

Prise de position

Loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA)

Assemblée plénière du 26 mars 2021

1. Remarques générales

1 L'avant-projet de loi fédérale sur l'utilisation des moyens électroniques pour l'exécution des tâches des autorités (LMETA) entend créer les bases qui permettront une utilisation efficace des moyens électroniques en lien avec l'offre de prestations numériques des autorités. Les gouvernements cantonaux souscrivent à l'orientation générale du projet. Ils estiment judicieux de traiter dans une seule loi les questions à régler et de ne pas légiférer secteur par secteur. L'approche adoptée est gage de cohérence législative pour tous les développements ultérieurs.

2 Partant d'un mandat décidé par le Conseil fédéral et les gouvernements cantonaux au printemps 2020, un projet commun de la Confédération et des cantons a permis de définir les fondements de la nouvelle organisation Administration numérique Suisse (ANS). Le Conseil fédéral et la CdC ont déjà nommé un chargé de mission Cyberadministration. Il convient par ailleurs d'ajouter que le projet d'une nouvelle convention-cadre de droit public entre le Conseil fédéral et les gouvernements cantonaux est en consultation. Les gouvernements cantonaux estiment qu'il est impératif de préciser les liens entre le présent projet de loi et le projet ANS. Il s'agit d'accorder la priorité absolue à ce dernier au regard de son importance pour l'État fédéral. La LMETA doit être conçue de sorte à ce qu'elle soutienne le projet ANS et ne le concurrence pas. Afin d'assurer une collaboration efficace et constructive, les gouvernements cantonaux invitent la Confédération à développer, avec les cantons, une approche globale et cohérente pour l'évolution de l'administration numérique suisse.

3 Les gouvernements cantonaux adhèrent au projet de loi dans ses grandes lignes et relèvent notamment que l'art. 6 crée une base légale pour la participation de la Confédération à eOperations Suisse SA, ce qui n'était pas le cas jusqu'ici. Il est souhaitable que cette participation soit réglée au plus vite sur le plan formel, au regard aussi du projet ANS. Ceci permettrait de lever les obstacles juridiques qui pèsent encore sur la collaboration des cantons et des communes avec la Confédération. Il convient, conformément aux principes

énoncés à l'art. 4, de faire en sorte qu'aucune collectivité publique n'ait de participation majoritaire à eOperations Suisse SA. Par ailleurs, les gouvernements cantonaux invitent la Confédération à examiner avec les cantons si le processus législatif en cours ne pourrait pas être mis à profit pour créer une base légale permettant de financer de manière adéquate l'agenda « Infrastructure nationale et services de base pour la cyberadministration » prévu dans le cadre du projet ANS.

4 Pour les motifs exposés ci-après, les gouvernements cantonaux rejettent le texte de loi sous sa forme actuelle. Celui-ci doit être retravaillé en profondeur, en collaboration avec les cantons, dans le sens des propositions formulées dans la présente prise de position.

Harmonisation insuffisante avec le projet ANS

5 Les gouvernements cantonaux soulignent l'importance de promouvoir la transformation numérique pour les activités de l'administration aux trois échelons de l'État. Il s'agit dès lors d'adopter de nouvelles approches institutionnelles qui supposent le renforcement de la coopération. Le projet ANS a posé des jalons importants en la matière puisqu'il prévoit d'instaurer, à compter du 1^{er} janvier 2022, une plateforme politique qui développe des normes. Celle-ci permettra de renforcer la coopération entre les trois échelons dans le domaine de l'administration numérique et de formuler des recommandations à l'intention de la Confédération, des cantons et des communes, sans toutefois prendre des décisions contraignantes pour eux. Les bases légales existantes encadrent suffisamment l'ANS, conçue pour être une plateforme politique qui développe des normes. L'art. 5 du projet de loi n'est donc pas nécessaire pour la plateforme, et il convient d'en faire explicitement état.

6 L'assertion du rapport explicatif (p. 10), selon laquelle la convention-cadre sur la cyberadministration en Suisse est à considérer comme « insuffisante sur le plan juridique » remet en question l'action engagée par le Conseil fédéral. Entrée en vigueur en 2008, la première convention-cadre a été reconduite en 2012 et 2016 moyennant de légères modifications. Le 20 novembre 2019, le Conseil fédéral a approuvé la convention-cadre actuelle sur la cyberadministration en Suisse. Il existe incontestablement une longue pratique en matière de droit public. En approuvant ces conventions, le Conseil fédéral avait donc lieu de penser qu'il s'avançait « en terrain sûr », juridiquement parlant. Les gouvernements cantonaux, représentés par la Conférence des gouvernements cantonaux, étaient eux aussi convaincus de la licéité de la coordination par les exécutifs des activités déployées par les trois échelons de l'État dans le domaine de la cyberadministration. L'assertion ci-dessus désavoue la pratique en vigueur pendant des années entre le Conseil fédéral et les gouvernements cantonaux. Elle est d'autant plus problématique qu'elle ne fait l'objet d'aucune explication.

7 Toute action publique ne nécessite pas une loi formelle. Une base juridique fixant des règles de droit peut suffire. Le Tribunal fédéral a retenu que dans le cas précis de l'organisation de l'État une base légale formelle est nécessaire pour toute procédure dans laquelle des décisions contraignantes sont prises, que ce soit

dans le domaine de la législation, de la jurisprudence ou de l'administration (ATF 104 la 226, 232 s.). Cela signifie dans le cas d'espèce que l'élaboration d'une convention entre le Conseil fédéral et la CdC dédiée à l'administration numérique ne doit pas nécessairement reposer sur une base légale formelle, à condition que l'organisation concernée (chargée de l'exécution) ne prenne pas de décisions contraignantes pour les collectivités concernées. L'art. 8, al. 2, de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010) charge le Conseil fédéral de développer l'efficacité de l'administration fédérale et ses capacités d'innovation. La transformation numérique en est un élément, qu'il convient, dans un État fédéral, de mettre en place avec les cantons. De plus, conformément à l'art. 186, al. 1, Cst., le Conseil fédéral est chargé des relations entre la Confédération et les cantons et collabore avec ces derniers. Et l'art. 52 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (RS 172.010) énonce que le Conseil fédéral doit assurer les tâches de coordination qui lui incombent en vertu de la Constitution et de la loi. Il s'agit pour l'essentiel d'une tâche d'exécution dans le domaine numérique relevant de l'action de l'exécutif. Les conventions antérieures et la nouvelle convention-cadre de droit public se fondent sur l'art. 48, Cst. Il est dit que « les cantons peuvent conclure des conventions entre eux » et que « la Confédération peut y participer dans les limites de ses compétences » (art. 48, al. 2, Cst.). Il s'agit d'un instrument du fédéralisme coopératif. La doctrine cite la convention-cadre de droit public sur la cyberadministration en Suisse comme exemple d'application de cette disposition constitutionnelle (Biaggini, comm. Cst., 2. A. 2017, art. 48, N. 9).

Consignes contraignantes de la Confédération aux cantons

8 Le projet de loi renvoie en préambule à l'art. 173, al. 2, de la Constitution fédérale (Cst., RS 101). Or, il est intéressant de constater que cette disposition n'est pas mentionnée au ch. 5.1 du rapport explicatif. Il y est seulement question de la compétence de la Confédération à conclure des conventions dans le domaine de la cyberadministration. Autre fondement constitutionnel mentionné : l'art. 178, al. 1, Cst., lequel dispose que le Conseil fédéral dirige l'administration fédérale. Il assure l'organisation rationnelle de celle-ci et veille à la bonne exécution des tâches qui lui sont confiées. Cette disposition relative à l'organisation n'octroie pas à la Confédération la compétence de fixer des règles contraignantes pour les cantons, comme le prévoient les art. 12 et 13 LMETA. Les gouvernements cantonaux en concluent que la Confédération ne dispose d'aucune base constitutionnelle pour empiéter de telle manière sur l'autonomie des cantons.

9 La cyberadministration suppose une étroite collaboration entre la Confédération et les cantons. Car seule une approche partenariale qui tienne compte des particularités du fédéralisme permettra de relever pleinement les défis de la transformation numérique. Le projet ANS répond à toutes ces exigences. Une fois la plateforme politique mise en place, soit le 1^{er} janvier 2022, les travaux liminaires nécessaires pourront être lancés, sur les plans politique et juridique afin de passer aux prochaines étapes du développement. C'est le moyen le plus sûr de conférer un caractère plus contraignant à la cyberadministration qui soit aussi en adéquation avec le contexte fédérale. Par conséquent, les gouvernements cantonaux rejettent avec force les consignes contraignantes prévues aux articles 12 (Services administratifs en ligne) et 13 (normes) du projet de loi. Les cantons doivent disposer de la plus grande latitude possible pour mettre en œuvre le droit fédéral.

10 Les explications relatives à l'art. 4, al. 2 du projet de loi (p. 27) relèvent que « c'est précisément dans les domaines où les cantons appliqueront le droit fédéral et utiliseront à cette fin des moyens électroniques que la Confédération devra tenir compte des particularités des cantons et laisser à ces derniers une marge de manœuvre aussi large que possible (art. 46, al. 3, Cst.) ». Les gouvernements cantonaux peuvent pleinement souscrire à cette assertion puisqu'elle sous-tend le projet ANS. Il doit en être tenu compte dans le projet de loi. Ce point de vue est partagé par la doctrine et la jurisprudence sur l'art. 46, al. 3, Cst. : les cantons doivent pouvoir disposer de la marge de manœuvre la plus large possible tant dans leurs domaines d'activité propres que pour la mise en œuvre du droit fédéral (Giovanni Biaggini, comm. Cst., 2. A. 2017, art. 46, N 11). Cela suppose aussi le respect de l'autonomie d'organisation des cantons (art. 47, al. 2, Cst. ; ATF 128 I 254, 265 E. 3.8.2). Y transparaît également un aspect relevant du principe de subsidiarité inhérent au fédéralisme (art. 5a, Cst. ; ATF 128 II 56, 64f. E. 6 a.).

2. Remarques sur certains articles

Article 2 : Champ d'application

11 Conscients des défis actuels et à venir liés au développement de l'administration numérique et à l'utilisation des services administratifs en ligne, les gouvernements cantonaux sont prêts à collaborer étroitement avec la Confédération. Tel est le sens du projet ANS qu'il s'agit de mener à bien avec résolution. Les gouvernements cantonaux s'étonnent cependant que la Confédération veuille imposer aux cantons des directives unilatérales alors que l'approche partenariale est de mise. Ils ne peuvent approuver l'art. 2, al. 2, que si les formes de coopération actuelles et nouvelles sont véritablement retenues dans le projet de loi et ne sont pas supplantées par les articles 12 et 13. Par ailleurs, la délimitation entre la LMETA et la loi fédérale sur la plateforme de communication électronique dans le domaine judiciaire (LPCJ), en consultation jusqu'à fin février 2021, est évoquée dans les commentaires sur l'art. 2, al. 3, mais uniquement en ce qui concerne les autorités fédérales. Or certaines problématiques peuvent aussi toucher les autorités cantonales et communales dans l'exercice de leurs tâches administratives de juridiction avant une procédure judiciaire. La LPCJ s'appliquera probablement à celles-ci dans un second temps. Il pourrait en résulter une concurrence avec l'art. 2, al. 2, LMETA, lequel concerne les activités des administrations cantonales et communales (en matière de justice aussi). Il faut donc délimiter ces deux lois sans la moindre équivoque.

Article 3 : Définitions

12 Les gouvernements cantonaux estiment que la définition des services administratifs en ligne (let. b) est trop extensive. Elle inclut pratiquement tout ce que l'administration accomplit aujourd'hui, par ex. le système de communication interne ou le contrôle des affaires. Or, selon les commentaires, seuls les services de base et les services en ligne sont concernés. Il s'agit de formuler une définition plus restrictive.

Article 4 : Principes

13 Les gouvernements cantonaux se félicitent expressément du principe énoncé à l'art. 4, al. 2, selon lequel les activités sont coordonnées avec les cantons et leur autonomie garantie. Les consignes contraignantes faites aux cantons aux art. 12 et 13 du projet de loi sont cependant en contradiction avec ce principe.

14 Selon l'art. 4, al. 3, il convient de tenir compte des risques qui pèsent en particulier sur la sécurité et la disponibilité des données et des services. Il s'agit en premier lieu des principes relatifs à la sécurité de l'information. Les gouvernements cantonaux considèrent que l'alinéa devrait comporter une consigne explicite de prise en compte des risques relatifs à la protection des données personnelles : « Elles veillent à ce que leurs prestations soient accessibles à l'ensemble de la population et tiennent compte des risques qui pèsent en particulier sur la protection des données, la sécurité et la disponibilité des données et des services.»

15 Les gouvernements cantonaux proposent de compléter l'art. 4 en y faisant figurer le principe de durabilité qui s'appliquerait au développement de services et de normes, à la conclusion de conventions ou aux délégations de tâches. Les développements futurs relevant du champ d'application de la LMETA ne peuvent se faire sans qu'il ne soit tenu compte des questions soulevées par l'Agenda 2030. Par ailleurs, les administrations des collectivités publiques ont un rôle d'exemplarité à jouer dans ce contexte.

Article 5 : Conclusion de conventions

16 Les gouvernements cantonaux estiment que les dispositions relevant de la protection des données prévues à l'al. 6 sont trop floues. Il s'agit donc de préciser, dans la loi et dans le message, les liens entre la LMETA et les bases légales relatives à la protection des données de la Confédération et des cantons, étant donné qu'il ne peut pas être exclu que des données personnelles soient concernées.

Article 8 : Aides financières

17 La Confédération peut verser des aides financières si cela est nécessaire à l'application correcte et uniforme du droit fédéral. Dans le cas précis des services de base, il sera difficile de fournir à intervalles réguliers la preuve de leur nécessité pour l'application du droit fédéral. On optera donc pour une formulation plus ouverte de l'al. 1 relatif aux aides financières : « [...] si cela est nécessaire sert à l'application ~~correcte et uni-~~ forme du droit fédéral.»

Article 9 : Délégation de tâches

18 Peuvent être déléguées, au moyen d'une ordonnance ou d'une convention, des tâches relevant de l'activité administrative auxiliaire en matière de cyberadministration à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé extérieurs à l'administration fédérale. Selon le rapport explicatif (p. 31), il va de soi que les actes juridiques requis devront respecter la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons inscrite dans la Constitution. Pour les deux instruments cités, les gouvernements cantonaux attendent que les cantons soient associés de manière appropriée, ou tout au moins consultés, dès lors qu'ils sont concernés par la délégation de tâches. Il faudra clarifier la question de savoir si et dans quelle mesure cet article peut permettre d'établir à long terme un lien avec le projet ANS concernant notamment les normes et les services de base. Par ailleurs, l'al. 1, let. a, doit être complété comme suit : « [...] notamment en matière de marchés publics et de protection des données. »

Article 10 : Logiciels à code source ouvert

19 Les gouvernements cantonaux estiment qu'il y a lieu de préciser dans quelle mesure les cantons peuvent utiliser ou acquérir gratuitement les logiciels à code source ouvert de la Confédération. Il convient par ailleurs d'examiner si de telles conditions ne devraient pas s'appliquer également aux logiciels à code source fermé développés par la Confédération, qu'il s'agisse d'un développement individuel dont les droits appartiennent à la Confédération ou d'un logiciel de tiers dont les droits d'utilisation peuvent être transmis par la Confédération. La transmission du logiciel (aux cantons par exemple) est gratuite, comme pour les logiciels à code source ouvert. La diffusion gratuite de logiciels est régie par les articles 41 et suivants de la loi sur les finances de la Confédération (LFC). À la différence des logiciels à code source ouvert, le principe du code source librement accessible ne s'applique pas. Enfin, il convient de vérifier s'il ne faudrait pas préciser à l'art. 10, al. 2, que seul s'applique le droit suisse et que les tribunaux suisses sont le lieu de juridiction. Cela éviterait à l'administration publique (et aux cantons) d'avoir à traiter du droit étranger, ce qui pourrait être très compliqué.

Article 11 : Données ouvertes

20 Les gouvernements cantonaux souscrivent au principe selon lequel il convient de développer la mise à disposition et l'accès aux données du secteur public via des plates-formes interfédérales, un principe consigné dans les Lignes directrices des cantons relatives à l'administration numérique du 27 septembre 2018. Or l'art. 11 comporte le risque que les données collectées par un canton et mises à disposition de la Confédération en raison des clauses juridiques qui les lient soient ensuite publiées par une unité administrative de la Confédération sans que les cantons n'aient un droit de codécision et sans qu'il soit tenu compte des bases légales ou des stratégies cantonales en la matière. Les gouvernements cantonaux proposent d'ajouter à l'art. 11, al. 3, la possibilité pour les administrations cantonales ou communales de refuser la publication de données transmises aux unités administratives de la Confédération. L'art. 11, al. 3, let. a, contient diverses

conditions qui empêchent la publication de certaines données. Les gouvernements cantonaux recommandent d'ajouter le secret de fonction à cette liste. Il convient en effet de veiller à ce que les données soumises au secret de fonction et exigeant par conséquent une protection spécifique ne puissent pas être publiées. Par ailleurs, il faudrait ajouter à la disposition selon laquelle les unités administratives ne sont pas tenues de vérifier l'exactitude des données publiées que cela concerne aussi les données ouvertes dont la qualité n'a pas été vérifiée.

Articles 12 et 13 : Services administratifs en ligne et normes

21 Les gouvernements cantonaux soutiennent l'idée de fixer des normes techniques, organisationnelles et de procédure dès lors que cela a lieu en accord avec les cantons. Cependant, la Constitution fédérale ne contient aucune disposition qui permettrait à la Confédération d'imposer aux cantons une obligation générale d'utiliser certains services administratifs ou normes électroniques. Conformément à l'art. 173, al. 1, let. e, Cst., une telle obligation ne serait envisageable que pour assurer l'application du droit fédéral. Une obligation partielle ne se justifierait que dans de très rares cas, raison pour laquelle les gouvernements cantonaux la rejettent. Il serait préférable d'opter pour une démarche participative. La Confédération semble en être elle aussi consciente, car il est clairement précisé au ch. 2.1 du rapport explicatif que le bon fonctionnement de la cyberadministration ne peut être assuré que si tous les échelons de l'administration, de la commune à la Confédération, collaborent étroitement. Avant que le Conseil fédéral ne déclare obligatoires des normes, il convient d'en définir les modalités au sein des structures actuelles et futures de collaboration. Cela vaut aussi pour la fixation des émoluments perçus pour l'utilisation des services administratifs déclarés obligatoires. Cette obligation doit figurer dans le texte de loi. En effet, l'introduction unilatérale de normes contraignantes par la Confédération pourrait entraîner des coûts d'investissement considérables pour les cantons et exiger d'eux qu'ils adaptent leurs processus. Les gouvernements cantonaux estiment au demeurant problématique le fait que la LMETA ne prévoit pas ce qu'il adviendra des services en ligne et des services de base utilisés dans les cantons, et plus particulièrement de ceux qui ont été développés conjointement par plusieurs cantons. La LMETA devrait préciser que les solutions novatrices développées par les cantons ne peuvent pas être supplantées par des solutions fédérales. Tel est le sens même de l'ANS qui prévoit la participation des cantons ; cela devrait figurer également dans la LMETA.