision par une partie à laquelle la recommandation donne raison pourrait ainsi être amenée à rédiger une décision, alors que toutes les autres parties ont accepté la recommandation. Elles ont aussi soutenu que dénier leur qualité pour recourir reviendrait in casu à prolonger la procédure tendant à la consultation des documents sollicités ; en effet, à supposer que l'arrêt du Tribunal de céans ne leur donne pas gain de cause, et dans la mesure où elles n'ont pas pu faire valoir leurs droits devant cette autorité, elles seraient contraintes de déposer à nouveau une demande d'accès ; Swissmedic et la société C._____ ne pourraient s'opposer à une telle requête en invoquant l'autorité de la chose jugée de l'arrêt du Tribunal administratif fédéral, dès lors que celui-ci leur aurait dénié la qualité pour recourir. Elles ont en outre relevé qu'il était illogique que la société C._____ demande à pouvoir participer à la cause A-4356/2010 en qualité de « Beigeladene » ou « Neben-Intervenientin », tout en niant la possibilité pour elles de bénéficier du même statut dans la cause A-4307/2010.

4.

4.1 Aux termes de l'art. 6 al. 1 LTrans: «Toute personne a le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des autorités. » Ce droit d'accès général concrétise le but fixé à l'art. 1er de la loi, qui est de renverser le principe du secret de l'activité de l'administration au profit de celui de la transparence quant à la mission, l'organisation et l'activité du secteur public. Conformément à ce but, la loi définit de manière large la notion de documents officiels (art. 5 LTrans), le champ d'application ratione personae (art. 2 LTrans) ainsi que les bénéficiaires et les conditions d'exercice du droit d'accès (art. 6 LTrans) (cf. ATF 136 II 399 consid. 2.1). Ainsi résulte-il de l'art. 6 al. 1 LTrans que l'accès aux documents officiels et aux renseignements sur leur contenu doit être accordé à tout le monde (cf. Message relatif à la LTrans du 12 février 2003, in: FF 2003 1819, 1843; arrêt du Tribunal administratif fédéral A-2165/2009 du 19 octobre 2009 consid. 2.1.1). En garantissant l'accès à « toute personne », c'est-à-dire « au public », le principe de transparence garantit une « information collective » (FF 2003 1843).

Il importe par ailleurs de relever que les art. 10 à 17 LTrans, qui régissent la procédure d'accès aux documents officiels, la conçoivent comme une procédure globale et cohérente qui, comprenant plusieurs étapes, est susceptible d'aboutir au prononcé d'une décision selon l'art. 5 PA par l'autorité détentrice des documents officiels. Ainsi l'art. 13 al. 1 LTrans prévoit-il que toute personne peut déposer une demande en médiation, soit lorsque sa demande d'accès à des documents officiels est limitée (art. 13 al. 1 let. a), soit lorsque l'autorité, après l'avoir entendue en tant que personne concernée selon l'art. 11 LTrans, entend accorder l'accès aux documents malgré son opposition (art. 13 al. 1 let. c). Et l'art. 14 LTrans de prévoir que, lorsque la médiation n'aboutit pas, le Préposé fédéral établit une recommandation écrite à l'attention de tous les participants à la procédure. L'art. 15 al. 1 LTrans dispose ensuite que le demandeur ou la personne qui a été entendue peut demander dans les dix jours qui suivent la réception de la recommandation que l'autorité rende une décision selon l'art. 5 PA.

4.2 Pour rappel, les requérantes ont déposé en décembre 2007 et juin 2008 une demande tendant à la consultation d'un certain nombre de documents ayant trait notamment à la procédure d'autorisation de mise sur le marché des médicaments Celsentri et Finasterax. Swissmedic n'ayant accordé aux requérantes que partiellement l'accès aux documents précités, ces dernières ont déposé une demande en

médiation auprès du Préposé fédéral. La procédure de médiation a abouti à la conclusion d'un accord signé le 2 juin 2009 entre Swissmedic et les requérantes. Swissmedic n'a toutefois pas exécuté cet accord dans le délai fixé par les parties, vu que les tiers concernés qu'elle a consultés se sont opposés à la transmission de ces données. Swissmedic a toutefois confirmé qu'il se justifiait de donner partiellement accès aux documents. Tant les entreprises pharmaceutiques consultées que les requérantes ont alors déposé une demande en médiation, ce qui a conduit le Préposé à établir une recommandation en date du 30 mars 2010, laquelle invitait pour l'essentiel Swissmedic à accorder aux requérantes un accès partiel aux documents. Les requérantes n'ont ensuite pas demandé à Swissmedic de rendre une décision, puisqu'elles considéraient que cette recommandation leur était suffisamment favorable. Seule la société C._____ a requis que Swissmedic rende une décision, étant donné qu'elle n'acceptait pas la teneur de la recommandation. Swissmedic a ainsi pris une décision en date du 12 mai 2010. Les requérantes ont interjeté recours contre cet acte auprès du Tribunal de céans (présente cause A-4356/2010), car elles estimaient en substance que Swissmedic ne leur accordait pas un accès suffisant aux documents requis, contrairement à ce que prévoyait la recommandation. Pour sa part, la société C._____ a également attaqué la décision du 12 mai 2010 auprès du Tribunal de céans (cause A-4307/2010), en contestant le droit d'accès consenti aux requérantes.

5.
Ainsi donc, il s'avère que le litige incident à trancher revient à se demander si la procédure d'accès aux documents officiels régie par la LTrans peut aboutir à une décision selon l'art. 5 PA qui ne serait susceptible de recours que par certains des participants à la procédure d'accès, à savoir par les tiers consultés par l'autorité inférieure, mais non par les requérantes à l'accès. Apporter une réponse positive à cette question reviendrait à fragmenter la procédure régie par la LTrans, et à exclure de la procédure de recours les personnes à l'origine même de la demande d'accès et, donc, de la procédure y afférente. Or ce n'est ni de cette manière que le rôle procédural des requérantes a été conçu par Swissmedic et par le Préposé fédéral eux-mêmes (cf. consid. 5.1 ci-après) ; ni de cette manière que, à rigueur de droit, ce rôle doit être défini par le Tribunal de céans (cf. consid. 5.2 ci-après).

5.1 A cet égard, l'on relèvera d'abord que la recommandation du Préposé fédéral du 30 mars 2010 – qui fait suite aux demandes en médiation introduites par les deux requérantes et par les trois entreprises

pharmaceutiques entendues par Swissmedic – a, en son considérant 2, retenu que, ayant déposé une demande d'accès au sens de l'art. 10 LTrans auprès de Swissmedic qui leur avait répondu par la négative, les deux requérantes étaient parties à la procédure de demande d'accès et, donc, légitimées, comme les entreprises pharmaceutiques qui avaient été entendues, à déposer une demande en médiation. Par ailleurs, il s'avère que, conformément aux art. 13 LTrans et 12 de l'ordonnance du 24 mai 2006 sur le principe de la transparence (ordonnance sur la transparence, OTrans, RS 152.31), le Préposé fédéral a traité les différentes demandes en médiation (soit celles des requérantes et des sociétés pharmaceutiques) en même temps, de manière à aboutir à une seule recommandation.

Ensuite, quant à la décision subséquente du 12 mai 2010, rendue par Swissmedic conformément à l'art. 15 al. 1 LTrans, il résulte de son considérant 5 que sont parties à la procédure ayant conduit à son prononcé, non seulement la société C._____, mais également les deux requérantes ainsi que les sociétés E._____ et D._____. Cette décision a été notifiée ("erröffnet") à C._____, et une version caviardée de la décision a été communiquée ("Mitteilung") aux autres participants à la procédure de médiation ("an die übrigen Verfahrensbeteiligten"), à savoir les deux requérantes, E._____ et D._____. Aussi faut-il considérer que la circonstance que, tantôt, une version intégrale de la décision a été notifiée à C._____ et, tantôt, une version caviardée adressée aux différentes autres parties, s'explique par l'objet du litige au fond, et ne résulte ni du fait que le prononcé de la décision a été demandé uniquement par C._____, ni du fait que les requérantes auraient "perdu" leur qualité de partie dans la procédure menée par Swissmedic. Elles sont et demeurent bien parties à la procédure d'accès aussi longtemps que cette dernière n'est pas close, bien qu'elles n'aient pas été appelées à intervenir dans la séquence de la procédure qui a eu pour objet la consultation des tiers concernés par l'accès requis.

5.2 Il est de bon droit de reconnaître aux requérantes la qualité pour recourir contre la décision (caviardée) de l'autorité inférieure du 12 mai 2010 (cause A-4356/2010) et pour répondre au recours de C._____ contre la même décision non caviardée (cause A-4307/2010). La décision attaquée tranche la question de la consultation de certaines données sollicitée par les requérantes en juin 2008. Leur intérêt à la contester réside dans le fait qu'elles ont présenté une demande d'accès, qu'elles n'ont pas obtenu la consultation des documents ou renseignements y

relatifs, et qu'elles demeurent partie à la procédure d'accès même si elles n'ont pas demandé le prononcé de la décision attaquée.

5.2.1 En particulier, le fait de n'avoir pas participé à la dernière étape de la procédure, qui a abouti au prononcé de l'acte attaqué, ne saurait avoir pour conséquence d'empêcher les requérantes de recourir (cause A-4356/2010) ou de les écarter de la procédure de recours ouverte devant le Tribunal de céans par l'un des tiers consultés (cause A-4307/2010). En effet, si les requérantes n'ont pas été appelées à intervenir dans la procédure menée par Swissmedic, c'est parce que cette autorité, considérant qu'elle n'avait pas à les informer des arguments avancés par la société C._____ pour s'opposer à la consultation de certains documents, ne les a pas invitées à se déterminer sur ces objections. Ainsi donc, même s'il fallait retenir que les requérantes ont été privées de la possibilité de participer à la procédure devant l'autorité inférieure au sens de l'art. 48 al. 1 let. a PA, l'auraient-elles été, non parce qu'elles n'ont pas demandé le prononcé d'une décision, mais bien pour des raisons opposables à l'autorité inférieure, tenant à la manière dont celle-ci a mis en œuvre le droit d'être entendus des tiers concernés selon l'art. 11 LTrans.

5.2.2 Ensuite, il n'est pas logique de considérer que les requérantes ne peuvent recourir contre l'acte de Swissmedic, sous prétexte qu'elles n'ont pas requis le prononcé de cette décision. Autrement dit, le Tribunal de céans ne saurait subordonner la qualité pour recourir du requérant LTrans à la condition que ce dernier demande au préalable à l'autorité compétente de rendre une décision, alors même que la recommandation lui donne raison. Admettre un tel raisonnement reviendrait à charger davantage les autorités de tâches inutiles. En effet, la société C._____ aurait pu ne pas demander à Swissmedic de rendre une décision et s'accommoder de la recommandation. Dans cette hypothèse, Swissmedic, que les requérantes auraient été contraintes de saisir dans le seul but de préserver leur droit au cas où la société C._____ se serait opposée à la recommandation, devrait malgré tout rédiger un acte.

5.2.3 Enfin, et contrairement à ce qu'invoque la société C._____, reconnaître la légitimation des requérantes n'implique pas que celles-ci soient autorisées, en vertu de leur droit d'être entendu, à consulter les pièces dont l'accès fait l'objet de la contestation au fond. L'art. 16 al. 1 LTrans prévoit que la procédure de recours est régie par les dispositions générales de la procédure fédérale. A cet égard, l'art. 26 PA dispose certes que les parties ont le droit de consulter le dossier. Mais l'art. 27 PA

prévoit une série d'exceptions à ce principe ; en effet, l'autorité est admise à refuser à la partie de consulter le dossier lorsque des intérêts privés importants, en particulier ceux de parties adverses, exigent que le secret soit gardé. En d'autres termes, le juge peut décider en cours d'instruction que le recourant ne pourra consulter que certaines pièces du dossier afin de protéger les intérêts privés de la partie adverse. Par ailleurs, il découle de l'art. 16 al. 2 LTrans que, si le Tribunal de céans a accès aux documents officiels protégés par le secret, il ne peut en aller de même pour le requérant dont le droit d'accès est contesté, vu l'objet même du droit d'accès. Ces différentes dispositions permettent ainsi à la partie adverse de ne pas divulguer aux requérantes ce qui doit rester secret, en tout cas durant la procédure. L'argumentation de la société C._____ sur ce point ne peut dès lors non plus être suivie.

6.
De l'ensemble des considérants qui précèdent, il suit que la qualité de parties aux procédures de recours A-4356/2010 et A-4307/2010 doit être reconnue aux deux requérantes et à la société C._____.

6.1 Le Tribunal de céans considère ainsi qu'il suffit en l'espèce d'avoir déposé une demande d'accès devant l'autorité inférieure et d'avoir participé à la procédure de médiation ayant abouti à l'accord de juin 2009 pour être légitimé ensuite à procéder, respectivement à participer à la procédure de recours menée devant lui. Le recours déposé par A._____ et B._____ doit donc être déclaré recevable dans la présente cause A-4356/2010.

Il en résulte que A._____ et B._____ devront également se voir reconnaître la qualité d'intimées dans la cause A-4307/2010. L'acte attaqué dans cette instance est en soi le même que celui de la présente cause A-4356/2010. On l'a vu, la décision entreprise statue sur la question de savoir si les précitées peuvent consulter les documents sollicités dans leur requête de juin 2008. Les requérantes ont un intérêt à l'annulation de cette décision, en ce sens qu'elles souhaitent pouvoir consulter certaines données conformément à l'accord de juin 2009, ce qui leur est refusé. Leurs droits sont sans conteste touchés par l'acte entrepris.

6.2 Il est enfin clair que la société C._____ doit être admise à participer à la procédure de recours en qualité d'intimée dans la présente cause A-4356/2010, étant donné que cette société s'oppose à la consultation sollicitée par les requérantes. Contrairement à ce qu'allègue la société

C._____, il n'est au surplus pas logique de considérer que cette société pourrait intervenir comme intimée dans la présente cause A-4356/2010, mais qu'en revanche A._____ et B._____ ne pourraient participer comme intimées dans la cause A-4307/2010. La position de la société C._____ ne saurait non plus être suivie sur ce point.

7.
Les frais et dépens liés à la présente décision incidente sont réservés ; ils seront examinés dans le cadre de la décision finale (cf. décision du Tribunal administratif fédéral B-1099/2007 du 12 décembre 2007 consid. 4).

Par ces motifs, le Tribunal administratif fédéral prononce :

1.
Le recours formé par A._____ et B._____ est recevable.

2.
La qualité d'intimée est reconnue à la société C._____.

3.
Le sort des frais de procédure et des dépens est réservé. Il sera réglé dans le cadre de la décision finale.

4.
La présente décision incidente est adressée :

– aux recourantes (Actes judiciaires)
– à l'intimée (Acte judiciaire)
– à l'autorité inférieure (Acte judiciaire)
– au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (Courrier A)

L'indication des voies de droit est portée à la page suivante.

Le président du collège : La greffière :

Jérôme Candrian Virginie Fragnière Charrière

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 fédérale 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 du recourant (art. 42 LTF).

Expédition :